

nünftiges Verhalten sowie ein naheliegender Missbrauch einzurechnen sind.¹² Vor bekannten Gefahren, an die der Handelnde nach gesundem Menschenverstand denken müsste, muss hingegen nicht gewarnt werden. Der Kiosk muss auf dem Kartonbecher nicht darauf hinweisen, dass der Kaffee heiss ist, und der Hersteller muss nicht darauf hinweisen, dass in der Mikrowelle keine Hamster getrocknet werden dürfen.

Zu viel Information kann zur Desinformation führen.¹³ Und zu viele Warnungen können das Gegenteil bewirken – nämlich, dass sie nicht mehr wahrgenommen werden. Ein aktuelles Beispiel sind die Hinweise auf europäischen Websites, dass die Betreiber Cookies verwenden. Die Flut von Hinweisen führt dazu, dass niemand sie mehr liest¹⁴ und man sie vielmehr instinktiv wegklickt und so auch nicht wahrnimmt, wenn ein Websitebetreiber tatsächlich auf eine Besonderheit seiner Seite aufmerksam macht. Bei Verkehrsschildern verhält es sich genauso.

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.9. Arbeitsrecht/Droit du travail

Verlängerung der Probezeit infolge Krankheit

Besprechung von BGer, 8C_317/2021, 8.3.2022

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil 8C_317/2021 vom 8. März 2022 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen Schweizerische Bundesbahnen SBB, Öffentliches Personalrecht (Beendigung des öffentlichen Dienstverhältnisses).



NICOLAS FACINCANI*



STEPHANIE VILLIGER**

Im vorliegenden Urteil hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob eine Kündigung noch innerhalb der Probezeit erfolgt war, wobei sich in diesem Zusammenhang eine Frage zur Verlängerung der Probezeit infolge Krankheit nach Art. 335b Abs. 3 OR stellte. Der Arbeitnehmer war die letzten zwei Tage der Probezeit (Montag und Dienstag) sowie für den Rest der Woche (Mittwoch bis Freitag) krankgeschrieben. Fraglich war, ob die Probezeit bereits am Sonntag abließ oder ob die zwei krankheitsbedingt verpassten Arbeitstage in der nächsten Arbeitswoche nachzuholen waren, sich die Probezeit mithin bis am Dienstag der Folgewoche verlängerte. Das Bundesgericht entschied, dass aufgrund des Zwecks der Probezeit eine «effektive Abarbeitung» notwendig sei. Offengelassen hat das Bundesgericht hingegen, ob bei Ablauf der Probezeit an einem Sonntag die für das Fristende geltende Sonderregel von Art. 78 OR zum Tragen komme, was nach Ansicht der Autoren abzulehnen ist.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Der Arbeitnehmer A. trat seine Arbeitsstelle als Produktionsmitarbeiter bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) am 16. März 2020 an. Sein unbefristeter Arbeitsvertrag vom 16. März 2020 sah eine Probezeit von drei Monaten vor, d.h. bis am 16. Juni 2020. Am 5. Juni 2020 teilte die

¹² Vgl. BGE 116 II 422 E. 1 (Plauschbad); 123 III 106 E. 5b (Sprungturm).

¹³ Vgl. RAINER SCHUMACHER, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Peter Gauch/Pierre Tercier (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. A., Freiburg 1995, N 456; BEAT DENZLER/MICHAEL HOCHSTRASSER, Die Haftung für die Planung, in: Hubert Stöckli/Rolf Siegenthaler (Hrsg.), Die Planerverträge, 2. A., Zürich 2019, N 9.145.

¹⁴ Ein Hinweis erscheint auch deshalb nicht nötig, weil die Verwendung von Cookies als bekannt vorausgesetzt werden darf.

* NICOLAS FACINCANI, lic. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Voillat Facincani Sutter + Partner.

** STEPHANIE VILLIGER, MLaw, Voillat Facincani Sutter + Partner.

SBB A. ihre Absicht mit, das Arbeitsverhältnis wegen Mängeln in der Arbeitsleistung aufzulösen. A. äusserte sich am 10. Juni 2020 zu der in Aussicht gestellten Kündigung. Mit Verfügung vom 12. Juni 2020 beendete die SBB das Arbeitsverhältnis auf den 22. Juni 2020. Die mit eingeschriebener Post am 13. Juni 2020 versandte Verfügung nahmen jedoch weder A. noch sein Rechtsvertreter entgegen und holten sie in der Folge auch nicht bei der Post ab. Vom 15. bis 19. Juni 2020 war A. krankgeschrieben. Als A. am 22. Juni 2020 seine Arbeit wieder aufnahm, händigte ihm die SBB eine auf den 22. Juni 2020 datierte Kündigungsverfügung aus, worin sie festhielt, das Arbeitsverhältnis auf den 29. Juni 2020 zu beenden.

Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen geführte Beschwerde mit Urteil vom 16. März 2021 ab. Strittig war vor Bundesgericht insbesondere, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie von einer innerhalb der Probezeit erfolgten Kündigung ausging.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Probezeitkündigung vorlag, ging das Bundesgericht vorab auf die gesetzlichen Grundlagen ein. Auf das Personal der SBB fänden gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG) die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG) Anwendung, ergänzend sei der Gesamtarbeitsvertrag 2019 der SBB (GAV) anwendbar. Nach Ziff. 22 GAV gälten die ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses bei der Unternehmung als Probezeit (Abs. 1). Ausnahmsweise könne auf die Probezeit verzichtet werden (Abs. 2). Fänden sich weder in den genannten Vorschriften noch in diesem GAV Regelungen, so sei das Obligationenrecht (OR) subsidiär anwendbar (Ziff. 1 Abs. 3 GAV) (E. 3.2.1). Damit war eine allfällige Verlängerung der Probezeit nach Art. 335b Abs. 3 OR zu beurteilen.

Zur Beurteilung der Verlängerung der Probezeit ging das Bundesgericht zunächst auf den Beginn und das Ende der Probezeit ein und führte aus, der Beschwerdeführer vermöge nicht darzulegen, weshalb die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnungsweise in Anwendung von Art. 335b Abs. 1 OR i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR gemäss BGE 144 III 152 E. 4 nicht zum Zuge gelangen oder Bundesrecht verletzen solle. Nachdem weder das SBBG noch das BPG oder der GAV (vgl. Ziff. 22 GAV) eine Regelung hinsichtlich des Beginns der dreimonatigen Probezeit enthielten, komme nach Ziff. 1 Abs. 3 GAV das OR subsidiär zur Anwendung. Demnach lasse sich der vorinstanzlich festgestellte Beginn der Probezeit am 16. März 2020 und

damit auch ihr grundsätzliches Ende nach Ablauf von drei Monaten am 16. Juni 2020 nicht beanstanden (E. 5.2.3.1).

Sodann ging das Bundesgericht auf die krankheitsbedingte Verlängerung der Probezeit ein und hielt fest, dass «zunächst insbesondere der Einwand des Beschwerdeführers nicht [verfängt], wonach der klare Wortlaut von Ziff. 22 GAV lediglich die grundsätzliche Dauer der Probezeit bestimmt, aber keine Ausführungen zu einer allfälligen Verlängerung derselben enthält. Damit wird die Verlängerung der Probezeit grammatikalisch von der Bestimmung gerade nicht erfasst. Inwiefern damit die vorinstanzliche Rechtsanwendung dem klaren Wortlaut von Ziff. 22 GAV entgegenstehen soll, ist nicht ersichtlich. Insbesondere vermag der Beschwerdeführer auch nicht aufzuzeigen, dass der darin fehlende Hinweis auf eine Verlängerung als qualifiziertes Schweigen und Ziff. 22 GAV in dieser Hinsicht als abschliessende Regel zu verstehen wären. Die Vorinstanz verletzte mithin kein Bundesrecht, wenn sie die Rechtsfrage der Probezeitverlängerung ebenfalls gestützt auf Ziff. 1 Abs. 3 GAV folglich nach den Bestimmungen des OR, insbesondere nach Art. 335b Abs. 3 OR, beantwortete» (E. 5.2.3.2).

Weiter führte das Bundesgericht aus, dass die Vorinstanz im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt habe, indem sie erkannt habe, dass die krankheitsbedingt versäumten Arbeitstage innerhalb der Probezeit (15. und 16. Juni) «effektiv abzarbeiten» gewesen seien. Dazu habe sich der Beschwerdeführer – nachdem er bis und mit 19. Juni 2020 (Freitag) krank gewesen und am 20. und 21. Juni 2020 (Samstag und Sonntag) arbeitsfrei gewesen sei – erst am 22. und 23. Juni 2020 (Montag und Dienstag der Folgewoche) in der Lage gesehen. Soweit das Bundesverwaltungsgericht dies als ausschlaggebend erachtet habe, vermöge dies mit Blick auf den Gesetzeszweck («ratio legis») zu überzeugen. Und weiter: «Die Probezeit soll es den Parteien ermöglichen, einander kennenzulernen und ein Vertrauensverhältnis aufzubauen bzw. abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, sodass sie über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände befinden können. Soweit jedoch Art. 335b Abs. 3 OR bei einer effektiven Verkürzung infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht immerhin eine entsprechende Verlängerung der Probezeit vorsieht, liegt es aus Sicht des geschilderten Gesetzeszwecks her näher, wenn die Verlängerung auf tatsächliche Arbeitstage umgelegt, mithin real (abgearbeitet) wird. Anders gewendet liefe es Sinn und Zweck der hievore erkannten Verlängerung um die effektiv verpassten Arbeitstage zuwider, wenn die Probezeit im Fall des Beschwerdeführers nach seinen krankheitshalber verpassten Arbeitstagen vom 15. und 16. Juni 2020 und der bis 19. Juni 2020 anhaltenden Krankheits-

absenz bereits am Sonntag (21. Juni 2020) enden würde. Dies mag sich im vorliegenden Fall nachteilig für den Beschwerdeführer auswirken, was allerdings in grundsätzlicher Hinsicht nichts daran ändert, dass die Probezeit und deren reale Erfüllung dem Interesse beider Vertragsparteien dient. Auch dem Arbeitnehmenden liegt daran, Klarheit über die konkreten Umstände zu erlangen, die es zur Eingehung einer langfristigen vertraglichen Bindung braucht» (E. 5.2.7).

Abschliessend hielt das Bundesgericht fest, dass die Probezeit im vorliegenden Fall erst am 23. Juni 2020 geendet habe und die Kündigung dem Beschwerdeführer am 22. Juni 2020 noch vor deren Ende eröffnet worden sei. Es brauche daher auch nicht weiter geprüft werden, ob bei einem Ablauf bereits am 21. Juni 2020 (Sonntag), wie er beschwerdeweise verfochten werde, die für das Fristende geltende Sonderregel des Art. 78 OR zum Tragen komme (E. 5.2.9).

III. Anmerkungen

A. Probezeit im Allgemeinen

1. Zweck der Probezeit

Die Probezeit soll der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer das gegenseitige, erstmalig arbeitsplatzbezogene Kennenlernen ermöglichen¹. Die Parteien sollen abschätzen können, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die mögliche langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen.²

2. Kündigungsfrist- und Kündigungstermin in der Probezeit

Um dem Zweck der Probezeit Geltung zu verschaffen, können die Parteien eines unbefristet abgeschlossenen Arbeitsverhältnisses dieses innerhalb der Probezeit hinsichtlich der Kündigungsfristen und -termine unter erleichterten Bedingungen auflösen. So kann jede Partei den Arbeitsvertrag jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen kündigen (Art. 335b Abs. 1 OR). Die Kündigungsfrist von sieben Tagen berechnet sich entsprechend der allgemeinen Fristenberechnung nach Kalendertagen.³ Die Bestimmung ist dispositiver Natur, weshalb die gesetzliche Kündigungs-

frist vertraglich beliebig abgeändert werden oder sogar ganz wegbedungen werden kann.⁴

Das Arbeitsverhältnis kann auf jeden beliebigen Termin gekündigt werden, es müssen keine Kündigungstermine eingehalten werden.⁵ Dies im Unterschied zur Kündigung nach Ablauf der Probezeit, welche gemäss dispositiver Regelung von Art. 335c Abs. 1 OR auf das Monatsende hin zu erfolgen hat.⁶ Die Kündigung muss dem Gekündigten innerhalb der Probezeit zugehen. Nicht vorausgesetzt ist hingegen, dass die Kündigungsfrist innerhalb der Probezeit abläuft.⁷

3. Probezeit bei befristeten Arbeitsverträgen

Aufgrund der systematischen Stellung von Art. 335b OR, der die Probezeit regelt, besteht die Vermutung der Probezeit von Gesetzes wegen nur bei unbefristeten Arbeitsverträgen. Es steht den Parteien jedoch unter Beachtung der in Art. 335b OR gesetzten Schranken frei, auch in befristeten Arbeitsverhältnissen eine Probezeit zu vereinbaren, wobei auch hier die Maximaldauer von drei Monaten zur Anwendung gelangt.⁸ Wird nur eine Probezeit vereinbart, gelten bei fehlender Regelung der Parteien die Kündigungsfristen und -termine nach Art. 335b Abs. 1 OR.

4. Keine Sperrfristen in der Probezeit

Die Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c und 336d OR) finden in der Probezeit keine Anwendung. Dies ergibt sich ausdrücklich aus Art. 336c Abs. 1 und Art. 336d Abs. 1 OR, welche festhalten, dass der zeitliche Kündigungsschutz erst nach Ablauf der (gesetzlichen oder vereinbarten) Probezeit greift.⁹

5. Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit

Im Gegensatz zum zeitlichen Kündigungsschutz fehlt beim sachlichen Kündigungsschutz eine explizite Regelung bezüglich dessen Anwendbarkeit während der Probezeit. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann auch eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich sein. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die Kündigung, welche einen Tatbestand nach Art. 336 OR erfüllt oder sonst in

¹ BORIS ETTER/MARCEL STUCKY, Art. 335b N 1, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021 (zit. Arbeitsvertrag-Verfasser).

² BGE 134 III 108 E. 7.1.1 mit Hinweisen.

³ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335b N 9, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019 (zit. BSK OR I-Verfasser).

⁴ BGE 136 III 99 E. 3.

⁵ Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 9.

⁶ JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 335b N 2; Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 9.

⁷ Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 16; BRÜHWILER (FN 6), Art. 335b N 4.

⁸ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 3), Art. 335b N 12; Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 14; BRÜHWILER (FN 6), Art. 335b N 1; Arbeitsvertrag-GERSBACH/GROSS (FN 1), Art. 334 N 8.

⁹ Vgl. Arbeitsvertrag-FACINCANI/BAZZELL (FN 1), Art. 336c N 5.

einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheint.¹⁰ Wie erwähnt, liegt der Zweck der Probezeit darin, das gegenseitige Kennenlernen zu ermöglichen und herauszufinden, ob die jeweiligen Anforderungen erfüllt werden. Wenn daher Umstände während der Probezeit zutage treten, kann die betreffende Partei von ihrem Kündigungsrecht ohne Weiteres Gebrauch machen.¹¹ Kündigt jedoch die Arbeitgeberin während der Probezeit aus Gründen, die ihr bereits vor Stellenantritt bekannt waren, findet der sachliche Kündigungsschutz vollumfänglich Anwendung.¹² Zu beachten ist, dass sich die Einsprachefrist gemäss Art. 336b Abs. 1 OR zur Geltendmachung der Entschädigung nach der siebentägigen Kündigungsfrist richtet. Auch bei vertraglich verkürzter Kündigungsfrist ist die Einsprache längstens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist.¹³

B. Gesetzliche Dauer der Probezeit und deren Berechnung

Als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses (Art. 335b Abs. 1 Teilsatz 2 OR). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden (Art. 335b Abs. 2 OR). Die Regelung in Abs. 2 ist aufgrund des klaren gesetzlichen Wortlautes zwingender Natur, obwohl Art. 335b OR nicht in Art. 361 f. OR enthalten ist.¹⁴

Mit der gesetzlichen Dauer von einem Monat ist ein Kalendermonat gemeint, auch wenn bei Teilzeitarbeit nur wenige Stunden pro Woche gearbeitet wird.¹⁵ Die Parteien können dem Umstand, dass für das gegenseitige Kennenlernen nur wenige Arbeitsstunden zur Verfügung stehen, dadurch begegnen, dass sie die Probezeit vertraglich verlängern.¹⁶ Die Probezeit beginnt mit dem Antritt der Stelle, d.h. der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit, und nicht

schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder mit dem vertraglich festgelegten Antrittstermin.¹⁷

Als Grundsatz gilt, dass eine Probezeit, die nach Monaten bestimmt ist, am Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag des Stellenantritts entspricht, bereits beendet ist.¹⁸ Tritt der Arbeitnehmer eine Stelle beispielsweise am 1. März an, endet die gesetzliche Probezeit von einem Monat am 31. März (und nicht erst am 1. April). Wurde die Probezeit vertraglich auf zwei oder drei Monate verlängert, endet sie am 30. April respektive 31. Mai. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Arbeitnehmer die Stelle am gleichen Tag antritt, wie der Arbeitsvertrag geschlossen wird. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berechnet sich die Monatsfrist in diesem Fall nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR.¹⁹ Der Artikel normiert Folgendes: Soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder eine andere Rechtshandlung mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrags erfolgen, so fällt ihr Zeitpunkt, «wenn die Frist nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht, und, wenn dieser Tag in dem letzten Monate fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats». Das Bundesgericht begründet dies damit, dass der erste Arbeitstag bei Vertragsabschluss und Stellenantritt am selben Tag nicht voll zur Verfügung stehe.²⁰ Wird somit der Arbeitsvertrag am 1. März geschlossen und tritt der Arbeitnehmer die Stelle am selben Tag an, dauert die Probezeit bis und mit 1. April. Wurde die Probezeit vertraglich auf zwei oder drei Monate verlängert, endet sie am 1. Mai respektive 1. Juni. Im vorliegend besprochenen Urteil schloss der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag am 16. März 2020 ab und nahm gleichentags die Arbeit auf. Gemäss dem anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag betrug die Probezeit drei Monate. Folglich endete die Probezeit grundsätzlich am 16. Juni 2020 und nicht bereits am 15. Juni 2020, was nur der Fall gewesen wäre, wenn der Arbeitsvertrag vor dem Stellenantritt am 16. März 2020 geschlossen worden wäre.

¹⁰ BGE 134 III 108 E. 7.1; vgl. auch Arbeitsvertrag-FACINCANI/BAZZELL (FN 1), Art. 336 N 13.

¹¹ Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 31.

¹² Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 31; BGE 134 III 108 E. 7.1.2.

¹³ BGE 136 III 96 E. 3.4; Arbeitsvertrag-FACINCANI/BAZZELL (FN 1), Art. 336b N 6.

¹⁴ OFK OR-MILANI, Art. 335b N 11, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Ronald Frankhauser (Hrsg.), 3. A., Zürich 2016 (zit. OFK OR-MILANI); Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 3.

¹⁵ BGE 136 III 562 E. 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 3), Art. 335b N 8.

¹⁶ ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 330b–355 OR, Art. 361–362 OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2014 (zit. ZK-STAEHELIN), Art. 335b N 5.

¹⁷ BGE 144 III 152 E. 4.4.1; ZK-STAEHELIN (FN 16), Art. 335b OR N 5; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, Art. 335b N 3; Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 1.

¹⁸ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 3), Art. 335b N 8; offengelassen in BGE 144 III 152 E. 4.4.3, der jedoch auf BGer, 4C.45/2004, 31.3.2004, E. 4.3, verweist, welcher mit dem Ausgeführten übereinstimmt. Vgl. zu dieser Problematik auch GEORGES CHANSON, Bundesgericht, Urteil vom 14. Oktober 2010, 4A_406/2010 – mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson, ARV online 2010 Nr. 677, 3.

¹⁹ BGE 144 III 152 E. 4.4.2.

²⁰ BGE 144 III 152 E. 4.4.3.

C. Verlängerung der Probezeit in besonderen Fällen

Art. 335b Abs. 3 OR sieht bei bestimmten Absenzen des Arbeitnehmers eine Verlängerung der Probezeit (auch über die Höchstdauer von 3 Monaten hinaus) vor: Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit. Die Aufzählung gemäss Art. 335b Abs. 3 OR ist abschliessend,²¹ weshalb beispielsweise freie Tage, unbezahlter Urlaub, Ferien, Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub, Schwangerschaft, Betreuungsurlaub oder Betriebschliessungen nicht zu einer Verlängerung der Probezeit führen.²² Art. 335b Abs. 3 OR ist zwar abschliessend, aber nicht zwingend. Die Parteien können eine Verlängerung der Probezeit somit vertraglich für weitere Fälle von Arbeitsabsenzen vorsehen oder eine solche gänzlich ausschliessen.²³

Für die Berechnung der Verlängerung fallen nur Arbeitstage in Betracht. Arbeitsfreie Tage wie Samstage, Sonntage und Feiertage werden nicht mitgezählt.²⁴ Wäre der Arbeitnehmer im vorliegend besprochenen Urteil mithin bereits am Sonntag, 14. Juni 2020, krank gewesen, wäre dieser Tag nicht in die Verlängerung miteinberechnet worden. Der Arbeitnehmer war von Montag, 15. Juni 2020, bis Freitag, 19. Juni 2020, krank. Montag (15. Juni 2020) wie Dienstag (16. Juni 2020) der besagten Woche wären die letzten zwei Arbeitstage innerhalb der Probezeit gewesen. Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob die zwei Krankheitstage innerhalb der Probezeit zu einer Verlängerung bis Sonntag, 21. Juni 2020, führten oder diese aufgrund des arbeitsfreien Wochenendes (Samstag, 20. Juni 2020, und Sonntag, 21. Juni 2020) effektiv an den nachfolgenden Arbeitstagen «abzuarbeiten» waren. Die zweite Ansicht erachtete das Bundesgericht mit Blick auf den Zweck der Probezeit, einander kennenzulernen und ein Vertrauensverhältnis aufzubauen bzw. abzuschätzen, ob die Parteien die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, sodass sie über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkre-

ten Umstände befinden können, als überzeugend.²⁵ In diesem Fall war dies für den Arbeitnehmer nachteilig, da ihm am 22. Juni 2020 und somit noch innerhalb der Probezeit die Kündigung eröffnet wurde und er diese am selben Tag empfing. Die Probezeit ist jedoch im Interesse beider Vertragsparteien, weshalb in einem anderen Fall die tatsächliche Verlängerung auch im Sinne des Arbeitnehmers sein kann.

D. Ende der Probezeit an einem Sonntag?

Im besprochenen Urteil wies das Bundesgericht in Zusammenhang mit dem Ablauf der Probezeit darauf hin, dass es aufgrund der Verlängerung der Probezeit bis am Dienstag, 23. Juni 2020, die Frage offenlassen könne, ob bei einem Ablauf bereits am Sonntag, 21. Juni 2020, die für das Fristende geltende Sonderregel des Art. 78 OR zum Tragen käme, wonach für den Fall, dass der Zeitpunkt der Erfüllung oder der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder auf einen andern am Erfüllungsorte staatlich anerkannten Feiertag fällt, als Erfüllungstag oder als letzter Tag der Frist der nächstfolgende Werktag gilt. Demnach würde die Probezeit erst am darauffolgenden Montag enden.

Zur Beantwortung dieser Frage ist u.E. die Anwendbarkeit von Art. 78 OR in anderen Bereichen des Arbeitsrechts heranzuziehen. Bei der Berechnung der Kündigungsfristen und -termine findet Art. 78 Abs. 1 OR keine Anwendung. Fällt der letzte Tag, an dem noch auf einen bestimmten Termin die Kündigung ausgesprochen werden kann, auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag, so tritt keine Erstreckung der Kündigungsmöglichkeit ein, ebenso wenig, wenn der Kündigungstermin auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.²⁶ Ein Arbeitsverhältnis kann zudem ohne weiteres an einem Sonntag enden. Bezüglich des Zweckes von Art. 78 OR ist zudem festzuhalten, dass dieser einerseits dem Schutz der Sonn- und Feiertagsruhe und andererseits den Ruhebedürfnissen des Schuldners dient.²⁷ Eine Anwendbarkeit von Art. 78 Abs. 1 OR in Bezug auf das Ende der Probezeit an einem Sonntag oder Feiertag ist daher u.E. zu verneinen.²⁸

²¹ BGE 136 III 562 E. 3.

²² BRÜHWILER (FN 6), Art. 335b N 7; Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 6.

²³ OFK OR-MILANI (FN 14), Art. 335b N 8a; MANFRED REHBINDER/ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, 2. A., Bern 2014 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI), Art. 335b OR N 6; Arbeitsvertrag-ETTER/STUCKY (FN 1), Art. 335b N 7; a.M. ZK-STAEHELIN (FN 16), Art. 335b OR N 13, wonach lediglich eine Einschränkung, nicht aber eine Erweiterung der gesetzlichen Verlängerungsgründe zulässig sei.

²⁴ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 23), Art. 335b OR N 5; ZK-STAEHELIN (FN 16), Art. 335b OR N 13; BRÜHWILER (FN 6), Art. 335b N 7.

²⁵ BGer, 8C_317/2021, 8.3.2022, E. 5.2.7; vgl. oben. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese zwei Arbeitstage am Ende einer dreimonatigen Probezeit tatsächlich einen Unterschied ausmachen.

²⁶ WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 5. A., Zürich/St. Gallen 2020, N 673; BRÜHWILER (FN 6), Art. 335 N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 3), Art. 335 N 18.

²⁷ BSK OR I-SCHROETER (FN 3), Art. 78 N 2.

²⁸ A.M. ANUSANAN SAMBASIVAM, Probezeit im Schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich 2018, 19; BVGer, 4A-4282/2007, 4.11.2007, E. 3.1.