

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Probezeitvereinbarung
3. Arbeitsrechtliche Besonderheiten der Probezeit
  - 3.1 Sicherung des Arbeitsantritts
  - 3.2 Begrenzte Dauer der Probezeit
  - 3.3 Wahlberechtigt, aber nicht wählbar
  - 3.4 Geringeres Arbeitsentgelt
  - 3.5 Wartezeit bei der Entgeltfortzahlung
  - 3.6 Nur Anspruch auf Teilurlaub
  - 3.7 Kurze Kündigungsfrist
  - 3.8 Kein allgemeiner Kündigungsschutz
  - 3.9 Besonderer Kündigungsschutz greift trotzdem
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Außerordentliche Kündigung
  - 4.2 Auswärtstätigkeit
  - 4.3 Betriebsratsanhörung
  - 4.4 Erprobungszweck
  - 4.5 Fahrtkosten - steuerliche Berücksichtigung - 1
  - 4.6 Fahrkosten - steuerliche Berücksichtigung
  - 4.7 Maßregelungsverbot
  - 4.8 Verlängerte Probezeitkündigungsfrist
  - 4.9 Vertragsstrafe
  - 4.10 Zweites Ausbildungsverhältnis

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber kann für den Beginn des Arbeitsverhältnisses mit seinen Arbeitnehmern eine Probezeit vereinbaren. Die Erprobungsphase hat den Zweck, sich kennen zu lernen und die Eignung der Mitarbeiter für die Besetzung des Arbeitsplatzes festzustellen. Das BGB -Arbeitsrecht erlaubt eine maximal sechs Monate lange Probezeit. Tarifverträge orientieren sich an dieser Regeldauer oder beschränken die Probezeit sogar auf weniger Monate. Aber egal, ob ein Arbeitnehmer keine, eine kurze oder eine über die vollen sechs Monate gehende Probezeit hat: Allgemeinen Kündigungsschutz bekommt er erst mit Beginn des siebten Monats der Betriebs-/Unternehmenszugehörigkeit.

#### **Praxistipp:**

Die 2-wöchige Regelkündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB während der Probezeit bedeutet nicht, dass immer 14 Tage zwischen dem Zugang der Kündigung und dem vereinbarten Ende der Probezeit liegen müssen. Arbeitgeber können das Probearbeitsverhältnis auch noch am letzten Tag der Probezeit mit der 2-Wochen-Frist kündigen, ohne dass die Kündigung an den KSchG -Maßstäben zu messen ist.

Vom Grundsatz her ist ein Probearbeitsverhältnis ein Arbeitsvertrag wie jeder andere auch. Eine Probezeit kommt auch nicht automatisch in ein Arbeitsverhältnis. Sie muss vereinbart werden. Nur für die vereinbarte Probezeit gilt die kurze Probezeitkündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB. Arbeitgeber sollten Probezeit und Probearbeitsverhältnis nicht auf die leichte Schulter nehmen. Wer auf Nummer sicher gehen will, sollte sich vorab im Stichwort Probezeit - vermeidbare Fehler informieren, wie er eine Probezeit reibungslos vereinbaren und durchführen kann. Soweit keine tariflichen Regelungen entgegenstehen, kann es sogar sachlich gerechtfertigt sein, für die Probezeit ein geringeres Arbeitsentgelt zu zahlen, weil noch **Erfahrung und Qualifikation fehlen**.

## 2. Probezeitvereinbarung

Eine Probezeit kommt - wenn es keine

- **gesetzliche** (wie die in § 20 BBiG für das Berufsausbildungsverhältnis) oder
- **tarifliche**

**Regelung** gibt - nicht von alleine in den Arbeitsvertrag. Sie muss **vereinbart** werden.

### **Praxistipp:**

Dazu reicht schon der Satz: *"Das Arbeitsverhältnis wird vom <Datum> bis zum <Datum> zur Probe eingegangen."*

Ob

- ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit,
- ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit befristeter Probezeit
- ein befristetes Arbeitsverhältnis mit eingebauter Probezeit oder
- ein befristetes Arbeitsverhältnis zur Erprobung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG)

vereinbart wird, bleibt den Parteien überlassen - wenn es keine spezielle Regelung dazu gibt.

### **Praxistipp:**

Eine befristete Probezeit hat den großen Vorteil, dass das Arbeitsverhältnis automatisch endet und zum Ablauf der Befristung nicht extra gekündigt werden muss.

Der Arbeitsvertrag, der die Probezeit (mit)regelt, ist ein Arbeitsvertrag **wie jeder andere** - nur eben mit der Besonderheit Probezeitvereinbarung. Die wesentlichen Vertragsbedingungen eines Arbeitsvertrags sind in § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 10 NachwG genannt. Interessanterweise gehört die Probezeit nicht dazu.

Die **Aufnahme eines Probearbeitsverhältnisses** kann durch SGB III-Leistungen der Bundesagentur für Arbeit **gefördert** werden.

**Weitere Informationen** zur Probezeitvereinbarung sind in den Stichwörtern Probezeit - Arbeitsvertrag, Probezeit - Befristung und Probezeit - Vereinbarung hinterlegt. Zur **Unterscheidung** zwischen Praktikum, Arbeits-, Aushilfsarbeits-, Einfühlungs- und Probearbeitsverhältnis wird auf das Stichwort Probezeit - Abgrenzung verwiesen.

## 3. Arbeitsrechtliche Besonderheiten der Probezeit

Das **Probearbeitsverhältnis** ist vom Grundsatz her ein **Arbeitsverhältnis wie jedes andere** auch: Arbeit gegen Geld. Trotzdem gibt es einige **Besonderheiten**, die gerade für die Probezeit wichtig sind. Sie sollen hier kurz vorgestellt werden:

### 3.1 Sicherung des Arbeitsantritts

Der Arbeitsvertrag mit Probezeit ist ein Arbeitsvertrag wie jeder andere - nur eben mit den für eine Probezeit geltenden Besonderheiten. Der Arbeitsvertrag - § 611 BGB - verpflichtet

- den Arbeitnehmer, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten, und
- den Arbeitgeber, das vertraglich vereinbarte Arbeitsentgelt zu zahlen.

Genauso wie der Arbeitgeber eine Vergütungspflicht hat, hat der Arbeitnehmer eine Arbeitspflicht. Während der Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt vor dem Arbeitsgericht einklagen kann, hat der Arbeitgeber mit der Einforderung der Arbeitsleistung ein Problem.

### **Beispiel:**

Der Arbeitgeber schuldet seinem Arbeitnehmer die Vergütung für den Monat Juli: 2.650 EUR brutto. Zahlt der Arbeitgeber nicht freiwillig, kann der Arbeitnehmer ihn vor dem Arbeitsgericht auf Zahlung verklagen und seine titulierte Forderung im Weg der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Nimmt ein Arbeitnehmer seine Arbeit nicht auf oder bricht er seinen Arbeitsvertrag, kann der Arbeitgeber ihn zwar auch verklagen - aber seinen Anspruch auf die Arbeitsleistung nicht via Zwangsvollstreckung - Zwangsgeld/Zwangshaft - realisieren.

Die Arbeitsleistung ist eine unvertretbare Handlung. Unvertretbare Handlungen, also Handlungen, die nicht durch einen Dritten vorgenommen werden können, werden nach § 888 Abs. 1 ZPO über Zwangsgeld und Zwangshaft durchgesetzt. Nur kommen diese Mittel nach § 888 Abs. 3 ZPO "im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung". Arbeitgeber dürfen die Durchführung eines Probearbeitsverhältnisses aber durch

- den vertraglichen Ausschluss einer Kündigung vor Arbeitsaufnahme und
- Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit

sichern. Dazu mehr im Stichwort Probezeit - Vertragsstrafe .

### **3.2 Begrenzte Dauer der Probezeit**

Das Gesetz schreibt für die tatsächliche Dauer einer Probezeit zwar keine konkrete Zahl von Monaten vor, sagt aber

- in § 622 Abs. 3 BGB , dass die kurze Probezeitkündigungsfrist "längstens für die Dauer von sechs Monaten" gilt, und
- in § 1 Abs. 1 KSchG , dass der allgemeine Kündigungsschutz erst entsteht, wenn das "Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat".

Aus den gesetzlichen Regelungen wird die 6-monatige Regeldauer der Probezeit gefolgert. Regeldauer heißt: Arbeitgeber und Arbeitnehmer

- können eine Probezeit vereinbaren, die die gesamten sechs Monate ausschöpft,
- dürfen auch eine Probezeit unterhalb der 6-Monats-Grenze vereinbaren,
- können eine längere als die 6-monatige Probezeit nur vereinbaren, wenn es dafür im Einzelfall sachliche Gründe gibt.

Haben die Vertragspartner die Regeldauer nicht ausgeschöpft, dürfen sie die **Probezeit** bis zum Ablauf des sechsten Monats einvernehmlich verlängern . Die einseitige Verlängerung einer Probezeit durch den Arbeitgeber ist unzulässig. Die 6-monatige Regeldauer muss nicht gesondert begründet werden. Sie hängt von keinen weiteren Voraussetzungen ab. In vielen Branchen wird die zulässige Dauer der Probezeit von vorrangig zu beachtenden Tarifverträgen bestimmt.

Für die **Berechnung** der Probezeitdauer gelten die §§ 187 ff. BGB (s. dazu das Stichwort Probezeit - Fristenberechnung ).

Weitere Informationen zur Dauer der Probezeit stehen in den Stichwörtern Probezeit - Dauer und Probezeit - Verlängerung .

### 3.3 Wahlberechtigt, aber nicht wählbar

In Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, werden Betriebsräte gewählt, § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG . **Arbeitnehmer** im Sinn des BetrVG sind

- Arbeiter,
- Angestellte und
- zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte ( § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ).

Das Merkmal "ständig" wird durch die zu übernehmende Arbeitsaufgabe ausgefüllt. Dabei entscheidet wiederum, ob der zu beurteilende Arbeitnehmer dem Betrieb wegen dieser Aufgabe nicht nur vorübergehend, sondern eben "ständig" angehört. Der Mitarbeiter muss auf einem "ständig" zu besetzenden Arbeitsplatz tätig sein. Die Vereinbarung einer Probezeit ist hier unerheblich. Selbst neu eingestellte Arbeitnehmer gehören zu den ständigen, wenn sie dem Betrieb wegen ihrer Arbeitsaufgabe nicht bloß vorübergehend angehören.

Wahlberechtigt sind nach § 7 Satz 1 BetrVG

- alle Arbeitnehmer des Betriebs,
- die das 18. Lebensjahr vollendet haben.

Das BetrVG unterscheidet nicht zwischen Arbeitnehmern in der Probezeit und Mitarbeitern, die schon zum Stammpersonal gehören. Sogar zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer sind wahlberechtigt, "wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden", § 7 Satz 2 BetrVG . Die **Wahlberechtigung** wird durch die Probezeit nicht ausgeschlossen.

Anders dagegen die **Wählbarkeit**. Dazu sagt § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG :

"Wählbar sind alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören...".

Mehr zu diesem Thema und zu anderen betriebsverfassungsrechtlichen Fragen im Stichwort Probezeit - Mitbestimmung .

### 3.4 Geringeres Arbeitsentgelt

Der Arbeitgeber wird durch den Arbeitsvertrag verpflichtet, für die geleistete Arbeit Arbeitsentgelt zu zahlen. Soweit keine gesetzlichen oder kollektivrechtlichen Einschränkungen bestehen, kann die Höhe des Arbeitsentgelts im Rahmen der Vertragsfreiheit vereinbart werden.

#### **Beispiele**

- (1) Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Organisationszugehörigkeit tarifgebunden. Der anzuwendende Entgelttarifvertrag sieht für alle Arbeitnehmer ausnahmslos nach Tätigkeitsmerkmalen und -jahren strukturierte Vergütungsgruppen vor. Der Arbeitgeber muss die tarifliche Vergütungsstruktur auch während der Probezeit anwenden.
- (2) Der Arbeitgeber gehört einer Dienstleistungsbranche an, die bisher tariffrei geblieben ist. Sein Betriebsrat hat mit ihm eine Betriebsvereinbarung über ein betriebliches Vergütungsschema geschlossen. Der Arbeitgeber muss die Betriebsvereinbarung auch in der Probezeit anwenden.
- (3) Der Arbeitgeber ist tariffrei und hat keinen Betriebsrat. Er kann die Vergütung seiner Arbeitnehmer in den durch die Vertragsfreiheit gesteckten Grenzen selbst festlegen.

Zu den **Grenzen der Vertragsfreiheit** gehört insbesondere § 138 BGB :

- "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig" (Absatz 1).
- "Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen (Absatz 2).

Soweit nichts Höherrechtliches entgegensteht, ist es durchaus zulässig, für die Probezeit eine geringere Vergütung zu vereinbaren als für die Zeit danach. Und das ist auch sachlich gerechtfertigt, haben Arbeitnehmer in der Startphase doch weniger Erfahrung und Praxis als ihre schon länger beschäftigten Kollegen.

### 3.5 Wartezeit bei der Entgeltfortzahlung

Arbeitnehmer, die

- ohne ihr Verschulden
- durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit
- an ihrer Arbeitsleistung gehindert sind,

haben nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG "Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen ". Das gilt grundsätzlich auch für Arbeitnehmer während der Probezeit.

Aber: Damit die Kostenlast der Arbeitgeber eingedämmt wird, sagt § 3 Abs. 3 EFZG :

"Der Anspruch nach Absatz 1 entsteht nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses".

Ist die EFZG -Wartezeit abgelaufen, besteht der Entgeltfortzahlungsanspruch für volle sechs Wochen - die 4-wöchige Wartezeit wird nicht auf Regeldauer der Entgeltfortzahlung angerechnet.

#### **Beispiel:**

Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.10. mit einer 6-monatigen Probezeit. Der Arbeitnehmer wird am 14.10. arbeitsunfähig krank. Bis zum 28.10. hat er nach § 3 Abs. 3 EFZG gegen seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts. Dieser Anspruch entsteht frühestens mit dem 29.10. - läuft dann aber für die vollen sechs Wochen des § 3 Abs. 1 EFZG . Die 4-wöchige Wartezeit wird nicht aus den sechs Wochen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG herausgerechnet, sodass sich der Anspruch dann um diese Zeit verkürzen würde.

Mehr zur Entgeltfortzahlung während der Probezeit in den Stichwörtern Arbeitsunfähigkeit - Allgemeines ff., Entgeltfortzahlung - Allgemeines ff., Probezeit - Entgeltfortzahlung und Probezeit - Erkrankung .

### 3.6 Nur Anspruch auf Teilurlaub

Der volle **Urlaubsanspruch** entsteht nach § 4 BUrlG "erstmalig nach sechsmonatigem Bestehen des Arbeitsverhältnisses". Das heißt: In der 6-monatigen Regelprobezeit, die zum Ablauf des sechsten Probezeitmonats endet, kann kein Anspruch auf den vollen BUrlG -Urlaub entstehen. Die BUrlG -Wartezeit wird nicht erfüllt.

Teilurlaubsansprüche auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat des Bestehens des Arbeitsverhältnisses entstehen

- "für Zeiten eines Kalenderjahres, für die .. [der Arbeitnehmer] wegen Nichterfüllung der Wartezeit in diesem Kalenderjahr keinen vollen Urlaubsanspruch erwirbt" ( § 5 Abs. 1 lit. a) BUrlG );
- "wenn .. [der Arbeitnehmer] vor erfüllter Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet" ( § 5 Abs. 1 lit. b) BUrlG ).

Beschäftigungsmonat ist nicht immer mit Kalendermonat gleichzusetzen.

**Beispiel:**

Nimmt ein Arbeitnehmer seine Beschäftigung am 24.09. auf, geht sein erster voller Monat "des Bestehens des Arbeitsverhältnisses" von diesem 24.09. bis zum 23.10. Die nächsten vollen Beschäftigungsmonate gehen vom 24.10. bis zum 23.11., vom 24.11. bis zum 23.12. Der Arbeitnehmer kann daher für das Jahr, in dem er die Beschäftigung aufgenommen hat, maximal 3/12 des BUrlG -Urlaubs verlangen. Die Zeit vom 23.12. bis zum 31.12. bleibt urlaubsmäßig außen vor.

**Praxistipp:**

Im Jahr nach der Beschäftigungsaufnahme werden in der Regel glatte Monate gearbeitet, es sei denn, die Kündigung erfolgt mit kurzer Kündigungsfrist, zum Fünfzehnten oder außerordentlich fristlos. Soweit glatte Monate gearbeitet wurden, zählt jeder volle Beschäftigungsmonat vom Monatsersten bis zum Monatsletzten. Zu berücksichtigen ist, dass § 5 Abs. 1 lit. a) BUrlG auf das Kalenderjahr abstellt - so dass für den Urlaub im Folgejahr nicht auf den Arbeitsbeginn im Vorjahr abzustellen ist.

**Beispiel:**

Scheidet der Arbeitnehmer im vorausgehenden Beispiel am 23.03. mit Ende der 6-monatigen Probezeit aus, hat er im folgenden Kalenderjahr nur Anspruch auf 2/12 des BUrlG -Urlaubs. Es gibt nur zwei volle Beschäftigungsmonate: Januar und Februar. Der März ist keine voller Beschäftigungsmonat - und die Zeit bis zum 23.03. wird auch nicht durch Rückgriff auf den 24.12. des Vorjahres zu einem vollen Beschäftigungsmonat. Urlaubsjahr ist das Kalenderjahr - und das beginnt eben am 01.01.

Soweit bei Beendigung des Probearbeitsverhältnisses noch unerfüllte Urlaubsansprüche bestehen, die nicht mehr in natura gegeben werden können, müssen diese Ansprüche abgegolten werden. Einzelheiten zum Thema Probezeit und Urlaub sind im gleichnamigen Stichwort Probezeit - Urlaub hinterlegt.

### 3.7 Kurze Kündigungsfrist

Das Gesetz sieht in § 622 Abs. 1 BGB die sog. Grundkündigungsfristen vor: vier Wochen

- zum Fünfzehnten oder
- zum Monatsende.

Wer

- als Arbeitgeber einen neuen Mitarbeiter oder
- als Arbeitnehmer einen neuen Arbeitgeber

erproben will, möchte in der Regel nicht vier weitere Wochen gebunden sein, wenn das Ergebnis der **Erprobung** negativ ist. § 622 Abs. 3 BGB gibt beiden Vertragspartnern die Möglichkeit, mit einer kurzen, 2-wöchigen Kündigungsfrist auszusteigen.

**Beispiel:**

Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren eine 6-monatige Probezeit. Nach § 622 Abs. 3 BGB gilt während dieser Probezeit eine 2-wöchige Kündigungsfrist. Beginnt das Probearbeitsverhältnis am 01.04. und stellen Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer bereits am 20.05. fest, dass es keinen Zweck miteinander hat, brauchen sie nach einer Kündigung nicht bis zum 30.06. zu warten, sondern können ihr Probearbeitsverhältnis mit der kurzen Probezeitkündigungsfrist bereits zum 03.06. beenden.

Eine **kürzere Probezeitkündigungsfrist** kann von den Vertragspartnern wegen § 622 Abs. 5 BGB nicht vereinbart werden. Diese Möglichkeit haben nur Tarifvertragsparteien ( § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB ), die davon branchenunterschiedlich Gebrauch gemacht haben. Gibt es solche kurzen tariflichen Kündigungsfristen, dann

*"gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn ihre Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist" ( § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB ). Weiter wird vorausgesetzt, dass das Arbeitsverhältnis in den Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags fällt.*

**Weitere Informationen** zu diesem Gliederungspunkt sind in den Stichwörtern Probezeit - Kündigungsfrist , Kündigungsfristen - gesetzliche und Kündigungsfristen - tarifvertragliche hinterlegt. Zur Berechnung der Kündigungsfrist wird auf das Stichwort Probezeit - Fristenberechnung verwiesen.

### **3.8 Kein allgemeiner Kündigungsschutz**

Hat sich ein Arbeitnehmer in der Probezeit nicht bewährt, steht der Arbeitgeber vor der Frage, ob er eine Kündigung aussprechen soll. Arbeitnehmer haben

- in Betrieben mit mehr als zehn Mitarbeitern ( § 23 Abs. 1 KSchG )
- nach mehr als sechs Monaten ( § 1 Abs. 1 KSchG )

allgemeinen Kündigungsschutz . Das heißt im Umkehrschluss: Ohne dass es auf die Betriebsgröße ankommt, erlangen Arbeitnehmer **in den ersten sechs Monaten** ihres Arbeitsverhältnisses im selben Betrieb/Unternehmen **keinen allgemeinen Kündigungsschutz**.

#### **Beispiele**

- (1) Der Arbeitgeber beschäftigt in der Regel weniger als zehn Arbeitnehmer. Hier ist es egal, wie lange ein Arbeitnehmer im Betrieb ist. Er wird keinen allgemeinen Kündigungsschutz bekommen, solange sein Arbeitgeber nicht mehr als zehn Mitarbeiter beschäftigt.
- (2) Der Arbeitgeber beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Arbeitnehmer haben in seinem Betrieb/Unternehmen allgemeinen Kündigungsschutz, wenn ihr Arbeitsverhältnis *"ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat"* ( § 1 Abs. 1 KSchG ).

Zur **Zählweise** der beschäftigten Arbeitnehmer und den weiteren Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes wird auf das Stichwort Kündigungsschutz - Allgemeines verwiesen.

§ 1 Abs. 1 KSchG sieht für den Beginn des allgemeinen Kündigungsschutzes eine 6-monatige Wartezeit vor. Diese sechs Monate sind nach § 622 Abs. 3 BGB auch die Obergrenze für eine Probezeit. Damit kann ein Arbeitnehmer, wenn die Regeldauer der Probezeit nicht überschritten wird, während der Regelprobezeit keinen allgemeinen Kündigungsschutz bekommen.

Selbstverständlich muss der Betriebsrat auch vor der Kündigung eines Arbeitnehmers in der Probezeit angehört werden. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist auch in der Probezeit nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam (dazu: Probezeit - Mitbestimmung ).

### **3.9 Besonderer Kündigungsschutz greift trotzdem**

Während der Beginn des besonderen Kündigungsschutzes Schwerbehinderter an die **6-Monats-Regelung** in

- § 622 Abs. 3 BGB und
- § 1 Abs. 1 KSchG

angepasst ist ( § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX ), beginnt der besondere Kündigungsschutz bei anderen Arbeitnehmern gleich mit Beginn des Beschäftigungsverhältnisses oder zu dem Zeitpunkt, in dem ein bestimmtes Merkmal vorliegt oder Ereignis eintritt.

#### **Beispiel:**

Die Arbeitnehmerin startet am 15.06. bei ihrem Arbeitgeber unbefristet mit einer 6-monatigen Probezeit. Diese Probezeit wird am 14.12. enden. Am 23.09. teilt die Arbeitnehmerin ihrem Arbeitgeber mit, dass sie schwanger sei. Von nun an ist die Kündigung - trotz Probezeitvereinbarung - nach § 9 Abs. 1 KSchG ausgeschlossen.

### **Praxistipp:**

Um bei Probearbeitsverhältnissen mit einer Kündigung keine Schwierigkeiten zu bekommen, ist es immer sinnvoll, eine befristete Probezeit zu vereinbaren. Sie führt zu einem automatischen Ende der Probezeit, ohne dabei mit dem besonderen Kündigungsschutz in Konflikt zu kommen.

Weitere **Beispiele** des besonderen Kündigungsschutzes:

- Nimmt ein Arbeitnehmer Familienpflegezeit nach dem FPfZG , darf der Arbeitgeber "das Beschäftigungsverhältnis während der Inanspruchnahme der Familienpflegezeit und der Nachpflegephase nicht kündigen", § 9 Abs. 3 FPfZG .
- Wer in Nordrhein-Westfalen ehrenamtlich in der **Jugendhilfe** tätig ist, hat nach dem SoUrlG NW Anspruch auf Sonderurlaub. § 8 Satz 1 SoUrlG NW - Nachteilsverbot - sagt dazu: "Arbeitnehmern, die einen Sonderurlaub nach Maßgabe dieses Gesetzes erhalten, dürfen Nachteile in ihrem Arbeitsverhältnis daraus nicht erwachsen".
- Wird ein wahlberechtigter Probezeit-Mitarbeiter (s. dazu § 7 BetrVG ) in den **Wahlvorstand** für die (Neu)Wahl eines Betriebsrats bestellt/gewählt, gilt § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG : "*Die Kündigung eines Mitglieds eines Wahlvorstands ist vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, (...), jeweils bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen ...*".

Was natürlich trotz Bestehens besonderen Kündigungsschutzes **immer möglich** ist: die einvernehmliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag .

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zu allgemeinen Fragen im Zusammenhang mit der Probezeit **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **4.1 Außerordentliche Kündigung**

Eine außerordentliche Kündigung kommt in der Regel nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht beharrlich - will heißen: bewusst, wiederholt und nachhaltig - zuwiderhandelt. Verletzt ein **Transportfahrer** seine arbeitsvertraglichen Pflichten unter anderem durch Anfahren einer falschen Entladestelle und weisungswidrige Wahl eine Fahrstrecke, kommt eine außerordentliche Kündigung nur nach vorheriger Abmahnung in Betracht. Ist der Arbeitnehmer erst kurz bei seinem Arbeitgeber beschäftigt und noch innerhalb der Probezeit mit 14-tägiger Kündigungsfrist kündbar, dann ist im Rahmen der Interessenabwägung davon auszugehen, dass Interesse des Arbeitnehmers, sein Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der kurzen Kündigungsfrist fortzusetzen, höher als das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers zu bewerten ( LAG Rheinland-Pfalz, 17.11.2010 - 8 Sa 323/10 ).

### **4.2 Auswärtstätigkeit**

Arbeitnehmer dürfen nach Maßgabe des § 9 EStG von ihren Einnahmen die so genannten Werbungskosten abziehen. Zu diesen Werbungskosten gehören nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 EStG "Aufwendungen des Arbeitnehmers für die Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte im Sinne des Absatzes 4." Der sagt in Satz 1: "Erste Tätigkeitsstätte ist die ortsfeste betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens ( § 15 des Aktiengesetzes ) oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten, der der Arbeitnehmer dauerhaft zugeordnet ist." Für befristete Arbeitsverhältnisse gilt: "Der in einer dauerhaften, ortsfesten betrieblichen Einrichtung seines Arbeitgebers beschäftigte Arbeitnehmer ist nicht allein deshalb auswärts tätig, weil er eine Probezeit vereinbart hat, unbedingt versetzungsbereit oder befristet beschäftigt ist"



( BFH, 06.11.2014 - VI R 21/14 ).

#### 4.3 Betriebsratsanhörung

Auch wenn der Arbeitgeber in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses eine **grundsätzliche Kündigungsfreiheit** hat, schließt das seine kollektivvertragliche Verpflichtung zur Angabe der Kündigungsgründe im Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht aus. Sagt er in der Anhörung nur, dass er kein Interesse an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses habe, genügt diese Angabe nicht den Anforderungen des § 102 Abs. 1 BetrVG. "Wenn der Betriebsrat in die Lage versetzt werden soll, ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden, kann er seine Aufgabe nur wahrnehmen, wenn ihm der Lebenssachverhalt mitgeteilt wird, der der Kündigungsentscheidung zugrunde liegt" ( LAG Düsseldorf, 22.11.2011 - 17 Sa 961/11 ).

#### 4.4 Erprobungszweck

Ein sachlicher Befristungsgrund für die Erprobung im Sinn des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG scheidet aus, wenn der Mitarbeiter "bereits ausreichende Zeit bei dem Arbeitgeber mit den von ihm zu erfüllenden Aufgaben beschäftigt war und der Arbeitgeber die Fähigkeiten des Arbeitnehmers hinreichend beurteilen kann". Geht dem befristeten Arbeitsvertrag "zur Erprobung" ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis voraus, in dem der Mitarbeiter bereits mit den gleichen Arbeitsaufgaben betraut war, spricht das regelmäßig gegen den Sachgrund der Erprobung. Bei der Erprobungsbefristung können aber nicht nur fachliche, sondern auch "in der Person des Arbeitnehmers liegende Umstände berücksichtigt werden" ( BAG, 02.06.2010 - 7 AZR 85/09 ).

#### 4.5 Fahrtkosten - steuerliche Berücksichtigung - 1

Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG dürfen die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte im Rahmen der Entfernungspauschale nur beschränkt berücksichtigt werden. Steuerlich dürfen also nur 0,30 EUR je Entfernungskilometer geltend gemacht werden - nicht die tatsächlichen Kosten. Liegt eine regelmäßige Arbeitsstätte auch bei einem Probearbeitsverhältnis oder bei einem befristeten Arbeitsvertrag vor? Dazu der BFH: "Der in einer dauerhaften, ortsfesten betrieblichen Einrichtung seines Arbeitgebers beschäftigte Arbeitnehmer ist nicht allein deshalb auswärts tätig, weil er eine Probezeit vereinbart hat, unbedingt versetzungsbereit oder befristet beschäftigt ist" ( BFH, 06.11.2014 - VI R 21/14 - Leitsatz).

#### 4.6 Fahrkosten - steuerliche Berücksichtigung

Eine "**regelmäßige Arbeitsstätte**" iSd. EStG liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer auf zwei Jahre **befristet mit einer eingeschlossenen 6-monatigen Probezeit** eingestellt wird. Der Betriebssitz des Arbeitgebers ist in diesem Fall die regelmäßige Arbeitsstätte i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG. Dafür spricht ua., dass der Arbeitnehmer diese "Einrichtung während seines Arbeitsverhältnisses nicht nur gelegentlich, sondern mit einer gewissen Nachhaltigkeit, d.h. fortdauernd und immer wieder (dauerhaft) aufgesucht" hat. Probezeit und Befristung stehen "der **Dauerhaftigkeit der Zuordnung** nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers nicht entgegen. Denn ein in einer dauerhaften, ortsfesten betrieblichen Einrichtung seines Arbeitgebers tätiger Arbeitnehmer ist nicht allein deshalb auswärts, also vorübergehend von seiner Wohnung und dem ortsgebundenen Mittelpunkt seiner dauerhaft angelegten beruflichen Tätigkeit entfernt tätig, weil er eine Probezeit vereinbart hat, unbedingt versetzungsbereit oder befristet beschäftigt ist." Folge: die Fahrtkosten können nur mit der Entfernungspauschale nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 EStG angesetzt werden, Verpflegungsmehraufwendungen sind nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen ( BFH, 07.05.2015 - VI R 54/14 - und Bestätigung von BFH, 06.11.2014 - VI R 21/14 ).

#### 4.7 Maßregelungsverbot

Der Arbeitgeber darf seine Mitarbeiter bei einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil sie in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben, § 612a BGB. Ein **Verstoß gegen dieses** Maßregelungsverbot kann beispielsweise vorliegen, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer nur kündigt, weil der - zu Recht - eine Zuzahlung für Feiertage geltend gemacht hat. Bloß: Der Arbeitnehmer trägt im Kündigungsschutzprozess die **Darlegungs-**

**und Beweislast** für seine Behauptung, der Arbeitgeber habe mit seiner Kündigung gegen das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB verstoßen - mit der Folge, dass die Klage abgewiesen wird, wenn sich die Ursächlichkeit der Rechtsausübung für die Kündigung nicht feststellen lässt ( LAG Rheinland-Pfalz, 16.08.2007 - 2 Sa 261/07 ).

#### 4.8 Verlängerte Probezeitkündigungsfrist

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A und Arbeitnehmer N hatten in § 3 ihres Arbeitsvertrags eine 6-monatige Probezeit vereinbart. Zudem enthielt der Vertrag die Verweisung auf einen bestimmten **Manteltarifvertrag**. § 8 des Formulararbeitsvertrags sah unter der Überschrift "**Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses**" die Regelung vor, dass für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses - ohne weitere Bezugnahme auf § 3 oder den Manteltarifvertrag - eine **Kündigungsfrist von sechs Wochen** zum Monatsende gilt. A kündigte am 05.09.2014 zum 20.09.2014.

In der Regel ist es so, dass die 2-wöchige Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB nicht extra geregelt werden muss. Es genügt, wenn die Parteien eine Probezeit vereinbaren. Die Zwei-Wochen-Frist des § 622 Abs. 3 BGB greift dann automatisch. Es sei denn, der **Arbeitsvertrag** sieht eine längere Kündigungsfrist vor. Die hier von A in § 8 **vorformulierte Klausel** macht nicht hinreichend deutlich, dass die 6-wöchige Kündigungsfrist erst nach der Probezeit gelten soll. So eine Klausel können rechtsunkundige Arbeitnehmer im Rahmen der **AGB-Kontrolle** nur so verstehen, dass die Sechs-Wochen-Frist bereits von Beginn des Arbeitsverhältnisses an gelte - also auch schon in der Probezeit ( BAG, 23.03.2017 - 6 AZR 705/15 - mit dem Ergebnis, dass A's Kündigung hier erst zum 31.10.2014 wirksam wurde).

#### 4.9 Vertragsstrafe

Eine Vertragsstrafenklausel in einem Formulararbeitsvertrag ist wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam, wenn der Arbeitnehmer auch in dem Fall eine Vertragsstrafe in Höhe eines Bruttomonatsverdienstes vorsieht, in dem der Arbeitnehmer ein mit 14-tägiger Kündigungsfrist kündbares Probearbeitsverhältnis vorzeitig vertragswidrig beendet. Der Arbeitgeber hat sich hier eine "**Übersicherung**" versprechen lassen. Da nach neuem AGB-Recht weder eine geltungserhaltende Reduktion einer unwirksamen Vertragsstrafenklausel noch eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommt, kann die **unwirksame Klausel** nicht ein wirksames Vertragsstrafenversprechen umgedeutet werden ( BAG, 23.09.2010 - 8 AZR 897/08 ).

#### 4.10 Zweites Ausbildungsverhältnis

Auch wenn die Entscheidung zur BBiG-Probezeit , die nach § 20 BBiG zwingend ist und mindestens einen Monat betragen muss und höchstens vier Monate dauern darf, erging, sie zeigt auch einige beachtenswerte **Grundsätze** für die arbeitsvertragliche Probezeit auf: "1. Die Vereinbarung einer Probezeit gemäß § 20 Satz 1 BBiG als solche unterliegt als zwingendes Recht **keiner Inhaltskontrolle** am Maßstab der §§ 307 ff. BGB . 2. Die **Dauer der Probezeit** ist bei Vereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen als normausfüllende Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen ( BAG, 12.02.2015 - 6 AZR 831/13 - mit dem Ergebnis, dass hier die 4-monatige Probezeit im zweiten Ausbildungsverhältnis wegen der psychischen Erkrankung des Auszubildenden (zweite Chance) nicht zu beanstanden war).