Freistellung – Anspruch auf Beschäftigung?!

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

In einem bereits im Jahr 2010 gefällten, jedoch erst viel später publizierten Urteil setzte sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit der Frage nach der Rechtmässigkeit einer Freistellung auseinander. Der Beschwerdeführer vertrat die Auffassung, die erfolgte Freistellung habe sein Persönlichkeitsrecht verletzt und sei somit widerrechtlich erfolgt. Demgegenüber erachtete die Arbeitgeberin die erfolgte Freistellung im Interesse des Arbeitsklimas, welches aufgrund nicht bestätigter Mobbing-Vorwürfe durch den Beschwerdeführenden gelitten habe, als angemessen.

Sachverhalt

A. war mehrere Jahre am Universitätsspital angestellt, zuletzt als Oberarzt. Nachdem A. seinem Vorgesetzten Mobbing vorwarf, wurde seine Einstellung im Amt verfügt (Anmerkung: Unter Einstellung im Amt wird der Verzicht auf die Arbeitsleistung ohne Kündigung verstanden), befristet bis zum Ende der Administrativuntersuchung. A. kündigte das Arbeitsverhältnis. Kurz darauf – nachdem der Schlussbericht der Mobbing-Untersuchung vorlag – wurde seine Freistellung (Anmerkung: Unter Freistellung wird der Verzicht auf die Arbeitsleistung während der Kündigungsfrist unter Lohnfortzahlung verstanden) verfügt. Dagegen rekurrierte A. beim zuständigen Spitalrat und beantragte in der Hauptsache, es sei festzustellen, dass die Verfügung widerrechtlich und ihm eine Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen auszurichten sei. Der Spitalrat wies den Rekurs ab, soweit er darauf eintrat. Dagegen erhob A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Entscheid

Das Verwaltungsgericht wies zunächst darauf hin, dass das

Bundesgericht auf Beschwerden gegen Freistellungen oder vorläufige Dienstenthebungen unter Lohnfortzahlung grundsätzlich nicht eintrete. Dies mit der Begründung, dass kein effektiver Anspruch auf Beschäftigung bestehe und solche Massnahmen für den betreffenden Arbeitnehmer oder die betreffende Arbeitnehmerin keine Nachteile zur Folge hätten. Demgegenüber gehe das Verwaltungsgericht davon aus, dass eine Einstellung im Amt oder eine Freistellung trotz Lohnfortzahlung in die Rechte der Betroffenen eingreifen könne: Dies treffe jedenfalls dann zu, wenn die Einstellung im Amt oder die Freistellung – wie im vorliegenden Fall – eine Persönlichkeitsverletzung darstellen könne. Diesfalls bestehe ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Person an der Klärung der Frage, ob die Einstellung im Amt oder die Freistellung rechtmässig war oder nicht.



Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der erfolgten Freistellung stellte das Verwaltungsgericht im Weiteren fest, dass eine solche grundsätzlich zulässig ist, sofern sie im öffentlichen Interesse bzw. im Interesse des Freistellenden

liege und verhältnismässig sei. Indes könne nicht an der früher herrschenden Lehre festgehalten werden, welche das Recht auf (Weiter-)Beschäftigung (allein) von bestimmten Berufskategorien abhängig machte. Vielmehr könne eine Arbeitsbefreiung grundsätzlich für jeden Arbeitnehmenden kränkend sein und eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, zumal Arbeit nicht mehr als blosser Broterwerb, sondern (auch) als Verwirklichung der Persönlichkeit gelte. Ob sich daraus im Einzelfall ein Anspruch auf Beschäftigung ergebe, müsse anhand einer Interessenabwägung ermittelt werden.

Im konkreten Fall ermittelte das Verwaltungsgericht zunächst die Interessen des freigestellten Oberarztes. Dabei stellte das Gericht fest, dass A. primär in der Forschung tätig war und durch die Freistellung in seiner Persönlichkeit, in seiner Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit und in seinen Urheberrechten verletzt wurde. Das Interesse von A., welches in der Verhinderung dieser Verletzungen liege, sei letztlich höher zu gewichten als das Interesse der Arbeitgeberin, welches die Freistellung in erster Linie damit begründete, dass die sich als unbegründet erwiesenen Mobbing-Vorwürfe das Vertrauensverhältnis zerstört hätten und das Arbeitsklima durch das Fernhalten von A. beruhigt werden könne. Folglich erachtete das Gericht die Freistellung in diesem konkreten Fall als ungerechtfertigt und sprach A. eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohns zu.

Anmerkungen

Während die herrschende Lehre früher nur solchen Berufsgruppen ein Beschäftigungsanspruch zusprach, deren wirtschaftliches Fortkommen bei Nichtbeschäftigung beeinträchtigt wurde (namentlich bei Berufssportlern und Künstlern), spricht die überwiegende Lehrmeinung heute allen Arbeitnehmenden ein Recht auf Beschäftigung zu. Dies gründet auf der Erkenntnis, dass grundsätzlich jede Arbeit die Möglichkeit nach Persönlichkeitsentfaltung in sich birgt und eine Freistellung (oder Einstellung im Amt) grundsätzlich für jeden

Arbeitnehmenden kränkend und sogar persönlichkeitsverletzend sein kann. Dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich dieser Auffassung folgt und den Betroffenen bei einer etwaigen Persönlichkeitsverletzung durch zwangsweisen Arbeitsentzug ein schutzwürdiges Interesse für deren Überprüfung zuerkennt, ist zu begrüssen. Zumal die Frage, ob eine Einstellung im Amt oder eine Freistellung gerechtfertigt ist, letztlich nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall ermittelt werden kann. Bislang konnte sich die Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich jedoch weder in den anderen Kantonen flächendeckend noch beim Bundesgericht durchsetzen.

MLaw Lea Sturm

Nebenbeschäftigung einer Lehrerin als Sexualtherapeutin – zulässig?

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

In einem im September 2021 ergangenen Urteil musste sich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit der Kündigung einer langjährig angestellten Fachlehrperson, aufgrund eines angeblich mangelhaften Verhaltens im Zusammenhang mit der Ausübung einer Nebentätigkeit als Sexualberaterin und -therapeutin, beschäftigen.

Sachverhalt

A. war seit 1999 mit einem Teilzeitpensum an einer Schule als Fachlehrperson tätig. Nachdem A. im März 2019 aufgrund ihrer guten Mitarbeiterbeurteilung seitens ihrer Arbeitgeberin für

die nächsten vier Jahre Stufenanstiege gewährt wurden und man sich bei ihr für ihr grosses Engagement bedankte, löste die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis Ende März 2019 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf. Hintergrund war, dass A. ihre Arbeitgeberin Mitte März 2019 darüber informierte, dass sie ein Diplomlehrgang als Sexualtherapeutin absolviert habe, sich weiter zur Sexualberaterin und -therapeutin ausbilden lasse und auch beabsichtige, künftig als solche, auf selbstständiger Basis, im Rahmen einer Nebenbeschäftigung tätig zu sein.

Einige ihrer Schülerinnen und Schüler hätten die zu diesem Zweck erstellte Website entdeckt, weswegen A. darum bat, dass den Schülerinnen und Schülern auf deren Nachfrage hin in Ruhe erklärt würde, dass es sich dabei um eine rein therapeutische Arbeit handle. Anlässlich eines am Tag darauf geführten Gesprächs wurde A. mitgeteilt, dass die Schule die Auffassung vertrete, die Nebentätigkeit als Sexualtherapeutin lasse sich nicht mit ihrer Tätigkeit als Volksschullehrerin vereinbaren. Es bestünde die Gefahr, dass die Klassenführung darunter leide und ihre Autorität untergraben werde.



Aus diesem Grund wurde A. vor die Wahl gestellt, ihre (künftige) Nebentätigkeit aufzugeben, zu kündigen oder gekündigt zu werden. Nach einigen Tagen gab A. auf Nachfrage hin an, zwar lieber selber kündigen zu wollen, aber in Anbetracht dessen, dass sich ihre selbstständige Tätigkeit als Therapeutin erst im Aufbau befinde, darauf angewiesen sei, dass ihr gekündigt werde. Die Kündigung erfolgte prompt: Die Schulpflege löste das Anstellungsverhältnis mit Verfügung vom 26. März 2019 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf. Nachdem der gegen die Kündigung erhobene Rekurs von der Bildungsdirektion Ende 2020 abgewiesen wurde, gelangte A. mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht.

Entscheid

Das Verwaltungsgericht hält zunächst fest, dass die fragliche Nebenbeschäftigung in den Schutzbereich der in Art. 27 der Bundesverfassung (BV) verankerten Wirtschaftsfreiheit falle. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer

privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freien Ausübung. Ein mit dem Verbot einer Nebenbeschäftigung einhergehender Grundrechtseingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 BV).

Anders als die Bildungsdirektion als Vorinstanz sah das Verwaltungsgericht im vorliegenden Fall kein ausreichendes öffentliches Interesse, welches die Kündigung rechtfertigen würde. Die von A. im Rahmen ihrer Nebenbeschäftigung angebotenen Dienstleistungen seien weder mit erotischen Darstellungen noch mit einer (vulgären) sexuellen Sprache beworben worden. Auch könne davon ausgegangen werden, dass Schülerinnen und Schüler einer Sekundarschule die Nebenbeschäftigungen, welche Aktivitäten wie Atemübungen, Bodyscan, Gespräche, Körperreisen, Meditation, (Selbst-)Berührung und Stimmcoaching beinhalte, korrekt einzuordnen vermögen würden; zumindest nach entsprechender Aufklärung Auch sei nicht ersichtlich, dass die Glaubwürdigkeit oder die Autorität von A. aufgrund ihrer Nebentätigkeit gelitten hätte – auch diesbezüglich würdigte das Gericht das Alter der von A. unterrichteten Sekundarschülerinnen und -schülern. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung sei insgesamt nicht ersichtlich, inwiefern die Schulpflege aufgrund der Reaktionen der Schülerinnen und Schüler habe darauf ausgehen dürfen, die (künftige) Nebentätigkeit sei grundsätzlich dazu geeignet, ihre Klassenführung zu beeinträchtigen sowie ihre Autorität und Glaubwürdigkeit zu untergraben.

Letztlich erweist sich die ausgesprochene Kündigung aus Sicht des Gerichts auch als unverhältnismässig. Zumal mit der ausgesprochenen Kündigung gerade nicht das mildeste Mittel gewählt wurde, um den befürchteten Autoritäts- und Glaubwürdigkeitsverlust von A. und den negativen Einfluss auf das Ansehen der Schule massgeblich zu reduzieren bzw. zu minimieren. So hätte es nach gerichtlicher Auffassung ohne Weiteres ausgereicht, wenn A. im Rahmen ihres

Internetauftritts und ihrer Eigenwerbung auf Begrifflichkeiten wie «Sexualität» o. Ä. verzichtet hätte, wozu sie sich ohne Weiteres bereit erklärt habe.

Insgesamt sei die Schulpflege zu Unrecht davon ausgegangen, dass A. beabsichtigte, in ihrer Freizeit einer unzulässigen Nebenbeschäftigung nachzugehen bzw. man hätte ihr mit Blick auf den verfassungsmässigen Schutz der Wirtschaftsfreiheit nicht verbieten dürfen, diese auszuüben. Die Kündigung erfolgte daher grundlos bzw. ohne einen sachlichen Kündigungsgrund.

MLaw Lea Sturm,
Rechtsanwältin

(K)ein Bier am Arbeitsplatz

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

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

Angehörigenbetreuung und Betreuungsurlaub für Kinder

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

Bislang hatten Arbeitnehmende Anspruch auf einen Urlaub von bis zu drei Tagen für die Betreuung kranker Kinder sowie einen zeitlich begrenzten Lohnfortzahlungsanspruch für die Betreuung und Pflege eigener Kinder, des Ehe- oder eingetragenen Partners.

Kein solcher Anspruch bestand für die Betreuung von anderen verwandten Personen wie Eltern oder Geschwister und auch nicht für andere nahestehende Personen, beispielsweise den Lebenspartner. Auch bestand kein Anspruch auf Erwerbsersatz bei längeren Abwesenheiten des Arbeitnehmenden aufgrund eines Betreuungs- oder Pflegefalls. Dies ändert nun mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung.

Am 20. Dezember 2019 nahm das Parlament in seiner Schlussabstimmung das neue Gesetz über die Verbesserung von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung an; das Referendum wurde nicht ergriffen. Das Gesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung wird in zwei Etappen in Kraft gesetzt: Seit dem 1. Januar 2021 gelten die Regelungen betreffend Lohnfortzahlungspflicht bei kurzen Arbeitsabwesenheiten von Angehörigen. In einer zweiten Etappe wird ein 14-wöchiger Urlaub für die Betreuung von schwerkranken oder verunfallten Kindern eingeführt. Die dafür relevanten Bestimmungen treten am 1. Juli 2021 in Kraft.

1. Etappe: Bezahlte Kurzurlaube zur Angehörigenbetreuung

Seit dem 1. Januar 2021 haben Arbeitnehmende nicht nur für die Betreuung von Kindern einen Anspruch auf Freistellung und Lohnfortzahlung von bis zu drei Tagen, sondern auch für die Betreuung von Familienmitgliedern oder des Lebenspartners bzw. der Lebenspartnerin (Art. 329g des Obligationenrechts und Art. 36 Abs. 3 des Arbeitsgesetzes).

Als *Familienmitglieder* gelten Verwandte in auf- und absteigender Linie, neben den Kindern also auch die Eltern, Grosseltern und Geschwister. Hinzu kommen die Ehegattin oder der Ehegatte und die Schwiegereltern sowie die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner, sofern die oder der mit dem Arbeitnehmenden seit mindestens fünf Jahren in einem gemeinsamen Haushalt wohnt.

Für den bezahlten Betreuungsurlaub wird ferner vorausgesetzt, dass das Familienmitglied oder der Lebenspartner bzw. die Lebenspartnerin durch Krankheit, Unfall oder eine Behinderung beeinträchtigt ist. Der Nachweis der *Beeinträchtigung* ist mittels eines Arztzeugnisses zu belegen.

Die vorausgesetzte *Notwendigkeit* der Betreuung hängt einerseits vom Betreuungsbedarf (Art der Beeinträchtigung, Alter des Kindes etc.), aber auch davon ab, ob allenfalls andere Personen die Betreuung in zumutbarer Weise übernehmen können. Das können auch Personen ausserhalb des Haushaltes sein, die jedoch in der Nähe wohnen.

Die *Dauer* des Kurzurlaubs ist auf die erforderliche Dauer, höchstens aber auf drei Tage pro Ereignis, begrenzt. Als ein Ereignis gilt eine einzelne, spezifische Beeinträchtigung. Der Kurzurlaub kann also höchstens einmal mit einer maximalen Dauer von drei Tagen pro Ereignis beansprucht werden. Dies auch dann, wenn es sich um eine Langzeitbeeinträchtigung handelt, die länger andauert oder immer wieder auftritt. Bei

mehreren Ereignissen gilt ferner eine jährliche Obergrenze von zehn Tagen, unabhängig davon, ob es dabei immer um die Betreuung derselben Person oder von unterschiedlichen Personen geht. Von dieser zehntägigen Obergrenze ausgenommen ist die Betreuung von beeinträchtigten Kindern.

2. Etappe: Betreuungsurlaub und Betreuungsentschädigung bei gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern

Anspruchsvoraussetzungen
Künftig, d.h. ab dem 1. Juli 2021, wird erwerbstätigen Eltern ein Urlaub von bis zu 14 Wochen zur Betreuung ihres wegen Krankheit, Unfall oder einer Behinderung *schwer beeinträchtigten* minderjährigen Kindes gewährt.

Der Anspruch auf Betreuungsurlaub setzt voraus:

- dass ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht;
- dass beim Kind eine schwere gesundheitliche Beeinträchtigung vorliegt;
- dass die Eltern berufstätig sind und
- dass die Erwerbstätigkeit zur Kindesbetreuung unterbrochen wird.

Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht durch Geburt, beim Vater durch die Ehe, Vaterschaftsanerkennung oder durch gerichtliche Feststellung. Ferner begründet auch die Adoption ein Kindesverhältnis. Nicht massgeblich ist der Zivilstand der Eltern. Anspruchsberechtigt sind die Eltern ferner nur dann, wenn das Kind minderjährig ist.

Die Beeinträchtigung des Kindes muss *schwer* sein. Nach der gesetzlich normierten Definition liegt eine schwere Beeinträchtigung vor, wenn:

- eine einschneidende Veränderung des körperlichen oder

psychischen Zustands des Kindes eingetreten ist;
- der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist und
- ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht.

Demgegenüber liegt eine mittlere – und damit nicht anspruchsbegründende – Beeinträchtigung beispielsweise dann vor, wenn die Krankheit oder der Unfall des Kindes zwar einen Spitalaufenthalt oder regelmässige Arztbesuche bedingt und auch den Alltag erschwert, im Unterschied zur schweren Beeinträchtigung aber mit einem positiven Ausgang zu rechnen ist (Diabetes, Lungenentzündung, Knochenbrüche etc.).

Letztlich setzt der Anspruch auf einen Betreuungsurlaub voraus, dass mindestens eines der Elternteile erwerbstätig ist (Arbeitnehmer, Selbstständigerwerbender oder Mitarbeiter mit Barlohn im Betrieb der Ehefrau oder des Ehemannes) und die Erwerbstätigkeit zur Betreuung des Kindes unterbrochen werden muss. Die Notwendigkeit der Pflege durch mindestens einen Elternteil ist mittels Arztzeugnis zu bestätigen.

Kein Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung besteht dann, wenn das Kind mit einer schweren Beeinträchtigung geboren wird. In diesen Fällen besteht Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Ein Anspruch auf Betreuungsentschädigung greift allenfalls im Anschluss an die Mutterschaftsentschädigung, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Dauer des Betreuungsurlaubs und finanzielle Entschädigung

Für den entschädigten Bezug des Betreuungsurlaubs gilt eine Rahmenfrist von 18 Monaten, welche nicht mit dem Eintritt der schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung zu laufen beginnt,

sondern an dem Tag, für welchen das erste Taggeld bezogen wird. Innerhalb der 18-monatigen Rahmenfrist kann der Betreuungsurlaub am Stück oder tageweise bezogen werden. Sind beide Elternteile erwerbstätig, hat jeder einen Anspruch auf je maximal sieben Wochen Betreuungsurlaub, sofern sie sich nicht auf eine davon abweichende Aufteilung einigen. Eine geänderte Aufteilung muss vom Arbeitgeber nicht genehmigt werden, muss darüber aber informiert werden.

Wie beim Mutterschutz erfolgt die Betreuungsentschädigung in Form von Taggeldern. Da auch an freien Tagen (beispielsweise Samstage und Sonntage) ein Entschädigungsanspruch besteht, hat eine anspruchsberechtigte Person Anspruch auf maximal 98 Taggelder, aber nur auf 70 Urlaubstage. Das Taggeld entspricht 80% des durchschnittlichen Einkommens und ist auf Fr. 196.00 pro Tag begrenzt.

Sind die Taggelder ausgeschöpft oder ist die Rahmenfrist von 18 Monaten abgelaufen, endet der Anspruch. Ausserdem endet er auch dann, wenn eine der übrigen Voraussetzungen entfällt; zum Beispiel, wenn das Kind gesundheitlich nicht mehr schwer beeinträchtigt ist. Kein Beendigungsgrund liegt vor, wenn das Kind während der laufenden Rahmenfrist volljährig wird.

Exkurs: Vaterschaftsurlaub und Vaterschaftsentschädigung

Ebenfalls seit dem 1. Januar 2021 haben die meisten Väter einen Anspruch auf einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub, wenn ihr Kind nach dem 31. Dezember 2020 zur Welt gekommen ist. Vorausgesetzt wird, dass der Vater in den neun Monaten vor der Geburt obligatorisch bei der AHV versichert und in dieser Zeit während mindestens fünf Monaten erwerbstätig war. Kein Anspruch besteht bei einer Adoption.

Der Vaterschaftsurlaub kann innert einer Rahmenfrist von sechs Monaten, welche mit der Geburt zu laufen beginnt, tage- oder wochenweise bezogen werden; der Bezug darf zu keiner

Ferienkürzung führen. Entschädigt wird der Vaterschaftsurlaub über die Erwerbsersatzordnung. Das Taggeld beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor dem Beginn des Entschädigungsanspruches und beträgt analog zur Mutterschaftsentschädigung maximal Fr. 196.00 pro Tag.

Causa «Ritzmann» – Keine Praxisänderung

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

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.

Überbrückungsrente

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

Am 19. Juni 2020 verabschiedete das Parlament ein neues

Gesetz, um die soziale Sicherheit älterer Arbeitslosen zu verbessern. Mit 48 400 Unterschriften, die bis zum Ende der Referendumsfrist am 8. Oktober 2020 zusammenkamen, wurden die für das Referendum nötigen 50 000 gültigen Unterschriften knapp verfehlt. Gemäss dem neuen Gesetz sollen arbeitslose Personen, die nach dem 60. Altersjahr von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert werden, bis zum Bezug der Altersrente unter bestimmten Voraussetzungen Überbrückungsleistungen erhalten.

Der Verlust der Arbeitsstelle ist für alle Betroffenen schwierig. Für jüngere Erwerbslose ist es in der Regel aber einfacher, sich wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Laut einem Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) dauert die Stellensuche von über 50-Jährigen 1,5 Mal länger als die gesamtschweizerische Durchschnittsdauer und mehr als doppelt so lange wie diejenige der 15 bis 24-jährigen Stellensuchenden. Insbesondere Erwerbslose über dem 55. Altersjahr sind sodann einem hohen Langzeitarbeitslosenrisiko ausgesetzt.

Trotz des gesetzlich verankerten speziellen Entschädigungs-/Taggeldsystems, welches ihnen bei einer Beitragszeit von mindestens 22 Monaten einen Anspruch auf maximal 520 Taggelder gewährt, droht bei älteren Arbeitslosen vermehrt die Gefahr einer Negativspirale.

Erlischt der Anspruch auf die Arbeitslosenentschädigung, müssen die Betroffenen auf ihr Vermögen und auf ihr Altersguthaben zurückgreifen. Nicht selten müssen sie letztlich Sozialhilfeleistungen beziehen. Dies führt letztlich dazu, dass die Altersleistungen bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters stark reduziert werden. Um dies zu verhindern, stellte der Bundesrat im Mai 2019 mehrere Massnahmen vor, die im Rahmen der Arbeitslosenversicherung umgesetzt werden sollen. Dazu gehören insbesondere:

- kostenlose Standortbestimmung, Potenzialanalyse und

Laufbahnberatung für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über 40 Jahren;
- Anrechnung von Aus- und Weiterbildungen;
- Impulsprogramm für schwer vermittelbare Stellensuchende (z. B. Coaching, Mentoring, Beratung);
- Zugang zu Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen für über 60-jährige ausgesteuerte Erwerbslose.

Gegenstand des neuen Bundesgesetzes über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) ist die Deckung des Existenzbedarfes von Arbeitslosen, die trotz aller Massnahmen und aller Bemühungen um Wiedereingliederung in die Arbeitswelt keine neue Arbeitsstelle finden und nach Erreichung des 60. Altersjahres aus der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert werden.

Voraussetzungen für Überbrückungsleistungen

Überbrückungsleistungen stehen nur Personen zu, deren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Vollendung des 60. Altersjahres erlischt. Darüber hinaus müssen zur Anspruchsberechtigung folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die anspruchsberechtigte Person muss mindestens 20 Jahre mit einem jährlichen Erwerbeinkommen in der Höhe der BVG-Eintrittsschwelle (Betrag 2020: Fr. 21 330.00) versichert gewesen sein; mindestens fünf der insgesamt 20 Beitragsjahre müssen nach dem 50. Altersjahr liegen;
- Die berechtigte Person darf nicht bereits einen Anspruch auf eine Altersrente der AHV oder eine Invalidenrente der IV haben;
- Das Reinvermögen darf bei Alleinstehenden nicht mehr als Fr. 50’000 und bei Ehepaaren nicht mehr als Fr. 100’000 betragen; der Ertrag aus Wohneigentum wird dem Einkommen angerechnet; nicht berücksichtigt wird hingegen der Wert von selbstbewohntem Wohneigentum;

- Zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Überbrückungsleistungen muss die berechtigte Person ihren Wohnsitz zwingend in der Schweiz haben.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, werden die Überbrückungsleistungen grundsätzlich bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters ausgerichtet. Wird die Altersrente vorbezogen und ist zu diesem Zeitpunkt bereits absehbar, dass ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen zur ordentlichen Altersrente besteht, endet die Berechtigung auf Bezug von Überbrückungsleistungen.

Höhe der Überbrückungsleistungen

Die Höhe der Überbrückungsleistungen entspricht der Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen. Die Berechnung entspricht damit grundsätzlich derjenigen für die Ergänzungsleistungen, unterscheidet sich davon aber in zwei Punkten:

- Die Pauschale für den allgemeinen Lebensbedarf ist bei der Überbrückungsleistung 25% höher als bei den Ergänzungsleistungen; damit werden insbesondere die Krankheits- und Behinderungskosten abgegolten;
- Die Überbrückungsleistung ist nach oben begrenzt; Mit Fr. 43 762 pro Jahr für Alleinstehende und Fr. 65 644 pro Jahr für Ehepaare beträgt die Obergrenze den 2,25-fachen Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf der Ergänzungsleistungen.



Ausblick

Rund 2 600 Personen werden jährlich im Alter von 60 Jahren ausgesteuert. Das Bundesamt für Sozialversicherungen geht davon aus, dass sich die Anzahl Anspruchsberechtigter nach einer Einführungsphase auf durchschnittlich rund 4 400 Personen pro Jahr einpendelt.

Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes sollen sowohl dessen finanzielle Auswirkungen sowie dessen Effekt auf die Arbeitslosigkeit und die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen evaluiert werden. Über Umsetzung und Wirkung des Gesetzes hat der Bundesrat dem Parlament Bericht zu erstatten und aufgrund der in den fünf Jahren gesammelten Erfahrungen Anpassungen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe vorzubringen, sofern es der Zweck des Gesetzes, nämlich die soziale Absicherung älterer Ausgesteuerter zu verbessern, erfordert.

Arbeiten auf Bewährung

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

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.

«Der tut nix!»

geschrieben von Lea Sturm | Mai 23, 2022

Beamtenwitze halten sich hartnäckig, und selten wird der Ausdruck «Beamte» mit Tugenden wie Fleiss, Ausdauer oder Disziplin gleichgesetzt. Dies sicher zu Unrecht. Erstaunlich ist die Hartnäckigkeit der Vorurteile gegenüber Staatsangestellten aber insbesondere deswegen, weil es «die Beamten» in der Schweiz schon seit dem Jahr 2002 nicht mehr gibt. Mit Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes am 1. Januar 2002 wurde die Wahl auf Amtsdauer durch eine kündbare öffentlich-rechtliche Anstellung ersetzt: Aus Beamten wurden Angestellte.

Im 19. Jahrhundert waren die Rechte und Pflichten von Staatsangestellten sehr lückenhaft in einzelnen Verordnungen geregelt. Eine einheitliche Ordnung wurde immer mehr zum Anliegen, welchem mit dem am 30. Juni 1927 vom Parlament verabschiedeten Beamtengesetz nachgekommen wurde. In der Botschaft hiess es dazu: «Das Volk wünscht Ordnung und Sicherheit; diesem Zwecke dient die Staatsverwaltung. Um ihre Beständigkeit zu sichern, vertraut es die Verwaltung nicht einer privatwirtschaftlichen Unternehmung, sondern Beamten an.»

Das Beamtengesetz regelte das Dienstverhältnis der Bundesbeamten und bildete das Gegenstück zum privaten Arbeitsvertrag gemäss dem Obligationenrecht (OR). Nicht alle in der Verwaltung Beschäftigten waren Beamte, massgebend war ein Ämterverzeichnis. Sodann wurden Beamte – anders als in Deutschland und in Österreich – nicht auf Lebenszeit in ein Amt ernannt bzw. berufen. Vielmehr wurde der Begriff des «Beamten» schon damals für einen auf eine bestimmte Zeitdauer gewählten Amtsinhaber verwendet.

Das heisst, die Beamten wurden schon damals nicht auf Lebzeiten, sondern nur für eine bestimmte Amtszeit gewählt.

Eine Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Wahlbehörde vor Ablauf der drei- oder vierjährigen Amtszeit kam jedoch nur aus wichtigen Gründen in Frage. Solche Gründe waren namentlich Dienstuntauglichkeit, Konkurs oder bei den weiblichen Beamtinnen deren «Verehelichung».

Über 65 Jahre und 20 Revisionen des Beamtengesetzes später wurde die Personalpolitik des Bundes Ende der 90er-Jahre zum Politikum, nachdem der Bericht der Geschäftsprüfungskommission vom Februar 1998 das Fehlen einer einheitlichen Personalpolitik und unklare Kompetenzen bemängelte. Im Dezember 1998 lag der Entwurf zum Bundespersonalgesetz vor. Zentraler Bestandteil des im März 2000 verabschiedeten Gesetzes war die Abschaffung des Beamtenstatus. Die Wahl für eine Amtsdauer wurde durch eine öffentlich-rechtliche Anstellung ersetzt.

Mit der Abschaffung des Beamtenstatus wurden flexiblere Arbeitsverhältnisse geschaffen. Neu war insbesondere, dass die ehemaligen Beamten nun auch kündbar wurden. Nicht nur bei Vorliegen von «wichtigen Gründen», sondern auch aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen sowie wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhalten.

Der bedeutendste Unterschied zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung liegt seit dem Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes vom 1. Januar 2002 im Kündigungsschutz. Der zeitliche Kündigungsschutz bereitet bezüglich der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung kaum Probleme. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sieht das Obligationenrecht (OR) gewisse Sperrfristen vor, in denen nicht gekündigt werden darf und deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit der Kündigung führt.

Auch bei den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen ist ein zeitlicher Kündigungsschutz vorgesehen, indem die Dienstordnung entweder direkt auf die Bestimmungen des OR

verweist oder selber entsprechende Sperrfristen vorsieht. Während in den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in sachlicher Hinsicht jedoch der Grundsatz der Kündigungsfreiheit gilt, eine Kündigung also ohne Anführung eines speziellen Grundes ausgesprochen werden kann, darf einem Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt.

Ein solcher ist namentlich in einer mangelhaften Arbeitsleistung zu erblicken oder bei fehlendem Bedarf vorliegend. Sodann kann eine Kündigung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses formfrei erfolgen, während es im öffentlichen Recht für die Gültigkeit der Kündigung meist der Schriftform sowie einer vorgängigen Mahnung und einer Bewährungsfrist bedarf. Der Grund für diesen unterschiedlich ausgestalteten Kündigungsschutz liegt darin, dass sich die Parteien in den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen auf gleicher Stufe gegenüberstehen, während den öffentlich-rechtlich Angestellten der Staat als Hoheitsträger gegenübersteht … sowie unzählige Beamtenwitze, die sich auch seit dem Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes vor rund 18 Jahren nicht verändert haben.