Zulässigkeit von Anstellungen mit unregelmässigem Beschäftigungsgrad?

geschrieben von Claudia Schnueriger | September 27, 2024

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00257 vom 10. Januar 2018

Lehrpersonen und Dozierende werden an Schweizer Schulen und Hochschulen oftmals mit einem unregelmässigen Beschäftigungsgrad angestellt. So auch die Dozierenden an der Zürcher Hochschule der Künste (ZHdK). Dieses Anstellungsmodell wird von der Anstellungsbehörde mit stark schwankenden Unterrichtsverpflichtungen begründet. Doch darf das Risiko, dass die Anstellungsbehörde keine Einsatzmöglichkeit für ihre Mitarbeitenden hat, überhaupt auf die Angestellten abgewälzt werden oder handelt es sich nicht um das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin? Unter welchen Voraussetzungen sind Anstellungsverfügungen mit unregelmässigem Beschäftigungsgrad erlaubt? Diese und weitere Fragen werden im nachstehenden Beitrag unter Bezugnahme auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2017.00257 vom 10. Januar 2018 beantwortet.

Der konkrete Sachverhalt Mit (Grund-)Verfügung vom 23. Mai 2014 wurde A ab dem 1. August 2014 unbefristet und mit einem Pensum in einer Bandbreite von 50 bis 80 % angestellt. Mit Schreiben vom 15. Juni 2016 teilte die ZHdK A mit, ihr Pensum für das Herbstsemester 2016/2017 betrage 58.92 %. Der Beschäftigungsgrad der früheren Semester sah wie folgt aus: Herbstsemester 2014/2015 und Frühjahrssemester 2015 je 100 %, Herbstsemester 2015/2016 73.55 %, 66.28 % für das Frühjahrssemester 2016 und 58.92 % für das Herbstsemester 2016/2017. Gegen die individuelle Leistungsvereinbarung vom 15. Juni 2016 erhob A am 6. Juli 2016 Rekurs bei der

Rekurskommission der Zürcher Hochschule, welche das Rechtsmittel mit Beschluss vom 9. März 2017 abwies. Am 18. April 2017 reichte A Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich ein und beantragte, die Verfügung «Pensum Herbstsemester 2016/2017» vom 15. Juni 2016 sei dahingehend abzuändern, dass ihr für das Herbstsemester 2016/2017 und für die künftigen Semester ein fixes Arbeitspensum von 80 oder 100 % zugewiesen werde. Die Beschwerdeführerin brachte in ihrer Begründung nichts gegen die angefochtene individuelle Leistungsvereinbarung für das Herbstsemester 2016/2017 vor. Tatsächlich wendete sie sich ausschliesslich gegen die Grundverfügung vom 23. Mai 2014, indem sie die Zulässigkeit des Bandbreitenmodells als solches bestritt. Das Zürcher Verwaltungsgericht wies die Beschwerde von A ab. **Das sog. Bandbreitenmodell in Anstellungsverfügungen** Bei Anstellungsverfügungen mit einem Bandbreitenmodell wird ein minimaler und maximaler Beschäftigungsgrad (bspw. ein Pensum zwischen 50 und 80 %) definiert. Der konkrete Beschäftigungsgrad wird für jedes Semester mittels individueller Leistungsvereinbarung neu festgelegt. Die Grundlage für das Bandbreitenmodell findet sich bei der ZHdK in § 10 des Anstellungsreglements. Dieses Beschäftigungsmodell dient dazu, die Ungewissheit hinsichtlich der Studierendenzahl oder des Zustandekommens einzelner Studienfächer abzufedern. Dadurch wird ein an sich vom Arbeitgeber zu tragendes unternehmerisches Risiko faktisch auf die Arbeitnehmenden überwälzt. Dies ist nicht unproblematisch. **Zulässigkeit des Bandbreitenmodells** Da mit dem Bandbreitenmodell eine Übertragung des unternehmerischen Risikos auf den Arbeitnehmenden einhergeht, ist gemäss Zürcher Verwaltungsgericht zwingend eine gesetzliche Grundlage erforderlich.

Das Bandbreitenmodell der ZHdK ist in ihrem Anstellungsreglement festgelegt. Bei diesem Anstellungsreglement handelt es sich um eine Regelung, welche von einem schulinternen Organ erlassen wurde und somit nicht

demokratisch legitimiert ist. Das Zürcher Verwaltungsgericht erwog, das Bandbreitenmodell könne sich nicht allein auf ein schulinternes Anstellungsreglement stützen. Weder das kantonale Fachhochschulgesetz noch die Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule sehe ein solches Bandbreitenmodell vor. Ein solches Modell müsse zumindest in der Personalverordnung vorgesehen sein.

Grundverfügung und individuelle Leistungsvereinbarung Mit der Grundverfügung wurde A unbefristet als Dozentin in einem Bandbreitenmodell (Beschäftigungsgrad zwischen 50 und 80 %) angestellt. Der konkrete Beschäftigungsgrad wurde für jedes Beschäftigungsjahr mittels individueller Leistungsvereinbarung neu festgelegt.

Die Problematik der Rechtskraft der Grundverfügung Die Grundverfügung vom 23. Mai 2014 erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Es stellt sich die Frage, ob sich A ungeachtet dessen auch zum jetzigen Zeitpunkt noch gegen die Verfügung vom 23. Mai 2014 wenden kann oder sich die unterlassene Anfechtung entgegenhalten lassen muss.

1. **Argumentation der Angestellten A**

A brachte vor Verwaltungsgericht vor, die individuellen Leistungsvereinbarungen der Jahre 2013 bis 2015 seien für sie «nicht zu beanstanden» gewesen, weshalb sie auch keinen Grund gesehen habe, die Anstellungsverfügung anzufechten. Ein Nachteil sei ihr erst mit der Verfügung vom 15. Juni 2016 entstanden. Aus diesem Grund sei zu prüfen, ob § 10 des Anstellungsreglements eine genügende Rechtsgrundlage für eine «zulässige variable Bandbreitenanstellung» darstelle.

2. **Erwägungen des Verwaltungsgerichts**

Das Verwaltungsgericht erwog, die Verfügung vom 15. Juni 2016 stütze sich gerade nicht auf den von A beanstandeten § 10 des Anstellungsreglements der ZHdK. In der Verfügung vom 15. Juni

2016 wird kein Bandbreitenmodell bzw. keine Anstellung mit unregelmässigem Beschäftigungsgrad festgelegt, sondern vielmehr das genaue Pensum für das Herbstsemester 2016/2017. Gemäss Verwaltungsgericht gehe aus der Beschwerdebegründung klar hervor, dass es A einzig um das mit der Anstellungsverfügung vom 23. Mai 2014 eingeführte Bandbreitenmodell bzw. ihre Anstellung in einem solchen gehe. Seit dem Erlass der Anstellungsverfügung vom 23. Mai 2014 musste A klar sein, dass der ZHdK die Befugnis zukam, ihr nach Bedarf bzw. Studierendenzahl ein Pensum innerhalb der Bandbreite zuzuweisen. Die von A vorgebrachte «Schlechterstellung» erfolgte gemäss Verwaltungsgericht nicht erst mit der Verfügung vom 15. Juni 2016, sondern bereits mit der Grundverfügung vom 23. Mai 2014.

Das Verwaltungsgericht führte weiter aus, A habe es nicht nur unterlassen, die Verfügung vom 23. Mai 2014 anzufechten; vielmehr habe sie sich auch gegen keine der seither ergangenen individuellen Leistungsvereinbarungen gewandt. Bei den Leistungsvereinbarungen für das Herbstsemester 2015/2016 und Frühlingssemester 2016 wurde, genau wie mit der individuellen Leistungsvereinbarung vom 15. Juni 2016 ein in der Bandbreite liegendes Pensum festgelegt. Im Hinblick auf die Leistungsvereinbarung vom 15. Juni 2016 fand am 11. Mai 2016 ein Gespräch mit der zuständigen Gesamt- und Betriebsleitung statt. Die Gesprächsnotiz lässt keinen Widerspruch von A hinsichtlich des in Aussicht gestellten Pensums erkennen.

Das Verwaltungsgericht entschied, die Dozierende A habe sich treuwidrig bzw. rechtsmissbräuchlich verhalten, wenn sie sich nun plötzlich, ungeachtet dieser jahrelangen Widerspruchslosigkeit, gegen ein wie bereits in den beiden vorangegangenen Semestern in der Bandbreite liegendes Pensum wehre.

Fazit Das Urteil liefert zwei wichtige Erkenntnisse: Zum einen bedarf das Bandbreitenmodell einer Grundlage in einem Gesetz

oder einer Verordnung. Eine Regelung des Bandbreitenmodells auf Stufe eines Anstellungsreglements einer Hochschule ist unzulässig.

Zum anderen muss sich der Angestellte bei einer Anstellungsverfügung mit einem Bandbreitenmodell sofort dagegen wehren. Denn der Angestellte muss nach dem Erlass der Grundverfügung mit einem Bandbreitenmodell damit rechnen, dass ihm ein Pensum innerhalb dieser Bandbreite zugewiesen wird. Dieser Widerspruch ist selbst dann notwendig, wenn dem Angestellten in Aussicht gestellt wird, dass er im ersten Semester einen höheren Beschäftigungsgrad ausserhalb der Bandbreite zugewiesen erhält.

Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist wird die Grundverfügung rechtskräftig und die Anstellungsbehörde erhält die Befugnis, dem Angestellten nach Bedarf bzw. Studierendenzahl ein Pensum innerhalb der Bandbreite zuzuweisen. Liegt das Pensum innerhalb der Bandbreite, kann sich der Angestellte nicht mehr gegen das Bandbreitenmodell wehren. Und zwar auch dann nicht, wenn das Bandbreitenmodell in einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage vorgesehen und damit unzulässig ist.

Rechtliche Hürden bei der geschäftlichen Nutzung von privaten Geräten

geschrieben von Claudia Schnueriger | September 27, 2024

In der Arbeitswelt zeichnet sich folgender Trend ab: Die Arbeitgeber setzen darauf, dass Mitarbeitende ihre eigenen

mobilen Geräte bei der Arbeit nutzen. Durch die geschäftliche Nutzung privater Geräte wie Laptops, Tablets und Smartphones (sog. Bring Your Own Device [BYOD]) stellen sich in rechtlicher Hinsicht insbesondere Fragen in Bezug auf die Zulässigkeit, Kostentragung, Haftung, Datensicherheit und Zugriffsrechte der Arbeitgeberin. Im Folgenden wird auf die wichtigsten arbeits- und datenschutzrechtlichen Aspekte eingegangen.

Zulässigkeit

Die Nutzung von privaten Geräten wie Laptop, Tablet und Smartphone für den geschäftlichen Gebrauch ist im Unternehmensalltag auch ohne explizite Regelung vielfach bereits Realität. Gemäss Art. 327 OR muss grundsätzlich die Arbeitgeberin die Arbeitsgeräte zur Verfügung stellen. Durch eine Vertragsabrede kann hiervon aber abgewichen werden und die Arbeitnehmenden können zur Anschaffung oder zur Nutzung eines privaten Geräts verpflichtet werden. Die Arbeitnehmenden haben jedoch keinen Anspruch auf Nutzung der privaten Geräte und sie sind aufgrund des Weisungsrechts der Arbeitgeberin nach Art. 321d OR verpflichtet, die von der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellten Arbeitsgeräte zu nutzen. Allerdings setzen Arbeitnehmende im Arbeitsalltag immer häufiger ihre eigenen Laptops, Tablets und Mobiltelefone als Arbeitsgeräte ein, ohne dass die Arbeitgeberin davon Kenntnis hat. Falls die Arbeitgeberin von einer faktischen Nutzung privater Geräte für Arbeitszwecke Kenntnis hat und diese duldet, können sich daraus für die Arbeitgeberin Kosten- und Haftungsrisiken ergeben. Diese faktische Nutzung von privaten Geräten für den geschäftlichen Gebrauch kann mittels eines Reglements verboten werden.

Kostentragung

Arbeitsmittel sind grundsätzlich vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen. Stellt der Arbeitnehmer die Arbeitsmittel, so ist er dafür grundsätzlich zu entschädigen, sofern die Parteien keine abweichende Regelung getroffen haben. Es kann somit

vorgesehen werden, dass der Arbeitnehmer sein eigenes Gerät beschafft und die entsprechenden Kosten vollständig selbst trägt. Diese Kostentragung setzt aber eine explizite Regelung voraus.
Alternativ kann der Arbeitnehmer sein eigenes Gerät beschaffen, muss dafür aber gemäss Art. 327 Abs. 2 OR angemessen entschädigt werden. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber mit der Verwendung eigener Geräte durch den Arbeitnehmer einverstanden ist. Ein solches Einverständnis ist auch stillschweigend möglich. Sofern der Arbeitgeber toleriert, dass sein Arbeitnehmer private Geräte verwendet, trägt er ein Kostenrisiko. Der Arbeitnehmer kann einen Entschädigungsanspruch nach Art. 327 Abs. 2 OR geltend machen.
Nebst der Frage der Kostentragung bezüglich Anschaffungskosten muss auch geklärt werden, wer die wiederkehrenden Kosten trägt. Gemäss Obligationenrecht sind dem Arbeitnehmenden zwingend die notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Dazu gehören variablen Verbindungs- und Datenkosten infolge geschäftlicher Nutzung sowie Wartungs- und Reparaturkosten. Aus Praktikabilitätsgründen empfiehlt es sich, die Kostentragung explizit zu regeln und ersatzpflichtige Auslagen mit einer Spesenpauschale zu vergüten. Diese Pauschale muss jedoch alle durchschnittlich notwendig entstehenden Auslagen decken.

Haftung
Die geschäftliche Nutzung privater Geräte kann auf beiden Seiten der Arbeitsvertragsparteien Haftungsfragen aufwerfen. Es stellt sich die Frage, wer im Falle einer Beschädigung oder einem Verlust bzw. Diebstahl des privaten Geräts die Kosten der Reparatur bzw. Wiederbeschaffung zu tragen hat. Bei Beschädigung oder Diebstahl des privaten Geräts während des geschäftlichen Einsatzes, trägt grundsätzlich die Arbeitgeberin, unter Berücksichtigung eines allfälligen Mitverschuldens des Arbeitnehmers, die Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungskosten.

Demgegenüber haftet der Arbeitnehmer für den Schaden, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt. Ist eine Beschädigung bzw. der Verlust des Geräts auf ein Verschulden des Arbeitnehmers zurückzuführen, so hat er für die entsprechenden Kosten aufzukommen. Je nach Fallkonstellation und Verschulden des Arbeitnehmers haftet er allenfalls auch nur anteilsmässig. Die Frage der Haftung des Arbeitnehmers stellt sich auch dann, wenn der Arbeitnehmende vertrauliche Geschäftsdaten unsorgfältig behandelt und dadurch die arbeitsvertragliche Geheimhaltungspflicht verletzt oder wenn das private Gerät das Netzwerk der Arbeitgeberin mit Computerviren beschädigt. Voraussetzung für die Haftung des Arbeitnehmenden ist die schuldhafte Verletzung seiner Sorgfaltspflicht.

Datensicherheit

Die Arbeitgeberin muss nach Art. 7 des Datenschutzgesetzes die Datensicherheit durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen sicherstellen und Personendaten gegen unbefugtes Bearbeiten schützen. In diesem Zusammenhang sind nicht nur technische Massnahmen zu treffen, sondern auch in organisatorischer Hinsicht Weisungen und Verhaltensregeln notwendig, um private und geschäftliche Daten zu trennen. Als technische Massnahmen zur Trennung von privaten und geschäftlichen Daten eignen sich eine zentrale Datenhaltung in Verbindung mit einem Fernzugriff vom privaten Gerät oder sog. Container-Apps. Die Nutzungsregeln, als organisatorische Massnahme, sollten vorsehen, dass Privatgeräte Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürfen. Des Weiteren sollten folgende Aspekte geregelt werden: Mindestsicherheitseinstellungen, Passwortvorgaben, Nutzungsverbot für unsichere Programme, Vorgehen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses betreffend Löschung der Daten.

Bei Speicherung geschäftlicher Daten auf einem privaten Gerät kann es erforderlich sein, dass die Arbeitgeberin zwecks Wartung oder Löschung von Daten Zugriff auf das private Gerät

erhält. Ein Zugriff auf das Privatgerät ist jedoch nur mit Einwilligung des Arbeitnehmenden erlaubt. Damit eine solche Einwilligung rechtsgültig ist, muss die Zugriffsmöglichkeit klar umschrieben sein (Zweck, Umfang, Zeitpunkt und Berechtigter). Dabei darf die Arbeitgeberin nicht auf die privaten Daten des Arbeitnehmenden zugreifen, ansonsten die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden verletzt wird.

Mögliche Inhalte einer BYOD-Regelung

Im Rahmen einer BYOD-Vereinbarung sind folgende Punkte zu regeln:

– Liste der erlaubten Geräte
– Jederzeitiges Widerrufsrecht betreffend die Zulässigkeit von BYOD
– Kostentragungsregel für Anschaffungs- und wiederkehrende Kosten
– Grundsätze der Datensicherheit, Datenverwendung und Datenaufbewahrung
– Nutzungsregeln und Hinweis auf die Haftung der Arbeitnehmenden
– Zugriffsrechte des Arbeitgebers auf das private Gerät
– Vorgehen bei verlorenen und gestohlenen Geräten
– Regelung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Löschung der Daten)

Fazit

Die geschäftliche Nutzung von privaten Geräten wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf. Jede Arbeitgeberin sollte sich mit diesen Punkten auseinandersetzen. Hat eine Arbeitgeberin Kenntnis von einer faktischen BYOD-Nutzung und duldet diese, können sich daraus Kosten- und Haftungsfolgen ergeben. Eine explizite Regelung der wichtigsten Punkte in einem Reglement oder dergleichen ist demzufolge empfehlenswert.

Wie weit reicht die Auskunfts- und Offenlegungspflicht von persönlichen Angaben im Bewerbungsverfahren?

geschrieben von Claudia Schnueriger | September 27, 2024

Urteil des Bundesgerichts 8C_387/2022 vom 21. August 2023

Das Bundesgericht musste im Entscheid vom 21. August 2023 die Rechtmässigkeit einer Kündigung durch die SBB wegen angeblich unwahrer und unvollständiger Angaben über Gesundheitsdaten im Bewerbungsverfahren beurteilen. Die SBB warf der Arbeitnehmerin A vor, auf einem Fragebogen betreffend bestehende Gesundheitsbeeinträchtigungen falsche Angaben gemacht zu haben. Gemäss SBB habe die Arbeitnehmerin A mit diesem Verhalten gegen die vorvertragliche Treuepflicht verstossen. Das Bundesgericht stand vor der Frage, ob die Arbeitnehmerin A ihre Auskunfts- und Offenlegungspflichten im Bewerbungsverfahren verletzt hat und dies ein sachlich hinreichender Kündigungsgrund darstellt. Zudem musste das Bundesgericht prüfen, ob die Kündigung allenfalls als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

Der konkrete Sachverhalt A musste sich anlässlich des Bewerbungsverfahrens für eine Stelle als «Zweitausbildung zur Kundenassistentin SBB» einer medizinischen Eignungsuntersuchung unterziehen. Im Zusammenhang mit der Frage *«Leiden Sie zurzeit an einer Gesundheitsstörung?»* wurde Folgendes festgehalten: *«Unter Gesundheitsstörungen sind*

Krankheiten oder Einschränkungen zu verstehen, die wiederholt auftreten und eine periodische Kontrolle durch einen medizinischen Spezialisten und/oder die Einnahme von Medikamenten erfordern. Bitte geben Sie auch dann mögliche Gesundheitsstörungen an, wenn Sie im Alltag keine Schmerzen haben und sich arbeitsfähig fühlen.» A beantwortete die obengenannte Frage mit «Nein».

Die Vorgesetzten stellten erst nach mehrjähriger Anstellung und erfolgreichem Abschluss der Zweitausbildung zur SBB-Kundenbetreuerin fest, dass die Arbeitnehmerin hinkte. Das Hinken blieb während des Vorstellungsgesprächs und Arztbesuchs unbemerkt. Ein beigezogener Arzt diagnostizierte bei A eine chronische Beeinträchtigung aufgrund eines länger zurückliegenden Unfalls. Abgesehen von einem leichten Hinken beim Gehen gäbe es gemäss Arzt keine Auswirkungen auf ihre berufliche Tätigkeit. Der Arzt fügte hinzu, dass A zwar keiner Behandlung bedürfe, jedoch von einem erhöhten Morbiditäts- und Invaliditätsrisiko auszugehen sei. Auf Nachfrage der SBB teilte er mit, dass A den Einstellungsfragebogen nicht korrekt ausgefüllt habe.

Mit Schreiben vom 12. Februar 2021 teilte die SBB A mit, sie beabsichtige, das Dienstverhältnis aufgrund von Verhaltensmängeln ordentlich zu kündigen. Mit Verfügung vom 25. Februar 2021 kündigte die SBB das Arbeitsverhältnis per 31. Mai 2021. Mit Urteil vom 3. Mai 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A gegen die Kündigungsverfügung ab und schützte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hat A Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhoben.

Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, A wäre angesichts der Bedeutung der medizinischen Untersuchung im Rahmen des Anstellungsverfahrens zur Kundenbetreuerin und der erhaltenen Anweisungen zum vollständigen und wahrheitsgetreuen Ausfüllen

des Gesundheitsfragebogens verpflichtet gewesen. Durch das Verschweigen ihrer gesundheitlichen Probleme, die sich auf ihre Arbeit auswirken könnten, hatte die Beschwerdeführerin gegen ihre vorvertragliche Treuepflicht verstossen. Für das Bundesverwaltungsgericht waren nicht das Hinken und die chronische Krankheit der Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Ausschlaggebend war vielmehr, dass A durch ihre unwahren Angaben zu entscheidenden Vertragselementen zum Zeitpunkt ihrer Anstellung, ihre vorvertragliche Treuepflicht verletzt und das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und dem Arbeitgeber endgültig zerstört habe. Da sie ihre Anstellung insbesondere auf der Grundlage einer Lüge erhalten hatte, konnte ihr danach kein Vertrauen mehr entgegengebracht werden. Das Bundesverwaltungsgericht war der Auffassung, der Arbeitgeber habe über objektiv hinreichende Gründe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG verfügt. Da das Verhalten der Arbeitnehmerin geeignet gewesen sei, das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber unwiederbringlich zu zerstören, könne dem Arbeitgeber auch nicht vorgeworfen werden, dass er gegenüber der Arbeitnehmerin keine Kündigungsandrohung ausgesprochen habe. **Die Erwägungen des Bundesgerichts** Das Bundesgericht führte zunächst aus, der Zweck des Vorstellungsgesprächs sei es, den potentiellen Vertragsparteien eine konkrete Vorstellung von den Bedingungen zu vermitteln, welche die verschiedenen Aspekte des künftigen Arbeitsverhältnisses betreffen. Beide Seiten benötigten bestimmte Informationen. Auf Seiten des Arbeitgebers wird diesem Informationsbedarf dadurch Rechnung getragen, dass er grundsätzlich berechtigt ist, Auskünfte über den Bewerber bei Dritten einzuholen. Der Bewerber ist verpflichtet, die für die Auswahl erforderlichen und geforderten persönlichen Angaben wahrheitsgemäss zu machen. Der Bewerber muss die Fragen des Arbeitgebers beantworten (Auskunftspflicht) und ihm spontan bestimmte Informationen zur Verfügung stellen (Offenlegungspflicht). Der Bewerber ist im Rahmen seiner Auskunftspflicht verpflichtet, Fragen, die in direktem Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und

der auszuführenden Arbeit stehen, wahrheitsgemäss zu beantworten, wenn die verlangten Informationen von direktem objektivem Interesse für das Arbeitsverhältnis sind. Dies wird anhand der voraussichtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses, der auszuführenden Aufgaben, der Art des Unternehmens und der zukünftigen Stellung des Arbeitnehmers beurteilt.

Unabhängig von der zu besetzenden Stelle muss der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Offenbarungspflicht von sich aus alles mitteilen, was ihn als (absolut) ungeeignet für die Besetzung dieser Stelle erscheinen lässt und was die vertragsgemäss Erbringung der Arbeitsleistung praktisch ausschliesst oder erheblich behindert.

Das Bundesgericht hielt fest, es müsse in jedem konkreten Fall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände geprüft werden, ob der Schutz der Persönlichkeit des Bewerbers die Interessen des Arbeitgebers auf Information überwiege.

Gesundheitsdaten gehören zu den besonders schützenswerten Personendaten. Wenn das Anstellungsverfahren eine Untersuchung durch einen Arzt beinhaltet, dürfen dem Arbeitgeber nur die Schlussfolgerungen über die Eignung für die vorgesehene Arbeit mitgeteilt werden. Das Arztgeheimnis und der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verhindern die Mitteilung einer ärztlichen Diagnose. Bei einer unzulässigen Frage, die gegen den Persönlichkeitsschutz, den Datenschutz oder das Diskriminierungsverbot verstösst, ist der Arbeitnehmer nach überwiegender Lehre berechtigt, unrichtig zu antworten (sog. Notwehrrecht der Lüge).

Die bundesgerichtliche Beurteilung des konkreten Falls

1. **Sachlich hinreichende Kündigungsgründe?**

Das Bundesgericht erwog, die betreffende Stelle als SBB-Kundenbetreuerin gehöre unbestrittenermassen zu den sicherheitsrelevanten Berufstätigkeiten im Eisenbahnverkehr und unterstehe deshalb einem medizinischen Eignungstest. Es

könne der Arbeitnehmerin zwar vorgeworfen werden, dass sie ihre Gesundheitsbeeinträchtigung im Fragebogen nicht erwähnt habe. Allerdings habe die Gehbehinderung nachweislich keine Auswirkungen auf ihre Arbeitsfähigkeit gehabt und auch keine medizinische Behandlung notwendig gemacht. Der Arbeitnehmerin könne keine Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 10 Abs. 3 lit. a BPG und Art. 173 Abs. 1 lit. a GAV SBB 2019) vorgeworfen werden.

Das Bundesgericht kam in der Folge zum Schluss, dass vorliegend keine objektiv hinreichenden Gründe für die Auflösung des Dienstverhältnisses nach dem Bundespersonalgesetz vorliegen würden. Das Bundesgericht führte aus, das Verhalten der Arbeitnehmerin sei nicht geeignet gewesen, das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und der Arbeitgeberin unwiderruflich zu zerstören.

2. **Missbräuchliche Kündigung?**

Nachdem das Bundesgericht festgestellt hat, dass die Kündigung nicht auf sachlich hinreichenden Gründen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 BPG beruhte, hatte das Bundesgericht die Frage zu prüfen, ob die Kündigung allenfalls als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR zu qualifizieren war. Das Bundesgericht hielt fest, dass die aufgrund einer Gesundheitsbeeinträchtigung ausgesprochene Kündigung nicht missbräuchlich sei, wenn die Gesundheitsbeeinträchtigung die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmenden beeinträchtige. Missbräuchlichkeit liege nur vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf eine Pflichtverletzung seitens der Arbeitgeberin zurückzuführen sei.

Selbst wenn die Kündigung aufgrund des Gesundheitszustands und des erhöhten Invaliditätsrisikos der Arbeitnehmerin erfolgt sein sollte, sei diese gemäss Bundesgericht nicht missbräuchlich.

3. **Fazit**

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Kündigung zwar nicht missbräuchlich sei, die Arbeitnehmerin aber ohne sachlich hinreichenden Gründe entlassen wurde. Aus diesem Grund hatte die Arbeitnehmerin Anspruch auf eine Entschädigung.

Ausgewählte Fragen zum Thema fristlose Kündigung

geschrieben von Claudia Schnueriger | September 27, 2024

Eine fristlose Kündigung hat einschneidende Folgen für das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmenden. Die fristlose Kündigung ist nur unter strengen Voraussetzungen möglich. Welche das sind und welche Folgen eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung nach sich zieht, sind nur einige Fragen, welche im vorliegenden Beitrag beantwortet werden.

Unter welchen Voraussetzungen kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen?

Eine fristlose Kündigung ist ausnahmsweise zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der eine weitere Zusammenarbeit unmöglich macht.

Was sind wichtige Gründe?

Als wichtiger Grund gilt ein Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien muss derart gestört sein, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint.

Nur ein besonders schwerer Verstoss erlaubt eine fristlose Kündigung. Sie ist ultima ratio und somit sehr zurückhaltend auszusprechen. Ist ein Versäumnis weniger schwerwiegend, fällt

eine fristlose Kündigung nur dann in Betracht, wenn es trotz Verwarnung wiederholt stattgefunden hat.

Ob die Voraussetzung des wichtigen Grundes erfüllt ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art, Häufung und Schwere der Vertragsstörungen und einer allfällig vorausgegangenen Verwarnung.
Fristlose Kündigungen werden vor Gericht nur selten als gerechtfertigt qualifiziert.

Bei einer fristlosen Kündigung ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Was bedeutet das konkret?
Eine fristlose Kündigung ist insbesondere dann unzulässig, wenn mildere Massnahmen wie zum Beispiel eine Verwarnung, vorübergehende Freistellung, Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder ordentliche Kündigung zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben.

Auf welchen Zeitpunkt darf fristlos gekündigt werden?
Bei einer fristlosen Kündigung müssen weder eine feste Vertragsdauer noch Kündigungsfristen oder -termine eingehalten werden. Die fristlose Kündigung kann auch schon vor dem Stellenantritt erfolgen. Dies ist beispielsweise dann möglich, wenn sich in der Zwischenzeit herausgestellt hat, dass der zukünftige Arbeitnehmer bei der Bewerbung für seine Beurteilung wesentliche Angaben verschwiegen hat.

Innert welcher Frist nach Entdeckung eines Vorfalls muss die fristlose Kündigung ausgesprochen werden?
Die Anstellungsbehörde, welche wichtige Gründe geltend macht, muss die Kündigung umgehend aussprechen, also sofort ab Kenntnis des Vorfalls oder spätestens nach einer kurzen Bedenkfrist. Während im privaten Arbeitsvertragsrecht eine fristlose Kündigung in der Regel innert weniger Arbeitstage

auszusprechen ist und eine längere Frist nur zugestanden wird, sofern praktische Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens dies als berechtigt erscheinen lassen, vermögen im öffentlichen Personalrecht weitere sachliche Gründe (z.B. rechtliches Gehör, Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen, Entscheidkompetenz liegt bei einem mehrköpfigen Gremium [Regierungs-/Gemeinderat]) ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen.

Wiegt die Verfehlung weniger schwer, ist eine fristlose Entlassung nur möglich, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte. Wie viele Verwarnungen sind diesfalls notwendig?
Präzise Regeln über die Anzahl der Verwarnungen lassen sich nicht aufstellen.

Welchen Inhalt sollte eine Verwarnung haben?
Eine Verwarnung muss nicht zwingend die fristlose Kündigung androhen, aber klar werden lassen, dass das beanstandete Verhalten als untragbar beurteilt und eine Wiederholung desselben nicht sanktionslos hingenommen wird. Der Arbeitnehmer muss genau wissen, welches Verhalten künftig nicht mehr toleriert wird.

In welchen Fällen kann auch eine weniger gewichtige Verfehlung zur fristlosen Entlassung führen?
Weniger gewichtige Vorkommnisse, die für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, können in Verbindung mit anderen Vorfällen unter Umständen einen wichtigen Grund darstellen.

Muss die fristlose Kündigung schriftlich erfolgen?
In der kantonalen und kommunalen Personalgesetzgebung ist oftmals vorgesehen, dass die Kündigung beidseits, also sowohl durch den Arbeitgeber als auch durch den Arbeitnehmer, schriftlich zu erfolgen hat.

Darf die fristlose Entlassung gegen den Willen des Arbeitnehmers im Arbeitszeugnis erwähnt werden?

Über die Umstände des Austritts, insbesondere die Kündigungshintergründe oder wer die Kündigung aussprach, darf das Zeugnis gegen den Willen des Arbeitnehmers nichts enthalten, ausser wenn ohne einen solchen Hinweis ein unwahres Zeugnis entstehen würde. Einer fristlosen Kündigung liegt eine schwere Pflichtverletzung des Arbeitnehmers zugrunde. Bei Nichterwähnen der fristlosen Kündigung würde ein täuschender Gesamteindruck und somit ein unwahres Arbeitszeugnis entstehen. Aus dem Arbeitszeugnis muss hervorgehen, dass das Arbeitsverhältnis fristlos beendet wurde.

Ist eine fristlose Entlassung während der Sperrfristen (Krankheit, Unfall, Militär- oder Zivildienst, Schwangerschaft) zulässig?
Die fristlose Auflösung kann auch während Sperrfristen ausgesprochen werden.

Was sind die Rechtsfolgen einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber?
Eine ausserordentliche Kündigung löst das Arbeitsverhältnis per sofort auf.

Was sind die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber?
Bei Verweis der kantonalen und kommunalen Personalgesetzgebung auf das Obligationenrecht gilt folgendes: Eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Die Sanktionen bestehen lediglich in einem Schadenersatzanspruch und in einer besonderen Entschädigung. Die Sanktionen sind rein finanzieller Natur. Es besteht kein Anspruch auf Wiederanstellung.
Vereinzelte Personalgesetze bzw. Personalreglemente sehen einen Anspruch auf eine gleichwertige Arbeitsstelle/Weiterbeschäftigung vor. Bei Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung.

Dürfen auch Arbeitnehmende fristlos kündigen?
Ja, auch der Arbeitnehmer kann fristlos kündigen. Die fristlose Kündigung des Arbeitnehmers ist ebenfalls nur bei Vorliegen wichtiger Gründe zulässig. Beispielsweise in folgenden Fällen ist der Arbeitnehmer berechtigt, das Arbeitsverhältnis fristlos zu beenden:
– Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, gegen welche der Arbeitgeber trotz Kenntnis keine Massnahmen ergreift
– Schweres Mobbing, das klar über die üblichen Konflikte am Arbeitsplatz hinausgeht und die Gesundheit des Arbeitnehmers beeinträchtigt
– Tätlichkeiten seitens des Arbeitgebers
Nicht ausreichend ist die Enttäuschung des Arbeitnehmers bezüglich seiner Erwartungen an die neue Stelle.

Was sind die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Arbeitnehmer?
Bei Verweis der kantonalen bzw. kommunalen Personalgesetzgebung auf das Obligationenrecht gilt folgendes: Der Arbeitgeber hat bei ungerechtfertigter fristloser Vertragsauflösung durch den Arbeitnehmer Anspruch auf eine Pauschalentschädigung, die einem Viertel des Lohnes für einen Monat entspricht. Überdies hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens (vgl. Art. 337d Abs. 1 OR).

Gerichtsbeispiele zur Meinungsäusserungsfreiheit in öffentlich-rechtlichen

Anstellungen

geschrieben von MLaw Rechtsanwältin Nadine Seiler | September 27, 2024

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 | September 27, 2024
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).

Der Beweis der

Arbeitsunfähigkeit und die vertrauensärztliche Untersuchung

geschrieben von Claudia Schnueriger | September 27, 2024

An die unverschuldete Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers knüpfen weitreichende Rechtsfolgen; zum einen die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers und zum anderen der Kündigungsschutz. Aus diesem Grund kommt dem Beweis der Arbeitsunfähigkeit eine wichtige Bedeutung zu. Bei begründeten Zweifeln des Arbeitgebers an der Arbeitsunfähigkeit seines Arbeitnehmers kann er eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen. Doch wann liegen begründete Zweifel vor und was geschieht, wenn sich der behandelnde Arzt und der Vertrauensarzt nicht einig sind? Auf diese und weitere Fragen wird im nachstehenden Beitrag näher eingegangen.

Beweis der Arbeitsunfähigkeit

Da der Arbeitnehmer aus der behaupteten Arbeitsunfähigkeit Rechte wie die Lohnfortzahlung und den Kündigungsschutz ableitet, muss er diese beweisen. Der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt somit dem Arbeitnehmer und kann grundsätzlich in irgendeiner Weise erbracht werden. In der Praxis geschieht dies in der Regel durch ein Arztzeugnis. Einem Arztzeugnis kommt eine sehr hohe Beweiskraft zu. Nichtsdestotrotz ist es kein unumstössliches Beweismittel.

Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit

Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

Begründete Zweifel können auftauchen, wenn nacheinander Arztzeugnisse von verschiedenen Ärzten oder sich widersprechende Arztzeugnisse eingereicht werden, bei

Ferndiagnosen (z.B. aufgrund eines Telefonats ohne Untersuchung des Arztes), wenn das Arztzeugnis keine Maximaldauer der Arbeitsunfähigkeit enthält (bis auf Weiteres), wenn das Arztzeugnis keine eigenhändige Unterschrift oder kein Behandlungsdatum enthält, Auffälligkeiten betreffend Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der Arbeitsunfähigkeit bestehen oder bei übermässiger Rückdatierung. Dass eine Rückdatierung in einem gewissen Umfang aber akzeptiert werden muss, ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass ein Arbeitnehmer den Arzt kaum je umgehend bei Ausbruch einer Krankheit aufsuchen wird und je nach Auslastung des Arztes auch nicht kann (vgl. zur Rückdatierung auch den Beitrag «Zulässigkeit von rückwirkenden Arztzeugnissen» ZV Info 2021 09).

Die vertrauensärztliche Untersuchung

Ein Vertrauensarzt ist ein Arzt, der vom Arbeitgeber auf dessen Kosten hinzugezogen wird, um die behauptete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers abzuklären. Die Wahl des Vertrauensarztes liegt grundsätzlich beim Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann sich nicht auf den Grundsatz der freien Arztwahl berufen. Der Arbeitnehmer kann aber Einwendungen gegen die vertrauensärztliche Untersuchung erheben, wenn ihm diese nicht zumutbar ist. In der Praxis kommen insbesondere folgenden Einwendungen vor:

• Person des Arztes, z.B. persönliche Feindschaft zwischen Arzt und Arbeitnehmer

• Geschlecht des Arztes

• Fehlende Bezeichnung des Vertrauensarztes

• Fehlender Zeitraum und Zweck der Untersuchung

Bei begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer verpflichtet, an der vertrauensärztlichen Untersuchung mitzuwirken. Der Vertrauensarzt kann die Arbeitnehmenden persönlich untersuchen oder anhand von Akten

die Beurteilung des behandelnden Arztes überprüfen. Der Vertrauensarzt hat die Untersuchung nach bestem Wissen und Gewissen durchzuführen. Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer über das Ergebnis der vertrauensärztlichen Untersuchung in Kenntnis setzen.

Zulässige Fragen an den Vertrauensarzt

Der Informationsanspruch des Arbeitgebers wird durch den Datenschutz beschränkt. Der Arbeitgeber darf nur vertrauensärztliche Auskünfte erfragen, welche das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Der Arbeitgeber darf alle Informationen, welche ein einfaches Zeugnis enthält, verlangen. Ein einfaches Zeugnis enthält gemäss Empfehlungen der Swiss Insurance Medicine (Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz) die folgenden Angaben:

• Personalien des Arbeitgebers

• Bezeichnung des Arbeitgebers

• Datum der erfolgten bzw. nächsten Konsultation

• Arbeitszeit (Beschäftigungsgrad in %)

• Arbeitsunfähigkeit in Prozent

• Datum des Beginn der Arbeitsunfähigkeit

• Datum der Wiederaufnahme der Arbeit zu 100 %

• Angabe, ob Kontaktaufnahme durch den Arbeitgeber erwünscht ist

• Ort und Datum

• Unterschrift des Arztes

Nebst den genannten Informationen ist der Arbeitgeber zu folgenden Fragen berechtigt:

• Fragen zur Ausübung von ganz bestimmten Tätigkeiten

• Frage, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers andere Mitarbeiter im Betrieb gefährdet

• Frage, ob es sich um eine Neuerkrankung oder um einen Rückfall handelt

• Frage, ob die Arbeitsunfähigkeit den Arbeitnehmer auch daran hindere, sich in den Ferien zu erholen

• Frage, ob der Arbeitnehmer transportfähig ist

Unzulässig sind Fragen, welche nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen (z.B. Befund und Diagnose, Abklärung betreffend allgemeiner Gesundheitszustand oder Abklärung einer Schwangerschaft ohne konkrete Anhaltspunkte, dass die Arbeitnehmerin eine solche vortäuscht.

Der Vertrauensarzt untersteht dem ärztlichen Berufsgeheimnis. Damit der Vertrauensarzt das Untersuchungsergebnis dem Arbeitgeber offenlegen darf, muss er zunächst von der ärztlichen Schweigepflicht entbunden werden. Die Entbindung von der Schweigepflicht bezieht sich nur auf die mit der konkreten Arbeitsunfähigkeit zusammenhängenden Diagnosen und nicht auf die gesamte Krankengeschichte.

Verweigerung der Untersuchung durch den Arbeitnehmer
Bei Verweigerung der Untersuchung durch den Arbeitnehmer sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schriftlich mahnen und eine Frist für die Untersuchung beim Vertrauensarzt ansetzen. Leistet der Arbeitnehmer trotz Mahnung keine Folge, ist der Arbeitgeber berechtigt, die Lohnzahlung einzustellen.

Widersprechende Ergebnisse
In der Praxis kommt es oft vor, dass sich das Arztzeugnis des Arbeitnehmenden und dasjenige des Vertrauensarztes widersprechen. Die beiden ärztlichen Beurteilungen haben grundsätzlich den gleichen Beweiswert. In diesem Fall könnte

der Arbeitnehmer aufgefordert werden, den behandelnden Arzt zu bitten, zur Beurteilung des Vertrauensarztes Stellung zu nehmen. Bestenfalls können damit die Differenzen geklärt werden. Falls der behandelnde Arzt durch die Stellungnahme Zweifel an der Richtigkeit der vertrauensärztlichen Beurteilung weckt, darf der Arbeitgeber das vertrauensärztliche Zeugnis nicht unbesehen übernehmen, sondern er hat die Beurteilung durch weitere Abklärungen zu überprüfen. Wenn sich der Arbeitgeber schliesslich doch auf die vertrauensärztliche Beurteilung abstützt, kann er ihn auffordern, zur Arbeit zu erscheinen, ansonsten die Lohnfortzahlungspflicht endet.

Im Streitfall hat das Gericht die widersprechenden Arztzeugnisse zu würdigen. Folgende Kriterien sind bei der Würdigung zu berücksichtigen:

• Art und Weise des Zustandekommens des Zeugnisses

• Qualität und Aussagekraft des Zeugnisses

• Spezifisches Fachwissen der Ärzte

• Häufigkeit, Tiefe und Zeitnähe der Untersuchung

Sofern weder die Arbeitsfähigkeit noch die Arbeitsunfähigkeit bewiesen werden kann, trägt der Arbeitnehmer das Risiko der Beweislosigkeit. Die Arbeitsfähigkeit gilt als unbewiesen, weshalb der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung einstellen kann.

Fazit
Der Beweis der Arbeitsunfähigkeit obliegt dem Arbeitnehmer. Bei begründeten Zweifeln am Arztzeugnis kann der Arbeitnehmer einer vertrauensärztlichen Untersuchung unterzogen werden. Bei Verweigerung der vertrauensärztlichen Untersuchung hat der Arbeitnehmer mit der Einstellung der Lohnzahlung zu rechnen.

Lauf der Rechtsmittelfrist bei mehrfacher Zustellung einer Kündigungsverfügung

geschrieben von Dr. Nicole Vögeli Galli | September 27, 2024

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2950/2021 vom 20. März 2023 E.2 Wird eine Verfügung mehrfach ohne Vorbehalt zugestellt, bestimmt sich der Beginn des Fristenlaufs nach der späteren Entgegennahme der zweiten Postsendung.

Beurteilt wurde der Fall eines ehemaligen Mitarbeitenden der Parlamentsdienste (A.). Mit Verfügung vom 21. Mai 2021 kündigten die Parlamentsdienste das Arbeitsverhältnis mit A. per 31. August 2021. Gegen diese Verfügung erhob A. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Die Parlamentsdienste argumentierten, die Beschwerde mit Postaufgabe am 23. Juni 2021 sei verspätet erfolgt, weshalb darauf nicht einzutreten sei. Sie habe die Verfügung am Freitag, 21. Mai 2021, sowohl an den Beschwerdeführer selbst als auch an dessen Rechtsvertreter jeweils einmal mit A-Post Plus und einmal mit eingeschriebener Post versendet. Die Beschwerdefrist habe deshalb mit Zustellung der A-Post-Plus Sendung am Samstag, 22. Mai 2021, zu laufen begonnen und sei am Montag, 21. Juni 2021, abgelaufen.

Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, dass eine effektive Kenntnisnahme der Verfügung nicht notwendig sei und der Zugang in den Machtbereich des Empfängers genüge. Sodann sei grundsätzlich die spätere Entgegennahme einer zweiten Sendung durch den Betroffenen für den Fristenlauf unbeachtlich, im Rahmen öffentlich-rechtlicher Angelegenheiten könne jedoch der Vertrauensschutz zu einer Verlängerung der Rechtsmittelfrist

führen. Die erneute Zustellung einer Verfügung mit einer identischen und vorbehaltlosen Rechtsmittelbelehrung
vor Ablauf der Beschwerdefrist stelle einen Anwendungsfall einer vertrauensbegründenden behördlichen Auskunft dar. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vertrauensschutzes sei in derartigen Fällen, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen habe, die sie nicht mehr ohne Nachteil rückgängig machen könne. Vorliegend wurde durch die später eingetroffenen eingeschriebenen Sendungen der identischen Verfügungen ohne Vorbehalt in einer konkreten Situation gegenüber bestimmten Personen (A. und dessen Rechtsvertreter) eine Auskunft seitens der zuständigen Stelle erteilt. Dadurch, dass A. die Beschwerdefrist der eingeschriebenen Sendung als massgebend erachtete, wäre
ihm beim Nichteintreten auf seine Beschwerde ein nicht wiedergutzumachender Rechtsnachteil erwachsen. Die Beschwerdefrist begann folglich am Tag nach der Zustellung der Verfügung mittels Einschreiben, am 26. Mai 2021, zu laufen. Somit wurde die 30-tägige Frist mit Postaufgabe vom 23. Juni 2021 gewahrt. Vorliegend hätten die Parlamentsdienste durch ein kurzes Begleitschreiben, wonach die per A-Post Plus versandte Verfügung massgebend sei, Klarheit bezüglich des Fristenlaufs schaffen können, was einen Anwendungsfall des Vertrauensschutzes zum vornherein ausgeschlossen hätte.