

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.vangard.de](http://www.vangard.de)



[aktuelle Blogbeiträge](#)



[Podcast: vangard spricht!](#)



[Webinare und Veranstaltungen](#)



[Folgen Sie uns auf LinkedIn](#)



[Abonnieren Sie unseren Newsletter](#)



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