Wer im Anstellungsgespräch qualifiziert lügt, schliesst einen ungültigen Arbeitsvertrag

geschrieben von Dr. Michael Merker | April 21, 2021

Hans-Peter (Name frei gewählt) hat sich für den öffentlichen Dienst beworben. Gestützt auf die Bewerbungsunterlagen und das Bewerbungsgespräch war er ausreichend qualifiziert und für die Stelle geeignet. Nur: Hans-Peter war nicht ganz aufrichtig, obwohl er sich um eine Stelle beworben hatte, die Compliance als wesentlichen Arbeitsinhalt zum Gegenstand hatte. Er hat seinen Lebenslauf «gestaltet», eine Strafuntersuchung verschwiegen und auch über seine psychische Erkrankung nicht aufgeklärt. Zu Recht? Und wenn nein, mit welchen Folgen?
(Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. 11. 2020 in Sachen E.c.A.)

Die öffentliche Arbeitgeberin schilderte den Fall wie folgt: Hans-Peter habe die Arbeitgeberin mit bewusst irreführenden Angaben über seinen Werdegang getäuscht und so Nachfragen verhindert. Hans-Peter habe im Rahmen seiner Bewerbung im eingereichten Lebenslauf speziell darauf hingewiesen, dass er aufgrund seiner selbstständigen Tätigkeit von 2006 bis 2016 über keine Referenzen und Arbeitszeugnisse verfüge. Seinen Lebenslauf habe er absichtlich so gestaltet, dass keine Lücken erkennbar gewesen seien, sondern die Arbeitgeberin von der Annahme habe ausgehen müssen, in der fraglichen Zeit sei die selbstständige Erwerbstätigkeit seine Hauptbeschäftigung gewesen.

Durch die gezielte Unterdrückung seiner achtjährigen Tätigkeit in einem privaten Unternehmen und durch die zu diesem Zweck vorgeschobene berufliche Selbstständigkeit habe Hans-Peter die

Einholung entsprechender Referenzauskünfte verhindert, was dazu geführt habe, dass die Arbeitgeberin von seinen jahrelang andauernden Straftaten zulasten seines früheren Arbeitgebers und dessen Kunden nichts erfahren habe. Hans-Peter habe damit bewusst und gezielt unvollständige Angaben zu seiner bisherigen beruflichen Laufbahn gemacht.

Auswirkungen auf die öffentliche Arbeitgeberin

Die strafrechtlichen Verfehlungen von Hans-Peter hätten zudem erhebliche Auswirkungen auf die Reputation und Glaubwürdigkeit der neuen Arbeitgeberin. Über vertragswesentliche Tatsachen dieser Art bestehe im Rahmen der Vertragsanbahnung eine Auskunfts- und Offenbarungspflicht. Dieser sei Hans-Peter nicht nachgekommen. Im Gegenteil habe er durch die gezielte Unterdrückung von Angaben und durch falsche Angaben im Lebenslauf seine Pflichten vorsätzlich verletzt, womit er Rückfragen, Rückschlüsse und Referenzanfragen verunmöglicht habe.

Angesichts dieser Umstände sei von einer gezielten Täuschung durch Hans-Peter hinsichtlich wesentlicher Grundlagen beim Vertragsschluss auszugehen, woraus eine (aufgrund des faktischen Arbeitsverhältnisses nachträgliche) Unverbindlichkeit des Vertrages resultiere.

Auffassung des Arbeitnehmers

Hans-Peter sieht das anders und brachte vor Bundesverwaltungsgericht vor, er habe im Bewerbungsverfahren keine Pflicht, über seine Krankheit aufzuklären; das gegen ihn laufende Strafverfahren oder seine frühere Anstellung bei einem privaten Unternehmen habe er auch nicht offenlegen müssen. Deshalb liege auch keine widerrechtliche Täuschung vor. Er habe zudem keine falschen Angaben gemacht, sondern

lediglich seine frühere Arbeitsstelle nicht angegeben. Wäre eine straflose Vergangenheit für die Beschwerdeführerin wesentlich gewesen, hätte sie diese erfragen müssen.

Bezüglich Strafverfahren ergänzte er, das Strafverfahren habe sich zum Zeitpunkt der Bewerbung erst im Untersuchungsverfahren befunden, Anklage sei erst Mitte 2018 erhoben worden. Nur schon aufgrund der Unschuldsvermutung habe er das Strafverfahren nicht offenlegen müssen. Die selbstständige berufliche Tätigkeit sei nicht lediglich vorgeschoben gewesen, und es hätten sich keine falschen Angaben im Lebenslauf befunden. Es sei bei ihm eine psychische Erkrankung diagnostiziert worden, weshalb er die (damaligen) Taten beim bisherigen Arbeitgeber in vollständig schuldunfähigem Zustand begangen habe. Es habe weder im Zeitpunkt des Bewerbungsprozesses noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der neuen Arbeitgeberin die Gefahr bestanden, dass er wieder psychisch erkranken würde und er infolgedessen wieder deliktisch tätig werden könnte, da er seine Krankheit zu diesem Zeitpunkt dank regelmässigen therapeutischen und medikamentösen Behandlungen unter Kontrolle gehabt habe.

Er habe zu keinem Zeitpunkt böswillig seine frühere Anstellung verschleiert, sondern für ihn sei klar gewesen, dass mit der Behandlung seiner Krankheit und der medikamentösen Einstellung keine weitere Gefahr von ihm ausgehe. Hätte er von seiner Krankheit erzählt, hätte er die Arbeitsstelle nicht bekommen. Da er nicht habe voraussehen können, wie das Strafverfahren ausgehe, er aber gewusst habe, dass er mit der Therapie keine Gefahr mehr darstelle, sei ihm keine Offenbarungspflicht oblegen. Es sei für ihn nicht absehbar gewesen, dass es zu einer mehrjährigen unbedingten Freiheitsstrafe kommen würde. Er habe zudem bei der neuen Arbeitgeberin gar keine Funktion gehabt, bei der er ein Vermögensdelikt hätte begehen können, da ihm die Kompetenz und die Zeichnungsberechtigung gefehlt hätten.

Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

Entscheidend für die vorliegende Fragestellung war, ob der Arbeitsvertrag gültig abgeschlossen wurde oder für die öffentliche Arbeitgeberin unverbindlich ist, weil der Bewerber nicht die Wahrheit gesagt hatte. Dazu entschied das Bundesverwaltungsgericht (mit Gültigkeit auch für andere öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse) Folgendes:

Gemäss Art. 23 ff. OR (diese Bestimmungen des Bundeszivilrechts kommen zur Anwendung, weil das öffentliche Recht in der Regel über keine solchen Normen verfügt) ist ein Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Ist ein Vertragsabschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn gemäss Art. 28 Abs. 1 OR auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war. Der Tatbestand einer absichtlichen Täuschung nach Art. 28 Abs. 1 OR erfordert ein täuschendes und widerrechtliches Verhalten, eine Täuschungsabsicht, ein Irrtum des Getäuschten und eine Kausalität zwischen Täuschung und Willenserklärung. Ein täuschendes Verhalten im Sinne von Art. 28 OR ist anzunehmen, wenn dem Betroffenen widerrechtlich Tatsachen vorgespiegelt oder verschwiegen wurden, ohne die er den Vertrag nicht oder nicht mit dem entsprechenden Vertragsinhalt abgeschlossen hätte.

Das Verschweigen von Tatsachen ist dabei (nur) insoweit verpönt, als eine *Offenbarungs- oder Aufklärungspflicht* besteht. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich aufgrund der Umstände im Einzelfall.
Den Arbeitnehmer trifft im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine vorvertragliche, auf Art. 2 ZGB beruhende Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Der Umfang und die Tragweite dieser vorvertraglichen Pflichten sind in Lehre und Rechtsprechung im Einzelnen umstritten. Grundsätzlich ist bei

Vertragsverhandlungen im Hinblick auf einen unbefristeten Arbeitsvertrag ein erhöhtes Mass an Aufklärungspflichten anzunehmen, da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das regelmässig ein besonderes Vertrauensverhältnis voraussetzt.

Dem Arbeitnehmer erwachsen im Rahmen von Vertragsverhandlungen vorvertragliche Auskunfts- und Offenbarungspflichten sowie eine Wahrheitspflicht. Der Umfang ist umstritten.

- Die *Offenbarungspflicht* verpflichtet die Verhandlungspartner, gewisse Informationen von sich aus – das heisst auch ohne spezifische Fragen des Verhandlungspartners – preiszugeben. Eine Offenbarungspflicht ist nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen: Der Arbeitnehmer hat im Rahmen seiner Offenbarungspflicht nur mitzuteilen, was ihn zur Übernahme der Stelle als (absolut) ungeeignet erscheinen lässt, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausschliesst oder diese doch erheblich vermindert.
- Die *Auskunftspflicht* beinhaltet die Pflicht, Fragen der anderen Verhandlungspartei zu beantworten, soweit diese von unmittelbarem und objektivem Interesse für das spezifische Arbeitsverhältnis sind.
- Die *Wahrheitspflicht* schliesslich verpflichtet die Verhandlungsparteien dazu, sich bei ihren Aussagen an die Wahrheit zu halten, unabhängig davon, ob sie diese von sich aus oder im Rahmen ihrer Offenbarungs- oder Auskunftspflicht machen. Liegt die Täuschungshandlung in der unterlassenen Aufklärung, ist in der Bejahung der Verletzung der Aufklärungspflicht gleichzeitig auch die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens erstellt.

Hans-Peter übernahm bei der Arbeitgeberin hauptsächlich Aufgaben im Bereich Legal and Compliance, insbesondere interne Kontrollen und Vertragsprüfungen, wobei er sowohl intern als auch extern selbstständige Kontakte und Auftritte hatte. Im Rahmen des Bewerbungsverfahrens für diese Stelle gab Hans-

Peter nicht an, dass er während acht Jahren für ein privates Unternehmen gearbeitet hatte und dass gegen ihn ein Strafverfahren wegen Veruntreuung einer sehr hohen Summe im Millionenbereich lief (das dann auch zu einer Verurteilung wegen Veruntreuung führte).

Eine *Offenbarungspflicht* besteht dann, wenn der Arbeitnehmer die zur Diskussion stehende Arbeitsleistung

- mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann (fehlende Ausbildung oder Berufspraxis),
- wenn er zur Arbeitsleistung infolge chronischer Leiden, schwerer oder ansteckender Krankheiten ausserstande ist oder
- wenn feststeht, dass er bei Dienstantritt aller Voraussicht nach krank oder zur Kur sein wird.

Ob und inwieweit bezüglich eines hängigen Strafverfahrens (Ermittlungs-, Untersuchungs- und Hauptverfahren) eine Offenbarungspflicht besteht, ist umstritten. Eine solche Offenbarungspflicht wird tendenziell hinsichtlich arbeitsplatzbezogener Delikte und bezüglich solcher Verfahren bejaht, bei denen die konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsverhinderung oder doch das erhebliche Risiko einer wesentlichen Verminderung der Arbeitsleistung besteht.

Die vom Beschwerdegegner begangenen und von ihm gestandenen Delikte wurden vom Bundesverwaltungsgericht insofern als arbeitsplatzbezogen bezeichnet, als Hans-Peter sie im Rahmen seiner früheren Anstellung und zudem zum Nachteil seines damaligen Arbeitgebers und teilweise zum Nachteil von dessen Kunden begangen hatte. Sie waren damit grundsätzlich auch für einen zukünftigen Arbeitgeber von Relevanz. Der Bereich Legal and Compliance, dem der Beschwerdegegner angehörte, hat innerhalb der Institution der öffentlichen Arbeitgeberin eine besondere Vertrauensposition inne. Diese Position bringt eine besondere Verantwortung mit sich, da sie für die Einhaltung

der relevanten rechtlichen Bestimmungen und der organisationsinternen Standards verantwortlich ist. Die Aufgabe von Hans-Peter setzte damit ein besonderes Vertrauen in seine Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit voraus.

Eine Person, die sich an ihrem früheren Arbeitsort zum Nachteil des Arbeitgebers massiv deliktisch betätigt hat, erscheint für eine Arbeitsstelle, die spezifisch die Aufgabe umfasst, die Einhaltung der rechtlichen Bestimmungen und der organisationsinternen Standards zu überwachen, als ungeeignet. Die Arbeitgeberin konnte unter diesen Umständen nicht vollständig darauf vertrauen, dass Hans-Peter seine Arbeit korrekt ausführen würde, ein Vertrauen, ohne das eine solch verantwortungsvolle Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann. Damit hatte die deliktische Tätigkeit von Hans-Peter an seinem früheren Arbeitsort unmittelbare Auswirkungen auf die berufliche Eignung für die mit dem neuen Arbeitgeber verabredete Arbeitsleistung. Er wäre damit verpflichtet gewesen, diesen Sachverhalt im Rahmen des Bewerbungsverfahrens offenzulegen. Hinzu kommt, dass Hans-Peter wissen musste, dass eine Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe führen würde oder könnte, was seinen Arbeitsantritt verunmöglicht hätte.

Selbst wenn nicht von einer Offenbarungspflicht auszugehen wäre, wäre festzustellen, dass Hans-Peter zumindest gegen die Aufklärungs- und Wahrheitspflicht verstiess, indem er im Bewerbungsverfahren falsche Angaben zu seinen früheren Arbeitstätigkeiten machte. Er stellte den Lebenslauf so dar, dass daraus zu schliessen war, er sei ausschliesslich selbstständig tätig gewesen. In Tat und Wahrheit war er jedoch ab 2007 acht Jahre lang bei einem privaten Unternehmen angestellt. Dies wurde aber in dem seiner eigenen Ansicht nach «wohl auf den ersten Blick ein wenig überladenen» Lebenslauf mit keinem Wort erwähnt.

Angaben zu früheren Arbeitsstellen in einem im Bewerbungsverfahren eingereichten Lebenslauf unterliegen im

Sinne einer Reaktion auf ein entsprechendes Auskunftsbegehren des Arbeitgebers, meist in einer Stellenausschreibung, grundsätzlich der Auskunfts- und Wahrheitspflicht. Die entsprechenden Angaben im Lebenslauf des Beschwerdegegners suggerierten mit ihrer chronologischen und ansonsten ausführlichen Darstellung Vollständigkeit. Deshalb durfte die öffentliche Arbeitgeberin aufgrund der Verpflichtung von Hans-Peter, die Verhandlungen in guten Treuen zu führen, davon ausgehen, dass diese Angaben zumindest insofern vollständig waren, als dass sie keine substanziellen, offensichtlich relevanten Auslassungen enthalten würden. Das Weglassen einer achtjährigen unselbstständigen Tätigkeit stellt jedoch eine substanzielle Auslassung dar. Hans-Peter gab im Bewerbungsverfahren überdies zu verstehen, dass er für die Zeit von 2006 bis 2016 weder Arbeitszeugnisse einreichen noch Referenzen angeben könne, da er in dieser Zeit nur selbstständig tätig gewesen sei. Diese Angaben entsprachen ebenfalls nicht der Wahrheit, da er nicht aufgrund seiner Selbstständigkeit keine Arbeitszeugnisse einreichen und Referenzen angeben konnte, sondern weil er dies nicht wollte, da er seine frühere Anstellung und die mit dieser in Zusammenhang stehenden Delikte zu verheimlichen versuchte.

Folgen dieses Verhaltens

Die Arbeitgeberin konnte dem Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar darlegen, dass sie den Vertrag bei Kenntnis der deliktischen Tätigkeit des Beschwerdegegners bei seinem ehemaligen Arbeitgeber nicht abgeschlossen hätte. Will der von einem Willensmangel betroffene Teil den Vertrag nicht gelten lassen, so muss er den Willensmangel innerhalb eines Jahres geltend machen, indem er der anderen Partei erklärt, dass er den Vertrag nicht halte, oder indem er eine schon erfolgte Leistung zurückfordert. Andernfalls gilt der Vertrag als genehmigt (Art. 31 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtums und der Täuschung mit deren Entdeckung zu laufen (Art. 31 Abs. 2 OR). Die Frist war eingehalten.

Wird die Erklärung abgegeben, fällt der Vertrag im Grundsatz von Anfang an dahin. Es gilt jedoch eine Ausnahme für das Arbeitsverhältnis; danach hat ein Arbeitnehmer, der in gutem Glauben Arbeit im Dienst des Arbeitgebers geleistet hat, Anspruch darauf, dass der Vertrag so lang erfüllt wird, bis die Ungültigkeit des Vertrages feststeht, ab dann erst ist dieser unverbindlich. Massgebender Zeitpunkt ist die Geltendmachung des Willensmangels.

In der Folge stellte das Bundesverwaltungsgericht die Ungültigkeit des Arbeitsvertrages ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Willensmangels fest.

Bemerkungen

Man mag den Entscheid insgesamt als richtig erachten. Er hat aber das Potenzial, Grenzen zu verschieben. Hans-Peter wurde zum Verhängnis, dass er seinen Lebenslauf aktiv so gestaltete, dass verheimlicht werden konnte, was nicht offengelegt werden wollte. Das Ausmass des deliktischen Verhaltens und damit verbunden insbesondere die Arbeitsplatzbezogenheit des deliktischen Verhaltens gab dann den zusätzlichen Ausschlag, und das Gericht ging von einer Offenlegungspflicht aus, die missachtet worden war.

Das alles hatten wir schon einmal in BGE 132 II 161. Dort hatte die Arbeitnehmerin ihren Freund umgebracht, im Garten verbrannt und dann vergraben, dies aber dem Arbeitgeber beim Bewerbungsgespräch verständlicherweise nicht mitgeteilt. Das Bundesgericht entschied dort (ebenfalls) zu Ungunsten der Arbeitnehmerin und meinte, dem Arbeitgeber (der Oberzoll-direktion, Abteilung Rückerstattungsanträge im Bereich Mineralölsteuer) könne nicht zugemutet werden, mit so einer Arbeitnehmerin zusammenzuarbeiten. Und weil die Tat im Zeitpunkt der Bewerbung bereits vollzogen war, wurde der Arbeitsvertrag als ungültig angesehen (Willensmangel der

Arbeitgeberin bei Abschluss des Arbeitsvertrages).

Das Bundesgericht führte damals zur Begründung unter anderem aus: Das entsprechende Tötungsdelikt bzw. die Person der Beschwerdeführerin bilde Gegenstand einer breiten Berichterstattung in den Medien. Zwar betraf das Strafverfahren ihren Privatbereich, doch hätte es – auch wenn die vorgesehene Funktion der Beschwerdeführerin bei der Oberzolldirektion nicht leitender Natur war – dennoch unmittelbare Auswirkungen auf ihre berufliche Eignung und Verfügbarkeit für die verabredete Arbeitsleistung: Die Stelle als Sachbearbeiterin/Revisorin im Bereich Mineralölsteuer umfasse gemäss Ausschreibung die Beratung von Gesuchstellern in allen Fragen der verschiedenen Steuerrückerstattungen und sah zahlreiche, weitgehend selbstständig wahrzunehmende telefonische und schriftliche Kontakte mit Kunden vor. Das hängige Strafverfahren und dessen landesweite Publizität seien geeignet, diese Tätigkeit wesentlich zu erschweren und das effiziente Erfüllen des Pflichtenhefts grundlegend in Frage zu stellen. Wegen der zahlreichen Aussenkontakte berührte die Anstellung der Beschwerdeführerin unmittelbar die Glaubwürdigkeit und das Ansehen der Oberzolldirektion als staatlicher Kontrollinstanz.

Das überzeugt kaum jemanden. Woher sollte denn derjenige, der bei der Oberzolldirektion einen Rückerstattungsantrag für die Mineralölsteuer einreicht, wissen, dass die Sachbearbeiterin im Backoffice, die diesen Antrag bearbeitet und allenfalls einmal mit ihm telefoniert, ihren Freund ermordet hat? Es ist kaum anzunehmen, dass sie sich unter Hinweis auf ihre Tat mit dem Rückerstattungsgesuchsteller in Verbindung setzen wird. Ein Imageschaden für die Oberzolldirektion wäre selbst dann nicht zu erwarten gewesen, wenn jedermann gewusst hätte, was die Frau getan hat. Letztlich wurde damit in der Hauptsache die Tat selbst abgestraft.

Im Gegensatz zum vorliegend besprochenen Fall war auch nicht davon auszugehen, dass die Sachbearbeiterin am Ort der Arbeit

weitere Verbrechen gleicher Güteklasse vollziehen würde; es handelte sich um ein Beziehungsdelikt, womit die Arbeitsplatzbezogenheit des deliktischen Verhaltens nicht gegeben war.

Stehen wie vorliegend vermögensrechtliche Delikte zur Diskussion und soll an der neuen Stelle wiederum eine Aufgabe wahrgenommen werden, die mit finanziellen Fragen in Zusammenhang steht, ist die Schlussfolgerung des Bundesverwaltungsgerichts wohl richtig. Es wird aber darauf zu achten sein, dass nicht hauptsächlich das Ausmass des deliktischen Verhaltens die Pflicht zur Offenlegung beeinflusst.

Baselstädtisches Personalrecht: Das Massnahmenrecht

geschrieben von Gabriela Sollberger | April 21, 2021

Von der Anstellungsbehörde angeordnete personalrechtliche Massnahmen sind regelmässig Gegenstand von Anfragen rechtsuchender Mitglieder an das Sekretariat des Baselstädtischen Angestellten-Verbandes (BAV). Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die entsprechenden Regelungen im Anwendungsbereich des Personalgesetzes des Kantons Basel-Stadt geben.

Allgemeines

Insbesondere aufgrund der eingeschränkten Beendigungsmöglichkeiten des Dienstverhältnisses seitens der Anstellungsbehörde kam dem Disziplinarrecht im öffentlichen

Dienst lange Zeit eine zentrale Bedeutung zu. Aufgrund der mit der weitgehenden Abschaffung des Beamtenstatus einhergehenden Lockerung des Kündigungsschutzes erfolgte in vielen Kantonen allerdings eine Abschwächung des Disziplinarrechts oder gar ein Verzicht darauf (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, RZ 2069). Das herkömmliche Disziplinarrecht wurde im Rahmen der Revision des Personalgesetzes vor rund 20 Jahren auch im Kanton Basel-Stadt abgeschafft und «zugunsten eines nicht mehr pönalen, sondern lenkenden Massnahmenrechts» ersetzt (vgl. zum Ganzen Ratschlag des Regierungsrates vom 7. September 1999 zum Erlass des Personalgesetzes [Ratschlag PG], S. 17 f.; Meyer/Weihrauch/Hafner/Reimann, Öffentliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt, S. 183).

Das im Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt (PG) verankerte Massnahmenrecht bezweckt primär, dass die Mitarbeitenden ihre Aufgaben ordnungsgemäss erfüllen (vgl. Ratschlag PG, S. 18). Der baselstädtische Gesetzgeber unterscheidet zwischen Massnahmen (§ 24 PG) und vorsorglichen Massnahmen (§ 25 PG).

Die Anordnung von Massnahmen setzt gemäss § 24 Abs. 1 PG voraus, dass die Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter ihre arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Pflichten verletzen oder ungenügende Leistungen erbringen. Die Anstellungsbehörde verfügt bei der Anordnung von Massnahmen über einen erheblichen Ermessensspielraum (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt [VG BS] VD.2013.61 vom 30.04.2014 E. 2.3.4.2; Urteil des Bundesgerichts 8C_818/2010 vom 2.8.2011 E. 3.4), was in der Praxis entsprechend zum Ausdruck kommt.

Dennoch muss eine Massnahme geeignet und erforderlich sein, um die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung (wieder) sicherzustellen, d.h., die Anstellungsbehörde ist an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden (siehe § 24 Abs. 1 PG; Ratschlag PG, S. 50). Die Anstellungsbehörde trägt die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für die Anordnung

einer Massnahme erfüllt sind (vgl. Entscheid der Personalrekurskommission Basel-Stadt (PRK) Fall Nr. 102 vom 20.03.2014 E. 3a ff.).

Als förmliche Massnahmen sieht das PG abschliessend den schriftlichen Verweis sowie die Änderung des Aufgabengebiets an demselben oder einem anderen Arbeitsplatz vor. In der Praxis wird im Vorfeld oder anstelle einer förmlichen Massnahme regelmässig auf informelle Mittel bzw. Massnahmen, wie beispielsweise eine Ermahnung, zurückgegriffen, was gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zulässig ist (vgl. Urteil des VG BS VD.2013.61 vom 30.04.2014 E. 2.3.4.2; vgl. Meyer/Weihrauch/Hafner/Reimann, a.a.O., S. 185).

Keine Massnahme im Sinne von § 24 f. PG stellt insbesondere auch die in der Praxis häufig vorkommende Auferlegung einer Bewährungsfrist gemäss § 30 Abs. 3 PG dar. Der Sinn und Zweck einer Bewährungsfrist liegt darin, eine bevorstehende Kündigung zu vermeiden (Entscheid der PRK Fall Nr. 114 vom 23.6.2016 E. 5b). Im Gegensatz zur Anordnung einer Massnahme ist die Ansetzung einer Bewährungsfrist nicht selbstständig anfechtbar. Einwendungen gegen die Auferlegung einer Bewährungsfrist können lediglich im Rahmen eines allfälligen nachfolgenden Rekursverfahrens gegen eine Kündigung oder eine Massnahme gemäss § 24 f. PG geltend gemacht werden (vgl. § 15 VO PG).

Der schriftliche Verweis

Dem schriftlichen Verweis kommt sowohl Rüge- als auch Warnfunktion zu (Meyer/Weihrauch/Hafner/Reimann, a.a.O., S. 185 m.w.H.). Ein Verweis kann mit der Androhung der Kündigung und der Ansetzung einer entsprechenden Bewährungsfrist gemäss § 30 Abs. 3 PG verbunden werden, sofern dadurch das Verhältnismässigkeitsprinzip (siehe hierzu Ausführungen hiervor) nicht verletzt wird (siehe Urteil des VG BS VD.2013.61 vom 30.4.2014; Entscheid der PRK Fall Nr. 99 vom 3.4.2013). Wird mit dem Verweis die Ansetzung einer

Bewährungsfrist verknüpft, so hat dies zur Folge, dass die Ansetzung der Bewährungsfrist gemeinsam mit dem Verweis angefochten werden kann (Entscheid der PRK Fall Nr. 11 vom 7.11.2001 E. 2b). Demgegenüber ist die Anfechtung einer Bewährungsfrist, die unabhängig von einem Verweis angesetzt wird, nicht möglich (vgl. § 15 VO PG). Im Vergleich zur Änderung des Aufgabengebietes stellt der schriftliche Verweis die mildere förmliche Massnahme dar (vgl. Urteil des VG BS VD.2013.61 vom 30.4.2014 E. 2.3.4.2).

Änderung des Aufgabengebiets

Eine Änderung des Aufgabengebietes an demselben oder einem anderen Arbeitsplatz darf – nebst den weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Massnahme – nur vorgenommen werden, wenn die neue Stelle tatsächlich und unbefristet vorhanden ist. (Entscheid der PRK Fall Nr. 48 vom 27.10.2004 E. 2d). Die Änderung des Aufgabengebietes geht unter Umständen mit einer Lohnkürzung einher, da gemäss § 24 Abs. 2 bei einer Änderung des Aufgabengebietes der Lohn entsprechend dem Schwierigkeitsgrad der neuen Aufgabe ausgerichtet wird. Führt eine Änderung des Aufgabengebietes zu einer Kürzung des Lohnanspruches, ist für die Wirksamkeit der Lohnkürzung die Kündigungsfrist einzuhalten (§ 12 VO PG).

In der Praxis bereitet bisweilen die Abgrenzung zur Versetzung aus organisatorischen Gründen gemäss § 12 Abs. 3 PG Schwierigkeiten. § 12 Abs. 3 PG sieht vor, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sofern erforderlich neue Aufgaben bzw. ein der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes anderes Aufgabengebiet am selben oder an einem anderen Arbeitsort zu übernehmen haben. Ob die Zuweisung eines neuen Aufgabengebiets im Einzelfall aus organisatorischen Gründen gemäss § 12 Abs. 3 PG oder aus disziplinarischen Gründen gemäss § 24 PG erfolgt, ist insbesondere mit Bezug auf die Rechtsfolgen von Relevanz: Im Unterschied zur Versetzung gemäss § 24 behält die oder der betroffene Mitarbeitende bei

einer Versetzung aus organisatorischen Gründen gemäss § 12 Abs. 3 PG den frankenmässigen Lohnanspruch ihrer/ seiner bisherigen Einreihung und Einstufung. Die Unterscheidung ist zudem auch bezüglich der Frage der Zuständigkeit relevant – während Rekurse gegen eine Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 PG an den Regierungsrat zu richten sind, muss im Falle der Anordnung einer Änderung des Aufgabengebietes gemäss § 24 PG die Personalrekurskommission angerufen werden.

Vorsorgliche Massnahmen

Vorsorgliche Massnahmen kann die Anstellungsbehörde gemäss § 25 PG treffen, wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist. Die vorsorglichen Massnahmen dienen dabei zur Überbrückung der Zeitspanne bis zur abschliessenden Klärung der Sachlage. Die Anstellungsbehörde muss dabei lediglich glaubhaft machen, dass der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist. Glaubhaft gemacht ist die Gefährdung des geordneten Aufgabenvollzuges gemäss Rechtsprechung der Personalrekurskommission dann, wenn dafür aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht (vgl. zum Ganzen Entscheid der PRK Fall Nr. 84 vom 11.9.2008 E. 2).

In § 13 Abs. 1 lit. a–d der Verordnung zum Personalgesetz wird in einer nicht abschliessenden Aufzählung konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen von einer Gefährdung des geordneten Aufgabenvollzuges ausgegangen werden kann:

- wenn ein Verbrechen oder Vergehen in Frage steht;
- wenn zu befürchten ist, dass die Untersuchung erschwert würde;
- wenn zu befürchten ist, dass das Interesse des Dienstes geschädigt würde;
- wenn eine von sexueller Belästigung betroffene Person zu schützen ist.

Die Arten von vorsorglichen Massnahmen sind im PG nicht abschliessend geregelt: Gesetzlich vorgesehen ist die Änderung

des bisherigen Aufgabengebietes (am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz) unter Beibehaltung (!) des bisherigen Lohnanspruches sowie die Freistellung (vgl. § 25 Abs. 1 Personalgesetz).

Für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ist grundsätzlich die Anstellungsbehörde zuständig (vgl. § 25 Abs. 2 PG i.V.m. § 13 Abs. 3 VO PG). Bei unmittelbarer Gefahr für Leib, Leben oder für Sachgüter, können vorsorgliche Massnahmen durch alle Vorgesetzten angeordnet werden, wobei diese Anordnung jedoch unverzüglich der Anstellungsbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten ist (vgl. § 25 Abs. 2 PG i.V.m. § 13 Abs. 3 VO PG). Sobald der in Frage stehende Sachverhalt abschliessend geklärt ist, sind die vorsorglichen Massnahmen entweder aufzuheben oder durch eine definitive Massnahme im Sinne von § 24 PG zu ersetzen (vgl. auch § 13 Abs. 2 VO PG).

Formvorschriften und Verfahrensrechtliches

Gemäss § 11 VO PG haben sowohl definitive als auch vorsorgliche Massnahmen in Form einer Verfügung zu erfolgen, d.h., eine entsprechende Massnahme ist der oder dem betroffenen Mitarbeitenden schriftlich zu eröffnen, zu begründen und muss eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Betroffene Mitarbeitende haben zudem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs; dazu gehört namentlich das Recht auf Stellungnahme im Vorfeld der Anordnung der Massnahme, das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakten sowie das Recht, eine Vertrauensperson (bzw. eine Anwältin oder einen Anwalt) beizuziehen (vgl. § 10 Abs. 1-3 VO PG). Bei unaufschiebbaren vorsorglichen Massnahmen ist das rechtliche Gehör spätestens nach der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zu gewähren (§ 10 Abs. 4 VO PG). Verfügungen betreffend Massnahmen gemäss den §§ 24 und 25 PG können mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission und deren Entscheid beim

Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 40 Abs. 1 PG).

Personalverband und Vorstand unter Druck

geschrieben von Dr. Michael Merker | April 21, 2021

In der Gemeinde X standen Gemeindewahlen an. Im Vorfeld der Wahl hat der dem ZV angeschlossene lokale Personalverband einen Fragebogen an alle Kandidierenden versandt.

Ziel war es, gestützt auf die Antworten eine Wahlempfehlung abzugeben. Der Gemeindepräsident forderte darauf alle Kandidaten auf, die Fragen *nicht* zu beantworten. Zum Vorgehen des Personalverbands meinte er, dies sei «nicht nur völlig verfehlt, sondern geradezu eine Anmassung, die inakzeptabel» sei. Es wurden personalrechtliche Massnahmen angedroht.

Zu Unrecht!
Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen. Dieses Recht gilt auch für die in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis verpflichteten Mitarbeitenden der Kantone, Städte und Gemeinden. Die Koalitionsfreiheit ermöglicht es den Mitarbeitenden (Grundrechtsträger), ihre Kräfte zu bündeln und ihre «soziale Potenz» zu steigern.

Ein Personalverband setzt sich statutengemäss dafür ein, dass sich die Arbeitsbedingungen nicht verschlechtern, idealerweise verbessern. Über die Arbeitsbedingungen entscheiden beim öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis die gewählten Volksvertreter. Es ist somit konsequent, dass sich ein Personalverband bei Wahlen für seine Interessen und damit die Interessen seiner Mitglieder einsetzt und Wahlempfehlungen

abgibt.

Das ist auch nicht unüblich. Schweizweit werden von Personalverbänden Wahlempfehlungen abgegeben (z.B. Wahlempfehlung des Personalverbands der Stadt Bern: www.pvsb.ch/de/News/Newsmeldung?newsid=10xxxx; Wahlempfehlung der Vereinigten Personalverbände des Kantons Zürich vom 24. März 2019: https://vpv-zh.ch/news/lesen/vpv-waehlen-damit-ihr-budget-aufgeht; Wahlempfehlung des Bündner Staatspersonals: www.vbsgr.ch/wahl-der-arbeitnehmervertreter-in-die-verwaltungskommission-der-pkgr/; Wahlempfehlung Solothurner Staatspersonal: www.staatspersonal.ch/wp-content/uploads/2016/07/STPV_13_SOpersoenlich_1.pdf).

Das ist auch die Haltung von Öffentliches Personal Schweiz, allerdings mischen wir uns als Dachverband nicht in die Meinungsbildung unserer Verbände bei Wahlen ein.

Um sich im Zusammenhang mit Wahlempfehlungen ein Bild von den Kandidierenden machen zu können, muss ein Personalverband die Position der Kandidierenden kennen. Dazu kann sich eine Befragung der Kandidierenden aufdrängen. Eine solche Befragung, etwa durch das schriftliche Stellen von Fragen an Kandidierende verbunden mit der Bitte um Beantwortung, ist zulässig. Dieses Recht steht auch jedem Einzelnen und entsprechend auch einem Personalverband zu, der gerade den Zweck verfolgt, die Kräfte Einzelner zu bündeln.

Inwiefern das Vorgehen des Personalverbands, so der Arbeitgeber, «völlig verfehlt» und «inakzeptabel» sein soll, ist deshalb nicht nachvollziehbar. Ein Personalverband muss sich keine «Zurückhaltung bei politischen Themen» auferlegen.

Meinungsäusserungsfreiheit im öffentlich-

rechtlichen Anstellungsverhältnis

(Auch) im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis haben die Grundrechte und damit die Meinungsäusserungsfreiheit Geltung. Zum Schutz der freien Meinungsäusserung ist es den Angestellten des öffentlichen Dienstes unbenommen, sich im ausserdienstlichen Bereich politisch zu betätigen. Sie können auch an Diskussionen über gesellschaftspolitische Fragen teilnehmen und dabei öffentlich oder privat Kritik üben oder auch eine Minderheitsmeinung vertreten. Zum ausserdienstlichen Bereich gehören auch Tätigkeiten für Personalverbände. Es ist damit zulässig, dass sich die Mitglieder des Vorstands des Personalverbands politisch betätigen und an Kandidierende mittels Fragebogen herantreten und anschliessend Wahlempfehlungen abgeben.

Die Meinungsäusserungsfreiheit kann mit der personalrechtlichen Treuepflicht kollidieren. Die Mitarbeitenden haben, so regelmässig die Bestimmungen in den Personalreglementen, die Interessen des Arbeitsgebers zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen beeinträchtigt. Wird gegen die Treuepflicht verstossen, liegt eine Verletzung gesetzlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis vor, die gestützt auf den konkreten Einzelfall zur Kündigung berechtigen kann.

Wann ist das der Fall?

Das ist der Fall, wenn Auffassungen geäussert werden oder eine Ausdrucksweise verwendet wird, welche die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben oder das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung beeinträchtigen (BGE 120 Ia 205). Dies betrifft namentlich öffentliche Stellungnahmen zu *verwaltungsinternen* Vorgängen oder Entscheidungen. Grund hierfür: Wenn Kritik an einer Abstimmungsvorlage der Verwaltung aus der Verwaltung selbst kommt, gehen die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger davon

aus, da müsse wohl etwas dran sein, weil Interne mehr wissen. Wo die Grenzen des Erlaubten liegen, lässt sich anhand der konkreten Interessenlage im Einzelfall beurteilen. Dabei sind die Natur der ausserdienstlichen Tätigkeit sowie der Aufgabenkreis, die Stellung und Verantwortung des Angestellten zu berücksichtigen (BGE 120 Ia 205).

Im konkreten Fall der Gemeinde X wurde das *Versenden eines Fragebogens* an die Kandidierenden und die *Abgabe einer Wahlempfehlung* als Verletzung der Treuepflicht bezeichnet. Trifft dies zu?

Zum Fragebogen

Das Versenden eines Fragebogens mit dem Ziel, gestützt auf die Antworten eine Wahlempfehlung abzugeben, ist eine zulässige Tätigkeit eines Personalverbands. Unser Personalverband in der Gemeinde X durfte folglich an die Kandidierenden Fragen stellen und um Antworten bitten.

Das konkrete E-Mail, mit welchem der Fragebogen versandt wurde, war in einem freundlichen Ton abgefasst, die Motivation des Personalverbandes wurde offengelegt, und es wurde lediglich um Beantwortung der Fragen gebeten. Die Fragen selbst waren sachlich gehalten und in der Sache nachvollziehbar. Im Weiteren lässt sich dem Fragebogen keine parteipolitische Differenzierung entnehmen; das Schreiben war vielmehr parteipolitisch neutral abgefasst (so wie dies in den Statuten des Personalverbands vorgesehen ist).

Das konkrete Vorgehen des Verbands war damit weder polemisch, tendenziös noch unsachlich, sondern entsprach einem fairen und den Grundsatz von Treu und Glauben achtenden Vorgehen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch das Versenden des E-Mails mit dem Fragebogen an die Kandidierenden die Treuepflicht *gegenüber dem Arbeitgeber* überhaupt tangiert sein konnte – sofern man das Handeln des Personalverbandes als Verein überhaupt seinen einzelnen Mitgliedern anrechnen will.

Inwiefern das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung dadurch beeinträchtigt sein könnte, ist deshalb nicht nachvollziehbar. Bezeichnenderweise wurden der Text des E-Mails oder die gestellten Fragen vom Gemeindepräsidenten der Gemeinde X nicht gerügt, sondern es wurde grundsätzlich gesagt, der Personalverband dürfe nicht an die Kandidaten mit Fragen herantreten und Wahlempfehlungen abgeben. Das trifft – wie ausgeführt – aber nicht zu.

Zur Wahlempfehlung in der lokalen Zeitung

Die Abgabe einer Wahlempfehlung verbunden mit einem Inserat in der lokalen Presse ist eine Form der Meinungsäusserung, die in den Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit fällt. Darauf können sich die Mitglieder des Vorstands des Personalverbandes berufen. Die arbeitgebende Gemeinde X sieht darin eine Verletzung der Treuepflicht. Es ist zu prüfen, ob der Inhalt des Inserats geeignet ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gemeindeverwaltung bzw. die Arbeitgeberin zu beeinträchtigen.

Es wird die Wortwahl im ersten Absatz des Inserats gerügt. Dieser lautet wie folgt:

> «Mit einem mulmigen Gefühl verfolgen wir die Vorbereitungen für die Wahlen in der Gemeinde. Wir stellten fest, dass die Demokratie in der Gemeinde auf wackligen Füssen steht. Fragestellungen an Kandidatinnen und Kandidaten waren bei einigen nicht erwünscht bzw. einzelne haben ihr Missfallen klar zum Ausdruck gebracht. Es wurde mit verschiedenen E-Mails versucht, die vom Personalverband lancierte Befragung zu stoppen. Befragungen gehören zu einem normalen politischen Prozess, der in der Schweiz etabliert und von der Rechtsprechung bestätigt ist. Sollen das freie Denken, die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit einen Stellenwert haben? Wünschen wir uns für unsere Gemeinde eine Zukunft, in der die freie Meinungsäusserung und eine lebendige Demokratie Platz haben?
> Eine angstfreie und offene Gesellschaft hat die Schweiz zu dem gemacht, was sie heute ist! Dafür stehen wir ein und verteidigen diese Errungenschaften.»

Die Formulierungen in diesem Absatz sind pointiert. Sie sind aber inhaltlich nicht irreführend oder unwahr. Den Vorstandsmitgliedern wurde wegen des Versendens des Fragebogens ein personalrechtlicher Verweis in Aussicht gestellt, was die Reaktion erklärt. Es dürfte zutreffen, dass mit der Androhung personalrechtlicher Massnahmen durch den Arbeitgeber versucht wurde, die Befragung zu unterbinden. Im Inserat werden aber keine Namen genannt, und es lässt sich aus dem Text nicht ableiten, welche Personen die Befragung stoppen wollten. Ein unbefangener Leser kann keinen Rückschluss auf

die einzelnen Personen und insgesamt auch keinen Rückschluss auf die Verwaltung insgesamt bzw. die Arbeitgeberin ziehen.

Beim unbefangenen Leser entsteht – wenn überhaupt – der Eindruck, dass die Kandidierenden die Befragung unterbinden wollten. Diese repräsentieren jedoch nicht die Verwaltung und damit den Arbeitgeber. Dies gilt selbst dann, wenn einzelne Kandidaten (weil für sie eine Wiederwahl ansteht) bereits im Amt sind oder aufgrund der erfolgten Wahl ab Amtsantritt ein personalrechtliches Subordinationsverhältnis zu den Mitgliedern des Personalverbandes gelten würde. Denn die Treuepflicht gilt nicht gegenüber dem oder der Vorgesetzten, sondern dem Arbeitgeber, also der Gemeinde als Ganzes.

Das Inserat lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob die Arbeitgeberin selbst versucht hat, den Verband zu beeinflussen. Eine Kritik an der Arbeitgeberin (im konkreten Fall bezeichnet als «Vorwürfe an die amtierenden Behörden») lässt sich dem Inserat nicht entnehmen, und damit kann keine Rede davon sein, dass mit dem Inserat das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung erschüttert wurde. Weil das so ist, muss die Frage, ob es denn nicht zulässig gewesen wäre, diesen Beeinflussungsversuch offenzulegen, nicht beantwortet werden.

Im Weiteren weisen die Sachdarstellungen im Inserat keinen qualifizierten Konnex zum Anstellungsverhältnis auf. Die Darstellungen im Inserat beziehen sich nicht auf verwaltungsinterne Vorgänge oder Entscheidungen und nicht auf Erfahrungen, die aus dem Anstellungsverhältnis resultieren. Der Zusammenhang zum Anstellungsverhältnis besteht nur indirekt darin, dass die Vorstandsmitglieder des Personalverbands als Personalvertreter auch Mitarbeitende in der Verwaltung sind. Die Sachdarstellungen betreffen aber nicht das Anstellungsverhältnis, sondern die *Verbandstätigkeit*. Ein genügender Konnex zwischen den Aussagen im Inserat und dem Anstellungsverhältnis besteht damit nicht. Ohne einen solchen Zusammenhang ist die personalrechtliche

Treuepflicht von vornherein nicht betroffen.

Kritik an den «amtierenden Behörden» lässt sich dem Inserat nicht entnehmen. Der Inhalt des Inserats bezieht sich offensichtlich auf die noch nicht erfolgte Wahl und damit auf die zu wählenden Personen und nicht auf die amtierenden Behördenmitglieder.

Wahlempfehlungen von Personalverbänden sind klar zulässig, und es ist üblich, dass sich eine Wahlempfehlung für Personen mit bestimmten Eigenschaften ausspricht. Gerade die Eigenschaft der Unabhängigkeit und Ungebundenheit einer sich zur Wahl stellenden Person von anderen Steakholdern ist dabei ein zulässiges Argument. Eine derartige, zulässige Wahlempfehlung stellt denn bloss, aber immerhin den Appell dar, bestimmte Personen zu wählen, aber keine Kritik an amtierenden Behördenvertretern.

Fazit

Insgesamt war sowohl das Versenden des Fragebogens als auch das Inserat betreffend Wahlempfehlung *bundesverfassungsrechtlich* von der *Koalitionsfreiheit* und auch der *Meinungsäusserungsfreiheit* gedeckt.

Eine negative personalrechtliche Massnahme gegen die Vorstandsmitglieder unseres Personalverbandes würde die Koalitions- oder Meinungsäusserungsfreiheit tangieren und ist folglich nur zulässig, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage zur Beschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Rechte bestünde. Eine solche liegt mit der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber, aber nicht mit dem Passus des «unbefriedigenden Verhaltens» im Sinn des Personalreglements vor.

Die Treuepflicht wurde nicht verletzt. Weder im Fragebogen noch im Inserat wurden Auffassungen geäussert oder Ausdrucksweisen verwendet, welche die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben oder das Vertrauen der Öffentlichkeit in

die Verwaltung beeinträchtigen könnten. Eine Missachtung der Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist zu verneinen. Eine personalrechtliche Massnahme – etwa eine Kündigung – könnte unter keinem Titel gerechtfertigt werden – auch kein Verweis. Kündigung und Verweis wären mit Blick auf die *Koalitionsfreiheit* als auch die *Meinungsäusserungsfreiheit* verfassungswidrig.

Unsere (vor allem kleineren) Verbände sind in der Regel zurückhaltend bei der Formulierung von Wahlempfehlungen. Das müssen sie nicht. Sie sind berechtigt, ihre Anliegen auch auf diesem Weg zu vertreten.

Angehörigenbetreuung und Betreuungsurlaub für Kinder

geschrieben von Lea Sturm | April 21, 2021

Bislang hatten Arbeitnehmende Anspruch auf einen Urlaub von bis zu drei Tagen für die Betreuung kranker Kinder sowie einen zeitlich begrenzten Lohnfortzahlungsanspruch für die Betreuung und Pflege eigener Kinder, des Ehe- oder eingetragenen Partners.

Kein solcher Anspruch bestand für die Betreuung von anderen verwandten Personen wie Eltern oder Geschwister und auch nicht für andere nahestehende Personen, beispielsweise den Lebenspartner. Auch bestand kein Anspruch auf Erwerbsersatz bei längeren Abwesenheiten des Arbeitnehmenden aufgrund eines Betreuungs- oder Pflegefalls. Dies ändert nun mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung.

Am 20. Dezember 2019 nahm das Parlament in seiner

Schlussabstimmung das neue Gesetz über die Verbesserung von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung an; das Referendum wurde nicht ergriffen. Das Gesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung wird in zwei Etappen in Kraft gesetzt: Seit dem 1. Januar 2021 gelten die Regelungen betreffend Lohnfortzahlungspflicht bei kurzen Arbeitsabwesenheiten von Angehörigen. In einer zweiten Etappe wird ein 14-wöchiger Urlaub für die Betreuung von schwerkranken oder verunfallten Kindern eingeführt. Die dafür relevanten Bestimmungen treten am 1. Juli 2021 in Kraft.

1. Etappe: Bezahlte Kurzurlaube zur Angehörigenbetreuung

Seit dem 1. Januar 2021 haben Arbeitnehmende nicht nur für die Betreuung von Kindern einen Anspruch auf Freistellung und Lohnfortzahlung von bis zu drei Tagen, sondern auch für die Betreuung von Familienmitgliedern oder des Lebenspartners bzw. der Lebenspartnerin (Art. 329g des Obligationenrechts und Art. 36 Abs. 3 des Arbeitsgesetzes).

Als *Familienmitglieder* gelten Verwandte in auf- und absteigender Linie, neben den Kindern also auch die Eltern, Grosseltern und Geschwister. Hinzu kommen die Ehegattin oder der Ehegatte und die Schwiegereltern sowie die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner, sofern die oder der mit dem Arbeitnehmenden seit mindestens fünf Jahren in einem gemeinsamen Haushalt wohnt.

Für den bezahlten Betreuungsurlaub wird ferner vorausgesetzt, dass das Familienmitglied oder der Lebenspartner bzw. die Lebenspartnerin durch Krankheit, Unfall oder eine Behinderung beeinträchtigt ist. Der Nachweis der *Beeinträchtigung* ist mittels eines Arztzeugnisses zu belegen.

Die vorausgesetzte *Notwendigkeit* der Betreuung hängt einerseits vom Betreuungsbedarf (Art der Beeinträchtigung, Alter des Kindes etc.), aber auch davon ab, ob allenfalls

andere Personen die Betreuung in zumutbarer Weise übernehmen können. Das können auch Personen ausserhalb des Haushaltes sein, die jedoch in der Nähe wohnen.

Die *Dauer* des Kurzurlaubs ist auf die erforderliche Dauer, höchstens aber auf drei Tage pro Ereignis, begrenzt. Als ein Ereignis gilt eine einzelne, spezifische Beeinträchtigung. Der Kurzurlaub kann also höchstens einmal mit einer maximalen Dauer von drei Tagen pro Ereignis beansprucht werden. Dies auch dann, wenn es sich um eine Langzeitbeeinträchtigung handelt, die länger andauert oder immer wieder auftritt. Bei mehreren Ereignissen gilt ferner eine jährliche Obergrenze von zehn Tagen, unabhängig davon, ob es dabei immer um die Betreuung derselben Person oder von unterschiedlichen Personen geht. Von dieser zehntägigen Obergrenze ausgenommen ist die Betreuung von beeinträchtigten Kindern.

2. Etappe: Betreuungsurlaub und Betreuungsentschädigung bei gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindern

Anspruchsvoraussetzungen
Künftig, d.h. ab dem 1. Juli 2021, wird erwerbstätigen Eltern ein Urlaub von bis zu 14 Wochen zur Betreuung ihres wegen Krankheit, Unfall oder einer Behinderung *schwer beeinträchtigten* minderjährigen Kindes gewährt.

Der Anspruch auf Betreuungsurlaub setzt voraus:

- dass ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht;
- dass beim Kind eine schwere gesundheitliche Beeinträchtigung vorliegt;
- dass die Eltern berufstätig sind und
- dass die Erwerbstätigkeit zur Kindesbetreuung unterbrochen wird.

Das Kindesverhältnis zur Mutter entsteht durch Geburt, beim Vater durch die Ehe, Vaterschaftsanerkennung oder durch gerichtliche Feststellung. Ferner begründet auch die Adoption ein Kindesverhältnis. Nicht massgeblich ist der Zivilstand der Eltern. Anspruchsberechtigt sind die Eltern ferner nur dann, wenn das Kind minderjährig ist.

Die Beeinträchtigung des Kindes muss *schwer* sein. Nach der gesetzlich normierten Definition liegt eine schwere Beeinträchtigung vor, wenn:

- eine einschneidende Veränderung des körperlichen oder psychischen Zustands des Kindes eingetreten ist;
- der Verlauf oder der Ausgang dieser Veränderung schwer vorhersehbar ist oder mit einer bleibenden oder zunehmenden Beeinträchtigung oder dem Tod zu rechnen ist und
- ein erhöhter Bedarf an Betreuung durch die Eltern besteht.

Demgegenüber liegt eine mittlere – und damit nicht anspruchsbegründende – Beeinträchtigung beispielsweise dann vor, wenn die Krankheit oder der Unfall des Kindes zwar einen Spitalaufenthalt oder regelmässige Arztbesuche bedingt und auch den Alltag erschwert, im Unterschied zur schweren Beeinträchtigung aber mit einem positiven Ausgang zu rechnen ist (Diabetes, Lungenentzündung, Knochenbrüche etc.).

Letztlich setzt der Anspruch auf einen Betreuungsurlaub voraus, dass mindestens eines der Elternteile erwerbstätig ist (Arbeitnehmer, Selbstständigerwerbender oder Mitarbeiter mit Barlohn im Betrieb der Ehefrau oder des Ehemannes) und die Erwerbstätigkeit zur Betreuung des Kindes unterbrochen werden muss. Die Notwendigkeit der Pflege durch mindestens einen Elternteil ist mittels Arztzeugnis zu bestätigen.

Kein Anspruch auf eine Betreuungsentschädigung besteht dann, wenn das Kind mit einer schweren Beeinträchtigung geboren

wird. In diesen Fällen besteht Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung. Ein Anspruch auf Betreuungsentschädigung greift allenfalls im Anschluss an die Mutterschaftsentschädigung, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Dauer des Betreuungsurlaubs und finanzielle Entschädigung

Für den entschädigten Bezug des Betreuungsurlaubs gilt eine Rahmenfrist von 18 Monaten, welche nicht mit dem Eintritt der schweren gesundheitlichen Beeinträchtigung zu laufen beginnt, sondern an dem Tag, für welchen das erste Taggeld bezogen wird. Innerhalb der 18-monatigen Rahmenfrist kann der Betreuungsurlaub am Stück oder tageweise bezogen werden. Sind beide Elternteile erwerbstätig, hat jeder einen Anspruch auf je maximal sieben Wochen Betreuungsurlaub, sofern sie sich nicht auf eine davon abweichende Aufteilung einigen. Eine geänderte Aufteilung muss vom Arbeitgeber nicht genehmigt werden, muss darüber aber informiert werden.

Wie beim Mutterschutz erfolgt die Betreuungsentschädigung in Form von Taggeldern. Da auch an freien Tagen (beispielsweise Samstage und Sonntage) ein Entschädigungsanspruch besteht, hat eine anspruchsberechtigte Person Anspruch auf maximal 98 Taggelder, aber nur auf 70 Urlaubstage. Das Taggeld entspricht 80% des durchschnittlichen Einkommens und ist auf Fr. 196.00 pro Tag begrenzt.

Sind die Taggelder ausgeschöpft oder ist die Rahmenfrist von 18 Monaten abgelaufen, endet der Anspruch. Ausserdem endet er auch dann, wenn eine der übrigen Voraussetzungen entfällt; zum Beispiel, wenn das Kind gesundheitlich nicht mehr schwer beeinträchtigt ist. Kein Beendigungsgrund liegt vor, wenn das Kind während der laufenden Rahmenfrist volljährig wird.

Exkurs: Vaterschaftsurlaub und Vaterschaftsentschädigung

Ebenfalls seit dem 1. Januar 2021 haben die meisten Väter einen Anspruch auf einen zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub, wenn ihr Kind nach dem 31. Dezember 2020 zur Welt gekommen ist. Vorausgesetzt wird, dass der Vater in den neun Monaten vor der Geburt obligatorisch bei der AHV versichert und in dieser Zeit während mindestens fünf Monaten erwerbstätig war. Kein Anspruch besteht bei einer Adoption.

Der Vaterschaftsurlaub kann innert einer Rahmenfrist von sechs Monaten, welche mit der Geburt zu laufen beginnt, tage- oder wochenweise bezogen werden; der Bezug darf zu keiner Ferienkürzung führen. Entschädigt wird der Vaterschaftsurlaub über die Erwerbsersatzordnung. Das Taggeld beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens vor dem Beginn des Entschädigungsanspruches und beträgt analog zur Mutterschaftsentschädigung maximal Fr. 196.00 pro Tag.

Causa «Ritzmann» – Keine Praxisänderung

geschrieben von Lea Sturm | April 21, 2021

Die Kündigung ist doch nicht nichtig. Dem Unrechtsgehalt einer Kündigung kommt keine erhöhte Bedeutung zu.

Das Bundesgericht heisst die von der Universität Zürich gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich erhobene Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Nachdem im September 2012 kritische Berichterstattungen über

den damaligen Kurator des medizinhistorischen Museums der Universität Zürich, Christoph Mörgeli, in einer Tageszeitung erfolgten, erhob die Staatsanwaltschaft mit dem Verdacht auf Amtsgeheimnisverletzung Beweismittel gegen die damalige Mitarbeiterin des medizinhistorischen Instituts, Iris Ritzmann. Sie wurde in der Folge vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung freigesprochen.

Im Verfahren gegen die im Zusammenhang mit dieser sogenannten «Affäre Mörgeli» bereits im Jahr 2013 ausgesprochenen Kündigung von Iris Ritzmann kam das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 14. November 2019 zum Schluss, dass die Kündigung nichtig sei und insofern nach wie vor ein ungekündigtes Anstellungsverhältnis bestehe.

Die Universität Zürich zog das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich mit Beschwerde ans Bundesgericht weiter (wir berichteten: Ausgabe Januar/Februar 2020).

Urteil des Bundesgerichts

Gemäss der Medienmitteilung des Bundesgerichts wurde die Beschwerde der Universität Zürich von der Ersten sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts an der öffentlichen Beratung am 3. November 2020 in Luzern nun teilweise gutgeheissen und die Angelegenheit zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen.

Vom Bundesgericht nicht beanstandet wurde, dass das Verwaltungsgericht auch im personalrechtlichen Verfahren von der Unverwertbarkeit der im Strafverfahren erhobenen Beweismittel ausgegangen ist und die Kündigung als missbräuchlich beurteilte.

Indes habe das Verwaltungsgericht insofern willkürlich entschieden, als es auf Nichtigkeit der Entlassung geschlossen habe. Vielmehr hätte es die Kündigung nur als unrechtmässig

erachten und der Betroffenen dafür eine entsprechende Entschädigung zusprechen dürfen. Mangelhafte Verfügungen – wie diejenige zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses – seien in der Regel nicht nichtig. Das Zürcher Personalgesetz kenne keine Nichtigkeit, d. h. keine absolute Unwirksamkeit von Verfügungen. Die Hürde zur Annahme der Nichtigkeit einer Entlassung müsse deshalb – so das Bundesgericht – hoch angesetzt werden.

Im vorliegenden Fall sei für das Bundesgericht nicht erkennbar, inwiefern die vom Verwaltungsgericht zur Beurteilung der Nichtigkeit zu Recht herangezogenen Kriterien der Evidenztheorie erfüllt sein sollen. Indem das Verwaltungsgericht ohne beziehungsweise mit einer anderen Begründung auf Nichtigkeit geschlossen habe, sei es in Willkür verfallen.

Anmerkungen

Eine ausschliesslich auf unrechtmässig erlangte Beweismittel abgestützte Kündigung stellt auch für das Bundesgericht eine mangelhafte Verfügung dar. Der Bedeutung, welche das Verwaltungsgericht dem Unrechtsgehalt zumass, konnte die Mehrheit der Bundesrichter jedoch nicht folgen: Mangelhafte Verfügungen seien grundsätzlich nicht nichtig. Auch das Zürcher Personalgesetz sehe in solchen Fällen keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vor. Die Hürden für die Annahme, dass eine mangelhafte Kündigung entgegen dem gesetzgeberischen Willen nichtig ist, bleiben damit weiterhin hoch.

Nur dann, wenn der Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird, ist eine mangelhafte Kündigung auch nichtig und wird damit quasi als inexistent betrachtet.

Damit bestätigt das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung, dass ungerechtfertigte Kündigungen in der

Regel zu Entschädigungsansprüchen, nicht aber zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch führen. Dem Unrechtsgehalt einer missbräuchlichen Kündigung wird somit auch künftig keine erhöhte Bedeutung zukommen. Das Verwaltungsgericht wird nun über die Entschädigungshöhe und über eine allfällige Abfindung zu befinden haben.

Überbrückungsrente

geschrieben von Lea Sturm | April 21, 2021

Am 19. Juni 2020 verabschiedete das Parlament ein neues Gesetz, um die soziale Sicherheit älterer Arbeitslosen zu verbessern. Mit 48 400 Unterschriften, die bis zum Ende der Referendumsfrist am 8. Oktober 2020 zusammenkamen, wurden die für das Referendum nötigen 50 000 gültigen Unterschriften knapp verfehlt. Gemäss dem neuen Gesetz sollen arbeitslose Personen, die nach dem 60. Altersjahr von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert werden, bis zum Bezug der Altersrente unter bestimmten Voraussetzungen Überbrückungsleistungen erhalten.

Der Verlust der Arbeitsstelle ist für alle Betroffenen schwierig. Für jüngere Erwerbslose ist es in der Regel aber einfacher, sich wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Laut einem Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco) dauert die Stellensuche von über 50-Jährigen 1,5 Mal länger als die gesamtschweizerische Durchschnittsdauer und mehr als doppelt so lange wie diejenige der 15 bis 24-jährigen Stellensuchenden. Insbesondere Erwerbslose über dem 55. Altersjahr sind sodann einem hohen Langzeitarbeitslosenrisiko ausgesetzt.

Trotz des gesetzlich verankerten speziellen Entschädigungs-

/Taggeldsystems, welches ihnen bei einer Beitragszeit von mindestens 22 Monaten einen Anspruch auf maximal 520 Taggelder gewährt, droht bei älteren Arbeitslosen vermehrt die Gefahr einer Negativspirale.

Erlischt der Anspruch auf die Arbeitslosenentschädigung, müssen die Betroffenen auf ihr Vermögen und auf ihr Altersguthaben zurückgreifen. Nicht selten müssen sie letztlich Sozialhilfeleistungen beziehen. Dies führt letztlich dazu, dass die Altersleistungen bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters stark reduziert werden. Um dies zu verhindern, stellte der Bundesrat im Mai 2019 mehrere Massnahmen vor, die im Rahmen der Arbeitslosenversicherung umgesetzt werden sollen. Dazu gehören insbesondere:

- kostenlose Standortbestimmung, Potenzialanalyse und Laufbahnberatung für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über 40 Jahren;
- Anrechnung von Aus- und Weiterbildungen;
- Impulsprogramm für schwer vermittelbare Stellensuchende (z. B. Coaching, Mentoring, Beratung);
- Zugang zu Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen für über 60-jährige ausgesteuerte Erwerbslose.

Gegenstand des neuen Bundesgesetzes über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) ist die Deckung des Existenzbedarfes von Arbeitslosen, die trotz aller Massnahmen und aller Bemühungen um Wiedereingliederung in die Arbeitswelt keine neue Arbeitsstelle finden und nach Erreichung des 60. Altersjahres aus der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert werden.

Voraussetzungen für Überbrückungsleistungen

Überbrückungsleistungen stehen nur Personen zu, deren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung nach Vollendung des 60. Altersjahres erlischt. Darüber hinaus müssen zur

Anspruchsberechtigung folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die anspruchsberechtigte Person muss mindestens 20 Jahre mit einem jährlichen Erwerbeinkommen in der Höhe der BVG-Eintrittsschwelle (Betrag 2020: Fr. 21 330.00) versichert gewesen sein; mindestens fünf der insgesamt 20 Beitragsjahre müssen nach dem 50. Altersjahr liegen;
- Die berechtigte Person darf nicht bereits einen Anspruch auf eine Altersrente der AHV oder eine Invalidenrente der IV haben;
- Das Reinvermögen darf bei Alleinstehenden nicht mehr als Fr. 50’000 und bei Ehepaaren nicht mehr als Fr. 100’000 betragen; der Ertrag aus Wohneigentum wird dem Einkommen angerechnet; nicht berücksichtigt wird hingegen der Wert von selbstbewohntem Wohneigentum;
- Zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Überbrückungsleistungen muss die berechtigte Person ihren Wohnsitz zwingend in der Schweiz haben.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, werden die Überbrückungsleistungen grundsätzlich bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters ausgerichtet. Wird die Altersrente vorbezogen und ist zu diesem Zeitpunkt bereits absehbar, dass ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen zur ordentlichen Altersrente besteht, endet die Berechtigung auf Bezug von Überbrückungsleistungen.

Höhe der Überbrückungsleistungen

Die Höhe der Überbrückungsleistungen entspricht der Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen. Die Berechnung entspricht damit grundsätzlich derjenigen für die Ergänzungsleistungen, unterscheidet sich davon aber in zwei Punkten:

- Die Pauschale für den allgemeinen Lebensbedarf ist bei der Überbrückungsleistung 25% höher als bei den Ergänzungsleistungen; damit werden insbesondere die

Krankheits- und Behinderungskosten abgegolten;

- Die Überbrückungsleistung ist nach oben begrenzt; Mit Fr. 43 762 pro Jahr für Alleinstehende und Fr. 65 644 pro Jahr für Ehepaare beträgt die Obergrenze den 2,25-fachen Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf der Ergänzungsleistungen.



Ausblick

Rund 2 600 Personen werden jährlich im Alter von 60 Jahren ausgesteuert. Das Bundesamt für Sozialversicherungen geht davon aus, dass sich die Anzahl Anspruchsberechtigter nach einer Einführungsphase auf durchschnittlich rund 4 400 Personen pro Jahr einpendelt.

Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes sollen sowohl dessen finanzielle Auswirkungen sowie dessen Effekt auf die Arbeitslosigkeit und die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen evaluiert werden. Über Umsetzung und Wirkung des Gesetzes hat der Bundesrat dem Parlament Bericht zu erstatten und aufgrund der in den fünf Jahren gesammelten Erfahrungen Anpassungen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe vorzubringen, sofern es der Zweck des

Gesetzes, nämlich die soziale Absicherung älterer Ausgesteuerter zu verbessern, erfordert.

Arbeiten auf Bewährung

geschrieben von Lea Sturm | April 21, 2021

Will eine Arbeitgeberin einem Mitarbeitenden wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhalten kündigen, entspricht es der Eigenart des öffentlichen Personalrechts, dass dem Arbeitnehmenden vorab die Möglichkeit einzuräumen ist, sich zu verbessern. Dazu ist ihm eine angemessene Bewährungsfrist anzusetzen. Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist oder der vorzeitige Abbruch einer laufenden Frist ist nur ausnahmsweise möglich.

Das Gemeinwesen muss sich stets nach den im öffentlichen Recht geltenden Grundsätzen verhalten, auch dann, wenn eine Kündigung ausgesprochen werden soll. Im Unterschied zu den privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen, wo eine Kündigung lediglich nicht missbräuchlich im Sinne des Obligationenrechts sein darf, muss bei einer Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnisses zusätzlich ein sachlicher Kündigungsgrund vorliegen. Das Erfordernis des sachlichen Kündigungsgrundes ergibt sich sowohl aus dem Willkürverbot als auch aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit sowie aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und wird auch als Konkretisierung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber ihren Mitarbeitenden verstanden (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00174 vom 22. Oktober 2014, E. 4.3).

Ein sachlicher Kündigungsgrund muss also auch dann vorliegen, wenn ein solcher nicht in der kantonalen oder kommunalen

Gesetzgebung normiert ist. In den meisten Personalgesetzen wird die Voraussetzung des sachlichen Kündigungsgrunds jedoch explizit genannt (beispielsweise in § 18 Abs. 2 des Personalgesetzes des Kantons Zürich oder § 19 Abs. 3 lit. c und d des Personalgesetzes Basel-Landschaft i.V. m. § 15 Abs. 1 der Personalverordnung Basel-Landschaft).

Nebst wirtschaftlichen oder betriebsorganisatorischen Gründen stellen namentlich auch mangelnde Leistungen oder das unbefriedigende Verhalten eines Arbeitnehmenden einen sachlichen Kündigungsgrund dar. Soll einem Arbeitnehmenden aus einem der beiden letztgenannten Gründe gekündigt werden, ist ihm die Kündigungsabsicht in einem ersten Schritt im Rahmen einer (ausserordentlichen) Mitarbeiterbeurteilung oder Mahnung zu eröffnen und ihm schriftlich eine angemessene Bewährungsfrist anzusetzen (Urteil des Bundesgerichts 8C_500/2013 vom 15. Januar 2014, E. 7.5).

Die Bewährungsfrist bezweckt, dem Betroffenen die Möglichkeit zu bieten, die ihm vorgehaltenen Leistungs- oder Verhaltensdefizite zu beheben. Spätestens nach Ablauf der angesetzten Bewährungsfrist ist erneut eine Mitarbeiterbeurteilung vorzunehmen, welche dazu dient, festzustellen, ob das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden soll oder nicht.

Dauer der Bewährungsfrist

Sinn und Zweck der Bewährungsfrist liegt darin zu eruieren, ob sich die bemängelte Leistung oder das bemängelte Verhalten weiterhin manifestiert oder nicht. Gleichzeitig wird dem Betroffenen die Möglichkeit gewährt, Verfehlungen wieder gut zu machen. Dafür ist ihm ausreichend Zeit einzuräumen. Was als ausreichende Dauer gilt, ist im Einzelfall festzulegen. Eine Dauer von einem Monat ist in der Regel zu kurz, um eine aussagekräftige Überprüfung der beanstandeten Leistung oder des beanstandeten Verhaltens vorzunehmen.

Für die Festlegung der Dauer kommt es u. a. darauf an, welche Leistungen in Frage stehen. Wird beispielsweise eine Arbeitsleistung moniert, die lediglich quartalsweise anfällt, muss die Frist so angesetzt werden, dass der Betroffene tatsächlich die Möglichkeit erhält, sich zu beweisen bzw. sein Verhalten oder seine Leistung zu verbessern. Dies ist sicher dann nicht der Fall, wenn die massgebliche Arbeit innerhalb der angesetzten Bewährungsfrist gar nicht anfällt. Ferner spielt es auch eine Rolle, ob das bemängelte Verhalten oder die bemängelte Leistung schon mehrmals abgemahnt wurde. Je früher und je öfter eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Verhalten bereits abgemahnt wurde und die Abmahnungen auch belegt sind, desto kürzer darf die anzusetzende Frist ausfallen (immer unter der Voraussetzung, sie erlaubt es dem Mitarbeitenden, sich auch tatsächlich zu bewähren).

Letztlich spielt es auch eine Rolle, welche Leistung oder was für ein Verhalten gerügt wird. Je wichtiger die Beseitigung eines bestimmten Missstandes ist, desto kürzer darf die Frist ausfallen.

Seitens der Arbeitgeberin sollte bezüglich der Ansetzung der Bewährungsfrist auch nicht aus-ser Acht gelassen werden, dass das Arbeiten auf Bewährung für den Betroffenen einen enormen Druck auslöst und oft als schikanös empfunden wird. Bei langen Bewährungsfristen sind daher Zwischenbeurteilungen vorzunehmen, und über ein Jahr hinausgehende Fristen sind nach Möglichkeit zu vermeiden. In der Praxis werden in der Regel Bewährungsfristen zwischen zwei und sechs Monaten angesetzt.

Verkürzung und Verzicht

Eine Bewährungsfrist stellt oft nicht nur für den Arbeitnehmenden, sondern auch für die Arbeitgeberin eine schwierige Situation dar. Insbesondere dann, wenn schon länger Abmahnungsgründe bestehen, mit einem entsprechenden Mitarbeitergespräch aber zugewartet wird.

Nicht selten werden seitens der Arbeitgeberin Mängel in der Arbeitsleistung oder im Verhalten zwar festgestellt, aber keine Mahnung ausgesprochen. Die Gründe dafür sind vielfältig.

Oft tritt eine mangelhafte Leistung oder ein mangelhaftes Verhalten nicht durchgehend auf, so dass das unangenehme Mitarbeitergespräch und die damit verbundene Abmahnung immer wieder verschoben wird, wenn sich (kurzfristige) Leistungs- oder Verhaltensbesserungen abzeichnen. Fällt dann der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt, fühlt sich der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin vor den Kopf gestossen, wenn er oder sie sich mit einer Fülle von Einzelvorkommnissen konfrontiert sieht, die allenfalls schon Monate und/oder Jahre zurückliegen und die für ihn oder sie bereits abgeschlossen sind. Auf der anderen Seite ist das Vertrauen der Arbeitgeberin gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter oder der betroffenen Mitarbeiterin meist schon stark angeschlagen, und es stellt sich ihr bisweilen die Frage, ob die Bewährungsfrist ihren Zweck überhaupt noch erfüllen kann oder ob darauf verzichtet werden kann, wenn die Kündigungsabsicht bereits feststeht.

Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist ist nur möglich, wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung erfüllt sind oder wenn aufgrund der konkreten Umstände feststeht, dass eine Bewährungsfrist ihren Zweck nicht erfüllen kann. Beispielsweise wenn davon ausgegangen werden muss, dass der Arbeitnehmende auch mit angemessenen Förderungsmassnahmen nicht in der Lage sein wird, die bemängelte Leistung während der Bewährungsfrist zu verbessern, oder wenn der Arbeitnehmende nicht gewillt ist, sein bemängeltes Verhalten zu ändern.

Sind die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nicht erfüllt, soll aber eine ordentliche Kündigung unter Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist ausgesprochen werden, müssen nicht nur die beanstandeten Verfehlungen dokumentiert sein. Wird geltend gemacht, auf die Bewährungsfrist könne

abgesehen werden, da sie ihren Sinn nicht erfüllen wird, hat die Arbeitgeberin aufzuzeigen, dass sie die bemängelte Leistung oder das bemängelte Verhalten bereits abgemahnt hat, sich in der Folge jedoch keine oder jeweils nur kurzzeitige Verbesserungen in der bemängelten Leistung bzw. des Verhaltens zeigten. Nur dann, wenn sich im Sinne eines Gesamtbilds aufzeigen lässt, dass die Leistung und/oder das Verhalten eines Mitarbeiters oder einer Mitarbeiterin sich trotz angebrachter Kritik über einen langen Zeitraum hinwegzog oder der
Arbeitnehmende seinen Unwillen zur Verbesserung ausdrücklich bekundet, darf ausnahmsweise eine ordentliche Kündigung ohne vorgängige Ansetzung einer Bewährungsfrist ausgesprochen werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich PB.2009.00033).

Regelmässig fehlt es aber gerade an einer ausreichenden vorgängigen Kritik. Nicht ausreichend ist, dass die Mängel schon mal thematisiert wurden. Vielmehr muss die Kritik deutlich angebracht und die möglichen Folgen bei ausbleibender Verbesserung aufgezeigt werden.

In der Rechtspraxis stellt sich auch immer die Frage, ob eine laufende Bewährungsfrist allenfalls abgebrochen werden kann. Auch eine Verkürzung einer laufenden Bewährungsfrist ist davon abhängig, ob deren Zweck erfüllt werden kann oder nicht. Erfolgen beispielsweise bereits nach Ansetzung einer Bewährungsfrist wieder Verstösse der bemängelten Art, kann es unter Umständen zulässig sein, die Bewährungsfrist vor Ablauf der angesetzten Dauer für beendet zu erklären. So erachtete das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem neueren Entscheid den vorzeitigen Abbruch einer Bewährungsfrist durch eine Gemeindepolizei als zulässig, da der betroffene Mitarbeiter auch nach Ansetzung der First gegen die klaren Bewährungsvorgaben verstiess und weiterhin während seiner Arbeitszeit Tätigkeiten für sein privates Unternehmen erledigte. Damit war für das Verwaltungsgericht klar, dass der

Betroffene nicht willens war, sich künftig an die sich aus seiner Tätigkeit und dem konkreten Anstellungsverhältnis ergebenden Pflichten und Weisungen zu halten, und stützte den Entscheid der Gemeindepolizei, die Bewährungsfrist vorzeitig abzubrechen und die ordentliche Kündigung auszusprechen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2018.00642 vom 3. April 2019).

Fazit

Wird eine Kündigung eines Arbeitnehmenden aufgrund eines mangelhaften Verhaltens oder einer mangelhaften Leistung ins Auge gefasst, ist dem Arbeitnehmenden das Fehlverhalten grundsätzlich vorgängig im Rahmen einer (aus-serordentlichen) Mitarbeiterbeurteilung zur Kenntnis zu bringen und ihm eine angemessene Bewährungsfrist unter konkreten Bewährungsvorgaben anzusetzen. Nach Überprüfung der beanstandeten Mängel bzw. nach Ablauf der Bewährungsfrist ist erneut eine (ausserordentliche) Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen, an der über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu befinden ist. Konnte keine abschliessende Überprüfung vorgenommen werden, beispielsweise aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheit oder anderer Umstände, ist dem Arbeitnehmenden eine weitere, allenfalls kürzere, Bewährungsfrist anzusetzen.

Ein Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist oder ein frühzeitiger Abbruch einer laufenden Frist setzt voraus, dass die Bewährungsfrist aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall ihren Zweck nicht erfüllen kann oder wenn der Arbeitnehmende nicht gewillt ist, sein bemängeltes Verhalten zu ändern, und dies auch kundtut. Sowohl der Verzicht als auch der Abbruch haben Ausnahmecharakter. In der Praxis werden strenge Anforderungen an deren Voraussetzungen gestellt. Fehlt es an einem Nachweis, dass die vorangegangene Kritik in der erforderlichen Deutlichkeit erfolgt ist, kann sich die Arbeitgeberin jedenfalls nicht auf den Standpunkt stellen, es sei keine Verbesserung zu erwarten. In der Regel wird die

Arbeitgeberin daher eine Bewährungsfrist ansetzen müssen.

«Der tut nix!»

geschrieben von Lea Sturm | April 21, 2021

Beamtenwitze halten sich hartnäckig, und selten wird der Ausdruck «Beamte» mit Tugenden wie Fleiss, Ausdauer oder Disziplin gleichgesetzt. Dies sicher zu Unrecht. Erstaunlich ist die Hartnäckigkeit der Vorurteile gegenüber Staatsangestellten aber insbesondere deswegen, weil es «die Beamten» in der Schweiz schon seit dem Jahr 2002 nicht mehr gibt. Mit Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes am 1. Januar 2002 wurde die Wahl auf Amtsdauer durch eine kündbare öffentlich-rechtliche Anstellung ersetzt: Aus Beamten wurden Angestellte.

Im 19. Jahrhundert waren die Rechte und Pflichten von Staatsangestellten sehr lückenhaft in einzelnen Verordnungen geregelt. Eine einheitliche Ordnung wurde immer mehr zum Anliegen, welchem mit dem am 30. Juni 1927 vom Parlament verabschiedeten Beamtengesetz nachgekommen wurde. In der Botschaft hiess es dazu: «Das Volk wünscht Ordnung und Sicherheit; diesem Zwecke dient die Staatsverwaltung. Um ihre Beständigkeit zu sichern, vertraut es die Verwaltung nicht einer privatwirtschaftlichen Unternehmung, sondern Beamten an.»

Das Beamtengesetz regelte das Dienstverhältnis der Bundesbeamten und bildete das Gegenstück zum privaten Arbeitsvertrag gemäss dem Obligationenrecht (OR). Nicht alle in der Verwaltung Beschäftigten waren Beamte, massgebend war ein Ämterverzeichnis. Sodann wurden Beamte – anders als in Deutschland und in Österreich – nicht auf Lebenszeit in ein

Amt ernannt bzw. berufen. Vielmehr wurde der Begriff des «Beamten» schon damals für einen auf eine bestimmte Zeitdauer gewählten Amtsinhaber verwendet.

Das heisst, die Beamten wurden schon damals nicht auf Lebzeiten, sondern nur für eine bestimmte Amtszeit gewählt. Eine Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Wahlbehörde vor Ablauf der drei- oder vierjährigen Amtszeit kam jedoch nur aus wichtigen Gründen in Frage. Solche Gründe waren namentlich Dienstuntauglichkeit, Konkurs oder bei den weiblichen Beamtinnen deren «Verehelichung».

Über 65 Jahre und 20 Revisionen des Beamtengesetzes später wurde die Personalpolitik des Bundes Ende der 90er-Jahre zum Politikum, nachdem der Bericht der Geschäftsprüfungskommission vom Februar 1998 das Fehlen einer einheitlichen Personalpolitik und unklare Kompetenzen bemängelte. Im Dezember 1998 lag der Entwurf zum Bundespersonalgesetz vor. Zentraler Bestandteil des im März 2000 verabschiedeten Gesetzes war die Abschaffung des Beamtenstatus. Die Wahl für eine Amtsdauer wurde durch eine öffentlich-rechtliche Anstellung ersetzt.

Mit der Abschaffung des Beamtenstatus wurden flexiblere Arbeitsverhältnisse geschaffen. Neu war insbesondere, dass die ehemaligen Beamten nun auch kündbar wurden. Nicht nur bei Vorliegen von «wichtigen Gründen», sondern auch aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen sowie wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhalten.

Der bedeutendste Unterschied zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Anstellung liegt seit dem Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes vom 1. Januar 2002 im Kündigungsschutz. Der zeitliche Kündigungsschutz bereitet bezüglich der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung kaum Probleme. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sieht das Obligationenrecht (OR) gewisse Sperrfristen vor, in denen

nicht gekündigt werden darf und deren Nichteinhaltung zur Nichtigkeit der Kündigung führt.

Auch bei den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen ist ein zeitlicher Kündigungsschutz vorgesehen, indem die Dienstordnung entweder direkt auf die Bestimmungen des OR verweist oder selber entsprechende Sperrfristen vorsieht. Während in den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in sachlicher Hinsicht jedoch der Grundsatz der Kündigungsfreiheit gilt, eine Kündigung also ohne Anführung eines speziellen Grundes ausgesprochen werden kann, darf einem Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt.

Ein solcher ist namentlich in einer mangelhaften Arbeitsleistung zu erblicken oder bei fehlendem Bedarf vorliegend. Sodann kann eine Kündigung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses formfrei erfolgen, während es im öffentlichen Recht für die Gültigkeit der Kündigung meist der Schriftform sowie einer vorgängigen Mahnung und einer Bewährungsfrist bedarf. Der Grund für diesen unterschiedlich ausgestalteten Kündigungsschutz liegt darin, dass sich die Parteien in den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen auf gleicher Stufe gegenüberstehen, während den öffentlich-rechtlich Angestellten der Staat als Hoheitsträger gegenübersteht … sowie unzählige Beamtenwitze, die sich auch seit dem Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes vor rund 18 Jahren nicht verändert haben.