

Die Probezeit – ein Überblick

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 4, 2022

«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 veränderter Arbeitsleistung die Probezeit um die Dauer der Verhinderung, nämlich bei Krankheit, Unfall und Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen, gesetzlichen Pflicht (Militär- und Zivildienst). 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 Sperrfristen 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

**Mitverantwortung der
Arbeitnehmenden bei der**

Lohneinstufung

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juli 4, 2022

Der Lohn einer Lehrerin im Kanton Basel-Stadt wurde bei ihrer (Wieder-)Anstellung nach zweieinhalbjähriger Pause um drei Stufen zu tief festgesetzt. Die Lehrerin hat den Arbeitsvertrag vom 7. Februar 2009 akzeptiert und unterzeichnet. Die Lehrerin hat ihr Ersuchen um Überprüfung ihrer Einstufung vom 26. Juni 2018 mehr als neun Jahre nach ihrer Wiederanstellung vom 7. Februar 2009 gestellt. Strittig war, ob dieser Antrag auf Berichtigung der Lohnstufe zu einer rückwirkenden Lohnnachzahlung führt.

Nach der Rechtsprechung des kantonalen Gerichts haben eine zu tiefe Einstufung und entsprechend ein zu tiefer Lohn so lange Geltung, bis sie als Folge der eigenen Aktivität des Betroffenen oder der Aktivität Dritter anzuheben sind. Dabei findet jedoch keine Rückwirkung statt, wenn Mitarbeitende selbst keinen Antrag auf Neueinreihung gestellt hatten. Das Bundesgericht musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob diese Regelung vor dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) standhält.

§ 9 des baselstädtischen Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG, SG 162.100) sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis mit einem Lehrer durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages auf unbestimmte oder befristete Zeit entsteht. Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages werden auch die Vertragsinhalte geregelt, wozu auch die Einstufung der Mitarbeitenden nach § 8 des Lohngesetzes (LG, SG 164.100) und der entsprechenden Einreihungsverordnung gehört. Bei der Festlegung der Stufe wird innerhalb einer Lohnklasse die Berufserfahrung und die berufsförderliche allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt (§ 8 Abs. 2 LG, § 12 EV0).

Der konkrete Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin A war von Oktober 2000 bis 31. Juli 2006 befristet als Lehrperson der Sekundarstufe I tätig (zuletzt Lohnklasse 12, Stufe 05). Ab 7. Februar 2009 wurde sie wieder als Lehrperson Sekundarstufe I angestellt. Bei der Wiederaanstellung wurde der Lohn der Lehrerin um drei Stufen zu tief (Stufe 02 statt 05 von Lohnklasse 12) festgesetzt. Am 13. November 2017 kündigte sie ihren Arbeitsvertrag auf den 29. Juni 2018. Die Lehrerin wandte sich mit E-Mail vom 26. Juni 2018 erstmals an die Personalabteilung des Erziehungsdepartements und verlangte eine Überprüfung der Einstufung bzw. ihrer Arbeitsverträge seit August 2001. Das Erziehungsdepartement räumte ein, dass bei ihrem Wiedereintritt auf den 7. Februar 2009 die Lohnstufe 05 (statt 02) der Lohnklasse 12 hätte übernommen werden müssen. Das Erziehungsdepartement hat die von der Lehrerin beantragte rückwirkende Korrektur der Lohneinstufung mit entsprechender Lohnnachzahlung abgelehnt.

Der Entscheid des kantonalen Gerichts

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht erwog in seinem Entscheid vom 3. August 2020 (VD.2020.70), es sei unbestritten, dass die Arbeitnehmerin bei ihrer Wiederaanstellung als Lehrperson Sekundarstufe I per 1. Februar 2009 nicht korrekt, d. h. um drei Stufen zu tief eingestuft worden sei. Weiter stehe fest, dass die Arbeitnehmerin den damaligen Arbeitsvertrag vom 7. Februar 2009 akzeptiert und unterzeichnet habe und dass der erste belegbare Widerspruch von ihrer Seite mit Mail vom 26. Juni 2018 erfolgte.

Allerdings würden solche Irrtümer praxisgemäss pro futuro berichtigt, nämlich mit Wirksamkeit auf den Folgemonat der Antragstellung des betroffenen Mitarbeitenden. Demzufolge hätten Kantonsangestellte zwar einen gesetzlichen Anspruch auf Korrektur ihrer Einstufung pro futuro, darüberhinausgehend

aber keinen Anspruch auf Lohnnachzahlung. Das kantonale Gericht begründete seinen Entscheid zum einen mit der aus der zweiseitigen Natur des Anstellungsverhältnisses fliessenden Mitverantwortung des Arbeitnehmers bezüglich Korrektheit der Einstufung und zum anderen mit der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht, soweit die Angestellten bezüglich der tatsächlichen Umstände ihrer Berufserfahrung und der berufsbezogenen Lebenserfahrung besser im Bild seien als die Anstellungsbehörde. Die Arbeitnehmerin hätte beanstanden können, dass ihr irrtümlicherweise drei Jahre Erfahrung nicht angerechnet wurden. Dies hat sie jedoch unterlassen, weshalb die Anstellungsbehörde davon ausgehen durfte, dass die Arbeitnehmerin den festgelegten Lohn widerspruchslos akzeptiert hatte.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bewirkt eine veränderte Einstufung nicht, dass die entsprechende Besserstellung der angestellten Person auch rückwirkend auf den Zeitpunkt der früheren Einstufung hin zu erfolgen hat. Das Verwaltungsgericht erwog, dass nur die Angestellten, welche erfolgreich gegen eine Einreihungsverfügung rekurriert hätten, rückwirkend auf das Datum der angefochtenen Verfügung in die höhere Lohnklasse eingereiht werden müssten. Andere Inhaber und Inhaberinnen der gleichen Stelle profitierten von deren neuen Einreihung praxisgemäss erst ab dem Folgemonat nach dem Rechtsmittelentscheid und nicht rückwirkend. Gemäss Verwaltungsgericht widerspreche es nicht dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung, diejenigen Mitarbeitenden, die das Risiko von Einsprache und Rekurs gescheut hätten, für eine beschränkte Übergangszeit schlechter zu stellen als ihre Kollegen, welche die Einreihungsverfügung mit Erfolg angefochten hätten. Folglich haben eine zu tiefe Einstufung und entsprechend ein zu tiefer Lohn so lange Geltung, bis sie als Folge der eigenen Aktivität des Betroffenen oder der Aktivität Dritter anzuheben sind.

Das Urteil des Bundesgerichts

Im Mai dieses Jahres bestätigte das Bundesgericht den kantonalen Entscheid (Urteil des Bundesgerichts 8C_572/2020 vom 6. Mai 2021). Es begründete seinen Entscheid damit, dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV («Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich») kein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichheit verschaffe. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass lediglich verlangt werden könne, den rechtsungleichen Zustand auf geeignete Weise und innert angemessener Frist zu beheben. Dabei dürfe berücksichtigt werden, wann sich eine betroffene Person erstmals gegen die beanstandete Rechtsungleichheit gewehrt habe, und es sei nicht unhaltbar, einen rechtsungleichen Zustand erst mit Wirkung auf den Zeitpunkt des entsprechenden Antrags zu korrigieren. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung lässt sich dies ohne Weiteres dort begründen, wo der zu niedrige Lohn in Form einer anfechtbaren und in Rechtskraft erwachsenen Verfügung festgesetzt worden sei oder wenn der rechtsungleiche Lohn vom Betroffenen bis zur Geltendmachung des Anspruchs widerspruchlos akzeptiert worden sei. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass der Einstufungsfehler für die Betroffene erkennbar gewesen sei.

Gemäss Bundesgericht sei das Rechtsgleichheitsgebot nur dann verletzt, wenn der kantonale Entscheid rechtliche Unterscheidungen treffe, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich sei oder Unterscheidungen unterlasse, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.

Die kantonale Praxis, wonach für die Korrektur der Einstufung ein Antrag des Betroffenen erforderlich sei, kann gemäss Bundesgericht als sachlich begründetes Unterscheidungskriterium betrachtet werden. Es widerspreche nicht dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1

BV, diejenigen Mitarbeitenden, die das Risiko von Einsprache und Rekurs gescheut hätten, für eine beschränkte Übergangszeit schlechter zu stellen als ihre Kollegen, welche die Einreihungsverfügung mit Erfolg angefochten hätten.

Fazit

Die einmal getroffene und vertraglich beidseitig genehmigte Einstufung ist verbindlich, solange sie von Seiten des Arbeitnehmenden nicht beanstandet wird. Löhne, die auf einer unbeanstandeten Grundlage ausbezahlt werden, können nachträglich nicht mehr abgeändert werden. Gemäss Bundesgericht vermittelt das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot keinen direkten bundesrechtlichen Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung. Demzufolge tragen öffentlich-rechtlich angestellte Arbeitnehmende Mitverantwortung bei der Lohneinstufung.

MLaw Claudia Schnüriger