

BGE 148 III 126

Bundesgericht (BGE), 2022-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148 III 126](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_148_III_126)

FR: ATF 148 III 126

IT: DTF 148 III 126

Regeste

Regeste Ziff. 1 Abs. 3 und Ziff. 22 Gesamtarbeitsvertrag 2019 der SBB (GAV) i.V.m. Art. 335b Abs. 3 OR; Verlängerung der Probezeit bei Krankheit. Bei krankheitsbedingtem Arbeitsausfall während der Probezeit verlängert sich diese um die Anzahl der ganzen Arbeitstage, an denen die arbeitnehmende Person effektiv an der Arbeitsleistung verhindert war. Die Verlängerung der Probezeit bzw. der Endtermin der Probezeit bestimmt sich dergestalt, dass die effektiven Ausfalltage real "abzuarbeiten" sind (E. 3 und 5.2.4-5.2.8). Da die Probezeit im vorliegenden Fall erst an einem Dienstag endete und die Kündigung dem Beschwerdeführer tags zuvor eröffnet wurde, brauchte nicht geprüft zu werden, ob bei einem Ablauf bereits am vorangehenden Sonntag die für das Fristende geltende Sonderregel des Art. 78 OR zum Tragen käme (E. 5.2.9).

Erwägungen

E. 3.1

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie von einer innerhalb der Probezeit erfolgten, rechtmässigen Kündigung ausging.

E. 3.2.1

Auf das Personal der SBB finden gemäss Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31) die Bestimmungen des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) Anwendung. Ergänzend ist der gestützt auf Art. 15 Abs. 2 SBBG und Art. 38 Abs. 1 BPG erlassene Gesamtarbeitsvertrag 2019 der SBB (GAV) anwendbar. Finden sich weder in den genannten Vorschriften noch in diesem GAV Regelungen, so ist das Obligationenrecht (OR; SR 220) subsidiär anwendbar (Ziff. 1 Abs. 3 GAV). BGE 148 III 126 S. 129

E. 3.2.2

Nach Ziff. 22 GAV gelten die ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses bei der Unternehmung als Probezeit (Abs. 1). Ausnahmsweise kann auf die Probezeit verzichtet werden (Abs. 2).

E. 3.2.3

Gemäss Art. 335b OR, dessen Anwendbarkeit gestützt auf Ziff. 1 Abs. 3 GAV hier Streitig ist, kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses (Abs. 1). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden (Abs. 2). Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig

übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit (Abs. 3: "le temps d'essai est prolongé d'autant" bzw. "è prolungato di un periodo equivalente"). (...)

E. 5

(...) 5.2.4 Nach dem Erwogenen verlängerte sich die Probezeit im vorliegenden Fall um die Krankheitstage. In dieser Hinsicht stellte das Bundesverwaltungsgericht verbindlich und im Übrigen auch unbestritten fest, dass der Beschwerdeführer vom 15. bis 19. Juni 2020, mithin an fünf Arbeitstagen (Montag bis Freitag) krank war. Die Vorinstanz zog dabei, wie bereits gezeigt (vgl. nicht publ. E. 4.1), nicht nur den 15. und 16. Juni, sondern darüber hinaus auch die Tage vom 17. bis 19. Juni 2020 in die Berechnung der Verlängerung mit ein. Weiter erwog sie unter Hinweis auf den Zweck der Probezeit, dass die dafür zur Verfügung stehende Zeit im Falle eines der in Art. 335b Abs. 3 OR genannten Gründe nicht "effektiv verkürzt" werden dürfe. Daher sei nur die tatsächliche Arbeitszeit als Probezeit anrechenbar. Diese verlängere sich deshalb um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, um die sie wegen des effektiven Arbeitsausfalls verkürzt werde. Ohnehin arbeitsfreie Arbeitstage - so die Vorinstanz weiter unter Hinweis auf das Schrifttum - führten nicht zu einer Verlängerung (REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 335b OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 13 zu Art. 335b OR ; ANUSANAN SAMBASIVAM, Probezeit im schweizerischen Arbeitsrecht, 2018, S. 28). Gemäss Art. 335b Abs. 3 OR seien somit die Krankheitstage während der vereinbarten Probezeit (15. und 16. Juni 2020) BGE 148 III 126 S. 130 als tatsächliche Arbeitstage in die Berechnung der Verlängerung einzubeziehen bzw. "abzuarbeiten" (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 5.3 f.). Andernfalls bliebe die Probezeit effektiv verkürzt und nicht "entsprechend" verlängert. Daraus folge, dass die für den Beschwerdeführer arbeitsfreien Tage des 20. und 21. Juni 2020 (Samstag und Sonntag) bei der Verlängerung der Probezeit nicht mitzuzählen seien, sodass diese somit nicht an einem dieser Tage, sondern erst in der folgenden Arbeitswoche am 23. Juni 2020 (Dienstag) geendet habe.

5.2.5 Der Beschwerdeführer beanstandet diese Sichtweise als bundesrechtswidrig. Soweit laut Vorinstanz die ohnehin arbeitsfreien Tage hinsichtlich Verlängerung der Probezeit ausser Acht zu lassen seien, beziehe sich diese in der Rechtsliteratur zu findende Wendung auf die Frage, welche Tage überhaupt eine Verlängerung auszulösen vermöchten. Dies treffe in seinem Fall auf die Arbeitstage des 15. und (sofern nach bestrittener vorinstanzlicher Auffassung noch zur Probezeit zählend) den 16. Juni 2020 zu. Bei ihm gehe es jedoch um etwas ganz Anderes, nämlich welche Tage für die Berechnung der zu verlängernden Probezeit überhaupt in Frage kämen. Wenn das Bundesverwaltungsgericht hier den Samstag und den Sonntag (20. und 21. Juni 2020) einfach unbeachtet lasse, da ansonsten die Probezeit effektiv verkürzt würde, verletze es Bundesrecht. Hier müsse auch berücksichtigt werden, dass die Probezeit für einen Arbeitnehmer mit einschneidenden Nachteilen verbunden sei. Genau dem trage die in der Lehre anzutreffende Aussage zu Gunsten des Arbeitnehmers Rechnung, indem arbeitsfreie Tage nicht zur Verlängerung der Probezeit führten. Demgegenüber ergebe sich im vorliegenden Fall eine zusätzliche Verlängerung der Probezeit, wenn bei der Berechnung des Fristendes nur auf Arbeitstage abgestellt werde. Richtig sei vielmehr, die Anzahl verlängerter Probezeittage nach Kalendertagen zu bestimmen. Selbst wenn mit der Vorinstanz der Tag des Arbeitsbeginns vom 16. März 2020 nicht mitgezählt würde, ergäbe dies, dass die Probezeit am 21. Juni 2020 (Sonntag) abgelaufen gewesen wäre. Dies finde sich, entgegen der Vorinstanz, auch in BGE 144 III 152 bestätigt.

5.2.6 Dem

Beschwerdeführer ist insofern beizupflichten, als der vorinstanzliche Bezug auf die im Schrifttum geäusserte Auffassung, arbeitsfreie Tage bei der Berechnung der Verlängerung unbeachtet zu lassen, nicht auf die hier gegebene Konstellation abzielt (vgl. BGE 148 III 126 S. 131 nebst den unter E. 5.2.4 bereits zitierten auch ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 6 zu Art. 335b OR ; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR , 3. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 335b OR ; ETTER/STUCKY, in: Arbeitsvertrag, Etter/Facincani/Sutter [Hrsg.], 2021, N. 6 f. zu Art. 335b OR). Sie bezieht sich vielmehr auf diejenige, in der sich die in Art. 335b Abs. 3 OR umschriebenen Tatbestände (Krankheit, Unfall, Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht) an arbeitsfreien Tagen innerhalb der Probezeit verwirklichen. Dies wäre hier bspw. bei einer Erkrankung des Beschwerdeführers bereits am 14. Juni 2020 (Sonntag) der Fall gewesen. Nicht dieser (ohnehin arbeitsfreie) Krankheitstag, sondern die krankheitsbedingt weggefallenen Arbeitstage wären diesfalls in die Berechnung der Verlängerung einzubeziehen (vgl. illustrativ: RONALD PEDERGNANA, Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, recht 2/1989 S. 36, insbesondere auch Fn. 29, mit weiteren Hinweisen). Dies entspricht nicht nur dem bereits angesprochenen Zweck, sondern auch dem Wortlaut von Art. 335b Abs. 3 OR (vgl. E. 3.2.3 hiervor), wobei die verschiedenen Sprachfassungen des Gesetzes trotz des etwas anders formulierten französischen Texts wenigstens im Gehalt übereinstimmen. Die Verlängerung berechnet sich somit nicht einfach nach Kalendertagen, sondern nach der Anzahl eigentlicher ganzer Arbeitstage, an denen der oder die Arbeitnehmende ("effektiv") an einer Arbeitsleistung verhindert war. Dabei greift sie auch bei kurzen Absenzen (vgl. REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 5 zu Art. 335b OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 13 zu Art. 335b OR ; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 335b OR ; SAMBASIVAM, a.a.O., S. 28). 5.2.7 Damit ist noch nicht gesagt, dass die Vorinstanz auch im Ergebnis Bundesrecht verletzte, indem sie erkannte, dass die krankheitsbedingt versäumten Arbeitstage innerhalb der Probezeit (15. und 16. Juni 2020) "effektiv abzuarbeiten" gewesen wären. Dazu sah 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 war - erst am 22. und 23. Juni 2020 (Montag und Dienstag der Folgeweche) in der Lage. Soweit das Bundesverwaltungsgericht dies als ausschlaggebend erachtete, vermag dies mit Blick auf den Gesetzeszweck ("ratio legis") jedoch BGE 148 III 126 S. 132 zu überzeugen (vgl. zur Auslegungsmethodik: BGE 146 V 224 E. 4.5.1, BGE 146 V 95 E. 4.3.1 und 51 E. 8.1; je mit Hinweisen). 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 (vgl. dazu BGE 144 III 152 E. 4.2 und vor allem BGE 136 III 562 E. 3; BGE 134 III 108 E. 7.1.1 mit Hinweisen; ETTER/STUCKY, A.A.O., N. 6 f. zu Art. 335b OR ; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 4. Aufl. 2019, S. 634; BORIS HEINZER, in: Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2013, N. 11 zu Art. 335b OR). Rechtsprechungsgemäss kommt es dabei zwar grundsätzlich nicht auf die tatsächlich geleistete Arbeit an, sondern auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses (BGE 144 III 152 E. 4.2 mit Hinweis). 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 hiervor 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 Krankheitsabsenz 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. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten (Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 9 BV) der Beschwerdegegnerin durch die Annahme einer Probezeitverlängerung bis 22. Juni 2020 liegt demnach, entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers, nicht vor. Daran ändert nichts, dass er an diesem Tag nur noch für wenige Arbeiten eingesetzt wurde, wie er behauptet. 5.2.8 Wie die Vorinstanz richtig erkannte, steht diesem Ergebnis auch BGE 144 III 152 E. 4.4.3 nicht entgegen. Das Bundesgericht erwog darin, dass die Probezeit im betreffenden Fall in Anwendung von BGE 148 III 126 S. 133 Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR grundsätzlich am 15. August 2015 (Samstag) geendet hätte, wobei sie sich zufolge eines Krankheitstages um einen Tag verlängerte. Da die Kündigung dem betroffenen Arbeitnehmer am 16. August 2015 (Sonntag) bereits zugegangen war, musste nicht weiter nach dem rechtlich massgebenden Ende der Probezeit gefragt werden. 5.2.9 Da nach dem Gesagten die Probezeit im vorliegenden Fall mit der Vorinstanz erst am 23. Juni 2020 endete und die Kündigung dem Beschwerdeführer am 22. Juni 2020 noch vor deren Ende eröffnet wurde, braucht auch nicht weiter geprüft zu werden, ob bei einem Ablauf bereits am 21. Juni 2020 (Sonntag), wie er beschwerdeweise verfochten wird, die für das Fristende geltende Sonderregel des Art. 78 OR zum Tragen käme (in diesem Sinne: SAMBASIVAM, a.a.O., S. 18).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.