

Äußerst examensrelevant: BAG 5.12.2024 – 2 AZR 275/23 –

**Ordentliche Kündigung – Befristung – (zu lange!)
Probezeitvereinbarung – Rechtsfolge?**

Entscheidungsgründe

Obersatz bilden:

Das Versäumnisurteil ist teilweise aufzuheben (§ **343** Satz 2 ZPO) und der Klage in diesem Umfang stattzugeben. Im Übrigen war das klageabweisende Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten (§ **343** Satz 1 ZPO).

A Zulässigkeit des Einspruchs

- I. Statthaftigkeit: § 59 S. 1 ArbGG
- II. Frist: § 59 S. 1 ArbGG (1 Woche als lex specialis zu § 339 I ZPO)
- III. Form: § 59 S. 2 ZPO

B Zulässigkeit der Klage

C. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nur teilweise begründet.

- I. Die Kündigung **gilt nicht nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam.**

Der Kläger hat sie mit einer den Anforderungen des § 4 Satz 1 KSchG genügenden Klage angegriffen. Der missverständliche Klageantrag ist

nach der gegebenen Klagebegründung entsprechend § 133 BGB dahin auszulegen, dass sich der Kläger gegen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch eine ordentliche Kündigung an sich wendet und nicht nur gegen eine Beendigung zum 11. November 2022. Bei dem auf die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses bezogenen Zusatz handelt es sich, mangels näherer Begründung des Klägers hierzu, um ein überflüssiges unselbständiges Anhängsel ohne eigene prozessrechtliche Bedeutung iSv. § 256 Abs. 1 ZPO.

- II. Das Arbeitsverhältnis ist durch die streitgegenständliche **ordentliche Kündigung** der beklagten Partei vom 28. Oktober 2022 **zum 30. November 2022 aufgelöst** worden.

Der Beklagte konnte das nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung den befristeten Arbeitsvertrag durch eine ordentliche Kündigung beenden. Zwar verstieß die Vereinbarung einer Probezeit von sechs Monaten in dem auf sechs Monate befristeten Arbeitsverhältnis gegen § 15 Abs. 3 TzBfG. Dies lässt aber die in § 1 des Arbeitsvertrags vereinbarte Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine ordentliche Kündigung (*§ 15 Abs. 4 TzBfG*) als solche unberührt; dies führt lediglich dazu, dass der Beklagte dieses nicht mit der kurzen Frist des § 622 Abs. 3 BGB beenden konnte.

1. Die Parteien haben in § 1 Nr. 2 Satz 1 und 2 des Arbeitsvertrags eine **Probezeit von sechs Monaten** vereinbart.

AUSLEGUNG (1.) - Dann WIRKSAMKEITSPRÜFUNG (2.)

- a) Die Vereinbarung einer Probezeit iSv. § 622 Abs. 3 BGB, § 15 Abs. 3 TzBfG folgt aus der Überschrift von § 1 des Arbeitsvertrags („Beginn des

Arbeitsverhältnisses, Probezeit“) und den Formulierungen in § 1 Nr. 2 Satz 3 des Arbeitsvertrags („nach Ablauf der Probezeit“) sowie in § 1 Nr. 2 Satz 4 des Arbeitsvertrags, wonach das Arbeitsverhältnis „während der Probezeit“ gekündigt werden kann.

b) Die Dauer der Probezeit ist im Vertragstext zwar nicht ausdrücklich formuliert. In einer Zusammenschau mit der Regelung in § 1 Nr. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags, wonach die Einstellung „zunächst zur Probe bis zum 28.02.2023“ erfolgt, ergibt die Auslegung, dass sich hieraus – neben der Befristung – eindeutig eine Probezeitdauer von sechs Monaten bis zum 28. Februar 2023 ergibt. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Vertragsklausel führt nicht automatisch zu deren Intransparenz

2. Die vereinbarte Probezeit von sechs Monaten ist unverhältnismäßig iSv. § 15 Abs. 3 TzBfG und damit unwirksam. Endet das Arbeitsverhältnis durch eine Befristung, darf eine vereinbarte Probezeit jedenfalls ohne Hinzutreten von besonderen Umständen nicht der gesamten Befristungsdauer entsprechen.

a) Nach der vor Abschluss des Arbeitsvertrags mit Wirkung zum 1. August 2022 erfolgten Neufassung von § 15 Abs. 3 TzBfG muss eine für ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbarte Probezeit im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen. Durch die Regelung werden die Vorgaben des entsprechend formulierten Art. 8 Abs. 2 Satz 1 aus Kapitel III („Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen“) der Richtlinie (EU) 2019/1152.

b) Weder Art. 8 Abs. 2 Satz 1 der Arbeitsbedingungen-RL noch § 15 Abs. 3 TzBfG enthalten nach ihrem Wortlaut ausdrückliche Regelungen zur zulässigen absoluten oder relativen Dauer einer Probezeit im befristeten

Arbeitsverhältnis.

Ein Änderungsantrag im Europäischen Parlament, wonach bei befristeten Arbeitsverträgen mit einer Dauer von weniger als zwölf Monaten die Probezeit höchstens 25 % der erwarteten Vertragsdauer betragen dürfe.

Die sich daraus ergebende Unbestimmtheit der unionsrechtlichen Vorgaben hat auch der deutsche Gesetzgeber bei ihrer Umsetzung erkannt, sich aber nicht zu einer näheren Ausgestaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 15 Abs. 3 TzBfG entschließen können.

c) Im Schrifttum wird die Frage des angemessenen Verhältnisses von Befristungsdauer und Probezeit unterschiedlich beurteilt:

Teilweise wird eine Probezeitdauer von regelmäßig 50 % im Verhältnis zur Befristungsdauer bis hin zu maximal sechs Monaten als angemessen erachtet, wobei im Einzelfall Abweichungen in beide Richtungen aufgrund der Art der Tätigkeit möglich sein sollen ...

Nach anderer Ansicht dürfe eine Probezeit nur 25 % der Befristungsdauer betragen .

Teilweise wird angenommen, dass die Höchstdauer der Probezeit bei befristeten Arbeitsverhältnissen proportional anzupassen sei, wobei die Probezeit in jedem Fall weniger als sechs Monate betragen solle .

Ferner wird vertreten, dass jedenfalls bei einer Befristungsdauer von weniger als zwölf Monaten eine Probezeit von sechs Monaten nicht mehr pauschal möglich sei .

Schließlich wird unter Berufung auf die gesetzlichen Wertungen von § 622 Abs. 3 BGB und § 1 Abs. 1 KSchG der Standpunkt eingenommen, eine sechsmonatige Probezeit solle auch im befristeten Arbeitsverhältnis immer angemessen sein.

d) Der Senat muss nicht abschließend entscheiden, nach welchen Grundsätzen sich das Verhältnis zwischen der Dauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses und der für dieses vereinbarten Probezeit bestimmt. Es kann insbesondere dahinstehen, ob die Gerichte für Arbeitssachen angesichts der bewusst unbestimmt gehaltenen Ausgestaltung von § 15 Abs. 3 TzBfG berechtigt sind, feste Bezugsgrößen für die maßgeblichen Parameter (Probezeit-/Befristungsdauer) zu bestimmen. **Jedenfalls** ist nach den normativen Vorgaben ohne Hinzutreten von besonderen Umständen die **Vereinbarung einer Probezeit unwirksam**, die – wie vorliegend – der **gesamten Dauer der vereinbarten Befristung** entspricht.

aa) Der Wortlaut des § 15 Abs. 3 TzBfG gibt vor, dass die Probezeitdauer „im Verhältnis“ zur Befristungsdauer stehen muss. Das lässt allein eine Auslegung zu, wonach die Probezeit – unabhängig von der Art der Tätigkeit – nur einen Teil der Befristung, nicht aber ihre gesamte Dauer umfassen kann. Eines „Ins-Verhältnis-setzen“ von Probezeitdauer zur Befristungsdauer bedürfte es nicht, wenn beide gleich lang sein könnten.

bb) Dieses Ergebnis wird durch die gebotene unionsrechtskonforme Auslegung ... insbesondere mit Blick auf die Normsystematik bestätigt....

cc) Nach Erwägungsgrund 27 der Arbeitsbedingungen-RL ...

dd) Auch der nationale Gesetzgeber ist bei der (inhaltsgleichen) Übernahme des Unionsrechts ersichtlich von keinem anderen Normverständnis ausgegangen. Nach der Gesetzesbegründung setzt § 15 Abs. 3 TzBfG die Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 Satz 1 der Arbeitsbedingungen-RL um. (vgl. *BT-Drs. 20/1636 S. 34*). Von dieser Vorgabe abweichende Regelungen sind damit weder beabsichtigt noch erfolgt.

ee) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts..., steht nicht in Einklang mit dem Wortlaut von § 15 Abs. 3 TzBfG, seiner Entstehungsgeschichte sowie seinem Normzweck.

(1) ...

(2) Gegen die Möglichkeit, die Probezeit auf die gesamte Laufzeit des befristeten Arbeitsvertrags zu erstrecken, spricht zudem der Normzweck von § 15 Abs. 3 TzBfG....

e) Die Vereinbarung einer am Maßstab des § 15 Abs. 3 TzBfG **zu langen Probezeit lässt die darauf bezogene Vereinbarung entfallen. Sie ist vorliegend nicht auf die zulässige Dauer zu verkürzen.** Bei dem von den Parteien verwandten Arbeitsvertragsformular handelt es sich ... um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 BGB oder jedenfalls um vorformulierte Vertragsbedingungen iSv. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB (sog. Einmalbedingungen), weshalb eine geltungserhaltende Reduktion der arbeitsvertraglichen Vereinbarung auf das angemessene Maß zu unterbleiben hat. Dies führt dazu, dass es an den Voraussetzungen für die Anwendung des **§ 622 Abs. 3 BGB** fehlt.

3. Die **Unwirksamkeit der Probezeitvereinbarung** lässt vorliegend die **ordentliche Kündbarkeit** des Arbeitsverhältnisses **unberührt**.

a) Weder § 15 Abs. 3 TzBfG noch Art. 8 Abs. 2 Satz 1 der Arbeitsbedingungen-RL regeln die Rechtsfolgen einer unzulässig langen Probezeitvereinbarung. Allerdings geht der Gesetzgeber nach der zu § 15 Abs. 3 TzBfG gegebenen Begründung davon aus, dass bei einer unverhältnismäßigen Dauer der Probezeit, diese „nicht wirksam vereinbart wurde und damit die verkürzte Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB nicht greift“ (*BT-Drs. 20/1636 S. 34*). Diese Sichtweise entspricht der mehrheitlich im Schrifttum vertretenen Ansicht....

Teilweise wird – unter Verweis auf § 139 BGB – aber auch vertreten, dass die Unwirksamkeit der Probezeitvereinbarung zum Wegfall der Kündbarkeit des Vertrags führt

Nach einer vermittelnden Auffassung soll die Kündbarkeit jedenfalls dann nicht entfallen, wenn die darauf bezogene Vereinbarung neben der Probezeitabrede getroffen wurde. Vielmehr mache die Vereinbarung der Kündbarkeit für beide Vertragsparteien weiter Sinn, weshalb nicht anzunehmen ist, dass sie nicht ohne die Probezeit vereinbart worden wäre. Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 TzBfG lägen aber nicht vor, wenn keine gesonderte Vereinbarung der Kündbarkeit getroffen wurde und sich diese allein aus der Abrede über eine „Probezeit“ durch Auslegung ergeben soll .

b) Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Für die Frage, ob bei einer nach § 15 Abs. 3 TzBfG unverhältnismäßigen Probezeitvereinbarung das Recht zur ordentlichen Kündigung während der Befristung (*§ 15 Abs. 4*

TzBfG) insgesamt entfällt oder ob es mit den längeren gesetzlichen oder vertraglichen Fristen ausgeübt werden kann, kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der Vertragsbedingungen an. Ist neben oder in einer Vereinbarung über die Probezeit eine Abrede über die Kündbarkeit getroffen, bleibt deren Wirksamkeit von der Unwirksamkeit einer unverhältnismäßig langen Probezeit unberührt.

aa) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB) und sein Inhalt richtet sich insoweit nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Eine geltungserhaltende Reduktion von einheitlichen Klauseln auf den zulässigen Inhalt durch die Gerichte findet grundsätzlich nicht statt. Demgegenüber kann eine teilbare Formularklausel mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden. Die Regelungen müssen allerdings nicht nur sprachlich, sondern auch inhaltlich trennbar sein. Die Teilbarkeit einer Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils (sog. Blue-pencil-Test) zu ermitteln. Verbleibt nach der Streichung der unwirksamen Teilregelung und des unwirksamen Klauselteils eine verständliche Regelung, behält diese ihre Gültigkeit (*vgl. BAG 21. Dezember 2022 – 7 AZR 489/21 – Rn. 37 mwN*). Die Rechtsfolgen von § 306 BGB kommen nicht nur zur Anwendung, wenn sich die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel aus den §§ 305 ff. BGB selbst ergibt, sondern auch dann, wenn sie gegen sonstige Verbote verstößt (*vgl. BAG 5. Juli 2022 – 9 AZR 341/21 – Rn. 18*).

bb) Nach diesen Grundsätzen (**Subsumtion!**) und angesichts des in der Begründung der Norm zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willens (*Rn. 31*) liegen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 TzBfG auch bei einer unwirksamen Abrede über die Dauer der Probezeit noch vor, wenn nur eine Kündbarkeit während der vertraglich vorgesehenen Probezeit

oder der Dauer des befristeten Arbeitsvertrags vereinbart ist. Damit ist für einen verständigen Arbeitnehmer ausreichend klargestellt, dass während der Dauer des befristeten Arbeitsvertrags die Möglichkeit seiner vorzeitigen Beendigung durch eine ordentliche Kündigung besteht (*vgl. BAG 4. August 2011 – 6 AZR 436/10 – Rn. 14 ff.*).

c) Vorliegend haben die Parteien in § 1 Nr. 2 Satz 4 des Arbeitsvertrags eine von der Vereinbarung in § 1 Nr. 2 Satz 1 des Arbeitsvertrags sprachlich und inhaltlich unabhängige Abrede über die Kündbarkeit während der Befristung getroffen.

4. Eine Kündigung war wegen der unwirksamen Probezeitvereinbarung **nicht** mit der Frist nach § 622 **Abs. 2** BGB, sondern nur mit der **Frist des § 622 Abs. 1 BGB** von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats möglich.

a) Ein befristetes Arbeitsverhältnis unterliegt zwar gemäß § 15 Abs. 4 TzBfG nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist. Nach § 1 Nr. 2 Satz 4 des Arbeitsvertrags waren beide Parteien aber berechtigt, das Arbeitsverhältnis auch „während der Probezeit“ zu kündigen.

b) Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Beklagte den Arbeitsvertrag ordentlich gekündigt hat. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte keine ordentliche Kündigung iSv. § 15 Abs. 4 TzBfG, sondern – wie der Kläger meint – eine „Kündigung eigener Art in der Probezeit“ ausgesprochen hat, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Hinsichtlich der revisionsrechtlich nur eingeschränkten Nachprüfbarkeit der Auslegung des Kündigungsschreibens (*vgl. BAG 13. Dezember 2007 – 6 AZR 145/07 – Rn. 16, BAGE 125, 208*) zeigt der Kläger keine Rechtsfehler

auf, sondern setzt nur seine Meinung gegen die des Landesarbeitsgerichts.

c) Wegen der Unwirksamkeit der vertraglich vorgesehenen Probezeitvereinbarung konnte die Kündigung mit Schreiben vom 28. Oktober 2022 das Arbeitsverhältnis nicht zum 11. November 2022 beenden. Sie kann aber als ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt mit der Frist des § 622 Abs. 1 BGB zum 30. November 2022 ausgelegt werden, da sich aus ihr ein unbedingter Beendigungswille des Beklagten unter Beachtung der – seiner Ansicht nach zulässigen – vertraglich vereinbarten Fristen und nicht nur ein Wille der Beendigung zum 11. November 2022 ergibt (*vgl. BAG 15. Dezember 2005 – 2 AZR 148/05 – Rn. 24 ff., BAGE 116, 336*).

5. Angesichts der im vorliegenden Fall anwendbaren Kündigungsfrist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats kommt es auf die vorinstanzlich behandelte Frage, ob die Kündigung dem Kläger am 28. Oktober 2022 oder erst am Folgetag **zugegangen** ist, nicht an (im Examen daher ggf. Hilfsgutachten!).

6. Auf **andere Gründe**, aus denen sich die Kündigung als **unwirksam** oder zu einem späteren Zeitpunkt als dem 30. November 2022 wirkend erweisen könnte, hat sich der Kläger nicht berufen (lese § 6 S. 1 KSchG!).

D Kosten

Die Parteien haben die Kosten des Rechtsstreits entsprechend ihrem Obsiegen und Unterliegen verhältnismäßig zu tragen, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Beachte:

In der ersten Instanz 1 Unterschrift (§ 60 IV 1 ArbGG)

Tenor:

Auf den Einspruch des Klägers wird das Versäumnisurteil vom 6. Dezember 2022 – 4 Ca 1903/22 – teilweise aufgehoben und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 28. Oktober 2022 erst zum 30. November 2022 aufgelöst worden ist. Im Übrigen wird das Versäumnisurteil vom 6. Dezember 2022 – 4 Ca 1903/22 – aufrechterhalten.