



Die Tücken der Probezeit

Im Sinne einer «Kennenlernphase» kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit unter erleichterten Bedingungen wieder aufgelöst werden. Die Spezialregeln der Probezeit werfen jedoch regelmässig Fragen auf. Insbesondere der zeitliche Faktor im Zusammenhang mit der Probezeitkündigung hat seine Tücken.

■ Von Sandra Küng

Dauer der Probezeit und Verlängerungsmöglichkeit

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von nur sieben Tagen gekündigt werden. Die gesetzlich vorgesehene Probezeit beträgt gemäss Art. 335b Abs. 1 OR einen Monat. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können jedoch abweichende Vereinbarungen getroffen werden. Die Probezeit kann beliebig verkürzt oder wegbedungen, aber höchstens auf drei Monate verlängert werden. In der Praxis ist eine Verlängerung auf die vorgesehene Maximaldauer üblich.

Bei laufender Probezeit kann eine Verlängerung auch erst nachträglich vereinbart werden, sofern die Maximaldauer von drei Monaten zum Zeitpunkt der Vereinbarung noch nicht ausgeschöpft wurde. Auch bei einer nachträglichen Verlängerung ist dabei auf das Schriftformerfordernis zu achten. Nach Ablauf der Probezeit gelten jedoch gemäss Art. 335c OR zwingend die ordentlichen Kündigungsfristen, d.h., es kann weder eine Verlängerung noch eine neue Probezeit vereinbart werden.¹

Wird in einem Arbeitsvertrag eine längere Probezeit als drei Monate festgehalten, dann ist diese Vereinbarung nicht nichtig und führt somit nicht automatisch zur Anwendung der einmonatigen gesetzlichen Probezeit. Vielmehr wird auf den tatsächlichen bzw. den mutmasslichen oder hypothetischen Parteiwillen abgestellt.²

Berechnung der Probezeit

Für die Berechnung der Probezeit ist darauf hinzuweisen, dass die Frist, welche gesetzlich – und üblicherweise auch vertraglich – in Monaten festgehalten ist, mit dem Tag der



tatsächlichen Arbeitsaufnahme beginnt. Abweichend von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR wird jedoch der erste Tag der Frist ebenfalls mitgerechnet, d.h., die Probezeit endet im letzten Monat nicht an demselben Tag des Monats, der dem Stellenantritt entspricht, sondern bereits einen Tag vorher. Dies bedeutet, dass beispielsweise bei einem Stellenantritt am 1. Januar und einer dreimonatigen Probezeit die Probezeit nicht etwa erst am 1. April endet, sondern bereits am 31. März. Fällt dieser so berechnete letzte Tag auf einen Sonntag oder auf einen staatlich anerkannten Feiertag, so verlängert sich die Probezeit auf den nächsten Werktag. Es steht den Parteien jedoch frei, auch diesbezüglich eine abweichende Regelung zu treffen.³

BERECHNUNGSBEISPIEL

Stellenantritt:	15. Oktober 2022
Probezeit:	3 Monate
Ablauf Probezeit:	14. Januar 2023

Verlängerung der Probezeit aufgrund Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwilligen gesetzlichen Pflicht

Ist der Arbeitnehmer während der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwilligen gesetzlichen Pflicht – wie etwa Militärdienst – an der Arbeit verhindert, so wird diese Zeit nicht in die Probezeit mit eingerechnet, und die Probezeit verlängert sich entsprechend automatisch über die gesetzliche bzw. vereinbarte Dauer hinaus. Dies

unabhängig vom Verschulden des Arbeitnehmers an der Arbeitsverhinderung. Die Aufzählung ist abschliessend, d.h. eine Schwangerschaft, Ferien und unbezahlter Urlaub führen somit nicht zu einer Verlängerung der Probezeit, ausser dies wurde entsprechend vereinbart. Die Verlängerung der Probezeit kann von den Parteien jedoch gänzlich wegbedungen werden.⁴

BERECHNUNGSBEISPIEL

Stellenantritt:	15. Oktober 2022
Probezeit:	3 Monate
Krankheit:	5 Tage
Ablauf Probezeit:	19. Januar 2023

Probezeit bei Teilzeitarbeit und Arbeit auf Abruf

Aufgrund des Zwecks der Probezeit als Kennenlernphase könnte man zum Schluss kommen, dass die Probezeit bei einer Teilzeitanstellung länger sein müsste als bei einer Vollzeitstellung. Es ist aber nicht etwa so, dass sich die Probezeit bei einer 50%-Anstellung auf sechs Monate verlängern würde. Vielmehr gelten die gesetzliche Dauer der Probezeit von einem Kalendermonat und die gesetzliche Maximaldauer von drei Monaten auch bei Teilzeitarbeit sowie bei einer unregelmässigen Arbeit auf Abruf.⁵

Kündigungsfristen und -termine

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis von beiden Seiten mit kurzen Fristen gekündigt werden. Wenn nichts anderes vorgesehen ist, beträgt die Kündigungsfrist sieben Kalendertage. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann die Kündigungsfrist verlängert, aber auch weiter verkürzt oder sogar ganz wegbedungen werden. Wird die Kündigungsfrist wegbedungen, dann endet das Arbeitsverhältnis bereits mit dem Zugang der Kündigung.⁶

Ebenfalls nach dem Zugang der Kündigung entscheidet sich, ob noch die verkürzte Kündigungsfrist der Probezeit oder die ordentliche Kündigungsfrist Anwendung findet. Nur wenn die Kündigung noch innerhalb der Probezeit zugeht, kommt noch die kurze Kündigungsfrist zur Anwendung. Das Ende der Kündigungsfrist kann jedoch durchaus auf einen Tag nach der Probezeit fallen.⁷



HR, Lohnbuchhaltung, Zeiterfassung & Spesenmanagement in einer Software

Die effiziente Gesamtlösung für das Personalwesen



Human Resources



Lohnbuchhaltung



Zeiterfassung



Spesenmanagement

Ihr Nutzen

Unsere Module im Personalbereich bieten innovative Lösungen für ein effizientes HR-Management. Sie umfassen Rekrutierung, Employee Self Service (ESS/MSS), Personaldossier, Einsatzplanung, Vergütungsmanagement, branchenspezifische Lohnbuchhaltungen sowie die integrierte Erfassung von Arbeitszeit, Absenzen, Spesen und vieles mehr.



Weitere Informationen finden Sie unter:
abacus.ch/personal

 **ABACUS**

Während der Probezeit müssen keine Kündigungsfristen eingehalten werden, d.h., das Arbeitsverhältnis endet am letzten Tag der Kündigungsfrist, ohne dass das Ende des betreffenden Monats abgewartet werden muss. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können jedoch auch während der Probezeit Kündigungsfristen vorgesehen werden.

MERKE

Soll ein Arbeitsverhältnis noch während der Probezeit mit der kürzeren Kündigungsfrist aufgelöst werden, so muss die Kündigung der anderen Partei spätestens am letzten Tag der Probezeit zugehen. Es ist sicherzustellen, dass der rechtzeitige Zugang – etwa durch schriftliche Empfangsbestätigung des Arbeitnehmers/des Arbeitgebers in Form einer Gegenzeichnung des Kündigungsschreibens, durch Postbeleg oder mit Zeugen – bewiesen werden kann.

BERECHNUNGSBEISPIEL

Stellenantritt:	15. Oktober 2022
Probezeit:	3 Monate
Kündigungsfrist während Probezeit:	7 Kalendertage
Krankheit:	5 Tage
Ablauf Probezeit:	19. Januar 2023
Zugang der Kündigung:	19. Januar 2023
Ende des Arbeitsverhältnisses:	26. Januar 2023

Kündigung vor Stellenantritt

Da die Probezeit erst mit Stellenantritt beginnt, stellt sich die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vor Stellenantritt gekündigt werden kann. Dies wird von der herrschenden Lehre und Praxis bejaht. Umstritten ist jedoch, ob die kurze Kündigungsfrist der Probezeit bereits mit dem Zugang der Kündigung oder erst mit dem Stellenantritt zu laufen beginnt.⁸

Kein zeitlicher Kündigungsschutz während Probezeit

Die Kündigung kann selbst dann ausgesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer (oder der Arbeitgeber) während der Probezeit erkrankt oder verunfallt, denn der zeitliche Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 OR und Art. 336d Abs. 1 OR beginnt erst nach Ablauf der Probezeit. Die kurze Kündigungsfrist der Probezeit verlängert sich deshalb auch nicht, wenn der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist erkrankt oder verunfallt. Es gibt also keine Verlängerung der Kündigungsfrist aufgrund der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers.

Keine Lohnfortzahlungspflicht während Probezeit

Auch die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in dessen Person liegen, findet während der Probezeit keine Anwendung. Die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR erwähnt die Probezeit zwar nicht explizit, setzt jedoch voraus, dass das Arbeitsverhältnis länger als drei Monate gedauert hat, was eine Lohnfortzahlung während der Probezeit regelmässig ausschliesst. Wenn der Arbeitgeber eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hat, sind die entsprechenden Versicherungsbedingungen massgebend.

Keine Probezeit bei befristeten Arbeitsverträgen

Arbeitsverträge können befristet oder unbefristet abgeschlossen werden. Um ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt es sich, wenn der abgeschlossene Arbeitsvertrag ohne Kündigung einer Partei endet, wobei als Befristung ein konkretes Datum, ein Ereignis oder ein Zweck vereinbart werden kann.⁹ Von Gesetzes wegen finden die Bestimmungen zur Probezeit nur auf unbefristete Arbeitsverträge Anwendung, jedoch kann eine Probezeit auch bei befristeten Arbeitsverträgen vereinbart werden, was zu einer analogen Anwendung von Art. 335b OR führt.¹⁰

Nur eine Probezeit bei Kettenarbeitsverträgen

In der Praxis werden Arbeitnehmerschutzbestimmungen teilweise umgangen, indem mehrere befristete Arbeitsverhältnisse aneinandergereiht werden. Damit wird insbesondere die Umgehung des zeitlichen Kündigungsschutzes, der Kündigungsfristen gemäss Art. 335c OR und eine Reduktion der Lohnfortzahlungspflicht bei einer unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 324a OR bezweckt, da diese Bestimmungen jeweils an die Dauer des Arbeitsverhältnisses anknüpfen. Es stellt sich überdies die Frage, ob bei einem neuen Vertragsabschluss zwischen denselben Parteien eine neue Probezeit zur Anwendung kommt. Dem ist nicht so, denn zwischen denselben Parteien kann die Probezeit nur einmal für drei Monate laufen. Eine Ausnahme davon besteht jedoch bei einem langen Vertragsunterbruch und auch dann, wenn aufgrund der



Aufnahme einer gänzlich neuen Funktion ein berechtigtes Bedürfnis besteht, sowohl den neuen Arbeitsplatz wie auch die Fähigkeiten des Arbeitnehmers kennenzulernen.¹¹

Probezeit bei Personalverleih

Beim Personalverleih beginnt jeweils mit jedem neuen Einsatz ein neues Arbeitsverhältnis, weshalb auch jedes Mal eine neue Probezeit beginnt. Selbst wenn der Leiharbeiter in den Einsatzbetrieb wechselt, beginnt eine neue Probezeit, da ein neuer Arbeitsvertrag direkt zwischen dem ehemaligen Leiharbeiter und dem Einsatzbetrieb abgeschlossen wird.¹² Anders verhält es sich bei einem erneuten Einsatz bei demselben Einsatzbetrieb, auch nach längeren Unterbrüchen. In diesem Fall gibt es keine neue Probezeit.¹³

Konkurrenzverbot bei Probezeitkündigung

Eine Kündigung während der Probezeit schliesst die Geltung eines vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbots im Sinne von Art. 340 ff. OR nicht automatisch aus. Aufgrund der kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfte das Konkurrenzverbot jedoch

bei einer Probezeitkündigung regelmässig unverbindlich bleiben, da der Arbeitnehmer vermutlich nur einen beschränkten Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse hatte und es wohl regelmässig auch am erheblichen Schädigungspotenzial fehlen dürfte.

Arbeitszeugnis bei Probezeitkündigung

Der Arbeitnehmer kann jederzeit vom Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis verlangen, dies auch, wenn das Arbeitsverhältnis während der Probezeit gekündigt wurde. Entgegen einer weitverbreiteten Meinung muss es sich auch in diesem Fall um ein Vollzeugnis handeln, welches sich auch über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Eine Arbeitsbestätigung, welche sich nur auf Angaben über die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt, genügt nur, wenn der Arbeitnehmer dies so verlangt.

Schlussbemerkungen

Arbeitgeber sind gut beraten, sich Gedanken zur vertraglichen Ausgestaltung der Probezeit zu machen. Eine Verlängerung auf drei Monate ist oft zielführend. Die oftmals festge-

haltenen Kündigungstermine (z.B. auf Ende einer Woche) sind nicht erforderlich und zu überdenken. Um von der vereinfachten Auflösung des Arbeitsverhältnisses Gebrauch zu machen, muss der rechtzeitige Zugang der Kündigung noch während der Probezeit sichergestellt werden.

FUSSNOTEN

- 1 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 335b N. 3.
- 2 BGE 131 III 467 E. 1.
- 3 Sambasivam Anusanan, Probezeit im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2018, S. 19.
- 4 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 13.
- 5 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 14.
- 6 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335b N. 9.
- 7 BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335b N. 10.
- 8 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 11.
- 9 Sambasivam, a.a.O., S. 10.
- 10 BGE 109 II 451.
- 11 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 3.
- 12 BGE 129 III 124.
- 13 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 3.



AUTORIN

RA Sandra Küng, MLaw, LL.M., ist Partnerin bei UMBRICHT Rechtsanwältinnen und berät Klienten im In- und Ausland zu Fragen des Arbeitsrechts und des Vertragsrechts, mit einem besonderen Schwerpunkt auf Dispute Resolution.