

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XV
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	XXI
<b>Einleitung</b> .....	1
<b>Gang der Untersuchung</b> .....	3
<b>A. Das Probearbeitsverhältnis als Informationserhebungsinstrument</b> .....	5
I. Hintergrund .....	5
1. Arbeitsleistungspflicht und Leistungsfähigkeit .....	5
2. Einstellung in Abhängigkeit von Eignung und Befähigung .....	7
a. Anforderungs- und Leistungsprofil .....	9
b. Informationsinteresse .....	10
c. Rechtliche und tatsächliche Grenzen der Informationsbeschaffung .....	10
3. Herstellung des Leistungsgleichgewichts .....	15
4. Trennung wegen mangelnder Eignung und Befähigung .....	16
a. Anfechtung .....	17
b. Kündigung .....	18
5. Ergebnis .....	20
II. Zweck und Eigenart des Probearbeitsverhältnisses .....	21
1. Erprobungszweck .....	21
2. Beendigungsvorbehalt .....	26
3. Erprobungsinteresse des Arbeitnehmers .....	27
III. Abgrenzungen .....	31
1. Einfühlungsverhältnis .....	31
2. Ausbildungsverhältnisse .....	32
3. Aushilfsarbeitsverhältnis .....	34

IV. Zusammenfassung zum Teil A .....	35
<b>B. Die Ausgestaltung des Probearbeitsverhältnisses .....</b>	<b>37</b>
I. Interessengegensatz .....	37
1. Begrenzungsinteresse .....	37
2. Entgrenzungsinteresse .....	38
a. Dem Grunde nach .....	38
aa. Wiedereinstellung .....	38
bb. Übernahme eines Leiharbeitnehmers .....	38
cc. Übernahme eines Auszubildenden .....	42
b. Dem Umfang nach .....	45
c. Bezüglich der leichteren Lösbarkeit .....	45
3. Grundrechtliches Spannungsverhältnis .....	46
II. Gesetzliche vorgesehene Vertragsgestaltungen zur Erprobung .....	50
1. Unbefristetes Probearbeitsverhältnis .....	50
a. Zulässigkeit dem Grunde nach .....	50
aa. Vereinbarung zu Beginn des Arbeitsverhältnisses .....	51
bb. Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten .....	51
cc. Anrechnung von Zeiten eines Berufsausbildungsverhältnisses .....	55
dd. Anrechnung von Zeiten einer Beschäftigung als Leiharbeitnehmer .....	57
ee. Ergebnis .....	58
b. Probezeitdauer .....	58
c. Beendigung .....	59
aa. Zeitschutz .....	60
bb. Bestandsschutz .....	60
aaa. Verbotswidrige Kündigung .....	60
bbb. Kündigungsschutz zweiter Klasse .....	61
ccc. Verfahrensmäßiger Kündigungsschutz .....	63
ddd. Besonderer Kündigungsschutz .....	67
d. Zusammenfassung .....	69
2. Sachgrundbefristung zur Erprobung .....	70
a. Allgemeines zur Befristung .....	70
aa. Beendigung allein durch Zeitablauf .....	71
bb. Sachgrunderfordernis .....	72
aaa. Richterrecht .....	72

bbb. TzBfG .....	74
b. Sachgrund der Erprobung .....	75
c. Abkoppelung des Befristungsrechts vom Kündigungsrecht .....	75
d. Sachliche Rechtfertigung .....	77
aa. Schädliche Vorbeschäftigung .....	77
bb. Übernahme eines Auszubildenden .....	78
cc. Übernahme eines Leiharbeitnehmers .....	81
dd. Tariflicher Ausschluss .....	81
e. Befristungsdauer .....	82
aa. Entgrenzungsinteresse .....	83
bb. Begrenzungsinteresse .....	83
cc. Ausgleich .....	85
aaa. Normalfall .....	85
bbb. Einfache Tätigkeiten .....	87
ccc. Längere Befristungsdauer .....	90
ddd. Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten .....	92
f. Bestandsschutz .....	92
3. Zusammenfassende Gegenüberstellung .....	93
III. Sachgrundlose Befristung zur Erprobung .....	96
1. Entwicklung der sachgrundlosen Befristung .....	96
a. Sachgrundlose Befristung nach Richterrecht .....	96
b. Beschäftigungsförderungsgesetze .....	96
c. Befristungsrichtlinie und Rahmenvereinbarung .....	98
d. Regelungszweck .....	100
2. Sachgrundlose Befristung zur Erprobung .....	100
a. Beendigung allein durch Zeitablauf .....	101
b. Sachgrundlosigkeit .....	101
c. Befristungsdauer .....	101
d. Vorbeschäftigungsverbot .....	102
aa. Arbeitsverhältnis .....	103
aaa. Schädlichkeit eines Berufsausbildungsverhältnisses .....	104
bbb. Schädlichkeit einer Beschäftigung als Leiharbeitnehmer .....	107
ccc. Ergebnis .....	108
bb. Zeitliche Reichweite des Vorbeschäftigungsverbots .....	108
aaa. Uneingeschränktes Vorbeschäftigungsverbot .....	108
bbb. Karenzrechtsprechung .....	109
ccc. Verfassungswidrige Rechtsfortbildung .....	109

ddd.	Verfassungskonforme Reduktion des Vorbeschäftigungsverbots .....	110
	(1) Aufgabe der Karenzrechtsprechung .....	111
	(2) Sehr lange zurückliegend .....	112
	(3) Ganz anders geartet .....	113
	(4) von besonders kurzer Dauer .....	113
	(5) Mischtatbestände .....	114
eee.	Erprobungsspezifische Bedeutung des Vorbeschäftigungsverbots und seiner verfassungskonformen Einschränkung .....	115
	(1) Uneingeschränktes Vorbeschäftigungsverbot .....	117
	(2) Karenzrechtsprechung .....	117
	(3) Verfassungskonforme Reduktion .....	118
	(4) Unzumutbarkeit und Erprobungsinteresse .....	119
fff.	Ergebnis .....	121
e.	Verlängerung .....	121
aa.	Verlängerungsvorteile .....	122
aaa.	Bestandsrisiko .....	122
bbb.	Rekrutierungspotenzial und -erfolg .....	123
ccc.	Bewährungspotenzial .....	124
bb.	Vergleich der Verlängerungsmöglichkeiten .....	125
aaa.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer Probezeit .....	125
bbb.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer Sachgrundbefristung zur Erprobung .....	128
ccc.	Verlängerungsmöglichkeit bei einer sachgrundlosen Befristung zur Erprobung .....	131
ddd.	Sachgrundlose Verlängerung einer Sachgrundbefristung zur Erprobung .....	131
cc.	Zusammenfassung .....	134
f.	Ergebnis .....	136
3.	Grundsätzliche Zulässigkeit als Erprobungsinstrument .....	137
a.	Befristungsschutz zweiter Klasse .....	137
aa.	Ausgangspunkt .....	138
bb.	Verfassungskonforme Auslegung und verfassungskonforme Reduktion .....	139
cc.	Verfassungskonforme Auslegung .....	141

dd. Verfassungskonforme Reduktion .....	143
aaa. Art. 12 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlicher Maßstab .....	144
bbb. Andersartige Beendigungsgrundlage .....	144
ccc. Befristungsfreiheit .....	145
ddd. Strukturelles Verhandlungsungleichgewicht .....	146
eee. Schutzpflicht bei gestörter Vertragsparität .....	147
fff. Untermaßverbot .....	149
ee. Ergebnis .....	151
b. Umgehung von § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG .....	152
c. Ergebnis .....	155
4. Ausnahmsweise Unzulässigkeit als Erprobungsinstrument .....	155
a. Tarifvertraglicher Ausschluss .....	156
aa. Erweiterungen .....	156
bb. Einschränkungen .....	157
cc. Tarifliche Regelungen der Sachgrundbefristung zur Erprobung .....	160
dd. Tarifliche Regelung eines Probearbeitsverhältnisses .....	161
b. Arbeitsvertraglicher Ausschluss .....	164
IV. Zusammenfassung zum Teil B .....	168
V. Sachgrundlose Befristung zur Erprobung als „Königsweg“ .....	170
1. Die eigentliche Gestaltungsfrage .....	170
2. Fehleranfälligkeit .....	171
3. Rekrutierungszweck .....	173
4. Gewicht des Erprobungsinteresses .....	174
5. Konkrete Gefahr eines besonderen Kündigungsschutzes .....	175
6. Vorteile einer langen Erprobung für den Arbeitnehmer .....	176
<b>C. Die Entfristung nach Bewährung .....</b>	<b>179</b>
I. Die Fortsetzungsausrichtung der sachgrundlosen Befristung zur Erprobung .....	179
II. Die Überwindung der Befristung .....	184
1. Gesetzliche Überwindung .....	184
2. Vertragliche Überwindung .....	186
III. Die schuldrechtliche Einordnung der unbefristeten Fortsetzung .....	187
1. Unbefristete Fortsetzung als Wiedereinstellung .....	187
a. Abwanderungsgefahr .....	188
b. Administrativer Aufwand .....	188

c. Verlust der Verlängerungsoption .....	189
2. Änderung im funktionellen Sinne .....	190
3. Identitätsverlust durch unbefristete Fortsetzung .....	191
a. Verlängerung eines befristeten Dauerschuldverhältnisses .....	192
b. Bedeutung der Befristung für die Identität des Schuldverhältnisses .....	193
c. Rechtsfolgenverständnis von § 15 Abs. 5 TzBfG .....	194
d. Wandelung des Probearbeitsverhältnisses .....	194
e. Weitere, tiefgreifende Änderungen .....	195
4. Beseitigung von Zweifeln an der rechtlichen Grundlage .....	197
5. Ergebnis .....	201
IV. Die Umsetzung der vertraglichen Entfristung .....	202
1. Gesetzlicher Formzwang .....	203
2. Arbeitsvertraglicher Formzwang .....	204
3. Kollektivrechtlicher Formzwang .....	205
4. Folgen einer formwidrigen Entfristungsvereinbarung .....	206
5. Nachweis der Entfristung .....	207
6. Ergebnis .....	208
V. Der Anspruch auf Entfristung bei Bewährung dem Grunde nach .....	208
1. Vertragsfreiheit und Entfristungsfreiheit .....	209
a. Einstellungsfreiheit .....	210
b. Wiedereinstellungsfreiheit .....	212
c. Vertragsänderungsfreiheit .....	212
d. Bestandsfrage .....	214
e. Entfristungsinteresse .....	216
f. Grenzen der Vertragsänderungsfreiheit .....	217
g. Entfristungsfreiheit .....	220
2. Abschlusszwang unter dem Gesichtspunkt der Erprobung .....	220
a. Im Grundsatz kein Anspruch bei Bewährung .....	220
b. Culpa in contrahendo .....	221
c. Rechtsmissbrauch .....	224
d. Zwischenergebnis .....	226
e. Entscheidung nach billigem Ermessen .....	226
aa. Anwendbarkeit .....	227
bb. Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechts .....	228
aaa. Vertraglich .....	228
bbb. Gesetzlich .....	230

ccc. Analog .....	231
cc. Ergebnis .....	231
f. Aufschiebend bedingtes Vorverhältnis .....	231
g. Fürsorgepflicht .....	232
aa. Schuldrechtliche Verortung .....	232
bb. Abschlusszwänge .....	234
cc. Reichweite der Rücksichtnahmepflichten .....	236
h. Zwischenergebnis .....	238
3. Rechtsgeschäftliche Selbstbindung unter dem Gesichtspunkt der Erprobung .....	239
a. Zusage einer Entfristung .....	239
b. Notwendigkeit einer Willenserklärung .....	240
c. Erprobungszweck als Auslegungsgegenstand .....	241
aa. Arbeitsvertragliche Eröffnung des Erprobungszwecks .....	242
bb. Gesonderte Eröffnung des Erprobungszwecks .....	245
cc. Zwischenergebnis .....	246
d. Auslegung des Erprobungszwecks .....	246
aa. Vorliegen einer Willenserklärung .....	246
bb. Auslegungsmaßstab .....	247
cc. Erklärungsgehalt .....	249
aaa. Beschränkter Bindungswille .....	250
bbb. Bedingter Fortsetzungswille .....	252
ccc. Bedeutung der Beurteilungsgrundlage .....	255
ddd. Zurechnung .....	257
eee. Besondere Umstände der Erprobung .....	257
(1) Reihenerprobung .....	257
(2) Ausdrückliche Sachgrundlosigkeit .....	258
(3) Erweiterte Eröffnung des Erprobungszwecks .....	262
(a) Verlangen einer Entfristungsaussicht .....	264
(b) Grund, dem Verlangen nachzukommen .....	265
(c) Überzeugungskraft .....	267
dd. Ergebnis .....	268
e. Schuldrechtliche Einordnung der Zusage .....	269
aa. Vorvertrag .....	269
bb. Aufschiebend bedingter Hauptvertrag .....	270
cc. Abgrenzung .....	271
dd. Ergebnis .....	274

f. Vertragsschluss .....	274
aa. Bei arbeitsvertraglicher Eröffnung des Erprobungszwecks .....	274
bb. Bei gesonderter Eröffnung des Erprobungszwecks .....	274
aaa. Stillschweigende Annahme .....	275
bbb. Bindungsumfang der Zusage .....	276
ccc. Entbehrlichkeit der Annahmeerklärung .....	277
ddd. Zwischenergebnis .....	278
eee. Wirksamkeit des Vertragsschlusses .....	278
(1) Vollständigkeitsklausel .....	278
(2) Formzwang .....	281
cc. Ergebnis .....	282
g. Anfechtbarkeit der Zusage .....	283
aa. Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln .....	283
bb. Anknüpfungspunkt .....	284
aaa. Fehlendes Erklärungsbewusstsein .....	285
(1) Unverbindlich-erläuternde Eröffnung .....	286
(2) Aufzeigen einer Entfristungsaussicht .....	287
bbb. Inhaltsirrtum .....	288
(1) Rechtsfolgenirrtum .....	289
(2) Aufzeigen einer Entfristungsaussicht .....	290
ccc. Zwischenergebnis .....	290
cc. Kausalität .....	290
dd. Anfechtungsfrist .....	291
aaa. Kenntnis .....	291
bbb. Unverzügliche Anfechtungserklärung .....	292
ee. Nichtigkeit .....	293
ff. Ersatz des Vertrauensschadens .....	296
4. Ergebnis .....	297
VI. Bedingungseintritt mit Bewährung .....	297
1. Bewährung als Bedingung .....	297
a. Bewährung als aufschiebende Bedingung .....	298
b. Bewährung als bejahende Bedingung .....	299
2. Begriff der Bewährung .....	301
3. Anforderungsprofil .....	302
a. Berufsfreiheit .....	303
b. Die Festlegung vor der Einstellung zur Erprobung .....	303

c.	Gestaltungsfreiheit .....	306
aa.	Benachteiligungsverbot .....	306
bb.	Engere Schranken .....	308
aaa.	Anfälligkeit für sachfremde Erwägungen .....	308
(1)	Grundsätze zum Fragerecht .....	308
(2)	Diskriminierungsschutz durch Nichtwissen .....	309
(3)	Faktische Beschränkung der Einstellungsfreiheit .....	310
(4)	Entfristungsfreiheit .....	312
bbb.	Willkür und Unvernunft .....	315
ccc.	Sachliche Nachvollziehbarkeit .....	317
ddd.	Recht auf Arbeit .....	319
d.	Ergebnis .....	321
4.	Leistungsprofil .....	321
a.	Zeugnisse .....	322
aa.	Informationsfunktion .....	323
bb.	Werbefunktion .....	324
cc.	Bindungswirkung .....	325
b.	Personalbeurteilungen .....	327
aa.	Grenzziehungen durch Persönlichkeitsrecht .....	328
bb.	Bindungswirkung .....	332
c.	Ergebnis .....	332
5.	Bewährungsfeststellung als Akt feststellender Betrachtung .....	333
6.	Auswahlentscheidung bei Reihenerprobung .....	334
7.	Fortbestehender Beschäftigungsbedarf .....	336
8.	Ergebnis .....	337
VII.	Bewährungsförderungspflicht .....	338
1.	Gesetzliche Förderpflicht .....	338
2.	Schuldrechtliche Förderpflicht .....	339
3.	Beurteilungsrecht .....	342
4.	Aktive Förderpflichten .....	344
5.	Ergebnis .....	345
VIII.	Prozessuale Durchsetzung .....	345
1.	Klageart .....	345
2.	Klagefrist .....	350
3.	Darlegungs- und Beweislast .....	355
a.	Ausgangspunkt .....	355

b. Sekundäre Darlegungslast .....	357
c. Angreifen des Anforderungsprofils .....	358
d. Angreifen des Leistungsprofils .....	361
e. Reihenerprobung .....	363
f. Anfechtung .....	365
4. Ergebnis .....	365
IX. Beteiligung des Betriebsrats bei der Entfristung .....	366
1. Entfristung als Einstellung .....	366
a. Allgemeiner Begriff der Einstellung .....	366
b. Meinungsstand .....	368
c. Wortlaut .....	369
d. Regelungszweck .....	370
e. Besonderheit bei einem befristeten Probearbeitsverhältnis .....	371
f. Besonderheiten bei einer Reihenerprobung als Sonderfall eines befristeten Probearbeitsverhältnisses .....	372
g. Ergebnis .....	374
2. Unterrichtung bei Einstellung .....	375
3. Auswahlrichtlinie bei Reihenerprobung .....	377
a. Umfang des Beteiligungsrechts .....	377
b. Inhaltliche Grundsätze .....	378
4. Mitbestimmung über die einstellungserheblichen Anforderungen .....	380
a. Meinungsstand .....	380
b. Regelungsgegenstand .....	384
c. Unverbindlichkeit .....	384
d. Auswahlentscheidung .....	385
e. Kernanforderungen .....	386
f. Ergebnis .....	389
5. Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Bewährungsfeststellung .....	389
6. Ergebnis .....	392
<b>D. Gesamtergebnis .....</b>	<b>393</b>
<b>E. Ausblick .....</b>	<b>397</b>
I. Reform der Regelung der sachgrundlosen Befristung .....	397
II. Umsetzung der Arbeitsbedingungenrichtlinie .....	399