

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Überwachung der anzuwendenden Bestimmungen
3. Mitbestimmung bei der Einstellung zur Probe
4. Gestaltung des Arbeitsvertrags
5. Mitbestimmung bei der Probezeitkündigung
6. Rechtsprechungs-ABC
 - 6.1 Befristetes Probearbeitsverhältnis
 - 6.2 Mitteilungspflicht - Inhalt - 1
 - 6.3 Mitteilungspflicht - Inhalt - 2
 - 6.4 Mitteilungspflicht - Inhalt - 3
 - 6.5 Mitteilungspflicht - Inhalt - 4

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss bei der **Probezeitbeschäftigung** Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beachten. Die **Arbeitnehmervertretung** wacht zum einen über die **Einhaltung aller maßgeblichen arbeitsrechtlichen Vorschriften** . Das ist das Mindeste. Zum anderen muss der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern jeder **Einstellung** nach § 99 Abs. 1 BetrVG **zustimmen** - und das gilt auch bei der Einstellung zur Probe.

Praxistipp:

Der Arbeitgeber kann im Rahmen der rechtlichen Vorgaben mitbestimmungsfrei über die Länge der Probezeit entscheiden. Ob er einen Arbeitnehmer probeweise einen Monat, zwei, drei oder maximal sechs Monate beschäftigt ist, ist seine Sache. Der Betriebsrat hat allerdings darauf zu achten, dass der Arbeitgeber die maßgeblichen Rechtsvorschriften einhält - wozu dann auch die jeweilige durch Gesetz oder Tarifvertrag vorgegebene Dauer einer Probezeit gehört.

Bei der inhaltlichen **Gestaltung von Arbeitsverträgen** hat der Betriebsrat nur beschränkt mitzubestimmen. Soweit **Formulararbeitsverträge** des Arbeitgebers **persönliche Angaben** von Mitarbeitern enthalten, muss der Arbeitgeber das nach § 94 Abs. 2 BetrVG mit dem Betriebsrat abmachen. Das wichtigste Mitbestimmungsrecht neben dem 99er ist das **Anhörungsrecht** vor Kündigungen aus § 102 Abs. 1 BetrVG - was auch für eine **Probezeitkündigung** gilt. Hört der Arbeitgeber die Mitarbeitervertretung nicht vor der **Probezeitkündigung** an, ist sie **unwirksam** , § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG .

2. Überwachung der anzuwendenden Bestimmungen

Der **Betriebsrat** hat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die **allgemeine Aufgabe** , **darüber zu wachen**, dass die zugunsten der Mitarbeiter geltenden

- **Gesetze**,
- **Verordnungen**,
- **Unfallverhütungsvorschriften**,
- **Tarifverträge** und
- **Betriebsvereinbarungen**

durchgeführt werden. Dazu gehören insbesondere **die arbeitsrechtlichen Bestimmungen**, die sich auf eine Probezeit beziehen - zum Beispiel

- § 99 BetrVG ,
- § 622 Abs. 3 BGB und
- § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG .

Arbeitgeber und Betriebsrat haben zudem nach § 75 Abs. 1 BetrVG darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen **nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit** behandelt werden.

3. Mitbestimmung bei der Einstellung zur Probe

In **Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern** hat der Arbeitgeber seinen Betriebsrat vor jeder

- **Einstellung** ,
- Eingruppierung ,
- Umgruppierung und
- Versetzung

zu **unterrichten**, ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben, § 99 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BetrVG . "*Einstellung*" heißt auch Einstellung zur Probe. Die Beteiligung muss vor Abschluss des Arbeitsvertrags erfolgen. § 99 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BetrVG sagt, dass der Arbeitgeber "*die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme*" einholen muss.

Nach der BAG-Rechtsprechung liegt eine **zustimmungspflichtige Einstellung** im Sinn des § 99 Abs. 1 BetrVG vor,

"wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen" (BAG, 01.10.1991 - 1 ABR 76/90).

Als **Einstellung** wurde **früher** im Sinn des § 99 Abs. 1 BetrVG

- sowohl die Begründung des Arbeitsverhältnisses
- als auch die damit erfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme

gesehen (so noch BAG, 28.04.1992 - 1 ABR 73/91). Das ist **heute** anders. Es kommt nicht mehr auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses - sprich: den Abschluss des Arbeitsvertrags - an. Das Rechtsverhältnis ist ebenfalls unerheblich. "**Maßgebend** ist vielmehr die **Eingliederung**, die Frage also, ob die zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muss" (BAG, 22.04.1997 - 1 ABR 74/96). Und diese Voraussetzungen sind auch bei einem Probearbeitsverhältnis erfüllt.

4. Gestaltung des Arbeitsvertrags

Der **Inhalt von Arbeitsverträgen** wird unter anderem durch

- Gesetz,
- Tarifverträge,
- Betriebsvereinbarungen und
- Parteiabsprachen

festgelegt.

Der Betriebsrat hat **bei der inhaltlichen Ausgestaltung** von Arbeitsverträgen **nur ein begrenztes Mitbestimmungsrecht**. Der **Arbeitgeber** kann in dem ihm von der Rechtsordnung vorgegebenen Rahmen **Probearbeitsverhältnisse frei vereinbaren** . Der Betriebsrat kann ihn weder zwingen,

Probearbeitsverhältnisse zu vereinbaren, noch kann er von ihm verlangen, das nicht zu tun. Ebenso wenig kann er ihm eine bestimmte Dauer der Probezeit vorgeben. Der Betriebsrat hat auch nicht das Recht, die Einhaltung individueller Absprachen zu überwachen. Er muss aber **überprüfen** können, ob die zu überwachenden Bestimmungen in den Arbeitsverträgen eingehalten werden.

Praxistipp:

Der Abschluss von Arbeitsverträgen und ihr Inhalt wird von der Mitbestimmung nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht erfasst. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur Einstellung eines neuen Mitarbeiters daher nicht mit der Begründung verweigern, aus seiner Sicht sei keine Probezeit erforderlich. Ob eine Probezeit vereinbart wird, entscheidet der Arbeitgeber - selbstverständlich immer nur innerhalb seiner rechtlichen Möglichkeiten.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben in dem **Rahmen**, den ihnen die Rechtsordnung vorgibt, **Vertragsfreiheit**. Da kann ihnen auch der Betriebsrat nicht hineinreden. Der Betriebsrat kann den Arbeitgeber rechtlich auch nicht zwingen, während der Probezeit längere **Kündigungsfristen** vorzusehen oder den **Kündigungsschutz** gleich vom ersten Tag des Arbeitsverhältnisses an greifen zu lassen. Die **Probezeit**, ihre Dauer und ihre arbeitsvertragliche Ausgestaltung sind **nicht Gegenstand zwingender Mitbestimmung** nach § 87 Abs. 1 BetrVG .

Während **Personalfragebögen** der **Zustimmung** des Betriebsrats bedürfen (§ 94 Abs. 1 BetrVG), gilt das **bei Arbeits- und Formulararbeitsverträgen** nur insoweit, als darin "*persönliche Angaben*" enthalten sind (§ 94 Abs. 2 BetrVG).

5. Mitbestimmung bei der Probezeitkündigung

Schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen **befristeten Arbeitsvertrag** mit dem **Zweck Erprobung** - § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG - oder vereinbaren sie eine **befristete Probezeit** vor einem ansonsten unbefristeten Arbeitsvertrag, wird das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung **automatisch beendet** .

Beispiel:

David Kempp arbeitet als Vertriebsassistent bei einem Hersteller modischer Herrenhemden. Die Unternehmensleitung hat ihn mit einer zeitlich vom 01.07. auf den 31.12. befristeten Probezeit eingestellt. Der Betriebsrat wurde bei der Einstellung Davids ordnungsgemäß nach § 99 Abs. 1 BetrVG beteiligt - und hat ihr zugestimmt. Das Arbeitsverhältnis mit Herrn Kempp entwickelt sich leider nicht so, wie es sich die Unternehmensleitung vorgestellt hat. Sie beschließt, es am 31.12. auslaufen zu lassen - und teilt David diesen Entschluss Anfang Dezember schriftlich mit. Der Betriebsrat braucht hier nicht angehört zu werden. Er hat im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG Kenntnis von der Befristung. Das befristete Probearbeitsverhältnis endet ohne seine Beteiligung von allein.

Für alle **Fälle einer Kündigung** - das heißt der einseitigen Beendigung des Probearbeitsverhältnisses - durch den Arbeitgeber gilt **§ 102 BetrVG** . Sein Absatz 1 sagt:

"Der Betriebsrat ist **vor jeder Kündigung zu hören** . Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine **ohne Anhörung** des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist **unwirksam** ."

Dabei ist, soweit es den **Inhalt der Anhörung** betrifft, zu **differenzieren**:

- "*Handelt es sich um eine Kündigung, die **durch ein bestimmtes Ereignis** oder eine Summe von Vorkommnissen veranlasst ist und sich als arbeitgeberseitige Reaktion auf einen vorausgegangenen Kündigungssachverhalt darstellt, genügt der Arbeitgeber seiner Mitteilungspflicht nur dann, wenn er dem Betriebsrat **die kündigungsrelevanten Tatsachen** hinreichend konkretisiert mitteilt*" (LAG Düsseldorf, 15.11.2001 - 15 Sa 1223/01 - Leitsatz - 1.).

- "Handelt es sich um eine Kündigung, die vor Eintritt des Kündigungsschutzes (§ 1 Abs. 1 KSchG ; ... [§§ 85, 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX]) zur Vermeidung einer 'Festanstellung' **wegen arbeitgeberseitig verneinter Eignung bzw. Bewährung** des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, dann genügt der Arbeitgeber in der Regel seinen Mitteilungspflichten auch dann, wenn er dem Betriebsrat nur seine **Einschätzung** bez. der Eignung bzw. nur seine Beurteilung bez. der Bewährung des Arbeitnehmers mitteilt, ohne all diejenigen Tatsachen anzugeben, auf die sein Urteil ggfs. gründet, solange derartige Tatsachen nur ein Teilaspekt einer aus objektiven wie subjektiven Faktoren gleichermaßen zusammengesetzten Meinungsbildung sind" (15.11.2001 - 15 Sa 1223/01 - Leitsatz - 2.)

Praxistipp:

Arbeitgeber machen sich die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat und die Anhörung zu einer Probezeitkündigung oft unnötig schwer. Sie haben hier doch die einmalige Chance, sich vor Beginn des allgemeinen Kündigungsschutzes ohne große Probleme von einem Arbeitnehmer zu trennen. Daher sollten sie bei Angabe der Kündigungsgründe zurückhaltend sein und das ihnen von der Rechtsprechung eingeräumte Angebot annehmen: die Angabe der subjektiven Wertungen genügt.

Zum **Inhalt der Mitteilungspflicht** im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG sagt das BAG:

"Der Inhalt der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers richtet sich daher nicht nach den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG , sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber **subjektiv** seinen **Kündigungsentschluss** herleitet. Es kann deshalb bei einer solchen Kündigung ausreichend sein, wenn der Arbeitgeber, der keine auf Tatsachen gestützte und durch Tatsachen konkretisierbare Kündigungsgründe benennen kann, dem Betriebsrat nur seine subjektiven Wertungen, die ihn zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlassen, mitteilt" (BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08).

Wichtig: Auch wenn das **KSchG** in der 6-monatigen **Regelprobezeit** nicht anzuwenden ist: **Bei unterbliebener oder fehlerhafter Betriebsratsanhörung** ist die **Kündigung** nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG **unwirksam**. Eine unterbliebene Anhörung kann nicht nachgeholt werden. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall gezwungen, nach vorheriger Anhörung des Betriebsrats eine **neue Kündigung** zu erklären - bei der nach Ablauf der 6-Monats-Frist das KSchG zu beachten ist.

Zum **Mindestinhalt der Anhörung** zählen

- die Person des Arbeitnehmers,
- die Art der Kündigung,
- der Kündigungstermin sowie
- die (subjektiven) Gründe für die in Aussicht genommene Kündigung (BAG, 24.01.2008 - 6 AZR 96/07).

Im Übrigen wird zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen auf die Stichwörter Kündigung - außerordentliche: Mitbestimmung , Kündigung - betriebsbedingt: Mitbestimmung , Kündigung - ordentliche: Mitbestimmung , Kündigung - personenbedingt: Mitbestimmung , Kündigung - verhaltensbedingt: Mitbestimmung und Betriebsrat - Anhörung bei Kündigungen verwiesen.

6. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Mitbestimmung bei Vereinbarung einer Probezeit **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

6.1 Befristetes Probearbeitsverhältnis

"1. Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis **verlängert oder** in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit **umgewandelt**, ist der Betriebsrat grundsätzlich nach § 99 BetrVG erneut zu beteiligen. 2. Dies gilt nicht, wenn ein befristetes Probearbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis

umgewandelt wird, sofern dem Betriebsrat vor der Einstellung zur Probe mitgeteilt worden ist, der Arbeitnehmer solle **bei Bewährung auf unbestimmte Zeit weiterbeschäftigt** werden" (BAG, 07.08.1990 - 1 ABR 68/89 - Leitsätze).

6.2 Mitteilungspflicht - Inhalt - 1

Die Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist bei einer so genannten **Probe- oder Wartezeitkündigung** in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses **subjektiv bestimmt**. Daher ist der Arbeitgeber *"nicht verpflichtet, dem Personalrat Sozialdaten, die bei vernünftiger Betrachtung weder aus seiner Sicht noch aus Sicht der Arbeitnehmervertretung für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung eine Rolle spielen können, mitzuteilen. Unterhaltungspflichten des Arbeitnehmers sind deshalb ebenso wie dessen Lebensalter für die Wirksamkeit eine Wartezeitkündigung in der Regel ohne Bedeutung"* (BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 516/08 - Leitsatz).

6.3 Mitteilungspflicht - Inhalt - 2

Kündigt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter **während der vertraglich vereinbarten Probezeit**, richtet sich der Inhalt seiner Mitteilungspflicht bloß nach den Umständen, *"aus denen ... [er] subjektiv .. [seinen] Kündigungsentschluss herleitete"*. Der Arbeitgeber ist bei einer Kündigung während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG nicht verpflichtet, seinem Personalrat die **Sozialdaten** des Mitarbeiters - die hier ja **keine Rolle spielen** können, weil die Probe-/Wartezeitkündigung ohnehin nicht sozial gerechtfertigt sein muss - mitzuteilen. *"Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Wartezeit dazu dient, dem Arbeitgeber Gelegenheit zu geben, sich eine subjektive Meinung über Leistung und Führung des Arbeitnehmers zu bilden"* (LAG Rheinland-Pfalz, 30.04.2010 - 9 Sa 49/10).

6.4 Mitteilungspflicht - Inhalt - 3

"Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats liegt nicht vor, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat wie folgt über die beabsichtigte Kündigung informiert: 'Die Geschäftsleitung möchte das Arbeitsverhältnis mit Herrn C. innerhalb der Probezeit beenden. Objektive Kündigungsgründe liegen nicht vor.'" Der Betriebsrat ist erst dann **ordnungsgemäß angehört** worden, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht bestehenden **subjektiven Kündigungsgründe mitgeteilt** hat (LAG Hessen, 14.03.2011 - 16 Sa 1477/10 - mit dem Hinweis, dass im Anhörungsverfahren nicht die gleichen Anforderungen gelten, wie sie an die Darlegungs- und Beweislast in einem Kündigungsschutzprozess zu stellen sind).

6.5 Mitteilungspflicht - Inhalt - 4

Auch wenn der Arbeitgeber in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses eine grundsätzliche **Kündigungsfreiheit** hat und seine Kündigung im Kündigungsschutzprozess nicht näher begründen muss: Seine **kollektivrechtliche Verpflichtung**, dem Betriebsrat bei der nach § 102 BetrVG vorgegebenen Anhörung die Kündigungsgründe mitzuteilen, wird dadurch nicht ausgeschlossen. Gibt der Arbeitgeber in der Anhörung bloß an, an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses kein Interesse mehr zu haben, genügt das nicht. Er muss seinen Betriebsrat in die Lage versetzen, die **Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe** ohne zusätzliche eigene Nachforschungen zu prüfen - und das kann er nur, *"wenn ihm der Lebenssachverhalt mitgeteilt wird, der der Kündigungsentscheidung zugrunde liegt"* (LAG Düsseldorf, 22.11.2011 - 17 Sa 961/11).