Probezeit bei Stellenwechsel – arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

geschrieben von Lea Sturm | September 27, 2019

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.