Arbeitsrechtliche Entscheide zu Freistellung, Kündigung und Bewährungsfrist, Kündigung während der Probezeit und Überstunden

geschrieben von Dr. Michael Merker | Dezember 17, 2025

Freistellung im öffentlichen Dienst und rechtliches Gehör

Bei der Freistellung handelt es sich um eine administrative Massnahme, durch welche der Arbeitnehmer freiwillig von seiner Arbeitspflicht entbunden wird, ohne dass der Lohnanspruch entfällt (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 13 zu Art. 324; vgl. MERKER/CONRADIN/HÄGGI FURRER, Öffentliches Personalrecht des Wirtschaftsraums Nordwestschweiz, in: Bürgi/Bürgi-Schneider (Hrsg.), Handbuch öffentliches Personalrecht, 2017, S. 456). Da es sich um einen die betroffene Person *belastenden Entscheid* handelt, ist das rechtliche Gehör auch hier zu wahren.

Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten – Mahnung und Bewährungszeit

Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten ausspricht, muss sie den betreffenden Arbeitnehmer abmahnen und eine Bewährungszeit ansetzen.

Auf eine vorgängige Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden, etwa

– wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR erfüllt sind, mithin
  die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheint,

– wenn ein bestimmter Vorfall derart schwer wiegt, dass selbst ein einwandfreies Verhalten während der
Bewährungszeit nicht genügen würde, um das Vertrauen seitens des Arbeitgebers wiederherzustellen oder
– wenn ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis aus anderen, objektiv nachvollziehbaren Gründen
(beispielsweise bei nicht tolerierbarem Verhalten oder unüberbrückbaren Auffassungen über
Kompetenzen) als nicht wiederherstellbar eingeschätzt wird (vgl. dazu das Urteil des
Bundesgerichts 8C_280/2018 vom 22. Januar 2019, Erw. 3.2.4 und 3.4).

Schliesslich kann von einer Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit auch dann abgesehen werden, wenn aus dem konkreten Verhalten des Beschäftigten hervorgeht, dass sich die Ansetzung einer Bewährungszeit als unnütz erweisen würde, da er unzweideutig erklärt oder auf andere Weise zu verstehen gibt, das bemängelte Verhalten nicht ändern zu wollen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2018.4 vom 20. Februar 2019, Erw. II/3.3).

Kündigung während der Probezeit – Ansetzen Bewährungsfrist?
Die Probezeit soll die Parteien in die Lage versetzen, sich auf die Begründung eines auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses vorzubereiten, indem sie Gelegenheit erhalten, ihr Vertrauensverhältnis zu erproben, festzustellen, ob sie zueinander passen und zu reflektieren, bevor sie sich für einen längeren Zeitraum binden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_370/2021 vom 24. Juni 2021, Erw. 5.1).

Es handelt sich demnach um eine lockere Vertragsbindung, die darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2634/2022 vom 2. August 2023, Erw. 4.2). Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben (vgl.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2022.00092 vom 21. Juni 2022, Erw. 2.1).

Bei der Probezeit handelt es sich selbst um eine Bewährungszeit. Da sie den Parteien die Gelegenheit geben soll, sich im Hinblick auf eine längerfristige Bindung kennenzulernen, entspricht es auch ihrem Wesen, das Arbeitsverhältnis nötigenfalls rasch auflösen zu können, sollten sich bereits in der Probezeit erste Unstimmigkeiten zeigen. Das Ansetzen einer angemessenen, weiteren bzw. zusätzlichen Bewährungszeit von in der Regel mehreren Monaten widerspricht dabei dieser Konzeption einer lockeren vertraglichen Bindung und würde dazu führen, dass eine Kündigung innerhalb der Probezeit faktisch verunmöglicht wird.

Würde man das Erfordernis des Ansetzens einer Bewährungszeit nach erfolgter Mahnung auch auf die Probezeit ausdehnen, hätte dies de facto somit zur Folge, dass das Institut der Probezeit als Ganzes ausgehöhlt würde. Dies soll nicht den Anforderungen der Praxis genügen und wird in der Rechtsprechung abgelehnt.

Kündigung in der Probezeit – Anforderungen an die *sachlichen* Kündigungsgründe

Die Kündigung eines Probearbeitsverhältnisses ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits dann sachlich begründet, wenn aufgrund der Wahrnehmung der vorgesetzten Person(en) die Annahme hinreichend begründet scheint, dass der Ausweis der Fähigkeiten oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Entspricht eine angestellte Person dem Stellenprofil nicht oder kann ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden, erweist sich die Kündigung des Probearbeitsverhältnisses als zulässig (vgl. BGE 120 Ib 134, Erw. 2a; Urteil des Bundesgerichts 8C_467/2013 vom 21. November 2013, Erw. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6870/2017 vom 11. Juni 2018, Erw. 4.3).

Selbst *persönliche Gründe* können für eine Kündigung während der Probezeit ausreichen, wenn sie objektiviert sind, da es bei der Absolvierung der Probezeit nicht zuletzt auch um die Frage der Integrationsfähigkeit einer arbeitnehmenden Person in eine Arbeits- und Teamstruktur sowie in eine Betriebskultur geht (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013, Erw. 4.3; A-6870/2017 vom 11. Juni 2018, Erw. 4.3).

Als Grund genügt die auf Tatsachen beruhende Prognose, zwischen den Vertragsparteien lasse sich mit vernünftigem Aufwand eine befriedigende und fruchtbare Zusammenarbeit nicht erreichen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2020.7 vom 25. Februar 2021, Erw. II/2.1).

Liegen sachliche Kündigungsgründe vor, ist *zusätzlich zu prüfen*, ob nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel geführt hätten und ob sich die Kündigung aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Anliegen rechtfertigen lässt. Namentlich ist das Interesse der Verwaltung an einer störungsfreien und geordneten Arbeitserfüllung gegen das Interesse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin an einer Weiterbeschäftigung abzuwägen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WKL.2020.7 vom 25. Februar 2021, Erw. II/2.1.).

Überstunden
Mit Überstundenarbeit ist die zeitliche Differenz zwischen der geleisteten und der normalen Arbeitszeit gemeint wobei sich die „normale Arbeitszeit“ nach Verabredung, Übung, einem Gesamtarbeitsvertrag oder einem Normalarbeitsvertrag bestimmt.

Überstunden sind nicht nur dann zu leisten, wenn sie vom Arbeitgeber (explizit oder implizit) angeordnet werden. Vielmehr hat sie der Arbeitnehmer von sich aus zu leisten, wenn er deren Notwendigkeit erkennt oder erkennen muss.

Weiss der Arbeitgeber von der Mehrarbeit des Arbeitnehmers und

schreitet nicht dagegen ein, gilt die Mehrarbeit als *angeordnete Überstundenarbeit*. Die vom Arbeitnehmer auf eigene Initiative und ohne das Wissen des Arbeitgebers geleisteten Überstunden braucht sich dieser allerdings nur dann als solche anrechnen zu lassen, wenn er sie nachträglich genehmigt, die Leistung von Überstunden notwendig war oder vom Arbeitnehmer in guten Treuen als notwendig erachtet werden durfte.

Der Arbeitnehmer hat ohne das Wissen des Arbeitgebers geleistete (notwendige) Überstunden und insbesondere das Ausmass der geleisteten Mehrarbeit unverzüglich seinem Arbeitgeber zu melden, damit der Arbeitgeber die betriebswirtschaftlichen Vorkehren zur Vermeidung von Mehrarbeit treffen kann. Andernfalls riskiert der Arbeitnehmer, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, dass sein Anspruch verwirkt ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_403/2018 vom 11. März 2019, Erw. 4.3.1, 4A_484/2017 vom 17. Juli 2018, Erw. 2.3, und 4C.110/2000 vom 9. Oktober 2000, Erw. 2a/aa).

Sobald aber die Arbeitszeit registriert wird und die Protokolle im Besitz des Arbeitgebers sind, wird diesem die Kenntnis der geleisteten Arbeitszeit und damit auch die Kenntnisnahme der vom Angestellten geleisteten Überstunden angelastet. Sofern also mit Arbeitszeitrapporten, Stempelkarten oder vergleichbaren Instrumenten die Arbeitszeit erfasst wird, *entbindet dies den Arbeitnehmer von der Meldepflicht* geleisteter Überstunden.

Legt der Arbeitgeber gegen die in einem Zeiterfassungssystem ausgewiesene Mehrarbeit nicht zeitnah Protest ein, gilt sein Schweigen als nachträgliche Genehmigung und die Mehrarbeit ist zu entschädigen oder kann kompens