Causa «Ritzmann» – Praxisänderung?

geschrieben von Lea Sturm | Februar 14, 2020

Das Verwaltungsgericht Zürich entschied mit seinem Urteil vom 14. November 2019, dass die von der Universität Zürich im Zusammenhang mit der sog. «Affäre Mörgeli» ausgesprochene Kündigung von Iris Ritzmann nichtig sei. Sie erscheine gänzlich unmotiviert und willkürlich. Dies hat zur Folge, dass sich die Arbeitnehmerin nach wie vor in einer ungekündigten Anstellung befindet. In seiner Begründung verweist das Verwaltungsgericht auf die Evidenztheorie, misst dabei dem Unrechtsgehalt der Kündigung jedoch eine neue Bedeutung zu.

Die Vorgeschichte

Hintergrund des Urteils ist die sogenannte «Mörgeli-Affäre». Im September 2012 publizierte der «Tages-Anzeiger» einen kritischen Artikel über Christoph Mörgeli als damaligen Kurator des Medizinhistorischen Museums der Universität Zürich. Der Zeitungsbericht erwähnte zwei Berichte, welche die Leistung des damaligen Kurators als mangelhaft bezeichneten. Daraufhin reichte die Universität Strafanzeige gegen unbekannt ein. Die Staatsanwaltschaft erhob in diesem Zusammenhang Beweismittel gegen die damalige Mitarbeiterin des Medizinhistorischen Instituts Iris Ritzmann, welche der Amtsgeheimnisverletzung verdächtigt wurde.

Im Oktober 2013 wurde das Anstellungsverhältnis von Iris Ritzmann seitens der Universität Zürich aufgelöst. Der dagegen erhobene Rekurs wurde im Januar 2015 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sistiert. Das Bezirksgericht sprach Iris Ritzmann vom Vorwurf der mehrfachen Amtsgeheimnisverletzung frei. Der Entscheid wurde damit begründet, dass die gegen die Angeklagte erhobenen

Beweismittel unrechtmässig erhoben worden und somit nicht verwertbar seien. Dies wurde im November 2016 vom Bundesgericht bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 1B_26/2016 vom 29. November 2016).

In der Folge wurde das Rekursverfahren betreffend die Kündigung wieder aufgenommen. Im Februar 2019 entschied die Rekurskommission, die Kündigung sei formell mangelhaft erfolgt, und der Rekurrentin seien zwei Monatslöhne als Entschädigung zuzusprechen. Inhaltlich wurde die Kündigung nicht beanstandet. Auch diesen Entscheid zog Iris Ritzmann mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht Zürich weiter und beantragte in der Hauptsache die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung und ihren Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts

Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel

Während die Rekurskommission entschieden hatte, dass die im Strafverfahren unrechtmässig erlangten Beweismittel im personalrechtlichen Verfahren verwendet werden dürften, weil das Interesse an der Wahrheitsfindung das entgegenstehende Interesse der Betroffenen am Schutz des Fernmeldegeheimnisses überwiege, vertritt das Verwaltungsgericht nun die gegenteilige Auffassung.

Das Verwaltungsgericht hält in seinem Entscheid fest, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweismittel bestehe. Dies leite sich direkt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren ab (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung). Das Verbot gelte nicht absolut. Es müsse stets eine Güterabwägung zwischen dem Interesse der betroffenen Person, ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel nicht zu ihren Lasten zu verwenden, und dem öffentlichen Interesse an einer Verwendung des fraglichen Beweismittels

vorgenommen werden. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, ob das fragliche Beweismittel auch rechtmässig hätte erlangt werden können. Dies wurde vom Verwaltungsgericht in vorliegendem Fall verneint. Weiter folgerte das Verwaltungsgericht, dass der konkrete Verdacht gegen die entlassene Mitarbeiterin aber nur aufgrund dieser unrechtmässigen Beweismittel gegründet habe. Somit käme es einem Zirkelschluss gleich, wenn einer Mitarbeiterin gestützt auf rechtswidrig erlangte Beweise gekündigt werde und im Nachhinein geltend gemacht werde, diese Beweise seien trotz ihrer rechtswidrigen Beschaffung zu berücksichtigen, da man sonst nicht wissen könne, ob der richtigen Mitarbeiterin gekündigt worden sei. Ohne die fraglichen Beweismittel, so das Verwaltungsgericht, bestünde diese Unsicherheit gar nicht.

Nichtigkeit der Kündigung

Im Weiteren verweist das Verwaltungsgericht auf seine Rechtsprechung, wonach grundsätzlich kein Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung bestehe. In der Regel könne lediglich die Unrechtmässigkeit einer Kündigung festgestellt und eine Entschädigung zugesprochen werden. Dies gelte nur dann nicht, wenn sich die angefochtene Kündigungsverfügung als nichtig erweise. Die Nichtigkeit bestimme sich nach der sog. Evidenztheorie, wonach ein schwerwiegender Rechtsfehler vorhanden sein muss, welcher offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt. Dies sei namentlich bei schwerwiegenden Verfahrensund Formfehlern der Fall und selten bei ausserordentlich schwerwiegenden inhaltlichen Mängeln. Die strenge Praxis rühre unter anderem daher, dass der gesetzgeberische Wille, keinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, nicht umgangen werden soll.

Im vorliegenden Fall kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Kündigung, für die aufgrund der verwertbaren

Beweisergebnisse, kein einziger Kündigungsgrund ersichtlich ist, gänzlich unmotiviert und willkürlich erscheine. Die schwerwiegende materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung führe zur Nichtigkeit. Anders zu entscheiden, hätte im Ergebnis zur Folge, dass unrechtmässig erlangte und damit grundsätzlich unverwertbare Beweismittel trotzdem Berücksichtigung finden würden. Dies sei rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

Fazit und Anmerkungen

Mangelhafte Verfügungen sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Nichtigkeit ist nur ausnahmsweise anzunehmen – diese Fälle sind selten – und damit ist das vorliegende Urteil von zentralem Interesse. Gemäss der vom Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeführten Evidenztheorie nämlich dann, wenn der Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.

Vorliegend sieht das Verwaltungsgericht den Mangel der Kündigung darin, dass sich diese ausschliesslich auf rechtswidrig erlangte Beweismittel stützt, ohne dass ihnen ein überwiegendes öffentliches Interesse zukomme. Dass dieser Mangel für Laien offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, darf bezweifelt werden, da dazu eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Im Rahmen der Interessenabwägung wäre durchaus auch ein anderes Ergebnis vertretbar. Folgt man der Evidenztheorie, würde es damit bereits an einer für eine Nichtigkeitsannahme notwendigen Voraussetzung fehlen, und das Gericht wäre gehalten, lediglich noch die Unrechtmässigkeit festzustellen und eine Entschädigung zuzusprechen. Vorliegend fügt das Gericht dem bisherigen Prüfschema jedoch einen weiteren Aspekt hinzu, indem es den Unrechtsgehalt der Kündigung analysiert. So kommt das Verwaltungsgericht im vorliegenden Einzelfall zum Schluss,

dass «die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer wiegt, dass eine blosse Feststellung der Unrechtmässigkeit und die Zusprechung einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermöchten». Damit trägt das Verwaltungsgericht der Kritik an der Rechtsfolge bei ungerechtfertigten Kündigungen Rechnung, wonach der meist auf sechs Monatsgehälter limitierte Entschädigungsanspruch bei krass missbräuchlichen Kündigungen zu kurz greife.

Ob mit dem Urteil «Ritzmann» diesbezüglich tatsächlich eine neue Praxis eingeleitet wurde, bleibt vorerst abzuwarten. Sollte das Bundesgericht das verwaltungsgerichtliche Urteil bestätigen, wird dem Unrechtsgehalt einer missbräuchlichen Kündigung künftig eine erhöhte Bedeutung zukommen. Kriterien, nach welchen missbräuchliche Kündigungen, die eine Entschädigungspflicht auslösen, von solchen zu unterscheiden sind, die eine Weiterbeschäftigung zur Folge haben, müssten von der Rechtsprechung entwickelt werden.

Anmerkung

Die Universität Zürich hat das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen, um den Entscheid, die Kündigung sei nichtig und damit nicht gültig, überprüfen zu lassen.

Digitalisierung

geschrieben von Lea Sturm | Februar 14, 2020

Die sogenannte Digitalisierung verändert nicht nur Produktions- und Vertriebsformen, sie hat auch einen grossen Einfluss auf die Arbeit an sich. Durch die Innovationen der digitalisierten Arbeitswelt wird die Arbeit zusehends von Raum und Zeit entkoppelt. Immer mehr werden flexible Arbeitszeiten

geboten und auch gefordert. Was seitens der Arbeitnehmenden zunächst die Hoffnung nach mehr Mobilität und Selbstbestimmung im Alltag weckt, führt zunehmend zu einer Belastung. Besteht die Erwartungshaltung ständig verfügbar zu sein, bleibt die angestrebte Selbstbestimmung aus und weicht zusätzlichem Druck und Belastung. Die Folge ist Stress, der sich negativ auf die Gesundheit auswirkt.

Einleitung

Die anhaltende Digitalisierung, insbesondere die technischen Innovationen im Bereich der Kommunikationswege und -prozesse fördern den Trend hin zu flexiblen Arbeitszeitmodellen zunehmend. Sowohl seitens der Arbeitnehmenden als auch von Arbeitgeberseite werden zunehmend flexible Arbeitszeiten gefordert. Neben dem bekannten Gleitzeitmodell sind weitere sogenannte flexible Arbeitsmodelle wie Jahres- oder Lebensarbeitszeit bis hin zur Vertrauensarbeitszeit nicht aus der Arbeitswelt wegzudenken. In diesem Zusammenhang fällt auch der Begriff der sogenannten Telearbeit: Arbeitsaufträge können auf Zugfahrten oder von zu Hause aus erledigt werden; auch ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten.

Gemäss einer repräsentativen Studie des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) im Jahr 2012 hatten bereits im Jahr 2010 rund 61 Prozent der Arbeitnehmenden flexible Arbeitszeiten. Sie ermöglichen Arbeitnehmenden Gestaltungsmöglichkeiten und Autonomie hinsichtlich ihrer Arbeits- und Freizeit. Bei rund 17 Prozent dieser Arbeitnehmenden wird die Arbeitszeit gemäss der genannten Studie aber weder erfasst noch dokumentiert. Als weiteres Ergebnis ist der Studie zu entnehmen, dass Arbeitnehmende mit einem flexiblen Arbeitszeitenmodell grundsätzlich mehr arbeiten, als vertraglich vereinbart wurde. Arbeitnehmende ohne Zeiterfassung sogar markant mehr und zusätzlich auch deutlich öfter in ihrer Freizeit.

Darin liegt für die Arbeitnehmenden die grösste Gefahr dieser Entwicklung. Regelmässig fällt seitens der Arbeitnehmenden

Kritik an der ständigen Erreichbarkeit ausserhalb der regulären Arbeitszeiten und die dadurch hervorgehende Vermischung von Arbeits- und Freizeit. Die niederschwelligen technischen Möglichkeiten lassen die Arbeitnehmenden dazu verleiten, etwaige Anfragen per E-Mail auch ausserhalb der regulären Arbeitszeiten sofort zu beantworten. Seitens der Arbeitgeber wird dies auch immer mehr erwartet.

Insofern hängt die Digitalisierung in diesem Kontext eng mit der Organisation der Arbeitszeit zusammen. Die Erfassung der Arbeitszeit und die Eigenverantwortung der Arbeitnehmenden sind dabei von zentraler Wichtigkeit.

Es drängt sich daher auf, nachfolgend vom Sinn und Zweck einer gesetzlichen Arbeitszeitenregelung ausgehend, einen kurzen Überblick über die heutige gesetzliche Arbeitszeitenregelung zu geben und im Anschluss auf ihre Eignung in Bezug auf die Digitalisierungsfolgen einzugehen.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Arbeitszeitenregelung

Das am 1. Februar 1966 in Kraft getretene Arbeitsgesetz wurde aufgrund einer Volksinitiative erlassen, mit der die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit verkürzt werden sollte. Eines der Hauptziele des Gesetzes war es, die gesetzlichen Regelungen den damaligen Verhältnissen und Bedürfnissen anzupassen.[1] Unter anderem bestand die Notwendigkeit, die Arbeitszeit zu regeln, insbesondere zu beschränken, um die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten.

Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit ist auch heute im Kontext des Gesundheitsschutzes zu sehen. In Art. 6 Abs. 1 ArG der heute geltenden Gesetzesfassung heisst es, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, alle Massnahmen zu treffen, die zum Schutz der Arbeitnehmergesundheit notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des

Betriebes angemessen sind. Die Pflicht, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen, liegt somit auch in der Pflicht der jeweiligen Arbeitgeber.

Rechtliche Grundlagen der Arbeitszeit im Überblick

Vorbemerkung

Bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen sind die Bestimmungen des jeweiligen Personalgesetzes massgebend. Oft lauten die Bestimmungen ähnlich oder verweisen direkt auf das Arbeitsgesetz, obwohl dieses nicht direkt auf öffentliche Verwaltungen anwendbar ist. Aus diesem Grund wird nachfolgend auf die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes Bezug genommen.

Definition der Arbeitszeit

Das Gesetz definiert die Arbeitszeit als die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; der Weg zu und von der Arbeit gilt nicht als Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 1 Verordnung zum Arbeitsgesetz [ArGV 1]). Ist die Arbeit ausserhalb des Arbeitsortes zu leisten, an dem der Arbeitnehmer normalerweise seine Arbeit verrichtet, und fällt dadurch die Wegzeit länger als üblich aus, so stellt die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit wird durch das Gesetz auf grundsätzlich 45 Stunden begrenzt (Art. 9 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes [ArG]). Sodann bestimmt das Gesetz Ausnahmetatbestände, definiert die notwendigen Voraussetzungen und legt fest, wie allfällige Überzeitarbeiten zu entschädigen sind (Art. 9 Abs. 3 bis 4, Art. 12 ArG).

Überstunden und Überzeit

Wird die vertraglich festgelegte oder die übliche Arbeitszeit überschritten, spricht man von Über-stundenarbeit. Die Überzeitarbeit beginnt dann, wenn die vom ArG vorgeschriebene Höchstarbeitszeit überschritten wird. Die Unterscheidung ist wichtig, weil Überstunden abweichend vom gesetzlichen Standard vertraglich geregelt werden können, Überzeit jedoch nicht.

Arbeitszeit und Ruhezeit

Die Zeiten, während derer Arbeitnehmende grundsätzlich tätig sein dürfen, sind gesetzlich festgelegt. Es gibt sogenannte Tagesarbeit (von 6 Uhr bis 20 Uhr) und Abendarbeit (von 20 Uhr bis 23 Uhr), die beide bewilligungsfrei sind. Die Nachtarbeit sowie die Arbeit an Sonn- und Feiertagen sind verboten (Art. 16 ArG); Ausnahmen sind nur unter strengen Voraussetzungen möglich (Art. 17 ArG; Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1).

Das Gesetz regelt auch die Pausen zur Unterbrechung der Arbeit. Pausen gelten nur dann als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmenden ihren Arbeitsplatz, d.h. den Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes, an dem sie sich zur Ausführung der ihnen zugewiesenen Arbeit aufzuhalten haben, nicht verlassen dürfen (Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1).

Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung auf die digitale Arbeit

Bereits der zeitliche Kontext, in welchem das ArG entstand, zeigt, dass die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit auf dem Verständnis beruht, dass die Arbeitnehmenden ihre Tätigkeit an einem zugewiesenen Arbeitsplatz zu bestimmten Zeiten verrichten. Das Recht geht davon aus, dass die Arbeit an einem bestimmten Ort verrichtet wird. Die heutigen Möglichkeiten im Zusammenhang mit den digitalen Hilfsmitteln wie Handys, Laptops, Tablets etc., die es den Arbeitnehmenden ermöglichen – sie allenfalls dazu verpflichten –, die ihnen zugewiesenen

Aufgaben überall und zu jeder Zeit zu erledigen, sind daher gerade nicht explizit abgebildet. Ungeachtet, oder gerade weil der Ruf nach flexiblen Arbeitszeitmodellen auch seitens der Arbeitgeber gross ist, akzentuiert sich das mit den Arbeitszetienregelungen verfolgte Schutzziel jedoch zusehends. So sind nach dem heutigen Verständnis nicht nur diejenigen Tätigkeiten, welche an einem (oder mehreren) zugewiesenen Arbeitsorten verrichtet werden, als Arbeitszeit zu qualifizieren. Die Lehre präzisiert die rechtliche Definition der Arbeitszeit heute auch dahingehend, dass jede Zeitspanne, in welcher der Arbeitnehmende mit Willen des Arbeitgebers eine Arbeitstätigkeit vornimmt, zur Arbeitszeit gehört; unabhängig davon, an welchem Ort und zu welcher Zeit dies geschieht. Umso wichtiger ist es, dass sich der Arbeitgeber, aber auch die Arbeitnehmenden selbst einen Überblick über den Arbeitseinsatz verschaffen. Das derzeit aus rechtlicher Sicht zentrale Mittel ist daher die Arbeitszeiterfassung.

Fazit

Grundsätzlich sind die Arbeitszeiten in den Personalgesetzen, allenfalls mit Verweis auf das Arbeitsgesetz, genau festgelegt. Auch wenn die Personalgesetze und das Arbeitsgesetz keine spezifischen Regeln zur digitalen Welt enthalten, kann eine disziplinierte Arbeitszeiterfassung ein wirksames Instrument zur Verhinderung von gesundheitsgefährdenden Arbeitszeitüberschreitungen darstellen. Dies liegt insbesondere auch in der Verantwortung der Arbeitnehmenden selbst.

Auf der anderen Seite sind auch die Arbeitgeber aufgrund der stetigen Weiterentwicklung gefordert, das Thema Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit der Digitalisierung aufzunehmen und weiterzuverfolgen. Zu denken ist dabei unter anderem an digitale Schulungen, Nutzungsvereinbarungen, interne Weisungen oder sogar Abschaltvorrichtungen oder die Trennung vom Server bzw. die Sperrung des digitalen Zugangs am

Wochenende, nachts und in den Ferien.

Probezeit bei Stellenwechsel – arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

geschrieben von Lea Sturm | Februar 14, 2020

Im Zuge eines Stellenwechsels innerhalb einer Verwaltungseinheit wurde mit der Arbeitnehmerin A. eine erneute, dreimonatige Probezeit vereinbart. In der Folge wurde der Arbeitnehmerin A. während der Probezeit gekündigt. Für diesen Zeitraum wurde sie krankgeschrieben. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit der Frage der Zulässigkeit der zweiten Probezeit sowie den anwendbaren Kündigungs- und Sperrfristen zu beschäftigen.

Sachverhalt

A. trat am 13. Juni 2016 ihre Stelle im Dienst der Luftwaffe (Einsatz Luftwaffe), Gruppe Verteidigung, Kommando Operationen, an. Sie absolvierte die dreimonatige Probezeit erfolgreich, im Anschluss wurden ihre Leistungen nur noch als «genügend» bewertet. Trotz diverser Standortgespräche konnte die Zusammenarbeit nicht verbessert werden. Per 1. März 2018 trat A. eine neue Stelle innerhalb derselben Behörde an. Es wurde ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer (erneuten) Probezeit von drei Monaten vereinbart. Während der (zweiten) Probezeit wurde A. mitgeteilt, dass das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit aufgelöst werde. Eine einvernehmliche Auflösungsvereinbarung kam nicht zustande. Bevor A. die Verfügung, mit welcher das Arbeitsverhältnis mit einer

Kündigungsfrist von sieben Tagen aufgelöst wurde, zugestellt wurde, teilte sie mit, dass sie krankgeschrieben sei.

A. vertrat den Standpunkt, die Kündigung verletze aufgrund ihrer Erkrankung die gesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften, welchen sie als mehrjährige Mitarbeiterin unterstehe. Darüber hinaus sei die erneute Probezeit und damit die siebentägige Kündigungsfrist unzulässig. Der Arbeitgeber vertrat demgegenüber die Auffassung, die erneute Probezeit und die daraus resultierende verkürzte Kündigungsfrist sei aufgrund des Stellenwechsels und dem damit verbundenen neuen Aufgabenbereich gerechtfertigt.

Dauer der Probezeit

Das Bundesverwaltungsgericht stellte zunächst fest, dass für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen.

Sodann erläuterte das Bundesverwaltungsgericht Sinn und Zweck der Probezeit gemäss der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Die Probezeit diene einerseits dem Arbeitnehmer, um einen Eindruck vom Arbeitsumfeld zu gewinnen. Andererseits soll sie dem Arbeitgeber ermöglichen, die Eignung und die Fähigkeiten des neuen Arbeitnehmers zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund schliesse auch Art. 29 Abs. 2 Bundespersonalgesetz (BPG) eine zweite Probezeit nach einem internen Stellenwechsel nicht explizit aus. Eine erneute Probezeit sei jedoch nur dann zulässig, wenn zwischen den bestehenden Parteien von einem neuen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden könne. Dies sei insbesondere nach einem längeren Arbeitsunterbruch oder bei der Übernahme einer völlig neuen Funktion der Fall. Eine erneute Probezeit bilde also die Ausnahme.

In öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen müsse die

Ansetzung einer erneuten Probezeit auch zwingend verhältnismässig sein. Das heisst, die Ansetzung einer zweiten Probezeit muss geeignet sein, um das mit ihr verfolgte Ziel auch tatsächlich zu erreichen, und es muss sich um das mildeste Mittel handeln. Letztlich muss das angestrebte Ziel auch in einer vernünftigen Relation zur gewählten Massnahme, also der erneuten Probezeit, stehen.

Im vorliegenden Fall stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die erneute Probezeit zwar ein geeignetes Mittel dafür darstellte, dass A. ihr neues Arbeitsumfeld kennenlernen konnte und ihre Leistungen durch den Arbeitgeber überprüft werden konnten. Aus der Gegenüberstellung der Anforderungsprofile der beiden Aufgabenbereiche sei jedoch keine Erforderlichkeit für eine zweite Probezeit ersichtlich. Für beide Stellen werde eine vergleichbare Grundbildung verlangt, und auch die Entlöhnung sei praktisch identisch. Darüber hinaus würden für die erste Stelle spezifische Fachkenntnisse verlangt, welche für die zweite Stelle nicht erforderlich seien. Somit lägen die Anforderungen der zweiten Arbeitsstelle sogar deutlich unter denjenigen der ersten.

Die Probezeit erscheine, insbesondere vor dem Hintergrund, dass A. in ihrer ersten Arbeitsstelle bereits mehr als zwei Jahre tätig war und sie bereits vom ordentlichen Kündigungsschutz profitiert habe, als unzumutbar. Insgesamt sei das private Interesse von A. am ordentlichen Kündigungsschutz höher zu gewichten als das Interesse des Arbeitgebers, die Fähigkeiten von A. einer erneuten Überprüfung zu unterziehen bzw. das Interesse des Arbeitgebers an der kurzen Kündigungsfrist.

Als Zwischenergebnis erwies sich somit sowohl die erneute Ansetzung der Probezeit als auch die mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen ausgesprochene Kündigung als rechtswidrig.

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Im Weiteren hatte das Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob die Kündigung im vorliegenden Fall nichtig war, da sie aufgrund der Erkrankung von A. während einer gesetzlichen Sperrfrist ausgesprochen wurde.

Dazu führte das Bundesverwaltungsgericht in analoger Anwendung von Art. 336c OR aus, dass einem Arbeitnehmer, der ohne eigenes Verschulden durch Unfall oder Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, nicht gekündigt werden dürfe. Eine Kündigung während einer solchen sogenannten Sperrfrist sei qualifiziert rechtswidrig und damit grundsätzlich nichtig.

Interessant sind die weiteren Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, worunter eine Verhinderung der Arbeitsleistung verstanden wird, die sich auf einen konkreten Arbeitsplatz beschränkt, während im Übrigen und insbesondere auch im Privatleben kaum Einschränkungen bestehen. Liegt eine solche arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor, greift der Kündigungsschutz von Art. 336c OR nämlich ausnahmsweise nicht.

Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes, so das Gericht, sei, «die Arbeitnehmenden in den Zeiten, in denen sie in der Regel kaum Chancen bei der Stellensuche haben, weil sie von einem Arbeitgeber in Kenntnis des Grundes der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würden, vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen». Bei einer allgemeinen Arbeitsunfähigkeit, das heisst, bei unverschuldeter, vollständiger Verhinderung an der Arbeitsleistung durch Krankheit oder Unfall und einer analog eingeschränkten Einsatzfähigkeit im Privatleben, sei der Arbeitnehmer für einen bestimmten im Gesetz definierten Zeitraum geschützt. Handle es sich demgegenüber um eine sogenannte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, also eine

Verhinderung der Arbeitsleistung bezogen auf den Arbeitsplatz, sei der Arbeitnehmende ausserhalb der konkreten Arbeitsstelle normal einsatzfähig und insbesondere nicht daran gehindert, eine andere Stelle zu finden und anzutreten. Mit anderen Worten bedürfe ein Arbeitnehmender, bei welchem eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliege, nicht des gesetzlichen Schutzes. Ob es sich in einem konkreten Fall um eine arbeitsplatzbezogene oder eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit handle, müsse jeweils anhand medizinischer Untersuchungen und Gutachten beurteilt werden. Die Beweispflicht für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liege gemäss der allgemeinen Beweislastregel nach Art. 8 ZGB beim Arbeitgeber, und für das Beweismass gelte ebenfalls das «Regelbeweismass der an Sicherheit geltenden Wahrscheinlichkeit».

Vorliegend verneinte das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, da der vom Arbeitgeber beigezogene Vertrauensarzt sich lediglich auf ärztliche Berichte betreffend vorbestandener Gesundheitsstörungen gestützt habe und weder eine medizinische Untersuchung von A. vorgenommen, noch mit ihr über die konkrete Arbeitssituation gesprochen habe. Der Beweis, es habe sich bei der Gesundheitsstörung von A. lediglich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gehandelt, sei daher nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gelungen.

Anmerkungen

Grundsätzlich darf eine Probezeit höchstens bis zu der gesetzlich festgelegten Höchstdauer vereinbart werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht im vorgestellten Urteil eingangs feststellt, ist auch eine zweite Probezeit grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme für eine Vereinbarung über eine zweite Probezeit im Zuge eines internen Stellenwechsels fällt nur dann in Betracht, wenn die neue Stelle andere, höhere

Anforderungen an den Arbeitnehmenden stellt. Dafür ist stets eine einzelfallbezogene Überprüfung der fraglichen Stellenprofile vorzunehmen. Nebst den notwendigen Fachkenntnissen und der dafür verlangten Grundbildung sind insbesondere auch allfällige Arbeitserfahrungen des Arbeitsnehmenden in die Prüfung miteinzubeziehen, zumal eine zweite Probezeit im Bereich des öffentlichen Rechts auch stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen hat. Eine zweite Probezeit muss also nicht nur geeignet sein, die Fähigkeiten des Arbeitnehmenden zu prüfen, vielmehr muss diese auch notwendig sein. Selbst wenn eine neue Stelle im Vergleich zur ersteren allenfalls weitere Fachkenntnisse verlangt, ist eine zweite Probezeit je nach Erfahrung des betreffenden Arbeitnehmenden nicht notwendig bzw. unverhältnismässig. Bleibt das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei einem Stellenwechsel an sich unverändert, besteht keine Grundlage für eine erneute Probezeit und die damit verbundenen erleichterten Kündigungsbedingungen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass mittels einer erneuten Probezeit gesetzliche Kündigungsfristen und Schutzbestimmungen umgangen werden. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund brisant, dass eine Kündigung während der Probezeit auch dann möglich ist, wenn ein langjähriger Mitarbeitender unglücklicherweise während der zweiten Probezeit erkrankt oder schwanger wird. Es würde sich dabei wohl die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit stellen, aber der Kündigungsschutz im Sinne der Sperrfristen für die Arbeitnehmenden greift erst nach Ablauf der (zweiten) Probezeit. Um allfälligen Missbräuchen oder Rechtsungleichheiten vorzubeugen, wird im Bereich des öffentlichen Rechts bereits auf Verordnungsstufe immer mehr vorgesehen, dass bei einem Stellenwechsel innerhalb einer Verwaltungseinheit grundsätzlich keine neue Probezeit vereinbart werden darf (vgl. Art. 29 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals und Ausführungsbestimmungen der Stadt Zürich).

Ein in den letzten Jahren zunehmendes Phänomen stellt die

sogenannte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit dar, mit welchem sich das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls befasst hat. Arbeitgeber sehen sich gehäuft damit konfrontiert, dass sich Arbeitnehmende nach einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz oder im Zusammenhang mit einer angekündigten oder bereits ausgesprochenen Kündigung aus psychischen Gründen krankschreiben lassen. Nicht selten kommen seitens der Arbeitgeber Zweifel an der plötzlich aufgetretenen Arbeitsunfähigkeit auf.

Wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausführte, ist die gesetzlich definierte Sperrfrist auf Fälle von allgemeinen und nicht rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeiten ausgerichtet. Vermutet der Arbeitgeber eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit und will eine Kündigung aussprechen, liegt die Beweislast bei ihm. Im Streitfall liegt es somit am Arbeitgeber, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass es sich im konkreten Fall um eine rein arbeitsplatzbezogene Einschränkung handelt. Es ist naturgemäss schwierig, diesen Beweis zu erbringen. Zumal sich auch ein allfälliger Vertrauensarzt im Rahmen der Beurteilung der fraglichen psychischen Beeinträchtigungen unter anderem auf kaum überprüfbare Angaben des Patienten abstützen muss. Wie dem vorliegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu entnehmen ist, stehen auch den Gerichten in solchen Situationen kaum andere Optionen offen, als sich bei der Beurteilung und Einschätzung einer strittigen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auf die entsprechenden ärztlichen Gutachten abzustützen. Aus diesem Grund dürften Fälle, in denen der Sperrfristenschutz nicht anwendbar ist, weiterhin die Ausnahme bilden.

Big Brother

geschrieben von Lea Sturm | Februar 14, 2020

Vor Kurzem wurden an einer Hochschule von Mitarbeitenden Sensoren in Unterrichts- und Sitzungsräumen und auch in Büros entdeckt. Gemäss Aussage der Hochschule dienen die Sensoren der genauen Ermittlung der Raumbelegung. Aufgrund der daraus gewonnenen Erkenntnisse soll die Planung der Raumeinteilung optimiert werden. Die Mitarbeitenden der Hochschule fühlen sich durch die Sensoren gestört und befürchten eine Überwachung der Präsenzzeiten (Artikel 20min vom 3. Mai 2019).

Immer wieder tauchen im Zusammenhang mit dem Thema Überwachung am Arbeitsplatz Fragen hinsichtlich deren Zulässigkeit auf. Seien es die eingangs erwähnten Sensoren, das Mithören von Telefonaten durch den Vorgesetzten oder dessen Zugriff auf die E-Mail-Accounts von Mitarbeitenden: Sowohl seitens des Arbeitgebers als auch seitens der Arbeitnehmenden bestehen oft grosse Unsicherheiten darüber, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen solche Überwachungsmassnahmen rechtlich zulässig sind.

Grundsatz

Der Arbeitgeber hat auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden gebührend Rücksicht zu nehmen, er muss die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden achten und schützen. Somit sind im Grundsatz Überwachungs- und Kontrollsysteme, die der Verhaltensüberwachung der Mitarbeitenden dienen, illegal (Art. 26 Abs. 1 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [ArGV3]).

Zulässig sind auf rein technische oder sachliche Kriterien begrenzte Kontrollen, die keinen Bezug zur Person des Arbeitnehmers nehmen. Anerkannt ist der Einsatz von Überwachungssystemen zur Überwachung von Produktionsabläufen, aus Sicherheitsgründen und in bestimmten Fällen auch für die Leistungsüberwachung. Sind Überwachungs- oder Kontrollsysteme

aus solchen Gründen erforderlich, sind sie dennoch so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV3).

Interessenabwägung

Einem allfälligen berechtigten Interesse eines Arbeitgebers an einer bestimmten Überwachungsmassnahme stehen immer die Rechte der Arbeitnehmenden auf den Schutz ihrer persönlichen Integrität entgegen. Auch wenn also ein berechtigtes Interesse an einer Massnahme durch den Arbeitgeber besteht, muss dieses das Interesse der Mitarbeitenden am Schutz ihrer Privatsphäre überwiegen.

Ein überwiegendes Interesse an einer Überwachungsmassnahme ist insbesondere dann anzunehmen, wenn es um Sicherheitsaspekte geht. Zu denken ist dabei an eine Videoüberwachung von Kassenbereichen oder von unübersichtlichen Parkplätzen. Auch kann die Einhaltung von Reglementsbestimmungen oder Weisungen zur Dokumentenverwaltung oder der Schutz anderer Arbeitnehmenden vor Mobbing ein berechtigtes Interesse an einer Überwachungsmassnahme darstellen, ebenso wie eine Messung von Kundenfrequenzen oder eine Analyse des durchschnittlichen Verhaltens von bestimmten Kundenkategorien. Unzulässig wäre es jedoch, Mitarbeitende unter einem solchen Vorwand mit GPS-Trackern auszustatten und ihnen aufgrund deren Auswertung beispielsweise vorzuhalten, sich zu lange mit einem Arbeitskollegen aufgehalten zu haben. Dies würde einer unzulässigen Verhaltensüberwachung gleichkommen.

Im Fall der Hochschule Luzern war diversen Artikeln zu entnehmen, dass die rund 500 Infrarotsensoren in Unterrichts- und Sitzungsräumen sowie in den Büros Aufschlüsse über die Raumbelegung geben sollen, um die Ausnutzung der entsprechenden Räume zu optimieren und damit dem bestehenden Platzmangel entgegenzuwirken. Dazu würden die Sensoren aufzeichnen, ob, wann und in welchen Zonen sich Personen

aufhalten sowie die Raumtemperatur und die Luftfeuchtigkeit messen. Sofern dazu keine personenbezogene Datenauswertung erfolgt, wie von der Hochschule bestätigt, stellt dieser Zweck ein berechtigtes, das Interesse der Mitarbeitenden am Schutz ihrer Persönlichkeit überwiegendes Interesse dar.

Verhältnismässigkeit der Überwachungsmassnahme

Liegen sachliche Gründe für eine bestimmte Überwachungsmassnahme vor und überwiegen die Interessen an dieser Massnahme das Interesse der Arbeitnehmenden am Schutz ihrer Privatsphäre, muss die fragliche Massnahme in Bezug auf den mit ihr verfolgten Zweck zusätzlich auch vor dem Prinzip der Verhältnismässigkeit standhalten. Das heisst, die Massnahme muss geeignet und insbesondere für das angestrebte Ziel erforderlich sein, mit anderen Worten darf der Zweck der Überwachungsmassnahme nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden können, welches weniger stark in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden eingreift. Letztlich muss die Massnahme auch in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

Im Falle der Hochschule Luzern stellt sich daher die Frage, ob die Datensammlung mittels der angebrachten Sensoren tatsächlich erforderlich ist, zumal die Raumbelegung – zumindest die Unterrichts- und Sitzungsräume – allenfalls auch mittels Abgleich der Stundenpläne und der Klassenspiegel ermittelt werden könnten.

Sodann ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch die zeitliche Komponente bzw. die Einsatzdauer der entsprechenden Massnahme zu beachten. Bestimmte Zwecke verlangen keine permanente Überwachung, und spätestens bei der Erreichung des angestrebten Ziels ist der weitere Einsatz nicht nur nicht mehr erforderlich und damit unverhältnismässig, sondern wird auch nicht mehr durch ein berechtigtes Interesse

gerechtfertigt. So mag es zum Zweck der Optimierung der Raumbelegung zulässig sein, dass eine Hochschule in Unterrichts- und Sitzungsräumen sowie in bestimmten Büros Sensoren anbringt, sobald die für die Analyse notwendige Datensammlung jedoch abgeschlossen ist, entfällt das überwiegende Interesse an den Sensoren, sie müssen entfernt werden.

Abhören von Telefongesprächen

Ohne ein entsprechendes Reglement ist unklar, ob Arbeitnehmende zur privaten Telefonnutzung berechtigt sind. Bestehen keine ausdrücklichen Einschränkungen, wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass private Telefonate in einem gewissen Rahmen vom Arbeitgeber geduldet sind und keine Überwachung besteht.

Von Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz geführte Telefongespräche dürfen nur aus Gründen der Leistungskontrolle oder aus Sicherheitsgründen mitgehört oder gar aufgezeichnet werden. Darüber hinaus müssen die entsprechenden Mitarbeiter darüber eindeutig und rechtzeitig in Kenntnis gesetzt werden und damit einverstanden sein.

Ein sachlicher Grund für das Abhören von Telefonaten besteht beispielsweise dann, wenn ein Verbot Auslandsgespräche über das Geschäftstelefon zu führen, in einem Nutzungsreglement festgehalten ist. Das Abhören stellt grundsätzlich auch ein taugliches Mittel dar, um einen diesbezüglichen Missbrauchsverdacht zu klären. Trotzdem erweist sich diese Überwachungsmassnahme allenfalls als unverhältnismässig, da das damit verfolgte Ziel auch durch eine technische Vorrichtung, welche Auslandsanrufe verhindert oder eine vorgängige Autorisierung verlangt, erreicht werden kann. Ist eine solche mildere Massnahme zur Erreichung eines definierten Ziels denkbar, erweist sich die Telefonüberwachung als unverhältnismässig und damit unzulässig. Sodann ist auch die zeitliche Komponente zu überprüfen, zumal bestimmte Zwecke

keine andauernde Überwachung verlangen. So kann es beispielsweise zum Zweck der ökonomischen Optimierung zulässig sein, die zurückgelegten Fahrwege von Firmenfahrzeugen zu erfassen und auszuwerten; dürfen die Fahrzeuge aber auch privat genutzt werden, muss die technische Überwachungsmassnahme während der Freizeit ausgeschaltet sein.

Überwachung des E-Mail-Verkehrs

Das personenbezogene Auswerten der Logdaten bezüglich des «Surfen» und «Mailen» am Arbeitsplatz ist grundsätzlich nicht zulässig (Art. 26 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz). Der Einsatz von Key-Loggern und anderen Überwachungsprogrammen, welche jede Tätigkeit der Mitarbeitenden am Computer erfassen, ist daher ohne richterliche Anweisung verboten, ebenso wie der flächendeckende sogenannte Content Scanner, welcher jedes gesendete oder erhaltene E-Mail auf vordefinierte Stichwörter untersuchen und entsprechend reagieren kann (Sperrung/Löschung der E-Mail, Benachrichtigung des Systemadministrators oder auch der vorgesetzten Person). Ohnehin ist die Tauglichkeit solcher Programme fragwürdig, da sie durch das Ausschreiben von Spezialzeichen oder durch eine verklausulierte Sprache leicht umgangen werden können.

Videoüberwachung

Auch visuelle Kontrollsysteme dürfen grundsätzlich nicht zur Überwachung der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz eingesetzt werden. Für die Installation einer Videoüberwachungsanlage in einem Unternehmen ist auch Art. 13 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu beachten. Er hält in Übereinstimmung mit Art. 26 ArGV3 fest, dass eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist.

Werden beispielsweise an Kassen aus Sicherheitsgründen Videoüberwachungsanlagen eingesetzt, sind sie so anzubringen

und anzuordnen, dass die Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden. Das heisst insbesondere, dass bei einer Videoüberwachung aus Sicherheitsgründen die Arbeitnehmenden nicht oder nur ausnahmsweise von der Kamera erfasst werden dürfen. Auch dies ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip geschuldet, zumal die angestrebte Sicherheit keine Überwachung der Mitarbeitenden erfordert.

Folgen einer unzulässigen Überwachung

Der Einsatz von unzulässigen Überwachungsmassnahmen stellt eine Verletzung von Art. 26 ArGV3 dar, was durch das Arbeitsinspektorat geahndet wird, und für die betroffenen Arbeitnehmenden stellen sie eine Persönlichkeitsverletzung bzw. eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dar. Die betroffenen Arbeitnehmenden haben die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber eine Zivilklage zu erheben, um die Datenbearbeitung zu sperren und zu löschen und um zu verhindern, dass Daten an Dritte bekannt gegeben werden. Unter Umständen bestehen auch Genugtuungs- und Entschädigungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber, und letztlich stellt die Persönlichkeitsverletzung auch ein Kündigungsgrund für die Arbeitnehmenden dar, wobei allfällige nachträgliche Konkurrenzverbote wegfallen.

Darüber hinaus kann eine nicht gesetzeskonforme Überwachung von Mitarbeitenden auch strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Werden Gespräche von Mitarbeitenden ohne ihre Einwilligung aufgenommen, kann ein Verstoss gegen Art. 179bis des Strafgesetzbuches (StGB) vorliegen, was mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden kann. Sodann kann auch das Anfertigen von Videoaufnahmen ohne Einwilligung der Mitarbeitenden gemäss Art. 179quater StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe geahndet werden.

Arbeitszeugnis

geschrieben von Lea Sturm | Februar 14, 2020

Als Werbemittel sind Arbeitszeugnisse für Arbeitnehmende unverzichtbar und können entscheidenden Einfluss auf eine berufliche Laufbahn haben. Die Verfassung von Arbeitszeugnissen erfordert daher nebst einer hohen Beurteilungs- auch eine hohe Sprachkompetenz. Eine besondere Herausforderung besteht insbesondere dann, wenn die Leistungen oder das Verhalten des zu beurteilenden Arbeitnehmers unbefriedigend waren. Regelmässig steht der Verfasser des Arbeitszeugnisses dabei vor der Frage: was muss ins Arbeitszeugnis aufgenommen werden?

Das Arbeitszeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Bewerbers/der Bewerberin geben. Daher muss das Arbeitszeugnis wahr, vollständig und wohlwollend formuliert sein, wobei im Grundsatz Wahrheit vor Wohlwollen steht. Unbefriedigende Leistungen und Verhaltensweisen sind im Arbeitszeugnis nur soweit zu nennen, als dass diese für das Arbeitsverhältnis prägend waren und für die Gesamtbeurteilung erheblich sind. Vorkommnisse von untergeordneter Natur und isolierte Einzelfälle sind hingegen unerheblich und nicht im Zeugnis aufzuführen.

Zum Kriterium der Erheblichkeit im Allgemeinen

Nicht in ein Arbeitszeugnis gehören kleine Verfehlungen wie seltenes Zuspätkommen, eine einmalige Auseinandersetzung mit Vorgesetzten oder anderen Mitarbeitenden und punktuelle Leistungsabfälle. Ebenso wenig sind persönliche oder familiäre

Probleme des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin zu nennen. Darunter fallen auch Alkohol- oder Drogenkonsum, sofern sich diese nicht auf das Arbeitsverhältnis auswirken. Unzulässig ist deren Nennung im Arbeitszeugnis insbesondere dann, wenn sich der Konsum nicht nachweisen lässt, es sich als um reine Verdachtsmomente handelt.

Bei der Beurteilung der Erheblichkeit von einzelnen Punkten ist sodann auch die Art der Tätigkeit von Bedeutung. Das gelegentliche Zuspätkommen von Mitarbeitenden, die keinen Kundenkontakt zu pflegen haben, ist nicht gleichbedeutend wie wenn ein Buschauffeur zu spät zur Arbeit erscheint oder eine Mitarbeiterin mit Vorbildsfunktion. Im Rahmen der Gesamtbeurteilung ist ferner auch die die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Bei einer langen Anstellung sind vereinzelte Auseinandersetzungen oder Leistungsabfälle sicherlich anders zu gewichten als bei einer kurzen, lediglich ein paar Monate andauernden, Anstellung.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass ungenügende oder sogar schlechte Bewertungen in einem Arbeitszeugnis oftmals zu Streitigkeiten und gerichtlichen Verfahren führen, in welchen sich oft Beweisproblematiken stellen.

Strafrechtliche Verfehlungen im Besonderen

Begeht ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin im Rahmen der Arbeitstätigkeit oder gegenüber dem Arbeitgeber eine Straftat, ist diese im Arbeitszeugnis grundsätzlich zu nennen. Andernfalls riskiert der ehemalige Arbeitgeber gegenüber dem neuen Arbeitgeber Haftungsansprüchen ausgesetzt zu sein, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin auch gegenüber seinem neuen Arbeitgeber straffällig wird. Dies ist dann relativ unproblematisch, wenn bereits eine strafrechtliche Verurteilung erfolgte. Wurde die Verfehlung des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin zwar entdeckt und zur Anzeige gebracht,

die strafrechtliche Untersuchung jedoch noch nicht abgeschlossen, besteht lediglich ein Verdachtsmoment und eine Beurteilung durch den Arbeitgeber ist nicht möglich. Gemäss Rechtsprechung kommt dem Arbeitgeber in solchen Fällen das Recht zu, mit der Ausstellung des Arbeitszeugnisses zuzuwarten, bis das Strafverfahren abgeschlossen ist. Will der Arbeitgeber bereits vor Abschluss des Strafverfahrens ein Zeugnis ausstellen, hat er die Möglichkeit im Zeugnis auf die mutmassliche Verfehlung hinzuweisen. Dass es dabei insbesondere um das aufgrund des Verdachtsmoment erschütterte Vertrauensverhältnis geht und nicht um die zu diesem Zeitpunkt lediglich vermutete Straftat hat sich dabei auch in der Formulierung des Hinweises niederzuschlagen. Nur so kann einerseits das Wahrheitsgebot und andererseits das Verbot der reinen Verdachtsäusserung gewahrt werden.

Arbeitsunfähigkeit im Besonderen

Ein weiteres heikles Thema bezüglich des Inhalts eines Arbeitszeugnisses sind längere Absenzen von Arbeitnehmenden. Grundsätzlich hat sich der Arbeitgeber nicht anzumassen, in einem Arbeitszeugnis Angaben über den Gesundheitszustand eines Mitarbeitenden zu machen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Krankheiten jedoch dann in einem Arbeitszeugnis zu erwähnen, wenn diese einen erheblichen Einfluss auf die Leistung oder auf das Verhalten von Mitarbeitenden haben oder die Eignung zur Arbeitserfüllung in Frage stellen. Eine geheilte Krankheit darf jedoch nicht erwähnt werden.

Ferner sind nach der Rechtsprechung auch im Verhältnis zur gesamten Anstellungszeit längere Absenzen im Arbeitszeugnis zu erwähnen, da die Dauer eines Anstellungsverhältnisses auf die Erfahrung von Arbeitnehmenden schliessen lässt. Das Verschweigen einer längeren Abwesenheit würde daher ein falsches Bild über die Berufserfahrung abgegeben und somit dem Wahrheitsgebot widersprechen. Grundsätzlich nicht erforderlich

ist die Nennung des Grunds für die Abwesenheit, zumal die Beurteilung der Arbeitserfahrung nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob der Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit abwesend war oder er sich ein Sabbatical genommen hat. Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung haben Arbeitnehmende jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Abwesenheitsgrund verschwiegen wird, wenn der Arbeitgeber diesen im Zeugnis angibt. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass «ein potentieller Arbeitgeber die Abwesenheit hinterfragen und sich nach den Gründen erkundigen» werde. Nicht die Angabe von Abwesenheitsgründen lasse Raum für Spekulationen, sondern deren Nichterwähnung. Dies liege nicht im Interesse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin.

Wahrheit, Wohlwollen – und Vollständigkeit

Wie eingangs erwähnt, muss ein Arbeitszeugnis wahr sein, es darf also keine Falschaussage enthalten. Gleichzeitig soll das Arbeitszeugnis wohlwollend sein und das berufliche Fortkommen des Arbeitsnehmers unterstützen. Dass die zwei Begriffe Wahrheit und Wohlwollen im Einzelfall ein Spannungsfeld erzeugen, liegt auf der Hand. Davon zeugt auch ein der unlängst am Bezirksgericht Zürich behandelte Fall: Ein Unternehmer weigert sich partout, einem ehemaligen Mitarbeiter ein Zeugnis auszustellen, dessen Wortlaut vom Arbeits- und Obergericht in einem vorgelagerten Verfahren vorgeben wurde. Nach Angaben des Unternehmers entsprächen die vom Gericht positiv formulierten Passagen zur Arbeitsleistung nicht der Wahrheit. Das Zeugnis wie vom Gericht verlangt auszustellen, würde ihn zum Lügner machen (Urteil des Bezirkgerichts Zürich GC 190009 vom 2. April 201, noch nicht rechtkräftig).

Auch wenn es sich bei dem vorgenannten Fall um einen Einzelfall handeln dürfte, illustriert dieser zu welchem Dilemma die zwei Grundsätze Wahrheit und Wohlwollen führen können: Einerseits müssen allfällige negative Auffälligkeiten

genannt werden, da ansonsten gegen das Wahrheitsgebot verstossen wird, andererseits darf das Arbeitszeugnis das Fortkommen des Arbeitnehmers nicht unnötig erschweren und ist daher wohlwollend zu formulieren.

In der Praxis wird das Dilemma oft dadurch gelöst, dass Unzufriedenheiten seitens des Arbeitgebers durch das Weglassen von lobenden Adjektiven zum Ausdruck gebracht wird oder auf überschwängliche Abschiedsformeln verzichtet wird. Die Bedeutung solcher «Auslassungen» ist hinreichend bekannt und fallen auch potentiellen Arbeitgebern auf. Seitens des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin ist daher vermehrt darauf zu achten, ob das ausgestellte Arbeitszeugnis nicht nur wohlwollend formuliert, sondern auch vollständig ist.