Probezeitkündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis – Zulässigkeit und Schranken

geschrieben von Dr. Michael Merker | März 3, 2025

Die Voraussetzungen für eine Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis sind während der Probezeit tiefer. Wie tief die Voraussetzungen tatsächlich sind, hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-2634/2022 vom 2. August 2023 mit deutlichen Worten beschrieben. Ein sachlicher Kündigungsgrund ist zwar nach wie vor notwendig, allerdings reicht es (bereits) aus, wenn eine reibungslose Zusammenarbeit und effiziente Verwaltungstätigkeit in Frage gestellt erscheinen. Was das konkret bedeutet, ist anhand des erwähnten Urteils zu besprechen.

Das Urteil

Sachverhalt

A. nahm am 15. Februar 2022 ihre Beschäftigung beim Bundesamt für Strassen (ASTRA) auf, womit gleichzeitig die dreimonatige Probezeit begann. Beim ersten Probezeitgespräch vom 24. März 2022 wurde festgehalten, dass die zu beurteilende Zeit aufgrund von ferienbedingter Abwesenheit der Vorgesetzen und krankheitsbedingter Abwesenheit von A. sehr kurz ausgefallen sei. Am 1. April 2022 kann es zu einem Vorgesetztenwechsel.

Am 13. April 2022 erteilte der neue Vorgesetzte A. eine Mahnung, in welcher ihre Leistungen und ihr Verhalten als mangelhaft beurteilt wurden. A. wurde eine Frist bis zum 11. Mai 2022 gesetzt, um ihr Verhalten und ihre Leistung zu verbessern, andernfalls das Arbeitsverhältnis aufgelöst würde. Am 22. April 2022 kam es zu einem weiteren Gespräch zwischen

A. und ihrem Vorgesetzen, in welchem erneut Leistungsdefizite von A. thematisiert wurden. A. reichte am 2. Mai 2022 eine Stellungnahme beim HR ein. Sie führte aus, dass ihr Vorgesetzter keinen Überblick habe und Arbeitsanweisungen nicht richtig lesen könne, wodurch ihr ein «absoluter Mehraufwand» resultiere. Da sich die Leistung und das Verhalten von A. nicht verbesserten, fand am 6. Mai 2022 ein erneutes Gespräch statt.

Am 12. Mai 2022 wurde A. die Absicht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses in der Probezeit mündlich mitgeteilt. Gleichzeitig wurde ihr ihm Rahmen des rechtlichen Gehörs, die Möglichkeit eingeräumt, bis am 16. Mai 2022 Stellung zu nehmen. In der Stellungnahme machte A. geltend, dass ihr Vorgesetzter sich seiner Aufgaben nicht bewusst sei, er könne Teamsitzungen nicht qualifiziert führen und seine Kompetenzen als Vorgesetzter seien zu bezweifeln.

Mit Verfügung vom 17. Mai 2022 kündigte das ASTRA das Anstellungsverhältnis mit A. in der Probezeit. Als Kündigungsgrund nannte das ASTRA *mangelndes Einvernehmen* zwischen A. und ihrem Vorgesetzen.

Gegen die Kündigungsverfügung gelangte A. ans Bundesverwaltungsgericht. Strittig war, ob die Voraussetzungen für eine Kündigung in der Probezeit erfüllt waren. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte dies.

Rechtsgrundlagen

Nach der Gesetzgebung des Bundespersonalrechts kann das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis in der Bundesverwaltung während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen aus sachlichen Gründen, unter anderem wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG), ordentlich gekündigt werden (Art. 12 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 30a Abs. 1 BPV).

Art. 6 Abs. 2 BPG statuiert, dass für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) gelten, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen.

Weder das BPG noch die BPV enthalten nähere Angaben zu den Gründen, aus welchen ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgelöst werden kann. Massgebend sind daher nebst der hierzu bereits ergangenen Rechtsprechung auch die Bestimmungen und die dazugehörende Praxis zum OR.

Zweck der Probezeit

Das Bundesverwaltungsgericht nahm zunächst Bezug auf den Zweck der Probezeit und erwog, dass die Probezeit den Vertragsparteien die Gelegenheit gibt, eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung durch gegenseitige Erprobung vorzubereiten. Es handelt sich demnach um eine lockere Vertragsbindung, die darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können. Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist ein Ausfluss der Vertragsfreiheit. Bei Abschluss des Vertrages liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Diese Abschlussfreiheit wirkt in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Die zulässige «Willkür» entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen (E. 4.2).

Kein rechtsleerer Raum – Notwendigkeit eines sachlichen Kündigungsgrunds

Gleichzeitig hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass ein Probearbeitsverhälts kein rechtleerer Raum darstelle; dies gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 Bundesverfassung [BV]). Auch wenn weder das BPG bzw. die BPV noch das OR die Rechtmässigkeit einer Kündigung während der Probezeit explizit vom Vorliegen bestimmter Gründe abhängig machen, muss eine Kündigung während der Probezeit sachlich begründet sein (E. 4.3).

(Tiefere) Anforderungen an den sachlichen Kündigungsgrund

Da die Probezeit dazu dient, die Fähigkeiten und Eignung eines Angestellten zu prüfen, sind an die Gründe, aus denen dieses naturgemäss lockere Verhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen (E. 4.3).

Die Kündigung eines Probearbeitsverhältnisses durch die Verwaltung ist deshalb bereits dann zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzen die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheint. Auch rein zwischenmenschliche Faktoren oder das Unvermögen eines Arbeitnehmers, sich in gewachsene Strukturen eines Unternehmens einzufügen, mit Autoritäten (sowohl eigene als auch fremde) situationsgerecht umzugehen oder sein Arbeits- bzw. Führungsstil können dazu führen, dass ein Probearbeitsverhältnis nicht in ein ordentliches Arbeitsverhältnis überführt wird (E. 4.3 in fine).

Beurteilung des konkreten Falls

Das Bundesverwaltungsgericht machte wortwörtlich kurzen Prozess: Ohne auf die einzelnen Vorfälle während der Probezeit im Einzelnen einzugehen, erwog es, dass auch rein zwischenmenschliche Faktoren gegen die Überführung in ein ordentliches Arbeitsverhältnis sprechen können. Vorliegend lasse sich aus den Schilderungen beider Parteien und dem Gesamteindruck schliessen, dass eine reibungslose Zusammenarbeit zwischen A. und ihrem Vorgesetzten ausserhalb des Möglichen erschien. Aus den bisherigen Geschehnissen, insbesondere den beiden Stellungnahmen von A., komme deutlich zum Ausdruck, dass zahlreiche Meinungsverschiedenheiten zwischen A. und ihrem Vorgesetzten bestanden (und bestehen).

Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass es aus objektiver Sicht und unabhängig vom Verschulden den Parteien nicht gelungen sei, ein für die Ausübung der Tätigkeit notwendiges Vertrauensverhältnis aufzubauen. Es sei deshalb nachvollziehbar, dass das ASTRA aufgrund des mangelnden Einvernehmens zwischen A. und ihrem Vorgesetzten eine effiziente und reibungslose Zusammenarbeit auch für die Zukunft als nicht möglich erachtete. Diese (zwischenmenschlichen) Gründe reichen aus, um das seiner Natur nach lockere Arbeitsverhältnis auf Probe nicht in ein ordentliches Arbeitsverhältnis zu überführen. Die Kündigung stützt sich damit auf ausreichende, sachliche Gründe und ist rechtmässig (E. 5.3).

Bemerkungen

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zeigt zweierlei:

- *Erstens* ist der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an die Grundsätze des rechtstaatlichen Handelns gebunden – und zwar unabhängig davon, ob ein «seiner Natur nach lockeres Arbeitsverhältnis auf Probe» vorliegt oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht setzt das Wort

«Willkür» denn auch bewusst in Anführungszeichen. Für Willkür im rechtlichen Sinn bleibt kein Raum. Auch eine Kündigung während der Probezeit setzt einen sachlichen Kündigungsgrund voraus und muss verhältnismässig sein.

- *Zweitens* wird deutlich, dass bei einer Probezeitkündigung herabgesetzte Anforderungen an den sachlichen Kündigungsgrund gelten. Können die gegenseitigen Erwartungen der Parteien nicht erfüllt werden, was auch in rein zwischenmenschlichen Differenzen begründet sein kann, ist der Entschluss der Arbeitgeberin, ein Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufzulösen legitim und entspricht gerade dem Zweck der Probezeit.

Dem Urteil ist zuzustimmen: Eine Kündigungsfreiheit wie im privaten Arbeitsrecht gibt es im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nicht – auch nicht während der Probezeit nicht; es braucht stets einen sachlichen Kündigungsgrund. Der Zweck der Probezeit verlangt aber, dass bei einer Probezeitkündigung die Anforderungen an die Begründung weniger hoch sind. Das Urteil zeigt die tieferen Anforderungen illustrativ auf.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung und entspricht der kantonalen Praxis, wie insbesondere jüngere Entscheide zeigen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 16. Mai 2024, VB.2023.00570; Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 3. Juli 2024, WKL.2023.4).

Arbeitsplatzbezogene

Arbeitsunfähigkeit und Kündigungsschutz – Fragen und Antworten

geschrieben von Dr. Michael Merker | März 3, 2025

Das Bundesgericht hat im Urteil 1C_595/2023 vom 26. März 2024 erstmals bestätigt, dass bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit die Sperrfristenregelung nicht zur Anwendung kommt. Der Entscheid hat tatsächlich Relevanz und sorgt(e) für Aufsehen. Doch was bedeutet das konkret? Was ist eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit? Warum gelangen Sperrfristen in diesem Fall nicht zur Anwendung? Nachfolgend finden Sie zehn Fragen und Antworten zu diesem Thema.

Was sind Sperrfristen?

Mit den Sperrfristen ist der im Obligationenrecht vorgesehene zeitliche Kündigungsschutz gemeint (Art. 336c OR). Danach ist der Arbeitnehmer während bestimmten Zeitperioden vor einer Kündigung durch den Arbeitgeber geschützt. Das Gesetz zählt abschliessende Schutztatbestände auf; u.a. erfasst ist Krankheit. Ist der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert (arbeitsunfähig), so ist er im 1. Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2.-5. Dienstjahr während 90 Tagen und

ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen vor einer Kündigung geschützt (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR).

Gelten Sperrfristen auch im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis?

Kantonale und kommunale Personalgesetze enthalten regelmässig Bestimmungen, die auf den zeitlichen Kündigungsschutz des Obligationenrechts (Art. 336c OR) verweisen. Ist das der Fall, dann gelten die Sperrfristen auch im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis. Kantone und Gemeinden sind aber auch frei, eine eigene (i.d.R. grosszügigere) Sperrfristenregelung zu erlassen und eine Frage anders zu Regeln als im Obligationenrecht.</p

Was ist der Sinn und Zweck von Sperrfristen?

Der primäre Grund für die Sperrfristenregelung liegt darin, dass eine neue Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit über die Dauer und das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist. Der Umstand, dass die arbeitnehmende Person aufgrund ihres Gesundheitszustandes verhindert ist, eine neue Anstellung zu suchen, wird in der Lehre zwar oft erwähnt, ist aber nicht der vom Gesetzgeber beabsichtigte Hauptzweck. Dies hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt.

Was gilt, wenn die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen wird?

Eine nach Ablauf der Probezeit während der Sperrfrist ausgesprochene ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber ist nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (Art. 336c Abs. 2 Halbs. 1 OR). Ob die Kündigung innerhalb der Sperrfrist erfolgte, bestimmt sich nach ihrem Zugang. Das Arbeitsverhältnis dauert somit fort. Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen, wenn er das Arbeitsverhältnis auflösen will.

Zu beachten ist, dass eine fristlose Kündigung – sei sie gerechtfertigt oder nicht – auch während einer Sperrfrist Wirkung zeigt und das Arbeitsverhältnis beendet.

Was gilt, wenn die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen ist?

Die Kündigung als solche ist in diesem Falle gültig, aber der Ablauf der Kündigungsfrist wird unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 Halbs. 2 OR). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie z.B. das Ende eines Monats, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, verlängert sich diese bis zum nächsten Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

Beispiele zur Veranschaulichung finden Sie hier.

Gilt der Sperrfristenschutz bei jeder Krankheit?

Nein. Der Sperrfristenschutz ist im Krankheitsfall nicht anwendbar, wenn sich die gesundheitliche Beeinträchtigung als so unbedeutend erweist, dass sie kein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen (BGE 128 II 121, E. 2c). Dies ist z.B. bei einer banalen Infektionskrankheit (Angina) der Fall; der Arbeitnehmer wird dadurch nicht in einem derartigen Mass eingeschränkt, dass der Antritt einer neuen Anstellung verhindert wird (Urteil des BGer 4A_227/2009, E. 3.2).

Bislang war unklar, ob der Sperrfristenschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit gilt (zum Begriff, siehe die nächste Frage). Der überwiegende Teil der Lehre und die deutschsprachigen Gerichte verneinten die Anwendung der Sperrfristenregelung bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit. Begründet wurde dies mit dem Zweck der Sperrfristen. Mit dem Entscheid vom 26.03.2024 hat das Bundesgericht diese Frage geklärt und sich der herrschenden

Lehre angeschlossen (siehe dazu die übernächste Frage).

Was ist eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit?

Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt dann vor, wenn eine arbeitnehmende Person nur in Bezug auf ihre konkrete Stelle arbeitsunfähig ist, sie jedoch bei einer anderen Arbeitsstelle normal einsatzfähig ist. Auch ist die betroffene Person in ihrer privaten Freizeitgestaltung (z.B. Haushalt, Hobbys, Mobilität) regelmässig nicht eingeschränkt. Der Grund für eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt typischerweise in Konflikt- oder Mobbingsituationen am Arbeitsplatz.

Es darf allerdings nicht pauschalisiert werden: Bei Arbeitsunfähigkeit wegen psychischer Belastungen am Arbeitsplatz kann und darf nicht generell auf eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden. Psychische Probleme können sich auf die ganze Lebensgestaltung auswirken und somit eine generelle, nicht bloss arbeitsplatzbezogene, Arbeitsunfähigkeit bewirken. Ob eine arbeitsplatzbezogene oder generelle Arbeitsunfähigkeit besteht, ist in jedem Einzelfall durch den attestierenden Arzt zu prüfen.

Was hat das Bundesgericht mit dem Entscheid vom 26.03.2024 entschieden?

Das Bundesgericht befasste sich mit der Anwendung des Sperrfristenschutzes bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit und verneinte die Anwendbarkeit der Sperrfristenregelung.

In konkreten Fall hatte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag eines Oberleutnants der Schweizer Armee während seiner ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Grund für die Kündigung war, dass der Arbeitnehmer verspätet, falsche

und unvollständige Angaben über seine Nebentätigkeit als Vorstandsmitglied des Vereins zur Unterstützung und Förderung der Patrouille des Glaciers (ASPdG) machte – eine (Neben-)Tätigkeit, welche die Arbeitgeberin nicht bewilligen konnte (u.a. wegen allfälligem Interessenskonflikt).

Der Arbeitnehmer argumentierte, dass die Kündigung während der laufenden Sperrfrist ausgesprochen und somit unwirksam ist. Zusätzlich bestritt er das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes und machte die Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend.

Das Bundesgericht hat zunächst seine *bisherige* Rechtsprechung bestätigt, wonach die Sperrfristenregelung dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung derart unbedeutend ist, dass der Arbeitnehmer trotzdem eine neue Arbeit antreten kann. *Neu* hat das Bundegericht festgehalten, dass dies dann vorliegt, wenn die Arbeitsunfähigkeit ausschliesslich auf den konkreten Arbeitsplatz beschränkt ist (E. 5.1).

Im vorliegenden Fall erwog das Bundesgericht, dass die Arbeitsunfähigkeit eng mit der Arbeitsstelle des Arbeitnehmers verbunden war. In den ärztlichen Berichten wurde von einer Angst- und Depressionsstörung gesprochen, ausgelöst durch problematische Situationen am Arbeitsplatz. Es bestehe ein hohes Risiko eines depressiven Rückfalls, wenn der Arbeitnehmer mit seinem früheren Arbeitsplatz konfrontiert würde. Der Gesundheitszustand werde durch nicht-medizinische Faktoren, nämlich Schwierigkeiten am Arbeitsplatz, beeinflusst (E. 5.2). Mobbing konnte das Bundesgericht im konkreten Fall nicht feststellen (E. 5.3); aber ein enger Zusammenhang zwischen dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers und der Arbeitsplatzsituation. Der Sperrfristenschutz gelangte deshalb *nicht* zur Anwendung (E. 5.4). Die Kündigung ist wirksam.

Das Bundesgericht bejahte zudem das Vorliegen eines hinreichenden Kündigungsgrundes: Für ein hohes Kadermitglied

der Schweizer Armee gelten die Sorgfalts- und Treuepflicht verschärft. Die über Jahre nicht gemeldete Nebenbeschäftigung bei der ASPdG seien schwere Verfehlungen, die geeignet sind, das Vertrauensverhältnis zur Arbeitgeberin zu zerstören (E. 6). Die Kündigung ist nicht missbräuchlich (E. 8).



Ist nach dieser Rechtsprechung bei Konfliktsituation am Arbeitsplatz eine Kündigung trotz Krankheit stets möglich?

Nein. Diese Rechtsprechung gilt nur für Fälle, in denen die Arbeitsunfähigkeit rein *arbeitsplatzbezogen* ist. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Krankheit zwar durch Schwierigkeiten am Arbeitsplatz verursacht worden ist, sich aber auf das gesamte Leben der arbeitnehmenden Person auswirkt (und nicht ausschliesslich den Arbeitsplatz betrifft). Liegt eine *generelle* Arbeitsunfähigkeit vor, gelten die Sperrfristen. Entsprechend falsch wäre die Folgerung, dass nach dieser

Rechtsprechung jede Arbeitsunfähigkeit im Kontext eines Arbeitsplatzkonfliktes den Sperrfristenschutz ausschliesst. Erforderlich ist eine Prüfung im Einzelfall.

Wie verhält es sich mit der Beweislast?

Nach der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB hat der Arbeitnehmer die sperrfristauslösende Arbeitsunfähigkeit zu beweisen. Das gelingt ihm in der Praxis regelmässig mittels Arztzeugnis, das der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt. Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

Mehr zu diesem Thema finden Sie hier.

Umstritten ist, wer die Beweislast einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit trägt. Muss der Arbeitnehmer beweisen, dass seine Arbeitsunfähigkeit genereller Natur ist (und er sich auf den Sperrfristenschutz berufen kann)? Oder liegt die Beweislast beim Arbeitgeber, der von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen will, obwohl der Arbeitnehmer wegen Krankheit nicht arbeiten kann? Beide Varianten erscheinen vertretbar, immerhin wollen beide Parteien aus bestimmten Tatsachen bestimmte Rechte ableiten (Art. 8 ZGB). Der Umstand, dass nach dem Bundesgerichtsentscheid vom 26.03.2024 bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit der Sperrfristenschutz nicht zur Anwendung gelangt, spricht (eher) dafür, dass der Arbeitnehmer die generelle Arbeitsunfähigkeit als Anspruchsvoraussetzung für den Kündigungsschutz nachweisen muss. Hinzu tritt das Argument der Beweisnähe, von welcher der Arbeitnehmer profitiert, während der Arbeitgeber aufgrund der ärztlichen Schweigepflicht und den Persönlichkeits- und Datenschutzrechte auf die Kooperationsbereitschaft des Arbeitnehmers angewiesen ist.

Die Frage der Beweislast darf aber nicht darüber

hinwegtäuschen, dass die Feststellung der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt schwierig ist, tritt sie doch häufig in multifaktoriellen Belastungssituationen auf. Aufgrund der weitrechenden Folgen (Verlust des Kündigungsschutzes) wird eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt nicht leichthin angenommen werden.

Haben Sie Fragen oder etwas zu dem Thema zu Teilen? Hinterlassen Sie einen Kommentar!

Gerichtsbeispiele zur Meinungsäusserungsfreiheit in öffentlich-rechtlichen Anstellungen

geschrieben von MLaw Rechtsanwältin Nadine Seiler | März 3, 2025

Ein langjähriger Dozent der Züricher Hochschule für Künste verteilte mit Unterstützung von Studierenden vor dem Rathaus Flugblätter an Mitglieder des Kantonsrates. In den Flugblättern bezeichnete er den bevorstehenden Umzug der Hochschule als «monströse Zentralisierungsveranstaltung» und fordert zur Ablehnung des geplanten Standortwechsels auf. Der Leiter des Departements Kunst und Medien erteilte dem Dozenten hierfür einen Verweis und entzog ihm die Leitungstätigkeit. Zu Recht?

Nein. Das Zürcher Verwaltungsgericht bejahte zwar eine Treuepflichtverletzung mit der Begründung, dass der Dozent mit

der Flugblattverteilung ein besonders medienwirksames Mittel zur Bekundung seiner Opposition gewählt habe (Urteil PB.2009.00027 vom 18.11.2009). Das Bundesgericht sah dies hingegen anders und beurteilte das fragliche Flugblatt als zurückhaltend. Es enthalte weder polemische noch verletzende Angriffe. Im Gegenteil, es sei dem Beschwerdeführer darum gegangen, sich im Rahmen des politischen Willensbildungsprozesses zum geplanten Projekt äussern zu können. Die Äusserungen seien daher im Rahmen einer demokratischen Auseinandersetzung erfolgt und betreffen ein Projekt, welches im Kanton Zürich von generellem Interesse sei. Die Tatsache, dass der Dozent im Umfang von 5 % noch Leitungsfunktion innehabe, ändere nichts an der Beurteilung. Aus diesen Gründen sei die Meinungsäusserungsfreiheit des Dozenten höher zu gewichten als die Interessen der Hochschule. Der ausgesprochene Verweis und der Entzug der Leitungsfunktion stellen eine unzulässige Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dar (BGE 136 I 332).

Ein Zürcher Bezirksrichter, Mitglied der Sozialdemokratischen Partei, verteilte am Bahnhofsquai in Zürich zusammen mit Parteimitgliedern eine Broschüre, worin den Zürcher Behörden vorgeworfen wird, die Repression zu verstärken und die demokratischen Rechte einzuschränken. Die Persönlichkeitsrechte der Bürger würden durch «willkürliche Verhaftungen und polizeiliche Registrierungen verletzt und die Rechte von Angeklagten und Verteidigern missachtet». In der Broschüre wird weiter die Einstellung aller hängigen Strafverfahren gegen Demonstranten gefordert. Ist das Verhalten des Bezirksrichters zulässig?
Nein. Die Verwaltungskommission des Obergerichts sprach gegen den Bezirksrichter einen Verweis aus. Das Bundesgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde des Bezirksrichters mit folgender Begründung ab: Ein Richter sei in einem qualifizierten Sinne Garant für die Einhaltung der Rechtsordnung und für den ordnungsgemässen Gang der Justiz. Grundsätzlich stehe auch die politische Tätigkeit eines

Richters unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit. Allerdings verlange der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um öffentliche Stellungnahmen gehe. Indem der Richter in eindeutiger Weise Stellung zu hängigen Strafverfahren nehme und vermeintliche Missstände in der Justiz kritisiert habe, sei er der richterlichen Pflicht zur Zurückhaltung nicht nachgekommen. Sein Verhalten sei daher als Dienstpflichtverletzung zu qualifizieren (BGE 108 Ia 172).

Ein Angestellter der Bundesverwaltung, der für die Planung und Abwicklung internationaler Geschäfte zuständig ist und den Bund vor internationalen Institutionen vertritt, veröffentlichte in den sozialen Medien (Twitter) unter anderem folgende privaten Kommentare: Ein Screenshot eines Videos, das eine Frau zeigt, wurde kommentiert mit «The only hope ist that these „things" don't reproduce». Ein Beitrag der damaligen Vorsteherin des UVEK zum 4-Milliarden-Kreditrahmen für die Axpo wurde kommentiert mit «Abzocker retten, ist das Ganze. Wenigstens müssten in einer funktionierenden Marktwirtschaft der VR und das Management jetzt sofort abgesetzt werden». Nach wiederholter Abmahnung löste die Bundesverwaltung das Arbeitsverhältnis fristlos auf. War diese Entlassung zulässig?
Ja. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass ein Staatsangestellter in seiner persönlichen Lebensgestaltung im Rahmen der Rechtsordnung zwar grundsätzlich frei sei und sich auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen könne. Allerdings habe ein Staatsangestellter jene Schranken zu respektieren, die seine dienstrechtliche Stellung erfordere. Da der Angestellte in seiner beruflichen Funktion die Bundesverwaltung an internationalen Konferenzen vertrete, sei seine Treuepflicht erhöht gewesen, um die Reputation der Bundesverwaltung nicht zu gefährden. Sein Kommentar zum Kreditrahmen sei eine derart polemische Kritik an die Adresse des Bundes, die sich mit seiner Funktion nicht vertrage. Gleiches gelte in Bezug auf seinen Kommentar zu Frauen. Indem er Frauen als «Things» bzw. als «Sache» bezeichne,

entmenschliche er diese öffentlich und spreche ihnen teilweise das Recht ab, Nachkommen in die Welt zu setzen. Die Zurschaustellung dieses verwerflichen Gedankengutes sei nicht mit seiner repräsentierenden Funktion vereinbar und beschädige das Ansehen der Bundesverwaltung. Mit den Kommentaren habe der Angestellte seine gesetzliche aus-serdienstliche Treuepflicht schwer verletzt. Die politisch heiklen (Axpo) und verwerflichen (Frauen) privaten Twitterkommentare hätten das Vertrauensverhältnis tiefgreifend erschüttert. Die fristlose Kündigung erweise sich daher als berechtigt (Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-5236/2022 vom 21.08.2023, Hinweis: Ein Weiterzug ans Bundesgericht noch möglich).

Ein Oberstufenlehrer aus dem Wallis entfernte ein in seinem Klassenzimmer aufgehängtes Kruzifix und ersuchte die Schulkommission um Entfernung sämtlicher Kruzifixe aus den von ihm genutzten Schulräumen. Die Schulkommission wies diese Forderung ab und erteilte ihm die Weisung, dass entfernte Kreuz wieder aufzuhängen. Als der Oberstufenlehrer sich weigerte, wurde er fristlos entlassen. War diese Entlassung zulässig?
Nein. Der Walliser Staatsrat (erste Instanz) hat den Rekurs des Oberstufenlehrers gegen die fristlose Entlassung zwar abgewiesen. Anders dagegen die Beurteilung des Walliser Kantonsgericht, welches als zweite Instanz die Beschwerde des Lehrers gutgeheissen hat. Die fristlose Entlassung sei zu Unrecht erfolgt. Eine fristlose Entlassung setze einen wichtigen Grund voraus und sei nur bei besonders schwerwiegendem Fehlverhalten des Angestellten gerechtfertigt. Die Weigerung des Lehrers die Weisung der Schulkommission zu befolgen, genügt hierfür nicht: Zum einen stehe nicht zweifelsfrei fest, ob die Aufforderung zum Aufhängen des Kruzifixes rechtmässig gewesen sei. Zum anderen sei keine vorgängige Abmahnung erfolgt. Der Oberstufenlehrer habe mit seiner Forderung die Schranke der Meinungsäusserungsfreiheit nicht überschritten. Das Kantonsgericht liess offen, ob

Kruzifixe in Unterrichtsräumen einer öffentlichen Schule mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der religiösen Neutralitätspflicht vereinbar seien. Fest stehe, dass an eine fristlose Kündigung hohe Anforderungen zu stellen seien. Die vorliegende fristlose Entlassung sei unge-rechtfertigt und nicht zulässig (Urteil des Kantonsgericht Wallis A1 11 220 vom 09.11.2012).

Ein Titularprofessor für Medizingeschichte an der Universität Zürich geriet aufgrund seiner wissenschaftlichen Leistung in die Kritik der Medien. Konkret wurde ihm vorgeworfen, dass die Objektsammlung des Medizinhistorischen Instituts und Museums nicht professionell betreut werde und seine Vorlesungen kaum besucht würden. In der Sendung «TalkTäglich» auf Tele Züri und in einem Interview, das in verschiedenen Printmedien der AZ Medien AG erschien, wies der Titularprofessor die Kritik an seiner Arbeit entschieden zurück. Sie sei fehlerhaft und Teil eines Mobbings durch Institutsmitarbeiter, das seit Längerem gegen ihn laufe. In der Folge teilte ihm der Generalsekretär der Universität mit, dass er mit diesen Äusserungen seine Loyalitätspflicht verletzt habe. In den Medien war daraufhin bereits zu lesen, dass die Universität den Titularprofessor entlasse. Einige Tage später kündigte die Universität das Arbeitsverhältnis. Wie ist das Verhalten des Professors und der Universität zu beurteilen?

Das Zürcher Verwaltungsgericht hielt fest, dass die Universität Zürich dem Titularprofessor aktiv adäquate Unterstützung im Umgang mit der öffentlichen Kritik an seiner Leistung hätte gewähren müssen. Dies habe die Universität unterlassen und damit in gravierender Weise die ihr obliegende Fürsorgepflicht verletzt. Die öffentliche Äusserung des Professors, worin er Institutsangehörigen Mobbing vorgeworfen habe, sei unter Berücksichtigung der veröffentlichen und gegen ihn gerichteten Kritik vertretbar und nicht als Treuepflichtverletzung zu werten. Lediglich die Äusserung, dass man versucht habe ihn mit Falschaussagen «in die Pfanne zu hauen» sei nicht mehr vertretbar. Dies allein rechtfertige

allerdings keine Kündigung. Eine Kündigung sei nicht erforderlich gewesen, um den Professor zur Beachtung seiner Treuepflicht anzuhalten. Die ausgesprochene Kündigung sei daher unverhältnismässig (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2015.00105 vom 02.12.2015).

Meinungsäusserungsfreiheit und Treuepflicht des Arbeitnehmers

geschrieben von MLaw Rechtsanwältin Nadine Seiler | März 3, 2025

Die Meinungsäusserungsfreiheit ist ein verfassungsrechtlich garantiertes Grundrecht. Es ist anerkannt, dass Grundrechte auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis Geltung haben. Doch wie weit geht die Meinungsäusserungsfreiheit? Ist auch Kritik erlaubt? Welche Bedeutung hat die personalrechtliche Treuepflicht? Nachfolgend finden Sie zehn Fragen und Antworten zu diesem Thema.

Was beinhaltet die Meinungsäusserungsfreiheit? Das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 Bundesverfassung) garantiert jeder Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Auch *kritische Äusserungen* sind von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt. Auf den Inhalt oder die Wertigkeit der Äusserung kommt es nicht an. Gegenüber öffentlich-rechtlichen Angestellten kann die Meinungsäusserungsfreiheit aber durch die personalrechtliche Treuepflicht eingeschränkt sein.

Was beinhaltet die Treuepflicht im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis? Die Treuepflicht bedeutet, dass die

öffentlich-rechtlich angestellte Person bei der Erfüllung ihrer Aufgabe über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus die Interessen des Gemeinwesens zu wahren hat. Regelmässig finden sich in Personalreglementen Bestimmungen, die Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu achten und alles zu unterlassen, was dessen Interessen beeinträchtigt. Die Treuepflicht erstreckt sich deshalb auch auf das *ausserdienstliche Verhalten*. Sie bezweckt, die Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Verwaltung zu sichern und das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat zu stärken.

Unter welchen Voraussetzungen sind Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zulässig? Einschränkungen eines Grundrechts und damit der Meinungsäusserungsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen im öffentlichen Interesse liegen sowie verhältnismässig sein. Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit gestützt auf die personalrechtliche Treuepflicht sind daher nur zulässig, soweit sie sachlich begründet sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Zweck stehen. Erforderlich ist eine umfassende Interessensabwägung.

Ist Kritik im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis erlaubt? Ja. Die Treuepflicht setzt zwar eine grundsätzlich positive Einstellung zum Staat voraus, bedeutet aber nicht, dass sich Angestellte jeglicher Kritik zu enthalten hätten. Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sind restriktiv zu handhaben, wenn die Äusserungen im Rahmen einer demokratischen Auseinandersetzung oder im politischen Diskurs erfolgen. Schliesslich besteht die Treuepflicht nur gegenüber dem Staat als solchem und nicht gegenüber den Vorgesetzten. Öffentliche oder private Kritik (auch gegenüber Vorgesetzen) ist daher nicht ausgeschlossen.

Inwiefern macht es einen Unterschied, ob eine Kritik im privaten Kreis oder in der Öffentlichkeit geäussert wird? Das Vorliegen einer Treuepflichtverletzung hängt nicht nur vom

Inhalt der Äusserung ab, sondern auch in welchem Rahmen sie erfolgte. Wurde die Kritik im engsten privaten Kreis getätigt, ist kaum denkbar, dass dadurch die Interessen des Gemeinwesens beeinträchtigt werden. Erfolgt eine kritische Äusserung hingegen in den sozialen Medien oder in der Presse, hat die Treuepflicht ein stärkeres Gewicht (siehe dazu die nachfolgende Frage und Antwort).

Wann stellt öffentliche Kritik eine Treuepflichtverletzung dar? Öffentliche Kritik kann dann eine Verletzung der personalrechtlichen Treuepflicht darstellen, wenn dadurch die Erfüllung der dienstlichen Aufgabe des Staatsangestellten oder das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gemeinwesen beeinträchtigt wird. Erfasst ist nur dienstrechtlich relevantes Verhalten (BGE 136 I 332). Als dienstrechtlich relevant erachtete das Bundesgericht das Verhalten eines Abteilungsleiters eines gewerblichen Schulzentrums, welcher entgegen der Weisung des Rektors, an die Presse gelangte, um interne Missstände anzuprangern. Die Äusserungen in der Presse seien geeignet gewesen, das Vertrauen der Öffentlichkeit in das gewerbliche Schulzentrum und letztlich dessen Funktionsfähigkeit zu untergraben (BGer 8C_397/2016 vom 16. November 2016).

Welche Elemente sind bei der Beurteilung der Treuepflicht und einer damit verbundenen Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zu berücksichtigen? Welche Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit sich aus der Treuepflicht ergeben, hängt zum einen von der Funktion und hierarchischen Stellung der Person ab. Es gilt, dass *Staatsangestellten mit Leitungsfunktion* eine erhöhte Treuepflicht zukommt. Zu berücksichtigen ist zum anderen die konkrete Tätigkeit und das *Aufgabengebiet*. Je näher eine Tätigkeit die öffentliche Verwaltung repräsentiert, desto höher sind die Anforderungen an die Treuepflicht. In diesem Sinne haben *Polizistinnen und Polizisten* stärkere Einschränkungen in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit

hinzunehmen, zumal sie mehr als andere Angestellte die Staatsgewalt repräsentieren. Sie sind als Vertreter des Staates mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beauftragt. Aus diesen Gründen ergeben sich erhöhte Anforderungen an das (ausserdienstliche) Verhalten (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2022.00317 vom 11. Mai 2023).

Wie ist die Treuepflicht von Lehrpersonen zu beurteilen? Die Treuepflicht von Lehrpersonen ist aufgrund ihrer *Vorbildfunktion* differenziert zu betrachten: Durch das (ausserschulische) Verhalten von Lehrpersonen wird das Bild der Öffentlichkeit von der Schule und vom Berufsstand mitbeeinflusst. Dennoch darf eine Lehrperson öffentlich ihre Meinung äussern, sich am politischen Diskurs beteiligen und dabei sachliche Kritik üben. Unter dem Aspekt der Treuepflicht ist öffentliche Kritik erst dann von Relevanz, wenn polemische und beleidigende Meinungen geäussert werden, die geeignet sind, das Ansehen und die Glaubwürdigkeit des Gemeinwesens zu beeinträchtigen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2021.19 vom 30. November 2022).

Was sind die Folgen einer unzulässigen Kritik? Ist eine Kritik von dienstrechtlicher Relevanz und geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat zu untergraben, liegt eine Verletzung der Treuepflicht vor. In diesem Falle kommt als personalrechtliche Massnahme *eine Verwarnung oder eine Mahnung* in Betracht. Eine Mahnung hat Rüge- und Warnfunktion. Damit die Mahnung diese Funktion erfüllen kann, muss sie so konkret abgefasst sein, dass die angestellte Person aus der Mahnung ersehen kann, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden. Der Arbeitgeber hat die Mängel im Verhalten, d.h. die angeblich unzulässige Kritik sowie die Treuepflichtverletzung, nicht nur summarisch aufzuzeigen, sondern durch Verweis auf bestimmte Vorkommnisse detailliert darzulegen und zu belegen.

Ist aufgrund einer unzulässigen Kritik eine Kündigung möglich?

Eine Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Personalreglemente sehen regelmässig vor, dass Mängel in der Leistung oder unbefriedigendes Verhalten einen *sachlichen Kündigungsgrund* darstellen. Die (wiederholte) Verletzung der personalrechtlichen Treuepflicht durch unzulässig geäusserte Kritik kann daher zur Kündigung berechtigten. Allerdings ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dass eine Kündigung nur «ultima ratio» erfolgen darf. Entsprechend ist eine vorgängige Mahnung erforderlich. Die angestellte Person muss die Möglichkeit erhalten, ihr Verhalten zu ändern (siehe dazu die vorangehende Frage und Antwort).