

16. Februar 2023
Hamburg

Heads up Arbeitsrecht

Tipps und Tricks im Umgang mit der Probezeit
So einfach und doch so schwer

Jan Einhaus

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Partner

Bennet Böhnke

Senior Associate



Hintergrund

- Immer wieder stellen wir fest, dass Arbeitsverhältnisse kurz nach Ende der „Probezeit“ beendet werden sollen
- Dies ist rglm. teuer und vermeidbar
- Innerhalb der ersten sechs Monate gilt der allg. Kündigungsschutz noch nicht, Folge: weitestgehende Flexibilität des AG
- Nach sechs Monaten gilt die hohe Schwelle der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG
- 100-Tage Feedbackgespräch/Wiedervorlage nach 5 Monaten



Die Grundregeln der Erprobung

Probezeit = Kündigungsfrist // Wartezeit = Allg. Kündigungsschutz



- **Probezeit** = maximal sechs Monate, betrifft nur die Kündigungsfrist (mindestens zwei Wochen), § 622 III BGB
- **Wartezeit** = allg. Kündigungsschutz nach dem KSchG greift erst ein, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, § 1 I KSchG
- „Probezeit“ und „Wartezeit“ werden **regelmäßig synonym** verwandt, haben rechtlich aber grundlegend unterschiedliche Bedeutung
- **Gestaltungsmöglichkeiten** im Arbeitsvertrag aufgrund dieser Unkenntnis?
- „Es wird keine Probezeit (im Sinne des § 622 III BGB) vereinbart“



Die Grundregeln der Erprobung



- **Willkürverbot bei Probezeitkündigung** (Maßregelung, Sittenwidrigkeit, Treu u. Glauben, Diskriminierung)
- Achtung bei digitaler Kommunikation wg. Maßregelungsverbot!
- **Befristungen:** Seit August 2022 Dauer der Probezeit nur noch „verhältnismäßig“ zur Befristungsdauer (z.B. 12 Monate Befristung = 4 Monate Probezeit)
- **Sonstiges:**
 - Sonderkündigungsschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen
 - ggfs. Vorbeschäftigungszeiten berücksichtigen (u.a. Unterbrechung, Konzern)
 - abweichende Regeln für Berufsausbildungsverhältnisse



Weitere Gestaltungsmöglichkeiten

Vertragliche Absicherung von Benefits:

- Willkommensprämie mit Rückzahlungsklausel bei Ausscheiden innerhalb der Probezeit
- Zusätzliche Benefits erst nach Ablauf der Probezeit gewähren

Im laufenden Arbeitsverhältnis:

- Führung auf Probe durch Befristungsabrede bezüglich höherwertiger Aufgaben/Tätigkeiten sowie höherer Vergütung





Probezeitverlängerung



Gestaltung:

- Verlängerung der Kündigungsfrist durch Probezeitkündigung oder Aufhebungsvertrag zur „Bewährung“
- Nicht geeignet und risikoreich: Verlängerung durch Befristungsabrede

Voraussetzungen:

- i. Information über die Nichtbewährung
 - ii. Verlängerung der Kündigungsfrist: max. drei bis vier Monate
 - iii. Verbindliche Wiedereinstellungszusage
- Beurteilung der Bewährung liegt im Ermessen des Arbeitgebers



Formulierungsvorschläge

Kündigung

„[...] Die Kündigung erfolgt während der Probezeit. Leider haben Sie sich nicht bewährt. Die längere Kündigungsfrist wird als weitere Bewährungschance gesehen. Hierdurch sollen Sie die Möglichkeit erhalten, sich besser in die betrieblichen Abläufe einzupassen und anstehende Arbeiten auf einem höheren Qualitäts- und Leistungsniveau auszuführen. Sollten Sie die an Sie gestellten Anforderungen erfüllen, sichern wir Ihnen eine Wiedereinstellung zu den bisher geltenden arbeitsvertraglichen Bedingungen zu. [...]“

Aufhebungsvertrag

„[...] Der Arbeitgeber beabsichtigt, das Arbeitsverhältnis in der Probezeit zu kündigen wegen fehlender Erfüllung der Führungs- und Leistungsanforderungen. Um dem Arbeitnehmer eine weitere Bewährungschance zu geben, wird vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis erst mit Ablauf des . . . sein Ende finden wird. Der Arbeitgeber beabsichtigt eine Wiedereinstellung, wenn der Arbeitnehmer sich in dem Zeitraum vom . . . bis zum . . . insbesondere in seiner Arbeitsleistung bewährt. Bei Erfüllung der gestellten Leistungsanforderungen wird eine Wiedereinstellung verbindlich zugesagt. [...]“



Key Take-aways:

Erstens:

Probezeit bedeutet
nicht Wartezeit

100-Tage-
Gespräch und
Wiedervorlage
einen Monat vor
Ablauf der Probe-
/Wartezeit

Zweitens:

Benefits an das
Bestehen der
Probezeit koppeln

Erprobung bei
neuen Aufgaben

Drittens:

„Verlängerung“
der Probezeit

Im Zweifelsfall:
Kündigung



Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit!



Heads Up Arbeitsrecht
To the point

Do, 2.3.

11.45 - 12.00 Uhr

Die Welt des Arbeitsrechts verändert sich ständig.

Bleiben Sie auf dem Laufenden:



www.vanguard.de



[aktuelle Blogbeiträge](#)



[Podcast: vanguard spricht!](#)



[Webinare und Veranstaltungen](#)



[Folgen Sie uns auf LinkedIn](#)



[Abonnieren Sie unseren Newsletter](#)



[Lassen Sie Ihr Team von unseren Expert:innen schulen](#)