

3.9. Arbeitsrecht / Droit du travail

(7) Keine Anrechnung der vorgängigen Temporärarbeit auf die Probezeit. Art. 335b OR.

Schweizerisches Bundesgericht, I. Zivilkammer, Urteil vom 7.1.2003 i.S. H. c. *Bank X* (BGE 4C.327/2002), Berufung, BGE 129 III 124.

Bemerkungen von Dr. iur. CHRISTOPH SENTI,
Rechtsanwalt, Altstätten/St. Gallen



Sachverhalt:

A arbeitete vom 21. August bis zum 31. Oktober 2000 als Temporärangestellter bei der Bank X. Am 26. Oktober 2000 vereinbarten beide Parteien einen Arbeitsvertrag, beginnend auf den 1. November 2000 und mit einer Probezeit von 3 Monaten. Die im Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit war dieselbe, welche der Angestellte bereits als Temporärarbeitnehmer ausgeübt hatte. Bank X kündigte am 12. Januar 2001 das Arbeitsverhältnis während der Probezeit auf den 19. Januar 2001.

Bemerkungen:

A opponierte bis vor Bundesgericht gegen die Zulässigkeit einer solchen Kündigung mit der Begründung, die Probezeit sei bereits abgelaufen. Nach dessen Ansicht hätte bei der Berechnung der maximal zulässigen Probezeit seine Dienstzeit als Temporärangestellter von knapp zweieinhalb Monaten angerechnet werden müssen, womit er im Januar 2001 vom Verbot der Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR)

und einer minimal einmonatigen Kündigungsfrist (Art. 335c OR) profitiert hätte.

Die (rechtlich relevante) Dauer des Arbeitsverhältnisses deckt sich nicht immer mit der Dauer des laufenden Arbeitsvertrages. Hat der Angestellte bereits vor Abschluss des Arbeitsvertrages in derselben Unternehmung gearbeitet, so ist unter gewissen Umständen bei der Berechnung der Dienstjahre die Dauer jenes Arbeitsverhältnisses hinzuzuzählen (bspw. beim mehrjährigen Einsatz von Saisoniers, bei einer Weiterbeschäftigung nach Lehrabschluss oder bei Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages). Häufig ist die frühere Tätigkeit sogar dann anzurechnen, wenn der Angestellte die Unternehmung vorübergehend verlassen hat, sich die verschiedenen Arbeitsverträge also nicht nahtlos aneinander reihen (STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 7 und Art. 334 N 8, BGE 4C.93/1997, vom 8. Oktober 1997, in: JAR 1998, 282). Gestützt auf diese Praxis wird A geltend gemacht haben, er habe bereits anlässlich seines Temporäreinsatzes in derselben Unternehmung und derselben Funktion gearbeitet, weshalb jene Zeit (analog den anderen Fällen) bei der Dauer des Arbeitsvertrages anzurechnen sei. Entsprechend wäre die maximal zulässige Probezeit von 3 Monaten gemäss Art. 335b Abs. 2 OR bereits vor der Kündigung im Januar 2001 abgelaufen und eine Kündigung innert 7 Tagen nicht möglich gewesen. Das Bundesgericht hat nun, im Hinblick auf die Charakteristika von Temporärarbeit, anders entschieden.

Temporärarbeit ist eine Variante des Personalverleihs. Geregelt wird dieses Rechtsverhältnis im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, SR 823.11). Involviert sind regelmässig drei Parteien: Ein Verleiher (Arbeitgeber) stellt dem Entleiher (Einsatzbetrieb) einen Arbeitnehmer zur Verfügung. Der Arbeitnehmer leistet die Arbeit im Einsatzbetrieb und Letzterer hat gegenüber Ersterem ein Weisungsrecht und eine Fürsorgepflicht. Als Arbeitgeber und damit Vertragspartei gilt nicht der Einsatzbetrieb, sondern der Verleiher, welcher mit dem Arbeitnehmer in der Regel einen (allgemeinen) Rahmenvertrag sowie einen (spezifischen und befristeten) Einsatzvertrag abschliesst. Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht nach Ansicht des Bundesgerichts kein vertragliches, sondern nur ein quasivertragliches Rechtsverhältnis (BGE 119 V 359). Der Temporärarbeitnehmer untersteht also der Weisungsbefugnis des Einsatzbetriebes, Arbeitgeber und damit Vertragspartei ist jedoch der Verleiher.

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses sollen die Vertragsparteien die Möglichkeit haben, sich gegenseitig kennen zu lernen und so herausfinden, ob sie zueinander passen und ein längerfristiges Vertrauensverhältnis aufgebaut werden kann (Erwägung 3.1, mit Verweis auf BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2. A., Lausanne 1996, Art. 335b N 1 OR). Mit Verweis auf die Fälle der Anrechnung früherer Arbeitsverhältnisse führt das Bundesgericht aus, dass in all jenen Fällen zwischen den Parteien bereits ein vertragliches Verhältnis bestanden hatte. Das Vorhandensein eines solchen Vertragsverhältnisses sei unabdingbar für Arbeitgeber und -nehmer, um ein Vertrauensverhältnis zu begründen (Erwägung 3.3). Demge-

genüber fehlt eine solche vertragliche Beziehung beim Temporärarbeitsverhältnis und es ist der Verleiher, welchem die Personalauswahl obliegt und welcher das Arbeitsverhältnis kündigen kann (mit Verweis auf BGE 123 III 280 E 2b/bb). Der Einsatzbetrieb kann gegenüber dem Arbeitnehmer nur diejenigen Rechte ausüben, welche Ersterem gestützt auf den Vertrag mit dem Verleiher zustehen. Die Person des Arbeitnehmers spielt dabei eine untergeordnete Rolle (Erwägung 3.3 mit Verweis auf BGE 117 V 248 E 3b/aa).

Nach Ansicht des Bundesgerichts besteht bei Anrechnung der Dauer des Temporäreinsatzes die Gefahr, dass Einsatzbetriebe auf die fixe Anstellung von Temporärangestellten verzichten, weil die Probezeit verkürzt bzw. eine solche gar nicht mehr gültig vereinbart werden kann (Erwägung 3.3 am Schluss). Von Bedeutung ist die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht nur im Zusammenhang mit der Probezeit, sondern auch für die Berechnung der Kündigungsfrist, der Lohnfortzahlungspflicht infolge Krankheit, Unfall etc., der Abgangsentschädigung oder der Sperrfrist bei Kündigung zur Unzeit gemäss Art. 336c lit. b OR. Bei diesen Vorschriften richtet sich der Anspruch des Arbeitnehmers nach der Anzahl Dienstjahre, also nach Dauer des Arbeitsverhältnisses. Hätte das Bundesgericht den Standpunkt des Klägers geschützt, wäre in der Folge zu klären gewesen, ob auch in diesen Fällen die Tätigkeit eines Temporärarbeitnehmers im Einsatzbetrieb anzurechnen sei, was vermutlich zu bejahen wäre. Die Befürchtungen des Bundesgerichts, wonach bei Wegfall der Probezeit der Angestellte keine fixe Anstellung mehr erhält, sind wohl begründet, wenn die Dienstzeit als Temporärarbeiter nicht nur bei der Probezeit, sondern auch in allen anderen Fällen (Kündigungsfrist, Lohnfortzahlungspflicht, Sperrfristen bei Kündigung zur Unzeit etc.) hinzugerechnet werden müsste.

Das Bundesgericht äussert sich in seinem Entscheid nur zur Temporärarbeit und spricht dabei von "travail intérimaire". Im AVG bzw. der dazugehörigen Verordnung (insb. Art. 27 AVV) findet sich in der französischen Fassung der Begriff "travail temporaire". BRUNNER/BÜHLER/WAEBER vertreten die Auffassung, die beiden Begriffe seien deckungsgleich (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2. A., Lausanne 1996, 12), während THÉVENOZ dies verneint (LUC THÉVENOZ, Le travail intérimaire, Lausanne 1987, Rz 16 und 183). Inwieweit sich "travail intérimaire" gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und "travail temporaire" gemäss AVG und AVV entsprechen, wäre zu klären. Wichtiger ist zu erwähnen, dass sich das Bundesgericht im Entscheid nicht dazu äussert, ob dieses Urteil auch auf die anderen beiden Arten des Personalverleihs anwendbar ist. Es sind dies die Leiharbeit (mise à disposition de travailleurs à titre principal), sowie das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe (mise à disposition occasionnelle de travailleurs) (vgl. zur Unterscheidung Art. 27 AVV). Auch bei diesen beiden Beschäftigungsformen entsteht zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Arbeitnehmer kein vertragliches Verhältnis und die vertragliche Bindung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Verleiher) ist noch stärker als bei der Tempo-

rärrarbeit, da der Arbeitsvertrag nicht auf die Dauer des Einsatzes im Einsatzbetrieb beschränkt ist (vgl. Art. 27 AVV und WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, Zürich 2000, Rz 1407 ff. und 1421 ff.). Insofern ist anzunehmen, dass neben der Temporärrarbeit auch bei den anderen beiden Formen des Personalverleihs die Probezeit nicht angerechnet werden muss.