Arbeitsrechtliche Entscheide zu Freistellung, Kündigung und Bewährungsfrist, Kündigung während der Probezeit und Überstunden

geschrieben von Dr. Michael Merker | Dezember 17, 2025

Freistellung im öffentlichen Dienst und rechtliches Gehör

Bei der Freistellung handelt es sich um eine administrative Massnahme, durch welche der Arbeitnehmer freiwillig von seiner Arbeitspflicht entbunden wird, ohne dass der Lohnanspruch entfällt (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 13 zu Art. 324; vgl. MERKER/CONRADIN/HÄGGI FURRER, Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums Nordwestschweiz, in: Bürgi/Bürgi-Schneider (Hrsg.), Handbuch öffentliches Personalrecht, 2017, S. 456). Da es sich um einen die betroffene Person *belastenden Entscheid* handelt, ist das rechtliche Gehör auch hier zu wahren.

Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten – Mahnung und Bewährungszeit

Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten ausspricht, muss sie den betreffenden Arbeitnehmer abmahnen und eine Bewährungszeit ansetzen.

Auf eine vorgängige Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden, etwa

– wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR erfüllt sind, mithin
  die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheint,

– wenn ein bestimmter Vorfall derart schwer wiegt, dass selbst ein einwandfreies Verhalten während der
Bewährungszeit nicht genügen würde, um das Vertrauen seitens des Arbeitgebers wiederherzustellen oder
– wenn ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis aus anderen, objektiv nachvollziehbaren Gründen
(beispielsweise bei nicht tolerierbarem Verhalten oder unüberbrückbaren Auffassungen über
Kompetenzen) als nicht wiederherstellbar eingeschätzt wird (vgl. dazu das Urteil des
Bundesgerichts 8C_280/2018 vom 22. Januar 2019, Erw. 3.2.4 und 3.4).

Schliesslich kann von einer Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit auch dann abgesehen werden, wenn aus dem konkreten Verhalten des Beschäftigten hervorgeht, dass sich die Ansetzung einer Bewährungszeit als unnütz erweisen würde, da er unzweideutig erklärt oder auf andere Weise zu verstehen gibt, das bemängelte Verhalten nicht ändern zu wollen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2018.4 vom 20. Februar 2019, Erw. II/3.3).

Kündigung während der Probezeit – Ansetzen Bewährungsfrist?
Die Probezeit soll die Parteien in die Lage versetzen, sich auf die Begründung eines auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses vorzubereiten, indem sie Gelegenheit erhalten, ihr Vertrauensverhältnis zu erproben, festzustellen, ob sie zueinander passen und zu reflektieren, bevor sie sich für einen längeren Zeitraum binden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_370/2021 vom 24. Juni 2021, Erw. 5.1).

Es handelt sich demnach um eine lockere Vertragsbindung, die darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2634/2022 vom 2. August 2023, Erw. 4.2). Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben (vgl.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2022.00092 vom 21. Juni 2022, Erw. 2.1).

Bei der Probezeit handelt es sich selbst um eine Bewährungszeit. Da sie den Parteien die Gelegenheit geben soll, sich im Hinblick auf eine längerfristige Bindung kennenzulernen, entspricht es auch ihrem Wesen, das Arbeitsverhältnis nötigenfalls rasch auflösen zu können, sollten sich bereits in der Probezeit erste Unstimmigkeiten zeigen. Das Ansetzen einer angemessenen, weiteren bzw. zusätzlichen Bewährungszeit von in der Regel mehreren Monaten widerspricht dabei dieser Konzeption einer lockeren vertraglichen Bindung und würde dazu führen, dass eine Kündigung innerhalb der Probezeit faktisch verunmöglicht wird.

Würde man das Erfordernis des Ansetzens einer Bewährungszeit nach erfolgter Mahnung auch auf die Probezeit ausdehnen, hätte dies de facto somit zur Folge, dass das Institut der Probezeit als Ganzes ausgehöhlt würde. Dies soll nicht den Anforderungen der Praxis genügen und wird in der Rechtsprechung abgelehnt.

Kündigung in der Probezeit – Anforderungen an die *sachlichen* Kündigungsgründe

Die Kündigung eines Probearbeitsverhältnisses ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits dann sachlich begründet, wenn aufgrund der Wahrnehmung der vorgesetzten Person(en) die Annahme hinreichend begründet scheint, dass der Ausweis der Fähigkeiten oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Entspricht eine angestellte Person dem Stellenprofil nicht oder kann ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden, erweist sich die Kündigung des Probearbeitsverhältnisses als zulässig (vgl. BGE 120 Ib 134, Erw. 2a; Urteil des Bundesgerichts 8C_467/2013 vom 21. November 2013, Erw. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6870/2017 vom 11. Juni 2018, Erw. 4.3).

Selbst *persönliche Gründe* können für eine Kündigung während der Probezeit ausreichen, wenn sie objektiviert sind, da es bei der Absolvierung der Probezeit nicht zuletzt auch um die Frage der Integrationsfähigkeit einer arbeitnehmenden Person in eine Arbeits- und Teamstruktur sowie in eine Betriebskultur geht (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013, Erw. 4.3; A-6870/2017 vom 11. Juni 2018, Erw. 4.3).

Als Grund genügt die auf Tatsachen beruhende Prognose, zwischen den Vertragsparteien lasse sich mit vernünftigem Aufwand eine befriedigende und fruchtbare Zusammenarbeit nicht erreichen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2020.7 vom 25. Februar 2021, Erw. II/2.1).

Liegen sachliche Kündigungsgründe vor, ist *zusätzlich zu prüfen*, ob nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel geführt hätten und ob sich die Kündigung aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Anliegen rechtfertigen lässt. Namentlich ist das Interesse der Verwaltung an einer störungsfreien und geordneten Arbeitserfüllung gegen das Interesse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin an einer Weiterbeschäftigung abzuwägen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2020.7 vom 25. Februar 2021, Erw. II/2.1.).

Überstunden
Mit Überstundenarbeit ist die zeitliche Differenz zwischen der geleisteten und der normalen Arbeitszeit gemeint wobei sich die „normale Arbeitszeit“ nach Verabredung, Übung, einem Gesamtarbeitsvertrag oder einem Normalarbeitsvertrag bestimmt.

Überstunden sind nicht nur dann zu leisten, wenn sie vom Arbeitgeber (explizit oder implizit) angeordnet werden. Vielmehr hat sie der Arbeitnehmer von sich aus zu leisten, wenn er deren Notwendigkeit erkennt oder erkennen muss.

Weiss der Arbeitgeber von der Mehrarbeit des Arbeitnehmers und

schreitet nicht dagegen ein, gilt die Mehrarbeit als *angeordnete Überstundenarbeit*. Die vom Arbeitnehmer auf eigene Initiative und ohne das Wissen des Arbeitgebers geleisteten Überstunden braucht sich dieser allerdings nur dann als solche anrechnen zu lassen, wenn er sie nachträglich genehmigt, die Leistung von Überstunden notwendig war oder vom Arbeitnehmer in guten Treuen als notwendig erachtet werden durfte.

Der Arbeitnehmer hat ohne das Wissen des Arbeitgebers geleistete (notwendige) Überstunden und insbesondere das Ausmass der geleisteten Mehrarbeit unverzüglich seinem Arbeitgeber zu melden, damit der Arbeitgeber die betriebswirtschaftlichen Vorkehren zur Vermeidung von Mehrarbeit treffen kann. Andernfalls riskiert der Arbeitnehmer, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, dass sein Anspruch verwirkt ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_403/2018 vom 11. März 2019, Erw. 4.3.1, 4A_484/2017 vom 17. Juli 2018, Erw. 2.3, und 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000, Erw. 2a/aa).

Sobald aber die Arbeitszeit registriert wird und die Protokolle im Besitz des Arbeitgebers sind, wird diesem die Kenntnis der geleisteten Arbeitszeit und damit auch die Kenntnisnahme der vom Angestellten geleisteten Überstunden angelastet. Sofern also mit Arbeitszeitrapporten, Stempelkarten oder vergleichbaren Instrumenten die Arbeitszeit erfasst wird, *entbindet dies den Arbeitnehmer von der Meldepflicht* geleisteter Überstunden.

Legt der Arbeitgeber gegen die in einem Zeiterfassungssystem ausgewiesene Mehrarbeit nicht zeitnah Protest ein, gilt sein Schweigen als nachträgliche Genehmigung und die Mehrarbeit ist zu entschädigen oder kann kompens

Probezeitkündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis – Zulässigkeit und Schranken

geschrieben von Dr. Michael Merker | Dezember 17, 2025

Die Voraussetzungen für eine Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis sind während der Probezeit tiefer. Wie tief die Voraussetzungen tatsächlich sind, hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-2634/2022 vom 2. August 2023 mit deutlichen Worten beschrieben. Ein sachlicher Kündigungsgrund ist zwar nach wie vor notwendig, allerdings reicht es (bereits) aus, wenn eine reibungslose Zusammenarbeit und effiziente Verwaltungstätigkeit in Frage gestellt erscheinen. Was das konkret bedeutet, ist anhand des erwähnten Urteils zu besprechen.

Das Urteil

Sachverhalt

A. nahm am 15. Februar 2022 ihre Beschäftigung beim Bundesamt für Strassen (ASTRA) auf, womit gleichzeitig die dreimonatige Probezeit begann. Beim ersten Probezeitgespräch vom 24. März 2022 wurde festgehalten, dass die zu beurteilende Zeit aufgrund von ferienbedingter Abwesenheit der Vorgesetzen und krankheitsbedingter Abwesenheit von A. sehr kurz ausgefallen sei. Am 1. April 2022 kann es zu einem Vorgesetztenwechsel.

Am 13. April 2022 erteilte der neue Vorgesetzte A. eine Mahnung, in welcher ihre Leistungen und ihr Verhalten als mangelhaft beurteilt wurden. A. wurde eine Frist bis zum 11. Mai 2022 gesetzt, um ihr Verhalten und ihre Leistung zu verbessern, andernfalls das Arbeitsverhältnis aufgelöst würde. Am 22. April 2022 kam es zu einem weiteren Gespräch zwischen

A. und ihrem Vorgesetzen, in welchem erneut Leistungsdefizite von A. thematisiert wurden. A. reichte am 2. Mai 2022 eine Stellungnahme beim HR ein. Sie führte aus, dass ihr Vorgesetzter keinen Überblick habe und Arbeitsanweisungen nicht richtig lesen könne, wodurch ihr ein «absoluter Mehraufwand» resultiere. Da sich die Leistung und das Verhalten von A. nicht verbesserten, fand am 6. Mai 2022 ein erneutes Gespräch statt.

Am 12. Mai 2022 wurde A. die Absicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit mündlich mitgeteilt. Gleichzeitig wurde ihr ihm Rahmen des rechtlichen Gehörs, die Möglichkeit eingeräumt, bis am 16. Mai 2022 Stellung zu nehmen. In der Stellungnahme machte A. geltend, dass ihr Vorgesetzter sich seiner Aufgaben nicht bewusst sei, er könne Teamsitzungen nicht qualifiziert führen und seine Kompetenzen als Vorgesetzter seien zu bezweifeln.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2022 kündigte das ASTRA das Anstellungsverhältnis mit A. in der Probezeit. Als Kündigungsgrund nannte das ASTRA *mangelndes Einvernehmen* zwischen A. und ihrem Vorgesetzen.

Gegen die Kündigungsverfügung gelangte A. ans Bundesverwaltungsgericht. Strittig war, ob die Voraussetzungen für eine Kündigung in der Probezeit erfüllt waren. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte dies.

Rechtsgrundlagen

Nach der Gesetzgebung des Bundespersonalrechts kann das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis in der Bundesverwaltung während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen aus sachlichen Gründen, unter anderem wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG), ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 30a Abs. 1 BPV).

Art. 6 Abs. 2 BPG statuiert, dass für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) gelten, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.

Weder das BPG noch die BPV enthalten nähere Angaben zu den Gründen, aus welchen ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgelöst werden kann. Massgebend sind daher nebst der hierzu bereits ergangenen Rechtsprechung auch die Bestimmungen und die dazugehörende Praxis zum OR.

Zweck der Probezeit

Das Bundesverwaltungsgericht nahm zunächst Bezug auf den Zweck der Probezeit und erwog, dass die Probezeit den Vertragsparteien die Gelegenheit gibt, eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung durch gegenseitige Erprobung vorzubereiten. Es handelt sich demnach um eine lockere Vertragsbindung, die darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können. Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist ein Ausfluss der Vertragsfreiheit. Bei Abschluss des Vertrages liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Diese Abschlussfreiheit wirkt in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Die zulässige «Willkür» entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen (E. 4.2).

Kein rechtsleerer Raum – Notwendigkeit eines sachlichen Kündigungsgrunds

Gleichzeitig hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass ein Probearbeitsverhälts kein rechtleerer Raum darstelle; dies gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung [BV]). Auch wenn weder das BPG bzw. die BPV noch das OR die Rechtmässigkeit einer Kündigung während der Probezeit explizit vom Vorliegen bestimmter Gründe abhängig machen, muss eine Kündigung während der Probezeit sachlich begründet sein (E. 4.3).

(Tiefere) Anforderungen an den sachlichen Kündigungsgrund

Da die Probezeit dazu dient, die Fähigkeiten und Eignung eines Angestellten zu prüfen, sind an die Gründe, aus denen dieses naturgemäss lockere Verhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen (E. 4.3).

Die Kündigung eines Probearbeitsverhältnisses durch die Verwaltung ist deshalb bereits dann zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzen die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheint. Auch rein zwischenmenschliche Faktoren oder das Unvermögen eines Arbeitnehmers, sich in gewachsene Strukturen eines Unternehmens einzufügen, mit Autoritäten (sowohl eigene als auch fremde) situationsgerecht umzugehen oder sein Arbeits- bzw. Führungsstil können dazu führen, dass ein Probearbeitsverhältnis nicht in ein ordentliches Arbeitsverhältnis überführt wird (E. 4.3 in fine).

Beurteilung des konkreten Falls

Das Bundesverwaltungsgericht machte wortwörtlich kurzen Prozess: Ohne auf die einzelnen Vorfälle während der Probezeit im Einzelnen einzugehen, erwog es, dass auch rein zwischenmenschliche Faktoren gegen die Überführung in ein ordentliches Arbeitsverhältnis sprechen können. Vorliegend lasse sich aus den Schilderungen beider Parteien und dem Gesamteindruck schliessen, dass eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen A. und ihrem Vorgesetzten ausserhalb des Möglichen erschien. Aus den bisherigen Geschehnissen, insbesondere den beiden Stellungnahmen von A., komme deutlich zum Ausdruck, dass zahlreiche Meinungsverschiedenheiten zwischen A. und ihrem Vorgesetzten bestanden (und bestehen).

Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es aus objektiver Sicht und unabhängig vom Verschulden den Parteien nicht gelungen sei, ein für die Ausübung der Tätigkeit notwendiges Vertrauensverhältnis aufzubauen. Es sei deshalb nachvollziehbar, dass das ASTRA aufgrund des mangelnden Einvernehmens zwischen A. und ihrem Vorgesetzten eine effiziente und reibungslose Zusammenarbeit auch für die Zukunft als nicht möglich erachtete. Diese (zwischenmenschlichen) Gründe reichen aus, um das seiner Natur nach lockere Arbeitsverhältnis auf Probe nicht in ein ordentliches Arbeitsverhältnis zu überführen. Die Kündigung stützt sich damit auf ausreichende, sachliche Gründe und ist rechtmässig (E. 5.3).

Bemerkungen

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zeigt zweierlei:

- *Erstens* ist der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an die Grundsätze des rechtstaatlichen Handelns gebunden – und zwar unabhängig davon, ob ein «seiner Natur nach lockeres Arbeitsverhältnis auf Probe» vorliegt oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht setzt das Wort

«Willkür» denn auch bewusst in Anführungszeichen. Für Willkür im rechtlichen Sinn bleibt kein Raum. Auch eine Kündigung während der Probezeit setzt einen sachlichen Kündigungsgrund voraus und muss verhältnismässig sein.

- *Zweitens* wird deutlich, dass bei einer Probezeitkündigung herabgesetzte Anforderungen an den sachlichen Kündigungsgrund gelten. Können die gegenseitigen Erwartungen der Parteien nicht erfüllt werden, was auch in rein zwischenmenschlichen Differenzen begründet sein kann, ist der Entschluss der Arbeitgeberin, ein Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufzulösen legitim und entspricht gerade dem Zweck der Probezeit.

Dem Urteil ist zuzustimmen: Eine Kündigungsfreiheit wie im privaten Arbeitsrecht gibt es im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nicht – auch nicht während der Probezeit nicht; es braucht stets einen sachlichen Kündigungsgrund. Der Zweck der Probezeit verlangt aber, dass bei einer Probezeitkündigung die Anforderungen an die Begründung weniger hoch sind. Das Urteil zeigt die tieferen Anforderungen illustrativ auf.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung und entspricht der kantonalen Praxis, wie insbesondere jüngere Entscheide zeigen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 16. Mai 2024, VB.2023.00570; Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 3. Juli 2024, WKL.2023.4).

Die Probezeit – ein Überblick

geschrieben von Claudia Schnueriger | Dezember 17, 2025

«Drum prüfe, wer sich ewig bindet» – dieses Sprichwort gilt

auch im Arbeitsverhältnis. Dazu dient die Probezeit. Nach der Rechtsprechung soll die Probezeit die Parteien auf die Schaffung eines auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses vorbereiten, indem sie Gelegenheit erhalten, ihr Vertrauensverhältnis zu erproben und festzustellen, ob sie zueinander passen, bevor sie sich für einen längeren Zeitraum binden.

Entspricht das eingegangene Vertragsverhältnis nicht ihren Erwartungen, müssen die Parteien es schnell beenden können. Diese einfache Umschreibung täuscht darüber hinweg, dass die Probezeit immer wieder zu rechtlichen Fragen führt. Auf die wichtigsten Aspekte wird nachfolgend näher eingegangen.

Gesetzliche Regelung

Die kantonalen Personalgesetzgebungen verweisen oft auf die Bestimmungen des Obligationenrechts.

Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR gilt der erste Monat eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Probezeit, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Die Probezeit darf höchstens auf drei Monate verlängert werden. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen, gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

Auf kantonale Regelungen, die vom Obligationenrecht abweichen, wird im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen, müssen jedoch im Einzelfall beachtet werden.

Beginn der Probezeit

Das Bundesgericht erwog (vgl. Urteil 4A_3/2017), dass für den Beginn der Probezeit der Stellenantritt, d. h. die tatsächliche Arbeitsaufnahme und nicht der vertraglich

festgelegte Antrittstermin massgeblich sei.

Dauer der Probezeit

Wenn die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbaren, dauert die Probezeit einen Monat. Sie kann verkürzt oder bis maximal auf drei Monate verlängert werden. Eine freiwillige Verlängerung der Probezeit über die drei Monate hinaus ist vorbehältlich abweichender kantonaler Regelungen nicht möglich. Die Probezeit muss für Arbeitgeber und Arbeitnehmer von gleicher Dauer sein. Den Parteien steht es auch frei, gänzlich auf die Probezeit zu verzichten.

Kündigungsfrist und -termin

Die Kündigungsfrist beträgt sieben Tage, wobei Kalendertage gemeint sind. Die Regelung der Dauer der Kündigungsfrist ist dispositiv, die Parteien können beliebig davon abweichen. Die Kündigungsfrist kann in der Probezeit sogar ganz wegbedungen werden, womit das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang der Kündigung endet (sog. entfristete Kündigung). Während der Probezeit kann auf einen beliebigen Termin hin gekündigt werden, sofern die Parteien nichts Abweichendes regeln.

Zeitpunkt der Kündigung

Damit eine Kündigung noch als in der Probezeit ausgesprochen gilt, muss sie dem Gekündigten bis am letzten Tag der Probezeit zugehen. Das Versanddatum ist nicht entscheidend. Die Kündigungsfrist muss dabei nicht gänzlich innerhalb der Probezeit liegen, sondern darf sich darüber hinaus erstrecken.

Kündigungsgrund in der Probezeit

Im öffentlichen Personalrecht ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber nur aus sachlichen Gründen möglich. Die Probezeit dient dazu, die Persönlichkeit des Mitarbeiters und seine Eignung für eine bestimmte Position zu beurteilen. Gemäss einem aktuelleren Entscheid des Bundesgerichts (siehe Urteil 8C_370/2021) genügt bei einer Kündigung während der Probezeit

das Fehlen eines für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben notwendigen Vertrauensverhältnisses als sachlicher Kündigungsgrund.

Zeitlicher Kündigungsschutz nach Art. 336c und d OR

Der Schutz vor Kündigungen zur Unzeit greift während der Probezeit nicht. Dies gilt auch bei einer Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR, da auch die Verlängerungsperiode zur Probezeit zählt. Demzufolge kann einem Arbeitnehmer auch während des Militärdiensts, einer Krankheit, eines Unfalls oder einer Niederkunft gemäss den kurzen Kündigungsfristen der Probezeit gekündigt werden.

Missbräuchliche Kündigung während Probezeit

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid (siehe BGE 134 III 108) erstmals die Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes während der Probezeit bejaht. Demnach kann eine Kündigung also auch während der Probezeit missbräuchlich erfolgen. Gemäss Bundesgericht ist jedoch zu beachten, dass die Missbrauchsbestimmungen mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung gelangen.

Derjenige, dem gekündigt worden ist, hat vor Ablauf der Kündigungsfrist schriftlich beim Kündigenden Einsprache zu erheben. Das Erfordernis der Einsprache während der Kündigungsfrist gilt auch bei einer Kündigung während der Probezeit, soweit dies möglich und zumutbar ist. Das Bundesgericht ist streng: Es ist der Auffassung, eine Einspracheerhebung innert der auf drei Tage verkürzten Kündigungsfrist sei möglich und zumutbar.

Verlängerung der Probezeit bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

Während der Probezeit sollen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer

kennenlernen und das Arbeitsverhältnis bei Diskrepanzen mit einer kurzen Kündigungsfrist wieder auflösen können. Das gegenseitige «Kennenlernen» bedingt natürlich, dass der Arbeitnehmer während der Probezeit auch tatsächlich für den Arbeitgeber tätig ist. Aus diesem Grund verlängert sich in drei Fällen verhinderter Arbeitsleistung die Probezeit um die Dauer der Verhinderung, nämlich bei Krankheit, Unfall und Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen, gesetzlichen Pflicht (Militär- und Zivilschutzdienst). Dabei kommt es nicht auf das Verschulden des Arbeitnehmers an. Weder Schwangerschaft noch Ferien oder unbezahlter Urlaub führen zur Verlängerung der Probezeit. Deshalb wird in der Praxis in der Regel vereinbart, dass Arbeitnehmer während der Probezeit keine Ferien beziehen dürfen oder nur einige wenige Tage. Die Parteien können diese Verlängerungen durch schriftliche Vereinbarung wegbedingen oder sie können auch zusätzliche Gründe vereinbaren, die zur Verlängerung der Probezeit führen können. Die zwingende Höchstdauer von 3 Monaten kann jedoch durch solche Vereinbarungen nicht überschritten werden, dies im Unterschied zu den im Gesetz aufgezählten Verlängerungsgründen.

Die Verlängerung der Probezeit findet ohne weiteres Zutun der Parteien statt. Bis anhin ungeklärt war jedoch die Frage, wie sich die Verlängerung der Probezeit berechnet. In einem neuen Bundesgerichtsurteil (siehe Urteil 8C_317/2021, zur Publikation vorgesehen) wurde diese Frage nun geklärt. Damit die Probezeit den Zweck des gegenseitigen «Kennenlernens» erfüllen kann, soll die zur Verfügung stehende Zeit nicht durch die Verhinderung des Arbeitnehmers gekürzt werden. Das bedeutet, dass nur die tatsächliche Arbeitszeit als Probezeit angerechnet werden soll. Die Verlängerung der Probezeit erfolgt deshalb um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, um welche die Probezeit durch den effektiven Arbeitsausfall verkürzt wurde. Ohnehin freie Tage führen nicht zur Verlängerung. Daraus folgt, dass Samstage sowie Sonn- und Feiertage bei der Verlängerung der Probezeit nicht mitzuzählen

sind. Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Arbeitnehmer ist in der Probezeit während drei Arbeitstagen krank. Die Probezeit würde regulär an einem Donnerstag enden. In diesem Fall verlängert sich die Probezeit nicht bis Sonntag, sondern bis zum darauffolgenden Dienstag, da die arbeitsfreien Tage (Samstag und Sonntag) nicht mitzuzählen sind.

Konkurrenzverbot bei Ausscheiden während der Probezeit

Ein vereinbartes Konkurrenzverbot gilt grundsätzlich auch bei einer Kündigung während der Probezeit. Es ist aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen verbindlich: Der Arbeitnehmer muss vertieften Einblick in den Kundenkreis oder in die Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens haben. Zudem muss die Verwendung dieser Kenntnisse dem ehemaligen Arbeitgeber erheblich schaden können. Dieses Schädigungspotenzial wird bei einer Kündigung in der Probezeit schwer nachzuweisen sein.

Jedes Konkurrenzverbot muss räumlich, sachlich und zeitlich beschränkt sein. Bei einem Konkurrenzverbot bei Ausscheiden während der Probezeit werden stärkere Beschränkungen erforderlich sein als bei einer ordentlichen Kündigung.

Nur eine Probezeit

Zwischen denselben Parteien kann die Probezeit nur einmal während dreier Monate laufen. Wenn ein Vertrag beendet und ein neuer geschlossen wird, kann keine neue Probezeit vereinbart werden, es sei denn, die Probezeit im ersten Arbeitsvertrag hat weniger als drei Monate gedauert. Weitere Ausnahmen bestehen bei längerem Vertragsunterbruch und dann, wenn der Arbeitnehmer eine gänzlich andere Funktion übernimmt, sodass ein Bedürfnis besteht, den neuen Arbeitsplatz bzw. die Fähigkeiten des Arbeitnehmers in Bezug auf die neue Stelle kennenzulernen.

Fazit

Das Ziel der Probezeit ist es, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer kennenlernen und bei fehlender Harmonie den Arbeitsvertrag relativ einfach und rasch wieder auflösen können. Demzufolge bestehen während der Probezeit besondere Regelungen. Die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit und die kurzen Kündigungsfristen können für beide Parteien vorteilhaft sein. Demgegenüber ist der Arbeitnehmer bei einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit, Unfall, Schwangerschaft oder Militär- bzw. Zivildienst während der Probezeit nicht geschützt, denn die Sperrfirsten gemäss Art. 336c und d OR gelten während der Probezeit nicht. Die Hürden zur Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sind mit Blick auf den Zweck der Probezeit stark erhöht. Schliesslich sollten die Arbeitnehmer die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verlängerung der Probezeit infolge Krankheit oder Unfall beachten.

MLaw Claudia Schnüriger