Lohnwirksame Versetzung im Dienst – Zulässigkeit und Schranken

geschrieben von Dr. Michael Merker | August 26, 2020

A. arbeitete als Abteilungsleiterin und wurde gegen ihren Willen in eine neue Funktion versetzt. Umstritten war vor dem Verwaltungsgericht, ob die Versetzung der Mitarbeitenden nur mit ihrer Zustimmung erfolgen darf und wie es mit dem Lohn aussieht, wenn die Zustimmung nicht erfolgt. Die Konstellation wirft ein paar grundsätzliche Fragen auf, die anhand eines Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2017 zu besprechen sind. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde von A. damals ab. (Urteil VB.2016.00386 des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 2017)

A. Das Urteil

1. Sachverhalt

A. arbeitete seit 1999 als Abteilungsleiterin. Mit Verfügung vom 10. Juli 2015 wurde sie in eine neue Funktion versetzt. Zunächst, während der Kündigungsfrist, erhielt sie den bisherigen Lohn. Daraufhin erfolgte gemäss Verfügung eine Lohnreduktion um rund 9%. A. wurde dabei eine Abfindung von neun Monatslöhnen auf die Lohndifferenz ausbezahlt.

Gegen die Versetzungsverfügung gelangte A. zunächst an die Rekursinstanz. Hier erhielt sie aufgrund formeller Fehler der Versetzungsverfügung eine Entschädigung von einem Monats-lohn. Daraufhin gelangte sie ans Verwaltungsgericht, das die Beschwerde am 1. Juli 2017 abwies.

2. Ausgangslage

Nach § 28 Abs. 1 des zürcherischen Personalgesetzes kann die

Anstellungsbehörde Angestellte «unter Beibehaltung des bisherigen Lohns für die Dauer der Kündigungsfrist sowie im Rahmen der Zumutbarkeit versetzen», wenn es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordert.
In einem früheren Urteil (PB.2004.00075 vom 9. März 2005) hatte das Verwaltungsgericht erwogen, die Versetzung nach § 28 PG sei Ausdruck der altrechtlichen, traditionellen Pflichten der auf feste Amtsdauer gewählten Beamten. Die Bestimmung mache nur im Zusammenhang mit entsprechend längeren Kündigungsfristen Sinn. Es handle sich bei der Versetzung nach § 28 PG um eine vorübergehende Massnahme während der Kündigungsfrist und nicht um eine Dauermassnahme. Denn in der Folge werde das bisherige Arbeitsverhältnis ohnehin durch ein neues ersetzt, sei es durch Änderungskündigung oder durch Vereinbarung.

In einem späteren Urteil (PB.2010.00042 vom 9. Februar 2011) änderte das Verwaltungsgericht seine Auffassung und qualifizierte die Versetzung als Dauermassnahme, die keine Änderungskündigung erfordere. Denn nach § 28 PG sei die Kündigungsfrist einzig für die Beibehaltung des bisherigen Lohns erforderlich, die Versetzung selbst aber nicht auf die Dauer der Kündigungsfrist beschränkt.

3. Erwägungen
Das Verwaltungsgericht erwog in seinem Urteil VB.2016.00386 vom 1. Juli 2017, die jüngere Auslegung (aus dem Jahr 2011) von § 28 PG habe zur Folge, dass die Anstellungsbehörde Versetzungen vornehmen könne, wobei nach Ablauf der Kündigungsfrist selbst Lohnkürzungen zulässig seien; § 28 PG schütze den Lohn nur für die Dauer der Kündigungsfrist.

Die Zulässigkeit der Versetzung selbst richte sich gemäss § 28 Abs. 2 PG (seit 2015 in Kraft) danach, ob sie der betroffenen Person zumutbar sei und der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz die Versetzung erforderten. Dabei kam das Gericht zum Schluss, dass betriebliche Gründe vorlägen (bzw. nicht bestritten seien). Die Versetzung sei ferner auch

zumutbar gewesen, insbesondere die Änderung des Aufgabenbereichs sowie die Herabsetzung des Bruttogehalts um rund 9%.
Das Verwaltungsgericht erwog zusätzlich, die Versetzung dürfe nicht zur Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften führen, selbst wenn sie einzig aufgrund einer betrieblichen Reorganisation angeordnet worden sei (und nicht wegen Gründen, die in der Person von A. liegen). Es erachtete aber selbst sachliche Gründe als gegeben, so dass grundsätzlich selbst die Kündigung zulässig gewesen wäre. Als Folge setze die Versetzung auch nicht die Zustimmung von A. voraus.

B. Bemerkungen

1. Die Versetzung im Privatrecht
Im privaten Arbeitsrecht richtet sich die Möglichkeit der Versetzung nach den Festlegungen im Arbeitsvertrag. Wer für einen bestimmten Beruf angestellt wurde, dem kann der Arbeitgeber nicht mit blosser Weisung einen anderen Beruf zuweisen. Massgebend ist daher, wie eng der Arbeitsvertrag formuliert wurde und wie sehr die neue Tätigkeit von der bisherigen abweicht. Wird die auszuübende Tätigkeit im Beruf sehr weit und generell definiert, sind als Ausfluss des Weisungsrechts Versetzungen zulässig, soweit sie sich unter die festgelegte Tätigkeit subsumieren lassen. Rechtskundige Arbeitgeber formulieren den Arbeitsvertrag daher eher weit, um sich ihr eigenes Weisungsrecht dadurch nicht zu beschränken. Auch im Bundespersonalrecht gilt als Leitlinie für die Erstellung des Einzelarbeitsvertrags, dass die Funktion nur grob umschrieben wird, wohingegen das detaillierte Pflichtenheft nicht vertraglich, sondern weisungsrechtlich vorgegeben wird (vgl. BPG-Kommentar, Art. 8 N. 70).

Formuliert der Arbeitgeber den Vertrag hingegen eng und erklärt er ein Stellenprofil oder Pflichtenprofil sogar zum Vertragsbestandteil, kann er mittels Weisungsrecht keine Versetzung anordnen. Er hat den Vertrag dann zu seinen Lasten

zu eng gestaltet. In einem solchen Fall muss er kündigen und gleichzeitig die Weiterführung mit der neuen Position anbieten (Änderungskündigung).

Gängig sind schliesslich auch Versetzungsklauseln im Vertrag, sodass eine Versetzung trotz engerer Formulierung der Tätigkeit vorbehalten bleibt. Eine Änderungskündigung erübrigt sich dann ebenfalls, und es genügt die Weisung des Arbeitgebers.
Gemäss der privatrechtlichen Rechtsprechung steht das Weisungsrecht allerdings nur «im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse» zur Verfügung. Schikanöse Versetzungen ohne betriebliches Interesse dürfen nicht ausgesprochen werden. Ebenfalls müssen Versetzungen zumutbar sein. Letzteres kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. In der Regel darf das Privatleben nicht zu stark beeinträchtigt werden, und die Mehrkosten (auch der längere Arbeitsweg) sollten ersetzt werden.

2. Die Regelung im Zürcher Personalrecht
Im Zürcher Personalrecht sind die betriebliche Gebotenheit und die Zumutbarkeit als Voraussetzungen der Versetzung gesetzlich verankert worden (§ 28 Abs. 2 PG). Diese beiden Voraussetzungen entsprechen denjenigen, die privatrechtlich bei der Wahrnehmung des Weisungsrechts massgebend sind und nicht bei der Änderungskündigung.

Dies erscheint zunächst bemerkenswert: Denn der Gesetzgeber kann nicht ohne Weiteres annehmen, dass die Anstellungsverfügungen die Funktionen hinreichend offen umschrieben und im Einzelfall der neue Tätigkeitsbereich noch im Rahmen der Verfügung liegt. Auch das Verwaltungsgericht war in seinem früheren Entscheid (2005) davon ausgegangen, dass das bisherige Anstellungsverhältnis aufgelöst und durch ein neues ersetzt werden muss.

Indessen lässt sich gerade die gesetzlich vorgesehene Versetzungsmöglichkeit nach § 28 Abs. 1 PG analog einer

Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag behandeln. Die gesetzliche Festlegung behält mithin die Versetzung vor. Die Anstellungsverfügung samt Funktionsbezeichnung erfolgt mithin unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Versetzung. Folge davon ist, dass die blosse Weisung ausreicht und keine Änderungskündigung erforderlich ist.

Es lässt sich jedoch nicht alles auf das Weisungsrecht reduzieren: Denn der gesetzliche Versetzungsvorbehalt ist beschränkt. § 28 PG schützt den Angestellten immerhin für die Dauer der Kündigungsfrist in der Besoldung. Der bisherige Lohn muss beibehalten werden (besol-dungsmässige Besitzstandsgarantie, ABl 1996, 1176). Der bisherige Lohn lässt sich mithin trotz des gesetzlichen Versetzungsvorbehalts nicht weisungsrechtlich abändern, wenigstens für die Dauer der Kündigungsfrist.

Die personalrechtliche Regelung ist daher eine Art Hybrid: Sie erklärt einerseits die Verset-zung (in den Schranken des Weisungsrechts) für zulässig, andererseits schützt sie die Entlöhnung des Angestellten für die Dauer der Kündigungsfrist. Es ist nicht alles dem Weisungsrecht überlassen.

Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht im Urteil VB.2016.00386 vom 1. Juli 2017 richtig geschlossen, dass trotz der weisungsrechtlichen Befugnisse die Versetzung nicht die Kündigungsbestimmungen verletzen darf. Es hat damit die Wertungen des Gesetzgebers konsequent konkretisiert.

Im vorliegenden Einzelfall kam das Gericht anscheinend aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts zum Schluss, dass die Versetzung als Ausfluss einer Reorganisation zulässig war – sogar eine Kündigung kann bei Reorganisationen zulässig sein. Ob diese Voraussetzung er-füllt ist, wird allerdings in jedem Einzelfall neu zu prüfen sein. Vorliegend war auch die Zumutbarkeit der Weisung nur äusserst knapp gegeben: Nach der zürcherischen Praxis gelten rund 10% noch als zumutbar (PaRat Nr. 201), und A. hatte eine Einbusse von rund 9%.

3. Zur Erforderlichkeit der Zustimmung
A. hatte vor dem Verwaltungsgericht vorgebracht, für eine Versetzung sei ihre Zustimmung erforderlich.
Die Zustimmung wäre in der Tat erforderlich, wenn die Versetzung nur mittels Änderungskündigung erwirkt werden könnte. Die Behörde könnte dann zwar A. entlassen, aber nicht einseitig die neue Anstellung erwirken. Ist die Versetzung demgegenüber Ausfluss des Weisungsrechts, ist diese Zustimmung nicht erforderlich. Denn der bisherige Vertrag gilt dann grundsätzlich weiterhin. § 28 PG legitimiert zudem – jedenfalls nach der Auslegung des Gerichts – die Lohnreduktion (vgl. dazu Ziff. 4).

Daher unterscheidet man im Kanton Zürich danach, ob die Versetzung zumutbar ist oder nicht: Eine zumutbare Versetzung kann auch ohne Zustimmung verfügt werden (PaRat Nr. 81), weil sie im Rahmen des Weisungsrechts erfolgt. Die Frage einer Änderungskündigung stellt sich erst, sofern die Voraussetzungen für eine weisungsrechtliche Versetzung nicht erfüllt sind (PB.2010.00042, E. 2.1), das heisst, wenn die Versetzung nicht zumutbar oder nicht betrieblich begründet ist.

4. Kantonale Regelungen
Nicht überall wird die Versetzung so geregelt wie im Kanton Zürich. Die Versetzungsmöglichkeit in § 28 PG, die ohne Zustimmung der Angestellten sogar die Möglichkeit einräumt, einseitig eine tiefer entlöhnte andere Tätigkeit zuzuweisen, ist streng.

So kennt etwa der Kanton Aargau die «Zuweisung anderer Arbeit» als bloss vorübergehende Möglichkeit und nicht als Dauermassnahme (§ 26 PersG). Für den Kanton Aargau war wichtig, die Mitarbeiter mit dem bloss vorübergehenden Charakter der Massnahme zu schützen, da die Versetzung einen erheblichen Eingriff darstellt (Botschaft 99.102, S. 27 f.). Soll die «Versetzung» hingegen dauerhaft erfolgen, sind die Anforderungen an eine Kündigung einzuhalten (AGVE 2009 Nr.

98). Dann muss der Mitarbeiter der neuen Anstellung auch zustimmen.

Im Kanton Bern sodann gilt die Zuweisung anderer Arbeit dann als Versetzung, wenn sie zu keiner Lohneinbusse führt (Art. 23 PG); andernfalls muss mittels Änderungskündigung ein neues Arbeitsverhältnis begründet werden (BVR 2012 S. 295). Ebenfalls darf im Kanton Solothurn der Lohn nicht verändert werden, ausser der Betroffene habe (insbesondere durch mangelnde Eignung) zur Versetzung Anlass gegeben (§ 55 Abs. 4 GAV). Auch in diesen Kantonen muss sich der Mitarbeitende die lohnwirksame Versetzung aus betrieblichen Gründen mithin nicht einfach so gefallen lassen.

5. Zur Lohnreduktion

Die Auslegung des Verwaltungsgerichts, dass § 28 PG die weisungsrechtliche Versetzung mit Lohnreduktion (nach Ablauf der Kündigungsfrist) zulässt, ist zwar nicht zu beanstanden. Der Wortlaut der Bestimmung ist klar, die Materialien sind es ebenfalls. Rechtspolitisch und auch unter dem Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung lässt sich aber hinterfragen, ob diese Lösung sinnvoll ist. Einerseits ist der Lohn eine der wichtigsten Vertragsgrundlagen, sodass es fragwürdig ist, auf gesetzlicher Ebene generell erhebliche Lohnanpassungen (bis zu 10%) vorzubehalten. Andererseits kann der Arbeitnehmer durch die Versetzung seiner Rechte in erheblichem Umfang verlustig gehen: Wird ihm gekündigt, muss man ihm eine umfassende Abfindung bezahlen. Wird er nur versetzt, erhält er nur eine Abfindung auf die Differenz (so nach dem Urteil bei A.). Möchte er die neue Tätigkeit nicht ausüben, müsste er selbst kündigen und ginge der Abfindung wohl grösstenteils verlustig (§ 26 PG).

Das Urteil des Gerichts spricht sich zu dieser Frage nicht aus, und es ist nicht abschliessend klar, ob A. gerade wegen der Versetzung nur eine reduzierte Abfindung erhielt. Wäre für A. aus vermögensrechtlicher Sicht eine Kündigung besser gewesen als eine Versetzung, so stellte die Versetzung

jedenfalls nicht die mildere Massnahme dar. Personalrechtlich erschiene geboten, dem versetzten Angestellten eine Ablehnungsmöglichkeit zu gewähren, bei welcher er der Abfindung nicht verlustig geht. Ansonsten bietet sich die Versetzung in eine unangenehme Tätigkeit den Behörden jeweils als kostengünstigere Alternative zur Kündigung an. In anderen Kantonen, in denen eine Änderungskündigung vorausgesetzt wird, stellen sich diese Probleme glücklicherweise nicht.

Arbeiten im Notstandsmodus

geschrieben von Dr. Corinne Saner | August 26, 2020

Niemand hätte gedacht, dass das Jahr 2020 von kriegerischen Ereignissen geprägt sein wird. Den Krieg erklärt hat uns ein Feind, der so klein ist, dass man ihn von blossem Auge gar nicht sieht. Ein Virus names Corona. Es hat innerhalb von zwei bis drei Monaten weltweit das menschliche Leben aus den Fugen gebracht. Auch unser Arbeitsleben. Das Virus ist nach wissenschaftlichen Erkenntnissen hoch ansteckend, führt bei 20% der Infizierten zu einem schweren Verlauf bis hin zum Tod. Dass der Bundesrat gestützt auf Notrecht das öffentliche Leben massivst einschränkt und nicht nur Gastrobetriebe, kulturelle Veranstaltungen und Läden, sondern auch die Schulen und Universitäten schliesst, ist schier unglaublich. Im ganzen Notstandsstrudel versucht das öffentlich-rechtlich angestellte Personal von Bund, Kantonen und Gemeinden den Service public so weit wie möglich aufrechtzuerhalten. Wie im Privatrecht stellen sich auch für das öffentlich-rechtliche Personal diverse juristische Fragen.

Muss man trotz Ansteckungsgefahr

zur Arbeit?

Ja. Diese Frage stellt sich vor allem für die Mitarbeitenden im Gesundheitswesen, aber auch für alle anderen Angestellten mit Tätigkeiten, zu denen der Kontakt mit anderen Menschen zwangsläufig gehört. Der Arbeitgeber muss aufgrund seiner Fürsorgepflicht dafür sorgen, dass das gesundheitliche Risiko für seine Angestellten möglichst gering ist. Im Pflegebereich muss er deshalb z. B. für die Mitarbeiter genügend Desinfektionsmittel, Mundschutz, Handschuhe und Schutzanzüge bereitstellen. Der Arbeitnehmer ist seinerseits verpflichtet, trotz Angst vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus die Arbeit am vertraglich vereinbarten Arbeitsort zu leisten. Er darf nicht einfach zu Hause bleiben. Dies wäre sogar ein sachlicher Kündigungsgrund.

Weil es sich bei Corona um ein höchst ansteckendes Virus mit möglicherweise tödlichen Folgen handelt, darf der Angestellte aber verlangen, dass er Homeoffice leisten kann, sofern sich seine Tätigkeit dafür eignet und der Arbeitgeber technisch dazu in der Lage ist, Homeoffice zu ermöglichen.

Auch Angestellte, die zu einer Risikogruppe gehören?

Für Mitarbeitende mit Erkrankungen wie Diabetes, Krebs, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und ähnlichen Krankheiten, welche das Immunsystem schwächen, ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ganz besonders gefordert. Er muss sicherstellen, dass durch bereitstehende Desinfektionsmittel die Hygieneempfehlungen eingehalten werden können, und vor allem muss die Mindestdistanz von 2 Metern Abstand zu anderen Personen rigoros gewährleistet sein. An vielen Arbeitsstellen wird dies schwierig. Nachdem Virologen der Auffassung sind, dass das Virus auch in der Luft für eine gewisse Zeit überleben und so übertragen werden kann, kann Arbeiten für Angehörige einer Risikogruppe zur Lebensgefahr werden. Das

darf ihnen der Arbeitgeber nicht abverlangen. Wenn sich die Tätigkeit für Homeoffice eignet, darf der Arbeitgeber dies von den Risiko-Arbeitnehmern verlangen. Ist die Tätigkeit dafür nicht geeignet oder der Arbeitgeber technisch nicht dazu in der Lage, Homeoffice zu ermöglichen, ist der Angestellte von der Arbeitspflicht befreit. Er kann bzw. muss zu Hause bleiben. Weil es sich um eine unverschuldete Arbeitsverhinderung handelt, die in der Person des Angestellten liegt, hat er Anspruch auf Lohnfortzahlung.

Darf der Vorgesetzte Angestellte wegen Corona nach Hause schicken?

Ja. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann gebieten, dass er einen Mitarbeiter, bei dem z.B. der Verdacht auf eine Infektion besteht, nach Hause schickt. Der Mitarbeiter hat in diesem Fall aber Anspruch auf Lohnfortzahlung.

Darf der Arbeitgeber Ferien- oder Kompensationstage abziehen?

Besteht die Gefahr, dass sich ein Mitarbeiter infiziert hat, muss der Arbeitgeber die übrigen Mitarbeiter vor Ansteckung schützen und den Infizierten – bei voller Lohnfortzahlung – nach Hause schicken. Die Pflicht zur vollen Lohnfortzahlung kann der Arbeitgeber nicht auf den Angestellten überwälzen, indem er ihm Ferientage oder bereits geleistete Überstunden streicht. *Überstunden* sind grundsätzlich mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren. Dafür müssen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen, nicht nur über den Grundsatz der Kompensation, sondern auch über deren Zeitpunkt und Dauer. So wie der Arbeitnehmer nicht eigenmächtig einfach Überstunden kompensieren darf, so wenig darf der Arbeitgeber gegen den Willen des Arbeitnehmers Kompensation befehlen, um seine Lohnfortzahlungspflicht zu reduzieren. Bei *Ferien* ist der Fall noch eindeutiger: Sie dienen der Erholung des Arbeitnehmers und nicht der Reduktion der

Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.

Hat der Angestellte ein Recht auf Homeoffice?

Ja, sofern seine Tätigkeit sich dafür eignet und der Arbeitgeber technisch und betrieblich dazu in der Lage ist, im konkreten Fall Homeoffice zu ermöglichen. Umgekehrt darf der Arbeitgeber zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeiter Homeoffice auch gegen deren Willen anordnen. Es darf dabei nicht übersehen werden, dass durch Homeoffice *zusätzliche Kosten anfallen,* angefangen von Telekommunikationskosten über Stromkosten, Büroeinrichtung bis hin zu Arbeitsmaterial. Das Tragen dieser Kosten sollte auf jeden Fall mit dem Arbeitgeber geregelt sein: Alle laufenden Kosten sowie die Anschaffung, Reparatur bzw. Aktualisierung von Geräten, Software etc. für das Homeoffice sind *vollumfänglich vom Arbeitgeber* zu tragen.

Ein besonderes Augenmerk ist auf die *Arbeitszeiterfassung* zu richten, weil nur so die Einhaltung von Bestimmungen gegen die Überarbeitung wie die Einhaltung von Pausen und Höchstarbeitszeiten geprüft werden kann. Auch die Erreichbarkeit der Arbeitnehmenden im Homeoffice darf nicht so ausgestaltet sein, dass dieser rund um die Uhr erreichbar zu sein hat.

Eine arbeitnehmerfreundliche Regelung von Homeoffice in der Corona-Krise muss auf jeden Fall vorsehen:

- dass der Arbeitnehmer für Auslagen wie Telekommunikationskosten ebenso entschädigt wird wie für Arbeitsgeräte und Material;
- dass das Zeitfenster, in welchem die Arbeit verrichtet werden kann, so weit wie möglich gefasst wird;
- dass die Arbeitszeit nach Beginn, Unterbruch und Ende detailliert erfasst wird und
- dass die Erreichbarkeit des Angestellten zeitlich begrenzt wird.

- Und selbstverständlich ist ihm bei unverschuldeter Verhinderung an der Verrichtung von Arbeit wegen Krankheit, Unfall, Ferien, Militär etc. im Umfang der zu definierenden Sollarbeitszeit eine Zeitgutschrift zuzubilligen.

Besteht Anspruch auf bezahlten Urlaub für die Betreuung von Kindern, wenn Schulen und Kitas geschlossen haben?

Ja. Das Arbeitsgesetz und auch viele öffentlichrechtliche Personalgesetzgebungen sehen für die Betreuung von erkrankten Kindern pro Kind und Ereignis drei Tage bezahlten Urlaub vor, welche ausreichen sollen, die weitere Betreuung des Kindes zu organisieren. Diese Regelung ist für die Arbeitswelt «im Normalbetrieb» vorgesehen und nicht «Corona-tauglich». In der CoronaKrise ist nicht die Betreuung einzelner erkrankter Kinder zu organisieren, sondern alle schulpflichtigen Kinder sind wegen der pandemiebedingten Schliessung der Schulen auf e einen Schlag zu Hause, weil auch die Kindertagesstätten geschlossen wurden und die Grosseltern einer Risikogruppe angehören und eben gerade nicht für die Betreuung angefragt werden sollen.

In dieser flächendeckenden Notstandssituation ist die «Normalbetriebs-Regelung» nicht situationsangemessen. Kann die Kinderbetreuung aufgrund der Schliessung von Schulen, Kinderkrippen und sonstiger Betreuungseinrichtungen nicht mehr gewährleistet werden, sollen Angestellte so lange zu Hause ihren Elternpflichten nachgehen können, wie dies zur Organisation einer Betreuungsalternative erforderlich ist. In dieser Zeit haben sie Anspruch auf volle Lohnzahlung, sind umgekehrt aber zur Leistung von Homeoffice verpflichtet, sofern sich ihre Tätigkeit technisch und betrieblich dafür eignet.

Personalrechtliche Einzelfragen rund um Covid-19

geschrieben von Dr. Michael Merker | August 26, 2020

Noch nie hatten wir so viele personalrechtliche Fragestellungen zu beurteilen wie in den letzten Wochen. Das erstaunt tatsächlich niemanden. Schwerpunktmässig wurde gefragt, ob man Homeoffice verlangen kann, ob man als Zugehöriger zu einer Risikogruppe zu Hause bleiben kann, ob man seine bereits gebuchten Ferien verschieben kann, ob Lohn gezahlt werden muss, wenn man wegen der Kinder zu Hause bleiben muss, ob man ganz andere Arbeit verrichten muss als vereinbart und wie der Lohn berechnet wird, wenn das Pensum sehr unregelmässig ist. Unsere Antworten:

Ferienbezug

Frage: Müssen bereits vereinbarte Ferien bezogen werden, auch wenn keine Reisemöglichkeit ins Ausland besteht? Eine Mitarbeiterin hat Frühlingsferien eingegeben, sie kann nun aber ihre gebuchte Rundreise nicht antreten. Kann der Arbeitgeber darauf bestehen, dass die Mitarbeiterin die Ferien trotzdem bezieht?

Wer Ferien eingegeben hat, muss diese im Grundsatz beziehen. Dass der betroffene Arbeitnehmende nicht an den Ort verreisen kann, den er für seine Ferien vorgesehen hat, ist kein Problem des Arbeitgebers, sondern ausschliesslich des Arbeitnehmers. Dies folgt relativ klar aus der Risikosphärentheorie. Anders gesagt: Auch bei einer Fehlbuchung etwa durch ein Reisebüro (Flug und Hotel wurden gar nicht gebucht) trägt der

Arbeitnehmende das Risiko, die Ferien nicht so verbringen zu können, wie er sich das vorgestellt hat.

Die Ferien dienen der Erholung. Die Gerichte werden in solchen Fällen entscheiden, dass Erholung auch im Rahmen eines Ferienaufenthalts zu Hause mit Wanderungen, Spaziergängen oder Ähnlichem erreicht werden kann. Ich sehe im Moment keine nachhaltigen Gründe, weshalb diese Ferien kurzfristig zulasten des Arbeitgebers abgesagt werden können. Es ist klar, dass dies für den einzelnen unbefriedigend ist, aber er hat die Risiken nicht optimaler Ferien selber zu tragen.

Bei der Festlegung der Ferien ist auf die Interessen des Arbeitnehmenden wie auch des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Aus der Sicht des Arbeitgebers gibt es durchaus auch Interessen, dass die Ferien trotz der Corona-Krise «üblich» bezogen werden; verzichten alle Mitarbeitenden nun auf Ferien, kommt es zu Engpässen, wenn die Verwaltungen wieder vollständig hochgefahren werden. Dieses Interesse wird ein Arbeitgeber im Rahmen der vorliegenden Argumentation immer geltend machen können.

Arbeitnehmer gehört der Risikogruppe an

Frage: Kann ein Mitarbeitender, der zur Risikogruppe gehört, zu Hause bleiben, wenn er mit Arztzeugnis belegt, dass er zur Risikogruppe gehört?

Nein. Der Bund hat die Regeln wieder geändert. Für einen Mitarbeiter aus der Risikogruppe gilt gemäss Art. 10c Covid-19-Verordnung 2 Folgendes:

> *1 Arbeitgeber ermöglichen ihren besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erledigen. Sie treffen zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.*

2 Können Arbeitstätigkeiten aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden, so sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.

3 Ist es besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht möglich, im Rahmen der Absätze 1 und 2 ihre Arbeitsverpflichtungen zu erledigen, so werden sie vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt.

4 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

Kann der besonders gefährdete Arbeitnehmer die Arbeit von zu Hause aus erbringen, hat er Anspruch darauf, dass die geeigneten technischen Massnahmen getroffen werden und Homeoffice möglich ist. Er muss dann zwar arbeiten, aber nicht im Betrieb.

Erlaubt die Art der Tätigkeit kein Homeoffice oder sind die technischen Massnahmen so schnell nicht umsetzbar, muss der Mitarbeitende im Betrieb anwesend sein, sofern die Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden können. Hygiene und soziale Distanz bedeutet, dass die Möglichkeit bestehen muss, die Hände zu waschen (das dürfte regelmässig der Fall sein), das Bereitstellen von Desinfektionsmitteln wohl auch und, besonders wichtig, die Sicherstellung, dass jederzeit eine Distanz von zwei Metern zum nächsten Mitarbeiter eingehalten werden kann. Ist das nicht der Fall, muss der besonders gefährdete Arbeitnehmer nicht arbeiten (und es kann der Betrieb geschlossen werden, wenn er es trotzdem tut).

Wie ist vorzugehen, wenn der Mitarbeitende glaubt, die Regeln

seien nicht eingehalten? Der Arbeitgeber ist aufzufordern, sein Konzept offenzulegen, wie diese Regeln eingehalten werden. Blosse Lippenbekenntnisse reichen da nicht aus, man muss schon sehen, dass dem Bundesrecht entsprochen werden kann. Kann die Distanz eingehalten werden, besteht *Arbeitspflicht.* Wer dann trotzdem nicht kommt, riskiert eine Kündigung und die Einstellung der Lohnzahlungen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch das Merkblatt für Bauarbeiten des SECO in der Fassung vom 19. März (weil sich dort die Fragestellung akzentuiert stellt):

Sind alle besonders gefährdeten Mitarbeiter darüber informiert, zu Hause zu bleiben?	☐	Besonders gefährdete Personen zu Hause bleiben. Der Arbeitgeber beurlaubt besonders gefährdete Personen, falls eine Arbeit von zu Hause aus nicht möglich ist. Der Arbeitgeber bezahlt den Lohn weiter.

Fassung vom 19. März 2020

Diese Fassung *gilt aber nicht mehr* und ist durch eine neue ersetzt worden, was aufschlussreich ist:

Werden besonders gefährdete Personen durch Massnahmen am Arbeitsplatz ausreichend geschützt?	☐	☐ Als besonders gefährdeten Personen gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs Bei Beschäftigung auf Baustellen von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.

Damit ist *Stand heute* klar, dass auch gefährdete Personen *nicht* der Arbeit fernbleiben können, es sei denn, sie seien krank oder es wäre Homeoffice möglich oder der Arbeitgeber halte sich nicht an die Bundesvorgaben.

Zu viel oder zu wenig Arbeit

Frage: Was passiert, wenn einfach zu wenig Arbeit da ist oder ein Teil der Mitarbeitenden sehr viel Arbeit hat, der andere Teil aber nichts zu tun hat?

Im Grundsatz ist das so: Wenn der Arbeitgeber keine Arbeit zur Verfügung stellen kann, befindet er sich im Annahmeverzug, muss also den Lohn trotzdem bezahlen. Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmenden gegenüber seinem Arbeitgeber kann aber abgeleitet werden, dass der Arbeitnehmende auch zu anderen Aufgaben verpflichtet werden kann als im Arbeitsvertrag beschrieben. In besonderen Zeiten wie der vorliegenden dürfte dieses Weisungsrecht weitergehen als zu normalen Zeiten. Die Art der Arbeit, die als zumutbar angesehen werden muss, ist im Einzelfall zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass relativ weitgehend andere Arbeiten angeordnet werden können.

Die öffentlichen Arbeitgeber sind überdies dabei, solche Folgen über Notverordnungsrecht vorzusehen, mit der Folge, dass Mitarbeiter auch in anderen Abteilungen eingesetzt werden können. Im Einzelfall wird zu prüfen sein, ob die Anordnung verhältnismässig ist oder nicht.

Kinderbetreuung statt Homeoffice

Frage: Wie müssen sich Mitarbeiter verhalten, die zwar Arbeit haben, wegen der Betreuung der Kinder aber nicht die volle Arbeitszeit im Homeoffice leisten können?

Wer dauerhaft die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung nicht erbringen kann, der verletzt den Arbeitsvertrag. Aber: Gestützt auf das Arbeitsgesetz sind für die Betreuung von Kindern drei Tage freizugeben, unter voller Lohnzahlung. Danach ist im Grundsatz kein Lohn mehr geschuldet. Die Kompensation von Überstunden ist eine Lösung, auch der (was in den Kantonen angedacht wird) teilweise oder stundenweise Bezug

von Ferien ist eine Möglichkeit. Da ist von beiden Seiten Flexibilität gefragt.

Der Bund hat auf dieses Problem bereits reagiert, und die Eltern haben Anspruch auf eine Entschädigung, wenn sie ihre Erwerbsarbeit wegen des Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder unterbrechen müssen. Das steht in der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus wie folgt:

Art. 2 Anspruchsberechtigte

[1] Anspruchsberechtigt sind Eltern mit Kindern bis zum vollendeten 12. Altersjahr und weitere Personen, sofern sie folgenden Voraussetzungen erfüllen:

a. Sie müssen aufgrund von behördlichen Massnahmen gemäss den Artikeln 35 und 40 des Epidemiengesetzes vom 28. September 2012[3] (EpG) im Zusammenhang mit der Coronaepidemie (COVID-19) die Erwerbstätigkeit unterbrechen:
   1. infolge Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder; oder
   2. infolge Quarantäne.
b. Im Zeitpunkt der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit sind sie:
   1. Arbeitnehmende im Sinne von Artikel 10 ATSG[4]; oder
   2. Selbstständigerwerbende im Sinne von Artikel 12 ATSG.

Der Wortlaut ist nicht ganz eindeutig. Man weiss nicht so genau, ob bei *Schulschliessungen* ein Unterbruch der *Fremdbetreuung* vorliegt. An sich ist davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist, weil Fremdbetreuung eher den privaten Aspekt betrifft als die öffentliche Schule. Das hätte zur Folge, dass mit «Fremdbetreuung» nicht die Betreuung durch die Schule gemeint ist, sondern effektiv die Betreuung durch privat engagierte Betreuungspersonen, die wegen der Epidemie ausfallen.

In den Erläuterungen zur Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 20. März 2020 steht Folgendes:

Art. 2 Anspruchsberechtigte Anspruch auf die Entschädigung haben Eltern mit betreuungsbedürftigen Kindern sowie Personen,

die sich aufgrund ärztlicher Anordnung in Quarantäne befinden. Als betreuungsbedürftig gelten Kinder bis zum vollendeten 12. Altersjahr. Die Anspruchsberechtigung setzt ein Kindsverhältnis nach Artikel 252 ZGB voraus. Der Zivilstand der Eltern ist hingegen nicht von Belang.

Eine weitere Anspruchsvoraussetzung ist die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit. Diese muss aufgrund des Ausfalls der Fremdbetreuung der Kinder oder aufgrund der angeordneten Quarantäne erfolgen.

Kann die Erwerbsarbeit von zu Hause aus verrichtet werden (Homeoffice), gilt dies nicht als Erwerbsunterbruch, und es besteht kein Anspruch. Da während der Schulferien Schulen geschlossen sind und die Betreuung während dieser Zeit ohnehin anders organisiert werden muss, wird für Schulund Kindergartenkinder während der Schulferien keine Entschädigung ausgerichtet. Hätte die Betreuung während der Schulferien von einer gefährdeten Person gemäss Artikel 2 Absatz 5 wahrgenommen werden sollen, wird die Entschädigung nicht eingestellt und der Anspruch besteht weiter.

Diese Differenzierung in den Erläuterungen hat zur Folge, dass offenbar *die Betreuung in der Schule* bzw. dann die *unterbleibende Betreuung der Schule als Ausfall der Fremdbetreuung gilt.* Es ist deshalb zu prüfen, ob die Mitarbeitenden mit Kindern, die aus Betreuungsgründen nicht mehr zur Arbeit erscheinen können oder wollen und deren Anwesenheit eigentlich erforderlich ist, weil Homeoffice nicht optimal funktioniert, diese Entschädigung in Anspruch nehmen können.

Lohn bei schwankendem Pensum

Frage: Welcher Lohn wird entschädigt, wenn das Pensum Schwankungen unterworfen ist oder wenn

unter dem Jahr (regelmässig, aber uneinheitlich) Zusatzaufgaben erledigt werden mussten?

Zu entschädigen ist, was normalerweise angefallen wäre und Bestandteil der vereinbarten Arbeit ist, nicht aber, was zusätzlich und vor allem *neu* ist.

Allerdings gilt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung (wenn auch für das OR; das dürfte aber gestützt auf die Verweisungskaskade im öffentlichen Personalrecht in den meisten Fällen Anwendung finden) Folgendes: Die Lohnzahlungen des Arbeitgebers können aus verschiedenen Gründen Schwankungen unterworfen sein, sei es, dass die Lohnhöhe durch Zulagen oder Zuschläge (etwa für Nachtdienst oder Pikettdienst) zu einem schwankenden Lohn führt, sei es, weil zwar die Lohnhöhe pro Zeiteinheit vereinbart wurde, nicht jedoch das Arbeitsvolumen. Dies ist vor allem bei der unregelmässigen Teilzeitarbeit sowie dem aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis der Fall.

Zur Berechnung dieses Lohns gibt es zwei Prinzipien:

- *Lohnausfallprinzip*: Hier wird konkret berechnet, was der Arbeitnehmer in der Periode, wäre er nicht ausgefallen (im vorliegenden Fall wäre der Arbeitgeber nicht im Annahmeverzug), tatsächlich verdient hätte (dazu werden teilweise selbst regelmässig geleistete Überstunden gezählt, das ist aber umstritten).
- *Referenzperiodenprinzip*: Hier wird der Lohn als Durchschnittswert errechnet, der sich aus dem tatsächlich erzielten Einkommen während einer bestimmten, mehr oder weniger langen Dauer des Arbeitsverhältnisses (sog. Referenzperiode) ergibt (häufig 12 Monate).

Aus diesen Methoden und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu folgt, dass der Mitarbeiter *wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn die Arbeitsverhinderung nicht eingetreten wäre.* Das führt

konsequenterweise dazu, dass auch die mutmasslichen Einsätze oder Zulagen zu entschädigen sind.

Wertmethode oder Zeitmethode – Was ist richtig?

geschrieben von Dr. Michael Merker | August 26, 2020

Die Verunsicherung bei der korrekten Erfassung der Arbeitszeit, der Ferien, der Feiertage und der Krankheitstage bei Teilzeitangestellten ist gross. In der Praxis gibt es zur Lösung der Frage, wie man rechnet, die Zeitmethode und die Wertmethode, die aber nicht zu den gleichen Ergebnissen führen. Da die Wertmethode von den effektiv geleisteten Stunden (zunächst) deutlich abweicht, stellt sich insbesondere die Frage, ob die Anwendung der Wertmethode bei der Zeiterfassung von Teilzeitmitarbeitenden zulässig ist. Diese Frage ist in der Praxis Dauerthema – und führt bei den Mitarbeitenden zu lebhaften Diskussionen. Was gilt?

Zur Konkretisierung wird von der folgenden Ausgangslage (in Anwendung der Wertmethode und im Sinn eines konkreten Beispiels) ausgegangen: Ein Mitarbeitender mit einem 80%-Pensum hat pro Arbeitstag eine Sollarbeitszeit von 6.43 h. Er besucht am Dienstag eine Weiterbildung. Entsprechend arbeitet er an vier Tagen pro Woche je 8.24 h und kompensiert mit der Überzeit von 1.41 h pro Tag die Abwesenheit infolge Weiterbildung am Dienstag. Bei Abwesenheit infolge Ferien, Feiertagen oder Krankheit an einem seiner üblichen Arbeitstag wird die Sollarbeitszeit von 6.43 h gutgeschrieben. Entsprechend resultiert dadurch jeweils ein «Minussaldo» von 1.41 h. Ist das korrekt? Und muss dem Mitarbeitenden bei

vereinzelten Abwesenheitstagen an seinen üblichen Arbeitstagen eine Zeitgutschrift von 8.24 h geleistet werden?

Grundsatz und Methoden
Für Teilzeitmitarbeitende gelten grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten wie für Vollzeitmitarbeitende (Thomas Geiser/Roland Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 2015, Rz. 492). Bei der Berechnung und Erfassung der Arbeitszeit sowie von Feier- und Krankheitstagen stehen zwei verschiedene Methoden zur Diskussion:

- die Wertmethode
- die Zeitmethode.

Gesetzliche Grundlagen zu den beiden Methoden bestehen nicht. Sie stellen vielmehr die entwickelte Praxis bei Teilzeitarbeit dar.

Wertmethode
Nach der Wertmethode wird der Teilzeitmitarbeitende wie ein *Vollzeitmitarbeitender* behandelt. Dabei wird seine wöchentliche Sollarbeitszeit auf eine Fünf-Tagewoche verteilt, auch wenn er nur an zwei oder drei Tagen pro Woche arbeitet. Entsprechend reduziert sich die tägliche Sollarbeitszeit gemäss dem jeweiligen Beschäftigungsgrad.

Bei jedem Abwesenheitstag werden dem Teilzeitmitarbeitenden je nach seinem Pensum nicht 8.4 h, sondern lediglich die reduzierten Sollstunden gutgeschrieben.

Ferien
Da die wöchentliche Sollarbeitszeit auf eine Woche verteilt wird, hat der Teilzeitmitarbeitende bei einem Ferienbezug von einer Woche auch jeden Werktag der Woche in der Zeiterfassung als Ferientag zu verbuchen. Entsprechend verfügt der Teilzeitmitarbeitende in Anwendung der Wertmethode über dieselbe Anzahl Ferientag wie ein Vollzeitangestellter (z.B. 20 oder 25 Tage).

Unterschiedlich ist jedoch in Abhängigkeit des Anstellungspensums der Wert eines Ferientags; er entspricht jeweils der täglichen Sollarbeitszeit. Bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden (bezogen auf ein 100%-Pensum) und einem Pensum von 80 % hat ein Ferientag des Teilzeitmitarbeitenden daher einen Wert von 6.72 Stunden.

Feiertag
Sofern ein Feiertag auf einen Arbeitstag des Teilzeitmitarbeitenden fällt, wird ihm entsprechend die übliche Sollarbeitszeit gutgeschrieben. Demnach kann bei eigentlicher Teilzeitarbeit ein *Minussaldo* resultieren, das sich aus der Differenz zwischen der Sollarbeitszeit bei einem Vollzeitangestellten und der Sollarbeitszeit des Teilzeitangestellten berechnet.

Im Gegenzug resultiert ein *Positivsaldo* in der Zeiterfassung, wenn ein Feiertag auf einen Arbeitstag fällt, an dem der Mitarbeitende aufgrund seines Teilzeitsaldos nicht arbeitet. Der Positivsaldo entspricht der täglichen Sollarbeitszeit des Teilzeitmitarbeitenden.

Die Anzahl der Feiertage ist dabei für Voll- und Teilzeitmitarbeitende gleich. Diese Lösung stellt unter anderem sicher, dass Teilzeitmitarbeitende mit gleichem Pensum aber unterschiedlichen Anwesenheitstagen die gleiche Sollarbeitszeit zu leisten haben bzw. in den Genuss von gleich vielen Feiertagen kommen unabhängig davon, an welchen Wochentagen sie arbeiten.

Krankheitstage
Das soeben geschilderte System gilt auch bei Krankheitstagen. Ist ein Teilzeitmitarbeitender an einem seiner Arbeitstage krank, werden ihm lediglich seine reduzierten Sollstunden gutgeschrieben. Der Teilzeitmitarbeitende hat aber bei diesem System dem Arbeitgeber auch zu melden, wenn er an einem seiner *freien Tage* krank ist. Ihm werden dann auch für seine freien Tage, an denen er krank zu Hause ist, seine reduzierten

Sollstunden gutgeschrieben.

Zeitmethode
Nach dem zweiten System, der zeitmässigen Anrechnung, legt man mit dem Teilzeitmitarbeitenden konkrete Tage als feste Arbeitstage (zum Beispiel Montag, Dienstag, Freitag) fest, an welchen die Arbeitszeit im vereinbarten Umfang geleistet werden muss.

Der Teilzeitmitarbeitende erbringt an diesen Tagen die festgelegten Arbeitsstunden (z. B. 8.4 h), die ihm dann gutgeschrieben werden. Feiertage werden nur gutgeschrieben, wenn sie auf einen Arbeitstag fallen. Das Gleiche gilt für die Krankheitstage. Wird der Teilzeitmitarbeitende an arbeitsfreien Tagen krank oder fallen diese auf einen Feiertag, so geht das vollumfänglich zu seinen Lasten und erscheint in keiner Weise in der Zeiterfassung.

Ein Ferienbezug erfolgt in Anwendung der Zeitmethode an denjenigen Tagen, die auf einen Arbeitstag des Mitarbeitenden fallen. Die Tage, an welchen der Mitarbeitende frei hat, gelten nicht als Ferienbezug. Entsprechend sind die dem Teilzeitmitarbeitenden zustehenden Ferientage (Anzahl) jeweils in Abhängigkeit von seinem Arbeitspensum zu kürzen. Ausgehend von 25 Ferientagen (als Beispiel) ergibt dies bei einem 80 %-Pensum einen Ferienanspruch von 20 Tagen pro Jahr.

Zulässigkeit der Wertmethode
Das Bundesverwaltungsgericht prüfte mit Urteil vom 29. September 2014, ob bei Teilzeitarbeit die Wertmethode die Gleichbehandlung von Voll- und Teilzeitangestellten betreffend Ferientage wahre (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1607/2014 vom 29. September 2014). Zur Hauptsache setzte sich das Bundesverwaltungsgericht dabei mit der Frage auseinander, ob die Wertmethode Art. 20a des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 bei der Erfassung von Ferientagen widerspreche.

Das Arbeitsgesetz ist im Grundsatz bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen nicht anwendbar (Art. 2, Art. 3 und Art. 3a ArG). Dies gilt aufgrund der mehrheitlich öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen bei der Gemeinde Wohlen auch vorliegend (§ 2 PR). Dennoch prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung der Wertmethode in Bezug auf Ferientage auf die Übereinstimmung mit Art. 20a ArG insofern als es den Vorwurf entkräften wollte, wonach der Bund im Bereich des Bundespersonalrechts eine Praxis verfolge, die er Privaten verwehre.

Gemäss Art. 20a ArG ist privaten Arbeitgebern die Beschäftigung von Arbeitnehmern am Bundesfeiertag sowie an den kantonalen Feiertagen, die Sonntagen gleichgestellt sind, untersagt (vgl. Art. 20a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 ArG).

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Fachstelle des Bundes für Arbeitnehmerschutz, hält auf seiner Webseite fest, dass die an Feiertagen ausgefallene Arbeitszeit nicht nachgeholt werden müsse (www.seco.admin.ch, besucht am 10. Januar 2020). Demnach ist denkbar, dass das SECO damit betreffend Feiertage der Wertmethode die Anwendung versagen will. Da das SECO von Gesetzes wegen die Durchführung des Arbeitsgesetzes beaufsichtigt und koordiniert sowie für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen hat (Art. 75 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1] vom 10. Mai 2000), kommt dieser sinngemässen Auffassung in Anwendung des Privatrechts ein grosses Gewicht zu. Dies gilt umso mehr als auch Streiff/von Kaenel/Rudolph im von ihnen verfassten Kommentar mit Hinweis auf Art. 20a ArG sinngemäss die Auffassung vertreten, dass bei fix vereinbarter Teilzeitarbeit die Zeitmethode zur Anwendung gelangen soll und bei schwankenden Einsätzen eine Mischmethode (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 329 N 14).

Im erwähnten Urteil setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Auffassung des SECO auseinander. Es hielt fest, dass ein unmittelbares Nachholen der Minusstunden wegen Feiertagen nicht erforderlich sei, wenn die Minusstunden nicht per Stichtag ausgeglichen sein müssen, sondern eine Kompensation von fehlenden Stunden über einen längeren Zeitraum geschehen könne (was häufig der Fall sei). Im Übrigen sei es möglich, in einem Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag einen Ausgleich der Arbeitszeit für Feiertage vorzusehen. Dies unter der Bedingung, dass durch das Vor- oder Nachholen die gesetzliche Höchstarbeitszeit nicht überschritten werde. Daraus schloss das Bundesverwaltungsgericht m.E. zweierlei:

- einerseits können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf die Wertmethode einigen und
- andererseits führt die Wertmethode gar nicht zu einem direkten Nachholen von Arbeitszeit und damit besteht kein Konflikt mit dem Arbeitsgesetz.

Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend das Nachholen der Minusstunden und der daraus gezogene Schluss überzeugen nicht. Es mag zutreffen, dass kein Nachholen der Stunden in unmittelbarer Nähe zum Feiertag erfolgen muss, aber ein Nachholen findet faktisch statt. Der dafür zur Verfügung stehende Zeitraum kann nicht entscheidend sein. Wie das Bundesverwaltungsgericht allerdings zu Recht festhält, muss keine Kompensation aller Minusstunden infolge von Feiertagen erfolgen. Bei Anwendung der Wertmethode reduziert sich zwar der Zeitsaldo nach einem Feiertag, der auf einen Anwesenheitstag fällt, doch erhöht er sich an anderen Feiertagen, die auf einen Wochentag ohne Anwesenheit fallen, wieder. Sofern sämtliche Feiertage zufällig über die Woche verteilt wären, wäre diese Kompensation langfristig gesehen eine Vollständige. Indes fallen Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt und Pfingstmontag, welche in der Regel als Feiertage gemäss Art. 20a ArG gelten, jedes Jahr auf dieselben Tage der Woche.

Wenn ein Mitarbeitender zum Beispiel mit einem Beschäftigungsgrad von 80% angestellt ist, auf den jedoch 100 % der erwähnten «fixen» Feiertage fallen (vier von vier), werden pro Jahr bei einer Arbeitswoche von 42 h durchschnittlich 6.72 h Stunden nicht automatisch ausgeglichen (Minussaldo: 4 x [8.4 h – 6.72 h] = 6.72 h) und sind – wie gesagt – faktisch vor- oder nachzuholen.

Demnach stellt sich als zweiter Punkt die Frage, ob Art. 20a ArG – wie das SECO auf seiner Webseite sinngemäss festhält – dem Vor- oder Nachholen der Minusstunden tatsächlich entgegensteht. Richtigerweise verweist das Bundesgericht hierzu auf die Lehre, wonach mittels Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag ein vollständiger Ausgleich der ausgefallenen Arbeitszeit infolge Feiertagen erfolgen kann (Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Stämpfeli‘s Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 20a N 13 und N 20). Wie gesehen (Rz. 28 f.) führt die Wertmethode nicht zu einem vollständigen Vor- oder Nachholen der ausgefallenen Arbeitszeit, sondern nur, wenn die Ferientage bei Teilzeitarbeit überproportional auf Arbeitstage fallen. Es erfolgte somit kein vollständiger Ausgleich der ausgefallenen Arbeitszeit. Da aber ein vollständiger Ausgleich gestützt auf eine Vereinbarung gemäss der Lehre zulässig ist, muss ein teilweiser Ausgleich umso mehr zulässig sein. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Wertmethode auch im Privatrecht zumindest gestützt auf eine Vereinbarung im Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag angewendet werden kann.

Gestützt auf den Umstand, dass auch im Privatrecht ein Ausgleich zulässig sein kann, schloss das Bundesverwaltungsgericht, welches ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis zu beurteilen hatte, dass der Bund mit der Anwendung der Wertmethode keine Praxis verfolge, die er Privaten verwehre. Im Ergebnis gelangte das Bundesverwaltungsgericht zur Auffassung, dass die Anwendung der Wertmethode in Bezug auf die Erfassung von Ferientagen in

der Zeiterfassung nicht zu beanstanden sei.

Diese Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist aber nicht unbestritten (Selina Castelberg, Teilzeitarbeit- ein Plädoyer, unter: www.klara.ch, besucht am 7 Januar 2020) und es bleiben Unsicherheiten betreffend die Frage, wie ein Gericht zukünftig in Bezug auf die Anwendung der Wertmethode entscheiden wird. Dies sei der Vollständigkeit halber an dieser Stelle erwähnt.

Es sind zu dieser Thematik seit dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts keine weiteren Urteile – weder betreffend das öffentlich-rechtliche noch das privatrechtliche Anstellungsverhältnis – ergangen und es fand auch keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Fragestellung in der Lehre statt. Daher ist derzeit davon auszugehen, dass in Bezug auf ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis ein Gericht im Streitfall die Zulässigkeit der Wertmethode bejahen wird. Da Anstellungsverhältnisse mit reduziertem Beschäftigungsgrad damit faktisch ein Vor- oder Nachholen von Minusstunden zur Folge haben können und auch angesichts der erwähnten Auffassung des SECO ist zu empfehlen, zukünftig die Wertmethode auch bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen bereits mit dem Arbeitsvertrag schriftlich zu vereinbaren. Denn bei entsprechender Vereinbarung ist auch bei privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen unbestritten, dass auch ein vollständiger Ausgleich der ausgefallenen Arbeitszeit erfolgen darf. Umso mehr muss dies dann für einen teilweisen Ausgleich bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen, wo Art. 20a ArG nicht direkt anwendbar ist, gelten.

Zur Vereinbarkeit der Wertmethode mit Art. 46 ArG
Im Weiteren wird teilweise die Auffassung vertreten, die Wertmethode verstosse gegen das Arbeitsgesetz, da dieses eine korrekte Erfassung der Arbeitszeit und der Absenzen verlange. Art. 46 in Verbindung mit Art. 73 ArGV 1 fordert explizit jedoch keine Erfassung der Absenzen, sondern bloss das Festhalten der geleisteten Arbeitszeit.

Über das Erfassen von Fehlzeiten infolge Feiertagen oder Krankheit lässt sich den gesetzlichen Grundlagen zum Arbeitsgesetz nichts entnehmen. Demnach steht Art. 46 ArG der Wertmethode nicht entgegen.

Zur Vereinbarkeit der Wertmethode mit Art. 324a OR
Gleiches ergibt sich aus der denkbaren Argumentation, Angestellte hätten gemäss Art. 324a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (sofern darauf im Personalreglement verwiesen wird) bei Krankheit Anspruch auf den vollen – und nicht auf einen reduzierten – Lohn, woraus folge, dass einem Angestellten im Krankheitsfall die Zeit so gutgeschrieben werden müsse, wie wenn er gearbeitet hätte.

Bei der Anwendung der Wertmethode wird der Lohnanspruch nicht tangiert. Grundsätzlich erhält der Teilzeitmitarbeitende auch bei Krankheit den vollen Lohn.

Fazit
Die Anwendung der Wertmethode bei Teilzeitarbeitenden ist verbreitet (Selina Castelberg, Teilzeitarbeit- ein Plädoyer, unter: www.klara.ch, besucht am 7 Januar 2020; Muss mir der Chef den ganzen Feiertag gutschreiben, unter: tagesanzeiger.ch, besucht am 7. Januar 2020) und es spricht aus rechtlicher Sicht – gerade gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgericht bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen – im Grundsatz nichts gegen deren Anwendung. Tendenziell ist die Zeitmethode aus rechtlicher Sicht zwar weniger angreifbar, die Wertmethode führt aber ebenfalls zu befriedigenden Ergebnissen – nur mischen sollte man die beiden nicht.

Causa «Ritzmann» – Praxisänderung?

geschrieben von Lea Sturm | August 26, 2020

Das Verwaltungsgericht Zürich entschied mit seinem Urteil vom 14. November 2019, dass die von der Universität Zürich im Zusammenhang mit der sog. «Affäre Mörgeli» ausgesprochene Kündigung von Iris Ritzmann nichtig sei. Sie erscheine gänzlich unmotiviert und willkürlich. Dies hat zur Folge, dass sich die Arbeitnehmerin nach wie vor in einer ungekündigten Anstellung befindet. In seiner Begründung verweist das Verwaltungsgericht auf die Evidenztheorie, misst dabei dem Unrechtsgehalt der Kündigung jedoch eine neue Bedeutung zu.

Die Vorgeschichte

Hintergrund des Urteils ist die sogenannte «Mörgeli-Affäre». Im September 2012 publizierte der «Tages-Anzeiger» einen kritischen Artikel über Christoph Mörgeli als damaligen Kurator des Medizinhistorischen Museums der Universität Zürich. Der Zeitungsbericht erwähnte zwei Berichte, welche die Leistung des damaligen Kurators als mangelhaft bezeichneten. Daraufhin reichte die Universität Strafanzeige gegen unbekannt ein. Die Staatsanwaltschaft erhob in diesem Zusammenhang Beweismittel gegen die damalige Mitarbeiterin des Medizinhistorischen Instituts Iris Ritzmann, welche der Amtsgeheimnisverletzung verdächtigt wurde.

Im Oktober 2013 wurde das Anstellungsverhältnis von Iris Ritzmann seitens der Universität Zürich aufgelöst. Der dagegen erhobene Rekurs wurde im Januar 2015 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens sistiert. Das Bezirksgericht sprach Iris Ritzmann vom Vorwurf der mehrfachen Amtsgeheimnisverletzung frei. Der Entscheid wurde damit begründet, dass die gegen die Angeklagte erhobenen

Beweismittel unrechtmässig erhoben worden und somit nicht verwertbar seien. Dies wurde im November 2016 vom Bundesgericht bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 1B_26/2016 vom 29. November 2016).

In der Folge wurde das Rekursverfahren betreffend die Kündigung wieder aufgenommen. Im Februar 2019 entschied die Rekurskommission, die Kündigung sei formell mangelhaft erfolgt, und der Rekurrentin seien zwei Monatslöhne als Entschädigung zuzusprechen. Inhaltlich wurde die Kündigung nicht beanstandet. Auch diesen Entscheid zog Iris Ritzmann mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht Zürich weiter und beantragte in der Hauptsache die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung und ihren Anspruch auf Weiterbeschäftigung.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts

Verwertungsverbot rechtswidrig erlangter Beweismittel

Während die Rekurskommission entschieden hatte, dass die im Strafverfahren unrechtmässig erlangten Beweismittel im personalrechtlichen Verfahren verwendet werden dürften, weil das Interesse an der Wahrheitsfindung das entgegenstehende Interesse der Betroffenen am Schutz des Fernmeldegeheimnisses überwiege, vertritt das Verwaltungsgericht nun die gegenteilige Auffassung.

Das Verwaltungsgericht hält in seinem Entscheid fest, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich ein Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweismittel bestehe. Dies leite sich direkt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren ab (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung). Das Verbot gelte nicht absolut. Es müsse stets eine Güterabwägung zwischen dem Interesse der betroffenen Person, ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel nicht zu ihren Lasten zu verwenden, und dem öffentlichen Interesse an einer Verwendung des fraglichen Beweismittels

vorgenommen werden. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, ob das fragliche Beweismittel auch rechtmässig hätte erlangt werden können. Dies wurde vom Verwaltungsgericht in vorliegendem Fall verneint. Weiter folgerte das Verwaltungsgericht, dass der konkrete Verdacht gegen die entlassene Mitarbeiterin aber nur aufgrund dieser unrechtmässigen Beweismittel gegründet habe. Somit käme es einem Zirkelschluss gleich, wenn einer Mitarbeiterin gestützt auf rechtswidrig erlangte Beweise gekündigt werde und im Nachhinein geltend gemacht werde, diese Beweise seien trotz ihrer rechtswidrigen Beschaffung zu berücksichtigen, da man sonst nicht wissen könne, ob der richtigen Mitarbeiterin gekündigt worden sei. Ohne die fraglichen Beweismittel, so das Verwaltungsgericht, bestünde diese Unsicherheit gar nicht.

Nichtigkeit der Kündigung

Im Weiteren verweist das Verwaltungsgericht auf seine Rechtsprechung, wonach grundsätzlich kein Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung bestehe. In der Regel könne lediglich die Unrechtmässigkeit einer Kündigung festgestellt und eine Entschädigung zugesprochen werden. Dies gelte nur dann nicht, wenn sich die angefochtene Kündigungsverfügung als nichtig erweise. Die Nichtigkeit bestimme sich nach der sog. Evidenztheorie, wonach ein schwerwiegender Rechtsfehler vorhanden sein muss, welcher offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt. Dies sei namentlich bei schwerwiegenden Verfahrensund Formfehlern der Fall und selten bei ausserordentlich schwerwiegenden inhaltlichen Mängeln. Die strenge Praxis rühre unter anderem daher, dass der gesetzgeberische Wille, keinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, nicht umgangen werden soll.

Im vorliegenden Fall kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass eine Kündigung, für die aufgrund der verwertbaren

Beweisergebnisse, kein einziger Kündigungsgrund ersichtlich ist, gänzlich unmotiviert und willkürlich erscheine. Die schwerwiegende materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung führe zur Nichtigkeit. Anders zu entscheiden, hätte im Ergebnis zur Folge, dass unrechtmässig erlangte und damit grundsätzlich unverwertbare Beweismittel trotzdem Berücksichtigung finden würden. Dies sei rechtsstaatlich nicht hinnehmbar.

Fazit und Anmerkungen

Mangelhafte Verfügungen sind in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Nichtigkeit ist nur ausnahmsweise anzunehmen – diese Fälle sind selten – und damit ist das vorliegende Urteil von zentralem Interesse. Gemäss der vom Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeführten Evidenztheorie nämlich dann, wenn der Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.

Vorliegend sieht das Verwaltungsgericht den Mangel der Kündigung darin, dass sich diese ausschliesslich auf rechtswidrig erlangte Beweismittel stützt, ohne dass ihnen ein überwiegendes öffentliches Interesse zukomme. Dass dieser Mangel für Laien offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, darf bezweifelt werden, da dazu eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Im Rahmen der Interessenabwägung wäre durchaus auch ein anderes Ergebnis vertretbar. Folgt man der Evidenztheorie, würde es damit bereits an einer für eine Nichtigkeitsannahme notwendigen Voraussetzung fehlen, und das Gericht wäre gehalten, lediglich noch die Unrechtmässigkeit festzustellen und eine Entschädigung zuzusprechen. Vorliegend fügt das Gericht dem bisherigen Prüfschema jedoch einen weiteren Aspekt hinzu, indem es den Unrechtsgehalt der Kündigung analysiert. So kommt das Verwaltungsgericht im vorliegenden Einzelfall zum Schluss,

dass «die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer wiegt, dass eine blosse Feststellung der Unrechtmässigkeit und die Zusprechung einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermöchten». Damit trägt das Verwaltungsgericht der Kritik an der Rechtsfolge bei ungerechtfertigten Kündigungen Rechnung, wonach der meist auf sechs Monatsgehälter limitierte Entschädigungsanspruch bei krass missbräuchlichen Kündigungen zu kurz greife.

Ob mit dem Urteil «Ritzmann» diesbezüglich tatsächlich eine neue Praxis eingeleitet wurde, bleibt vorerst abzuwarten. Sollte das Bundesgericht das verwaltungsgerichtliche Urteil bestätigen, wird dem Unrechtsgehalt einer missbräuchlichen Kündigung künftig eine erhöhte Bedeutung zukommen. Kriterien, nach welchen missbräuchliche Kündigungen, die eine Entschädigungspflicht auslösen, von solchen zu unterscheiden sind, die eine Weiterbeschäftigung zur Folge haben, müssten von der Rechtsprechung entwickelt werden.

Anmerkung

Die Universität Zürich hat das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen, um den Entscheid, die Kündigung sei nichtig und damit nicht gültig, überprüfen zu lassen.

Digitalisierung

geschrieben von Lea Sturm | August 26, 2020

Die sogenannte Digitalisierung verändert nicht nur Produktions- und Vertriebsformen, sie hat auch einen grossen Einfluss auf die Arbeit an sich. Durch die Innovationen der digitalisierten Arbeitswelt wird die Arbeit zusehends von Raum und Zeit entkoppelt. Immer mehr werden flexible Arbeitszeiten

geboten und auch gefordert. Was seitens der Arbeitnehmenden zunächst die Hoffnung nach mehr Mobilität und Selbstbestimmung im Alltag weckt, führt zunehmend zu einer Belastung. Besteht die Erwartungshaltung ständig verfügbar zu sein, bleibt die angestrebte Selbstbestimmung aus und weicht zusätzlichem Druck und Belastung. Die Folge ist Stress, der sich negativ auf die Gesundheit auswirkt.

Einleitung

Die anhaltende Digitalisierung, insbesondere die technischen Innovationen im Bereich der Kommunikationswege und -prozesse fördern den Trend hin zu flexiblen Arbeitszeitmodellen zunehmend. Sowohl seitens der Arbeitnehmenden als auch von Arbeitgeberseite werden zunehmend flexible Arbeitszeiten gefordert. Neben dem bekannten Gleitzeitmodell sind weitere sogenannte flexible Arbeitsmodelle wie Jahres- oder Lebensarbeitszeit bis hin zur Vertrauensarbeitszeit nicht aus der Arbeitswelt wegzudenken. In diesem Zusammenhang fällt auch der Begriff der sogenannten Telearbeit: Arbeitsaufträge können auf Zugfahrten oder von zu Hause aus erledigt werden; auch ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten.

Gemäss einer repräsentativen Studie des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) im Jahr 2012 hatten bereits im Jahr 2010 rund 61 Prozent der Arbeitnehmenden flexible Arbeitszeiten. Sie ermöglichen Arbeitnehmenden Gestaltungsmöglichkeiten und Autonomie hinsichtlich ihrer Arbeits- und Freizeit. Bei rund 17 Prozent dieser Arbeitnehmenden wird die Arbeitszeit gemäss der genannten Studie aber weder erfasst noch dokumentiert. Als weiteres Ergebnis ist der Studie zu entnehmen, dass Arbeitnehmende mit einem flexiblen Arbeitszeitenmodell grundsätzlich mehr arbeiten, als vertraglich vereinbart wurde. Arbeitnehmende ohne Zeiterfassung sogar markant mehr und zusätzlich auch deutlich öfter in ihrer Freizeit.

Darin liegt für die Arbeitnehmenden die grösste Gefahr dieser Entwicklung. Regelmässig fällt seitens der Arbeitnehmenden

Kritik an der ständigen Erreichbarkeit ausserhalb der regulären Arbeitszeiten und die dadurch hervorgehende Vermischung von Arbeits- und Freizeit. Die niederschwelligen technischen Möglichkeiten lassen die Arbeitnehmenden dazu verleiten, etwaige Anfragen per E-Mail auch ausserhalb der regulären Arbeitszeiten sofort zu beantworten. Seitens der Arbeitgeber wird dies auch immer mehr erwartet.

Insofern hängt die Digitalisierung in diesem Kontext eng mit der Organisation der Arbeitszeit zusammen. Die Erfassung der Arbeitszeit und die Eigenverantwortung der Arbeitnehmenden sind dabei von zentraler Wichtigkeit.

Es drängt sich daher auf, nachfolgend vom Sinn und Zweck einer gesetzlichen Arbeitszeitenregelung ausgehend, einen kurzen Überblick über die heutige gesetzliche Arbeitszeitenregelung zu geben und im Anschluss auf ihre Eignung in Bezug auf die Digitalisierungsfolgen einzugehen.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Arbeitszeitenregelung

Das am 1. Februar 1966 in Kraft getretene Arbeitsgesetz wurde aufgrund einer Volksinitiative erlassen, mit der die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit verkürzt werden sollte. Eines der Hauptziele des Gesetzes war es, die gesetzlichen Regelungen den damaligen Verhältnissen und Bedürfnissen anzupassen.[1] Unter anderem bestand die Notwendigkeit, die Arbeitszeit zu regeln, insbesondere zu beschränken, um die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten.

Die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit ist auch heute im Kontext des Gesundheitsschutzes zu sehen. In Art. 6 Abs. 1 ArG der heute geltenden Gesetzesfassung heisst es, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, alle Massnahmen zu treffen, die zum Schutz der Arbeitnehmergesundheit notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des

Betriebes angemessen sind. Die Pflicht, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen, liegt somit auch in der Pflicht der jeweiligen Arbeitgeber.

Rechtliche Grundlagen der Arbeitszeit im Überblick

Vorbemerkung

Bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen sind die Bestimmungen des jeweiligen Personalgesetzes massgebend. Oft lauten die Bestimmungen ähnlich oder verweisen direkt auf das Arbeitsgesetz, obwohl dieses nicht direkt auf öffentliche Verwaltungen anwendbar ist. Aus diesem Grund wird nachfolgend auf die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes Bezug genommen.

Definition der Arbeitszeit

Das Gesetz definiert die Arbeitszeit als die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; der Weg zu und von der Arbeit gilt nicht als Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 1 Verordnung zum Arbeitsgesetz [ArGV 1]). Ist die Arbeit ausserhalb des Arbeitsortes zu leisten, an dem der Arbeitnehmer normalerweise seine Arbeit verrichtet, und fällt dadurch die Wegzeit länger als üblich aus, so stellt die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Die wöchentliche Höchstarbeitszeit wird durch das Gesetz auf grundsätzlich 45 Stunden begrenzt (Art. 9 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes [ArG]). Sodann bestimmt das Gesetz Ausnahmetatbestände, definiert die notwendigen Voraussetzungen und legt fest, wie allfällige Überzeitarbeiten zu entschädigen sind (Art. 9 Abs. 3 bis 4, Art. 12 ArG).

Überstunden und Überzeit

Wird die vertraglich festgelegte oder die übliche Arbeitszeit überschritten, spricht man von Über-stundenarbeit. Die Überzeitarbeit beginnt dann, wenn die vom ArG vorgeschriebene Höchstarbeitszeit überschritten wird. Die Unterscheidung ist wichtig, weil Überstunden abweichend vom gesetzlichen Standard vertraglich geregelt werden können, Überzeit jedoch nicht.

Arbeitszeit und Ruhezeit

Die Zeiten, während derer Arbeitnehmende grundsätzlich tätig sein dürfen, sind gesetzlich festgelegt. Es gibt sogenannte Tagesarbeit (von 6 Uhr bis 20 Uhr) und Abendarbeit (von 20 Uhr bis 23 Uhr), die beide bewilligungsfrei sind. Die Nachtarbeit sowie die Arbeit an Sonn- und Feiertagen sind verboten (Art. 16 ArG); Ausnahmen sind nur unter strengen Voraussetzungen möglich (Art. 17 ArG; Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1).

Das Gesetz regelt auch die Pausen zur Unterbrechung der Arbeit. Pausen gelten nur dann als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmenden ihren Arbeitsplatz, d.h. den Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes, an dem sie sich zur Ausführung der ihnen zugewiesenen Arbeit aufzuhalten haben, nicht verlassen dürfen (Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1).

Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung auf die digitale Arbeit

Bereits der zeitliche Kontext, in welchem das ArG entstand, zeigt, dass die gesetzliche Regelung der Arbeitszeit auf dem Verständnis beruht, dass die Arbeitnehmenden ihre Tätigkeit an einem zugewiesenen Arbeitsplatz zu bestimmten Zeiten verrichten. Das Recht geht davon aus, dass die Arbeit an einem bestimmten Ort verrichtet wird. Die heutigen Möglichkeiten im Zusammenhang mit den digitalen Hilfsmitteln wie Handys, Laptops, Tablets etc., die es den Arbeitnehmenden ermöglichen – sie allenfalls dazu verpflichten –, die ihnen zugewiesenen

Aufgaben überall und zu jeder Zeit zu erledigen, sind daher gerade nicht explizit abgebildet. Ungeachtet, oder gerade weil der Ruf nach flexiblen Arbeitszeitmodellen auch seitens der Arbeitgeber gross ist, akzentuiert sich das mit den Arbeitszetienregelungen verfolgte Schutzziel jedoch zusehends. So sind nach dem heutigen Verständnis nicht nur diejenigen Tätigkeiten, welche an einem (oder mehreren) zugewiesenen Arbeitsorten verrichtet werden, als Arbeitszeit zu qualifizieren. Die Lehre präzisiert die rechtliche Definition der Arbeitszeit heute auch dahingehend, dass jede Zeitspanne, in welcher der Arbeitnehmende mit Willen des Arbeitgebers eine Arbeitstätigkeit vornimmt, zur Arbeitszeit gehört; unabhängig davon, an welchem Ort und zu welcher Zeit dies geschieht. Umso wichtiger ist es, dass sich der Arbeitgeber, aber auch die Arbeitnehmenden selbst einen Überblick über den Arbeitseinsatz verschaffen. Das derzeit aus rechtlicher Sicht zentrale Mittel ist daher die Arbeitszeiterfassung.

Fazit

Grundsätzlich sind die Arbeitszeiten in den Personalgesetzen, allenfalls mit Verweis auf das Arbeitsgesetz, genau festgelegt. Auch wenn die Personalgesetze und das Arbeitsgesetz keine spezifischen Regeln zur digitalen Welt enthalten, kann eine disziplinierte Arbeitszeiterfassung ein wirksames Instrument zur Verhinderung von gesundheitsgefährdenden Arbeitszeitüberschreitungen darstellen. Dies liegt insbesondere auch in der Verantwortung der Arbeitnehmenden selbst.

Auf der anderen Seite sind auch die Arbeitgeber aufgrund der stetigen Weiterentwicklung gefordert, das Thema Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit der Digitalisierung aufzunehmen und weiterzuverfolgen. Zu denken ist dabei unter anderem an digitale Schulungen, Nutzungsvereinbarungen, interne Weisungen oder sogar Abschaltvorrichtungen oder die Trennung vom Server bzw. die Sperrung des digitalen Zugangs am

Wochenende, nachts und in den Ferien.

Probezeit bei Stellenwechsel – arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

geschrieben von Lea Sturm | August 26, 2020

Im Zuge eines Stellenwechsels innerhalb einer Verwaltungseinheit wurde mit der Arbeitnehmerin A. eine erneute, dreimonatige Probezeit vereinbart. In der Folge wurde der Arbeitnehmerin A. während der Probezeit gekündigt. Für diesen Zeitraum wurde sie krankgeschrieben. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich mit der Frage der Zulässigkeit der zweiten Probezeit sowie den anwendbaren Kündigungs- und Sperrfristen zu beschäftigen.

Sachverhalt

A. trat am 13. Juni 2016 ihre Stelle im Dienst der Luftwaffe (Einsatz Luftwaffe), Gruppe Verteidigung, Kommando Operationen, an. Sie absolvierte die dreimonatige Probezeit erfolgreich, im Anschluss wurden ihre Leistungen nur noch als «genügend» bewertet. Trotz diverser Standortgespräche konnte die Zusammenarbeit nicht verbessert werden. Per 1. März 2018 trat A. eine neue Stelle innerhalb derselben Behörde an. Es wurde ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer (erneuten) Probezeit von drei Monaten vereinbart. Während der (zweiten) Probezeit wurde A. mitgeteilt, dass das Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit aufgelöst werde. Eine einvernehmliche Auflösungsvereinbarung kam nicht zustande. Bevor A. die Verfügung, mit welcher das Arbeitsverhältnis mit einer

Kündigungsfrist von sieben Tagen aufgelöst wurde, zugestellt wurde, teilte sie mit, dass sie krankgeschrieben sei.

A. vertrat den Standpunkt, die Kündigung verletze aufgrund ihrer Erkrankung die gesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften, welchen sie als mehrjährige Mitarbeiterin unterstehe. Darüber hinaus sei die erneute Probezeit und damit die siebentägige Kündigungsfrist unzulässig. Der Arbeitgeber vertrat demgegenüber die Auffassung, die erneute Probezeit und die daraus resultierende verkürzte Kündigungsfrist sei aufgrund des Stellenwechsels und dem damit verbundenen neuen Aufgabenbereich gerechtfertigt.

Dauer der Probezeit

Das Bundesverwaltungsgericht stellte zunächst fest, dass für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen.

Sodann erläuterte das Bundesverwaltungsgericht Sinn und Zweck der Probezeit gemäss der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Die Probezeit diene einerseits dem Arbeitnehmer, um einen Eindruck vom Arbeitsumfeld zu gewinnen. Andererseits soll sie dem Arbeitgeber ermöglichen, die Eignung und die Fähigkeiten des neuen Arbeitnehmers zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund schliesse auch Art. 29 Abs. 2 Bundespersonalgesetz (BPG) eine zweite Probezeit nach einem internen Stellenwechsel nicht explizit aus. Eine erneute Probezeit sei jedoch nur dann zulässig, wenn zwischen den bestehenden Parteien von einem neuen Arbeitsverhältnis ausgegangen werden könne. Dies sei insbesondere nach einem längeren Arbeitsunterbruch oder bei der Übernahme einer völlig neuen Funktion der Fall. Eine erneute Probezeit bilde also die Ausnahme.

In öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen müsse die

Ansetzung einer erneuten Probezeit auch zwingend verhältnismässig sein. Das heisst, die Ansetzung einer zweiten Probezeit muss geeignet sein, um das mit ihr verfolgte Ziel auch tatsächlich zu erreichen, und es muss sich um das mildeste Mittel handeln. Letztlich muss das angestrebte Ziel auch in einer vernünftigen Relation zur gewählten Massnahme, also der erneuten Probezeit, stehen.

Im vorliegenden Fall stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die erneute Probezeit zwar ein geeignetes Mittel dafür darstellte, dass A. ihr neues Arbeitsumfeld kennenlernen konnte und ihre Leistungen durch den Arbeitgeber überprüft werden konnten. Aus der Gegenüberstellung der Anforderungsprofile der beiden Aufgabenbereiche sei jedoch keine Erforderlichkeit für eine zweite Probezeit ersichtlich. Für beide Stellen werde eine vergleichbare Grundbildung verlangt, und auch die Entlöhnung sei praktisch identisch. Darüber hinaus würden für die erste Stelle spezifische Fachkenntnisse verlangt, welche für die zweite Stelle nicht erforderlich seien. Somit lägen die Anforderungen der zweiten Arbeitsstelle sogar deutlich unter denjenigen der ersten.

Die Probezeit erscheine, insbesondere vor dem Hintergrund, dass A. in ihrer ersten Arbeitsstelle bereits mehr als zwei Jahre tätig war und sie bereits vom ordentlichen Kündigungsschutz profitiert habe, als unzumutbar. Insgesamt sei das private Interesse von A. am ordentlichen Kündigungsschutz höher zu gewichten als das Interesse des Arbeitgebers, die Fähigkeiten von A. einer erneuten Überprüfung zu unterziehen bzw. das Interesse des Arbeitgebers an der kurzen Kündigungsfrist.

Als Zwischenergebnis erwies sich somit sowohl die erneute Ansetzung der Probezeit als auch die mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen ausgesprochene Kündigung als rechtswidrig.

Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Im Weiteren hatte das Bundesverwaltungsgericht zu klären, ob die Kündigung im vorliegenden Fall nichtig war, da sie aufgrund der Erkrankung von A. während einer gesetzlichen Sperrfrist ausgesprochen wurde.

Dazu führte das Bundesverwaltungsgericht in analoger Anwendung von Art. 336c OR aus, dass einem Arbeitnehmer, der ohne eigenes Verschulden durch Unfall oder Krankheit ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, nicht gekündigt werden dürfe. Eine Kündigung während einer solchen sogenannten Sperrfrist sei qualifiziert rechtswidrig und damit grundsätzlich nichtig.

Interessant sind die weiteren Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur sogenannten arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, worunter eine Verhinderung der Arbeitsleistung verstanden wird, die sich auf einen konkreten Arbeitsplatz beschränkt, während im Übrigen und insbesondere auch im Privatleben kaum Einschränkungen bestehen. Liegt eine solche arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor, greift der Kündigungsschutz von Art. 336c OR nämlich ausnahmsweise nicht.

Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes, so das Gericht, sei, «die Arbeitnehmenden in den Zeiten, in denen sie in der Regel kaum Chancen bei der Stellensuche haben, weil sie von einem Arbeitgeber in Kenntnis des Grundes der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würden, vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes zu schützen». Bei einer allgemeinen Arbeitsunfähigkeit, das heisst, bei unverschuldeter, vollständiger Verhinderung an der Arbeitsleistung durch Krankheit oder Unfall und einer analog eingeschränkten Einsatzfähigkeit im Privatleben, sei der Arbeitnehmer für einen bestimmten im Gesetz definierten Zeitraum geschützt. Handle es sich demgegenüber um eine sogenannte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, also eine

Verhinderung der Arbeitsleistung bezogen auf den Arbeitsplatz, sei der Arbeitnehmende ausserhalb der konkreten Arbeitsstelle normal einsatzfähig und insbesondere nicht daran gehindert, eine andere Stelle zu finden und anzutreten. Mit anderen Worten bedürfe ein Arbeitnehmender, bei welchem eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliege, nicht des gesetzlichen Schutzes. Ob es sich in einem konkreten Fall um eine arbeitsplatzbezogene oder eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit handle, müsse jeweils anhand medizinischer Untersuchungen und Gutachten beurteilt werden. Die Beweispflicht für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liege gemäss der allgemeinen Beweislastregel nach Art. 8 ZGB beim Arbeitgeber, und für das Beweismass gelte ebenfalls das «Regelbeweismass der an Sicherheit geltenden Wahrscheinlichkeit».

Vorliegend verneinte das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, da der vom Arbeitgeber beigezogene Vertrauensarzt sich lediglich auf ärztliche Berichte betreffend vorbestandener Gesundheitsstörungen gestützt habe und weder eine medizinische Untersuchung von A. vorgenommen, noch mit ihr über die konkrete Arbeitssituation gesprochen habe. Der Beweis, es habe sich bei der Gesundheitsstörung von A. lediglich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gehandelt, sei daher nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gelungen.

Anmerkungen

Grundsätzlich darf eine Probezeit höchstens bis zu der gesetzlich festgelegten Höchstdauer vereinbart werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht im vorgestellten Urteil eingangs feststellt, ist auch eine zweite Probezeit grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme für eine Vereinbarung über eine zweite Probezeit im Zuge eines internen Stellenwechsels fällt nur dann in Betracht, wenn die neue Stelle andere, höhere

Anforderungen an den Arbeitnehmenden stellt. Dafür ist stets eine einzelfallbezogene Überprüfung der fraglichen Stellenprofile vorzunehmen. Nebst den notwendigen Fachkenntnissen und der dafür verlangten Grundbildung sind insbesondere auch allfällige Arbeitserfahrungen des Arbeitsnehmenden in die Prüfung miteinzubeziehen, zumal eine zweite Probezeit im Bereich des öffentlichen Rechts auch stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen hat. Eine zweite Probezeit muss also nicht nur geeignet sein, die Fähigkeiten des Arbeitnehmenden zu prüfen, vielmehr muss diese auch notwendig sein. Selbst wenn eine neue Stelle im Vergleich zur ersteren allenfalls weitere Fachkenntnisse verlangt, ist eine zweite Probezeit je nach Erfahrung des betreffenden Arbeitnehmenden nicht notwendig bzw. unverhältnismässig. Bleibt das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei einem Stellenwechsel an sich unverändert, besteht keine Grundlage für eine erneute Probezeit und die damit verbundenen erleichterten Kündigungsbedingungen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass mittels einer erneuten Probezeit gesetzliche Kündigungsfristen und Schutzbestimmungen umgangen werden. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund brisant, dass eine Kündigung während der Probezeit auch dann möglich ist, wenn ein langjähriger Mitarbeitender unglücklicherweise während der zweiten Probezeit erkrankt oder schwanger wird. Es würde sich dabei wohl die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit stellen, aber der Kündigungsschutz im Sinne der Sperrfristen für die Arbeitnehmenden greift erst nach Ablauf der (zweiten) Probezeit. Um allfälligen Missbräuchen oder Rechtsungleichheiten vorzubeugen, wird im Bereich des öffentlichen Rechts bereits auf Verordnungsstufe immer mehr vorgesehen, dass bei einem Stellenwechsel innerhalb einer Verwaltungseinheit grundsätzlich keine neue Probezeit vereinbart werden darf (vgl. Art. 29 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals und Ausführungsbestimmungen der Stadt Zürich).

Ein in den letzten Jahren zunehmendes Phänomen stellt die

sogenannte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit dar, mit welchem sich das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls befasst hat. Arbeitgeber sehen sich gehäuft damit konfrontiert, dass sich Arbeitnehmende nach einer Konfliktsituation am Arbeitsplatz oder im Zusammenhang mit einer angekündigten oder bereits ausgesprochenen Kündigung aus psychischen Gründen krankschreiben lassen. Nicht selten kommen seitens der Arbeitgeber Zweifel an der plötzlich aufgetretenen Arbeitsunfähigkeit auf.

Wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausführte, ist die gesetzlich definierte Sperrfrist auf Fälle von allgemeinen und nicht rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeiten ausgerichtet. Vermutet der Arbeitgeber eine rein arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit und will eine Kündigung aussprechen, liegt die Beweislast bei ihm. Im Streitfall liegt es somit am Arbeitgeber, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass es sich im konkreten Fall um eine rein arbeitsplatzbezogene Einschränkung handelt. Es ist naturgemäss schwierig, diesen Beweis zu erbringen. Zumal sich auch ein allfälliger Vertrauensarzt im Rahmen der Beurteilung der fraglichen psychischen Beeinträchtigungen unter anderem auf kaum überprüfbare Angaben des Patienten abstützen muss. Wie dem vorliegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu entnehmen ist, stehen auch den Gerichten in solchen Situationen kaum andere Optionen offen, als sich bei der Beurteilung und Einschätzung einer strittigen arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit auf die entsprechenden ärztlichen Gutachten abzustützen. Aus diesem Grund dürften Fälle, in denen der Sperrfristenschutz nicht anwendbar ist, weiterhin die Ausnahme bilden.

Treuwidrigkeiten nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages

geschrieben von Goran Seferovic | August 26, 2020

Mit seinem Urteil 8C_75/2019 vom 17. Mai 2019 bestätigt das Bundesgericht seine strenge Praxis bei der Anerkennung eines Grundlagenirrtums bei Aufhebungsvereinbarungen, welche auch im öffentlichen Personalrecht eine grosse Bedeutung haben. Demnach kann eine Arbeitgeberin keinen Grundlagenirrtum geltend machen, wenn sich der Arbeitnehmer nach Abschluss des Aufhebungsvertrages treuwidrig verhält.

Das Bundesgericht hatte sich mit dem Fall eines leitenden Angestellten einer überkommunalen Anstalt im Kanton Zürich zu beschäftigen. Kurz nach der Kündigung durch die Arbeitgeberin schlossen die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung, welche dem Arbeitnehmer unter anderem eine Entschädigung von Fr. 75’000 zusprach. Während der Kündigungsfrist warf die Anstalt dem Arbeitnehmer aber vor, grosse Mengen geschäftlicher Daten auf einen privaten USB-Stick kopiert zu haben. Nachdem die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer das rechtliche Gehör eingeräumt hatte, stellte sie diesen per sofort frei. Rund fünf Wochen später erliess sie zudem eine Verfügung, worin sie die Entschädigung zufolge Irrtums widerrief.

Der Bezirksrat wies den vom Arbeitnehmer eingereichten Rekurs ab, das Zürcher Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde des Arbeitnehmers hingegen gut (VB.2018.00368). Gegen diesen Entscheid gelangte wiederum die Arbeitgeberin mit Beschwerde ans Bundesgericht.

Aufhebungsverträge sind auch im Bereich des öffentlichen Personalrechts grundsätzlich zulässig, soweit das öffentliche Recht dafür Raum lässt. In Bezug auf allfällige Willensmängel

sind solche verwaltungsrechtlichen Verträge nach den analog anwendbaren Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurteilen (Art. 23 ff. OR). Die Arbeitgeberin machte denn auch einen Grundlagenirrtum geltend: Sie hätte den Vertrag nicht abgeschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass der Arbeitnehmer sich während der Kündigungsfrist treuwidrig verhalten würde. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr fehle es damit sowohl subjektiv als auch objektiv betrachtet an einer notwendigen Grundlage des Vertrags (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

Wie weit auch falsche Vorstellungen über zukünftige Sachverhalte einen Grundlagenirrtum begründen können, ist in der Lehre jedoch umstritten. Das Bundesgericht erachtet einen solchen Irrtum nur dann als wesentlich, wenn es sich nicht bloss um spekulative Erwartungen handelt, etwa die Vorstellung, eine Person bewähre sich in der ihr zugedachten Funktion. Entsprechend bestätigte das Bundesgericht auch den Entscheid der Vorinstanz. Wenn eine Arbeitgeberin davon ausgeht, ein Arbeitnehmer beachte in der restlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses seine Treuepflicht, so handle es sich dabei um eine unsichere Erwartung, welche nicht notwendigerweise einen Grundlagenirrtum begründen könne.

Mit der Bestätigung der strengen Anforderungen an die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums beim Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung bestärkt das Bundesgericht die auch in der Praxis des öffentlichen Personalrechts bedeutsamen Aufhebungsvereinbarungen. Beide Vertragsparteien sollten sich daher vor Abschluss einer solchen Vereinbarung über ihre Rechte und Pflichten bewusst sein, da die nachträgliche Berufung auf einen Grundlagenirrtum hohen Hürden unterliegt.