AIHK

Aargauische Industrie- und Handelskammer

Entfelderstrasse 11, Postfach
CH-5001 Aarau

BRIEF

Nr. 37.09

17. Juni 2009
SC

Arbeitsrecht: Die Probezeit

Das Obergericht Luzern hat einen Geschäftsführer, der die Entlassung eines ungeeigneten Arbeitnehmers innerhalb der Probezeit versäumt hatte, dazu verurteilt, seiner Arbeitgeberin Schadenersatz zu leisten (OGer LU JAR 1996, 126). Auch Personalverantwortliche sollten die Rechtsentwicklung im Bereich der Probezeit verfolgen. Die nachfolgenden Ausführungen geben deshalb einen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zur Probezeit.

1. Einleitung

Aus der Sicht der Arbeitgeberin dient die Probezeit dazu, die Eignung des Arbeitnehmers für die von ihm zu besetzende Stelle zu prüfen. Wenn sich der Arbeitnehmer nicht eignet, soll die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf unkomplizierte Weise – insbesondere mit einer kurzen Kündigungsfrist und ohne Rücksichtnahme auf Unzeiten – beenden können. Ein allfälliges nachvertragliches Konkurrenzverbot fällt allein deshalb, weil das Arbeitsverhältnis bereits innerhalb der Probezeit beendet wird, noch nicht dahin (CAPH GE JAR 1985, 280). Die unkomplizierte Beendigung des Arbeitsverhältnisses steht der Arbeitgeberin übrigens auch dann offen, wenn der Arbeitsvertrag während der Probezeit etwa deshalb gekündigt werden muss, weil sich seit Beginn des Arbeitsverhältnisses die konjunkturelle Lage verschlechtert hat (AGer Zürich JAR 1995, 144; anders GSGer Basel-Stadt JAR 1980, 270).

Die Arbeitgeberin tut gut daran, während der Probezeit die Eignung des Arbeitnehmers für die von ihm zu besetzende Stelle zu prüfen. Denn sowohl vor als auch nach Ablauf der Probezeit ist eine *fristlose* Entlassung des Arbeitnehmers wegen schlechter Arbeitsleistung in aller Regel ungerechtfertigt. Die Arbeitgeberin hatte ja innerhalb der Probezeit die Möglichkeit, die Güte der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu prüfen und das Arbeitsverhältnis erforderlichenfalls innerhalb der Probezeit (auf unkomplizierte Weise) zu beendigen (OGer BL JAR 1989, 218).

2. Dauer der Probezeit

A) Bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen

Im Falle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bildet von Gesetzes wegen der erste Monat des Arbeitsverhältnisses – das heisst der erste Monat ab Stellenantritt (KGer GR JAR 2007, 453; anders TPH Genève JAR 2000, 215) – die Probezeit (Artikel 335b Abs. 1 Halbsatz 2 Obligationenrecht). Im Arbeitsvertrag kann allerdings vereinbart werden, dass die Probezeit länger oder kürzer als einen Monat dauert. Ausser im Falle eines Lehrvertrags (vgl. Art. 344a Abs. 3 Satz 1 OR) kann die Probezeit auch vollständig wegbedungen werden. Wiederum ausser im Falle eines Lehrvertrags (vgl. Art. 344a Abs. 4 OR) kann jedoch keine längere als eine

./.

Telefon +41 (0)62 837 18 18 • Fax +41 (0)62 837 18 19 • E-Mail info@aihk.ch • www.aihk.ch • www.ahv-aihk.ch • Postkonto 50-208-2

dreimonatige Probezeit vereinbart werden (Art. 335b Abs. 2 Halbsatz 2 OR). Auch bei *Teilzeitarbeit* darf keine Probezeit von mehr als drei (Kalender-)Monaten vereinbart werden (vgl. TA TI JAR 2001, 157).

Die arbeitsvertragliche Vereinbarung einer längeren als einer einmonatigen Probezeit bedarf – wie jede arbeitsvertragliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung der Probezeit – der Schriftform (Art. 335b Abs. 2 Halbsatz 1 OR). Das *Schriftformerfordernis* ist erst dann vollständig erfüllt, wenn die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer den schriftlichen Arbeitsvertrag unterschrieben haben (vgl. Art. 13 OR). Nach herrschender Ansicht genügt es zwar, dass eine längere als eine einmonatige Probezeit in einem *Personalreglement* vorgesehen ist, auf das im unterschriebenen Arbeitsvertrag verwiesen wird. Vorsichtshalber sollte eine längere als eine einmonatige Probezeit jedoch bereits im (schriftlichen) Arbeitsvertrag vorgesehen sein.

Eine längere als eine einmonatige Probezeit setzt eine klare (schriftliche) Vereinbarung voraus (GSGer Basel-Stadt JAR 1983, 160). Auf Grund des *Klarheitserfordernisses* hat das Bundesgericht die arbeitsvertragliche Vereinbarung «Die Kündigungsfrist beträgt die ersten 3 Monate 1 Monat, später 2 Monate» nicht als arbeitsvertragliche Vereinbarung einer Probezeit von drei Monaten und einer Kündigungsfrist während der Probezeit von einem Monat verstanden. Im zu beurteilenden Fall bestand daher Raum für die Anwendung der gesetzlichen Probezeitregelung, nach der die Probezeit einen Monat und die Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit sieben Tage betragen (BGer 4C.45/2004).

In Fällen, in denen eine Probezeit von drei Monaten nicht genügt, um die Eignung des Arbeitnehmers für die von ihm zu besetzende Stelle zu prüfen, bietet sich als Ausweg an, einen beispielsweise auf sechs Monate *befristeten «Arbeitsvertrag zur Probe»* abzuschliessen. Das Arbeitsverhältnis läuft dann mit Ablauf der vereinbarten Frist aus, ohne dass irgendeine Kündigung erforderlich ist. Zu einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bedarf es demgegenüber des Abschlusses eines neuen (unbefristeten oder befristeten) Arbeitsvertrags (vgl. BGer JAR 1996, 106). In diesem Arbeitsvertrag darf keine neue Probezeit vorgesehen sein (vgl. KGer SG JAR 2004, 536).

Obwohl eine längere als eine dreimonatige Probezeit nicht vereinbart werden kann, ist nicht ausgeschlossen, dass die Probezeit letztlich mehr als drei Monate dauert: Bei *Krankheit, Unfall* oder *Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht (v.a. Militärdienst)* innerhalb der Probezeit erfolgt von Gesetzes wegen eine Verlängerung der Probezeit um die Anzahl der (Arbeits-)Tage, um welche die Probezeit effektiv verkürzt worden ist (Art. 335b Abs. 3 OR). Auch Kurzabsenzen können zu einer Verlängerung der Probezeit führen. Nach herrschender Lehre sind jedoch nur die (Arbeits-)Tage zu berücksichtigen, an denen die Arbeit *vollständig* ausgesetzt worden ist. *Keine* Verlängerung der Probezeit erfolgt namentlich in dem Fall, dass innerhalb der Probezeit ein Arbeitnehmer Ferien im Sinne von Art. 329a ff. OR oder eine Arbeitnehmerin Mutterschaftsurlaub im Sinne von Art. 329f OR bezieht. Keine Verlängerung der Probezeit erfolgt auch dann, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer während der Probezeit keine Arbeit zuweist und sich daher in Annahmeverzug befindet (AGer Zürich JAR 2006, 562).

Wenn eine kürzere als eine dreimonatige Probezeit vereinbart worden ist, kann durch *einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrags* eine Verlängerung der Probezeit auf insgesamt höchstens drei Monate vereinbart werden (BGE 109 II 449; GSGer Basel-Stadt JAR 1982, 163). Die Vereinbarung bedarf der Schriftform (TC FR JAR 2002, 149). Um wirksam zu sein, muss sie allerdings noch *während* der Probezeit abgeschlossen werden (AGer Zürich JAR 2005, 500). Eine Rückversetzung des Arbeitnehmers in die Probezeit ist nämlich unzulässig (KGer VS JAR 1984, 159). Umstritten ist, ob eine Verlängerung der Probezeit auf insgesamt höchstens drei Monate auch dadurch erzielt werden kann, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag kurz vor Ende der (z.B. zweimonatigen) Probezeit kündigt und in der Folge mit dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst, der wiederum eine (z.B. einmona-

tige) Probezeit vorsieht (so GSGer Basel-Stadt JAR 1982, 163; anders AGer Zürich JAR 2005, 500).

Die Verlängerung einer *dreimonatigen* Probezeit ist ausgeschlossen, und zwar – ungeachtet des Arbeitsplatzinteresses des Arbeitnehmers – auch dann, wenn sich die Arbeitgeberin allein im Hinblick auf die zeitliche Begrenzung der Probezeit auf drei Monate gezwungen sieht, den Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer, dessen Eignung oder Nichteignung für die zu besetzende Stelle (noch) nicht endgültig beurteilt werden kann, innerhalb der Probezeit zu kündigen (vgl. BGE 109 II 449). Der Ausweg, dass die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag kurz vor Ende der (dreimonatigen) Probezeit kündigt und in der Folge mit dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertrag abschliesst, der wiederum eine Probezeit vorsieht, ist auf jeden Fall als unzulässige Gesetzesumgehung zu beurteilen und daher unzulässig (KGer SG JAR 2004, 536; OGer LU JAR 2000, 120; TC VD JAR 1992, 206; AGer Zürich JAR 1983, 163). Als Alternative wird in der Praxis bisweilen anstatt eines neuen (unbefristeten) Arbeitsvertrags, der wiederum eine Probezeit vorsieht, ein beispielsweise auf drei Monate *befristeter* «Arbeitsvertrag zur Probe» abgeschlossen, um nach dem Ablauf des befristeten Arbeitsvertrags allenfalls einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschliessen. Ein solches Vorgehen dürfte höchstens dann zulässig sein, wenn die vom Arbeitnehmer zu besetzende Stelle besondere Anforderungen, deren Erfüllung innerhalb von drei Monaten nur schwer beurteilt werden kann, verlangt und die Gesamtdauer der Probezeit im Hinblick auf die Anforderungen angemessen ist. Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, muss jedenfalls eine unzulässige Umgehung des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c OR) angenommen werden.

B) Bei befristeten Arbeitsverhältnissen

Im Falle eines befristeten Arbeitsverhältnisses besteht von Gesetzes wegen *keine* Probezeit. Eine Ausnahme sieht das Gesetz bloss für den Fall eines Lehrvertrags vor (vgl. Art. 344a Abs. 3 Satz 2 OR). Im (befristeten) Arbeitsvertrag kann jedoch eine – maximal dreimonatige – Probezeit vereinbart werden (BGE 109 II 449; CCC NE JAR 1994, 184). Vorsichtshalber sollte das Schriftformerfordernis, das Art. 335b Abs. 2 Halbsatz 1 OR für den Fall eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses statuiert, beachtet werden, auch wenn in der Lehre zum Teil die Ansicht vertreten wird, dass Art. 335b Abs. 2 Halbsatz 1 OR im Falle eines befristeten Arbeitsverhältnisses unbeachtlich ist.

3. «Eine Probezeit pro Arbeitsverhältnis»

Es gilt der Grundsatz, dass pro Arbeitsverhältnis *eine* Probezeit vereinbart werden kann. Wenn der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin eine neue Funktion übernimmt, kann daher *keine* neue Probezeit vereinbart werden, und zwar unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin und der Arbeitnehmer das – einheitliche – Arbeitsverhältnis auf eine neue Grundlage stellen, indem ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen wird (AGer Zürich JAR 1989, 155). Keine neue Probezeit kann namentlich in dem Fall vereinbart werden, dass eine lernende Person nach Ablauf der Lehrzeit einen gewöhnlichen Arbeitsvertrag mit der Arbeitgeberin abschliesst (AGer Zürich JAR 1989, 155). Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass pro Arbeitsverhältnis eine Probezeit vereinbart werden kann, wird in der Regel für den Fall gemacht, dass der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin eine *gänzlich andere Funktion* übernimmt oder ein *längerer (mehrjähriger) «Unterbruch»* des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist. In solchen Fällen ist allerdings davon auszugehen, dass ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird, so dass eine neue Probezeit bereits von Gesetzes wegen vorgesehen ist.

In Anwendung des Grundsatzes, dass pro Arbeitsverhältnis eine Probezeit vereinbart werden kann, ist davon auszugehen, dass der Erwerber eines Betriebs mit dem Arbeitnehmer keine neue Probezeit vereinbaren kann, wenn das Arbeitsverhältnis nach Art. 333 Abs. 1 OR infol-

ge *Betriebsübertragung* von der Arbeitgeberin auf den Erwerber des Betriebs übergegangen ist (OGer LU JAR 2006, 491; anders BGer 4P.299/2004, allerdings in einem besonderes gelagerten Fall). Der Grundsatz, dass pro Arbeitsverhältnis eine Probezeit vereinbart werden kann, hat umgekehrt zur Folge, dass der Einsatzbetrieb mit dem Arbeitnehmer eine neue Probezeit vereinbaren kann, wenn der Arbeitnehmer, der im Einsatzbetrieb als *Temporärarbeitnehmer* tätig war, in den Einsatzbetrieb übertritt (BGE 129 III 124).

4. Kündigung innerhalb der Probezeit

Nach Art. 335b Abs. 1 Halbsatz 1 OR kann der Arbeitsvertrag während der Probezeit unter Einhaltung einer *Kündigungsfrist von sieben (Kalender-)Tagen* gekündigt werden (vgl. TA TI JAR 2001, 157). Die kurze Kündigungsfrist kommt zur Anwendung, wenn dem Arbeitnehmer die Kündigung noch innerhalb der Probezeit zugegangen ist – keine Rolle spielt, ob die kurze Kündigungsfrist vor oder nach Ablauf der Probezeit endet (KGer GR JAR 2007, 453; OGer BL JAR 1990, 229; OGer AG JAR 1980, 136). Die kurze Kündigungsfrist kommt übrigens auch dann zur Anwendung, wenn der Arbeitsvertrag vor Stellenantritt gekündigt wird. Zu laufen beginnt die (kurze) Kündigungsfrist in einem solchen Fall aber erst am Tag des Stellenantritts (GSGer Basel-Stadt JAR 2004, 444; AGer Zürich JAR 1995, 144). In einem schriftlichen Arbeitsvertrag kann von Art. 335b Abs. 1 Halbsatz 1 OR abgewichen werden: Es kann eine längere, aber auch eine kürzere Kündigungsfrist vereinbart werden (vgl. TA TI JAR 2001, 157). Die Kündigungsfrist muss allerdings für die Arbeitgeberin und für den Arbeitnehmer gleich lang sein (Art. 335a Abs. 1 Halbsatz 1 OR). Durch schriftliche Vereinbarung kann sogar von einer Kündigungsfrist ganz abgesehen werden.

Nach Art. 335b Abs. 1 Halbsatz 1 OR muss während der Probezeit *kein Kündigungstermin* beachtet werden. In einem schriftlichen Arbeitsvertrag kann allerdings ein Kündigungstermin vorgesehen werden (Beispiel: «Innerhalb der Probezeit kann der Arbeitsvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von fünf Arbeitstagen auf das Ende einer Arbeitswoche gekündigt werden»).

Eine Kündigung während der Probezeit ist nicht etwa nichtig, nur weil die Kündigung zur Unzeit, beispielsweise während einer unfallbedingten Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers, ausgesprochen worden ist. Der *zeitliche Kündigungsschutz* setzt nämlich erst nach Ablauf der Probezeit ein (Art. 336c Ingress OR). Der Lauf der (kurzen) Kündigungsfrist wird selbst dann nicht unterbrochen, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag kurz vor Ende der Probezeit kündigt und der Arbeitnehmer danach, allenfalls erst nach Ablauf der Probezeit, einen Unfall erleidet (AppGer BS JAR 1993, 207; GSGer Basel-Stadt JAR 2005, 342).

Eine Kündigung während der Probezeit kann durchaus missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR sein. Der *sachliche Kündigungsschutz* setzt nämlich nicht erst nach Ablauf der Probezeit ein. Eine Kündigung innerhalb der Probezeit darf jedoch noch nicht als missbräuchlich angesehen werden, nur weil der Kündigung – wie es bei Kündigungen während der Probezeit häufig der Fall ist – etwas «Willkürliches» anhaftet (BGE 134 III 108).

Für weitere Informationen und Fragen steht Ihnen unsere Geschäftsstelle gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneiter unter der Telefonnummer 062 837 18 04 oder per E-Mail an *philip.schneiter@aihk.ch*.