Arbeiten auf Bewährung

geschrieben von Lea Sturm | Oktober 29, 2020

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.