

BeFristungen im Arbeitsrecht

Georges Chanson, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

CHANSON Anwalt
Bodmerstrasse 10, CH-8040 Zürich
Telefon 044 201 10 30, Fax 044 201 47 51
chanson@arbeitsrechtler.ch

Autor der Linkliste der Fachgruppe Arbeitsrecht des Zürcher Anwaltsverbands
(über 1'700 Internetlinks zu anwaltlichem Know-how und arbeitsrechtlichen Themen,
umfassende Sammlung der frei im Internet zugänglichen Gesamtarbeitsverträge)
www.linkliste-arbeitsrecht.ch

Angebot auf www.arbeitsrechtler.ch

- www.gav.arbeitsrechtler.ch
Sammlung von PDF-Dateien mit aktuellen und früheren Vertragstexten von
Gesamtarbeitsverträgen (GAV), deren Anhängen oder anderen kollektiven
Vereinbarungen bzw. Branchenregelungen
- www.nav.arbeitsrechtler.ch
Sammlung von PDF-Dateien mit aktuellen und früheren Vertragstexten von
Normalarbeitsverträgen (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen nach [OR 360a](#)
- www.praxis.arbeitsrechtler.ch
Publikationen mit arbeitsrechtlichem Inhalt, Referate und Urteilsbesprechungen,
die auf der Arbeitsrechts-Plattform www.arv-online.ch erschienen sind

Diese Unterlage ist ab 01.12.2012 samt Kalenderblatt und den Lösungen der Sperr-
fristberechnungen in elektronischer Form abrufbar:

www.seminare.arbeitsrechtler.ch/EIZ_Chanson_ArbRFristen.pdf

Die Download-Adresse für das Fristen-"Inventar" lautet:

www.doku.arbeitsrechtler.ch/Chanson_Inventar_FristenArbR.pdf

Agenda / Unterlagen

Agenda

- 3 Thesen zu Befristungen im Arbeitsrecht
 - allgemeine OR-Regeln zu Befristungen: OR 76 ff
 - "Inventar" Befristungen im Arbeitsvertrag
 - Anwendung im Arbeitsvertrag: 3 Thesen
 - zwingende Regeln
 - Überprüfung der Thesen anhand Beispielen
- Streiflichter zur Verjährung im Arbeitsrecht
- Einzelfragen
 - Probezeit
 - Kündigung zur Unzeit

Unterlagen

- Auszug OR, "Inventar" Befristungen, Beispiele Sperrfristberechnungen
- nach dem Referat: Präsentation mit Notizen, Lösungen zu Sperrfristberechnungen, beides online unter:
www.seminare.arbeitsrechtler.ch/EIZ_Chanson_ArbRFristen.pdf

Einstieg

Frage an Jurist/in

Stellenantritt am 09.10.2008, ohne schriftlichen Vertrag
Wann endete die Probezeit?

Antwort: am 08.11.2008, d.h. am Ende des ersten Monats (OR 335b I)

"Auslöser"

Besprechung [BGE 136 III 562](#) in [ARVonline 2010 N. 677](#):

Genfer Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes:

- Probezeit, durch unbezahlten Urlaub nicht verlängert
- Probezeit habe vom 09.10. bis 09.11. gedauert

vom Bundesgericht nicht behandelt, wohl nicht bemerkt
(wie auch falsche Sperrfristberechnung durch KG VD in
[BGE 133 III 517](#), siehe [ARVonline 2008 N. 41](#))

Internet-Fundstellen

- BGE 136 III 562 = Pra 100/2011 Nr. 52
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=136-III-562>
- ARVonline 2010 N. 677
www.praxis.arbeitsrechtler.ch/ARVonline_2010-0677_Besp_BGE_136-III-562_Probezeitberechnung.pdf
- BGE 133 III 517
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=133-III-517>
- ARVonline 2008 N. 41
www.praxis.arbeitsrechtler.ch/ARVonline_2008-0041_Besp_BGE-133-III-517_Sperrfristberechnung.pdf

allgemeine OR-Regeln für Befristungen

Privatrechtliche Regeln zur Erfüllungszeit (OR 76 - 80)

- Monatsanfang, -mitte, -ende (OR 76)
- Tages-, Wochen-, Monats-, Jahresfristen, halber Monat (OR 77)
- **erster Tag zählt grundsätzlich nicht** (OR 77 I Z. 1 - 3)
- Beginn einer Fristverlängerung am Tag nach Ablauf der alten Frist (OR 77 I)
- Verlängerung bei Ablauf am Samstag, Sonntag, Feiertag auf nächsten Werktag (OR 78)
- Erfüllung zur Geschäftszeit (OR 79)
- fristwährend ist Handeln vor Ablauf
- analoge Anwendung im Prozessrecht, heute normiert, ZPO 142:
 - Beginn Fristenlauf am Folgetag
 - Monatsfrist wie OR 77 I Z. 3
 - kein Fristablauf an Samstagen, Sonntagen, Feiertagen

vgl. aber StGB 110 VI: Monat/Jahr "nach der Kalenderzeit berechnet"

Vgl. zur m.E. problematischen Anwendung von [StGB 110 VI](#) auf die 6-monatige Klagefrist von altUVV II 9 I (1984 aufgehoben, siehe heute [ATSG 38 I](#)):
BGE 103 V 157 (1977) <http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=103-V-157>

"Inventar" Befristungen Arbeitsvertrag

Mögliche Befristungen

- bestimmt (z.B. Tage, Monat/e, Jahr/e) oder unbestimmt (z.B. OR 321c II: "angemessen", OR 324a I + 328a II: "beschränkte Zeit", OR 333a I: "rechtzeitig")
- Frist oder konkreter Tag
- Zeitraum/Termin für ein Tun / eine Reaktion oder
Zeitraum/Termin, der etwas misst/bestimmt / mit Rechtswirkungen
- private oder prozessuale Fristen/Terminierungen

spezifische Perioden im Arbeitsrecht

- Arbeitswoche (OR 329e I)
- Dienstjahr (z.B. OR 324a II oder 329b)
 - Berechnung
 - Unterbruch
- Probezeit (OR 335b, siehe OR 335c, 336c I + 349a III)

Dienstjahr

- Beginn – m.E. gleich wie Probezeit – mit Stellenantritt, d.h. tatsächlicher Arbeitsaufnahme, nicht davon abweichender vertraglich festgelegter Antrittstermin
- Vorgehende Ausbildungszeit im gleichen Betrieb, insbesondere Lehre, wird für Bestimmung Dienstjahre mitgezählt
- Saisonbedingte Unterbrüche oder unbezahlte Urlaube unterbrechen Dienstdauer grundsätzlich nicht. Massgebend ist Parteiwille, im Zweifel ist ein weiterdauerndes, nur ruhendes Arbeitsverhältnis anzunehmen. Zeitliche Grenze ist bei unbezahlten Urlauben Ermessenssache. Rechtsprechung nicht einheitlich. Nur bei längeren Unterbrechungen oder dazwischenliegender Tätigkeit bei anderem ArbG sollten Dienstjahre danach wieder neu gezählt werden.
- Vgl. die ausdrückliche Normierung in Art. 32 L-GAV Gastgewerbe 2012 www.l-gav.ch: Addition aller Arbeitsperioden im gleichen Betrieb und beim gleichen Arbeitgeber, wenn ein Unterbruch nicht mehr als 2 Jahre beträgt
- Bei der Berechnung dürfen Unterbrüche m.E. nicht mitgezählt werden. Praxis rechnet allerdings nur summarisch und Unterbrüche werden kaum abgezogen, wenn sich niemand explizit darauf beruft
- Vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu OR 319 - 362, 7.A. 2012,
 - N 7 + 8 zu OR 334
 - N 7 (S. 408) sowie N 2 und 3 zu Art. 324a
 - N 3 zu Art. 335b (zum Probezeitbeginn)

3 Thesen: Anwendung im Arbeitsvertrag

Empirisches Vorgehen

[Inventar über Befristungen im ArbR](#) (siehe Spalten 4 – 6 in Tabelle):

- Befristung (Zeitperiode/Termin) für Erfüllung / Reaktion einer Partei
- Zeitperioden als Messgrösse für Leistungen / für Tatsächliches (Vorgänge/Sachverhalte), teils mit Rechtswirkung
- Termine zur Bestimmung / Beschreibung von Tatsächlichem

3 Thesen

- Zeitperioden/Termine für Erfüllung / Reaktion:
direkte Anwendung von OR 76 - OR 78 I
- Zeitperioden, die etwas messen:
Berechnung nach OR 77 minus 1 Tag, ohne OR 78 I
- Termine, die etwas bestimmen / beschreiben :
Festlegung ohne OR 78 I, allenfalls nach OR 76

zwingende Regeln

- **Arbeitsvertragsrecht**
 - verschiedene Arten zwingender Bestimmungen
 - vom Wortlaut her oder nach der Gerichtspraxis zwingende Vorschriften, Formvorgaben, Definitionen und Anordnungen, die der Richter zu beachten hat
 - absolut zwingende Vorschriften nach OR 361
 - relativ zwingende Vorschriften nach OR 362
- **Fristbestimmungen gemäss OR 76 ff:** dispositiv
- **Verjährungsfristen gemäss OR 127 + 128:** zwingend (OR 129). Mittelbare Beeinflussung der Verjährung (z.B. zusätzliche Hinderungsgründe, weitere Unterbrechungsmöglichkeiten) ist auch unzulässig

Vgl. zur mittelbaren Beeinflussung der Verjährung: Berti, Zürcher Kommentar, Teilband V 1h, 3. Aufl. 2002, N15 zu Art. 129/141 I OR

Überprüfung Thesen

3 Thesen

- Zeitperiode/Termin für Erfüllung / Reaktion <> OR 76 - 78
- Zeitperiode, die etwas misst <> OR 77, abzüglich 1 Tag, ohne OR 78 I
- Termin, der etwas bestimmt / beschreibt
 <> effektiver Zeitpunkt, ohne OR 78 I, allenfalls nach OR 76

Beispiele

(siehe Auszug OR S. 5 – 10)

- | | | |
|------------------|-------------|-----------|
| – OR 321c | – OR 334 II | – OR 341 |
| – OR 322b I | – OR 335b | – OR 349a |
| – OR 323 I | – OR 335c | – OR 356c |
| – OR 324a I + II | – OR 336b | |
| – OR 329a I | – OR 336c | |
| – OR 329e | – OR 337d | |
| – OR 329f | – OR 338 | |

Literatur

- Thomas Geiser, Berechnung der Kündigungsfristen im Arbeitsvertragsrecht, Recht 2012, S. 1: für eine bloss sinngemässe Anwendung von OR 77 I + 78
- Portmann, Basler Kommentar, 5.A. 2011, N 6 zu Art. 335b:
 Festlegung Probezeit "(in Abweichung zu Art. 77 I Z. 3)"
- Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu OR 319 - 362, 7.A. 2012,
 - N 2 zu OR 335b (Probezeit 1 Monat): "(zur Berechnung Art. 77 I Z. 3 OR)"
 - N 3 zu Art. 336c (Weiterlaufen Kündigungsfrist nach Sperrzeit):
 "... Art. 77 I Z. 1 OR ist nicht anwendbar)"

Beispiele

- OR 321c
 Unbestimmte Begriffe "zeitlicher Umfang der Arbeit" (Abs. 1) + "angemessener Zeitraum" (Abs. 2). Deshalb für Überprüfung Thesen nicht geeignet.
- OR 322b
 (Tag) des Geschäftsabschlusses als anspruchsbegründender Termin, auch wenn er ein Samstag, Sonntag oder Feiertag ist.
- OR 323 I
 Kombination von Erfüllungs-Termin (Monatsende, bestimmt nach OR 76 + 78 I) und Kadenz (jeden Kalender-Monat).

- OR 324a I + II
 - Abs. 1: Karenzfrist 3 Monate, misst Vertragsdauer.
 - Abs. 2: beschränkte Zeit, d.h. 3 Wochen nach Gesetz oder mehr nach Zürcher Skala, bemisst Leistungsdauer.
- OR 329a
 - Anzahl Wochen misst Anspruch auf Freizeit, innerhalb Dienstjahr (= Messgrösse für Anspruchszeitraum, bestimmt zudem die jährliche Kadenz).
- OR 329e
 - Arbeitswoche mit Anspruch auf Urlaub, wie Ferien innerhalb Dienstjahr (siehe oben). Verfall jedoch am Ende des Kalenderjahrs (als bestimmter Termin). Verfallen kann nur, was aus einem dann abgeschlossenen Dienstjahr nicht bezogen ist.
- OR 329f
 - Anzahl Wochen misst Anspruch auf Freizeit. Beginnt "nach" der Niederkunft. Fehlende (sprachliche) Koordination mit [EOG 16c I](#): MSE-Anspruch entsteht am Tag der Niederkunft. Vgl. auch [35a III ArG](#): Arbeitsverbot (8 Wochen "nach der Niederkunft") + Schonfrist mit Recht, nicht zu Arbeiten ("und danach bis zur 16. Woche").
- OR 334 (absolut zwingend)
 - Bedingung: Ablauf von 10 (Dienst)jahren (misst Dienstdauer). Kündigungsfrist (misst Periode mit Rechtswirkung), je auf Monatsende (bestimmter Termin, ohne Erfüllungscharakter).
 - Kann Kündigung schon vor Ablauf von 10 Jahren auf des Ende des 6. Monats (so Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 9 zu Art. 334 + Geiser/Müller, ArbR in der CH, 2.A. 2012, Rz. 545), oder sogar schon auf Ende der 10 Jahre (Stahelin, Zürcher Kommentar, 1996, N 29 zu OR 334) oder erst im 11. Jahr auf Ende des 7. Monats (Wortlaut Gesetz) erklärt werden? Dieses Auslegungsproblem tritt bei Verträgen mit Mindestdauer gelegentlich auch in der Vertragspraxis auf.
- OR 335b
 - Abs. 1: "der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses" (bemisst Dauer Arbeitsverhältnis, bestimmt nach OR 77 I Z. 1 abzügl. 1 Tag). Kündigungsfrist (Periode mit Rechtswirkung), jedoch ohne gesetzlichen Termin.
 - Abs. 2: Höchstdauer 3 Monate (bemisst Dauer des "Probierens").
- OR 335c
 - Kündigungsfristen unterschiedlicher Länge, inkl. Mindestfrist (Messgrößen für Perioden mit Rechtswirkung), kombiniert mit Monatsende (bestimmter Termin) und abgestuft nach Dienstjahren (Messgrösse für Dienstdauer).
- OR 336b
 - "bis zum Ende der Kündigungsfrist", d.h. vor Vertragsende (da empfangsbedürftig). Bei Verlängerung nach OR 336c I wohl nicht schon mit effektivem Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist, d.h. vor Verschiebung auf Endtermin nach OR 336c III (so auch Geiser, a.a.O. Rz. 2.18).
 - Vgl. zudem Geiser, a.a.O. Rz. 2.19: *"Art. 336b OR verlangt, dass innerhalb einer bestimmten Frist eine Erklärung abgegeben werden muss. Es handelt sich folglich um die Konstellation, welche Art. 78 OR zugrunde liegt. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum nicht eine Verlängerung auf den nächsten Werktag erfolgen soll, wenn die massgebliche Frist an einem Sonn- oder Feiertag endet."* Siehe stattdessen (m.E. zutreffend, weil sich Kündigungsfrist auch nicht auf den nächsten Werk-

tag verlängert) Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 3 zu Art. 336b, S. 1062: "*Fristgerecht ist die Einsprache, wenn sie vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintrifft*".

– OR 336c

Anwendbar nach Probezeit (Periode mit Rechtswirkung).

Stellt auf bestimmte Zeitperioden ab (Militärdienst nach effektiven Tagen, zusätzlich Wochen zuvor + danach, Dauer unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit, Schwangerschaft [unbestimmt] und Dauer von Arbeitsverbot + Schonzeit nach Niederkunft).

Siehe Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2006 Nr. 24, wo die Sperrfrist nach Abs. 1 lit. c, ausgehend – und entgegen dem Gesetzeswortlaut – vom Tag der Geburt an gerechnet wurde, allerdings nach OR 77 I Z. 2, d.h. ohne diesen ersten Tag zu zählen. Ergibt das gleiche Resultat, wie wenn ab 1. Tag nach der Geburt mit der hier vertretenen Methode nach Kalendertagen, d.h. nach OR 77 I minus 1 gerechnet wird.

– OR 337d II

Frist für prozessuales Vorgehen, nach OR 78 I bestimmt.

– OR 338

Tod als bestimmter Termin. Pro Memoria: Lohnzahlungspflicht endet ohne die Ausnahme von Abs. 2 mit dem Tod.

– OR 341

Verweis auf die Verjährungsregeln. Aufgrund Verweis in OR 132 nach OR 77 I Z. 3 + 78 I zu berechnen.

– OR 349a III

Freie Lohnbestimmung in Kombination mit bestimmter Dauer (2 Monate) nur während Probezeit (Periode mit Rechtswirkungen) möglich. M.E. kumulative Voraussetzungen.

– OR 356c

Kombination von Mindestdauer (misst Vertragsdauer) und Kündigungsfrist (Periode mit Rechtswirkung), jedoch nicht auf bestimmten Termin. Ähnliche Formulierung und analoge Fragestellung wie in OR 334 III. Gemäss Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 5 zu Art. 356c dispositive Mindestlaufdauer von 18 Monaten.

Verjährung: Fristen

- Verweis in OR 341 II
- Verjährungsregeln
 - Beginn mit Fälligkeit (OR 130)
 - Regelfrist 10 Jahre (OR 127)
 - ausnahmsweise 5 Jahre für bestimmte Forderungen:
OR 128 I Z. 3: "aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern"
 - periodische Forderungen wie Lohn, Spesen, Überstundenentschädigung, Krankenlohn etc.
 - Ferienguthaben ([BGE 136 III 94](#), f)
Fälligkeitsproblematik
 - nicht das Arbeitszeugnis (herrsch. Meinung)

Zur Verjährung von Ferienguthaben vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 4 zu OR 329c und N 8 zu OR 341 mit Verweis auf BGE 136 III 94 = Pra 99/2010 Nr. 97:

<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=136-III-94>

Es gilt eine Verjährungsfrist von 5 Jahren, was der Periodizität der Ferien gerecht wird.

Vielfältig sind die Meinungen zur Fälligkeit. Pragmatisch wäre, den Eintritt für den gesamten Anspruch einheitlich am Schluss des betreffenden Bemessungsjahrs (Dienst- oder Kalenderjahr, je nach Übung) anzunehmen und nicht laufend tageweise bis zum Jahresende. Diese Fälligkeit gilt nicht, wenn der Feriensaldo als Gesamtzahl und ohne Aufteilung auf das Jahr regelmässig (z.B. in Lohnabrechnungen) ausgewiesen wird.

Verjährung: Berechnung

- Berechnung nach OR 132, d.h.
 - wie OR 77 Abs. 1
 - kein Verjährungsablauf an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen = **Feiertage am Erfüllungsort** gemäss [OR 74](#), d.h. ohne Abmachung
 - Geldschulden = (Wohn)sitz Gläubiger "Bringschulden"
 - Sachschulden (Speziesware) = Ort der Sache bei Vertragsschluss
 - übrige = (Wohn)sitz des Schuldners
- Europäisches Fristenübereinkommen ([SR 0.221.122.3](#), [Verzeichnis kantonalen Feiertage](#))

Internet-Fundstellen

- Europäisches Übereinkommen über die Berechnung von Fristen ([SR 0.221.122.3](#))
- Link auf das Verzeichnis kantonalen Feiertage (Anhang zum Europäischen Fristenübereinkommen):
<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/service/zivilprozessrecht/kant-feiertage.pdf.download.pdf/kant-feiertage.pdf>

Exkurs

Vgl. zum früher noch geltenden Sonderfall von Knabenschüssen + Sechseläuten in der Stadt Zürich: ZAV-Info 04/08, Dezember 2008

https://arbrch.ch/ZAV-Info_08-4

Beide lokalen Feiertage inzwischen nach Intervention der Zürcher Justiz in Bern aus dem Verzeichnis gestrichen, da angeblich nicht richtig notifiziert.

Verjährung: Hinderung

- **Stillstand bei Arbeitsverhältnis mit Hausgemeinschaft**
(OR 134 I Z. 4). Anwendungsfall: Konkubinat (vgl. OR 320 II)
- Unterbrechung (OR 135)
 - Anerkennung (siehe auch OR 137 II)
 - qualifizierte Rechtsverfolgung (siehe auch OR 138)
 - nicht durch eingeschriebenen Brief
 - jede Unterbrechung löst neuen Verjährungslauf mit gleicher Frist aus (OR 137 I)
 - Ausnahme: Anerkennung / Urteil:
neue Frist = 10 Jahre (OR 137 II)
- Verjährungseinrede notwendig (OR 142)

Verjährung: 2 Praxisbeispiele

1. Beitrag Swisslawlist 22.05.2012: "einfacher und risikoloser unterbricht man die Verjährung durch Betreibungsbegehren und sofortigen Rückzug der Betreibung". Zutreffend ?

Antwort: An sich genügt Postaufgabe, d.h. Gläubigerhandeln. Hohes Potential, als rechtsmissbräuchlich aufgefasst zu werden.

2. ArbN wurde am 02.11.2007 fristlos entlassen und verlangt Lohnersatz (OR 337c I) bis Ende 2007 sowie 3 Monatslöhne Straf-Erschädigung (OR 337c III). ArbG beruft sich auf Verjährung. Was ist heute (30.11.2012) verjährt?

Antwort: Auch ungerechtfertigte fristlose Entlassung beendet das Arbeitsverhältnis gemäss OR 337c I rechtlich und Fälligkeit tritt nach OR 339 I damit ein. Sehe im Lohnersatz einen Anspruch mit Lohncharakter (Verjährung am Mo. 05.11.2012). Pönale ist einmaliger Schadenersatz (Verjährung am Fr. 03.11.2017). Praxis + Literatur sehr uneinheitlich.

Lösung 1

An sich genügt Postaufgabe, d.h. Gläubigerhandeln (BGE 114 II 261 [<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-114-II-261>] für ein Schlichtungsbegehren, zitiert von Berti, a.a.O, N 49 f zu OR 135, vgl. auch BGE 118 II 479 [<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-118-II-479>], wo die Klage nicht weiter verfolgt wurde). Die vorgeschlagene Methode scheint aber dennoch sehr gewagt und birgt ein grosses Risiko, als rechtsmissbräuchlich aufgefasst zu werden. Ein nicht-vorbehaltloser Rückzug im Schlichtungsverfahren, der nach [ZPO 208 II](#) e contrario keine materielle Wirkung hat, dürfte der vorher erfolgten Verjährungsunterbrechung nicht schaden.

Lösung 2

Seit der Revision von [OR 337c I](#) von 1989 wird das Arbeitsverhältnis bekanntlich mit jeder fristlosen Entlassung, ob gerechtfertigt oder nicht, beendet, was nach [OR 339 I](#) die gesamte Fälligkeit des Lohnersatzes auslöst. Er hat Lohncharakter und ist damit m.E. am Mo. 05.11.2012 (um Mitternacht) verjährt. Noch keine Verjährung sehe ich bei der (einmaligen) Pönale von OR 337c III.

Berechnung:

02.11.2007: Eintritt Fälligkeit: Tag der fristlosen Entlassung

03.11.2007: Beginn Verjährungslauf (OR 130 i.V.m. OR 132 I)

03.11.2012: Ablauf Frist von 5 Jahren (OR 77 I Z. 3 i.V.m. OR 132 II)

05.11.2012: Verlängerung von Samstag auf Montag (OR 78 I i.V.m. OR 132 II)

Einzelfragen: Probezeit

- **Lokalisation**
Zeit für Vertragsparteien zum gegenseitigen "Ausprobieren" mit vereinfachter Lösungsmöglichkeit, d.h. ohne zeitlichen Kündigungsschutz
- **Dauer**
auf 3 Monate limitiert (OR 335b II). Verlängerung darüber hinaus nur in den Fällen von Abs. 3, d.h. nicht durch unbezahlten Urlaub ([BGE 136 III 562](#))
- **Kündigungsfrist**
Frist + Termin dispositiv (OR 335b I), d.h. auch sog. entfristete Kündigung per sofort möglich

Internet-Fundstellen

- Bundesgerichtsurteil 4A_406/2010 vom 14.10.2010, französisch, = BGE 136 III 562 = Pra 100/2011 Nr. 52:
http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=14.10.2010_4A_406/2010
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=136-III-562>
- Besprechung BGE 136 III 562 in ARVonline 2010 N. 677:
www.praxis.arbeitsrechtler.ch/ARVonline_2010-0677_Besp_BGE_136-III-562_Probezeitberechnung.pdf

Ähnliche Problematik wie bei [BGE 131 III 467](#) (dazu nachstehend Folie 15, S. 17), d.h. Probezeit war im Zeitpunkt ihrer Verlängerung bereits abgelaufen. M.E. nicht zulässig.

Einzelfragen: Probezeit / Fragen

1. *"Nach Ablauf der sechsmonatigen Probezeit gilt eine Kündigungsfrist von einem Jahr." Gilt sie?*

Antwort: Nach der Praxis soll für 4. – 6. Monat gesetzliche Frist von 1 Monat (OR 335c I) gelten. Juristisch wohl korrekt, vom Resultat her problematisch.

2. *BGE 131 III 467*
vgl. Folie 15

Lösung 1

nur Teilnichtigkeit. M.E. problematische Vermutung, Parteien hätten die längere Frist erst nach Ablauf der vereinbarten Zeitdauer gewünscht. Vgl. zur Praxis Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 5 zu OR 335b.

Einzelfragen: Probezeit - Entscheid

Anwendungsfall ([BGE 131 III 467](#)):

- 15.05.2000: *Stellenantritt*
- 19.06.2000: *schriftlicher Arbeitsvertrag:
"Probezeit: 3 Mte. (bis Ende Aug.)
Kündigungsfrist: ab 1. Sept: 6 Monate"*
- 17.08.2000: *Kündigung ArbG auf 24.08.2000*
- 21.08.2000: *Brief ArbN an ArbG: Kündigung sei nach Probezeit, deshalb auf 28.02.2001 wirksam*

Wie war zu entscheiden?

Antwort: Probezeit begann mit Stellenantritt. Lief am 14.06.2000 ab, wenn Verlängerung auf 3 Monate erst am 19.06. erstmals schriftlich vereinbart worden ist. Bereits abgelaufene Probezeit kann m.E. nicht mehr verlängert werden. Kündigungsfrist für die Zeit nach Probezeit bis 31.08.2000 nicht geregelt, erst ab 01.09. Somit galt gesetzliche Kündigungsfrist von 1 Monat (OR 335c I). Ähnliche Problematik der nachträglichen Verlängerung der Probezeit in [BGE 136 III 562](#).

Internet-Fundstellen

- Bundesgerichtsurteil 4C.423/2004 vom 14.04.2005, = BGE 131 III 467
http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=14.04.2005_4C.423/2004
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=131-III-467>
- Behandlung von BGE 131 III 467 in der Besprechung von BGE 134 III 354 von Georges Chanson in ARVonline 2008 N. 468:
www.praxis.arbeitsrechtler.ch/ARVonline_2008-0468_Besp_BGE-134-III-354_Sperrfristberechnung.pdf

Lösung

Im Zeitpunkt der Kündigung am 17.08.2000 war die im Vertrag erwähnte dreimonatige Probezeit bereits abgelaufen. Es galt bis Ende August 2000 die gesetzliche Kündigungsfrist von 1 Monat auf Monatsende von OR 335c I. Offen blieb, ob die Probezeit nach deren Ablauf am 14.06.2000 überhaupt noch verlängert werden konnte, da die schriftliche Vereinbarung ja anscheinend erst ein paar Tage später getroffen wurde. M.E. nicht, weil mit Ablauf der Probezeit der zwingende Schutz vor Kündigung zur Unzeit (OR 336c) wirksam wird. Mit der nachträglichen Verlängerung verzichtet der ArbN wieder auf diesen ihm bereits zustehenden Schutz, was sich mit OR 341 I schlecht verträgt.

Einzelfragen: Kündigung zur Unzeit

– Lokalisation

Gesetzliche Sperrzeiten, während denen (vom ArbG) nicht gekündigt werden kann bzw. die eine bereits ausgesprochene Kündigung aufschieben (OR 336c II).

– Lage der Sperrzeiten

massgebend sind nur gesperrte Zeiten im Zeitpunkt der Kündigung bzw. nach erfolgter Kündigung während der ursprünglichen Kündigungsfrist ([BGE 119 II 449](#) und [121 III 107](#)), diese rückgerechnet ([BGE 134 III 354](#)). Eine nach Ablauf der ursprünglichen Kündigungsfrist noch andauernde oder neu eintretende Sperrzeit hindert den Ablauf der noch nicht abgelaufenen Kündigungsfrist.

Internet-Fundstellen

- BGE 119 II 449 = Pra 84 Nr. 36, Übersetzung aus dem Französischen
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=119-II-449>
- BGE 121 III 107= Pra 84 Nr. 273, Übersetzung aus dem Italienischen
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=121-III-107>
- BGE 134 III 354 = BGer 4A_47/2008 vom 29.04.2008
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=134-III-354>
http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=29.04.2008_4A_47/2008
- Besprechung von BGE 134 III 354 von Georges Chanson in ARVonline 2008 N. 468:
www.praxis.arbeitsrechtler.ch/ARVonline_2008-0468_Besp_BGE-134-III-354_Sperrfristberechnung.pdf

Berechnungen

- Online-Sperrfristberechnungstool von Olivier Subilia, Lausanne, Eingabe Deutsch, Resultate derzeit nur französisch: www.sperrfrist.ch
nach meinen Erfahrungen durchwegs korrekt rechnend
- Sammlung von Entscheiden des Bundesgerichts zur Sperrfristberechnung von Georges Chanson, jeweils mit konkreter Berechnung und den Übersetzungen aus Pra, soweit vorhanden:
www.doku.arbeitsrechtler.ch/Chanson_Sperrfrist_BGer.pdf

Einzelfragen: Kündigung zur Unzeit

- Lage der Sperrzeiten (Fortsetzung)
Die Sperrfrist beginnt mit dem Eintritt des Sperrgrunds zu laufen.
- **Sperrgrund nach Ablauf der verlängerten Kündigungsfrist**
In der Verlängerung von OR 336c III auf den vertraglichen Endtermin (i.d.R. Monatsende) bleibt ein neuer Sperrgrund ohne Wirkung ([BGE 124 III 474](#))
- **Kumulation Sperrzeiten**
verschiedene Sperrzeiten, auch verschiedene Krankheiten ([BGE 120 II 124](#)), werden kumuliert, soweit sie sich nicht überschneiden

Internet-Fundstellen

- BGE 124 III 474 = Pra 88 Nr. 72, Übersetzung aus dem Französischen
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=124-III-474>
- BGE 120 II 124, italienisch, nicht übersetzt
<http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=120-II-124>

Einzelfragen: Sperrfristberechnung

Berechnung von Sperrfristen anhand Beispielen im Kalenderausdruck

Lösungen gemäss Tabelle (am Schluss verteilt)

Einzelfragen: Sperrfristberechnung, Beispiel 3

Krankheit

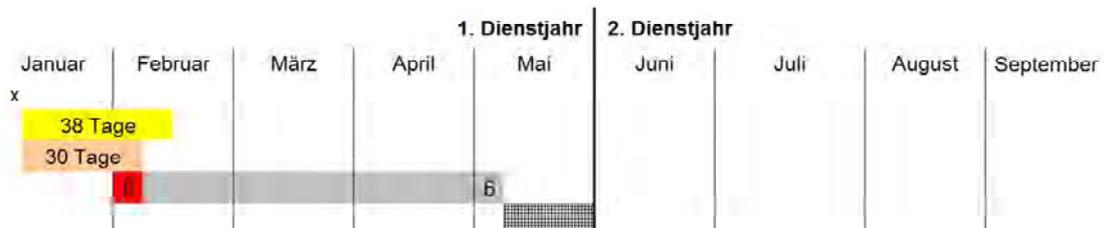
KündFrist (KF)

Sperrfrist

Stillstand KF

OR 336 II

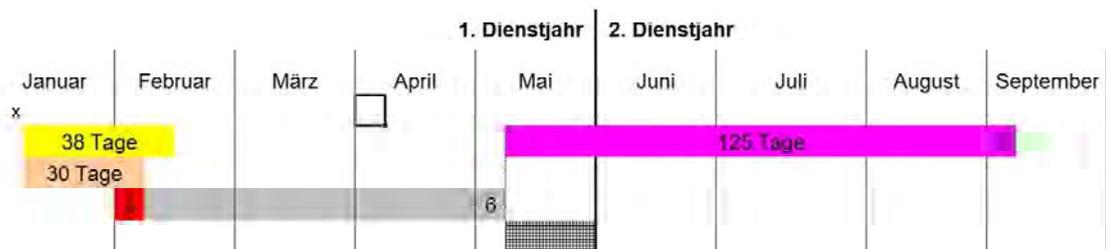
3. Beispiel: Krankheit in Kündigungsfrist



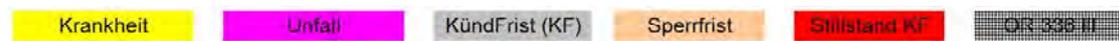
Einzelfragen: Sperrfristberechnung, Beispiel 4



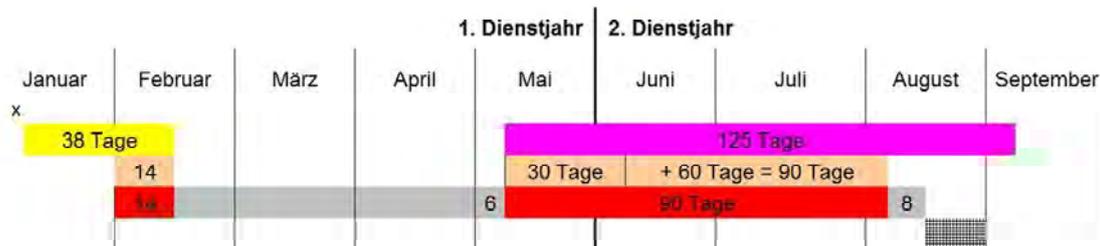
4. Beispiel: Variante mit zusätzlichem Unfall nach abgelaufener Kündigungsfrist



Einzelfragen: Sperrfristberechnung, Beispiel 4, Variante



4. Beispiel mit falscher Berechnung (ab Beginn KF): Variante mit zusätzlichem Unfall



EIZ-Vortragsreihe am Mittag, 30.11.2012 – Georges Chanson, Befristungen im Arbeitsrecht

21

Abweichende Meinung zu Beispiel 4

(Krankheit vom 08.01 - 14.02, Unfall vom 07.05 - 08.09.2012)

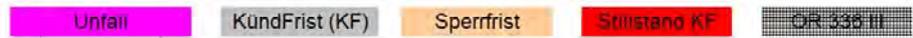
Argumentation in einem Fachanwaltskurs: Sperrfristbeginn der Sperrfrist nicht mit Krankheitsbeginn am 08.01.2012, sondern erst mit Beginn der Kündigungsfrist. Konsequenz, dass Krankheit in Kündigungsfrist 14 statt 6 Tage sperrt und Kündigungsfrist bei Unfallbeginn nicht abgelaufen ist. Dies führt analog zu Beispiel 6 zu einer Verlängerung auf Ende August 2012.

Die Berechnungsmethode ist abzulehnen, weil sie in einer einzigen besonderen Konstellation von OR 336c I lit. b einen anderen Sperrfristbeginn festlegt, abweichend von der Praxis, dass für die Frage nach der Nichtigkeit einer Kündigung bei unverschuldeter Verhinderung auf den Beginn dieser Arbeitsunfähigkeit abgestellt wird. Alle anderen Sperrzeiten (Militärdienst, Schwangerschaft, Niederkunft, Dienst im Ausland) knüpfen durchwegs an die konkrete Verhinderung an.

Dieser Fall wurde (soweit mit vernünftigen Aufwand auffindbar) noch im Sinn dieser abweichenden Meinung (Sperrfristbeginn bei Beginn Kündigungsfrist) entschieden. Dagegen gibt es (wenige) Entscheide, die an den Beginn der Arbeitsunfähigkeit anknüpfen, wie z.B. [BGE 124 III 474](#) (vgl. vorstehend S. 19, allerdings nur mit einer auf die Parteien abstellenden Berechnung der Vorinstanz) oder das BG Bischofszell (JAR 2000 222, allerdings mit der Auffassung – eine neue Facette – die Sperrfrist habe erst am Tag nach dem Unfall zu laufen begonnen).

Die Lehre lässt die Sperrfrist, soweit ersichtlich und behandelt, mit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit laufen: vgl. z.B. Staehelin, ZK, a.a.O. N 10 zu OR 336c; Geiser/Müller, CH-ArbR, 2.A. 2012, Rz. 620; Egli, Zeitlicher Kündigungsschutz, ArbR 1998 115, S. 135

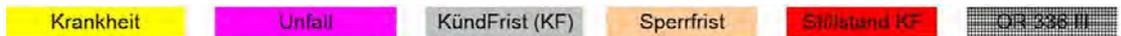
Einzelfragen: Sperrfristberechnung, Beispiel 5



5. Beispiel: Unfall in Kündigungsfrist



Einzelfragen: Sperrfristberechnung, Beispiel 6



6. Beispiel: Krankheit in Kündigungsfrist und Unfall in Verlängerung



2012							2012										
Januar		Februar		März		April		Mai		Juni		Juli		August		September	
1	Ne	1	Mi	1	Do	1	Palmsontag	1	Tag der	1	Fr	1	So	1	Bund	1	Sa
2	Be	2	Do	2	Fr	2	Mo KW 14	2	Mi	2	Sa	2	Mo	2	Do	2	So
3	Di	3	Fr	3	Sa	3	Di	3	Do	3	Vät	3	Di	3	Fr	3	Mo
4	Mi	4	Sa	4	So	4	Mi	4	Fr	4	Mo	4	Mi	4	Sa	4	Di
5	Do	5	So	5	Mo KW 10	5	Do	5	Sa	5	Di	5	Do	5	So	5	Mi
6	Freitag	6	Mo	6	Di	6	Karfreitag	6	So	6	Mi	6	Fr	6	Mo	6	Do
7	Sa	7	Di	7	Mi	7	Sa	7	Mo	7	Freitag	7	Sa	7	Di	7	Fr
8	So	8	Mi	8	Do	8	Ostern	8	Di	8	Fr	8	So	8	Mi	8	Sa
9	Mo	9	Do	9	Fr	9	Ostermontag	9	Mi	9	Sa	9	Mo	9	Do	9	So
10	Di	10	Fr	10	Sa	10	Di	10	Do	10	So	10	Di	10	Fr	10	Mo KW 37
11	Mi	11	Sa	11	So	11	Mi	11	Fr	11	Mo	11	Mi	11	Sa	11	Di
12	Do	12	So	12	Mo KW 11	12	Do	12	Sa	12	Di	12	Do	12	So	12	Mi
13	Fr	13	Mo	13	Di	13	Fr	13	Mitt	13	Mi	13	Fr	13	Mo	13	Do
14	Sa	14	Valent	14	Mi	14	Sa	14	Mo	14	Do	14	Sa	14	Di	14	Fr
15	So	15	Mi	15	Do	15	Weisser Sonntag	15	Di	15	Fr	15	So	15	Maria	15	Sa
16	Mo	16	Do	16	Fr	16	Mo	16	Mi	16	Sa	16	Mo	16	Do	16	Eidg. Bettag
17	Di	17	Fr	17	Sa	17	Di	17	Auffa	17	So	17	Di	17	Fr	17	Mo KW 38
18	Mi	18	Sa	18	So	18	Mi	18	Fr	18	Mo	18	Mi	18	Sa	18	Di
19	Do	19	So	19	Josefstag	19	Do	19	Sa	19	Di	19	Do	19	So	19	Mi
20	Fr	20	Mo KW 08	20	Di	20	Fr	20	So	20	Mi	20	Fr	20	Mo	20	Do
21	Sa	21	Di	21	Mi	21	Sa	21	Mo	21	Do	21	Sa	21	Di	21	Fr
22	So	22	Aschermittwo	22	Do	22	So	22	Di	22	Fr	22	So	22	Mi	22	Sa
23	Mo	23	Do	23	Fr	23	Mo	23	Mi	23	Sa	23	Mo	23	Do	23	So
24	Di	24	Fr	24	Sa	24	Di	24	Do	24	So	24	Di	24	Fr	24	Mo KW 39
25	Mi	25	Sa	25	So	25	Mi	25	Fr	25	Mo	25	Mi	25	Sa	25	Di
26	Do	26	So	26	Mo KW 13	26	Do	26	Sa	26	Di	26	Do	26	So	26	Mi
27	Fr	27	Mo KW 09	27	Di	27	Fr	27	Pfing	27	Mi	27	Fr	27	Mo	27	Do
28	Sa	28	Di	28	Mi	28	Sa	28	Pfing	28	Do	28	Sa	28	Di	28	Fr
29	So	29	Mi	29	Do	29	So	29	Di	29	Fr	29	So	29	Mi	29	Sa
30	Mo	30	Fr	30	Fr	30	Mo	30	Mi	30	Sa	30	Mo	30	Do	30	So
31	Di	31	So	31	Sa	31	Do	31	Do	31	Di	31	Di	31	Fr	31	Fr

Sperrfristberechnungen: Beispiele

Eckdaten:

01.06.2011 Stellenantritt
 07.01.2012 Zugang Kündigung X
 3 Monate Kündigungsfrist auf Ende Monat

1. Krankheit

01.01.2012 - 07.01.2012: krank

2. Krankheit

08.01.2012 - 31.01.2012: krank

3. Krankheit

08.01.2012 - 14.02.2012: krank

4. Krankheit + Unfall

08.01.2012 - 14.02.2012: krank
 07.05.2012 - 08.09.2012: Unfall

5. Unfall

16.04.2012 - 08.09.2012: Unfall

6. Krankheit + Unfall

01.02.2012 - 06.02.2012: krank
 01.05.2012 - 08.09.2012: Unfall

Sperrfristberechnungen: Lösungen zu 6 Beispielen

Massgebend ist die Verhinderung in der ursprünglichen Kündigungsfrist, welche ab Endtermin rückgerechnet wird (BGE 121 III 107 sowie BGE 134 III 354, entgegen der Berechnung ab Zugang gemäss BGE 131 III 467).

Eckdaten:

- 01.06.11 Stellenantritt / Vereinbarung 3 Monate Kündigungsfrist auf Ende Monat
- 07.01.12 Zugang Kündigung
- 01.02.12 30.04.12 ursprüngliche Kündigungsfrist vom 01.02. - 30.04.2012

1. Beispiel: Kündigung während Krankheit in Sperrfrist

- 07.01.12 Kündigung
- 01.01.12 07.01.12 Krankheit vom 01. - 07.01.2012: Kündigung nichtig, zu wiederholen

2. Beispiel: Krankheit vor Kündigungsfrist

- 07.01.12 Kündigung
- 08.01.12 31.01.12 Krankheit: **keine Auswirkung**, da vor Beginn Kündigungsfrist beendet

3. Beispiel: Krankheit in Kündigungsfrist

- 07.01.12 Kündigung
- 08.01.12 14.02.12 Krankheit: **Verlängerung**, da teilweise in Kündigungsfrist
- 08.01.12 06.02.12 Sperrfrist 30 Tage im ersten Dienstjahr
- 01.02.12 06.02.12 Verhinderung + Sperrfrist während Kündigungsfrist
- 01.05.12 06.05.12 Verlängerung Kündigungsfrist um 6 Tage
- 07.05.12 31.05.12 Verschiebung Endtermin auf Monatsende (OR 336c III)

4. Beispiel: Variante mit zusätzlichem Unfall nach abgelaufener Kündigungsfrist

- 07.01.12 Kündigung
- 08.01.12 14.02.12 Krankheit: **Verlängerung**, da teilweise in Kündigungsfrist
- 08.01.12 06.02.12 Sperrfrist 30 Tage im ersten Dienstjahr
- 01.02.12 06.02.12 Verhinderung + Sperrfrist während Kündigungsfrist
- 01.05.12 06.05.12 Verlängerung Kündigungsfrist um 6 Tage
- 07.05.12 08.09.12 Unfall: **keine Auswirkung** da Kündigungsfrist abgelaufen
- 07.05.12 31.05.12 Verschiebung Endtermin auf Monatsende (OR 336c III)

5. Beispiel: Unfall in Kündigungsfrist

- 07.01.12 Kündigung
- 16.04.12 08.09.12 Unfall: **Verlängerung**, da in Kündigungsfrist beginnend
- 16.04.12 15.05.12 Sperrfrist 30 Tage, da noch im ersten Dienstjahr zu Ende (BGE 133 III 517)
- 01.05.12 15.05.12 Hinderung Ablauf Kündigungsfrist um 15 Tage (Unfall in Kündigungsfrist)
- 16.05.12 30.05.12 Verlängerung Kündigungsfrist um 15 Tage
- 31.05.12 31.05.12 Verschiebung Endtermin um 1 Tag auf Monatsende (OR 336c III)

6. Beispiel: Krankheit in Kündigungsfrist und Unfall in Verlängerung

- 07.01.12 Kündigung
- 01.02.12 06.02.12 Krankheit: **Verlängerung**, da in Kündigungsfrist
- 01.05.12 08.09.12 Unfall: **2. Verlängerung**, da (verlängerte) Kündigungsfrist noch läuft
- 01.05.12 29.07.12 Sperrfrist 90 Tage ab 01.05.2012, da Verlängerung ins 2. Dienstjahr (BGE 133 III 517)
- 01.05.12 29.07.12 Hinderung Ablauf Kündigungsfrist um weitere 90 Tage
- 30.07.12 04.08.12 Verlängerung Kündigungsfrist um 6 Tage
- 05.08.12 31.08.12 Verschiebung Endtermin auf Monatsende (OR 336c III)

