

Urteil

Unbezahlter Urlaub während der Probezeit

Ein unbezahlter Urlaub während der Probezeit verlängert diese nicht. Entscheidend für die Berechnung der Probezeit ist die Zeitdauer und nicht die geleistete Arbeit. Die Probezeit verlängert sich nur wegen Krankheit, Unfall oder der Erfüllung gesetzlicher Pflichten.

Sachverhalt

Die Gesellschaft Y. SA ist Eigentümerin eines Restaurants.

A. hatte im Oktober 2008 als Zusatzkraft in diesem Betrieb gearbeitet und war in der Folge ab 1. November 2008 vollzeitlich am Ausschank angestellt worden. Am 6. Dezember 2008 unterschrieben die Parteien den Arbeitsvertrag, der eine Probezeit von drei Monaten mit dreitägiger Kündigungsfrist vorsah.

Vom 7. Dezember 2008 bis und mit 12. Januar 2009 bezog A. im Einverständnis mit dem Arbeitgeber Y. einen unbezahlten Urlaub.

Am 29. Januar 2009 wurde der Arbeitsvertrag per 2. Februar 2009 gekündigt.

Aus den Erwägungen

2. Fest steht einerseits, dass die dreimonatige Probezeit am 9. Oktober 2008 zu laufen begann, da A. im Oktober als Zusatzhilfe beschäftigt war, andererseits, dass der Vertrag am 29. Januar per 2. Februar 2009 gekündigt wurde.

Die Parteien sind sich über die Berechnung der Probezeit uneinig. Insbesondere geht es um die Frage, ob der von A. beanspruchte Urlaub vom 7. Dezember 2008 bis 12. Januar 2009 eine Verlängerung der Probezeit zur Folge hatte, wie dies von Y. behauptet wird. Nach Meinung von Y. kommt die Zeit des unbezahlten Urlaubs einem Unterbruch der Vertragsdauer gleich, womit auch die Probezeit entsprechend aufgeschoben wurde.

3. Zweck der Probezeit ist es, den Parteien die nötige Zeit zur Vorbereitung eines dauerhaften Arbeitsverhältnisses

einzuräumen. Sie dient dazu, das gegenseitige Vertrauen zu erproben, festzustellen, ob befriedigende Bedingungen für eine Zusammenarbeit gegeben sind, und reiflich zu überlegen, ob die Parteien sich auf längere Dauer verpflichten wollen. Entspricht das eingegangene Vertragsverhältnis den Erwartungen nicht, so müssen sich die Parteien rasch freimachen können. Aus diesem Grund sieht das Gesetz vor, dass der erste Arbeitsmonat als Probezeit zu betrachten ist und die Vertragspartner das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist von sieben Tagen jederzeit auflösen können.

Vom Gesetz abweichende Bestimmungen können durch schriftliche Abmachung festgelegt werden, wobei die Probezeit drei Monate nicht überschreiten darf (Art. 335b Abs. 2 OR). Haben die Parteien eine längere Probezeit vorgesehen, so ist die Vereinbarung insoweit ungültig, als sie das gesetzliche Höchstmass überschreitet. Es handelt sich in diesem Fall um eine teilweise Ungültigkeit, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht zum Zug kommt.

Als gesetzliche Dauer der Probezeit gilt ein voller Kalendermonat, unabhängig von der Anzahl wöchentlicher Arbeitsstunden; Teilzeitarbeit hat somit keine Verlängerung der Probezeit zur Folge. Massgebend ist die Zeitdauer des Arbeitsverhältnisses und nicht die geleistete Arbeit. Y. anerkennt, dass Ferien, während derer der Arbeitnehmende logischerweise keinen Dienst leistet, nicht von der Probezeit abzuziehen sind; eine Ansicht, die auch die Rechtslehre grossmehrheitlich teilt.



Es ergibt sich, dass sich die Parteien mit dem Vertrag vom 6. Dezember 2008 auf eine dreimonatige Probezeit geeinigt haben, was der maximalen gesetzlichen Dauer gemäss Art. 335b Abs. 2 OR entspricht. Vertraglich darf keine längere Probezeit vereinbart werden. Ist dies trotzdem der Fall, so ist sie für die überschüssende Zeitdauer – also teilweise – ungültig.

Eine beschränkte Ausnahme enthält Art. 335b Abs. 3 OR insofern, als dieser bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht eine entsprechende Verlängerung der Probezeit vorsieht. Die genannte Liste ist vollständig und schliesst somit den Fall der Zubilligung unbezahlten Urlaubs als Verlängerungsgrund aus.

Nachdem ein Aufschub um die Dauer des unbezahlten Urlaubs die Probezeit über die gesetzliche Grenze hinaus verlängern würde und auch kein Ausnahmegrund gemäss Art. 335b Abs. 3 OR vorliegt, vertritt Y. zu Unrecht die These der Verlängerung der Probezeit durch den unbezahlten Urlaub. Im Übrigen haben die Parteien auch keine besondere diesbezügliche Abmachung getroffen.

Y. geht davon aus, dass die Probezeit während der fünf Wochen bezogenen unbezahlten Urlaubs unterbrochen worden sei; eine Auffassung, der das Gericht nicht folgen kann.



Illustration: Christine Hof

Urteil

Kündigung während zu langer Probezeit

Die Parteien vereinbarten eine Probezeit von sechs Monaten, obwohl die Probezeit drei Monate nicht überschreiten darf. Die Arbeitgeberin kündigte im fünften Monat. Es stellt sich die Frage nach der Dauer der Kündigungsfrist.

Sachverhalt

A. trat am 1. Dezember 2007 als Betriebsanalytiker in den Dienst der Y. SA in Genf ein. Der entsprechende Arbeitsvertrag war am vorangehenden 2. November abgeschlossen worden.

Die Klausel mit dem Titel «Probezeit und Kündigung» sah folgende Regelung vor: «Der Vertrag beinhaltet eine sechsmonatige Probezeit, während der die Kündigung innert einer Woche per Monatsende erfolgen kann. Nach Ablauf der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist drei Monate, und die Auflösung ist per Monatsende einzureichen.»

Am 5. Mai 2008 trat die Y. SA per Ende Juni vom Arbeitsvertrag zurück. A. verlangte die Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist mit der Begründung, die Probezeit sei nach drei Monaten Anstellung abgelaufen, auch wenn der Vertrag eine gegenteilige Abmachung enthalten habe. Unter Berücksichtigung der Forderung nach Kündigung auf Monatsende und der Tatsache, dass er vom 18. August bis 8. September 2008 seinen Militärdienst absolvierte, machte A. eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis 21. Oktober 2008 geltend. Im Übrigen liess er die Arbeitgeberin wissen, dass er bis zu diesem Datum einsatzbereit sei. Die Arbeitgeberin wies den Antrag mit dem Argument zurück, dass sie zur Kündigung innert Monatsfrist per Monatsende berechtigt gewesen sei, und zwar deshalb, weil die Entlassung zwischen der Probezeit, die in der Tat drei Monate nicht überschreiten durfte, und dem sechsten Arbeitsmonat erfolgte.

Aus den Erwägungen

Fest steht, dass der am 2. November 2007 abgeschlossene Vertrag den Ge-

setzesvorschriften zuwiderläuft, indem eine gegenüber der zwingenden Regelung der maximalen Dauer von drei Monaten gemäss Art. 335b Abs. 1 OR zu lange Probezeit festgelegt wurde und damit bis zum Ende des sechsten Monats eine Kündigungsfrist von nur einer Woche galt, die wiederum einen Verstoß gegen Art. 335c OR darstellt. Die drei ersten Monate liefen vom Dezember 2007 bis Februar 2008; Mai 2008 war somit der sechste Monat des Arbeitsverhältnisses.

Am 5. Mai durfte die Arbeitgeberin demnach den Vertrag nicht auf Ende Mai, sondern erst auf Ende Juni 2008 auflösen, was der in Art. 335c Abs. 1 OR vorgeschriebenen minimalen Kündigungsfrist entspricht.

Im Zweifelsfalle ist von der Annahme auszugehen, dass sich die Parteien auf die nach dem Gesetz kürzest mögliche Kündigungsfrist hätten festlegen wollen, also auf einen Monat während des ersten Dienstjahrs. Die Vertragspartner mussten demnach eine einmonatige Frist einhalten, wenn sie ihre Kündigung in der Zeit zwischen Anfang März und Ende Mai einreichen wollten. Mit der Vertragsauflösung vom 5. Mai wurde eine ununterbrochene Kündigungsfrist eingeleitet, die am 30. Juni zu Ende ging. Dass der Arbeitnehmer vom 18. August bis 8. September 2008 Militärdienst leistete, berührt die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht mehr und berechtigt den Kläger zu keinerlei Lohnanspruch während der Monate August bis Oktober 2008.

Urteil des Schweizerischen

Bundesgerichts, 11. Mai 2010

(4A_88/2010)

(Übersetzung aus dem Französischen)

Es ist zutreffend, dass während einer Periode unbezahlter Ferien sowohl die Arbeitsleistung wie auch die Entlohnung eingestellt werden. Mit diesem Unterbruch wesentlicher gegenseitiger Vertragspflichten wird aber der Arbeitsvertrag nicht ausser Kraft gesetzt, sondern bleibt voll gültig. Dagegen kann eine solche Zeitspanne lohnfreier Abwesenheit auf anderem Gebiet gewisse rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, namentlich im Bereich der Sozialversicherungen. Diese Einschränkung bedeutet jedoch nicht, dass die Parteien in diesem Falle nicht mehr vertraglich gebunden sind.

Da also die Vertragsbeziehung bestehen bleibt, ist kein Grund zur Behauptung vorhanden, das Arbeitsverhältnis sei während der Zeit des unbezahlten Urlaubs unterbrochen worden. Auch wenn die vertragliche Bindung nicht weiter existiert hätte, wäre die Argumentation von Y. nicht fundiert. Nach geltender Gerichtspraxis beeinträchtigen kurze Unterbrüche im Arbeitsverhältnis grundsätzlich die Berechnung der Vertragsdauer nicht. Da letztere für die Festlegung der Probezeit massgebend ist, fällt der ins Feld geführte fünfjährige Leistungs- und Entlohnungsausfall nicht ins Gewicht.

Urteil des Schweizerischen

Bundesgerichts, 14. Oktober 2010

(4A_406/2010)

(Übersetzung aus dem Französischen)