# 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.

---

# Beginn der Sperrfrist bei überlanger Kündigungsfrist

geschrieben von Sandra Wittich | September 27, 2019

**Die Schulpflege der Gemeinde B. kündigte im Oktober 2013 das Anstellungsverhältnis mit der Lehrperson A. unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. Juli 2014.**

**Ab November 2013 bis Juli 2014 war A. grösstenteils krankgeschrieben. In der Folge stellte sich die Lehrperson auf den Standpunkt, dass das Anstellungsverhältnis aufgrund der längeren Arbeitsunfähigkeit auf den nächsten Kündigungstermin zu erstrecken sei und stellte die entsprechenden Lohnforderungen. Das angerufene Verwaltungsgericht stützte jedoch die Auffassung der Schulpflege, im vorliegenden Fall sei die Sperrfrist bereits abgelaufen gewesen, als die Kündigungsfrist zu laufen begonnen habe und wies die Klage deshalb ab.**

# A. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau

## 1. Sachverhalt

A. war seit dem 1. Februar 2011 als Lehrperson an einer Sekundarschule im Kanton Aargau angestellt. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 kündigte die Schulpflege der Gemeinde B. aus organisatorischen Gründen das Anstellungsverhältnis mit A. unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. Juli 2014 (Ende Schulhalbjahr). Gemäss Anstellungsvertrag und Gesetz war eine Kündigung nur jeweils auf das Ende eines Schulhalbjahres möglich.

In der Folge war A. vom 28. November bis 20. Dezember 2013, vom 6. bis 20. Januar 2014 sowie vom 8. Februar bis 5. Juli 2014 vollumfänglich sowie vom 5. bis 18. Juli 2014 teilweise (60%) arbeitsunfähig. Ab dem 19. Juli 2014 war er wieder voll arbeitsfähig.

A. stellte sich auf den Standpunkt, während der dreimonatigen Kündigungsfrist krank gewesen zu sein, weshalb die Kündigungsfrist durch die Arbeitsunfähigkeit unterbrochen worden sei. Die Kündigung sei deshalb erst auf den nächsten Kündigungstermin (31. Januar 2015) wirksam geworden.

Dementsprechend verlangte er Lohnfortzahlung bis zum 31.

Januar 2015. Die Schulpflege argumentierte demgegenüber, dass das Anstellungsverhältnis per 31. Juli 2014 beendet worden sei; die durch Krankheit ausgelöste Sperrfrist von 90 Tagen habe bereits am 28. November 2013 zu laufen begonnen und Mitte April 2014 geendet. Die Sperrfrist sei somit zu Beginn der Kündigungsfrist bereits abgelaufen gewesen, weshalb sie keinen Einfluss auf die Kündigungsfrist gehabt habe.

Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichte A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau gegen die Gemeinde B. Klage ein.

## 2. Erwägungen

In seinen Erwägungen hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass die Kündigungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch Rückrechnung zu bestimmen sei. Die Kündigungsfrist beginne nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, sondern sei durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen (BGE 134 III 354, Erw. 2. F.). Die Schulpflege der Gemeinde B. habe das Anstellungsverhältnis mit A. mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 auf den 31. Juli 2014 gekündigt, womit die dreimonatige Kündigungsfrist am 1. Mai 2014 zu laufen begann und am 31. Juli 2014 geendet habe (Erw. 2.3).

Als nächstes prüfte das Verwaltungsgericht den Beginn der Sperrfrist gemäss § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen (GAL; SAR 411.200) vom 17. Dezember 2002 in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) vom 30. März 1911. Dabei kam das Gericht zum Ergebnis, dass die Sperrfrist nach dem Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit beginne. Diese Bestimmung diene jedoch in erster Linie dem Arbeiternehmerschutz, weshalb fraglich sei, ob die grammatikalische Auslegung von Art. 336c Abs. 2 OR tatsächlich dem rechtsverbindlichen Sinn der Bestimmung entspreche. Da Arbeitnehmer im öffentlich-rechtlichen

Arbeitsverhältnis aber nach Ansicht des Gerichts bereits über einen ausreichenden Schutz aufgrund guter Bedingungen betreffend Lohnfortzahlung bei Krankheit oder Unfall und betreffend Kündigungsterminen verfügen würden, sei die grammatikalische Auslegung von Art. 336c Abs. 2 OR auch mit dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung vereinbar. Eine Auslegung gegen den Wortlaut sei nicht angebracht.

Im vorliegenden Fall sei die Sperrfrist damit bereits abgelaufen, als die Kündigungsfrist zu laufen begonnen habe. Das Anstellungsverhältnis habe somit am 31. Juli 2014 geendet.

## B. Bemerkungen

Das Verwaltungsgericht hatte im vorliegenden Fall bei der Entscheidfindung zwei Varianten zu prüfen:

1. Die Sperrfrist gemäss Art. 336c OR beginnt stets mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit unabhängig davon, ob die Kündigungsfrist bereits zu laufen begonnen hat oder nicht.
2. Die Sperrfrist gemäss Art. 336c OR beginnt mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Falls die Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Kündigungsfrist eingetreten ist, beginnt letztere erst mit der Kündigungsfrist.

Das Verwaltungsgericht hat sich schliesslich nach Auslegung von § 7 Abs. 1 GAL i.V.m. Art. 336c Abs. 2 OR für die Variante 1 entschieden. Die Auslegung hat das Ziel, den rechtsverbindlichen Sinn eines Rechtssatzes, über dessen Tragweite Unklarheiten bestehen, zu ermitteln. Auslegung ist dort notwendig, wo der Gesetzeswortlaut nicht klar ist, oder wo Zweifel bestehen, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 175).

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der

Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm, ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 133 V 10 f.).

Verweist ein öffentlich-rechtliches Personalgesetz für einzelne Bereiche auf privatrechtliche Bestimmungen (wie beispielsweise § 7 GAL, wonach für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses die Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar sind), führt dies dazu, dass die privatrechtliche Norm als öffentliches Recht angewendet wird. Dies ist auch bei der Auslegung dieser Bestimmungen zu beachten.

Das Verwaltungsgericht wandte neben der grammatikalischen Auslegung auch die teleologische Auslegung (die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm) an. Gestützt darauf hielt es fest, dass das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung – wonach die Sperrfrist stets mit der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginne – im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmerschutz (Ergebnis der teleologischen Auslegung) vereinbar sei, da der Arbeitnehmerschutz bei solchen Arbeitsverhältnissen durch andere Bestimmungen (besserer Lohnfortzahlungsanspruch) ausreichend gewährleistet wird. Bei einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis müsste sich das beurteilende Gericht von anderen Überlegungen leiten lassen. Diese sind jedoch nicht Teil des vorliegenden Urteils.

## C. Fazit

Das besprochene Urteil ist im Ergebnis richtig. Ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer frühzeitig über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses informiert, soll nicht dadurch «bestraft» werden, dass dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Sperrfrist eingeräumt wird. Das Ergebnis kann für den Arbeitgeber zwar einen gewissen Anreiz darstellen, die Kündigung möglichst früh auszusprechen; dies ist aber hinzunehmen. Die frühzeitige Kündigung liegt auch regelmässig im Interesse des Arbeitnehmers, da ihm auf diese Weise mehr Zeit für die Stellensuche zur Verfügung steht.