Kein Arbeitsverhältnis ohne Unterschrift

geschrieben von Sandra Wittich | März 17, 2022

Im Kanton Graubünden war das Bestehen eines öffentlichen Dienstverhältnisses strittig. Die Klägerin vertrat die Ansicht, es habe aufgrund des konkludenten Verhaltens der Gemeindevertreter ein Arbeitsverhältnis bestanden. Die Gemeinde hingegen war der Auffassung, dass die Klägerin ihre Leistungen ehrenamtlich erbrachte. Das Verwaltungsgericht hatte zu beurteilen, ob ein Anstellungsverhältnis entstanden war oder nicht.

Sachverhalt A. ist ausgebildete Erzieherin nach deutschem Recht. Sie ist die Ehefrau von G., der in der Gemeinde B. wohnhaft war und dort während eines Schuljahrs (2017/2018) als Schulleiter amtete. Am 25. März 2019 reichte A. gegen die Gemeinde B. beim Verwaltungsgericht Graubünden eine Klage ein und verlangte, es seien ihr netto Fr. 20872.50 zuzüglich Zins seit dem 1. Juni 2018 zu bezahlen. Zur Begründung führte sie aus, zwischen ihr und der Gemeinde B. habe trotz Fehlen eines Arbeitsvertrages ein Arbeitsverhältnis bestanden; dieses sei durch konkludentes Verhalten zustande gekommen. Sie habe in den Bereichen Jugendarbeit und Schulsozialarbeit Leistungen für die Gemeinde erbracht. Indem die Gemeinde B. diese Leistungen entgegengenommen hatte, habe sie ein Arbeitsverhältnis akzeptiert. Die Gemeinde B. habe nicht davon ausgehen dürfen, dass sie die Leistungen unentgeltlich erbringe, zumal sie währenddessen ihre eigene Praxis in Deutschland vernachlässigt habe. Falls die Gemeinde B. der Ansicht gewesen sei, es bestehe kein Anstellungsverhältnis, hätte sie von Anfang an intervenieren müssen. Die Gemeinde B. brachte dagegen vor, A. stütze ihre Begehren auf ein selbst erfundenes Konstrukt. Sie habe ihren Ehemann, den Schulleiter der Gemeinde B., ehrenamtlich an die Kommissionssitzungen begleitet. Ohnehin würden die Kommissionen über keine

finanziellen Kompetenzen verfügen, insbesondere nicht, um Personen anzustellen oder schulische Arbeiten zu vergeben. Hinzu komme, dass ein öffentliches Dienstverhältnis ohnehin nur durch Verfügung oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstehen könne. Da beides nicht vorliege, habe offensichtlich kein Anstellungsverhältnis bestanden.

A. machte in Bezug auf die fehlenden Kompetenzen der Kommissionen geltend, dass sie die in der Gemeindeverfassung geregelten Kompetenzen nicht habe kennen müssen, sondern sich auf das Verhalten der Gemeindevertreter, insbesondere des Gemeindepräsidenten, habe verlassen dürfen.

Entscheid

Anwendung öffentlichen Rechts
Vorab hielt das Verwaltungsgericht mit Verweis auf die herrschende Lehre und Rechtsprechung fest, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat als Arbeitgeber und Privaten als Arbeitnehmende grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstehe. Privatrechtliche Anstellungsverhältnisse seien nur im Ausnahmefall vorzusehen und würden einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfen. Entsprechend diesen Grundsätzen habe die Gemeinde B. in ihrem eigenen Personalgesetz die Anstellungen durch die Gemeinde geregelt.

Das Verwaltungsgericht folgerte daraus, dass das der von A. ausgeübten Tätigkeit zugrunde liegende Vertragsverhältnis aus öffentlich-rechtlicher Perspektive zu beurteilen sei. Dies würde sich auch bestätigen, wenn man den Sachverhalt unter Verwendung der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien von öffentlich- und privatrechtlichen Vertragsverhältnissen beurteilen würde: Die mit der kommunalen Jugendarbeit beauftragte Person nehme eine Aufgabe im öffentlichen Interesse wahr (Interessenstheorie) und übe eine öffentliche Tätigkeit aus (Funktionstheorie). Die Gemeinde B. als Arbeitgeberin befände sich gegenüber der beauftragten Person sodann in einem übergeordneten Verhältnis

(Subordinationstheorie). Beim von A. geltend gemachten, (angeblich) konkludent entstandenen Arbeitsverhältnis handelte es sich somit um ein öffentlich-rechtliches.

Entstehung eines Arbeitsverhältnisses
Das Verwaltungsgericht erwog, dass ein öffentliches Dienstverhältnis grundsätzlich entweder durch verwaltungsrechtlichen Vertrag oder durch Verfügung begründet werde. Im vorliegenden Fall verweise das Personalgesetz der Gemeinde B. zudem auf das kantonale Personalrecht, wonach Arbeitsverhältnisse mit öffentlich-rechtlichem Vertrag begründet würden. Dieser bedürfe nach herrschender Lehre und Rechtsprechung der Schriftform, da er ansonsten nichtig sei, was in analoger Anwendung von Art. 13 OR bedeute, dass der Vertrag von allen sich verpflichtenden Parteien unterschrieben werden müsse.

Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass weder ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, noch eine Verfügung erlassen wurde, welche ein Dienstverhältnis zwischen den Parteien begründen würde. A. machte deshalb geltend, dass analog der Regelung im privaten Arbeitsvertragsrecht nach Art. 320 Abs. 2 OR ein Arbeitsvertrag durch konkludentes Verhalten entstanden sei.

Das Verwaltungsgericht präzisierte diesbezüglich, dass bei einer Übernahme von privatrechtlichen Regelungen ins öffentliche Dienstrecht oder bei einer Verweisung auf privatrechtliche Regelungen, falls das anwendbare öffentliche Personalrecht keine entsprechende Regelung vorsehe, die betreffenden privatrechtlichen Normen zu öffentlichem Recht würden. Das vorliegend anwendbare Personalgesetz enthalte eine solche Verweisung, weshalb grundsätzlich auch Regelungen aus dem privaten Arbeitsvertragsrecht auf das zu beurteilende Rechtsverhältnis (als öffentliches Recht) Anwendung finden könnten. Es enthalte jedoch ebenso eine Bestimmung, wonach Arbeitsverhältnisse nur mittels öffentlichrechtlichem Vertrag begründet würden. Aufgrund des klaren, eindeutigen und

unmissverständlichen Wortlauts dieser Bestimmung bleibe kein Raum für eine andere Auslegung oder die Anwendung von privatrechtlichen Normen.

Das Verwaltungsgericht kam deshalb zum Schluss, dass selbst wenn (angeblich) ein konkludenter Arbeitsvertrag entstanden wäre, dieser aufgrund der für verwaltungsrechtliche Verträge zwingenden fehlenden Schriftlichkeit nichtig gewesen wäre. Es sei somit zu keinem Zeitpunkt ein öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis entstanden.

In der Folge verneinte das Verwaltungsgericht auch einen Anspruch von A. aus Vertrauensschutz, da es ihr an der notwendigen Vertrauensgrundlage fehle. Als Ehefrau des Schulleiters habe ihr bewusst sein müssen, dass eine Anstellung bei der Gemeinde über einen schriftlichen verwaltungsrechtlichen Vertrag hätte erfolgen müssen. Zumindest hätte sie sich diese Kenntnis relativ einfach verschaffen können und erkennen müssen, dass den fraglichen Gemeindevertretern für die (angeblichen) Zusicherungen die notwendige Kompetenz gefehlt hätten.

Anmerkungen
Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden zeigt, dass die Formalisierung des Anstellungsvertrages notwendig ist. So soll, gemäss den Erwägungen des Verwaltungsgerichts, das Schrifterfordernis bei öffentlich-rechtlichen Verträgen Konstellationen verhindern, in denen sich der Bürger in aufwendigen Gerichtsverfahren wiederfindet, um einen (angeblich) konkludent entstandenen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu beweisen.

Dieser Auffassung ist beizupflichten. Das Erfordernis der Schriftlichkeit bietet beiden Parteien Sicherheit betreffend den Bestand von Rechten und Pflichten. Dies ist im Anstellungsverhältnis von besonderer Bedeutung: Das arbeitsrechtliche (öffentliche) Vertragsverhältnis ist nicht nur Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf Entlöhnung, sondern

auch für weitere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis wie die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, den bezahlten Urlaub, ein Arbeitszeugnis oder die Bestimmung der Modalitäten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Nebenbeschäftigung einer Lehrerin als Sexualtherapeutin – zulässig?

geschrieben von Lea Sturm | März 17, 2022

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

Sachverhalt

A. war seit 1999 mit einem Teilzeitpensum an einer Schule als Fachlehrperson tätig. Nachdem A. im März 2019 aufgrund ihrer guten Mitarbeiterbeurteilung seitens ihrer Arbeitgeberin für die nächsten vier Jahre Stufenanstiege gewährt wurden und man sich bei ihr für ihr grosses Engagement bedankte, löste die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis Ende März 2019 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist auf. Hintergrund war, dass A. ihre Arbeitgeberin Mitte März 2019 darüber informierte, dass sie ein Diplomlehrgang als Sexualtherapeutin absolviert habe, sich weiter zur Sexualberaterin und -therapeutin ausbilden lasse und auch beabsichtige, künftig als solche, auf selbstständiger Basis, im Rahmen einer Nebenbeschäftigung tätig zu sein.

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



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

Kündigungsfrist auf. Nachdem der gegen die Kündigung erhobene Rekurs von der Bildungsdirektion Ende 2020 abgewiesen wurde, gelangte A. mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht.

Entscheid

Das Verwaltungsgericht hält zunächst fest, dass die fragliche Nebenbeschäftigung in den Schutzbereich der in Art. 27 der Bundesverfassung (BV) verankerten Wirtschaftsfreiheit falle. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freien Ausübung. Ein mit dem Verbot einer Nebenbeschäftigung einhergehender Grundrechtseingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 BV).

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

und Glaubwürdigkeit zu untergraben.

Letztlich erweist sich die ausgesprochene Kündigung aus Sicht des Gerichts auch als unverhältnismässig. Zumal mit der ausgesprochenen Kündigung gerade nicht das mildeste Mittel gewählt wurde, um den befürchteten Autoritäts- und Glaubwürdigkeitsverlust von A. und den negativen Einfluss auf das Ansehen der Schule massgeblich zu reduzieren bzw. zu minimieren. So hätte es nach gerichtlicher Auffassung ohne Weiteres ausgereicht, wenn A. im Rahmen ihres Internetauftritts und ihrer Eigenwerbung auf Begrifflichkeiten wie «Sexualität» o. Ä. verzichtet hätte, wozu sie sich ohne Weiteres bereit erklärt habe.

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

MLaw Lea Sturm,
Rechtsanwältin

Konflikte zwischen Mitarbeitenden als sachlicher Kündigungsgrund – unabhängig

von der Schuldfrage?

geschrieben von Gabriela Sollberger | März 17, 2022

Ein schlechtes Arbeitsklima ist nicht nur für die Mitarbeitenden belastend, sondern wirkt sich über kurz oder lang auch negativ auf den Betrieb selber aus. Entsprechend stellt ein Konflikt zwischen Mitarbeitenden oder zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten grundsätzlich auch unabhängig von der Schuldfrage einen sachlichen Kündigungsgrund dar.

Auseinandersetzungen, Spannungen und Streitigkeiten setzen jedoch bekanntlich mindestens zwei Akteure voraus, und so hat die Arbeitgeberin im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht zunächst sämtliche zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die Situation zu entschärfen, und sodann den Gründen für das gestörte Betriebsklima vertieft nachzugehen.

Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin A war seit 2018 bei einer öffentlich-rechtlichen Gesundheitseinrichtung angestellt. Rund ein Jahr später rügte A gegenüber ihrem Vorgesetzten das Verhalten eines Arbeitskollegen, insbesondere soll dieser sie abwertend als «Schätzeli» bezeichnet haben. Folglich ermahnte der Vorgesetzte den Arbeitskollegen und wies darauf hin, dass bei solchen «Scherzen» Vorsicht geboten sei, worauf sich der Arbeitskollege reuig zeigte und Besserung gelobte.

Eine Woche später wandte sich A an den Direktor der Gesundheitseinrichtung und führte aus, dass der Arbeitskollege trotz Ermahnung weiterhin sexistische Witze erzähle sowie unerwünschten Körperkontakt und Annäherungsversuche ausübe. Daraufhin erfolgte ein Gespräch zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitskollegen von A, welcher jedoch sämtliche Vorwürfe bestritt, mit Ausnahme des Vorwurfs, A «Schätzeli» genannt zu haben.

Kurz darauf wurde A mitgeteilt, dass nach umfassenden

Abklärungen «Aussage gegen Aussage» stehe. Zur Vermeidung künftiger Konflikte müssten die Dienste auf Dauer so geplant werden, dass A und ihr Arbeitskollege in jeweils unterschiedliche Schichten einzuteilen wären. Aufgrund des Konflikts sei demnach eine reguläre Dienstplanung nicht möglich, weshalb für A die ordentliche Kündigung in Aussicht gestellt werde.

Gegen die anschliessend ausgesprochene Kündigung rekurrierte A vor dem Bezirksrat Dietikon, welcher das Rechtsmittel teilweise guthiess und feststellte, dass die Kündigung «in formeller und materieller Hinsicht ungerechtfertigt war». Gegen diesen Entscheid erhob die Arbeitgeberin Beschwerde und gelangte an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich stellte mit Urteil vom 24. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: VB.2021.00084) zunächst fest, dass A sowie ihr Arbeitskollege je ein Gespräch mit der Arbeitgeberin zu den erhobenen Vorwürfen geführt hätten. Anlässlich der Gespräche hätten beide erwähnt, dass auch andere Mitarbeitende gewisse Vorfälle beobachtet hätten. Trotzdem habe die Arbeitgeberin keine Abklärungen getroffen und auch die weiteren Mitarbeitenden nicht befragt. Die Arbeitgeberin habe sich vielmehr mit der Feststellung begnügt, dass betreffend die erhobenen Vorwürfe – mit Ausnahme der Bezeichnung von A als «Schätzeli» – «Aussage gegen Aussage» stehe.

Vor diesem Hintergrund sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Arbeitgeberin A nicht aufgefordert habe, ihre Vorwürfe zu konkretisieren. Auch und gerade wenn Zweifel an den Darstellungen von A bestanden hätten, wären weitere Abklärungen angezeigt gewesen. Zusätzlich habe die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt, indem sie keine Aussprache zwischen A und ihrem Arbeitskollegen ermöglicht und damit ein unter Umständen relevantes Element zur Entschärfung

der Situation nicht genutzt habe.

Zusammenfassend habe die Arbeitgeberin im Vorfeld der Kündigung den Sachverhalt unzureichend abgeklärt und überdies zu wenig unternommen, um auf eine Lösung des Konflikts zwischen A und ihrem Arbeitskollegen hinzuwirken. Entsprechend habe die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht mehrfach verletzt und es sei im Zeitpunkt der Kündigung kein sachlicher Kündigungsgrund vorgelegen. Nachdem sich A im Kündigungszeitpunkt noch im ersten Dienstjahr befand, sowie «unter Würdigung aller Umstände», wurde ihr für die unrechtmässige Kündigung eine praxisgemäss eher tiefe Entschädigung von einem Monatslohn zugesprochen.

Anmerkungen

Die kantonalen Personalgesetze sehen vor, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR; SR 220) sein darf und auf einem zureichenden Grund beruhen muss (z. B. § 18 Abs. 2 Personalgesetz/ZH [PG; SR 177.10] oder § 10 Abs. 1 Personalgesetz/AG [SAR 165.10]). Mit dem zusätzlichen Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrunds geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als jener im privaten Arbeitsrecht, in welchem unter Vorbehalt der Missbrauchstatbestände grundsätzlich Kündigungsfreiheit besteht (BGer 8C_649/2012, E. 8.1; BGer 8C_594/2010, E. 4.4).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich beschäftige sich im laufenden Jahr mehrfach mit Kündigungen infolge von Konflikten unter Mitarbeitenden bzw. zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten (Geschäfts-Nr. VB.2021.00084; VB.2020.00762; VB.2020.00375) und hielt in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. BGer 8C_594/2010, E. 5.1) durchwegs fest: «Ein Konflikt zwischen Mitarbeitenden bzw. zwischen Mitarbeitenden und Vorgesetzten kann grundsätzlich auch unabhängig von der Schuldfrage einen

sachlichen Kündigungsgrund darstellen».

Dies erscheint zunächst nachvollziehbar, zumal eine Arbeitgeberin in der Regel weder gewillt noch befähigt ist, die «Schuldfrage» eingehend und abschliessend zu klären – jedoch ein erhebliches Interesse an einer nachhaltigen Lösung des Konflikts hat. Entsprechend muss einer Arbeitgeberin zugestanden werden, dass zur Entschärfung eines solchen Konflikts (Ultima Ratio) eine Kündigung ausgesprochen werden darf. Erfolgt jedoch eine Kündigung unabhängig von der Schuldfrage gegenüber dem mutmasslichen «Opfer» des Konflikts, dürfte dies nicht nur beim Betroffenen, sondern auch betriebsintern und -extern für wenig Verständnis sorgen.

Entsprechend hielt das Verwaltungsgericht weiter fest, dass die Arbeitgeberin im Rahmen der Fürsorgepflicht sämtliche zumutbaren Vorkehren zu treffen hat, um die Situation zu entschärfen (vgl. auch BVGer A-104/2020, E. 4.2.4), und sodann den Gründen für das gestörte Betriebsklima vertieft nachzugehen hat. Bei einer Kündigung aufgrund von unlösbaren Konflikten seien immer auch die Ursachen der Spannungen von Bedeutung. Damit bilde die Vorgeschichte Teil des zu beurteilenden Sachverhalts, wobei die Handlungen und Verhaltensweisen aller Konfliktparteien relevant seien (z. B. Urteil vom 24. Juni 2021 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, Geschäfts-Nr.: VB.2020.00762, E. 4.2).

Mit anderen Worten dürfte ein Konflikt zwischen Mitarbeitenden zu Recht nicht gänzlich «unabhängig von der Schuldfrage» ein sachlicher Kündigungsgrund darstellen. Vielmehr muss die Arbeitgeberin zunächst Massnahmen treffen, um den Konflikt zu entschärfen, und im Falle von unlösbaren Konflikten (soweit zumutbar) die Ursache der Spannung eruieren und insoweit auch die «Schuldfrage» beurteilen. Jedenfalls genügt die Feststellung, dass «Aussage gegen Aussage» stehe – gerade wenn derart heikle und keinesfalls unerhebliche Vorwürfe im Raum stehen –, der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin nicht.

MLaw Stefan Meyer

Mitverantwortung der Arbeitnehmenden bei der Lohneinstufung

geschrieben von Claudia Schnueriger | März 17, 2022

Der Lohn einer Lehrerin im Kanton Basel-Stadt wurde bei ihrer (Wieder-)Anstellung nach zweieinhalbjähriger Pause um drei Stufen zu tief festgesetzt. Die Lehrerin hat den Arbeitsvertrag vom 7. Februar 2009 akzeptiert und unterzeichnet. Die Lehrerin hat ihr Ersuchen um Überprüfung ihrer Einstufung vom 26. Juni 2018 mehr als neun Jahre nach ihrer Wiederanstellung vom 7. Februar 2009 gestellt. Strittig war, ob dieser Antrag auf Berichtigung der Lohnstufe zu einer rückwirkenden Lohnnachzahlung führt.

Nach der Rechtsprechung des kantonalen Gerichts haben eine zu tiefe Einstufung und entsprechend ein zu tiefer Lohn so lange Geltung, bis sie als Folge der eigenen Aktivität des Betroffenen oder der Aktivität Dritter anzuheben sind. Dabei findet jedoch keine Rückwirkung statt, wenn Mitarbeitende selbst keinen Antrag auf Neueinreihung gestellt hatten. Das Bundesgericht musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob diese Regelung vor dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) standhält.

§ 9 des baselstädtischen Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG, SG 162.100) sieht vor, dass das Arbeitsverhältnis mit einem Lehrer durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages auf unbestimmte oder befristete Zeit entsteht. Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages werden

auch die Vertragsinhalte geregelt, wozu auch die Einstufung der Mitarbeitenden nach § 8 des Lohngesetzes (LG, SG 164.100) und der entsprechenden Einreihungsverordnung gehört. Bei der Festlegung der Stufe wird innerhalb einer Lohnklasse die Berufserfahrung und die berufsförderliche allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt (§ 8 Abs. 2 LG, § 12 EVO).

Der konkrete Sachverhalt

Die Arbeitnehmerin A war von Oktober 2000 bis 31. Juli 2006 befristet als Lehrperson der Sekundarstufe I tätig (zuletzt Lohnklasse 12, Stufe 05). Ab 7. Februar 2009 wurde sie wieder als Lehrperson Sekundarstufe I angestellt. Bei der Wiederanstellung wurde der Lohn der Lehrerin um drei Stufen zu tief (Stufe 02 statt 05 von Lohnklasse 12) festgesetzt. Am 13. November 2017 kündigte sie ihren Arbeitsvertrag auf den 29. Juni 2018. Die Lehrerin wandte sich mit E-Mail vom 26. Juni 2018 erstmals an die Personalabteilung des Erziehungsdepartements und verlangte eine Überprüfung der Einstufung bzw. ihrer Arbeitsverträge seit August 2001. Das Erziehungsdepartement räumte ein, dass bei ihrem Wiedereintritt auf den 7. Februar 2009 die Lohnstufe 05 (statt 02) der Lohnklasse 12 hätte übernommen werden müssen. Das Erziehungsdepartement hat die von der Lehrerin beantragte rückwirkende Korrektur der Lohneinstufung mit entsprechender Lohnnachzahlung abgelehnt.

Der Entscheid des kantonalen Gerichts

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht erwog in seinem Entscheid vom 3. August 2020 (VD.2020.70), es sei unbestritten, dass die Arbeitnehmerin bei ihrer Wiederanstellung als Lehrperson Sekundarstufe I per 1. Februar 2009 nicht korrekt, d. h. um drei Stufen zu tief eingestuft worden sei. Weiter stehe fest, dass die Arbeitnehmerin den damaligen Arbeitsvertrag vom 7. Februar 2009 akzeptiert und unterzeichnet habe und dass der erste belegbare Widerspruch von ihrer Seite mit Mail vom 26.

Juni 2018 erfolgte.

Allerdings würden solche Irrtümer praxisgemäss pro futuro berichtigt, nämlich mit Wirksamkeit auf den Folgemonat der Antragstellung des betroffenen Mitarbeitenden. Demzufolge hätten Kantonsangestellte zwar einen gesetzlichen Anspruch auf Korrektur ihrer Einstufung pro futuro, darüberhinausgehend aber keinen Anspruch auf Lohnnachzahlung. Das kantonale Gericht begründete seinen Entscheid zum einen mit der aus der zweiseitigen Natur des Anstellungsverhältnisses fliessenden Mitverantwortung des Arbeitnehmers bezüglich Korrektheit der Einstufung und zum anderen mit der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht, soweit die Angestellten bezüglich der tatsächlichen Umstände ihrer Berufserfahrung und der berufsbezogenen Lebenserfahrung besser im Bild seien als die Anstellungsbehörde. Die Arbeitnehmerin hätte beanstanden können, dass ihr irrtümlicherweise drei Jahre Erfahrung nicht angerechnet wurden. Dies hat sie jedoch unterlassen, weshalb die Anstellungsbehörde davon ausgehen durfte, dass die Arbeitnehmerin den festgelegten Lohn widerspruchslos akzeptiert hatte.

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bewirkt eine veränderte Einstufung nicht, dass die entsprechende Besserstellung der angestellten Person auch rückwirkend auf den Zeitpunkt der früheren Einstufung hin zu erfolgen hat. Das Verwaltungsgericht erwog, dass nur die Angestellten, welche erfolgreich gegen eine Einreihungsverfügung rekurriert hätten, rückwirkend auf das Datum der angefochtenen Verfügung in die höhere Lohnklasse eingereiht werden müssten. Andere Inhaber und Inhaberinnen der gleichen Stelle profitierten von deren neuen Einreihung praxisgemäss erst ab dem Folgemonat nach dem Rechtsmittelentscheid und nicht rückwirkend. Gemäss Verwaltungsgericht widerspreche es nicht dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung, diejenigen Mitarbeitenden, die das Risiko von Einsprache und Rekurs gescheut hätten, für eine

beschränkte Übergangszeit schlechter zu stellen als ihre Kollegen, welche die Einreihungsverfügung mit Erfolg angefochten hätten. Folglich haben eine zu tiefe Einstufung und entsprechend ein zu tiefer Lohn so lange Geltung, bis sie als Folge der eigenen Aktivität des Betroffenen oder der Aktivität Dritter anzuheben sind.

Das Urteil des Bundesgerichts

Im Mai dieses Jahres bestätigte das Bundesgericht den kantonalen Entscheid (Urteil des Bundesgerichts 8C_572/2020 vom 6. Mai 2021). Es begründete seinen Entscheid damit, dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV («Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich») kein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichheit verschaffe. Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass lediglich verlangt werden könne, den rechtsungleichen Zustand auf geeignete Weise und innert angemessener Frist zu beheben. Dabei dürfe berücksichtigt werden, wann sich eine betroffene Person erstmals gegen die beanstandete Rechtsungleichheit gewehrt habe, und es sei nicht unhaltbar, einen rechtsungleichen Zustand erst mit Wirkung auf den Zeitpunkt des entsprechenden Antrags zu korrigieren. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung lässt sich dies ohne Weiteres dort begründen, wo der zu niedrige Lohn in Form einer anfechtbaren und in Rechtskraft erwachsenen Verfügung festgesetzt worden sei oder wenn der rechtsungleiche Lohn vom Betroffenen bis zur Geltendmachung des Anspruchs widerspruchslos akzeptiert worden sei. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass der Einstufungsfehler für die Betroffene erkennbar gewesen sei.

Gemäss Bundesgericht sei das Rechtsgleichheitsgebot nur dann verletzt, wenn der kantonale Entscheid rechtliche Unterscheidungen treffe, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich sei oder

Unterscheidungen unterlasse, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.

Die kantonale Praxis, wonach für die Korrektur der Einstufung ein Antrag des Betroffenen erforderlich sei, kann gemäss Bundesgericht als sachlich begründetes Unterscheidungskriterium betrachtet werden. Es widerspreche nicht dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, diejenigen Mitarbeitenden, die das Risiko von Einsprache und Rekurs gescheut hätten, für eine beschränkte Übergangszeit schlechter zu stellen als ihre Kollegen, welche die Einreihungsverfügung mit Erfolg angefochten hätten.

Fazit

Die einmal getroffene und vertraglich beidseitig genehmigte Einstufung ist verbindlich, solange sie von Seiten des Arbeitnehmenden nicht beanstandet wird. Löhne, die auf einer unbeanstandeten Grundlage ausbezahlt werden, können nachträglich nicht mehr abgeändert werden. Gemäss Bundesgericht vermittelt das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot keinen direkten bundesrechtlichen Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung. Demzufolge tragen öffentlich-rechtlich angestellte Arbeitnehmende Mitverantwortung bei der Lohneinstufung.

MLaw Claudia Schnüriger

Zulässigkeit von rückwirkenden Arztzeugnissen?

geschrieben von Gabriela Sollberger | März 17, 2022

Die Arbeitgeberin spricht die Kündigung aus und im Nachhinein

macht der Arbeitnehmer geltend, die Kündigung sei nichtig, da er zum Kündigungszeitpunkt arbeitsunfähig gewesen sei. Dabei erhalten Arbeitgeber von ihren Arbeitnehmern teilweise Arztzeugnisse, die eine Arbeitsunfähigkeit ab einem früheren Zeitpunkt als dem Arzttermin bescheinigen. Solche rückwirkenden Arztzeugnisse werden von den Arbeitgebern in Bezug auf die Beweiskraft teilweise in Frage gestellt. Zu Recht? Diese Frage wird anhand des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Dezember 2019 (A-536/2019) näher erörtert.

Der konkrete Sachverhalt

Das Arbeitsverhältnis zwischen der SBB und Arbeitnehmer A wurde durch die SBB gekündigt, wobei die Kündigungsverfügung am 19. Dezember 2018 zugestellt wurde. Daraufhin legte Arbeitnehmer A ein Arztzeugnis vom 20. Dezember 2018 vor, welches ihm eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% für den Zeitraum vom 17. Dezember 2018 bis 14. Januar 2019 bescheinigte. Umstritten war vor dem Bundesverwaltungsgericht, ob das rückwirkende Arztzeugnis als ungültig erachtet wird und damit die Kündigung rechtmässig erfolgt ist.

Die Argumente des Arbeitnehmers und der Arbeitgeberin

Der Arbeitnehmer brachte im Wesentlichen vor, die angefochtene Kündigung sei zur Unzeit ergangen, denn es liege ein Arztzeugnis vom 20. Dezember 2018 vor, welches seine Arbeitsunfähigkeit zu 100% für die Zeit vom 17. Dezember 2018 bis 14. Januar 2019 belege. Die Arbeitgeberin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, die angefochtene Kündigung sei nicht zur Unzeit ergangen. Denn am 17. Dezember 2018 habe der Beschwerdeführer seinem Vorgesetzten telefonisch mitgeteilt, seine restlichen Ferien beziehen zu wollen. Dabei habe er in keiner Art und Weise zum Ausdruck gebracht, arbeitsunfähig zu sein. Eine Rückwirkung der Arbeitsunfähigkeit auf den 17. Dezember 2018 sei indes aus

medizinischer Sicht nicht nachvollziehbar, da der Beschwerdeführer anlässlich des Gesprächs mit seinem Vorgesetzten keine gesundheitlichen Gründe für sein Nichterscheinen geltend gemacht habe.

Exkurs: Kündigung zur Unzeit und deren Folgen

Eine Kündigung zur Unzeit ist eine Kündigung, die in einer gesetzlichen Sperrfrist vorgenommen wird. Eine solche Kündigung ist nichtig, weshalb der betroffene Arbeitsvertrag ohne weiteres bestehen bleibt. Sperrfristen zugunsten des Arbeitnehmers gelten bei obligatorischem Militär- oder Schutzdienst, Schwangerschaft oder unverschuldeter Krankheit sowie Unfall. Wenn es dem Arbeitnehmer gelingt, den Beweis für die Arbeitsverhinderung aus den obengenannten Gründen zu erbringen, ist die Kündigung als nichtig zu qualifizieren und das Arbeitsverhältnis bleibt bis zum erneuten Aussprechen der Kündigung und dem Verstreichen der darauffolgenden Kündigungsfrist bestehen.

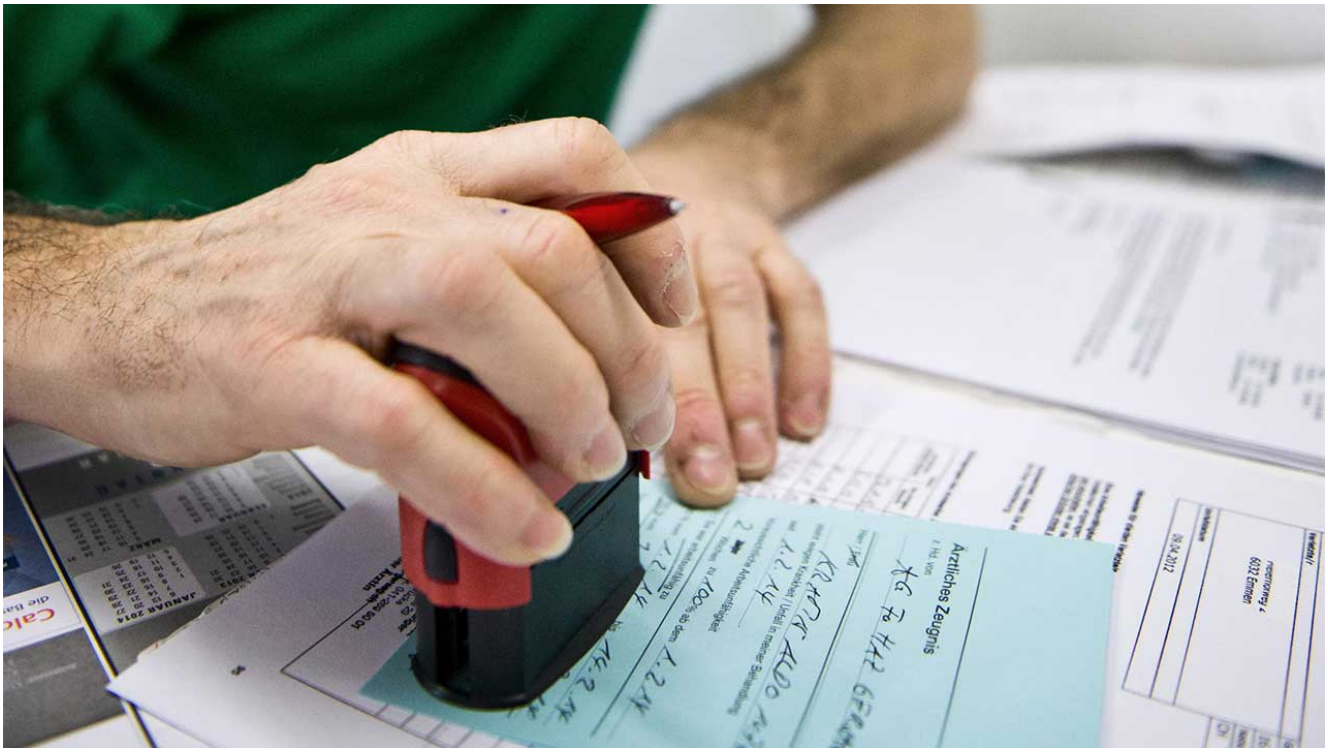
Beweiswert von Arztzeugnissen

Der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall obliegt dem Arbeitnehmer. Denn auch im öffentlichen Recht gilt der allgemeine Grundsatz gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR. 210), wonach derjenige die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen hat, der aus der unbewiesen gebliebenen Tatsache Rechte abzuleiten sucht. Ein Arztzeugnis verbessert die Beweislage des Arbeitnehmers entscheidend, da die Gerichte meist darauf abstellen, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt werden (sog. Anscheinsbeweis). Das bedeutet, dass einem ärztlichen Zeugnis kein absoluter Beweiswert zukommt und sich das Gericht über den Befund in einem ärztlichen Zeugnis hinwegsetzen darf und muss, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Arbeitsunfähigkeit nicht vorlag. Zweifel können sich unter anderem dann ergeben, wenn der Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit mehrere Tage

und ohne nachvollziehbare Gründe vor der Erstkonsultation liegt. Denn ein Arzt kann nur mit eingeschränkter Sicherheit beurteilen, ob die behauptete Arbeitsunfähigkeit tatsächlich bereits vor der Untersuchung vorgelegen hat. Nichtsdestotrotz werden rückwirkende Arztzeugnisse in der Praxis häufig ausgestellt. Dies lässt sich damit begründen, dass ein Patient nicht bereits am ersten Krankheitstag den Arzt aufsucht.

Lehre und Rechtsprechung halten rückwirkende Zeugnisse zwar nicht per se für unzulässig, doch komme ihnen dann, wenn sie sich nicht auf objektive Befunde stützen können, sondern nur auf der Patientenschilderung beruhen, ein sehr geringer Beweiswert zu. Demzufolge kann ein rückwirkendes Arztzeugnis unter Umständen eine eingeschränkte Beweisfunktion aufweisen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn weitere Umstände vorliegen, welche für sich alleine schon die behauptete Arbeitsunfähigkeit fraglich erscheinen lassen.

Aus diesen Gründen empfiehlt bspw. die Ärztegesellschaft Zürich, dass auch bei rückwirkenden Arztzeugnissen eine umfassende Untersuchung des Patienten erfolgt, die sich nicht nur auf den Gesamteindruck des Patienten bzw. dessen Schilderung stützt. Zudem sollte die Rückwirkungsdauer nicht zu lange sein, d. h. eine Woche nicht überschreiten. Gemäss Empfehlungen der Ärztegesellschaft sollte ein rückwirkendes Arztzeugnis folgende Mindestangaben enthalten: das Datum des Beginns der Arbeitsunfähigkeit, das Datum der Ausstellung sowie das Datum der ersten Behandlung.



Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in seinem Entscheid fest, dass ein rückwirkend ausgestelltes Arztzeugnis zwar nicht unproblematisch sei, aber nicht von vornherein als ungültig erachtet werden könne. Im vorliegenden Fall betrug die Rückwirkung drei Tage, was das Bundesverwaltungsgericht nicht als übermässig erachtet hat. Es begründete seinen Entscheid damit, dass es an objektiven Anhaltspunkten fehle, aufgrund derer die Richtigkeit hätte in Zweifel gezogen werden müssen. Ferner führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass sich aus der gesamten Aktenlage ergab, dass Arbeitnehmer A schon in der Zeit vor Erhalt der Kündigung unter erheblichen gesundheitlichen Problemen litt. Die Kündigung war im konkreten Fall somit nichtig.

Zusammenfassung

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt mit diesem Urteil seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein rückwirkend ausgestelltes Arztzeugnis nicht in jedem Fall unwirksam sei. Vielmehr müssten objektive Anhaltspunkte vorliegen, um dessen Richtigkeit in Zweifel zu ziehen.

Letztlich hängt die Beurteilung der Zulässigkeit von rückwirkenden Arztzeugnissen somit von den Umständen im Einzelfall ab und es muss im konkreten Fall geprüft werden, ob die Rückwirkung zulässig war oder nicht. Dies ist nach Ansicht der Autorin der einzig sinnvolle Ansatz, denn es wäre folgewidrig, wenn das Gericht nicht den Einzelfall betrachten würde, sondern entschieden hätte, rückwirkende Arztzeugnisse wären per se unzulässig.

Der Arbeitnehmer tut in jedem Fall gut daran, den Arzt bei der Ausstellung des Arztzeugnisses auf die Empfehlungen der Ärztegesellschaft Zürich aufmerksam zu machen.

Claudia Schnüriger, MLaw
Rechtsanwältin

DIE DEBATTE UM DIE BEZAHLUNG DER UMKLEIDEZEIT

geschrieben von Gabriela Sollberger | März 17, 2022

Zahlreiche Arbeitgeber schreiben das Tragen von Arbeitskleidung vor, sei es zu Hygienezwecken, zum Gesundheitsschutz oder aus Sicherheitsgründen. Das Tragen der Arbeitskleidung erfolgt grundsätzlich im Interesse des Arbeitgebers. Trotzdem gilt die Umkleidezeit vielerorts bislang nicht als bezahlte Arbeitszeit. Dementsprechend wird die Umkleidezeit – trotz betrieblicher Verpflichtung zum Tragen spezieller Arbeitskleidung – nicht entschädigt. Diese Praxis wird nun zunehmend kritisiert und wirft auch rechtliche Fragen auf.

Die Gewerkschaften fordern es schon lange: Umkleidezeit müsse als Arbeitszeit gelten und sei angemessen zu entschädigen.

Denn das Umkleiden vor und nach der Arbeit kostet Zeit und geht oft zu Lasten der Angestellten. Angestellte des Spitalverbands Limmattal gaben der Debatte um die Umkleidezeit noch mehr Aufwind und forderten bis vor Bundesgericht eine entsprechende Entschädigung. Im Fokus standen bislang hauptsächlich die Spitäler. Die Debatte trifft aber auch zahlreiche andere Branchen und kann sowohl privatrechtliche Angestellte als auch Personen in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis betreffen.

Das Urteil des Bundesgerichts

Im Sommer letzten Jahres forderten Angestellte des Spitalverbands Limmattal eine rückwirkende Entschädigung für die Umkleidezeit. Das Spital sowie der Bezirksrat wiesen das Begehren ab, woraufhin die Angestellten des Spitals mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich gelangten. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab und begründete den Entscheid mit der langjährigen Praxis der Spitäler, wonach die bezahlte Arbeitszeit mit dem Dienstantritt auf der Station oder im Operationssaal beginne und mit dem Dienstende am entsprechenden Arbeitsort ende. Die Umkleidezeit gelte deshalb nicht als bezahlte Arbeitszeit bzw. sei bereits im Monatslohn inbegriffen. Weil das der Praxis zahlreicher anderer Spitäler entsprach, dürfe die Nichtanrechnung der Umkleidezeit an die bezahlte Arbeitszeit als «üblich» zu entrichtender Lohn im Sinne von Art. 322 Abs. 1 OR bezeichnet werden (Verwaltungsgericht [ZH] VB.2019.00766 vom 24. Juni 2020). Im Januar dieses Jahres bestätigte das Bundesgericht den Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich (Urteil 8C_514/2020 vom 20. Januar 2021).

Was ist Arbeitszeit?

Eine Definition der Arbeitszeit existiert im öffentlichen Personalrecht häufig nicht und auch im Obligationenrecht wird vergebens nach einer Umschreibung der Arbeitszeit gesucht.

Immerhin bestimmt Art. 13 Abs. 1 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), dass die Zeit, währenddessen sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitsgebers zu halten hat, als Arbeitszeit gelte. Das SECO konkretisierte die Bestimmung in ihrer Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 nun dahingehend, dass im Zusammenhang mit Umkleiden/Ankleidung all das als Arbeitszeit gelte, was obligatorisch Teil des Arbeitsprozesses sei. Die Rechtslage scheint zunächst also relativ eindeutig – könnte man auf den ersten Blick jedenfalls meinen.

Die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes finden jedoch nicht auf sämtliche öffentlich-rechtliche Arbeitgeber Anwendung. Für Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtliche Körperschaften hat das Arbeitsgesetz keine Geltung. Das war auch im Urteil des Bundesgerichts der Fall, das die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes ausschloss, weil es sich beim Spitalverband Limmattal um einen Zweckverband und damit um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt.



Zählt die Umkleidezeit zur Arbeitszeit?

Ob die Umkleidezeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, bestimmt sich demzufolge primär nach der Rechtsform des Arbeitgebers bzw. danach, mit wem das Arbeitsverhältnis besteht. Im Verhältnis zu privaten Arbeitgebern und öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (z.B. die ETH und die SUVA) findet das Arbeitsgesetz Anwendung, weshalb die Umkleidezeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist. Für Betriebe, die einer Verwaltungseinheit angehören oder bei denen es sich um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt, hat das Arbeitsgesetz keine Geltung. Es ist daher anhand des anwendbaren Personalrechts und der internen Regelungen zu prüfen, was als Arbeitszeit zu qualifizieren ist. Fehlt eine solche Bestimmung, so muss mittels Auslegung ermittelt werden, ob die Umkleidezeit zur Arbeitszeit zählt. Kann weder durch die anwendbaren rechtlichen Bestimmungen noch durch Auslegung beantwortet werden, ob die Umkleidezeit im konkreten Fall als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, besteht eine Lücke. In solchen Fällen ist der Richter verpflichtet, im Rahmen des Verfahrens die Lücke zu füllen. Kann die Lücke nicht durch Anwendung anderer öffentlich-rechtlicher Bestimmungen gefüllt werden, muss auch für diejenigen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber, für die das Arbeitsgesetz grundsätzlich keine Anwendung findet, die Umkleidezeit (analog zum Arbeitsgesetz) als Arbeitszeit qualifiziert werden.

Besteht ein Lohnanspruch für die Umkleidezeit?

Bei der Qualifikation der Umkleidezeit als Arbeitszeit und einem damit verbundenen Lohnanspruch handelt es sich allerdings um zwei verschiedene Paar Schuhe. Der Umstand, dass die Umkleidezeit zur Arbeitszeit zählt, führt nicht zwingend zu einem zusätzlichen Entschädigungsanspruch. So erachtete es sowohl das Verwaltungsgericht als auch das Bundesgericht im zu

beurteilenden Fall der Angestellten des Spitalverbands Limmattal als zulässig, die Umkleidezeit mit dem regulären Monatslohn abzugelten. Der Arbeitgeber darf daher eine Entschädigung für die Umkleidezeit vertraglich ausschliessen oder die zusätzlich geleistete Zeit, beispielsweise durch bezahlte Pausen, abgelten. Ein zusätzlicher Entschädigungsanspruch für die Umkleidezeit besteht folglich nicht in jedem Fall.

Erster Meilenstein trotz negativem Urteil des Bundesgerichts

Trotz dem negativen Entscheid für die Angestellten des Spitalverbands Limmattal scheinen der Einsatz der Gewerkschaften und das Verfahren bis vor Bundesgericht zumindest im Kanton Zürich etwas bewirkt zu haben. Seit April dieses Jahres anerkennt der Kanton Zürich die Umkleidezeit offiziell als Arbeitszeit und hat dazu eine entsprechende Richtlinie veröffentlicht, die nun Licht ins Dunkel bringen soll. Neu gilt die Umkleidezeit als Arbeitszeit, wenn zwingende Gründe für die besondere Arbeitskleidung bestehen und die Arbeitskleidung aus sachlichen Gründen am Arbeitsplatz angezogen werden muss. Und damit nicht genug: Auch der Weg von der Garderobe zum Einsatzort sei gemäss der Richtlinie als Arbeitszeit anzurechnen.

Manuela Rüegg, MLaw

Kommentar «ZV Öffentliches Personal Schweiz»

Die Debatte um die Umkleidezeit führte in den vergangenen Jahren bereits zu einigen Lohnklagen. Interne Regelungen zu dieser Thematik schaffen klare Rechtsverhältnisse und können weitere Lohnklagen verhindern. ZV Öffentliches Personal Schweiz fordert daher sämtliche öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber auf, ihre Personalreglemente anzupassen und die

Umkleidezeit angemessen zu entschädigen.

Urs Stauffer, Präsident

Mehr Flexibilität bei den Arbeitsformen – der richtige Weg

geschrieben von Urs Stauffer | März 17, 2022

Der Bund hat bereits reagiert: Mit einer Revision des Bundespersonalrechts verankert der Bundesrat auf den 1. Juli 2021 zusätzlich Bestimmungen zu den flexiblen Arbeitsformen in seinen personalrechtlichen Grundlagen. Mitarbeitende sollen bei der Wahl des Arbeitsortes und des Arbeitszeitmodells mehr Flexibilität erhalten. Das ist erfreulich. Aber: Bei der Umsetzung müssen die Interessen der Mitarbeitenden gewahrt bleiben – das ist wichtig, weil die Regelung Vorbildcharakter für Kantone, Städte und Gemeinden und damit für unsere Mitglieder haben wird.

Der Bund erachtet diesen Schritt als notwendig, um als Arbeitgeber attraktiv und konkurrenzfähig zu bleiben. Es ist offensichtlich, dass die Covid-19-Pandemie diese Entwicklung erheblich beschleunigt hat. Aber es geht nicht nur um die Pandemie: Ziel der Neuregelung ist es auch, die bessere Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben zu beschleunigen, so der Bundesrat. Diese klare Aussage ist nicht selbstverständlich. Der Grundsatz ist schon länger bekannt, hat sich aber mit Bezug auf die Wahl des Arbeitsortes auf kantonaler und kommunaler Ebene kaum ausgewirkt.

Der Bundesrat hat in einem ersten Schritt dazu am 12. Mai 2021

eine Revision der Bundespersonalverordnung (BPV) verabschiedet und auf den 1. Juli 2021 in Kraft gesetzt. Gleichzeitig passt das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) seine Verordnung zur Bundespersonalverordnung (VBPV) an. Die Vorgesetzten fördern die flexiblen Arbeitsformen, insbesondere was Arbeitsort und Arbeitszeitmodell betrifft. Sie berücksichtigen die persönlichen Bedürfnisse der Mitarbeitenden und entsprechen diesen, sofern von der Aufgabenerfüllung her möglich und mit den betrieblichen Interessen vereinbar.

Mit Blick auf die Veränderungen in der Arbeitswelt sind in der Bundesverwaltung auch weitere Projekte und Vorhaben unterwegs.

Bundesziele der Flexibilisierung

Wo die Mitarbeitenden ihre Arbeit erbringen, wird zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitenden vereinbart. Das Bundespersonalrecht sieht dabei erstmals explizit vor, dass in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers oder im Homeoffice, aber auch in Co-Working-Spaces, Hub-Arbeitsplätzen oder flexiblen Teamräumen gearbeitet werden kann. Es besteht aber weiterhin kein Rechtsanspruch auf die freie Wahl des Arbeitsorts.

Der Bundesrat verfolgt folgende Ziele:

- Die Bundesverwaltung setzt flexible Arbeitsformen ein, sodass Aufgaben unter Nutzung der technischen, räumlichen und menschlichen Gegebenheiten bestmöglich erfüllt werden können. Die Vorteile orts- und zeitunabhängigen Arbeitens werden aktiv genutzt.
- Moderne Arbeitsmittel und der Einsatz entsprechender Technologien optimieren die Aufgabenerfüllung der Bundesverwaltung sowie die übergreifende Zusammenarbeit mit den anderen Staatsebenen; dabei ist eine angemessene Sicherheit gewährleistet.
- Vertrauen, Transparenz und wertschätzender Umgang werden als Chance für erfolgreiches Lernen und Arbeiten

verstanden und gelebt.
- Die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben wird unter Berücksichtigung der betrieblichen Bedürfnisse aktiv gefördert.
- Die Organisation und die Ausgestaltung der Führung sind konsistent auf die Förderung flexibler Arbeitsformen ausgerichtet.
- Die Unterbringung und logistische Versorgung an den Standorten der Bundesverwaltung wie auch an ausgewählten weiteren Hub-Arbeitsstandorten ist auf das flexible Arbeiten ausgerichtet.
- Die rechtlichen Grundlagen für das flexible Arbeiten in der Bundesverwaltung sind geschaffen.
- Der rechtliche Rahmen des Gesundheitsschutzes der Mitarbeitenden wird konsequent eingehalten.
- Der Bundesrat prüft das Zielbild alle zwei Jahre und aktualisiert es bei Bedarf.

Das tönt alles gut.

Die Grundentscheide sind getroffen. Jetzt ist die Umsetzung zu beobachten, die dank Corona beschleunigt bereits seit Monaten eingesetzt hat. Der Bund als sehr grosser Arbeitgeber teilt offenbar die Meinung einiger Arbeitgeber – in der öffentlichen Verwaltung auf kommunaler Ebene – wer Homeoffice wünsche, wolle in erster Linie sein Privatleben optimieren – nicht. Das Vorurteil hält sich allerdings hartnäckig. Hier ist der öffentliche Arbeitgeber gefordert, klar Position zu beziehen.

Mehr Effizienz vs. soziale Vereinsamung

Homeoffice bringt Vorteile, für beide Seiten. Es ist in keiner Art und Weise bloss ein Gnadenakt des Arbeitgebers zugunsten seines Mitarbeitenden oder seiner Mitarbeitenden. Der Arbeitgeber spart Infrastrukturkosten, der Arbeitgeber hat einen Mitarbeitenden, der diese Flexibilität schätzt und dem Arbeitgeber über Jahre erhalten bleiben wird, der Arbeitgeber ist bei der Suche von qualifizierten Mitarbeitenden besser

positioniert, der Arbeitgeber hat einen Mitarbeitenden, der am Homeoffice-Tag keinen Arbeitsweg hat und diese Zeit auch zugunsten der Arbeit nutzen wird, auch unter ökologischen Gesichtspunkten ist der Verzicht auf den Arbeitsweg ein Plus. Hinzu kommt: Mit Bezug auf die Arbeitszeit ist mit mehr Effizienz zu rechnen – denn wer nach seinen Ferien keine Arbeitskollegen sieht, der hat auch nicht viel zu erzählen.

Und hier liegt nach unserer Auffassung auch das grösste Problem von Homeoffice begründet: die soziale Isolation oder zumindest die Isolation vom Arbeitsumfeld in der öffentlichen Verwaltung. Die fehlenden persönlichen Kontakte mit seinen Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen führen schnell zu einer Entfremdung, was dem Arbeitsklima nicht guttut. Die Situation kann sich auch auf den Karriereweg auswirken, wenn innerhalb der Verwaltung bevorzugt wird, wer stets im Büro anwesend ist.

Hinzu kommt, dass die Mitarbeitenden im Homeoffice noch immer unter Rechtfertigungsdruck stehen und dazu neigen, mehr zu arbeiten als vereinbart, nur um zu zeigen, dass sie ihre Leistung tatsächlich erbringen. Damit einher geht die Tendenz, wir beobachten das bei uns allen durch ständige Erreichbarkeit, zu zeigen: Ich bin immer am Arbeiten. Diese Erreichbarkeit zieht sich weit in den Abend hinein und vor allem auch in die Ferienzeit. Wer mit dem Computer arbeitet, ist faktisch immer im Dienst.

Diese Bereitschaft und tägliche Einbindung führt auch zu einer Verschiebung der Themen in der Familie; berufliche Aspekte dominieren den Alltag auch dann, wenn eigentlich Freizeit ist. Das merkt man spätestens dann, wenn die Kinder gelangweilt aufstehen und anderes unternehmen.

Haltung, die Klarheit schafft

Diese Entwicklung ist nicht gut. Gefordert sind beide, sowohl der Arbeitgeber wie auch der Mitarbeitende. Es gibt Unternehmen, die den Zugang zum System abends sperren und den

Mitarbeitenden untersagen, für die Unternehmung abends oder in den Nachtstunden Arbeit zu leisten. Dies schränkt die Flexibilität des Mitarbeitenden zwar ein, im Gesamtzusammenhang ist das aber eine Haltung, die Klarheit schafft und der Selbstausbeutung entgegenwirkt.

Auch weitere gesundheitliche Aspekte des mobilen Arbeitens sind zu regeln. Dabei ist der Arbeitgeber gesetzlich in die Pflicht zu nehmen: Er muss aktiv sicherstellen, dass sich der Mitarbeitende oder die Mitarbeitende an die Regeln hält, wie sie für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz gelten. Es genügt nicht, wenn der öffentliche Arbeitgeber in der Homeoffice-Vereinbarung den Mahnfinger hebt und sagt, der Mitarbeitende habe für ein gesundheitlich unbedenkliches Arbeitsfeldumfeld zu Hause zu sorgen. Richtig ist allein, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, sicherzustellen, dass dies auch so ist. Damit ist ein aktives Tun verbunden, also Vorgaben, wie ein Arbeitsplatz auszusehen hat, aber auch die Kontrolle, ob diesen Vorgaben nachgelebt wird.

Der richtige Weg

Damit kann gesagt werden: Zumindest auf Bundesebene ist die Einsicht da und der Umsetzungswille auch. Wir werden darauf zu achten haben, dass die Kantone, Städte und Gemeinden nachziehen auf gleichem, wenn immer möglich besserem Niveau.

Die Flexibilisierung von Arbeitszeit und Arbeitsort muss auf der Basis von Regeln erfolgen, die unabhängig vom Einzelfall gelten. Diese Regeln müssen beide Interessen abbilden, vor allem aber auch die des Mitarbeitenden oder der Mitarbeitenden als schwächerer Vertragspartei. Beim Verfassen dieser Bestimmungen ist der Fokus auf den Gesundheitsschutz zu legen. Wer sich ans Werk macht hat mit der Vorstellung, eine Vereinbarung müsse in erster Linie sicherstellen, dass der oder die Mitarbeitende so viel wie möglich arbeitet und sein

oder ihr Arbeitsumfeld möglichst selbst finanziert, der hat nicht den richtigen Weg eingeschlagen.

(K)ein Bier am Arbeitsplatz

geschrieben von Lea Sturm | März 17, 2022

Inspiriert durch die Theorie des norwegischen Psychologen Finn Skårderud, wonach der Mensch mit einem Blutalkoholspiegel zur Welt komme, der 0,5 Promille unter den eigentlichen menschlichen Bedürfnissen liege, einigen sich vier Gymnasiallehrer auf ein Experiment im Selbstversuch:

Sie beschliessen, während der Arbeitszeit zu trinken und einen konstanten Pegel von 0,5 Promille aufrechtzuerhalten.

So lässt sich die Handlung des Spielfilms «Der Rausch» (Originaltitel: «Drunk») des dänischen Regisseurs Thomas Vinterberg in aller Kürze zusammenfassen. Was sich dem Zuschauer zunächst als amüsanter Versuch aus dem alltäglichen Trott darstellt, entblösst schon bald die Ambivalenz von Alkohol als Genuss- und Suchtstoff. Auch in rechtlicher Hinsicht wirft der Film Fragen bezüglich Alkohol am Arbeitsplatz auf.

Ein grundsätzliches Verbot von Alkoholkonsum am Arbeitsplatz besteht nicht. Bezüglich möglicher Gefährdung der Arbeitssicherheit durch den Genuss oder eben Missbrauch von Alkohol nimmt der Gesetzgeber jedoch sowohl die Arbeitnehmenden als auch die Arbeitgeber in die Pflicht.

Pflichten des Arbeitgebers

Die Arbeitgeber müssen alle Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten treffen, die nach der

Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind (Art. 82 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung [UVG]). Zu diesem Zweck kann er auch den Konsum von alkoholischen Getränken einschränken oder ganz verbieten (Art. 35 Abs. 3 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [ArGV3]) Dies kann beispielsweise durch entsprechende Ausformulierung im Personalreglement erfolgen. Grundlage für eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz kann jedoch auch eine vertragliche Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem einzelnen Arbeitnehmenden sein.

Mit dem Aufstellen von Regeln allein ist es jedoch noch nicht getan. Den Arbeitgebern kommt auch eine Informations- und Kontrollpflicht zu: Sie müssen alle Arbeitnehmenden sowohl über die bei ihren Tätigkeiten auftretenden Gefahren als auch über die Massnahmen zu deren Verhütung informieren. Darüber hinaus haben sie auch dafür zu sorgen, dass die aufgestellten Arbeitssicherheitsmassnahmen eingehalten werden (Art. 6 Abs. 1 und 3 der Verordnung über die Unfallverhütung [VUV]).

Alkoholverbot in der Freizeit?

Besteht seitens des Arbeitgebers eine Regelung, welche den Alkoholkonsum während der Arbeitstätigkeit verbietet (oder einschränkt), versteht es sich von selbst, dass der Konsum auch vor Arbeitsbeginn und während der Pausen untersagt ist. Aber inwieweit darf ein Arbeitgeber in die Freizeit der Arbeitnehmenden eingreifen?

Gemäss Rechtsprechung darf eine totale Alkoholabstinenz, die einem Arbeitnehmenden den Konsum auch in der Freizeit verbietet, nur dann erfolgen, wenn dafür ein besonderer (Rechtfertigungs-)Grund vorliegt. Namentlich zu berücksichtigen sind dabei die Gegenleistung des Vertragspartners und die Dauer einer diesbezüglichen Vereinbarung. In einem Fall aus dem Jahr 2017 erachtete das Bundesverwaltungsgericht eine vom Arbeitgeber einverlangte

totale Alkoholabstinenz von über einem Jahr als übermässige Einschränkung. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Arbeitgeberin schloss mit dem betroffenen Arbeitnehmenden eine Behandlungsvereinbarung ab, nachdem der Verdacht aufkam, dass dieser trotz eines strikten Alkoholverbots während der Arbeitszeit solchen konsumierte. In der Vereinbarung verpflichtete sich der Arbeitnehmende zur totalen Abstinenz von alkoholischen Getränken in- und ausserhalb der Dienstzeit.

Nach über einem Jahr gab der Arbeitnehmende gegenüber der Arbeitgeberin zu, an vereinzelten Wochenenden trotzdem Bier getrunken zu haben, worauf ihm auf Ende der ordentlichen Kündigungszeit gekündigt wurde. Dagegen erhob der Arbeitnehmende Beschwerde. In der Urteilsbegründung führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass eine Verpflichtung zur Alkoholabstinenz über einen Zeitraum von über einem Jahr einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit darstelle und einer sachlichen Begründung bedürfe.

Im konkreten Fall arbeitete der betroffene Arbeitnehmende nicht in einem sicherheitssensiblen Bereich, und die Arbeitgeberin konnte zwar einen gewissen Alkoholkonsum, jedoch keinen Alkoholmissbrauch nachweisen. Vor diesem Hintergrund erachtete das Gericht die zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmenden geschlossene Behandlungsvereinbarung als unbegründet und die sich daraus ergebenden Einschränkungen als übermässig.

Aufgrund dessen durfte der Arbeitnehmende die Behandlungsvereinbarung als unverbindlich betrachten. Damit stellte sein gelegentlicher Alkoholkonsum an den Wochenenden weder ein Verstoss gegen die Behandlungsvereinbarung noch einen sachlichen Kündigungsgrund dar. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde diesbezüglich gut und sprach dem Arbeitnehmenden zehn Bruttomonatslöhne als Entschädigung zu (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4128/2016 vom 27. Februar 2017).

Aus den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts können somit folgende Schlüsse gezogen werden: Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmenden auch in seiner Freizeit zur Alkoholabstinenz verpflichten. Da dies einen Eingriff in die Lebensgestaltung, konkret in die persönliche Freiheit, d.h . das Recht auf individuelle Selbstbestimmung und persönliche Entfaltung (Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]) sowie der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 des Zivilgesetzbuches [ZGB]) darstellt, muss ein solcher Eingriff sachlich gut begründet sein. Denkbar sind beispielsweise Fälle, in welchen ein Alkoholmissbrauch nachgewiesen werden kann und die Gefahr besteht, dass der betroffene Arbeitnehmende sich oder Dritte während seiner Arbeitstätigkeit gefährdet.

Besteht der Verdacht, dass ein Arbeitnehmender trotz eines Alkoholverbots seiner Tätigkeit im (an-)betrunkenen Zustand nachgeht, darf der Arbeitgeber aufgrund seiner Kontrollpflicht nicht einfach seine Augen davor verschliessen. Er hat die Verantwortung dafür, dass die Arbeitnehmenden sicherheitsgerecht arbeiten. Ohne Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmenden darf jedoch nicht einfach ein Atemlufttest durchgeführt oder eine Urin- oder Blutprobe abgenommen werden. Kann der Verdacht nicht anderweitig ausgeräumt werden, bleibt dem Arbeitgeber in Erfüllung seiner Schutzpflicht meist nichts anderes, als den Arbeitnehmenden an einen ungefährlichen Arbeitsplatz zu versetzen oder – wenn diese Möglichkeit nicht besteht – ihn nach Hause zu schicken.

Pflichten des Arbeitnehmenden

Auch ohne eine entsprechende Regelung des Arbeitgebers darf sich ein Arbeitnehmender nicht in einen Zustand versetzen, in welchem er sich selbst oder andere gefährdet; sei es durch den Konsum von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln (Art. 11 Abs. 3 VUV). Allerdings existiert keine klare Regelung, ab welcher Promillegrenze von einem gefährdenden Zustand

ausgegangen werden muss. Dies hängt in erster Linie von der Art bzw. der Gefährlichkeit der Arbeitstätigkeit ab. Ein gewisser Anhaltspunkt gibt der im Strassenverkehr geltende Blutalkoholgrenzwert von 0,5 Promille (für Neulenkende und Berufschauffeure gilt indes ein Alkoholverbot). Eine Beeinträchtigung der Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit sowie eine erhöhte Risikobereitschaft kann allerdings bereits ab 0,2 Promille auftreten.

Ist die Arbeitssicherheit nicht gefährdet, verschlechtert sich jedoch die Arbeitsleistung aufgrund des Alkoholkonsums, riskiert der Arbeitnehmende eine Abmahnung und – sofern sämtliche verhältnismässige Massnahmen ebenfalls keine positive Wirkung zeigen – letztlich die Kündigung.

Die konkrete Rechtslage im Einzelfall hängt somit immer (auch) von den spezifischen Umständen ab und ist nicht gänzlich widerspruchsfrei. Und auch die Darstellung des Themas in dem eingangs erwähnten Film «Der Rausch» gibt letztlich keine eindeutige Antwort darauf, ob das Experiment der vier Freunde total gescheitert ist. Die cineastische Darstellung eines in sich widersprüchlichen Themas innerhalb der gesellschaftlichen Wahrnehmung lohnt sich gemäss Auffassung der Autorin aber dennoch.

MLaw Lea Sturm
Rechtsanwältin