

# TG\_OBERGERICHT RBOG 2016 Nr. 12 vom 7. Oktober 2016

Tg Obergericht, 2016-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_RBOG\\_2016\\_Nr.\\_12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2016_Nr._12)

FR: TG\_OBERGERICHT RBOG 2016 Nr. 12 du 7 octobre 2016

IT: TG\_OBERGERICHT RBOG 2016 Nr. 12 del 7 ottobre 2016

## Regeste

1 OR während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat des Arbeitsverhältnisses. Dagegen endete die Probezeit nach Darstellung des Berufungsklägers bereits am 15. August 2015 mit der Folge, dass die Kündigung am 16. August 2015 erst nach Ablauf der Probezeit erfolgte, sodass dann das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat erst auf das Ende des folgenden Monats endete, also...

## Volltext

Thurgau Obergericht Rechenschaftsbericht 07.10.2016 RBOG 2016 Nr. 12 (ZBR.2016.33)  
Thurgovie Obergericht Rechenschaftsbericht 07.10.2016 RBOG 2016 Nr. 12  
(ZBR.2016.33) Turgovia Obergericht Rechenschaftsbericht 07.10.2016 RBOG 2016 Nr. 12  
(ZBR.2016.33)

1 OR während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat des Arbeitsverhältnisses. Dagegen endete die Probezeit nach Darstellung des Berufungsklägers bereits am 15. August 2015 mit der Folge, dass die Kündigung am 16. August 2015 erst nach Ablauf der Probezeit erfolgte, sodass dann das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat erst auf das Ende des folgenden Monats endete, also...

RBOG 2016 Nr. 12 RBOG 2016 Nr. 12 Berechnung der Probezeit (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 und 335b Abs. 1 OR) 1. a) X trat am Mittwoch, 15. Juli 2015, seine neue Arbeitsstelle als Buchhalter bei Y an. Am Freitag, 24. Juli 2015, war X krank. Von Montag, 27. Juli 2015, bis Freitag, 14. August 2015, bezog er absprachegemäss Ferien. Am Sonntag, 16. August 2015, 22.00 Uhr, teilte Y dem Arbeitnehmer per E-Mail mit, er habe inzwischen eine andere, effizientere Lösung gefunden; er brauche nicht mehr (am Montag, 17. August 2015) zur Arbeit zu kommen. b) X stellt sich auf den Standpunkt, die Kündigung vom 16. August 2015 sei nach Ablauf der einmonatigen Probezeit erfolgt, weshalb ihm der Lohn bis Ende September 2016 zustehe. Die Vorinstanz verneinte dies. 2. a) Das Arbeitsverhältnis kann gemäss Art. 335b Abs. 1 OR während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat des Arbeitsverhältnisses. Durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden [1]. Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit [2]. Nach Ablauf der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat auf das Ende eines Monats gekündigt werden [3]. Das Gesetz sieht eine Probezeit von einem Monat vor [4]. Während dieses Monats müssen die

Parteien laut Gesetz eine Kündigungsfrist von sieben Tagen einhalten. Diese Frist ist mit keinem Termin verbunden und gilt somit jederzeit; geht also beispielsweise die Kündigung an einem Dienstag zu, so läuft die Frist am nächstfolgenden Dienstag ab. Mit der Einführung des Wortes "jederzeit" in Art. 335b Abs. 1 OR soll klar zum Ausdruck gebracht werden, dass die vorgesehene Kündigungsfrist auch noch am letzten Tag der Probezeit gilt. Auch wenn in einem solchen Fall das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Probezeit endet, entscheidet der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung – in diesem Fall während der Probezeit – für die Berechnung der Kündigungsfrist [5]. Als Ausübung eines Gestaltungsrechts ist die Kündigung zugangsbedürftig, das heisst, sie wird erst wirksam, wenn der Gekündigte, dessen Rechtsposition sich verändern soll, von ihr Kenntnis nehmen konnte [6]. Art. 335b Abs. 3 OR beschränkt die Verlängerung der Probezeit abschliessend [7] um die Zeit eines effektiven Arbeitsausfalls auf drei Fälle: Krankheit, Unfall und Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht, wie namentlich Militär- oder Zivildienst. Die Verlängerung der Probezeit erfolgt dabei um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, um welche die Probezeit durch den effektiven Arbeitsausfall verkürzt wurde. Ohnehin freie Tage führen also nicht zur Verlängerung. Hingegen ist nicht zu überprüfen, ob die Erprobungsmöglichkeit dadurch Schaden leidet. Eine Verlängerung findet also auch bei Kurzabsenzen statt [8].

b) Unstrittig kündigte der Berufungskläger dem Berufungskläger am 16. August 2015, 22.00 Uhr, per E-Mail. Nachdem der Berufungskläger an der Hauptverhandlung unmissverständlich zu Protokoll gab, er habe die E-Mail noch gleichentags gelesen, entfaltet die Kündigung per 16. August 2015 ihre Wirkung. Da sodann gemäss Vorinstanz die Probezeit am 16. August 2015 endete und die Kündigungsfrist während der Probezeit sieben Tage beträgt, endete das Arbeitsverhältnis ihr gemäss am 23. August 2015. Dagegen endete die Probezeit nach Darstellung des Berufungsklägers bereits am 15. August 2015 mit der Folge, dass die Kündigung am 16. August 2015 erst nach Ablauf der Probezeit erfolgte, sodass dann das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat erst auf das Ende des folgenden Monats endete, also per 30. September 2015. Damit ist für den Erfolg dieser Berufung ausschlaggebend, ob die Probezeit bereits am 15. oder erst am 16. August 2015 endete.

3. a) Der Berufungskläger anerkennt, dass sich die Probezeit, die unstrittig mit dem Stellenantritt am 15. Juli 2015 zu laufen begann, um einen Tag Krankheit (24. Juli 2015) verlängert hat. Dass er gleichwohl unter Einrechnung von diesem zusätzlichen Tag auf den 15. August 2015 kommt, rührt daher, dass er – in Abweichung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR – davon ausgeht, die Probezeit habe bereits am 14. August 2015 geendet, womit sich zuzüglich eines Krankheitstags der 15. August 2015 ergibt. Die Vorinstanz wandte demgegenüber Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR an und erkannte, gestützt darauf ende eine am 15. Juli 2015 beginnende Probezeit am 15. August 2015, beziehungsweise zuzüglich eines Tags Krankheit am 16. August 2015.

b) Soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder eine andere Rechtshandlung mit dem Ablauf einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrags erfolgen, so fällt ihr Zeitpunkt gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR, wenn die Frist nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraum bestimmt ist, auf denjenigen Tag des letzten Monats der durch seine Zahl dem Tag des Vertragsabschlusses entspricht, und, wenn dieser Tag in dem letzten Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats. Bei der Berechnung ganzmonatiger Fristen wird der gleiche Monatstag also beibehalten, unter Hinzuzählung der Anzahl Monate. Dies führt faktisch dazu, dass der erste Tag der Frist nicht mitgezählt wird. Fehlt der entsprechende Monatstag (zum Beispiel der 31.), so endet die Frist sodann am letzten Tag des Monats, in dem die Monatsfrist

ausläuft. Monatsfristen laufen demnach zum Beispiel vom 15. Januar bis zum 15. Februar, vom 5. Juni bis zum 5. Juli, vom 31. Januar bis zum 28. Februar beziehungsweise in Schaltjahren bis zum 29. Februar, vom 28. Februar bis zum 28. März [9]. Gilt Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR, endete die Probezeit hier am 16. August 2015 (ein Monat zuzüglich ein Krankheitstag), falls nicht, besteht grundsätzlich Raum für die Berechnung des Berufungsklägers. c) aa) Der Berufungskläger stützt sich für seine Auffassung auf Chanson. Dieser vermerkt in seiner Besprechung des Bundesgerichtsentscheids 4A\_406/2010 vom 14. Oktober 2010, aus der Erwägung 2 dieses Entscheids ergebe sich, dass die am 9. Oktober 2008 begonnene Probezeit am 9. Januar 2009 geendet habe. Dies basiere 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 dauere, der durch seine Zahl dem Tag des Vertragsabschlusses oder weitergehend des Fristbeginns entspreche. Diese Fristbestimmung in Ziff. 3 von Art. 77 Abs. 1 OR korrespondiere mit dem Grundsatz von deren Ziff. 1, wonach der erste Tag einer Frist nicht mitgezählt werde, passe aber für die Berechnung der Probezeit nicht, wo, wie das Bundesgericht in diesem Entscheid selber einräume, auf den Kalendermonat abgestellt werde. Richtig sei aus Sicht des Verfassers nur, auch den ersten Tag der Probezeit mitzuzählen, womit die Probezeit in diesem Fall bereits am 8. Januar 2009 geendet hätte. Dies lasse sich am Beispiel eines Arbeitsverhältnisses, das am 1. Januar beginne, leicht illustrieren: Die gesetzliche Probezeit ende diesfalls am 31. Januar und nicht am 1. Februar und das Dienstjahr am 31. Dezember und nicht am 1. Januar des Folgejahrs [10]. Der Auffassung Chansons schlossen sich Portmann/Rudolph an. Grundsätzlich berechnet sich nach ihnen die Probezeit nach dem Kalender, unabhängig von den effektiv geleisteten Arbeitstagen. "Ist eine Probezeit nach Monaten bestimmt, dann ist sie (in Abweichung zu Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR) am Tag des letzten Monats, der durch seine Zahl dem Tag des Stellenantritts entspricht, bereits beendet (z.B. fällt also der letzte Tag einer einmonatigen Probezeit bei Stellenantritt am 1. März auf den 31. März und bei einer dreimonatigen Probezeit bei Stellenantritt am 9. Oktober auf den 8. Januar)" [11]. bb) Zwar ist richtig, dass das Bundesgericht bislang Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht ausdrücklich für nicht massgeblich erklärt hat, jedoch vermerkte es im von Chanson besprochenen Entscheid immerhin; "la durée légale du temps d'essai est d'un mois de calendrier [12]. Auch Rehbindler/Stöckli [13] und Staehelin/Vischer [14] sowie Staehelin [15] verweisen für die Berechnung der Dauer auf den Kalendermonat beziehungsweise die Kalendermonate, während Brühwiler [16], Streiff/von Kaenel/Rudolph [17], Riemer-Kafka/Krenger [18] und Carruzzo [19] zur Berechnung ausdrücklich auf Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR hinweisen. Andere Kommentatoren äussern sich nicht dazu [20]. cc) Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden gemäss Art. 7 ZGB auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse, und gemäss Art. 77 Abs. 2 OR wird die Frist in gleicher Weise auch dann berechnet, wenn sie nicht vom Tag des Vertragsabschlusses, sondern von einem anderen Zeitpunkt an zu laufen hat. Damit regelt Art. 77 OR die Fristberechnung bei allen Rechtshandlungen, für die eine Frist (Zeitraum) besteht. Die Norm bezieht sich nicht nur auf die Erfüllung von Verträgen [21]. Entsprechend gross ist die Zahl möglicher Anwendungsfälle dieser generellen, im Allgemeinen Teil des OR verankerten Norm: Fristberechnung bei der Vaterschaftsklage, Dreimonatsfrist zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts [22], Frist zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses [23], Kündigungsfristen [24], Nachfrist gemäss Art. 107 OR [25]. Massgeblich ist Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR auch etwa

bei Art. 324a Abs. 1 OR, wo vom mehr als drei Monate dauernden Arbeitsverhältnis die Rede ist [26]. Damit erweist sich Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR als allgemeine Fristberechnungsnorm, wann immer im Zivilrecht von Monaten die Rede ist. Davon abgewichen werden darf - auch aus Gründen der Rechtssicherheit - nur, wenn das Gesetz selber eine abweichende Fristberechnung verlangt. Dies macht der Gesetzgeber bei Art. 335b Abs. 1 OR gerade nicht, wenn er bestimmt, als Probezeit gelte der erste Monat des Arbeitsverhältnisses. Auch ergibt sich solches nicht aus den Gesetzesmaterialien [27]. Es besteht aber ohnehin für die grundsätzliche Nichtanwendbarkeit von Art. 77 OR im Fall von Art. 335b Abs. 1 OR deshalb kein Bedarf, weil Art. 77 OR dispositives Recht enthält, das anwendbar ist, wenn die Parteien keine abweichende Vereinbarung getroffen haben [28]. Das gilt auch mit Bezug auf Art. 335b Abs. 1 OR, der weder in Art. 361 noch Art. 362 OR aufgeführt ist. Damit kann durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag anstelle der gesetzlichen Dauer der Probezeit von einem Monat etwas anderes bestimmt werden [29], zum Beispiel 30 Tage mit Berechnung ab dem ersten Tag des Stellenantritts. Die Parteien hätten hier somit zum Beispiel vereinbaren können, entgegen Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR ende die Probezeit bei Stellenantritt am 15. Juli 2015 bereits am 14. August 2015. Dass solches abgemacht worden wäre, ist aber weder behauptet noch ersichtlich. Angedeutet hat solches der Berufungskläger allerdings damit, dass er in seiner Berufungsschrift ausführte, von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR, wonach der erste Tag einer Frist nicht mitgerechnet werde, könne durch Vertrag oder nach den Umständen abgewichen werden, sodass der Tag, an dem das fristauslösende Ereignis eingetreten sei, mitgezählt werde. Indes fehlt eine vertragliche Abweichung, und der vom Berufungskläger unter Hinweis auf Schraner [30] genannte Umstand, dass der Arbeitsvertrag mit dem ersten Arbeitstag beginne (hier also dem 15. Juli 2015), weshalb in Abweichung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR der erste Tag der Probezeit bei deren Berechnung auch mitzähle, fordert nicht zwingend eine Abweichung von Art. 335b Abs. 1 OR i.V.m. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR. Diese Normen stellen vielmehr aus Gründen der Rechtssicherheit und Einfachheit auf den gleichen Monatstag oder den letzten Tag dieses Monats ab. Hätte der Gesetzgeber dies nicht so gewollt, hätte er in Art. 335b Abs. 1 OR die Probezeit auf 30 Tage festlegen und anordnen können, bereits der erste Tag der Probezeit sei mitzurechnen. Er hat dies nicht getan, jedoch diese Normen dispositiv ausgestaltet und es damit den Parteien ermöglicht, die ihnen passende Regelung zu treffen. Ebenso wenig hilft dem Berufungskläger der Bundesgerichtsentscheid 4C.45/2004 vom 31. März 2004 weiter, weil sich dort das Bundesgericht mit der hier strittigen Frage überhaupt nicht befasst hat. Es stellte nur fest, es müsse von der gemäss Art. 335b Abs. 1 OR einen Monat betragenden Probezeit ab Stellenantritt am 6. August 2001 ausgegangen werden. Die Probezeit sei sodann am 5. September 2001 beendet [31]. Dies kann auch darauf beruhen, dass die Parteien übereinstimmend vom 5. September 2001 als Ende der Probezeit ausgingen und dies in jenem Verfahren unstrittig war. Daraus lässt sich nichts Allgemeingültiges herleiten. Gleiches gilt auch für das vom Berufungskläger weiter angeführte Urteil des Bundesgerichts vom 10. November 2009 [32]. dd) Damit bleibt es beim dispositiven Gesetzesrecht, und daraus ergibt sich, dass die gesetzliche Probezeit der erste Monat nach Stellenantritt ist (Art. 335b Abs. 1 OR) [33], dessen Ende auf den gleichen Monatstag im Juli fällt wie im Juni (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Entsprechend endete das am 16. August 2015 noch in der Probezeit gekündigte Arbeitsverhältnis am 23. August 2015. Dies entspricht dem Enddatum gemäss Vorinstanz. Obergericht, 2. Abteilung, 7. Oktober 2016, ZBR.2016.33 Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig

(4A\_3/2017). [1] Art. 335b Abs. 2 OR [2] Art. 335b Abs. 3 OR [3] Art. 335c Abs. 1 OR [4] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Art. 335b OR N 2 [5] Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335b OR N 3 [6] Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Art. 335 OR N 8; BGE 113 II 259 [7] BGE 136 III 564 [8] Rehbinder/Stöckli, Art. 335b OR N 5 [9] Weber, Berner Kommentar, Art. 77 OR N 25; Schraner, Zürcher Kommentar, Art. 77 OR N 18 [10] Chanson, Bundesgericht, Urteil vom 14. Oktober 2010, 4A\_406/2010, in: ARV online 2010 Nr. 677 [11] Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, Art. 335b OR N 8 [12] BGE 136 III 563 [13] Rehbinder/Stöckli, Art. 335b OR N 3 [14] Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 1996, Art. 335b OR N 5 [15] Staehelin, Zürcher Kommentar, 2014, Art. 335b OR N 5 [16] Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, 3.A., Art. 335b OR N 1 [17] Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7.A., Art. 335b N 2 [18] Riemer-Kafka/Krenger, Arbeitsrecht, Kommentierte Tafeln, Bern 2012, S. 83 [19] Carruzzo, Salaire en cas d'empêchement du travailleur - Principe (art. 324a CO), in: Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, S. 199 [20] Vgl. Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2.A., N 580 ff.; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3.A., S. 234; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3.A., N 678 [21] Leu, Basler Kommentar, Art. 77 OR N 1; Weber, Art. 77 OR N 5 [22] Art. 839 Abs. 2 ZGB [23] Art. 706a OR [24] Art. 335a ff. OR [25] Weber, Art. 77 OR N 30; Schraner, Art. 77 OR N 22 [26] BGE 131 III 628 [27] BBl 1967 II 372 f. [28] Schraner, Art. 77 OR N 3; Leu, Art. 77 OR N 1; Weber, Art. 77 OR N 4 [29] Art. 335b Abs. 2 OR; Rehbinder/Stöckli, Art. 335b OR N 2 [30] Schraner, Art. 77 OR N 11, 13 [31] BGE vom 31. März 2004, 4C.45/2004, Erw. 4.3 [32] BGE vom 10. November 2009, 4A\_432/2009, Sachverhalt A. [33] Rehbinder/Stöckli, Art. 335b OR N 1

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