Das Arbeitszeugnis – ein Überblick

geschrieben von Claudia Schnueriger | Februar 16, 2023

Ein gutes Arbeitszeugnis dient der Förderung des beruflichen Fortkommens. Wer ein schlechtes Arbeitszeugnis im Bewerbungsverfahren vorweist, wird oft gar nicht erst zum Bewerbungsgespräch eingeladen. Das Arbeitszeugnis darf jedoch nicht nur den Grundsatz des Wohlwollens beachten, sondern muss auch der Wahrheit entsprechen. Stellt die Arbeitgeberin ein unrichtiges Arbeitszeugnis aus, kann sie gegenüber Dritten haftbar werden. Diese Gratwanderung zwischen Wahrheit und Wohlwollen ist nicht ganz einfach. Diese und weitere Aspekte des Arbeitszeugnisses werden in diesem Beitrag näher beleuchtet.

Allgemeines zum Arbeitszeugnis

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein Vollzeugnis in der Form eines Zwischenzeugnisses und eines Schlusszeugnisses sowie auf eine blosse Arbeitsbestätigung. Es steht dem Arbeitnehmer frei, ein Arbeitszeugnis, eine Arbeitsbestätigung oder beides zu verlangen. Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis wird erst fällig, wenn der Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis verlangt.

Nach herrschender Lehre verjährt das Recht auf ein Arbeitszeugnis zehn Jahre nach dem Ende des Arbeitsvertrags. Begründet wird dies damit, dass es sich beim Zeugnis nicht um eine Forderung handelt, die als Entgelt für die geleistete Arbeit zu betrachten ist. Das Bundesgericht hat dies in einem Entscheid aus dem Jahr 2020 bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 4A_295/2020 vom 28. Dezember 2020).

Formelle Aspekte: Schriftform, Unterschriften, Ausstellungsort und Zeitform

Das Arbeitszeugnis ist schriftlich auszustellen und muss von der Arbeitgeberin unterzeichnet werden. Ist für die Vertretung der Arbeitgeberin Kollektivunterschrift zu zweien erforderlich, muss auch das Arbeitszeugnis von zwei zeichnungsberechtigten Personen unterzeichnet werden. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf Unterzeichnung durch eine bestimmte Person und kann umgekehrt auch nicht fordern, eine bestimmte Person dürfe nicht unterzeichnen. Unzulässig ist die Vertretung durch aussenstehende Dritte, beispielsweise durch einen von der Arbeitgeberin beauftragten Rechtsanwalt. Auch der Ort der Zeugnisausstellung ist anzugeben. Das Zwischenzeugnis wird in der Gegenwartsform formuliert. Das Schlusszeugnis hingegen in der Vergangenheitsform. Kompetenzen, über die der Arbeitnehmer unabhängig von der betreffenden Arbeitsstelle verfügt, wie Sprachkenntnisse, Auffassungsgabe, Einfühlungsvermögen etc., sind auch im Schlusszeugnis in der Gegenwartsform zu verfassen.

Zeugnisgrundsätze

Bei der Erstellung des Arbeitszeugnisses müssen die folgenden Grundsätze beachtet werden:

Grundsatz der Wahrheit
Aus dem Grundsatz der Wahrheit ergibt sich, dass sich das Vollzeugnis zu allen in Art. 330a Abs. 1 OR genannten Punkten äussern muss. Daraus folgt, dass das Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten Auskunft geben muss. Die im Arbeitszeugnis wiedergegebene Beurteilung von Leistung und Verhalten muss objektiv richtig ausfallen, wobei der Beurteilungsmassstab nicht zu streng oder zu grosszügig sein darf, sondern dem branchenüblichen Durchschnitt entsprechen soll. Die

Arbeitgeberin verfügt über ein Beurteilungsermessen sowie über ein breites Ermessen bei der Formulierung des Arbeitszeugnisses. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Verwendung von bestimmten Formulierungen.

Grundsatz der Vollständigkeit
Das Arbeitszeugnis muss vollständig sein, d. h. es muss alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten, die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung sind. Es soll künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben. Aus diesem Grund darf und muss es bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind. Begrenzt wird das Erfordernis der Vollständigkeit durch Art. 328b OR, wonach sich die Angaben auf die Eignung für das Arbeitsverhältnis oder die Durchführung des Arbeitsvertrags beziehen müssen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet das Weglassen von Unwesentlichem. Einmalige Vorfälle und Umstände, die für den Arbeitnehmer und das Arbeitsverhältnis nicht charakteristisch waren, dürfen nicht in das Arbeitszeugnis aufgenommen werden. Der blosse (auch dringende) Verdacht einer strafbaren Handlung sowie Vorstrafen, Krankheiten und ausserdienstliche Umstände, die für Leistungen und dienstliches Verhalten des Arbeitnehmers nicht wesentlich waren, dürfen nicht erwähnt werden. Delikte, die während des Arbeitsverhältnisses verübt wurden, dürfen erwähnt werden, wenn sie für die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers von Bedeutung sind oder die Straftat am Arbeitsplatz oder zulasten des Arbeitgebers begangen wurden.

Grundsatz des Wohlwollens
Einerseits soll das Arbeitszeugnis das berufliche Fortkommen fördern. Andererseits soll das Arbeitszeugnis dem künftigen Arbeitgeber ein wahrheitsgetreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten geben, weshalb es wahr und vollständig sein muss. Der Grundsatz des Wohlwollens findet seine Grenze

an der Wahrheitspflicht. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf ein objektiv wahres, nicht auf ein gutes Arbeitszeugnis. Das Interesse des zukünftigen Arbeitgebers an der Zuverlässigkeit der Aussagen im Arbeitszeugnis muss höherrangig eingestuft werden als das Interesse des Arbeitnehmers an einem möglichst günstigen Zeugnis.

Grundsatz der Klarheit
Das Arbeitszeugnis muss in allgemein verständlicher und klarer Sprache abgefasst sein. Die Aussagen müssen für Dritte und den Arbeitnehmer selbst eindeutig sein. Unzulässig ist auch die Verwendung von Codierungen durch den Arbeitgeber. Bei Codierungen handelt es sich um gut klingende bzw. verklausulierte Formulierungen, welche aber etwas anderes aussagen, als was der eigentliche Wortlaut vermuten lässt. Folgende Formulierungen hören sich zunächst positiv an, weisen aber tatsächlich auf ungenügende Leistungen und Verhalten hin:

- Er/sie war stets bemüht.
- Er/sie erledigte ihre Aufgaben im Grossen und Ganzen zu unserer Zufriedenheit.
- Er/sie hat sich stets bemüht, die Aufgaben so gut wie möglich zu erledigen.
- Er/sie wusste sich gut zu verkaufen.
- Er/sie zeigte für seine/ihre Arbeit Interesse.
- Seine/ihre Geselligkeit trug zur Verbesserung des Betriebsklimas bei.

Grundsatz der Einheitlichkeit
Ein Arbeitnehmer, der bei einem Arbeitnehmer länger und in mehreren Positionen tätig war, hat Anspruch auf ein einheitliches Arbeitszeugnis, das die gesamte berufliche Entwicklung des Arbeitnehmers chronologisch darstellt.

Grundsatz der Individualität
Das Arbeitszeugnis muss der individuellen beruflichen Entwicklung Rechnung tragen. Es muss die berufsspezifischen, arbeitsplatzbedingten und persönlichen Besonderheiten

berücksichtigen. Die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens sind individuell zu formulieren.

Beendigungsgrund und Motive der Kündigung

Gegen den Willen des Arbeitnehmers dürfen der Kündigungsgrund und die Motive, die zur Vertragsbeendigung geführt haben, nicht erwähnt werden, ausser wenn durch das Weglassen eines solchen Hinweises ein unwahres Zeugnis entstehen würde. Der Beendigungsgrund gehört nur ins Arbeitszeugnis, wenn dies zur Würdigung des Gesamtbildes nötig ist. Dies wird bei gerechtfertigten fristlosen Kündigungen in der Regel der Fall sein.

Schlussformulierungen

Einen klagbaren Anspruch auf Bedauernsbekundungen über den Austritt und Dankesworte gibt es gemäss der Rechtsprechung nicht. Ein Arbeitgeber kann nicht gegen seinen Willen dazu verpflichtet werden, Bedauern und Dank zu bescheinigen.

Arbeitszeugnis bei Freistellung

Bei Freistellungen ist nicht der tatsächliche Austritt, sondern der rechtliche Austritt am Ende des Arbeitsverhältnisses anzugeben. Gegen den Willen des Arbeitnehmers darf eine Freistellung in der Regel nur dann im Arbeitszeugnis genannt werden, wenn andernfalls ein falscher Eindruck hinsichtlich seiner Tätigkeit und Befähigung entstehen würde. Dies wäre beispielsweise bei kurzer Anstellungsdauer und einer im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsverhältnisses langen Freistellungsdauer der Fall.

Besonderheiten beim Zwischenzeugnis

Gemäss Wortlaut des Gesetzes kann der Arbeitnehmer jederzeit ein Zwischenzeugnis in der Form eines Vollzeugnisses verlangen. Dieser Anspruch wird in der Praxis vorwiegend nur

dann bejaht, wenn der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft machen kann. An den Interessennachweis dürfen allerdings keine hohen Anforderungen gestellt werden. Genügend sind z. B. ein Wechsel des Vorgesetzten, der Transfer in eine andere Unternehmenseinheit, den Arbeitnehmer betreffende Umstrukturierungen, wenn ein Zwischenzeugnis für Aus- oder Weiterbildungen Zulassungserfordernis ist, ernsthafte Stellenwechselabsichten des Arbeitnehmers und selbstverständlich das nahende Vertragsende. Schikanöse Zeugnisbegehren sind dagegen zurückzuweisen, so z. B., wenn der Arbeitnehmer alle paar Monate ohne besonderen Anlass ein neues Zwischenzeugnis verlangt.

Vom tollen Zwischenzeugnis zum schlechten Schlusszeugnis

Die Ausstellung eines schlechten Schlusszeugnisses im Vergleich zu einem wenige Monate zuvor ausgestellten Zwischenzeugnis ist nur dann zulässig, wenn seit dem Zwischenzeugnis erhebliche Änderungen eingetreten sind, die eine schlechtere Beurteilung rechtfertigen. Die Beweislast für diese erheblichen Änderungen trägt die Arbeitgeberin. Ein abweichendes, berichtigtes Schlusszeugnis ist dann zulässig, wenn das Zwischenzeugnis nachweislich falsch war (wenn z. B. nicht erkannte Pflichtverletzungen entdeckt wurden).

Haftung aus Arbeitszeugnissen

Stellt der Arbeitgeber innert nützlicher Frist kein oder ein nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Zeugnis aus, so kann er dem Arbeitnehmer für den daraus entstandenen Schaden haften. Andererseits können Zeugnisse, die unrichtige Angaben enthalten oder wesentliche Vorkommnisse (z. B. eine Veruntreuung) verschweigen, zur Schadenersatzpflicht gegenüber dem neuen Arbeitgeber führen. Der Nachweis der geforderten Kausalität ist allerdings oft schwierig.

MLaw Claudia Schnüriger,
Rechtsanwältin

Ferienplanung – (zu) frühzeitige Bewilligung durch den Arbeitgeber?

geschrieben von Stefan Meyer | Februar 16, 2023

Im Rahmen einer Rechtsauskunft war abzuklären, ob ein öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber verlangen kann, dass die Arbeitnehmer ihre Ferien für das laufende Jahr jeweils bereits Anfang Jahr bekannt geben. Die Verhältnismässigkeit der konkreten Weisung ist – wie so oft – entscheidend:

Grundsätzlich gilt analog zum Privatrecht: Sofern nichts anderes vereinbart oder üblich ist, bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, wie dies mit den Betriebsinteressen vereinbar ist (vgl. Art. 329c Abs. 2 OR). Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer für die Ferienplanung ausreichend Zeit lassen (i. d. R. drei Monate). Bereits vereinbarte bzw. genehmigte Ferien dürfen nur infolge schwerwiegender und unvorhergesehener Gründe durch den Arbeitgeber verschoben werden (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 329c N 7).

Eine eigentliche Obergrenze (bzw. wie früh ein Arbeitgeber die Bekanntgabe der Ferien verlangen kann) gibt es grundsätzlich nicht. Im öffentlichen (Personal-)Recht gilt es jedoch stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 BV) zu beachten. Mithin muss jede Weisung des Arbeitgebers geeignet sowie erforderlich sein, ein bestimmtes Ziel zu erreichen und

überdies muss die Weisung für die Betroffenen zumutbar sein.

Konnten die Arbeitnehmer beispielsweise ihre Ferien bisher ohne Frist beantragen, und dies funktionierte auch aus betrieblicher Sicht ohne nennenswerte Probleme, stellt sich die Frage nach der Erforderlichkeit einer solchen Weisung. Ist demgegenüber die definitive Ferienplanung aus betrieblichen Gründen (Sicherstellung von Schalterdienst o. Ä.) bereits zu Beginn des Jahres erforderlich und besteht eine Ausnahmeregelung für «Härtefälle» (z.B. Bewilligung der Verschiebung, wenn im konkreten Einzelfall die Verschiebung der Ferien für den Betrieb ohne Weiteres möglich wäre und der Arbeitnehmer ein gewichtiges Interesse an der Verschiebung hat), so erscheint eine entsprechende Weisung in der Regel als verhältnismässig.

MLaw Stefan Meyer,
Rechtsanwalt

Keine rückwirkende Entschädigung für Umkleidezeit

geschrieben von Claudia Schnueriger | Februar 16, 2023

Vor Bundesgericht war strittig, ob Pflegekräfte des Universitätsspitals Zürich rückwirkend für die Jahre 2016 bis 2019 eine Entschädigung für Umkleidezeit geltend machen können. Das Verwaltungsgericht wies das Begehren ab, weshalb der diplomierte Pflegefachmann A am Bundesgericht Beschwerde erhob.

Sachverhalt

A war vom 1. März 2011 bis 31. Juli 2019 als diplomierter Pflegefachmann beim Universitätsspital Zürich (USZ) angestellt. Der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) verlangte in den Jahren 2018 und 2019 im Namen von insgesamt 150 Angestellten des USZ rückwirkend Lohnnachzahlungen für nicht vergütete Umkleidezeit. Die Spitaldirektion, der Spitalrat und auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich wiesen die Begehren ab. Dagegen erhob A Beschwerde vor Bundesgericht.

Arbeitszeitreglement des Universitätsspitals Zürich (USZ)

Das Arbeitszeitreglement des USZ definiert die Arbeitszeit in Ziff. 6.1.1 Abs. 1 als «die Zeit, während der sich die Angestellten dem USZ zur Verfügung zu halten haben, soweit nicht in Abs. 2 etwas anderes vorgesehen ist». Für nichtärztliches Personal legt es die wöchentliche Soll-Arbeitszeit für ein Vollzeitpensum auf 42 Stunden fest (Ziff. 6.3 Abs. 1 Arbeitsreglement).

Seit dem 1. August 2019 sieht Ziff. 6.1.1 Abs. 2 des Arbeitszeitreglements vor, dass die «Zeit des An- und Abkleidens von Berufskleidern zu Beginn und Ende einer Schicht unter Berücksichtigung der Berufsgruppenzugehörigkeit» als Arbeitszeit gelte. Für die Berufsgruppe Pflege und MTTB [Medizinisch-technisch und therapeutische Berufe], zu der auch A gehörte, heisst es: «Umkleidezeit im Früh-, Spät- und Tagesdienst in Dienstzeit integriert / für Nachtdienst erfolgt Zeitgutschrift von 15 Minuten pro Dienst (Ziff. 6.1.1 Abs. 2 Arbeitszeitreglement).

Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

Das Verwaltungsgericht erwog im Wesentlichen, weder aus dem Personalgesetz noch aus den dazugehörenden Verordnungen gehe

hervor, ob Umkleidezeit als separat zu entschädigende Arbeitszeit zu qualifizieren sei oder nicht. Das USZ habe daher diesbezüglich eine eigene Regelung schaffen dürfen. In seinen Arbeitszeitreglementen ab 1. Januar 2016 bis 31. Juli 2019 finde sich eine Bestimmung, welche die Umkleidezeit von der bezahlten Arbeitszeit ausgenommen habe. Diese Regelung könne als Verschriftlichung der bereits vorher beim USZ bzw. in der ganzen Branche gelebten Praxis qualifiziert werden. Sie habe nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen, weder gegen die Vorgaben des Arbeitsgesetzes oder der dazugehörenden Verordnungen noch gegen die kantonalen Personalerlasse. Das Verwaltungsgericht kam daher zum Schluss, vor dem 31. Juli 2019 habe kein Anspruch bestanden, für Umkleidezeit gesondert entschädigt zu werden.

Verfahren vor dem Bundesgericht

A rügte insbesondere die vorinstanzliche Feststellung, wonach aus den kantonalen Bestimmungen nicht hervorgehe, ob Umkleidezeit als separat zu entschädigende Arbeitszeit zu qualifizieren sei. Dies lasse sich auf keine sachlichen Gründe abstützen und sei offensichtlich unhaltbar. Das USZ habe nicht eine eigene Regelung treffen und die Umkleidezeit von der Arbeitszeit ausnehmen dürfen. Wenn nicht die ganze Arbeitszeit hätte entschädigt werden sollen, hätte dies ausdrücklich schriftlich vereinbart oder bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber in gesetzeskonformer Weise geregelt werden müssen. Die vorinstanzliche Qualifikation der vorliegend massgebenden Bestimmungen des Arbeitszeitreglements als gesetzeskonform, verletze das Legalitätsprinzip und sei willkürlich.

Das Bundesgericht erwog, Willkür in der Rechtsanwendung wäre betreffend die angewendeten kantonalrechtlichen Bestimmungen nur gegeben, wenn der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis unhaltbar wäre. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheine, genügt nicht. Gemäss Bundesgericht kann es nicht als geradezu unhaltbar

qualifiziert werden, wenn sich die Vorinstanzen bei der Auslegung einer unbestimmt gehaltenen Regelung vorrangig davon leiten liessen, wovon die Beteiligten, andere Spitäler und ihre Angestellten über Jahre ausgegangen waren. Dass es bezüglich Entschädigung der Umkleidezeit andere, ebenfalls vertretbare oder gar zutreffendere Lösungen gäbe, ändert nichts daran, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich nicht als offensichtlich unhaltbar qualifiziert werden kann.

Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das USZ bis am 31. Juli 2019 eine Regelung kannte, welche die Umkleidezeit von der bezahlten Arbeitszeit ausnahm. Diese verstiess nicht gegen übergeordnetes Recht und ist somit nicht willkürlich. Folglich bestand vor diesem Zeitpunkt kein Anspruch, für Umkleidezeit gesondert entschädigt zu werden.

Anmerkungen

Da eine rückwirkende Entschädigung für Umkleidezeit von den Arbeitnehmenden nicht geltend gemacht werden kann, sollten die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber ihre Arbeitszeitreglemente möglichst schnell anpassen und den Arbeitnehmenden für die Umkleidezeit eine angemessene Entschädigung ausrichten.

MLaw Claudia Schnüriger
Rechtsanwältin

Verzögerte Reaktion führt

nicht zwingend zur Unzulässigkeit der fristlosen Kündigung

geschrieben von Gabriela Sollberger | Februar 16, 2023

Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass bei notwendigen Abklärungen das Zuwarten keine Bestätigung der Zumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei.

Beurteilt wurde der Fall eines Angestellten der Schweizerischen Bundesbahnen SBB, dessen Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt wurde, nachdem eine schwerwiegende Pflichtverletzung festgestellt worden war. Während geraumer Zeit habe der Angestellte unter anderem anstelle des rechtmässigen Messwertes immer wieder den exakt gleichen Messwert im Prüfsystem eingetragen. Aufgefallen ist das Ganze erst nach einer zweiten Meldung, dass der Angestellte die Prüfung der Bremszangen nicht korrekt durchführe und die in der Folge durchgeführte umfangreiche Nachmessung abweichende Messergebnisse hervorbrachten. Trotz Kenntnis des Vorfalles sprachen die SBB die fristlose Kündigung erst nach 12 Arbeitstagen aus. Der Angestellte vertrat u. a. den Standpunkt, die Reaktionsfrist für eine fristlose Kündigung sei nicht eingehalten worden, weshalb diese nicht gerechtfertigt sei. Das Bundesverwaltungsgericht hingegen schützte die fristlose Entlassung und wies die Beschwerde ab.

Gemäss Rechtsprechung und Lehre haben Arbeitgebende fristlose Kündigungen umgehend auszusprechen, ansonsten von der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen wird. Das Bundesverwaltungsgericht führte im vorliegenden Fall demgegenüber aus, dass die Praxis bezüglich der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung innert einer Zeitspanne von grundsätzlich nur wenigen Arbeitstagen nicht ohne Weiteres auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Anwendung finde.

Den öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden sei eine längere Reaktionsfrist zu gewähren, zumal bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen die Kündigung in der Regel in Form einer schriftlich begründeten Verfügung erfolge, welcher häufig eine Untersuchung vorausgehe. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs und spezielle Verfahrensabläufe verunmöglichten ebenfalls eine unverzügliche Auflösung. Das Bundesverwaltungsgericht hielt ausdrücklich fest, dass die Reaktionsfrist erst nach genügend sicheren Kenntnissen der Umstände zu laufen beginne. Zwar müssten die Arbeitgebenden allfällige Abklärungen beförderlich vornehmen, dürften sich allerdings die für eine sorgfältige Abklärung benötigte Zeit nehmen.

Dr. Nicole Vögeli Galli ist Rechtsanwältin und Dozentin für Arbeitsrecht sowie öffentliches Personalrecht an der ZHAW School of Management and Law. Sie zeichnet als Co-Studienleiterin für den CAS Öffentliches Personalrecht verantwortlich.

Zulässigkeit von Verdachtskündigungen?

geschrieben von Claudia Schnueriger | Februar 16, 2023

Im Kanton Zürich war strittig, ob der Sachverhalt, welcher einer fristlosen Kündigung eines Tramführers der Verkehrsbetriebe der Stadt Zürich (VBZ) zugrunde lag, rechtsgenügsam abgeklärt wurde. Der Bezirksrat sah den Sachverhalt, auf den sich die VBZ bei ihrer Kündigung gestützt hatte, als gegeben an. Dieser Auffassung konnte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nicht folgen und legte in seinem Entscheid dar, welche Anforderungen an das Vorgehen

der Arbeitgeberin gestellt werden.

Sachverhalt

Ein Fahrgast der VBZ beschwerte sich, dass der Fahrer des am 23. Januar 2016 um 17.24 Uhr ab der Haltestelle C Richtung Haltestelle D verkehrenden Trams der Linie 01 während der Fahrt sein Mobiltelefon bedient und nicht auf die Strasse geachtet habe, weshalb das Tram mehrfach unnötig gebremst habe und ständig ruckartig wieder schneller und langsamer geworden sei. Mit Verfügung vom 28. Januar 2016 lösten die VBZ das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Die VBZ begründeten die fristlose Entlassung damit, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 um 17.24 Uhr von einem Fahrgast beobachtet worden sei, wie er während der Fahrt mit dem Mobiltelefon hantiert habe. Auf Einsprache des Tramführers hin bestätigte der Stadtrat von Zürich am 28. September 2016 die fristlose Kündigung. Der Tramführer erhob Rekurs beim Bezirksrat Zürich und verlangte, dass die Kündigung aufzuheben und er an seiner bisherigen bzw. an einer anderen zumutbaren Stelle weiter zu beschäftigen sei. Mittels Eventualbegehrens verlangte er die Feststellung, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei und ihm der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine angemessene Abfindung ausgerichtet werde.

Der Bezirksrat betrachtet es als Tatsache, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an seinem Handy herumhantiert habe. Er erachtete diesen Vorfall als erhebliche Pflichtverletzung, welche aber für sich allein betrachtet nicht derart schwer wiege, dass sie eine fristlose Kündigung rechtfertige. Der Bezirksrat stellte somit mit Beschluss vom 1. November 2018 fest, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen habe. Überdies wurde dem Tramführer der Lohn für einen gewissen Zeitraum sowie eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zugesprochen. Den Antrag auf Weiterbeschäftigung wies der Bezirksrat ab. Gegen diesen Beschluss erhob der Tramführer Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich.

Entscheid (VB.2018.00807)

Das Verwaltungsgericht prüfte, ob der Bezirksrat diesen Vorfall zu Recht nicht hinterfragt. Vorab erinnerte das Verwaltungsgericht an die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren. Danach soll die Behörde im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nach der materiellen Wahrheit bzw. nach der wirklichen Sachlage forschen und sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich überzeugt hat. Die VBZ hatten demnach die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verfehlungen in geeigneter Weise zu erstellen oder zumindest alle zumutbaren Abklärungen vorzunehmen. Das Verwaltungsgericht führte aus, dass die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die (arbeitgeberseitige) Auflösung eines Anstellungsverhältnisses bei der Arbeitgeberin liege. Die VBZ müssen beweisen, dass die Vorwürfe zutreffen, namentlich, dass der Tramführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an einem Mobiltelefon hantierte. Das Regelbeweismass der vollen Überzeugung, wonach ein Beweis dann als erbracht gilt, wenn die Entscheidinstanz nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements überzeugt ist, gelte auch hier. Nur bei Beweisnot, d. h. wenn aufgrund der Natur der Sache ein strikter Beweis bzw. die volle Überzeugung nicht möglich oder nicht zumutbar ist, genüge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.

Die von den VBZ im Vorfeld der fristlosen Entlassung vorgenommenen Sachverhaltsabklärungen zum Vorfall vom 23. Januar 2016 sind nicht geeignet, ein Fehlverhalten des Tramführers darzutun. Die VBZ durften ihre Kündigung nicht einzig auf die Kundenmeldung stützen. Diese war lediglich geeignet, den Verdacht eines Fehlverhaltens des Tramführers zu begründen. Gemäss Verwaltungsgericht weise die von den VBZ vorgängig zur Kündigung vorgenommene Sachverhaltsabklärung zwei wesentliche Mängel auf: Weder wurden die angeblich eingeholten Informationen zum Fahrer dokumentiert noch die zeitlichen Angaben in der Kundenmeldung nachgeprüft. Mangels

einer geeigneten Personenbeschreibung stützten die VBZ ihren Vorwurf somit einzig auf die Zeitangaben in der Kundenmeldung bzw. darauf, dass anhand dieser Angaben sowie der Dienstpläne und weiterer Aufzeichnungen darauf geschlossen werden könne, dass es sich beim Fahrer des betreffenden Trams um den Beschwerdeführer gehandelt haben müsse.

Schliesslich wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die hier vorhandenen Beweisschwierigkeiten nicht objektiv bzw. in der Natur der Sache begründet, sondern auf das Unterlassen rechtzeitiger Sachverhaltsermittlungen oder deren genügende Dokumentation durch die VBZ zurückzuführen seien. Aus diesem Grund rechtfertige es sich vorliegend nicht, vom Regelbeweismass abzuweichen.

Das Verwaltungsgericht kam deshalb zum Schluss, dass die VBZ den Sachverhalt nur ungenügend ermittelt hätten und damit ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen seien. Die fristlose Kündigung war damit ungerechtfertigt und der Tramführer hatte Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Würdigung

Der vorliegende Entscheid zeigt anschaulich, dass der Sachverhalt, welcher den Arbeitgeber zur Kündigung veranlasst, nach dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung erstellt sein muss. Ist dies nicht der Fall, läuft der Arbeitgeber die Gefahr, dass die Kündigung als nichtig qualifiziert wird und dem Arbeitnehmer ein Weiterbeschäftigungsanspruch zusteht.

Folgerichtig hat das Verwaltungsgericht den Entscheid des Bezirksrats aufgehoben. Es war nicht bewiesen, dass es der fragliche Tramführer war, welcher in der Führerkabine vom Zeugen gesehen worden war.

MLaw Claudia Schnüriger,
Rechtsanwältin

Lohnklasseneinteilung einer Berufsschullehrerin

geschrieben von Claudia Schnueriger | Februar 16, 2023

Im Urteil 8C_676/2020 befasste sich das Bundesgericht mit der Einreihung einer Berufsschullehrerin in die 19. Lohnklasse des kantonalen Lohnsystems. Die Arbeitnehmerin war mit dieser Einreihung nicht einverstanden und verlangte eine höhere Einreihung. Das Zürcher Verwaltungsgericht bestätigte die Einreihung. Begründet wurde dies damit, dass die Lehrerin die Anforderungen für eine definitive Anstellung an der BMS nicht erfüllt, da sie nicht über einen Universitätsabschluss verfüge. Das Bundesgericht prüfte, ob das Verwaltungsgericht mit diesem Entscheid verfassungsmässige Rechte der Lehrerin verletzt hat.

Der Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin erwarb im Jahr 2001 an einer Hochschule für Wirtschaft den Master of Science FH in Betriebsökonomie. Nachdem sie ihr Studium um ein Modul Volkswirtschaftslehre ergänzt hatte, immatrikulierte sie sich an der Pädagogischen Hochschule für die Studiengänge «Wirtschaft und Gesellschaft» und «Berufsmaturität».

Das Mittelschul- und Berufsbildungsamt des Kantons Zürich reihte sie in die Stufe 7 der Lohnklasse 19 ein. Diese Einreihung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass sie im unterrichteten Fach zwar über einen Fachhochschul-, nicht aber über einen universitären Abschluss verfügte. Die von der Berufsschullehrerin erhobenen Rechtsmittel wurden von der Bildungsdirektion des Kantons Zürich mit Entscheid vom 31. Januar 2020 und vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 17. September 2020 abgewiesen. Mit Beschwerde in

öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor dem Bundesgericht beantragte die Arbeitnehmerin, sie sei mindestens in der Lohnklasse 20 einzureihen.

Der Entscheid des kantonalen Gerichts

Im Kanton Zürich setzt § 3 Abs. 4 der Mittelschul- und Berufsschulverordnung vom 7. April 1999 (MBVO; SR 412.111) für die unbefristete Anstellung als Mittel- und Berufsschullehrperson voraus, dass diese in den Fächern, in denen sie Unterricht erteilt, über einen Hochschulabschluss verfügt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erwog, dass der Begriff «abgeschlossenes Hochschulstudium» an sich keinen klaren Schluss nahelegt. Denn sowohl Universitäten als auch Fachhochschulen sind Hochschulen, die Lehre vermitteln, Forschung betreiben, Dienstleistungen anbieten und akademische Grade verleihen. Gemäss Verwaltungsgericht lasse sich auch aus dem Einreihungsplan nichts ableiten, zumal ein Masterabschluss einer Fachhochschule nicht ohne Weiteres als «Fachabschluss tieferer Stufe als Hochschulabschluss» qualifiziert wird. Das Zürcher Verwaltungsgericht hielt weiter fest, Sinn und Zweck von § 3 Abs. 4 MBVO sei, zu gewährleisten, dass ausschliesslich vollständig ausgebildete Lehrpersonen unbefristet angestellt werden, um dadurch die Qualität der Lehrpersonen und des Unterrichts sicherzustellen. Sowohl die Eingangs- als auch Ausgangskompetenzen von Fachhochschulabsolvierenden stehen in einem engen Bezug zur Arbeitswelt. Demgegenüber kennzeichnend für die universitären Hochschulen sind insbesondere die wissenschaftliche Forschung und Lehre. Universitäten und Fachhochschulen erfüllen heute und in Zukunft unterschiedliche Missionen und Aufgaben. Auf eine Differenzierung zu verzichten, ist deshalb nicht angezeigt.

Das Urteil des Bundesgerichts

Das Bundesgericht prüfte, ob die vorinstanzliche Auslegung von § 3 Abs. 4 Mittelschul- und Berufsschullehrerverordnung

(MBVO), wonach eine (definitive) Anstellung als Lehrperson an dieser Schule einen Universitätsabschluss voraussetzt, verfassungsmässige Rechte der Berufsschullehrerin verletzt. Das Bundesgericht führte folgendes aus:

Lehrkräfte, welche in der beruflichen Grundbildung, der höheren Berufsbildung und der berufsorientierten Weiterbildung unterrichten, müssen von Bundesrechts wegen gewisse Anforderungen erfüllen. Dabei sieht Art. 46 Abs. 1 lit. b der Verordnung vom 19. November 2003 über die Berufsbildung (BBV; SR 412.101) für Lehrkräfte auf Stufe Berufsmaturität vor, dass diese unter anderem über eine Fachbildung mit einem Abschluss auf Tertiärstufe (d. h. Stufe Hochschule oder höhere Fachschule) verfügen müssen; damit ist ein Universitätsabschluss keine notwendige Voraussetzung im Sinne der BBV für Lehrkräfte an Berufsmaturitätsschulen. Gemäss Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (BBG; SR 412.10) handelt es sich hierbei um bundesrechtliche Mindestanforderungen; die Kantone sind damit frei, für ihre Schulen höhere Voraussetzungen an die Lehrkräfte zu stellen.



Eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch dessen Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheinen mag, genügt nicht.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erklärte § 3 Abs. 4 MBVO, welcher für Lehrkräfte an Berufsmaturitätsschulen einen «Hochschulabschluss» vorsehe, als auslegungsbedürftig. Mit Blick auf die unterschiedliche Zielsetzung von Universitäten und Fachhochschulen sei jedoch davon auszugehen, dass mit dem Begriff «Hochschulabschluss» ein Universitätsabschluss gemeint sei. Was die Berufsschullehrerin gegen diese Auslegung vorbringt, vermag sie nicht als willkürlich im obgenannten Sinne erscheinen zu lassen. Insbesondere gebietet entgegen den

Ausführungen der Berufsschullehrerin Art. 9 BV nicht, den Abschluss einer Fachhochschule als in jedem Fall gleichwertig mit einem Universitätsabschluss anzuerkennen. Somit ist es jedenfalls im Ergebnis nicht unhaltbar, von einer Lehrkraft an einer Berufsmaturitätsschule einen Universitätsabschluss zu verlangen.

Die Berufsschullehrerin machte weiter geltend, es verstosse gegen den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV; vgl. auch Art. 5 Abs. 3 BV), wenn sie einerseits von der (staatlichen) Pädagogischen Hochschule Zürich ohne Universitätsabschluss vorbehaltslos zu den Studiengängen «Wirtschaft und Gesellschaft» und «Berufsmaturität» zugelassen worden sei, sie aber andererseits in der Folge dieses Fach aufgrund des fehlenden Universitätsabschlusses nicht an der ebenfalls staatlichen Berufsmaturitätsschule unterrichten dürfe. Das Bundesgericht entschied, dass im Verhalten der kantonalen Behörden vorliegend keine Treuwidrigkeit festgestellt werden kann. Bereits aufgrund der Tatsache, dass nicht jeder Kanton über eine Pädagogische Hochschule verfügt, erscheint es nachvollziehbar, wenn sich diese Hochschulen betreffend der Zulassungsvoraussetzungen nicht an den Anforderungen an die Lehrkräfte in ihrem eigenen Kanton, sondern an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen orientieren. Zudem musste es der Berufsschullehrerin bewusst sein, dass es nicht in den Zuständigkeitsbereich der Pädagogischen Hochschule fallen kann, festzulegen, ob ihr Diplom von einem Arbeitgeber als hinreichende fachliche Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit anerkannt wird oder nicht. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich bei ihrer Arbeitgeberin, der BMS, um eine kantonale Schule handelt. Auch als kantonale Schule ist diese nicht an das Handeln der (zwar ebenfalls kantonalen) Pädagogischen Hochschule gebunden.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die vorinstanzliche Auslegung von § 3 Abs. 4 MBVO, wonach eine definitive

Anstellung als Lehrkraft an der Berufsmittelschule einen Universitätsabschluss im unterrichteten Fach voraussetzt, keine verfassungsmässigen Rechte der Berufsschullehrerin verletze. Die Einreihung in die Lohnklasse 19 ist somit rechtmässig.

Anmerkungen

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten Universitäten und Fachhochschulen als Bildungsstätten «gleichwertig, aber anders artig» sein. Auch das Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz vom 30. September 2011 (HFKG; SR 414.20) sieht von einer völligen Gleichbehandlung ab, weil Universitäten und Fachhochschulen im Hochschulraum Schweiz eine je spezifische und wichtige Funktion erfüllen. Für die Betroffenen ist es jedoch schwierig, zu erkennen, in welchen Bereichen die beiden Hochschulausbildungen gleichwertig sind und wo nicht. Der vorliegende Fall bestätigt dies.

Die Frage der Gleichwertigkeit von Universität und Fachhochschule hängt von den Umständen im Einzelfall ab und muss im konkreten Fall geprüft werden. Da ein Fachhochschulabschluss nicht in jedem Fall als gleichwertig mit einem Universitätsabschluss anerkannt wird, tun die Betroffenen in jedem Fall gut daran, sich vorgängig bei der entsprechenden Stelle darüber zu informieren.

MLaw Claudia Schnüriger

Die Probezeit – ein Überblick

geschrieben von Claudia Schnueriger | Februar 16, 2023

«Drum prüfe, wer sich ewig bindet» – dieses Sprichwort gilt auch im Arbeitsverhältnis. Dazu dient die Probezeit. Nach der

Rechtsprechung soll die Probezeit die Parteien auf die Schaffung eines auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses vorbereiten, indem sie Gelegenheit erhalten, ihr Vertrauensverhältnis zu erproben und festzustellen, ob sie zueinander passen, bevor sie sich für einen längeren Zeitraum binden.

Entspricht das eingegangene Vertragsverhältnis nicht ihren Erwartungen, müssen die Parteien es schnell beenden können. Diese einfache Umschreibung täuscht darüber hinweg, dass die Probezeit immer wieder zu rechtlichen Fragen führt. Auf die wichtigsten Aspekte wird nachfolgend näher eingegangen.

Gesetzliche Regelung

Die kantonalen Personalgesetzgebungen verweisen oft auf die Bestimmungen des Obligationenrechts.

Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR gilt der erste Monat eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Probezeit, falls die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Die Probezeit darf höchstens auf drei Monate verlängert werden. Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen, gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit.

Auf kantonale Regelungen, die vom Obligationenrecht abweichen, wird im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen, müssen jedoch im Einzelfall beachtet werden.

Beginn der Probezeit

Das Bundesgericht erwog (vgl. Urteil 4A_3/2017), dass für den Beginn der Probezeit der Stellenantritt, d. h. die tatsächliche Arbeitsaufnahme und nicht der vertraglich festgelegte Antrittstermin massgeblich sei.

Dauer der Probezeit

Wenn die Parteien nichts anderes schriftlich vereinbaren, dauert die Probezeit einen Monat. Sie kann verkürzt oder bis maximal auf drei Monate verlängert werden. Eine freiwillige Verlängerung der Probezeit über die drei Monate hinaus ist vorbehältlich abweichender kantonaler Regelungen nicht möglich. Die Probezeit muss für Arbeitgeber und Arbeitnehmer von gleicher Dauer sein. Den Parteien steht es auch frei, gänzlich auf die Probezeit zu verzichten.

Kündigungsfrist und -termin

Die Kündigungsfrist beträgt sieben Tage, wobei Kalendertage gemeint sind. Die Regelung der Dauer der Kündigungsfrist ist dispositiv, die Parteien können beliebig davon abweichen. Die Kündigungsfrist kann in der Probezeit sogar ganz wegbedungen werden, womit das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang der Kündigung endet (sog. entfristete Kündigung). Während der Probezeit kann auf einen beliebigen Termin hin gekündigt werden, sofern die Parteien nichts Abweichendes regeln.

Zeitpunkt der Kündigung

Damit eine Kündigung noch als in der Probezeit ausgesprochen gilt, muss sie dem Gekündigten bis am letzten Tag der Probezeit zugehen. Das Versanddatum ist nicht entscheidend. Die Kündigungsfrist muss dabei nicht gänzlich innerhalb der Probezeit liegen, sondern darf sich darüber hinaus erstrecken.

Kündigungsgrund in der Probezeit

Im öffentlichen Personalrecht ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber nur aus sachlichen Gründen möglich. Die Probezeit dient dazu, die Persönlichkeit des Mitarbeiters und seine Eignung für eine bestimmte Position zu beurteilen. Gemäss einem aktuelleren Entscheid des Bundesgerichts (siehe Urteil 8C_370/2021) genügt bei einer Kündigung während der Probezeit das Fehlen eines für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben

notwendigen Vertrauensverhältnisses als sachlicher Kündigungsgrund.

Zeitlicher Kündigungsschutz nach Art. 336c und d OR

Der Schutz vor Kündigungen zur Unzeit greift während der Probezeit nicht. Dies gilt auch bei einer Verlängerung der Kündigungsfrist nach Art. 336c Abs. 3 OR, da auch die Verlängerungsperiode zur Probezeit zählt. Demzufolge kann einem Arbeitnehmer auch während des Militärdiensts, einer Krankheit, eines Unfalls oder einer Niederkunft gemäss den kurzen Kündigungsfristen der Probezeit gekündigt werden.

Missbräuchliche Kündigung während Probezeit

Das Bundesgericht hat in einem Leitentscheid (siehe BGE 134 III 108) erstmals die Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes während der Probezeit bejaht. Demnach kann eine Kündigung also auch während der Probezeit missbräuchlich erfolgen. Gemäss Bundesgericht ist jedoch zu beachten, dass die Missbrauchsbestimmungen mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung gelangen.

Derjenige, dem gekündigt worden ist, hat vor Ablauf der Kündigungsfrist schriftlich beim Kündigenden Einsprache zu erheben. Das Erfordernis der Einsprache während der Kündigungsfrist gilt auch bei einer Kündigung während der Probezeit, soweit dies möglich und zumutbar ist. Das Bundesgericht ist streng: Es ist der Auffassung, eine Einspracheerhebung innert der auf drei Tage verkürzten Kündigungsfrist sei möglich und zumutbar.

Verlängerung der Probezeit bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

Während der Probezeit sollen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer kennenlernen und das Arbeitsverhältnis bei Diskrepanzen mit

einer kurzen Kündigungsfrist wieder auflösen können. Das gegenseitige «Kennenlernen» bedingt natürlich, dass der Arbeitnehmer während der Probezeit auch tatsächlich für den Arbeitgeber tätig ist. Aus diesem Grund verlängert sich in drei Fällen verhinderter Arbeitsleistung die Probezeit um die Dauer der Verhinderung, nämlich bei Krankheit, Unfall und Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen, gesetzlichen Pflicht (Militär- und Zivilschutzdienst). Dabei kommt es nicht auf das Verschulden des Arbeitnehmers an. Weder Schwangerschaft noch Ferien oder unbezahlter Urlaub führen zur Verlängerung der Probezeit. Deshalb wird in der Praxis in der Regel vereinbart, dass Arbeitnehmer während der Probezeit keine Ferien beziehen dürfen oder nur einige wenige Tage. Die Parteien können diese Verlängerungen durch schriftliche Vereinbarung wegbedingen oder sie können auch zusätzliche Gründe vereinbaren, die zur Verlängerung der Probezeit führen können. Die zwingende Höchstdauer von 3 Monaten kann jedoch durch solche Vereinbarungen nicht überschritten werden, dies im Unterschied zu den im Gesetz aufgezählten Verlängerungsgründen.

Die Verlängerung der Probezeit findet ohne weiteres Zutun der Parteien statt. Bis anhin ungeklärt war jedoch die Frage, wie sich die Verlängerung der Probezeit berechnet. In einem neuen Bundesgerichtsurteil (siehe Urteil 8C_317/2021, zur Publikation vorgesehen) wurde diese Frage nun geklärt. Damit die Probezeit den Zweck des gegenseitigen «Kennenlernens» erfüllen kann, soll die zur Verfügung stehende Zeit nicht durch die Verhinderung des Arbeitnehmers gekürzt werden. Das bedeutet, dass nur die tatsächliche Arbeitszeit als Probezeit angerechnet werden soll. Die Verlängerung der Probezeit erfolgt deshalb um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, um welche die Probezeit durch den effektiven Arbeitsausfall verkürzt wurde. Ohnehin freie Tage führen nicht zur Verlängerung. Daraus folgt, dass Samstage sowie Sonn- und Feiertage bei der Verlängerung der Probezeit nicht mitzuzählen sind. Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen: Der

Arbeitnehmer ist in der Probezeit während drei Arbeitstagen krank. Die Probezeit würde regulär an einem Donnerstag enden. In diesem Fall verlängert sich die Probezeit nicht bis Sonntag, sondern bis zum darauffolgenden Dienstag, da die arbeitsfreien Tage (Samstag und Sonntag) nicht mitzuzählen sind.

Konkurrenzverbot bei Ausscheiden während der Probezeit

Ein vereinbartes Konkurrenzverbot gilt grundsätzlich auch bei einer Kündigung während der Probezeit. Es ist aber nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen verbindlich: Der Arbeitnehmer muss vertieften Einblick in den Kundenkreis oder in die Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens haben. Zudem muss die Verwendung dieser Kenntnisse dem ehemaligen Arbeitgeber erheblich schaden können. Dieses Schädigungspotenzial wird bei einer Kündigung in der Probezeit schwer nachzuweisen sein.

Jedes Konkurrenzverbot muss räumlich, sachlich und zeitlich beschränkt sein. Bei einem Konkurrenzverbot bei Ausscheiden während der Probezeit werden stärkere Beschränkungen erforderlich sein als bei einer ordentlichen Kündigung.

Nur eine Probezeit

Zwischen denselben Parteien kann die Probezeit nur einmal während dreier Monate laufen. Wenn ein Vertrag beendet und ein neuer geschlossen wird, kann keine neue Probezeit vereinbart werden, es sei denn, die Probezeit im ersten Arbeitsvertrag hat weniger als drei Monate gedauert. Weitere Ausnahmen bestehen bei längerem Vertragsunterbruch und dann, wenn der Arbeitnehmer eine gänzlich andere Funktion übernimmt, sodass ein Bedürfnis besteht, den neuen Arbeitsplatz bzw. die Fähigkeiten des Arbeitnehmers in Bezug auf die neue Stelle kennenzulernen.

Fazit

Das Ziel der Probezeit ist es, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer kennenlernen und bei fehlender Harmonie den Arbeitsvertrag relativ einfach und rasch wieder auflösen können. Demzufolge bestehen während der Probezeit besondere Regelungen. Die jederzeitige Kündigungsmöglichkeit und die kurzen Kündigungsfristen können für beide Parteien vorteilhaft sein. Demgegenüber ist der Arbeitnehmer bei einer Arbeitsverhinderung durch Krankheit, Unfall, Schwangerschaft oder Militär- bzw. Zivildienst während der Probezeit nicht geschützt, denn die Sperrfirsten gemäss Art. 336c und d OR gelten während der Probezeit nicht. Die Hürden zur Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sind mit Blick auf den Zweck der Probezeit stark erhöht. Schliesslich sollten die Arbeitnehmer die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verlängerung der Probezeit infolge Krankheit oder Unfall beachten.

MLaw Claudia Schnüriger

Freistellung – Anspruch auf Beschäftigung?!

geschrieben von Lea Sturm | Februar 16, 2023

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

nicht bestätigter Mobbing-Vorwürfe durch den Beschwerdeführenden gelitten habe, als angemessen.

Sachverhalt

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

Entscheid

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

Klärung der Frage, ob die Einstellung im Amt oder die Freistellung rechtmässig war oder nicht.



Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit der erfolgten Freistellung stellte das Verwaltungsgericht im Weiteren fest, dass eine solche grundsätzlich zulässig ist, sofern sie im öffentlichen Interesse bzw. im Interesse des Freistellenden liege und verhältnismässig sei. Indes könne nicht an der früher herrschenden Lehre festgehalten werden, welche das Recht auf (Weiter-)Beschäftigung (allein) von bestimmten Berufskategorien abhängig machte. Vielmehr könne eine Arbeitsbefreiung grundsätzlich für jeden Arbeitnehmenden kränkend sein und eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, zumal Arbeit nicht mehr als blosser Broterwerb, sondern (auch) als Verwirklichung der Persönlichkeit gelte. Ob sich daraus im Einzelfall ein Anspruch auf Beschäftigung ergebe, müsse anhand einer Interessenabwägung ermittelt werden.

Im konkreten Fall ermittelte das Verwaltungsgericht zunächst die Interessen des freigestellten Oberarztes. Dabei stellte

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

Anmerkungen

Während die herrschende Lehre früher nur solchen Berufsgruppen ein Beschäftigungsanspruch zusprach, deren wirtschaftliches Fortkommen bei Nichtbeschäftigung beeinträchtigt wurde (namentlich bei Berufssportlern und Künstlern), spricht die überwiegende Lehrmeinung heute allen Arbeitnehmenden ein Recht auf Beschäftigung zu. Dies gründet auf der Erkenntnis, dass grundsätzlich jede Arbeit die Möglichkeit nach Persönlichkeitsentfaltung in sich birgt und eine Freistellung (oder Einstellung im Amt) grundsätzlich für jeden Arbeitnehmenden kränkend und sogar persönlichkeitsverletzend sein kann. Dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich dieser Auffassung folgt und den Betroffenen bei einer etwaigen Persönlichkeitsverletzung durch zwangsweisen Arbeitsentzug ein schutzwürdiges Interesse für deren Überprüfung zuerkennt, ist zu begrüssen. Zumal die Frage, ob eine Einstellung im Amt oder eine Freistellung gerechtfertigt ist, letztlich nur aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall ermittelt werden kann. Bislang konnte sich die Auffassung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich jedoch weder in den anderen Kantonen flächendeckend noch beim Bundesgericht durchsetzen.

MLaw Lea Sturm