

Referenz: arvonline 2010 n. 677
Publikationsdatum: 23.11.2010
Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

**Bundesgericht, Urteil vom 14. Oktober 2010, 4A_406/2010, BGE 136 III 562 = Pra 100 Nr. 52
- Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson**

Berechnung der Probezeitdauer. Art. 335b Abs. 2 und 3 OR. Ein unbezahlter Urlaub in der Probezeit verlängert deren Dauer nicht.

RA lic. iur. [Georges Chanson](#), Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Kommentar zu BGer 4A_406/2010

Im Entscheid über eine Beschwerde in Zivilsachen gegen ein Urteil des Genfer Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes blieb es auch vor Bundesgericht bei der Nichtigkeit der Kündigung gegenüber einer schwangeren Arbeitnehmerin. Die davon betroffene Buffetdame konnte sich mit Erfolg darauf berufen, dass die dreimonatige Probezeit bei ihrer Entlassung trotz eines unbezahlten Urlaubs bereits abgelaufen war. Entsprechend wies die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Fünfer-Besetzung die Beschwerde der Arbeitgeberin mit Urteil vom 14. Oktober 2010 ([4A_406/2010](#)) vollumfänglich ab.

Sachverhalt und Verfahren

Die Arbeitnehmerin hatte am 9. Oktober 2008 in einem Genfer Café-Restaurant als Aushilfe begonnen und wurde ab 1. November fest und mit einem Vollzeitpensum als Mitarbeiterin am Buffet angestellt. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der auf den Landes-Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe 1998 ([L-GAV](#)) verwies, unterschrieben die Parteien am 6. Dezember 2008. Er sah eine Probezeit von 3 Monaten mit einer Kündigungsfrist von 3 Tagen vor. Vom 7. Dezember 2008 bis und mit 12. Januar 2009 bezog die Arbeitnehmerin im Einverständnis mit der Arbeitgeberin unbezahlten Urlaub. Letztere kündigte den Arbeitsvertrag am 29. Januar auf den 2. Februar 2009, in einem Zeitpunkt, in dem ihre Arbeitnehmerin schon mehrere Monate schwanger war. Die Arbeitnehmerin, die überdies vom 30. Januar bis und mit 15. Februar teilweise arbeitsunfähig war, berief sich auf die Nichtigkeit der Kündigung.

Dieser Einwand wurde von allen Instanzen geschützt. Das Genfer Arbeitsgericht (Tribunal des prud'hommes) verpflichtete die Arbeitgeberin zu Lohnzahlungen für die Zeit vom Dezember 2008 bis zum 3. September 2009, was der Appellationshof bestätigte, ohne auf die erstinstanzlichen Berechnungen zurückzukommen.

Vor Bundesgericht hatte die Arbeitgeberin geltend gemacht, die Probezeit habe sich um den unbezahlten Urlaub von gut fünf Wochen verlängert, da der Vertrag in dieser Zeit geruht habe ("suspension").

Erwägungen des Bundesgerichts

Dieser Auffassung wollte das Bundesgericht nicht folgen. Es erinnerte in seiner Erwägung 3 vorerst daran, dass die maximale Probezeitdauer drei Monate nicht übersteigen dürfe, und hielt fest, die gesetzliche Dauer der Probezeit entspreche einem Kalendermonat, sei unabhängig von den geleisteten Wochenstunden und verlängere sich bei Teilzeittätigkeit nicht. Somit werde auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses, den Zeitraum, abgestellt und nicht auf die erbrachten Leistungen. Selbst die Arbeitgeberin anerkenne - mit der verbreiteten Doktrin -, dass auch Ferien, während denen Arbeitnehmende keine Leistungen erbringen, bei der Berechnung der Probezeit nicht in Abzug gebracht würden. Weiter stellte das Bundesgericht klar, dass der Katalog der Ausnahmen in [Art. 335b Abs. 3 OR](#) (Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht) abschliessend sei und den unbezahlten Urlaub nicht erwähne.

Dem Einwand der Arbeitgeberin, die arbeitsvertraglichen Beziehungen seien während des unbezahlten Urlaubs suspendiert gewesen, hielt das Bundesgericht entgegen, dass dies den Vertrag nicht beendet habe, sondern dass der Vertrag zwischen den Parteien weiterbestanden habe. Auch das Ruhen der Versicherungsdeckung gegen Unfall gemäss [Art. 3 Abs. 2 UVG](#) während eines Urlaubs gründe auf dem

Fehlen der Lohnzahlung und nicht darauf, dass die Parteien nicht mehr vertraglich gebunden wären.

Mit Verweis auf BGE 112 III 51 (recte: [112 II 51](#)) zog das Bundesgericht schliesslich eine Analogie zur Berechnung der Vertragsdauer für die Bestimmung einer Abgangschädigung.

Beurteilung des Entscheids

Wenn man die Aufzählung von [Art. 335b Abs. 3 OR](#) mit dem Bundesgericht und der von ihm zitierten Doktrin für abschliessend hält, ist der Entscheid logisch und konsequent, denn dann gibt das Gesetz keinen Raum für andere Verlängerungen einer Probezeit. Dafür, dass die Aufzählung dieser Verhinderungsgründe tatsächlich abschliessend ist, spricht der Umstand, dass Abs. 3 von [Art. 335b OR](#) als Ausnahme zu dessen Abs. 2 verstanden werden muss, der als Grundsatz eine maximale Probezeitdauer von 3 Monaten statuiert. Legt man diese Ausnahme mit dem Fokus auf den Arbeitnehmerschutz und darauf aus, dass die Anwendbarkeit des zeitlichen Kündigungsschutzes hinausgeschoben wird, ist tatsächlich eine zurückhaltende Annahme weiterer Aufschubgründe geboten. Die im Internet publizierten Materialien zu [Art. 335b Abs. 3 OR](#) geben nicht viel her. Aus dem Amtlichen Bulletin aus den Jahren 1985-1988 ist nur ersichtlich, dass dieser Absatz im Entwurf des Bundesrats (BBl 1984 II 551, S. 632) nicht vorkam, sondern von der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagen worden war und im Parlament diskussionslos durchging.

Die Absätze 2 und 3 von [Art. 335b OR](#), in Kraft seit 1.1.1989, erscheinen im Katalog der zwingenden Bestimmungen der [Art. 361 OR](#) und [362 OR](#) nicht, gelten aber von ihrem Wortlaut her als zwingend. Absatz 2 von [Art. 335b OR](#) entspricht dem relativ zwingenden Art. 334 Abs. 2 altOR in der bis 1988 geltenden Fassung. Sind die maximale Dauer der Probezeit und die abschliessende Aufzählung von Verlängerungstatbeständen zwingend, so können die Arbeitsvertragsparteien - was im konkreten Fall zwar nicht geschehen ist - auch nicht explizit vereinbaren, dass die Probezeit während eines unbezahlten Urlaubs stillstehe. Dies könnte man wohl nur, wenn man - was der Standpunkt der Arbeitgeberin war - von einer faktischen Unterbrechung des Arbeitsvertrags während eines solchen Urlaubs ausginge. Dies hat das Bundesgericht verneint und dem steht entgegen, dass zwar Arbeits- und Lohnzahlungspflicht während des Urlaubs sistiert sind, dass aber - jedenfalls nach der hier vertretenen Meinung - Fürsorge- und Treuepflicht andauern.

Nicht restlos überzeugend scheinen die Erwägungen des Bundesgerichts dort, wo der Zeitraum zugunsten der Leistung in den Vordergrund gestellt und das Beispiel der Unterbrechung der Vertragsdauer herangezogen wird. Immerhin sind die hier zur Diskussion stehenden fünf Wochen Urlaub ebenso ein Zeitraum wie die Dauer einer Krankheit, eines Unfalls oder einer gesetzlichen Pflicht, d.h. eines Aufschubgrunds nach [Art. 335b Abs. 3 OR](#), und sie machen 5/13, d.h. fast 40% der gesamten Probezeit aus.

Vom Bundesgericht nicht behandelt wurde die sich nach dem Sachverhalt aufdrängende, aber offenbar von der Arbeitnehmerin nicht aufgeworfene Frage, ob die Parteien ihre Probezeit durch die Vertragsunterzeichnung am 6. Dezember 2008 überhaupt noch verlängern konnten, galt doch anfänglich mangels Schriftlichkeit die 14-tägige Probezeit von Art. 5 Abs. 1 [L-GAV Gastgewerbe 1998](#). Diese war bei einer Arbeitsaufnahme am Dienstag, 9. Oktober, nach der nachstehend dargelegten Berechnungsmethode bereits am Montag, 22. Oktober 2008, d.h. lange vor ihrer schriftlichen Verlängerung durch die Parteien abgelaufen. Richtig besehen lag in der späteren Verlängerung eine Rückversetzung der Arbeitnehmerin in die Probezeit, die jedenfalls *Staelin* (Zürcher Kommentar, Bd. V2c, Zürich 1996, N 11 zu Art. 335b OR) ablehnt und die einen nachträglichen Verzicht auf den hier am 23. Oktober 2008 bereits wirksam gewordenen Kündigungsschutz bedeutet. Gegen eine Verlängerung einer bereits abgelaufenen Probezeit stellt sich - mit etwas anderer Begründung - auch das Appellationsgericht Basel (JAR 1982 163). Wendet man die - allerdings kritisierte - Praxis von [BGE 124 III 469](#) (Pra 88, 1999, Nr. 37), wonach auf einmal erworbene Überstundenguthaben trotz [Art. 321c Abs. 3 OR](#) nicht verzichtet werden kann, analog auf den Fall der Verlängerung einer bereits abgelaufenen Probezeit an, so stünde dem auch das Verbot von [Art. 341 Abs. 1 OR](#) entgegen. Somit hätte die Klage auch mit der Begründung geschützt werden können, dass im konkreten Fall ein Kündigungsschutz infolge Ablauf der Probezeit und unwirksamer Verlängerung schon vor dem Antritt des unbezahlten Urlaubs bestand. Weil nach [Art. 42 Abs. 2 BGG](#) im bundesgerichtlichen Verfahren darzustellen ist, weshalb ein angefochtener Entscheid beanstandet wird, konnte sich das Bundesgericht auf die Behandlung der konkreten Einwendungen beschränken und musste der Frage nach der Gültigkeit der Probezeitverlängerung nicht nachgehen. Das schliesst nicht aus, dass sich das höchste Gericht dazu hätte äussern können (vgl. dazu *Merz*, Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2008, N 54 zu Art. 42).

Aus der Erwägung 2 dieses Entscheids geht hervor, dass die Probezeit unbestrittenermassen am 9. Oktober 2008 begonnen und gemäss Feststellung der kantonalen Cour d'appel am 9. Januar 2009

geendet hat. Dies basiert wohl auf der Fristberechnung von [Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR](#), wonach eine nach Monaten bestimmte Frist abgesehen vom Monatsende bis zu demjenigen Tag des letzten Monats dauert, der durch seine Zahl dem Tag des Vertragsabschlusses (oder weitergehend des Fristbeginns) entspricht. Diese Fristbestimmung in Ziff. 3 der erwähnten Bestimmung korrespondiert mit dem Grundsatz von deren Ziff. 1, dass der erste Tag einer Frist nicht mitgezählt wird, passt aber für die Berechnung einer Probezeit nicht, wo - wie das Bundesgericht in diesem Entscheid selber einräumt - auf den Kalendermonat abgestellt wird. Richtig ist aus Sicht des Verfassers nur, auch den ersten Tag der Probezeit mitzuzählen, womit die Probezeit in diesem Fall - wenn entgegen dem Gesagten eine Verlängerung auf 3 Monate noch möglich gewesen wäre - bereits am 8. Januar 2009 geendet hätte. Dies lässt sich am Beispiel eines Arbeitsverhältnisses, das am 1. Januar eines Jahres beginnt, leicht illustrieren: Die gesetzliche Probezeit endet am 31. Januar und nicht am 1. Februar und das Dienstjahr am 31. Dezember und nicht am 1. Januar des Folgejahrs.