Pro Woche zwei Tage Homeoffice – auch nach Corona

geschrieben von Gabriela Sollberger | Juni 14, 2021

Der Personalverband der Stadt Bern (PVSB) lancierte im Juni 2020 bei seinen Mitgliedern eine Umfrage zu Homeoffice. Präsident Simon Bühler stellt im Gespräch die Ergebnisse vor und ordnet ihre Bedeutung ein.

Herr Bühler, eine Umfrage zu Homeoffice. Was motivierte den Personalverband der Stadt Bern dazu?

Mit der Corona-Pandemie arbeiteten plötzlich viele von uns von einem Tag auf den anderen im Homeoffice. Alle mussten sich dem Thema stellen. Uns interessierte, wie sich diese Arbeitsform für die Mitarbeitenden anfühlt. Aus ihren Rückmeldungen wollten wir die Stossrichtung unseres Verbands ableiten. Im Vorstand gab es verschiedene Meinungen dazu. Ich selbst war Homeoffice gegenüber zuvor eher zurückhaltend eingestellt gewesen. Durch die Ereignisse wurde ich eines Besseren belehrt: Mittlerweile sehe ich das Potenzial dieser Arbeitsform.

Welche Ergebnisse der Umfrage sind für Sie die wichtigsten?

Das wichtigste Resultat: 86 Prozent der Befragten befürworten, dass Homeoffice in der Stadtverwaltung künftig noch stärker möglich gemacht wird. Dieser Wert erstaunt umso mehr, als 37 Prozent der Befragten zuhause gar nicht über ein separates Zimmer für Homeoffice verfügen. Das zeigt, dass diese Arbeitsform bei den Mitarbeitenden Anklang findet.



Die überwiegende Mehrheit begrüsst Homeoffice. Wo sehen die Mitarbeitenden die Vorteile?

Neun von zehn Befragten begrüssen den Wegfall des Arbeitswegs. Gut 80 Prozent der Befragten sehen Vorteile bei der flexiblen Einteilung der Arbeitszeit und gut 60 Prozent bei der besseren Vereinbarung von Familie und Beruf. Auch die grössere Ruhe für komplexe Arbeiten wird geschätzt. Ein Grossteil der Befragten fand zudem, dass Besprechungen per Video kürzer und effizienter sind als reale.

Wo orten die Mitarbeitenden Nachteile?

84 Prozent der Befragten vermissen den Kontakt zu ihren Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen. Sie meinen damit sowohl den persönlichen als auch den fachlichen Austausch. Nur gerade die Hälfte vermisst hingegen den Kontakt zu den Vorgesetzten. Mit Erstaunen haben wir zudem zur Kenntnis

genommen, dass die in den Medien oft thematisierte fehlende Tagesstruktur und die erschwerte Vereinbarung von Familie und Beruf von den Befragten nicht als Nachteil empfunden wurden. Nur etwa ein Viertel gab an, im Homeoffice übermässig abgelenkt zu sein.

An der Umfrage beteiligten sich rund 120 Personen. Inwieweit sind die Ergebnisse repräsentativ für die gesamte Stadtverwaltung?

Wir betrachten die Umfrage nicht als repräsentativ für die Stadtverwaltung Bern. Die Ergebnisse haben aber Gewicht für die Haltung des PVSB-Vorstands. Es ging uns darum, ein Stimmungsbild zu diesem Thema einzufangen. Dies ist gelungen.

In welche Richtung verfolgt der Personalverband das Thema Homeoffice nun weiter?

Das Thema ist wichtig. Aufgrund der Umfrage lässt sich klar sagen, dass sich die Mitarbeitenden mehr Homeoffice wünschen – auch nach Corona. Die Wunschvorstellungen der Befragten variieren von einem bis zu fünf Tage Homeoffice pro Woche. Unter Betrachtung der Resultate und der betrieblichen Möglichkeiten befürwortet der Vorstand zwei Wochentage Homeoffice bei einem Pensum von 80 bis 100 Prozent – immer vorausgesetzt, dass die jeweilige Tätigkeit dies zulässt. Wir vertreten grossmehrheitlich die Büroarbeitsplätze. In diesem Bereich ist praktisch in allen Funktionen Homeoffice möglich.

MAZ Stadt Bern / Peter Brand

(K)ein Bier am Arbeitsplatz

geschrieben von Lea Sturm | Juni 14, 2021

Inspiriert durch die Theorie des norwegischen Psychologen Finn Skårderud, wonach der Mensch mit einem Blutalkoholspiegel zur Welt komme, der 0,5 Promille unter den eigentlichen menschlichen Bedürfnissen liege, einigen sich vier Gymnasiallehrer auf ein Experiment im Selbstversuch:

Sie beschliessen, während der Arbeitszeit zu trinken und einen konstanten Pegel von 0,5 Promille aufrechtzuerhalten.

So lässt sich die Handlung des Spielfilms «Der Rausch» (Originaltitel: «Drunk») des dänischen Regisseurs Thomas Vinterberg in aller Kürze zusammenfassen. Was sich dem Zuschauer zunächst als amüsanter Versuch aus dem alltäglichen Trott darstellt, entblösst schon bald die Ambivalenz von Alkohol als Genuss- und Suchtstoff. Auch in rechtlicher Hinsicht wirft der Film Fragen bezüglich Alkohol am Arbeitsplatz auf.

Ein grundsätzliches Verbot von Alkoholkonsum am Arbeitsplatz besteht nicht. Bezüglich möglicher Gefährdung der Arbeitssicherheit durch den Genuss oder eben Missbrauch von Alkohol nimmt der Gesetzgeber jedoch sowohl die Arbeitnehmenden als auch die Arbeitgeber in die Pflicht.

Pflichten des Arbeitgebers

Die Arbeitgeber müssen alle Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind (Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung [UVG]). Zu diesem Zweck kann er auch den Konsum von alkoholischen Getränken einschränken oder ganz verbieten (Art. 35 Abs. 3 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [ArGV3]) Dies kann

beispielsweise durch entsprechende Ausformulierung im Personalreglement erfolgen. Grundlage für eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz kann jedoch auch eine vertragliche Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem einzelnen Arbeitnehmenden sein.

Mit dem Aufstellen von Regeln allein ist es jedoch noch nicht getan. Den Arbeitgebern kommt auch eine Informations- und Kontrollpflicht zu: Sie müssen alle Arbeitnehmenden sowohl über die bei ihren Tätigkeiten auftretenden Gefahren als auch über die Massnahmen zu deren Verhütung informieren. Darüber hinaus haben sie auch dafür zu sorgen, dass die aufgestellten Arbeitssicherheitsmassnahmen eingehalten werden (Art. 6 Abs. 1 und 3 der Verordnung über die Unfallverhütung [VUV]).

Alkoholverbot in der Freizeit?

Besteht seitens des Arbeitgebers eine Regelung, welche den Alkoholkonsum während der Arbeitstätigkeit verbietet (oder einschränkt), versteht es sich von selbst, dass der Konsum auch vor Arbeitsbeginn und während der Pausen untersagt ist. Aber inwieweit darf ein Arbeitgeber in die Freizeit der Arbeitnehmenden eingreifen?

Gemäss Rechtsprechung darf eine totale Alkoholabstinenz, die einem Arbeitnehmenden den Konsum auch in der Freizeit verbietet, nur dann erfolgen, wenn dafür ein besonderer (Rechtfertigungs-)Grund vorliegt. Namentlich zu berücksichtigen sind dabei die Gegenleistung des Vertragspartners und die Dauer einer diesbezüglichen Vereinbarung. In einem Fall aus dem Jahr 2017 erachtete das Bundesverwaltungsgericht eine vom Arbeitgeber einverlangte totale Alkoholabstinenz von über einem Jahr als übermässige Einschränkung. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Arbeitgeberin schloss mit dem betroffenen Arbeitnehmenden eine Behandlungsvereinbarung ab, nachdem der Verdacht aufkam, dass dieser trotz eines strikten Alkoholverbots während der Arbeitszeit solchen konsumierte. In

der Vereinbarung verpflichtete sich der Arbeitnehmende zur totalen Abstinenz von alkoholischen Getränken in- und ausserhalb der Dienstzeit.

Nach über einem Jahr gab der Arbeitnehmende gegenüber der Arbeitgeberin zu, an vereinzelten Wochenenden trotzdem Bier getrunken zu haben, worauf ihm auf Ende der ordentlichen Kündigungszeit gekündigt wurde. Dagegen erhob der Arbeitnehmende Beschwerde. In der Urteilsbegründung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz über einen Zeitraum von über einem Jahr einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstelle und einer sachlichen Begründung bedürfe.

Im konkreten Fall arbeitete der betroffene Arbeitnehmende nicht in einem sicherheitssensiblen Bereich, und die Arbeitgeberin konnte zwar einen gewissen Alkoholkonsum, jedoch keinen Alkoholmissbrauch nachweisen. Vor diesem Hintergrund erachtete das Gericht die zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmenden geschlossene Behandlungsvereinbarung als unbegründet und die sich daraus ergebenden Einschränkungen als übermässig.

Aufgrund dessen durfte der Arbeitnehmende die Behandlungsvereinbarung als unverbindlich betrachten. Damit stellte sein gelegentlicher Alkoholkonsum an den Wochenenden weder ein Verstoss gegen die Behandlungsvereinbarung noch einen sachlichen Kündigungsgrund dar. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde diesbezüglich gut und sprach dem Arbeitnehmenden zehn Bruttomonatslöhne als Entschädigung zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4128/2016 vom 27. Februar 2017).

Aus den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts können somit folgende Schlüsse gezogen werden: Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmenden auch in seiner Freizeit zur Alkoholabstinenz verpflichten. Da dies einen Eingriff in die Lebensgestaltung, konkret in die persönliche Freiheit, d.h .

das Recht auf individuelle Selbstbestimmung und persönliche Entfaltung (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]) sowie der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 des Zivilgesetzbuches [ZGB]) darstellt, muss ein solcher Eingriff sachlich gut begründet sein. Denkbar sind beispielsweise Fälle, in welchen ein Alkoholmissbrauch nachgewiesen werden kann und die Gefahr besteht, dass der betroffene Arbeitnehmende sich oder Dritte während seiner Arbeitstätigkeit gefährdet.

Besteht der Verdacht, dass ein Arbeitnehmender trotz eines Alkoholverbots seiner Tätigkeit im (an-)betrunkenen Zustand nachgeht, darf der Arbeitgeber aufgrund seiner Kontrollpflicht nicht einfach seine Augen davor verschliessen. Er hat die Verantwortung dafür, dass die Arbeitnehmenden sicherheitsgerecht arbeiten. Ohne Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmenden darf jedoch nicht einfach ein Atemlufttest durchgeführt oder eine Urin- oder Blutprobe abgenommen werden. Kann der Verdacht nicht anderweitig ausgeräumt werden, bleibt dem Arbeitgeber in Erfüllung seiner Schutzpflicht meist nichts anderes, als den Arbeitnehmenden an einen ungefährlichen Arbeitsplatz zu versetzen oder – wenn diese Möglichkeit nicht besteht – ihn nach Hause zu schicken.

Pflichten des Arbeitnehmenden

Auch ohne eine entsprechende Regelung des Arbeitgebers darf sich ein Arbeitnehmender nicht in einen Zustand versetzen, in welchem er sich selbst oder andere gefährdet; sei es durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln (Art. 11 Abs. 3 VUV). Allerdings existiert keine klare Regelung, ab welcher Promillegrenze von einem gefährdenden Zustand ausgegangen werden muss. Dies hängt in erster Linie von der Art bzw. der Gefährlichkeit der Arbeitstätigkeit ab. Ein gewisser Anhaltspunkt gibt der im Strassenverkehr geltende Blutalkoholgrenzwert von 0,5 Promille (für Neulenkende und Berufschauffeure gilt indes ein Alkoholverbot). Eine

Beeinträchtigung der Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit sowie eine erhöhte Risikobereitschaft kann allerdings bereits ab 0,2 Promille auftreten.

Ist die Arbeitssicherheit nicht gefährdet, verschlechtert sich jedoch die Arbeitsleistung aufgrund des Alkoholkonsums, riskiert der Arbeitnehmende eine Abmahnung und – sofern sämtliche verhältnismässige Massnahmen ebenfalls keine positive Wirkung zeigen – letztlich die Kündigung.

Die konkrete Rechtslage im Einzelfall hängt somit immer (auch) von den spezifischen Umständen ab und ist nicht gänzlich widerspruchsfrei. Und auch die Darstellung des Themas in dem eingangs erwähnten Film «Der Rausch» gibt letztlich keine eindeutige Antwort darauf, ob das Experiment der vier Freunde total gescheitert ist. Die cineastische Darstellung eines in sich widersprüchlichen Themas innerhalb der gesellschaftlichen Wahrnehmung lohnt sich gemäss Auffassung der Autorin aber dennoch.

MLaw Lea Sturm
Rechtsanwältin

Vereinbarkeit von Beruf und Familie im europäischen Vergleich

geschrieben von Gabriela Sollberger | Juni 14, 2021

Gemäss der im November 2020 erschienenen Studie des Bundesamtes für Statistik (BFS) schneidet die Schweiz bezüglich Arbeitsflexibilität im europäischen Vergleich sehr gut ab – doch die Zahlen sind trügerisch.

Im Jahr 2018 leisteten rund 36% der ständigen Wohnbevölkerung zwischen 18 und 64 Jahren mindestens eine regelmässige Betreuungsaufgabe für Kinder oder erwachsene Familienmitglieder. Von dieser Zahl gingen über 96% der Männer und 80% der Frauen in irgendeiner Form einer Erwerbstätigkeit nach. Für alle diese stellt die Sicherstellung der Betreuung eine besondere Herausforderung dar. Sie haben einen Weg zwischen den zeitlichen Verpflichtungen am Arbeitsplatz und der Erfüllung der Betreuungsaufgaben zu finden. Dabei sind sie auf vom Gesetz eingeräumte Möglichkeiten, aber auch auf die Flexibilität ihrer Arbeitgeber angewiesen.

In der genannten Studie geht es als wichtige Punkte um die Flexibilität betreffend die Höhe und die Gestaltung der Arbeitszeit. Dabei schneidet die Schweiz im europäischen Vergleich sehr gut ab. Betrachtet man jedoch die ebenso bedeutenden Fragen der Möglichkeit der Kinderbetreuung in Form von Urlaub, ändert sich das Bild markant. Da hinkt die Schweiz hinter den Regelungen der meisten umliegenden Staaten hinterher. Auffallend ist, dass die Schweiz in der Eigenwahrnehmung der realisierbaren Veränderung in den Arbeitsverhältnissen gut dasteht, aber anderseits auch zu den Ländern gehört, in denen die Hindernisse bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie als vergleichsweise gross empfunden werden.

Reduktion der Arbeitszeit

In der Schweiz wie in Österreich und auch in Deutschland ist der Anteil der in Teilzeitarbeit tätigen Frauen mit gegen 80% sehr hoch. Dies erleichtert die Vereinbarkeit von Beruf und Familie und hat zur Folge, dass in der Schweiz 38% der Frauen die Arbeitszeit nach der Geburt reduzieren und so die Betreuung der Kinder auf ihre individuellen sozialen und wirtschaftlichen Möglichkeiten und Bedürfnisse ausrichten können. Die Differenzen zu anderen Ländern sind äusserst gross. So weisen Länder wie Bulgarien, Rumänien oder Kroatien

eine Quote von unter 5% auf, wobei zu prüfen wäre, wie weit dies mit anderweitig ausgleichenden Faktoren wie z.B. mit dort institutionalisierter staatlich angebotener Kinderbetreuung zusammenhängen mag. Bei den Männern zeigt sich das Bild in ähnlicher, allerdings prozentual viel tieferer Form, indem bei uns knapp 10% der Erwerbstätigen ihre Arbeitszeit reduzieren und dies auch im europäischen Vergleich ein Spitzenwert ist. Der prozentuale Unterschied zwischen Frauen und Männern ist in der nach wie vor dominierenden traditionellen Rollenverteilung in der Kinderbetreuung begründet.

Änderung in der Gestaltung der Arbeitszeit

Erfreulich ist, dass 68,8%der Mütter und Väter die Möglichkeit haben, aus familiären Gründen den Anfang bzw. das Ende der täglichen Arbeitszeit kurzfristig zu ändern. Die öffentliche Verwaltung schneidet bei dieser Studie mit 70.2% überdurchschnittlich gut ab. Für 51,4% ist es gar möglich, ganze Tage frei zu nehmen, ohne dafür Ferientage beziehen zu müssen. Auch hier liegt die öffentliche Verwaltung mit 53,6% über dem Schweizer Durchschnitt. Auffallend, aber von den Strukturen her keineswegs zufällig ist, dass Führungskräfte grundsätzlich bessergestellt sind als beispielsweise Verkäuferinnen oder Handwerker.

Im europäischen Vergleich sind nur Island und Finnland noch flexibler als die Schweiz, was die Präsenzzeiten betrifft. Hier können 72,2% bzw. 69.7% der Arbeitnehmenden, die eine Betreuungsaufgabe wahrnehmen, bei Bedarf die Leistung ihrer Arbeitszeit um mindestens eine Stunde verschieben. In unseren Nachbarländern ist dieser Anteil deutlich tiefer. In Österreich (49,2%), Deutschland (38,0%), Italien (34,8%) und Frankreich (31,7%) können die Arbeitszeiten massiv weniger gut der Kinderbetreuung angepasst werden. Laut BFS stehe die Schweiz deshalb insbesondere im Vergleich zu den Nachbarländern gut da, was die Arbeitsflexibilität betrifft.

Änderung der Arbeitsverhältnisse

Die oben dargestellten Möglichkeiten zur Reduktion der Arbeitszeit, von der in der Schweiz sehr häufig Gebrauch gemacht wird, macht dieses Instrument zur wichtigsten Auswirkung der Kinderbetreuung auf die Erwerbstätigkeit. Über 60% der Frauen nutzen dies, während der Anteil der Männer bei knapp 15% markant tiefer ist, was in den Zusammenhang mit den Anteilen der traditionellen Rollenverteilung zu stellen ist. In der Skala der Auswirkungen folgen – dies prozentual mit einigem Abstand vor allem bei den Frauen – die Änderung der Arbeitszeiten (Frauen 30,6%und Männer 23%), der durch die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Erwerb motivierte Stellenwechsel von immerhin knapp einem Viertel aller Betroffenen (Frauen 30% und Männer 16%) und die Übernahme von weniger anspruchsvoller Arbeit (Frauen 19% und Männer 6%).

Hindernisse der Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Die Wahrnehmung von Hindernissen deckt sich geschlechterübergreifend ziemlich genau. Dazu zählen an erster Stelle lange Arbeitszeiten (18%), dann unregelmässige und, was besonders hinderlich ist, unvorhersehbare Arbeitszeiten (15%), gefolgt von langen Arbeitswegen (15%), zu anspruchsvoller oder zu anstrengender Arbeit (6%) und mangelnder Unterstützung im Arbeitsumfeld (5%). Auf der anderen Seite sehen mehr als ein Drittel der Betroffenen (37%) keine Hindernisse, welche die Vereinbarkeit von Beruf und Familie beeinträchtigen oder zumindest erschweren.

Der letztere Anteil ist im europäischen Vergleich sehr gering. Die Statistik zeigt, dass die Schweiz mit diesem Wert, in ähnlicher Höhe wie jene von Deutschland und Holland (39%) und Frankreich (40%), auf dem letzten Platz liegt. Der nächsthöhere Wert erreicht bereits ein Drittel mehr (Österreich und Schweden 63%) und steigt auf Werte von 70–80%

in den meisten Ländern bis über 90% in Estland (88%) und Lettland (94%). Es kann allein aufgrund der stark voneinander abweichenden Zahlen höchstens spekuliert werden, wie weit trotz bei uns sehr hoher Mobilität die Pendlerströme einen wichtigen Grund darstellen, da lange Reisewege in der Statistik als Hindernis dominierend sind.

Die Zahlen sind trügerisch… der Anspruch auf Elternzeit macht's aus

Die Spitzenwerte in der Arbeitsflexibilität auch im europäischen Vergleich sind erfreulich, anders sieht es aber in der Frage der Urlaube zur Gewährung von Mutter-, Vater- oder Elternzeit aus, welche nicht Gegenstand der Untersuchung durch das BFS bildeten. Die schweizerische gesetzliche Regelung stellt im Vergleich zu den Lösungen in den meisten umliegenden Ländern lediglich eine Art Grundausstattung dar. Daran ändert der jüngst eingeführte Vaterschaftsurlaub von 14 Tagen nichts. Der entscheidende Unterschied liegt in den «Erziehungsurlaub», «Elternurlaub» oder «Elternzeit» genannten Ansprüchen verschiedener Länder, innert einer bestimmten, grosszügig bemessenen Dauer nach Geburt die Erwerbsarbeit zugunsten der Kinderbetreuung für ein halbes Jahr (Italien), ein Jahr mit Verlängerungsmöglichkeit bis zu drei Jahren (Frankreich) oder bis drei Jahre (Deutschland) zu unterbrechen. Die auch während dieser Zeit gewährte Entschädigung sowie der Anspruch, die Arbeitsstelle behalten zu können, erlauben es den Eltern, die Kinder mit einer finanziellen Unterstützung und ohne das Arbeitsverhältnis aufzulösen zu betreuen.

In der Schweiz bestehen keine solchen gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten, was dazu führt, dass der Anteil vor allem der Frauen, die ihre Erwerbstätigkeit auf eigene Kosten um mehr als fünf Jahre unterbrechen und dann in aller Regel nicht mehr an denselben Arbeitsplatz zurückkehren können, mit über 28% sehr hoch ist, was wegen der fehlenden finanziellen Abfederung

auch sozialpolitisch bedenklich ist. Kein Wunder, dass dies im europäischen Vergleich ein Spitzenplatz ist und die Zahlen in den umliegenden Ländern, die eine Elternzeit vorsehen, deutlich geringer sind. Die gesetzliche Ermöglichung von Elternzeit mit sozialer und wirtschaftlicher Hilfestellung soll eine Stossrichtung für künftige Entwicklungen auch in der Schweiz sein. In diesem Bereich sind noch echte – und die Kinderbetreuung durch die Eltern fördernde – Fortschritte zu erzielen.

Mutterschafts-/Vaterschafts- und Elternurlaub im europäischen Vergleich

Schweiz

Mutterschaftsurlaub: 14 Wochen ab Geburt des Kindes
Vaterschaftsurlaub: Ab 1. Januar 2021 2 Wochen

Frankreich

Mutterschaftsurlaub: 16 Wochen (6 vor und 10 nach der Geburt) / ab 3. Kind 26 Wochen (8 vor und 16 nach der Geburt)
Vaterschaftsurlaub: 14 Tage/ab 1. Juli 2021 28 Tage
Zudem gibt es einen einjährigen unbezahlten **«Erziehungsurlaub»**, den die Eltern beziehen können. Diese Erziehungszeit kann zweimal verlängert werden, also max. bis 3 Jahre. Es besteht danach Anspruch auf Wiedereinstellung im selben Unternehmen.

Italien

Mutterschaftsurlaub: 2 Monate vor der Geburt und 3 Monate nach der Geburt
Vaterschaftsurlaub: 7 obligatorische Tage; Bezug der Dauer des

Mutterschaftsurlaubs durch den Vater, wenn die Mutter die Betreuung selbst nicht leisten kann.
Zudem gibt es einen 6-monatigen **Elternurlaub** (bis zum achten Lebensjahr des Kindes).

Österreich

Mutterschaftsurlaub: 8 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt
Vaterschaftsurlaub: Kein gesetzlicher Anspruch auf bezahlte Vaterschaftszeit. Väter haben aber Anspruch auf 28 bis 31 Tage unbezahlten Vaterschaftsurlaub.

Deutschland

Mutterschaftsurlaub: 6 Wochen vor und 8 Wochen nach der Geburt
Vaterschaftsurlaub: Kein gesetzlicher Anspruch
Es gibt aber eine **Elternzeit** von bis zu 36 Monaten mit Elterngeld (Anspruch gilt bis zum vollendeten 3. Lebensjahr des Kindes).

Wir brauchen ein modernes Personalschutzrecht

geschrieben von Urs Stauffer | Juni 14, 2021
Die Arbeitszeiten werden flexibilisiert. In den letzten Monaten hat diese Tendenz enorm an Dynamik gewonnen. Mit Homeoffice ist auch die Erwartung verbunden, dass der Arbeitnehmer verfügbar ist, wenn es ihn braucht. Die Digitalisierung macht das auch praktisch möglich. Wie weit geht diese Verfügbarkeit? Das Personalrecht in den Kantonen, Städten und Gemeinden wird mit dieser Frage heute nicht fertig. Das muss sich ändern.

Dauernd verfügbar zu sein, war in den letzten Jahren häufig ein Problem von Mitarbeitenden in Leitungsfunktionen; sie wurden dafür mit einer Woche mehr Ferien entschädigt oder mit einer besseren Besoldung – oder beidem. Das ist heute nicht mehr so. Die Flexibilisierung zieht sich durch alle Aufgabenbereiche und Hierarchiestufen, der Anspruch auf Verfügbarkeit des einzelnen Mitarbeitenden auch. Das hat zwar auch etwas mit dem Anspruch des Einzelnen auf Flexibilisierung zu tun, aber vor allem mit der technischen Entwicklung, die es möglich macht, den Mitarbeitenden vom konkreten, physischen Arbeitsplatz zu entkoppeln. Das Ausmass dieser Entkoppelung haben wir in den letzten Monaten im Rahmen der Covid-19-Pandemie eindrucksvoll erlebt. Was noch vor einem Jahr undenkbar schien, ist heute Realität.

Wenig hat sich aber dort entwickelt, wo es dringend nötig ist: Bei der Definition, was Arbeitszeit ist, was der Arbeitszeit zuzurechnen ist, wann (zu Hause) im Dienst des öffentlichen Arbeitgebers gearbeitet werden darf und wann eben nicht. Die Digitalisierung des Arbeitsplatzes fördert die Integration der Arbeit in die Familie, in den Haushalt. Die Folgen dieser Entgrenzung sind nicht absehbar. Der öffentliche Arbeitgeber steht in der Pflicht, sich darum zu kümmern. Davon sind wir heute weit entfernt. Das Arbeitsgesetz des Bundes, das sich mit solchen Fragen in den Grundzügen beschäftigt, ist für den öffentlichen Dienst nur mit wenigen Ausnahmen anwendbar. Die Regelung wäre auch ungenügend.

Wer zu Hause arbeitet, tut dies im Vertrauen des Arbeitgebers, dass er arbeitet und dass er genug arbeitet. Hat der Arbeitgeber Zweifel, ist er eher geneigt, den Einsatz über die Zugriffszeiten auf den Rechner des Arbeitgebers zu überprüfen. Was kaum je Gegenstand der Prüfung sein wird, ist die Frage, ob der Arbeitnehmer nicht zu viel arbeitet und nicht mehr in der Lage ist, zwischen Arbeitszeit und Freizeit zu differenzieren. Zahlenmässig, davon sind wir überzeugt, ist der zweite Fall das eigentliche Problem, nicht etwa der

Einzelfall, der sich zeitlich optimiert. Dieser Frage aber geht niemand nach.

Wieso? Mit der Flexibilisierung der Arbeitszeit ist auch der Begriff der Vertrauensarbeitszeit bedeutender geworden. Nur schon der Begriff ist ein Debakel: Er bringt zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber dem Mitarbeitenden glaubt, dass er schon so viel arbeiten wird, wie er arbeiten muss – er vertraut ihm also dahingehend, dass er seine Stunden korrekt abarbeitet. Niemand käme hier auf die Idee zu meinen, Vertrauen bedeute, dass der Arbeitnehmer nicht zu viel arbeitet oder zu Zeiten arbeitet, in denen er tatsächlich nicht arbeiten sollte. Aber genau das ist das Problem.

Die Vertrauensarbeitszeit hat sich mit dem Homeoffice in der öffentlichen Verwaltung auf eine grosse Anzahl von Mitarbeitenden ausgedehnt. Sie ist schon lange kein Einzelfall mehr. Damit stellt sich die Frage, ob Begriff, wie Modell abgeschafft gehören. Diese Frage ist zu bejahen. Der öffentliche Arbeitgeber hat ein Arbeitszeitsystem einzuführen, das sich mit Höchstarbeitszeit, mit zu leistender Arbeitszeit, mit Überstunden, mit Zeitfenstern, wann gearbeitet werden darf, mit der Frage, wann man verfügbar sein muss und wann nicht, wann elektronische Arbeitsgeräte genutzt werden dürfen und wann nicht, wann Ruhezeiten zwingend zu beachten sind, ob am Abend oder ob am Wochenende gearbeitet werden darf, zu beschäftigen. Das bedeutet keineswegs lückenlose Kontrolle, es bedeutet aber, dass die Regeln klar sind – und bei diesen Regeln ist der Fokus in erster Linie darauf zu richten, dass die Mitarbeitenden auch auf Dauer zwischen Freizeit und Arbeitszeit zwischen Ferien und der Beantwortung von E-Mails differenzieren können.

Auch die Frage der Entschädigung von Mehrarbeit kann ein Thema sein, es ist aber nicht der entscheidende Punkt. Es geht darum, dass schon vom Arbeitgeber aus klar ist, wie zwischen Arbeitszeit und Freizeit zu unterscheiden ist. Wir reden hier nicht von jenen Arbeitgebern, die ohne Rücksichtnahme auf die

Interessen ihrer Mitarbeitenden Aufgabenerfüllung zu den unterschiedlichsten Tages- und Nachtzeiten einfordern, sondern vom ganz gewöhnlichen öffentlichen Arbeitgeber, der sich eben auch darum kümmern muss, wann gearbeitet wird. Die Fragestellungen sind nicht auf Tätigkeiten, die auch im Homeoffice ausgeübt werden können, begrenzt; die Gestaltung von Bereitschaftsdienst (Pikett) gehört ebenso dazu und führt in der Praxis, weil eben kompliziert, zu grossen Unstimmigkeiten und oft eben auch Ungerechtigkeiten.

Der Arbeitsumfang ist nicht weniger geworden. Die öffentlichen Haushalte versuchen – jetzt noch vermehrt – gleich viel Arbeit auf weniger Schultern zu verteilen oder mehr Arbeit auf gleich viele Schultern zu verteilen. Der Mitarbeitende im öffentlichen Dienst versucht, diese Mehrarbeit zu stemmen. Das kann er häufig nur, wenn er Überstunden leistet. Nicht alle sind bereit, diesen Mehraufwand auch auszuweisen, um nicht in den Verdacht zu geraten, langsam zu sein. Dies hat sich in den letzten Monaten verschärft; wer Homeoffice leistet, steht unter dem Generalverdacht, diesen Dienst teilweise mit der Haushaltsarbeit zu kombinieren. Das trifft zwar nicht zu, erhöht aber den Druck, Mehrarbeit zusätzlich innerhalb des vereinbarten Pensums zu leisten.

Öffentliches Personalrecht ist, wie jedes Arbeitsrecht, (auch und in erster Linie) Arbeitnehmerschutzrecht. Das war schon so, als die ersten arbeitsrechtlichen Bestimmungen eingeführt wurden, und das ist heute noch so. Eigentlich stehen wir wieder am Anfang: Die Entkoppelung des Mitarbeitenden vom Arbeitsplatz durch die Digitalisierung ermöglicht unkontrollierte Selbstausbeutung des Mitarbeitenden, der gewissenhaft die ihm zugewiesenen Aufgaben erledigen will. Er tut dies während der Arbeitszeit, nach der Arbeitszeit, am Abend, am Wochenende. Dieser Realität und unübersehbaren Entwicklung muss sich der öffentliche Arbeitgeber stellen. Dabei wird es wichtig sein, einen guten Ausgleich der Interessen zu finden.

Das Interesse an einer Flexibilisierung der Arbeitszeit bedient durchaus beide Interessen, nämlich das des Mitarbeitenden wie auch jenes des öffentlichen Arbeitgebers. Auf der anderen Seite steht der öffentliche Arbeitgeber in der Pflicht, schon gestützt auf die ihm obliegende Fürsorge gegenüber seinem Mitarbeitenden, dafür zu sorgen, dass keine Entgrenzung stattfindet, dass der Mitarbeitende seine Arbeitszeiten einhält und nicht mehr tut als vereinbart. Das bedeutet auch, von der Vorstellung Abschied zu nehmen, dass der Mitarbeitende im öffentlichen Dienst, wenn er nicht kontrolliert wird, seine Bemühungen einstellt. Wie gesagt, das Gegenteil ist der Fall, und das Gegenteil ist auch das Problem. Letztlich geht es damit auch um den Gesundheitsschutz des Einzelnen – und am Ende des Tages um eine funktionierende öffentliche Verwaltung.

Aus unserer Sicht wäre es zu kurz gedacht, einfach eine verschärfte, minutengenaue Erfassung der Arbeitszeit im Homeoffice anzuordnen. Das widerspricht etwa der gewünschten Flexibilisierung und Zeitsouveränität, verhindert aber in der Hauptsache nicht, dass Arbeitszeiten nach wie vor nicht die Realität abbilden. Die Arbeitszeitvorgaben müssen Aussagen treffen über die Arbeitszeit selbst, und wir betonen das gerne nochmals, weil es wichtig ist, auch über

- die Zeit der Arbeitszeit,
- die Verwendung elektronischer Arbeitsgeräte am Abend, am Wochenende und vor allem in den Ferien,
- die Bearbeitung von E-Mails und ihren Zeitpunkt,
- die Beantwortung von Anfragen während der arbeitsfreien Zeit,
- die Pausen,
- die zwingenden Ruhezeiten,
- die Erreichbarkeit,
- die Verfügbarkeit,
- die Überstunden, die Überzeit,
- die Folgen, wenn während der Ferien, während des

Wochenendes oder in der Nacht gearbeitet wird,
- die Art der Kontrolle unter Beibehaltung einer Zeitsouveränität,
- die Verantwortung des öffentlichen Arbeitgebers und des Mitarbeitenden bei Verletzung der Vorgaben und vieles mehr.

Und letztlich hat es auch etwas mit dem Umfang der Arbeit zu tun; es darf nicht sein, dass die Arbeitslast bei der Gestaltung der Arbeitszeit unberücksichtigt gelassen wird. Hier besteht ein direkter Zusammenhang, und auch hier wird in unseren Personalschutzreglementen, um einmal einen neuen, passenden Begriff zu verwenden, zu wenig gesagt, genauer gar nichts.

Das wird sicher keine einfache Aufgabe. Öffentliches Personal Schweiz ist auch nicht der Auffassung, dass jede Gemeinde diese Fragen jeweils für sich selbst erarbeiten muss, sondern dies ist eine übergeordnete Aufgabe, die – selbstverständlich unter Respektierung unserer föderalen Struktur – gemeinsam erfüllt werden muss.

Denn es ist offensichtlich: Wir brauchen ein modernes Personal(schutz)recht!

Was ist mit dem öffentlichen Arbeitgeber los?

geschrieben von Urs Stauffer | Juni 14, 2021

Wir blicken mit Hoffnung auf die Covid-19-Impfung. Aber wir blicken mit Sorge auf das Verhalten zahlreicher öffentlicher Arbeitgeber. Was beschäftigt uns?

Die Mitarbeitenden im öffentlichen Dienst sind bereit, die Erschwernisse, wie sie sich aus Homeoffice ergeben, auf sich zu nehmen, um das korrekte Funktionieren der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten. Von den Arbeitgebern werden sie mit Einschränkungen beglückt, die ohne Pandemie niemandem in den Sinn kämen. Weshalb das?

Kann mir jemand erklären, weshalb die Stadt A. ihre Mitarbeitenden zu Homeoffice verpflichtet und gleichzeitig sagt, es gelte nun 07/24. 07/24? Das will sagen, was man befürchtet: Der Mitarbeitende oder die Mitarbeitende sei verpflichtet, während 7 Tagen und 24 Stunden für den Dienst bereit zu sein. Die Bereitschaft an sich ist gar nicht das, was der Arbeitgeber will, was er aber daraus ableitet, ist das Folgende:

Sämtliche Zulagen für Nachtarbeit, Wochenendarbeit, Überzeit, Pikettdienst und Ähnliches sind gestrichen, weil ja 07/24 gilt, oder genauer: Das «Corona-System». Auf so eine Idee muss man erst einmal kommen; sie bringt zum Ausdruck, dass die Anordnung von Homeoffice ausschliesslich als eine Wohltat an den Mitarbeitenden betrachtet wird. So ist es aber nicht.

Oder die leidigen Überstunden: Allerorts beschäftigen sich die öffentlichen Arbeitgeber mit der Anordnung, Überstunden abzubauen. Das scheint das zentrale Problem im Moment. Es erinnert an Gastwirtschaften, welche die Zeit der Pandemie nutzen, um die notwendigen Renovationen im Innern des Gebäudes vorzunehmen. Die Gastwirtschaften haben in diesen Tagen keine oder wenige Kunden – das macht deshalb Sinn; der öffentliche Dienst aber hat Arbeit, viel Arbeit auch wegen Covid-19, und die Anordnungen machen häufig keinen Sinn.

Hinzu kommt, dass sich viele öffentliche Arbeitgeber kaum mit der Frage beschäftigen, ob die Anordnung, Überstunden abzubauen, einseitig (d. h. ohne Zustimmung des Mitarbeitenden) durchgesetzt werden kann. Diese Frage ist in jedem Einzelfall anhand des Personalreglements zu entscheiden.



Wird auf das Obligationenrecht verwiesen (und die Frage der Überstunden im Personalreglement nicht geregelt), gilt die privatrechtliche Regelung, die die Zustimmung des Arbeitnehmenden zur Kompensation voraussetzt, andernfalls sind die Überstunden finanziell zu entschädigen. Aber solche Details interessieren oft nicht.

Öffentliches Personal Schweiz erhält viele Anfragen, die immer dasselbe Thema umkreisen: Die Anordnung von Homeoffice (immerhin eine dringende Empfehlung des Bundesrates) wird gleichzeitig von Vorgaben begleitet, die ein tiefes Misstrauen des öffentlichen Arbeitgebers gegenüber seinen Mitarbeitenden zum Ausdruck bringen. Offensichtlich besteht die Meinung, der Mitarbeitende stelle mit der Anordnung von Homeoffice auch gerade seine Bemühungen ein.

Anders ist nicht zu erklären, weshalb die Kompensation von Überstunden so im Fokus steht und weshalb neu ein Corona-System gelten soll und weshalb als Voraussetzung gesagt wird, das Arbeitsergebnis müsse ständig überprüfbar bleiben und es würden keine Kosten entschädigt und dergleichen.

Dabei ist alles genau umgekehrt: Die Mitarbeitenden im

öffentlichen Dienst sind keineswegs begeistert, im Homeoffice arbeiten zu müssen. Die Nachteile sind erheblich. Es fehlen die sozialen Kontakte, es fehlt der fachliche Austausch, es fehlt die Infrastruktur und vor allem: Arbeit und Verfügbarkeit für den öffentlichen Arbeitgeber wird mitten in die Familie getragen, jeder darf (und muss) teilhaben.

Allerdings: Nur die wenigsten sitzen gerne zu Hause am Küchentisch und erledigen dort die Aufgaben, die nun im Homeoffice bewältigt werden müssen. Viele Mitarbeitende verfügen auch gar nicht über die notwendigen Räume, um separat vom privaten Lebensumfeld arbeiten zu können (sondern nur über diesen Küchentisch).

Sie sind aber bereit, eben ihren Küchentisch dem öffentlichen Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, damit den Empfehlungen des Bundes gefolgt werden kann. Das ist nicht einfach. Es ist sogar ziemlich mühsam, weil der Küchentisch eben nicht als Büropult gedacht ist. Diese schon organisatorisch spürbaren Einschränkungen und Mehraufwendungen nehmen die Einzelnen in Kauf, um ihren Beitrag an die Bewältigung der Pandemie zu leisten.

Vielleicht kann sich der öffentliche Arbeitgeber nicht vorstellen, dass die vollständig fehlende Trennung von Arbeit und Privatleben eben nicht Glückseligkeit bedeutet, sondern Stress. Das Büro ist zu Hause, die Mitarbeitenden stellen die räumliche Infrastruktur (manchmal unter wenig komfortablen Umständen) dem Arbeitgeber zur Verfügung.

Es stört dann schon, wenn als Ausgleich hierfür Vorgaben gemacht werden, die in erster Linie Arbeitskontrolle im Sinn haben und nicht etwa das Angebot: «Wie können wir helfen, dass die Arbeit zu Hause auch mit Rücksicht auf die Familie erträglich bleibt.» Nein, Überstunden sollen abgebaut werden. Statt Unterstützung und Anerkennung gibt es Misstrauen und Rückbau.

Diese Haltung bringt ein erhebliches Missverständnis zum Ausdruck. Niemand in der Privatwirtschaft würde Raum und Infrastruktur einfach gratis zur Verfügung stellen, das ist ja gerade unser marktwirtschaftliches System. Und niemand würde es sich dann noch gefallen lassen, gleichzeitig unter Generalverdacht gestellt zu werden, zu Hause nichts zu tun.



Richtig ist deshalb jetzt, über Verbesserungen zu reden! Und zwar für Mitarbeitende, die der öffentlichen Hand helfen, den Betrieb aufrechtzuerhalten, und dafür private Räume zur Verfügung stellen und im Privatleben teils erhebliche Einschränkungen hinnehmen.
In der öffentlichen Verwaltung kursieren einige «Homeoffice-Vereinbarungen». Dabei fällt auf, dass nicht korrekt unterschieden wird, wer denn dieses Homeoffice überhaupt möchte und wem es in erster Linie zugutekommt. Das ist aber essenziell. Es sind 3 Fälle zu unterscheiden:

- Homeoffice auf Wunsch des Mitarbeitenden im Regelbetrieb (bei vollständig eingerichtetem Arbeitsplatz beim Arbeitgeber)
- Homeoffice auf Wunsch des Arbeitgebers im Einverständnis

mit dem Mitarbeitenden
- Homeoffice in Vollzug der Vorgaben des Bundesrates als Folge der Covid-19-Pandemie.

Zurzeit sprechen wir von der dritten Variante. Das ist die Variante, bei der die Mitarbeitenden private Einschränkungen auf sich nehmen, um den Dienst weiterhin ordnungsgemäss erfüllen zu können. Hier ist der Arbeitgeber aufgefordert, den Mitarbeitenden zu unterstützen und ihn mit den notwendigen Arbeitsmitteln schnell und kostenfrei auszustatten.

Hält der Mitarbeitende Arbeitsgeräte (in erster Linie Computer, Bildschirme, Telefonie, Software, Drucker, Büroräumlichkeiten) auf eigene Kosten vor, sind ihm diese Kosten zu entschädigen. Dabei darf durchaus berücksichtigt werden, was der Arbeitgeber vorkehren müsste, wenn er diese Infrastruktur selbst vorhalten müsste; der stete Hinweis, der Mitarbeitende habe ja ohnehin ein Mobiltelefon und habe ohnehin einen Computer und habe ohnehin einen Drucker, weshalb er keine Kosten habe, ist eine Betrachtungsweise, die sich nirgendwo sonst in einer Marktwirtschaft finden würde.

Oder anders gefragt: Muss derjenige Mitarbeitende, der über keinen (ausreichend neuen) Computer verfügt, diesen auf eigene Kosten anschaffen, wenn der Arbeitgeber gestützt auf die Covid-19-Empfehlungen Homeoffice anordnet? Kaum.

Der öffentliche Arbeitgeber sei aufgefordert, seine Homeoffice-Vorgaben unter dem Blickwinkel zu sehen, dass seine Mitarbeitenden bereit sind, Homeoffice auf sich zu nehmen, damit Staat und Gesellschaft mit der Pandemielage fertigwerden.

Der Arbeitgeber sei ebenfalls aufgefordert, aufzuhören, sich unter Berufung auf Homeoffice von unangenehmen (aber von den Mitarbeitenden geleisteten) Überstunden, positiven Feriensaldi, Zeitzuschlägen bei Pikett, Besoldungszulagen bei Wochenendarbeit oder Nachtarbeit und Ähnlichem zu befreien.

Das wird nicht verstanden.

Verstanden werden aber Regelungen, wie sie Basel-Stadt getroffen hat – mögen sie als Beispiel dienen (der Bericht dazu in dieser Ausgabe, S. 17).

Causa «Ritzmann» – Keine Praxisänderung

geschrieben von Lea Sturm | Juni 14, 2021

Die Kündigung ist doch nicht nichtig. Dem Unrechtsgehalt einer Kündigung kommt keine erhöhte Bedeutung zu.

Das Bundesgericht heisst die von der Universität Zürich gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich erhobene Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Nachdem im September 2012 kritische Berichterstattungen über den damaligen Kurator des medizinhistorischen Museums der Universität Zürich, Christoph Mörgeli, in einer Tageszeitung erfolgten, erhob die Staatsanwaltschaft mit dem Verdacht auf Amtsgeheimnisverletzung Beweismittel gegen die damalige Mitarbeiterin des medizinhistorischen Instituts, Iris Ritzmann. Sie wurde in der Folge vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung freigesprochen.

Im Verfahren gegen die im Zusammenhang mit dieser sogenannten «Affäre Mörgeli» bereits im Jahr 2013 ausgesprochenen Kündigung von Iris Ritzmann kam das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 14. November 2019 zum Schluss, dass die Kündigung nichtig sei und insofern nach wie vor ein ungekündigtes Anstellungsverhältnis bestehe.

Die Universität Zürich zog das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich mit Beschwerde ans Bundesgericht weiter (wir berichteten: Ausgabe Januar/Februar 2020).

Urteil des Bundesgerichts

Gemäss der Medienmitteilung des Bundesgerichts wurde die Beschwerde der Universität Zürich von der Ersten sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts an der öffentlichen Beratung am 3. November 2020 in Luzern nun teilweise gutgeheissen und die Angelegenheit zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

Vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde, dass das Verwaltungsgericht auch im personalrechtlichen Verfahren von der Unverwertbarkeit der im Strafverfahren erhobenen Beweismittel ausgegangen ist und die Kündigung als missbräuchlich beurteilte.

Indes habe das Verwaltungsgericht insofern willkürlich entschieden, als es auf Nichtigkeit der Entlassung geschlossen habe. Vielmehr hätte es die Kündigung nur als unrechtmässig erachten und der Betroffenen dafür eine entsprechende Entschädigung zusprechen dürfen. Mangelhafte Verfügungen – wie diejenige zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses – seien in der Regel nicht nichtig. Das Zürcher Personalgesetz kenne keine Nichtigkeit, d. h. keine absolute Unwirksamkeit von Verfügungen. Die Hürde zur Annahme der Nichtigkeit einer Entlassung müsse deshalb – so das Bundesgericht – hoch angesetzt werden.

Im vorliegenden Fall sei für das Bundesgericht nicht erkennbar, inwiefern die vom Verwaltungsgericht zur Beurteilung der Nichtigkeit zu Recht herangezogenen Kriterien der Evidenztheorie erfüllt sein sollen. Indem das Verwaltungsgericht ohne beziehungsweise mit einer anderen Begründung auf Nichtigkeit geschlossen habe, sei es in Willkür

verfallen.

Anmerkungen

Eine ausschliesslich auf unrechtmässig erlangte Beweismittel abgestützte Kündigung stellt auch für das Bundesgericht eine mangelhafte Verfügung dar. Der Bedeutung, welche das Verwaltungsgericht dem Unrechtsgehalt zumass, konnte die Mehrheit der Bundesrichter jedoch nicht folgen: Mangelhafte Verfügungen seien grundsätzlich nicht nichtig. Auch das Zürcher Personalgesetz sehe in solchen Fällen keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vor. Die Hürden für die Annahme, dass eine mangelhafte Kündigung entgegen dem gesetzgeberischen Willen nichtig ist, bleiben damit weiterhin hoch.

Nur dann, wenn der Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird, ist eine mangelhafte Kündigung auch nichtig und wird damit quasi als inexistent betrachtet.

Damit bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, dass ungerechtfertigte Kündigungen in der Regel zu Entschädigungsansprüchen, nicht aber zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch führen. Dem Unrechtsgehalt einer missbräuchlichen Kündigung wird somit auch künftig keine erhöhte Bedeutung zukommen. Das Verwaltungsgericht wird nun über die Entschädigungshöhe und über eine allfällige Abfindung zu befinden haben.

Arbeiten auf Bewährung

geschrieben von Lea Sturm | Juni 14, 2021
Will eine Arbeitgeberin einem Mitarbeitenden wegen mangelnder

Leistung oder unbefriedigendem Verhalten kündigen, entspricht es der Eigenart des öffentlichen Personalrechts, dass dem Arbeitnehmenden vorab die Möglichkeit einzuräumen ist, sich zu verbessern. Dazu ist ihm eine angemessene Bewährungsfrist anzusetzen. Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist oder der vorzeitige Abbruch einer laufenden Frist ist nur ausnahmsweise möglich.

Das Gemeinwesen muss sich stets nach den im öffentlichen Recht geltenden Grundsätzen verhalten, auch dann, wenn eine Kündigung ausgesprochen werden soll. Im Unterschied zu den privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen, wo eine Kündigung lediglich nicht missbräuchlich im Sinne des Obligationenrechts sein darf, muss bei einer Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnisses zusätzlich ein sachlicher Kündigungsgrund vorliegen. Das Erfordernis des sachlichen Kündigungsgrundes ergibt sich sowohl aus dem Willkürverbot als auch aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und wird auch als Konkretisierung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber ihren Mitarbeitenden verstanden (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00174 vom 22. Oktober 2014, E. 4.3).

Ein sachlicher Kündigungsgrund muss also auch dann vorliegen, wenn ein solcher nicht in der kantonalen oder kommunalen Gesetzgebung normiert ist. In den meisten Personalgesetzen wird die Voraussetzung des sachlichen Kündigungsgrunds jedoch explizit genannt (beispielsweise in § 18 Abs. 2 des Personalgesetzes des Kantons Zürich oder § 19 Abs. 3 lit. c und d des Personalgesetzes Basel-Landschaft i.V. m. § 15 Abs. 1 der Personalverordnung Basel-Landschaft).

Nebst wirtschaftlichen oder betriebsorganisatorischen Gründen stellen namentlich auch mangelnde Leistungen oder das unbefriedigende Verhalten eines Arbeitnehmenden einen sachlichen Kündigungsgrund dar. Soll einem Arbeitnehmenden aus einem der beiden letztgenannten Gründe gekündigt werden, ist

ihm die Kündigungsabsicht in einem ersten Schritt im Rahmen einer (ausserordentlichen) Mitarbeiterbeurteilung oder Mahnung zu eröffnen und ihm schriftlich eine angemessene Bewährungsfrist anzusetzen (Urteil des Bundesgerichts 8C_500/2013 vom 15. Januar 2014, E. 7.5).

Die Bewährungsfrist bezweckt, dem Betroffenen die Möglichkeit zu bieten, die ihm vorgehaltenen Leistungs- oder Verhaltensdefizite zu beheben. Spätestens nach Ablauf der angesetzten Bewährungsfrist ist erneut eine Mitarbeiterbeurteilung vorzunehmen, welche dazu dient, festzustellen, ob das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden soll oder nicht.

Dauer der Bewährungsfrist

Sinn und Zweck der Bewährungsfrist liegt darin zu eruieren, ob sich die bemängelte Leistung oder das bemängelte Verhalten weiterhin manifestiert oder nicht. Gleichzeitig wird dem Betroffenen die Möglichkeit gewährt, Verfehlungen wieder gut zu machen. Dafür ist ihm ausreichend Zeit einzuräumen. Was als ausreichende Dauer gilt, ist im Einzelfall festzulegen. Eine Dauer von einem Monat ist in der Regel zu kurz, um eine aussagekräftige Überprüfung der beanstandeten Leistung oder des beanstandeten Verhaltens vorzunehmen.

Für die Festlegung der Dauer kommt es u. a. darauf an, welche Leistungen in Frage stehen. Wird beispielsweise eine Arbeitsleistung moniert, die lediglich quartalsweise anfällt, muss die Frist so angesetzt werden, dass der Betroffene tatsächlich die Möglichkeit erhält, sich zu beweisen bzw. sein Verhalten oder seine Leistung zu verbessern. Dies ist sicher dann nicht der Fall, wenn die massgebliche Arbeit innerhalb der angesetzten Bewährungsfrist gar nicht anfällt. Ferner spielt es auch eine Rolle, ob das bemängelte Verhalten oder die bemängelte Leistung schon mehrmals abgemahnt wurde. Je früher und je öfter eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Verhalten bereits abgemahnt wurde und die

Abmahnungen auch belegt sind, desto kürzer darf die anzusetzende Frist ausfallen (immer unter der Voraussetzung, sie erlaubt es dem Mitarbeitenden, sich auch tatsächlich zu bewähren).

Letztlich spielt es auch eine Rolle, welche Leistung oder was für ein Verhalten gerügt wird. Je wichtiger die Beseitigung eines bestimmten Missstandes ist, desto kürzer darf die Frist ausfallen.

Seitens der Arbeitgeberin sollte bezüglich der Ansetzung der Bewährungsfrist auch nicht aus-ser Acht gelassen werden, dass das Arbeiten auf Bewährung für den Betroffenen einen enormen Druck auslöst und oft als schikanös empfunden wird. Bei langen Bewährungsfristen sind daher Zwischenbeurteilungen vorzunehmen, und über ein Jahr hinausgehende Fristen sind nach Möglichkeit zu vermeiden. In der Praxis werden in der Regel Bewährungsfristen zwischen zwei und sechs Monaten angesetzt.

Verkürzung und Verzicht

Eine Bewährungsfrist stellt oft nicht nur für den Arbeitnehmenden, sondern auch für die Arbeitgeberin eine schwierige Situation dar. Insbesondere dann, wenn schon länger Abmahnungsgründe bestehen, mit einem entsprechenden Mitarbeitergespräch aber zugewartet wird.
Nicht selten werden seitens der Arbeitgeberin Mängel in der Arbeitsleistung oder im Verhalten zwar festgestellt, aber keine Mahnung ausgesprochen. Die Gründe dafür sind vielfältig.

Oft tritt eine mangelhafte Leistung oder ein mangelhaftes Verhalten nicht durchgehend auf, so dass das unangenehme Mitarbeitergespräch und die damit verbundene Abmahnung immer wieder verschoben wird, wenn sich (kurzfristige) Leistungs- oder Verhaltensbesserungen abzeichnen. Fällt dann der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt, fühlt sich der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin vor den Kopf gestossen, wenn er oder sie sich mit einer Fülle von

Einzelvorkommnissen konfrontiert sieht, die allenfalls schon Monate und/oder Jahre zurückliegen und die für ihn oder sie bereits abgeschlossen sind. Auf der anderen Seite ist das Vertrauen der Arbeitgeberin gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter oder der betroffenen Mitarbeiterin meist schon stark angeschlagen, und es stellt sich ihr bisweilen die Frage, ob die Bewährungsfrist ihren Zweck überhaupt noch erfüllen kann oder ob darauf verzichtet werden kann, wenn die Kündigungsabsicht bereits feststeht.

Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist ist nur möglich, wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung erfüllt sind oder wenn aufgrund der konkreten Umstände feststeht, dass eine Bewährungsfrist ihren Zweck nicht erfüllen kann. Beispielsweise wenn davon ausgegangen werden muss, dass der Arbeitnehmende auch mit angemessenen Förderungsmassnahmen nicht in der Lage sein wird, die bemängelte Leistung während der Bewährungsfrist zu verbessern, oder wenn der Arbeitnehmende nicht gewillt ist, sein bemängeltes Verhalten zu ändern.

Sind die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht erfüllt, soll aber eine ordentliche Kündigung unter Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist ausgesprochen werden, müssen nicht nur die beanstandeten Verfehlungen dokumentiert sein. Wird geltend gemacht, auf die Bewährungsfrist könne abgesehen werden, da sie ihren Sinn nicht erfüllen wird, hat die Arbeitgeberin aufzuzeigen, dass sie die bemängelte Leistung oder das bemängelte Verhalten bereits abgemahnt hat, sich in der Folge jedoch keine oder jeweils nur kurzzeitige Verbesserungen in der bemängelten Leistung bzw. des Verhaltens zeigten. Nur dann, wenn sich im Sinne eines Gesamtbilds aufzeigen lässt, dass die Leistung und/oder das Verhalten eines Mitarbeiters oder einer Mitarbeiterin sich trotz angebrachter Kritik über einen langen Zeitraum hinwegzog oder der
Arbeitnehmende seinen Unwillen zur Verbesserung ausdrücklich

bekundet, darf ausnahmsweise eine ordentliche Kündigung ohne vorgängige Ansetzung einer Bewährungsfrist ausgesprochen werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich PB.2009.00033).

Regelmässig fehlt es aber gerade an einer ausreichenden vorgängigen Kritik. Nicht ausreichend ist, dass die Mängel schon mal thematisiert wurden. Vielmehr muss die Kritik deutlich angebracht und die möglichen Folgen bei ausbleibender Verbesserung aufgezeigt werden.

In der Rechtspraxis stellt sich auch immer die Frage, ob eine laufende Bewährungsfrist allenfalls abgebrochen werden kann. Auch eine Verkürzung einer laufenden Bewährungsfrist ist davon abhängig, ob deren Zweck erfüllt werden kann oder nicht. Erfolgen beispielsweise bereits nach Ansetzung einer Bewährungsfrist wieder Verstösse der bemängelten Art, kann es unter Umständen zulässig sein, die Bewährungsfrist vor Ablauf der angesetzten Dauer für beendet zu erklären. So erachtete das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem neueren Entscheid den vorzeitigen Abbruch einer Bewährungsfrist durch eine Gemeindepolizei als zulässig, da der betroffene Mitarbeiter auch nach Ansetzung der First gegen die klaren Bewährungsvorgaben verstiess und weiterhin während seiner Arbeitszeit Tätigkeiten für sein privates Unternehmen erledigte. Damit war für das Verwaltungsgericht klar, dass der Betroffene nicht willens war, sich künftig an die sich aus seiner Tätigkeit und dem konkreten Anstellungsverhältnis ergebenden Pflichten und Weisungen zu halten, und stützte den Entscheid der Gemeindepolizei, die Bewährungsfrist vorzeitig abzubrechen und die ordentliche Kündigung auszusprechen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2018.00642 vom 3. April 2019).

Fazit

Wird eine Kündigung eines Arbeitnehmenden aufgrund eines mangelhaften Verhaltens oder einer mangelhaften Leistung ins

Auge gefasst, ist dem Arbeitnehmenden das Fehlverhalten grundsätzlich vorgängig im Rahmen einer (aus-serordentlichen) Mitarbeiterbeurteilung zur Kenntnis zu bringen und ihm eine angemessene Bewährungsfrist unter konkreten Bewährungsvorgaben anzusetzen. Nach Überprüfung der beanstandeten Mängel bzw. nach Ablauf der Bewährungsfrist ist erneut eine (ausserordentliche) Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen, an der über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu befinden ist. Konnte keine abschliessende Überprüfung vorgenommen werden, beispielsweise aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheit oder anderer Umstände, ist dem Arbeitnehmenden eine weitere, allenfalls kürzere, Bewährungsfrist anzusetzen.

Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist oder ein frühzeitiger Abbruch einer laufenden Frist setzt voraus, dass die Bewährungsfrist aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall ihren Zweck nicht erfüllen kann oder wenn der Arbeitnehmende nicht gewillt ist, sein bemängeltes Verhalten zu ändern, und dies auch kundtut. Sowohl der Verzicht als auch der Abbruch haben Ausnahmecharakter. In der Praxis werden strenge Anforderungen an deren Voraussetzungen gestellt. Fehlt es an einem Nachweis, dass die vorangegangene Kritik in der erforderlichen Deutlichkeit erfolgt ist, kann sich die Arbeitgeberin jedenfalls nicht auf den Standpunkt stellen, es sei keine Verbesserung zu erwarten. In der Regel wird die Arbeitgeberin daher eine Bewährungsfrist ansetzen müssen.

… wie weiter?

geschrieben von Dr. Michael Merker | Juni 14, 2021

Der öffentliche Dienst war und ist in der Krise funktionsfähig. Das ist nicht selbstverständlich, aber mit Freude festzustellen. Der Druck, den Weg aus dem Lockdown zu

finden, ist gross. Die verschiedenen politischen Interessen versuchen, die Diskussion zu dominieren und den Bund, die Kantone und Gemeinden unter Zugzwang zu setzen. Wie ist zu reagieren?

Was wir jetzt brauchen, ist Ehrlichkeit. Das heisst: Die Politik, die Exekutiven aller Stufen, die Parlamente (wenn wieder im Dienst) müssen sagen, was sie beabsichtigen und weshalb. Sie müssen gleichzeitig sagen, ob sie Risiken in Kauf nehmen oder nicht, und wenn ja, warum. Was gar nicht geht, ist jetzt, Parteipolitik zu machen. Das hat leider schon in grösserem Umfang angefangen. Die schweizerische Bevölkerung, und dazu gehört auch der öffentliche Dienst, kann sehr wohl entscheiden, ob man bereit ist, gewisse Risiken in Kauf zu nehmen, um die Wirtschaft zu stützen, um das Leben zu leben, wie man es vor COVID-19 hatte, oder ob man das lieber nicht will.

Das ist eigentlich nicht besonders schwierig. Nur fangen jetzt viele an, Geschichten zu erzählen, um eine Lösung durchzusetzen, die sie aus anderen Gründen wollen. Es wird betont, es gäbe nur sehr wenige Kranke, es lohne sich nicht, den Lockdown aufrechtzuerhalten, man müsse jetzt an die Wirtschaft denken. Richtig ist, zu sagen, dass die Rückkehr in die Normalität Todesopfer fordern wird, dass diese aber nicht besonders gross an der Zahl sind und dass man hier im Sinne einer Interessenabwägung für die Wirtschaft Partei ergreifen muss. Und richtig wäre es auch, zu sagen, mit wie vielen Toten zu rechnen ist, wenn man verfährt, wie beabsichtigt. Dann kann die Diskussion geführt werden, und dann tragen auch alle die Mitverantwortung für das Ergebnis.

Das ist die übergeordnete Ebene. Konkret wird es für den öffentlichen Dienst im Detail. Das zeigt exemplarisch die Situation an den Schulen. Wie kann man auf die Idee kommen, den Präsenzunterricht wieder zu erlauben (natürlich mit dem Vorbehalt, es sei ein Schutzkonzept zu erarbeiten und

umzusetzen, das die Schülerinnen und Schüler, die Eltern dieser Schülerinnen und Schüler und die Lehrpersonen schützt), gleichzeitig aber zu sagen, bei dem Wie der Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts handle es sich um schulorganisatorische Massnahmen, bei denen sich der Bund nicht einmischen wolle. Als wenn die Frage, ob ein durchschnittliches Klassenzimmer mit 25 Schülerinnen und Schülern den Abstandsvorschriften des BAG genügt, eine lokale Frage sei. Die Kriterien sind hier vom Bund zu setzen.

Man kann sagen, der öffentliche Dienst müsse bereit sein, dieses Opfer zu bringen, weil das für den Weg aus dem Lockdown wichtig sei; man muss dann aber auch realistisch sagen, dass Ausbildungssituationen wie beschrieben weder den bundesrechtlich vorgegebenen Abstandsvorschriften entsprechen noch in gesundheitlicher Hinsicht sicher sind. Was gar nicht geht, ist zu sagen, das sei nicht besonders gefährlich, weil Schülerinnen und Schüler nicht besonders ansteckend seien und man ja lüften könne. Der öffentliche Dienst ist durchaus bereit, für die Aufgabenerfüllung Risiken einzugehen; er ist aber nicht bereit, sich sagen zu lassen, es handle sich um gar keine Risiken, wenn jedermann klar ist, dass das nicht stimmt. Das ist mit Ehrlichkeit gemeint.

Die Parteipolitik spielt hier keine gute Rolle. Der Bundesrat hat mit klaren Anweisungen (umgesetzt in den COVID-19-Verordnungen) gut durch die Krise geführt. Er hat entschieden und bestimmt, was in den nächsten Tagen und Wochen gelten wird. Die Schnelligkeit, mit der das vorangegangen ist, und die Unmöglichkeit, mit der gleichen Geschwindigkeit an Sitzungen und Versammlungen die Parteipolitik auszurichten, hat zu guten Resultaten geführt. Selbstverständlich darf Notverordnungsrecht nicht der Massstab bleiben; aber es besteht kein Anlass, den Ausstieg aus dem Lockdown nicht ebenso autoritär zu vollziehen, wie dies bis anhin durch den Bundesrat geschehen ist.

Interessenpolitik ist, nachdem sich die Parteipolitik vom

ersten Schrecken erholt hat, wieder wichtig geworden. Plötzlich kann man wieder irgendwelche Behauptungen lesen, weshalb man nun so oder anders verfahren soll und dass überhaupt die Parlamente, die Kantone und Gemeinden wieder Regie führen sollen. Das muss das Ziel sein, klar, das ist verfassungsrechtlich vorgegeben, aber in den nächsten Tagen und Wochen ist davon nicht viel zu erwarten. Die Kantone waren ja nicht einmal in der Lage, sich über die vergleichsweise einfache Frage, ob die Maturität nun mit oder ohne Prüfung – gestützt auf die bisherigen Erfahrungsnoten – erteilt werden soll, zu einigen. Alle machen es unterschiedlich, die einen führen keine Prüfungen durch, die anderen nur schriftliche – und alle mit unterschiedlichen Gewichtungen und Bewertungen. Das versteht eigentlich niemand, das ist aber Realität.

Der Wiedereinstieg ins Arbeitsleben ist eine ungleich wichtigere Frage. Der Entscheid, wie dies geschehen soll, kann nicht regional getroffen werden. Die Grundsätze, die zentralen Massnahmen und Weisungen, sind über die COVID-19-Verordnungen vorzugeben. Alles andere führt zu einem nicht mehr überschaubaren Durcheinander, geleitet, zumindest teilweise, von Partikularinteressen, die dann auch einen wirtschaftlichen Hintergrund und den Aspekt der Vorteilsnahme haben.

Der öffentliche Dienst wird seine Aufgaben erfüllen; das hat er in den letzten Wochen und Monaten bewiesen. Er wird dies umso besser tun, je klarer die Regeln sind und je ehrlicher mit ihm umgegangen wird. Wird gesagt, «ja, das ist ein Risiko», ist das eher akzeptabel, als wenn gesagt wird, «nein, das ist kein Risiko» – aber jedem ist klar, dass das nicht stimmt.

Damit wären wir bei den konkreten Massnahmen:

- Es besteht zurzeit noch kein Anlass, *Abstandsvorschriften* nicht einzuhalten. Da sich der öffentliche Dienst räumlich nicht verdoppeln kann, wird das Homeoffice in der Verwaltung Realität bleiben

müssen. Das wiederum setzt voraus, dass all jene, die sich nicht vorstellen können, dass jemand zu Hause auch tatsächlich arbeitet, von diesem Vorurteil Abschied nehmen. Und auch das ist richtig: Wir brauchen die sozialen Kontakte im Arbeitsumfeld. Allein mit Homeoffice lässt sich das nicht machen. Aber das wird wieder kommen, wenn die COVID-19-Krise vorbei ist.

- Wir werden nach wie vor die *besonders gefährdeten Mitarbeitenden* schützen müssen; das wird nicht einfach sein, weil es davon viele gibt, wenn man auch die nächsten Angehörigen, mit denen man zusammenlebt, miteinbezieht. Es ist (heute noch) inakzeptabel, zu sagen, die Gefährdung bestehe nicht oder sei hinzunehmen. Das verstehen die Betroffenen nicht – und diejenigen, die nicht betroffen sind, werden sich an diesen Umgang mit den Mitarbeitenden erinnern. Sie sagen, das werde nicht so gehandhabt? Das ist ein Irrtum: Bei der Wiedereinführung des Präsenzunterrichts an den Schulen ist vorgesehen, dass die Lehrpersonen ohne weitere Vorkehrungen in den Klassenzimmern vor ihren Schülerinnen und Schülern sitzen. Eine Maskenpflicht wird abgelehnt, weil der Lehrtätigkeit abträglich, das Gleiche gilt für Plexiglaswände und dergleichen; der Vorschlag, man könne die Klassenbestände halbieren, um die notwendige Distanz zu schaffen, wird abgelehnt. Also so unwahrscheinlich, wie man meinen mag, ist der zurzeit noch nicht erklärbare Rückbau des Gesundheitsschutzes nicht.

Gibt der Bundesrat seine Führung, die er bis anhin schnell und effizient wahrgenommen hat, an das Parlament und die Kantone ab, so wird dies zu keinen guten Ergebnissen führen. Das Parlament muss weitsichtig handeln, der Notfallmodus ist auf seine Strukturen nicht zugeschnitten. Und die Kantone sind innert vernünftiger Zeit nicht in der Lage, sich auf gemeinsame Positionen zu einigen. Die Diskussionen in der

Erziehungsdirektorenkonferenz (EDK) haben dies eindrücklich bewiesen – die eingenommenen Standpunkte folgen, wenig erstaunlich, in etwa den Parteilinien. Lässt man zu, dass eine gesundheitlich relevante, grundsätzliche Frage in jedem Kanton (und schlimmer noch, in jeder Gemeinde des betreffenden Kantons) anders entschieden wird, dann nimmt man dem bisher erfolgreichen Konzept des Bundesrates jede Glaubwürdigkeit.

Denn: Soll man an Massnahmen glauben, die ein Kanton durchzusetzen versucht, die aber im Nachbarkanton nicht gelebt werden? Dieser Vorgang wird dazu führen, dass alle Empfehlungen des BAG an Bedeutung verlieren – mit Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit von Notrecht in einer anderen Krise, die hoffentlich nicht kommen wird.