

# **BVGer A-3757/2020 vom 16. März 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3757\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3757_2020)

FR: TAF A-3757/2020 du 16 mars 2021

IT: TAF A-3757/2020 del 16 marzo 2021

## **Regeste**

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Bei der angefochtenen Kündigung handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) stammt und direkt beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 36 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes [BPG, SR 172.220.1]). Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 ff. VGG).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Kündigungsverfügung sowohl formell als auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und von Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens, sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Soweit es um die Beurteilung von verwaltungsorganisatorischen Fragen oder Problemen der innerbetrieblichen Zusammenarbeit sowie des Vertrauensverhältnisses geht, auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung des angefochtenen Entscheids (statt vieler Urteile BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 2.1 und A-6825/2017 vom 6. Juli 2018 E. 2.2 m.H.).

### **E. 2.2**

Die Bestimmungen über das Dienstverhältnis des Bundespersonals gelten grundsätzlich auch für das Personal der Vorinstanz (Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die

Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31] und Art. 2 Abs. 1 Bst. d BPG). Ergänzend ist auf die (Ausführungs-)Bestimmungen des erlassenen GAV abzustellen (vgl. Art. 6 Abs. 3 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 BPG). Dagegen ist die Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3) auf das Personal der Vorinstanz - welche für ihren Bereich stattdessen mit den Personalverbänden den GAV abgeschlossen hat - nicht anwendbar (vgl. Art. 6 Abs. 3 und Art. 37 f. BPG; Art. 1 BPV; statt vieler: Urteil des BVGer A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 3). Finden sich weder in den genannten Gesetzen noch im GAV einschlägige Regelungen, ist das Obligationenrecht (OR, SR 220) subsidiär anwendbar (Ziff. 1 Abs. 2 und 3 GAV; Urteil des BVGer A-2588/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 3.2 m.H.).

### **E. 3.1**

Vorab macht der Beschwerdeführer geltend, die angefochtene Kündigungsverfügung sei nicht von zeichnungsberechtigten Personen unterzeichnet worden und deshalb bereits aus formellen Gründen nichtig.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz führt hierzu aus, dass die Personen, welche die Verfügung unterzeichnet hätten, zur Vertretung legitimiert seien, ohne dass es dafür eines Eintrags im Handelsregister bedürfe. Sie führt jedoch nicht näher aus, woraus sich deren Unterschriftenberechtigung ergibt.

### **E. 3.3**

Eine Unterschrift ist nach der Rechtsprechung nicht von Bundesrechts wegen Gültigkeitserfordernis für eine Verfügung, solange das anwendbare Recht sie nicht ausdrücklich verlangt (vgl. Urteil des BGer 1P.330/2000 vom 12. Dezember 2000 E. 3b; Urteil des BVGer A-6102/2019 vom 23. März 2020 E. 5.2, je mit Hinweisen). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat schriftlich zu erfolgen (Art. 13 BPG). Können sich die Parteien über die Beendigung nicht einigen, so kündigt der Arbeitgeber in Form einer Verfügung (Art. 34 Abs. 1 BPG). Verfügungen sind den Parteien schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG). Diese Regelung statuiert die Schriftform, bestimmt aber nicht im Einzelnen, worauf sich die Schriftlichkeit bezieht bzw. welche Elemente die schriftliche Verfügung enthalten muss (vgl. Kneubühler/Pedretti in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 34 N 8; Uhlmann/Schilling-Schwank, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 34 Rz. 8, je mit Hinweisen). Steht wie vorliegend die Unterschriftenberechtigung der an einer unterzeichneten Verfügung mitwirkenden Personen im Streit, erachtet das Bundesverwaltungsgericht letztlich als massgebend, dass die Berufung auf einen Formmangel - sofern bei fehlender Unterschrift überhaupt ein solcher vorläge - durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt wird: Entscheidend ist, ob einer Partei aus der mangelhaften Eröffnung (Art. 38 VwVG) ein Nachteil erwachsen ist. Dies ist zu verneinen, wenn der Betroffene durch die falsche oder fehlende Unterschrift nicht irregeführt und nicht benachteiligt wurde (vgl. Urteile des BVGer A-6102/2019 vom 23. März 2020 E. 5.2 mit Hinweisen, A-2588/2013 vom 4. Februar 2016 E. 2.6; A-4580/2007 vom 17. Januar 2008 E. 3.2). Es ist im vorliegenden Fall weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Unterzeichnung der Kündigung durch allenfalls nicht unterschriftsberechtigte Personen irregeführt worden wäre oder ihm dadurch Nachteile entstanden wären. Es erübrigt sich deshalb zu prüfen, ob den betreffenden Personen die

Unterschriftsberechtigung zusteht und welche Bedeutung deren Fehlen für die Formgültigkeit der Kündigung des personalrechtlichen Arbeitsverhältnisses hätte. Ebenso wenig besteht Anlass, den Entscheid aus formellen Gründen aufzuheben.

#### **E. 4**

Im Weiteren streitig und zu prüfen ist, ob die verfügte Kündigung noch während der Probezeit oder erst nach deren Ablauf erfolgte.

##### **E. 4.1**

Das Ergebnis dieser Prüfung ist von Bedeutung für die Beurteilung, ob die Kündigung missbräuchlich ist (E. 6) und ob die Vorinstanz die Verfahrensvorschriften gewahrt hat (E. 7). Ebenfalls hängt davon ab, welche Anforderungen an das Bestehen von (sachlichen) Gründen für die Kündigung zu stellen sind (E. 8) und ob die Vorinstanz Lohn über die Probezeit hinaus bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist schuldet (E. 9).

##### **E. 4.2**

Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von sieben Tagen gekündigt werden (Ziff. 174 Abs. 1 GAV). Nach Ablauf der Probezeit kann es hingegen - in den ersten fünf Anstellungsjahren - mit einer Mindestfrist von drei Monaten und nur auf ein Monatsende aufgelöst werden (Ziff. 174 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Bst. a GAV).

##### **E. 4.3**

Nach Auffassung der Vorinstanz ist bereits die Kündigungsverfügung vom 12. Juni 2020 während der Probezeit zugestellt worden. Diese habe am 15. Juni 2020 geendet. Am gleichen Tag sei die am 13. Juni 2020 per Einschreiben versandte Verfügung dem Beschwerdeführer zugegangen und habe Wirkung entfaltet. Bei der Kündigung handle es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sowohl beim Beschwerdeführer als auch seinem Vertreter sei am 15. Juni 2020 eine Abholungseinladung betreffend die Verfügung eingegangen. Könne ein eingeschriebener Kündigungsbrief nicht zugestellt werden, gelte er beim Empfänger als eingetroffen, wenn er auf dem Postamt abholbereit sei. Da sich die Probezeit zudem nach Art. 335b Abs. 3 OR aufgrund der Krankheit des Beschwerdeführers vom 15. - 19. Juni 2020 bis am 22. Juni 2020 verlängert habe, sei die mit Datum vom 22. Juni 2020 versehene Verfügung ebenfalls noch während der Probezeit persönlich übergeben worden. Dieser Verfügung komme aber nur informativer Charakter zu, da bereits diejenige vom 12. Juni 2020 das Arbeitsverhältnis aufgelöst habe. Ein bereits gekündigtes Arbeitsverhältnis könne nicht nochmals gekündigt werden.

##### **E. 4.4**

Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, die Kündigung sei nach Ablauf der Probezeit erfolgt. Die Kündigungsverfügung datiere vom 22. Juni 2020 und sei ihm am gleichen Tag durch persönliche Übergabe eröffnet worden. Diese Kündigung habe diejenige vom 12. Juni 2020 ersetzt, da letztere ihm erst am 23. Juni 2020, d.h. am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch, eröffnet worden sei. Die Probezeit sei am 22. Juni 2020, nachdem sie am 15. Juni 2020 geendet habe, schon abgelaufen gewesen, weshalb das Arbeitsverhältnis nicht mehr mit einer Frist von sieben Tagen habe aufgelöst werden können. Daran ändere seine Krankheit nichts. Die Regelung von Art. 335b Abs. 3 OR, wonach bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit durch Krankheit eine Verlängerung der Probezeit erfolge, sei nicht in den GAV übernommen worden und gelte damit nicht. Selbst wenn aufgrund der krankheitsbedingten Abwesenheit vom 15. Juni 2020

- am letzten Tag der Probezeit - eine Verlängerung eingetreten wäre, hätte sich diese auf einen Tag beschränkt. Die Probezeit sei in diesem Fall am 20. Juni 2020, d.h. ebenfalls vor der Übergabe der Kündigung am 22. Juni 2020, abgelaufen.

#### **E. 4.5**

Was die Kündigung mit Datum vom 12. Juni 2020 anbelangt, beruht die Sichtweise der Vorinstanz auf privatrechtlichen (insofern nicht näher zu prüfenden) Überlegungen zum Zeitpunkt des Zugangs empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Die Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses erfolgt hingegen, wie im vorliegenden Fall, durch Verfügung. Für deren Rechtswirksamkeit gelten die verfahrensrechtlichen Regeln für behördliche Verfügungen und nicht diejenigen des Privatrechts, welche sich bei eingeschriebenen Sendungen unterscheiden. Eine Verfügung kann erst ab dem Zeitpunkt ihrer Eröffnung bzw. ihrer ordnungsgemässen Zustellung Rechtswirksamkeit entfalten (Urteil des BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 6.2 mit Hinweisen; ferner Ziff. 180 Abs. 1 und 2 GAV). Kann eine eingeschriebene Sendung wie vorliegend dem Empfänger wegen Abwesenheit nicht direkt gegen Unterschrift übergeben werden und wird er mittels Abholungseinladung avisiert, gilt die Verfügung im Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie auf der Post abgeholt wird. Erfolgt dies nicht innert einer Abholfrist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle, greift eine Zustellfiktion, sofern der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste: Die Zustellung gilt in diesem Fall am letzten Tag der Abholfrist von sieben Tagen als erfolgt (Art. 20 Abs. 2bis VwVG; Urteile des BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 6.2 mit Hinweisen; A-2481/2020 vom 2. Februar 2020 E. 4.1).

#### **E. 4.6**

Ging dem Beschwerdeführer die Abholungseinladung am 15. Juni 2020 zu, trat die Zustellfiktion demnach am 22. Juni 2020 ein (vgl. BGE 134 V 49 E. 4 f.). Daraus ergibt sich, dass die am 22. Juni 2020 persönlich ausgehändigte Verfügung dem Beschwerdeführer am gleichen Tag wie die zuvor per Einschreiben zugesandte Kündigung eröffnet worden ist. Es erübrigt sich somit im Weiteren, zwischen den beiden (inhaltlich identischen) Kündigungen zu unterscheiden.

#### **E. 4.7**

Soweit die Vorinstanz sich im Übrigen darauf stützt, dass die Kündigung vom 12. Juni 2020 dem Beschwerdeführer und seinem Vertreter zusätzlich per A-Post zugegangen sei, obliegt der Beweis der Tatsache und des Zeitpunktes der Zustellung einer Verfügung grundsätzlich der Behörde (BGE 136 V 295 E. 5.9, BGE 129 I 8 E. 2.2). Hat die Behörde eine Verfügung nicht eingeschrieben versandt und wird die Zustellung oder deren Datum bestritten, muss im Zweifel auf die Darstellung der Empfängerin abgestellt werden, sofern ihre Darlegung der Umstände nachvollziehbar ist und einer gewissen Wahrscheinlichkeit entspricht (Urteile des BGer 9C\_609/2016 vom 23. Mai 2017 E. 3.2.2, 9C\_433/2015 vom 1. Februar 2016 E. 4.1; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.112 m.w.H.). Ihr guter Glaube wird vermutet. Allerdings kann der Nachweis der Zustellung auch aufgrund von Indizien oder gestützt auf die gesamten Umstände erbracht werden (Urteil des BGer 9C\_282/2014 vom 25. März 2015 E. 3.2; Urteil des BVGer B-7188/2018 vom 30. August 2019 E. 1.3.3). Vorliegend fehlt es in den Akten und Ausführungen der Vorinstanz jedoch an greifbaren Anhaltspunkten, dass die Vorinstanz die Kündigung vom 12. Juni 2020 zusätzlich zum Einschreiben per A-Post versandt hat. Aufgrund der Beweislast kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass

der Beschwerdeführer die Kündigung bereits vor dem 22. Juni 2020 mittels dieser Versandart erhalten hat.

## **E. 5**

Damit stellt sich die Frage, ob sich die Probezeit aufgrund der Krankheit des Beschwerdeführers zumindest bis am 22. Juni 2020 (Tag der Zustellung der Kündigung) verlängert hat, ansonsten die Kündigung erst nach deren Ablauf wirksam geworden wäre.

### **E. 5.1**

Gemäss Arbeitsvertrag und nach Ziff. 22 Abs. 1 GAV beträgt die Probezeit des Beschwerdeführers drei Monate. Das Bundespersonalgesetz enthält keine Regelung zur genauen Berechnung und zur Verlängerung der Probezeitdauer bei Krankheit (vgl. Art. 8 Abs. 2 BPG). Mit Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011 sollten die Bestimmungen zur Probezeit aber grundsätzlich denjenigen des Privatrechts angeglichen werden (vgl. BBl 2011, 6712 und 6715; Urteil des BVGer A-5333/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 4.3.4). Die in dieser Hinsicht erlassenen Ausführungsbestimmungen in Art. 27 und Art. 30a BPV sind vorliegend nicht einschlägig, weshalb die Regelungen des GAV Anwendung finden (E. 2.2): Dieser hält jedoch ebenfalls keine Bestimmung zur Verlängerung und Berechnung der Probezeit bereit, weshalb nach Ziff. 1 Abs. 3 GAV subsidiär die Bestimmungen des Obligationenrechts gelten. Es bestehen keine Anzeichen, dass im GAV eine Verlängerung der Probezeit bei Krankheit bewusst durch abschliessende Regelung ausgeschlossen werden sollte, wie der Beschwerdeführer geltend macht. Abweichend von dessen Sichtweise ist somit zur Prüfung, wann die Probezeit ablief, auf das Privatrecht, vorab auf die Bestimmungen von Art. 335b Abs. 1 und 3 OR und die dazugehörige Praxis, zurückzugreifen.

### **E. 5.2**

Was die Bestimmung des Beginns der Probezeit betrifft, besteht vorliegend die Besonderheit, dass der Arbeitsvertrag vom 16. März 2020 datiert und somit am Tag des tatsächlichen Stellenantritts unterzeichnet wurde. Es stellt sich deshalb die Frage, ob der erste Arbeitstag in die Berechnung der Probezeit einzubeziehen ist.

#### **E. 5.2.1**

Die Probezeit beginnt zwar grundsätzlich am Tag des Stellenantritts. Wird der Arbeitsvertrag aber am Tag abgeschlossen, in dessen Verlauf auch noch der Stellenantritt erfolgt, wird dieser Tag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Dauer der Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR) nicht mitgezählt, da er gemäss Bundesgericht nicht voll zur Verfügung steht: Anwendbar sei in diesem besonderen Fall Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR, wonach der Zeitpunkt einer nach Monaten bestimmten Frist auf denjenigen Tag des letzten Monats fällt, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht. Diese Bestimmung stellt sicher, dass dem Leistenden ein voller (die Monate der Frist umfassender) Zeitraum zur Erfüllung einer Verbindlichkeit zur Verfügung steht, weshalb der Tag des fristauslösenden Zeitpunkts zu seinem Schutz nicht angerechnet wird (BGE 144 III 152 E. 4).

#### **E. 5.2.2**

Gelten diese Grundsätze gemäss Ziff. 1 Abs. 3 GAV subsidiär, ist vorliegend der 16. März 2020 für die Berechnung der Probezeit nicht mitzuzählen, sofern massgeblich ist, dass der Vertrag am ersten Arbeitstag unterzeichnet wurde. Der Beschwerdeführer wendet jedoch

ein, dass seine Anstellung bereits mit der Anstellungsbestätigung vom 10. März 2020 (Beilage 16 zur Replik) feststand und der erste Arbeitstag zur Gänze für die Probezeitbeurteilung habe genutzt werden können, wozu sich die Vorinstanz nicht geäußert hat. Einerseits enthielt die Anstellungsbestätigung in der Tat bereits wichtige, dem späteren Arbeitsvertrag entsprechende Regelungsinhalte wie Funktion und Lohn. Andererseits entsteht das Arbeitsverhältnis mit der Vorinstanz durch den Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags (Ziff. 19 Abs. 1 GAV). Die Anstellungsbestätigung wurde hingegen mit Vorbehalt ausgestellt und umfasste nicht bereits alle später vereinbarten Vertragsbestandteile i.S.v. Ziff. 20 GAV - u.a. auch keine Regelung der Probezeit. Demgemäss kann angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht davon ausgegangen werden, dass der erste Arbeitstag vollumfänglich zur Verfügung stand. Die dreimonatige Probezeit des Beschwerdeführers wäre somit grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich der nachfolgend zu prüfenden Verlängerung zufolge Krankheit, am 16. Juni 2020 abgelaufen.

### **E. 5.3**

Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit oder Unfall erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit (Art. 335b Abs. 3 OR i.V.m. Ziff. 1 Abs. 3 GAV). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer vom 15. - 19. Juni 2020 (Montag bis Freitag) krank war und am 22. Juni 2020 (Montag) wieder zur Arbeit erschien. Die Probezeit des Beschwerdeführers verkürzte sich somit aufgrund seiner krankheitsbedingten Abwesenheit effektiv um zwei Tage (15. und 16. Juni 2020).

### **E. 5.4**

Zur Klärung, bis wann sich die Probezeit aufgrund der Krankheitstage verlängert hat, ist weiter zu prüfen, welche der nachfolgenden Tage (17. - 22. Juni 2020) bei der Berechnung der Verlängerung der Probezeit mitzuzählen sind.

#### **E. 5.4.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Probezeit sei, selbst im Fall einer Verlängerung, am Wochenende vor dem 22. Juni 2020 abgelaufen. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergebe sich, dass eine Verlängerung der Probezeit auf Sonntag möglich sei.

#### **E. 5.4.2**

Die Vorinstanz führt dagegen aus, die Probezeit werde durch die Krankheit tatsächlich verkürzt, würde man der Auffassung des Beschwerdeführers folgen. Ein Ablauf der Probezeit am Wochenende mache keinen Sinn und widerspreche dem Zweck der Verlängerung, die sicherstelle, dass die Probezeit den Vertragsparteien effektiv zur Verfügung stehe.

#### **E. 5.4.3**

Fest steht zunächst, dass sich die Probezeit auch um jene Anzahl ganzer Krankheitstage nach Art. 335b Abs. 3 OR verlängert, welche in die bereits wegen Krankheit verlängerte Probezeit fallen - vorliegend also um die verpassten Arbeitstage vom 17., 18. und 19. Juni 2020 (Urteil des BVGer A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 5). Weiter soll die Probezeit den Parteien des Arbeitsvertrags ermöglichen, sich kennen zu lernen, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen. Sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Rechtsbeziehung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen (vgl. BGE 144 III 152 E.

4.2, BGE 134 III 108 E. 7.1.1). Ist einer der in Art. 335b Abs. 3 OR genannten Tatbestände der Verlängerung erfüllt, soll dadurch die zur Verfügung stehende Zeit nicht effektiv verkürzt werden, d.h. es soll nur die tatsächliche Arbeitszeit als Probezeit angerechnet werden. Die Verlängerung der Probezeit erfolgt deshalb um diejenige Anzahl ganzer Arbeitstage, um welche die Probezeit durch den effektiven Arbeitsausfall verkürzt wurde. Ohnehin freie Tage führen nicht zur Verlängerung (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2014, Art. 335b N 5 mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 2012, Art. 335b N 13; Sambasivam Anusanan, Probezeit im schweizerischen Arbeitsrecht, 2018, S. 28). Aus Art. 335b Abs. 3 OR ergibt sich somit, dass die Krankheitstage während der vereinbarten Probezeit (15. und 16. Juni 2020) als tatsächliche Arbeitstage in die Berechnung der Verlängerung einzubeziehen bzw. «abzuarbeiten» sind (vgl. Urteil des BVGer A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 5.4). Ansonsten bliebe die Probezeit effektiv verkürzt und würde nicht «entsprechend» verlängert. Daraus folgt, dass der 20. und 21. Juni 2020 (Samstag und Sonntag) - als für den Beschwerdeführer arbeitsfreie Tage - bei der Verlängerung der Probezeit nicht mitzuzählen sind. Die Probezeit lief somit nicht an einem dieser Tage, sondern erst in der folgenden Arbeitswoche am 23. Juni 2020 (Dienstag) ab.

#### **E. 5.4.4**

Soweit der Beschwerdeführer aus BGE 144 III 152 (E. 4.4.3) ableitet, die Probezeit könne am Sonntag ablaufen, thematisiert dieser Entscheid nicht, wie das Ende einer durch Krankheit verlängerten Probezeit bestimmt wird: Die dort beurteilte Kündigung ging dem Arbeitnehmer zwar an einem Sonntag (16. August 2015) zu. Doch wird lediglich ausgeführt, die Probezeit habe nach Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR grundsätzlich am 15. August 2015 geendet, sich aber wegen Krankheit um einen Tag verlängert, weshalb die Kündigung am Sonntag ohne weiteres innerhalb der Probezeit zugegangen war. Entsprechend musste sich der Entscheid nicht dazu äussern, an welchem exakten Datum die Probezeit ablief.

#### **E. 5.5**

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer sich im Zeitpunkt der Aushändigung der Kündigung am 22. Juni 2020 aufgrund der Regelung von Art. 335b Abs. 3 OR i.V.m. Ziff. 1 Abs. 3 GAV noch in der Probezeit befand.

#### **E. 5.6**

Die Regelung der Kündigungsfrist von sieben Tagen während der Probezeit (Ziff. 174 Abs. 1 GAV) gilt bis zu deren Ablauf. Die Gegenpartei muss die Kündigung während der Probezeit erhalten. Ob die Kündigungsfrist vor oder nach der Probezeit abläuft, ist hingegen unerheblich, soll sich der Arbeitnehmer doch während der vollen Probezeit bewähren können (Urteil des BVGer A-5333/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 4.3.5; Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1 - 529 OR, 7. Aufl. 2020, Art. 335b N 10 mit Hinweisen; zu Art. 30a BPV: Eidgenössisches Personalamt EPA, Kommentar vom Januar 2015).

#### **E. 5.7**

Als Zwischenergebnis resultiert und der weiteren Beurteilung zu Grunde zu legen ist somit, dass die Kündigung vom 22. Juni 2020 während der Probezeit ergangen ist. Die siebentägige Kündigungsfrist lief in der Folge am 29. Juni 2020 ab.

## **E. 6**

Im Hauptbegehren verlangt der Beschwerdeführer die Weiterbeschäftigung bei der Vorinstanz rückwirkend ab dem 30. Juni 2020. Er begründet dies mit einem missbräuchlichen Vorgehen der Vorinstanz, weil sie zum einen die mit Ablauf der Probezeit entstehenden Ansprüche habe vereiteln wollen (E. 6.3) und zum andern ihre Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit einem Mitarbeiterkonflikt nicht wahrgenommen habe (E. 6.4).

### **E. 6.1**

Ist eine Kündigung missbräuchlich gemäss Art. 336 OR, bietet die Vorinstanz der angestellten Person die bisherige oder, wenn dies nicht möglich ist, eine zumutbare andere Arbeit an, wenn die Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung gutgeheissen wird (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG, Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV). Missbräuchlich ist eine Kündigung, wenn sie gemäss den in Art. 336 OR umschriebenen Tatbeständen oder aus anderen Gründen von vergleichbarer Schwere ausgesprochen wird. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten und darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (statt vieler: Urteile des BVGer A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 5.3.2; A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 3.4). Die objektive Beweislast für die Missbräuchlichkeit der Kündigung trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer (Urteile des BVGer A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 6.1, A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 2.2).

### **E. 6.2**

Die Probezeit soll den Parteien des Arbeitsvertrags wie erwähnt ermöglichen, sich kennen zu lernen, damit sie abschätzen können, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen (E. 5.4.3). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann grundsätzlich auch eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich sein. Zu prüfen ist aber im Einzelfall, ob die Kündigung, welche einen Tatbestand nach Art. 336 OR erfüllt oder sonst in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheint (BGE 134 III 108 E. 7.1). In diesem Sinne gelangen die Missbrauchsbestimmungen gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist einschränkend zur Anwendung (BGE 136 III 96 E. 2). Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist Ausfluss der Vertragsfreiheit. Die Freiheit des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, den Vertrag abzuschliessen (Abschlussfreiheit), wirkt in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken (BGE 134 III 108 E. 7.1.1).

### **E. 6.3**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR und rügt, es liege eine Vereitelungskündigung vor.

#### **E. 6.3.1**

Die Vorinstanz habe ihm zwar am Gespräch Ende Mai die Gelegenheit zur Verbesserung der Arbeitsleistung eingeräumt. Doch habe sie ihm bereits am 5. Juni 2020 die Kündigung in Aussicht gestellt und ihm damit faktisch keine Möglichkeit gegeben, den Tatbeweis einer Verbesserung zu erbringen. Während er am Gespräch ein grundsätzlich wohlwollendes Feedback erhalten habe und sogar die Verlängerung der Probezeit zur Option gestanden habe, sei nun plötzlich alles schlecht gewesen. Ein solches wider Treu und Glauben erfolgtes Verhalten sei missbräuchlich. Es dränge sich der Verdacht auf, dass die knappe Frist vom Motiv bestimmt gewesen sei, noch in der Probezeit kündigen zu können. Insoweit habe die Vorinstanz gekündigt, um die Entstehung der nach Ablauf der Probezeit geltenden Ansprüche, insbesondere den verbesserten Kündigungs- und Lohnausfallschutz, zu vereiteln bzw. Stellenprozente zur Einsparung betrieblicher Ausgaben zu reduzieren.

### **E. 6.3.2**

Die Vorinstanz führt hingegen aus, sie habe keine weitergehenden Ansprüche des Beschwerdeführers vereiteln wollen. Es treffe nicht zu, dass er keine Gelegenheit gehabt habe, seine Entwicklung und die Verbesserung der Leistung zu beweisen. Während der gesamten Dauer der Probezeit habe er dazu die Möglichkeit gehabt. Er sei nicht erst anlässlich des Gesprächs vom 25. Mai 2020 mit Kritik an der mangelhaften und ineffizienten Leistung konfrontiert worden. Die mündlichen Rückmeldungen und Verbesserungsvorschläge seien laufend während der Instruktion erfolgt und hätte keine Wirkung erzielt. Da sich auch nach dem Gespräch vom 25. Mai 2020 keine Verbesserung abgezeichnet habe, habe sie das Arbeitsverhältnis noch während der Probezeit aufgelöst. Es liege in der Natur der Sache, dass aufgrund einer Kündigung in der Probezeit Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verloren gingen.

### **E. 6.3.3**

Missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR ist eine Kündigung, die ausschliesslich ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln. Im Vordergrund stehen dabei insbesondere Vorteile finanzieller Art, doch können auch weitere Ansprüche erfasst sein, welche sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. Es gilt ein strenger Massstab, weil die Kündigung ausschliesslich zur Vereitelung des Anspruchs erfolgen muss. Dabei muss die Entstehung des vereitelten Anspruchs unmittelbar bevorstehen. Da der Beweis der Vereitelungsabsicht für den Arbeitnehmer schwierig ist, reicht es bei zeitlicher Nähe zum Entstehen von besonderen Ansprüchen aus, wenn der Arbeitnehmer glaubhaft macht, dass ein vom Arbeitgeber angegebener Entlassungsgrund vorgeschoben ist (zum Ganzen Urteile des BVerger A-641/2019 vom 27. November 2019 E. 5.2, A-5997/2017 vom 14. März 2019 E. 4.4 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.3.4**

Im vorliegend Fall trifft zwar zu, dass zwischen dem Gespräch vom 25. Mai 2020, an dem die Vorinstanz Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitsleistung traf, und dem Schreiben vom 5. Juni 2020, mit dem sie ihm das rechtliche Gehör zur vorgesehenen Kündigung gewährte, nicht ganz zwei Arbeitswochen vergingen. Aus diesem Umstand lässt sich jedoch nicht schliessen, dass die Vorinstanz in der Absicht der Vereitelung von Ansprüchen oder wider Treu und Glauben gehandelt hat. Aufgrund der verkürzten Kündigungsfrist während der Probezeit und ihrer kurzen Dauer ist grundsätzlich nichts Rechtsmissbräuchliches darin zu erkennen, dass das Arbeitsverhältnis kurz vor ihrem Ablauf und ohne längere

Verbesserungsphase gekündigt wird. Vielmehr entspricht es dem Zweck der Probezeit und der während ihrer Dauer nachwirkenden Vertrags- und Abschlussfreiheit, sich aufgrund der erlangten Erkenntnisse gegen eine langfristige Vertragsbindung und die damit verbundenen Rechte des Angestellten entscheiden zu können. Ausserdem handelte es sich bei den am 25. Mai 2020 festgelegten Verbesserungspunkten - z.B. melden, ob die Taktzeiten in Ordnung waren; Notizen zum Nachschlagen machen; Fehlermeldungen bei Problemen vornehmen - um relativ einfache sowie leicht und zeitnah überprüfbare Vorkehren, die der Beschwerdeführer nach Auffassung der Vorinstanz in der Folge ungenügend umgesetzt hat. Bei der Kontrolle der Dämpfer beging er in dieser Zeit zudem einen von der Vorinstanz dokumentierten und von ihr aus Sicherheitsgründen als gewichtig eingestuften Fehler erneut, indem er wiederum Kratzer an einer Kolbenstange übersah. Die zeitliche Dauer der gewährten Verbesserungsmöglichkeit erscheint daher nicht ungebührlich kurz und begründet keinen Verdacht auf ein missbräuchliches Motiv zur Kündigung. Es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Kündigung der Vorinstanz nicht durch die von ihr als mangelhaft eingestufte Leistung motiviert war und es sich dabei nur um einen vorgeschobenen Grund in Verdeckung einer Vereitelungsabsicht handeln sollte. Der Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 Bst. c OR ist somit nicht erfüllt.

#### **E. 6.4.1**

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Kündigung sei aufgrund eines Mitarbeiterkonflikts mit dem temporär angestellten Vorarbeiter namens Y. \_\_\_\_\_ erfolgt. Nachdem dieser ab dem 18. Mai 2020 nach längerer krankheitsbedingter Abwesenheit wieder an den Arbeitsplatz zurückgekehrt sei, habe sich das Mitarbeiterklima spürbar verschlechtert. Der temporäre Mitarbeiter habe ebenfalls um eine feste Anstellung gekämpft und ihn daher als Konkurrenten wahrgenommen. Die Missgunst darüber, dass er selbst direkt fest angestellt worden sei, habe er durch alltäglich schikanierendes Verhalten zu spüren bekommen. Beispielsweise habe er am 17. Mai 2020 die Weisung des Vorgesetzten, keine Überstunden zu leisten, beherzigt und daher nur das Größte aufgeräumt, um am nächsten Morgen den Rest zu erledigen. Am Folgetag, dem 18. Mai 2020, habe Y. \_\_\_\_\_ nach seiner Rückkehr als erstes eine Meldung wegen fehlender Ordnung am Arbeitsplatz vorgenommen. Weiter sei es vorgekommen, dass der temporäre Mitarbeiter Y. \_\_\_\_\_ Demontage-Arbeiten, die er selbst am Vortag begonnen habe, fertig gestellt und umfassend als eigene Leistung eingetragen habe. So sei seine eigene Leistung ineffizient erschienen. Ebenfalls habe Y. \_\_\_\_\_ sich geweigert, ihm einen seiner beiden Spinde abzugeben, obwohl ein Mitarbeiter nur einen Spind benötige. Diesen Konflikt habe die Vorinstanz bei gehöriger Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht erkennen müssen. Er habe die Vorgesetzten über den Konflikt informiert, sei jedoch, mangels verfügbarer Zeit der Vorgesetzten oder weil sie ihn nicht ernst genommen hätten, nicht angehört worden. Es hätten diesbezüglich weder Aussprachen noch Teamsitzungen stattgefunden. Statt sich um eine Bereinigung der Situation zu bemühen und ihn allenfalls zu versetzen, habe die Vorinstanz mit der Entlassung das «schnellste Mittel» gewählt und in der Begründung der Kündigung ohne Weiteres die Darstellung des temporären Vorarbeiters übernommen, indem sie ihm aufgrund des genannten Einzelfalls pauschal eine mangelhafte Ordnung vorgeworfen habe.

#### **E. 6.4.2**

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht aufgrund eines Mitarbeiterkonflikts, sondern aufgrund der mangelhaften Leistung und des Verhaltens des Beschwerdeführers vorgenommen. Bei der Ausschreibung der Stelle des

Beschwerdeführers habe Y. \_\_\_\_\_ zwar ebenfalls sein Interesse bekundet. Doch habe er die Mindestanforderung einer dreijährigen Lehre nicht erfüllt. Y. \_\_\_\_\_ genieße einen guten Ruf, habe stets korrektes Verhalten gezeigt und gute Leistungen erbracht. Der Beschwerdeführer habe sich nie dazu geäußert, dass temporäre Mitarbeitende eine Konkurrenz dargestellt hätten. Bis zum zweiten Gespräch vom 3. Juni 2020 sei seinen Vorgesetzten nicht bewusst gewesen, dass ein Konflikt bestanden habe. Nach ihren Feststellungen hätten vielmehr die temporären Mitarbeitenden den Beschwerdeführer in seinen Arbeiten unterstützt, da er zu langsam gearbeitet habe und die Taktzeiten nicht habe einhalten können.

### **E. 6.4.3**

Eine Kündigung kann unter anderem auch missbräuchlich sein, wenn sie sich als Folge einer Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers erweist (Urteil des BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019 E. 5.3.1). Wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 sowie Art. 4 Abs. 2 Bst. b und g BPG; Urteil des BVGer A-5364/2018 vom 2. April 2019 E. 4.3.1). Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Bei Konflikten am Arbeitsplatz ergibt sich eine Missbräuchlichkeit zufolge verletzter Fürsorgepflicht, wenn die Kündigung aufgrund der Konfliktsituation oder wegen einer als Folge des Konflikts eingetretenen Leistungseinbusse des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, ohne dass der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen (vgl. Urteile des BGer 4A\_92/2017 vom 26. Juni 2017 E. 2.2.1, 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.1, 4A\_381/2011 vom 24. Oktober 2011 E. 3; Urteile des BVGer A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.3.2.2, A-7166/2016 vom 7. November 2017 E. 6.1, A-2752/2019 vom 15. April 2020 E. 5.3.3 mit Hinweisen).

### **E. 6.4.4**

Was die Probezeit betrifft, legen Rechtsprechung und Lehre jedoch nicht denselben Massstab an hinsichtlich der Massnahmen, die vom Arbeitgeber bei Konflikten zu erwarten sind: Der Arbeitgeber muss sich zwar auch während der Probezeit um die Schlichtung allfälliger Streitigkeiten bemühen. Doch kann der Arbeitnehmer nicht verlangen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt und sich langfristig bindet, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit dem übrigen Personal erkennbar werden. Will der Arbeitgeber sich deshalb nicht langfristig verpflichten, entspricht dies dem Zweck der Probezeit. Die in die Probezeit nachwirkende Abschlussfreiheit ermöglicht es dem Arbeitgeber, einen Arbeitnehmer zu suchen, der sich besser in die bestehenden Verhältnisse einfügt. Ausfluss der nachwirkenden Abschlussfreiheit bildet ebenfalls, dass die Kündigung auch dann zulässig ist, wenn den Arbeitnehmer an der unbefriedigenden Situation kein Verschulden trifft (zum Ganzen: Urteil des BGer 4A\_432/2009 vom 10. November 2009 E. 2.4 f.; ferner Roger Rudolph, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, ARV 2011 S. 88, Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 4 zu Art. 336 OR, S. 1004 a.E.; Adrian Staehelin, in: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, 4. Aufl. 2014, N 5 zu Art. 336). Hinzu kommt, dass Massnahmen zur Konfliktlösung (z.B. ein Coaching oder eine Bewährungsphase) häufig einige Zeit beanspruchen und nicht selten innerhalb der Probezeit gar nicht abgeschlossen werden könnten (Rudolph, a.a.O., S. 88; Antonia Ulrich,

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Kündigungen, Anwaltsrevue 2018, S. 284).

#### **E. 6.4.5**

Vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich nichts Missbräuchliches darin erkennbar, dass die Vorinstanz, nachdem sie vom geltend gemachten Mitarbeiterkonflikt erfuhr, davon absah, das Arbeitsverhältnis über die Probezeit hinaus fortzusetzen. Es bestehen keine Indizien dafür, dass sie die Kündigung aufgrund des Konflikts, und nicht, wie in der Kündigungsverfügung begründet, aufgrund der Leistungen des Beschwerdeführers ausgesprochen hätte. Selbst wenn dem so wäre, bestünde allein darin nach dem Ausgeführten noch keine Missbräuchlichkeit, sondern läge dies im Rahmen des Zwecks der Probezeit (E. 6.4.4). Ausserdem fällt in Betracht, dass die Probezeit im Zeitpunkt der Rückkehr des temporären Mitarbeiters Y. \_\_\_\_\_ am 18. Mai 2020 bereits zwei Monate gedauert hatte und eine Woche nach dessen Rückkehr bereits das Gespräch mit den Vorgesetzten betreffend Verbesserung der Leistung stattfand. Aufgrund dieses Ablaufs kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Konflikt die Leistungen des Beschwerdeführers, welche die Vorinstanz zur Kündigung veranlassten, entscheidend beeinträchtigen konnte. Insbesondere hat sie die bemängelte Effizienz der Leistung damit begründet, dass er für die Taktarbeit mit den Stossdämpfern mehr als 1.5 Stunden benötige, während ein durchschnittlicher Mitarbeiter dieselbe Arbeit in 45 bis 60 Minuten erledige. Dass dieser Eindruck der Vorinstanz massgeblich durch einzelne Handlungen des Mitarbeiters Y. \_\_\_\_\_ in der kurzen Zeit nach dessen Genesung entstanden sein soll, vermag nicht zu überzeugen. Ebenfalls ist nicht ersichtlich, dass die laut Vorinstanz ungenügende Umsetzung der Verbesserungsmassnahmen (z.B. Taktzeiten melden) durch andere Mitarbeiter hätte schikaniert werden können, was der Beschwerdeführer auch nicht geltend macht. Im Übrigen fehlen jegliche Anhaltspunkte und Belege dafür, dass der Beschwerdeführer seine Vorgesetzten über den Konflikt bereits vor dem Gespräch vom 3. Juni 2020 informiert und sie darauf in einer Weise reagiert hätten, welche die Kündigung als missbräuchlich erscheinen liesse. Eine zufolge verletzter Fürsorgepflicht missbräuchliche Kündigung ist demnach nicht zu erkennen.

#### **E. 6.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein missbräuchliches Motiv oder Verhalten hinsichtlich der verfügten Kündigung auszumachen ist. Entsprechend steht dem Beschwerdeführer unter diesem Aspekt kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu (Art. 34c Abs. 1 Bst. b BPG, Ziff. 184 Abs. 1 Bst. b GAV).

#### **E. 7**

Ferner leitet der Beschwerdeführer ein Recht auf Weiterbeschäftigung daraus ab, dass die Kündigung bereits aus formalen Gründen nichtig sei, weil sie mangels erfolgter Kündigungsandrohung eine Verfahrensvorschrift in schwerwiegender Weise verletze. Nur wenn die Vorinstanz jedoch nach Ablauf der Probezeit kündigt, hat der ordentlichen Kündigung eine Kündigungsandrohung vorauszugehen, sofern diese Massnahme grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Verbesserung der Leistung oder des Verhaltens herbeizuführen (Ziff. 170 Abs. 4 GAV; vgl. Urteil des BVGer A-6611/2017 vom 28. Dezember 2018 E. 4.3.3). Da die vorliegende Kündigung dagegen während der Probezeit ergangen ist (E. 4 f.), hat die Vorinstanz keinen Verfahrensfehler begangen, indem sie das Arbeitsverhältnis ohne vorangehende Kündigungsandrohung aufgelöst hat. Die Nichtigkeit der Kündigung fällt somit von vornherein ausser Betracht (zu den Voraussetzungen der

Nichtigkeit einer Kündigung und den Folgen einer fehlenden Kündigungsandrohung: Urteile des BVerG A-5255/2018 vom 9. Juli 2019 E. 4.4 und E. 6.3.1, A-6032/2017 vom 28. März 2018 E. 5.3.1 und E. 5.4). Das Hauptbegehren des Beschwerdeführers ist somit abzuweisen.

## **E. 8**

Im Eventualbegehren verlangt der Beschwerdeführer eine Entschädigung wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung.

### **E. 8.1**

Heisst das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen eine Kündigungsverfügung mangels eines sachlich hinreichenden Grundes gut, spricht es dem Beschwerdeführer eine Entschädigung zu (Ziff. 183 Abs. 1 Bst. a GAV, Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG; Urteil des BVerG A-1058/2018 vom 27. August 2018 E. 5.4 und E. 7 [betreffend Probezeit]).

### **E. 8.2**

Die Probezeit gibt den Vertragsparteien die Gelegenheit, eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung durch gegenseitige Erprobung vorzubereiten. Es handelt sich wie erwähnt um eine lockere Vertragsbindung mit reduzierten Fürsorgepflichten, welche darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können. Gleichwohl muss auch eine Kündigung während der Probezeit begründet sein. Da die Probezeit jedoch dazu dient, die Fähigkeiten und Eignung eines Angestellten zu prüfen, sind an die Gründe für die Auflösung keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. So ist die Kündigung bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Dabei muss die Auflösung des Probezeitverhältnisses vom Betroffenen nicht verschuldet sein. Die begründete Feststellung etwa, dass er dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen das für die vorgesehene Funktion nötige Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine künftig reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit in Frage gestellt erscheinen (zum Ganzen: Urteile des BVerG A-6870/2017 vom 11. Juni 2018 E. 4, A-1058/2018 vom 27. August 2018 E. 4, A-2347/2013 vom 13. August 2013 E. 4.3.2).

### **E. 8.3**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Kündigung sei, selbst gemäss den in der Probezeit geltenden Anforderungen, ohne sachlichen Grund erfolgt. Die von der Vorinstanz angeführten Mängel der Arbeitsleistung hätten nicht im geschilderten Ausmass bestanden oder seien zumindest nicht ihm anzulasten. Insbesondere habe er aufgrund der unzureichenden Instruktion und der mangelhaften Arbeitsverhältnisse nicht die Möglichkeit gehabt, seine Fähigkeiten zu beweisen. So treffe nicht zu, dass er ineffizient und mit ungenügender Qualität arbeite. Vielmehr sei die Instruktion aufgrund der Corona-Pandemie auf Distanz erfolgt. Seine Vorgesetzten seien oft abwesend gewesen. Die Bewältigung von Alltagsarbeiten (z.B. Fotos und Notizen erstellen; Melden von Problemen) erfordere zudem ein iPad. Bis er aber ein funktionierendes Gerät erhalten habe und es richtig habe einsetzen können, sei mangels Hilfestellung mindestens ein Drittel der Probezeit vergangen. Zu den Verzögerungen habe des Weiteren beigetragen, dass sich die Werkzeuge teils in unzureichendem Zustand befunden hätten und die Lichtverhältnisse für die Kontrollarbeiten teils mangelhaft gewesen seien. Dies ergebe sich auch aus der eingereichten Dokumentation

mit Bildern. Regelmässig sei er ferner mit mangelhaften Vorarbeiten anderer Mitarbeiter konfrontiert gewesen, welche er mitunter vollendet, aber sie unglücklicherweise nicht als eigene Leistung deklariert habe. Deshalb werde ihm nun Ineffizienz vorgeworfen. Die ihm vorgeworfenen Fehler wie das Übersehen von Kratzern an Kolbenstangen oder fehlenden Dichtungsringen würden zudem auch anderen Mitarbeiter unterlaufen, ohne dass sie gleich entlassen würden. Der Vorwurf des mangelnden Interesses für neue Tätigkeiten sei ebenfalls nicht nachvollziehbar.

#### **E. 8.4**

Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer habe mit der Demontage der Dämpfer als einfachster Arbeit begonnen und diese im ersten Monat zur besseren Instruktion mit einem erfahrenen Mitarbeiter zu zweit ausgeführt. Nach kurzer Zeit habe sie festgestellt, dass er langsam arbeite. Dies sei deshalb relevant, weil diese Arbeit im Takt mit anderen Prozessschritten abgestimmt sei. Nachdem im Mai die Aufgabe der Kontrolle der Dämpfer hinzugekommen sei, habe der Beschwerdeführer nicht nur langsam, sondern überdies unsicher gearbeitet. Die fehlende Effizienz sei nicht auf das Arbeitsumfeld, sondern auf das gemächliche Arbeitstempo und andere Defizite zurückzuführen. Aufgrund seiner Erfahrung und Fachkompetenz habe sie eine andere Leistung und Lernkurve erwarten dürfen. Die Pandemie habe zwar Anpassungen mit sich gebracht, doch habe deshalb auf keine Instruktionshandlung verzichtet werden müssen. Dank der Hygienemassnahmen und Schutzmasken sei der Beschwerdeführer wie vorgesehen eingeführt worden. Anfangs habe das iPad des Beschwerdeführers zwar noch nicht hinlänglich funktioniert. Doch sei ihm dies nie zum Vorwurf gemacht worden und der Gruppenleiter als Superuser habe ihn bei der Behebung unterstützen können. Zudem hätte sich der Beschwerdeführer in anderer Form Notizen machen können. Wenn er anhand einzelner Beispiele oder Bilder darzulegen versuche, weshalb jemand anderes oder schlechte Umstände für seine Leistung verantwortlich sei, so sei es gerade diese Einstellung, die zu Kritik geführt habe. Hingegen habe er keine Eigenverantwortung und kein Engagement zu Verbesserung gezeigt. Am Gespräch vom 25. Mai 2020 habe der Vorgesetzte, wie in der Gesprächsnotiz festgehalten, die fehlende Ordnung am Arbeitsplatz, die fehlende Effizienz bzw. das Nichteinhalten von Takten, die ungenügende Qualität bei der Kontrolle und das mangelnde Interesse für neue Tätigkeiten thematisiert. Entgegen der Wahrnehmung des Beschwerdeführers seien die Rückmeldungen nicht positiv ausgefallen, sondern der Vorgesetzte habe ihm konkret gesagt, welche Punkte nicht gut seien. Daraus seien wie erwähnt Massnahmen abgeleitet worden (Takte melden, bei Problemen Meldungen erstatten und Notizen machen). Dennoch habe sich in den besprochenen Punkten keine Verbesserung eingestellt. Unter anderem habe der Beschwerdeführer bei der Kontrolle erneut diverse Dinge (Kratzer in der Kolbenstange, defekte Dichtung) übersehen, die Taktmeldungen unterlassen und vergessen, Ersatzteile zu bestellen. Dass dem Beschwerdeführer derselbe Fehler mit der Kolbenstange nochmals unterlaufen sei, sei unter dem Aspekt der Sicherheit unverzeihlich.

#### **E. 8.5**

Die Vorinstanz stützte damit die Kündigung, wie in der Verfügung begründet, auf ihre während der Probezeit gewonnenen Eindrücke und die vom Beschwerdeführer abgelieferten Arbeitsergebnisse. Sie gelangte dabei zum Schluss, dass der Beschwerdeführer nach ihrer Wahrnehmung die für die Tätigkeit erforderlichen Eigenschaften nicht in genügendem Mass besitze und die Erwartungen an Leistung und Verhalten nicht mehr innert nützlicher Zeit erfüllt würden. Aus den Argumenten und

Bildaufnahmen des Beschwerdeführers ergibt sich nicht, dass er hinsichtlich der Instruktion, der Arbeitsverhältnisse oder -instrumente schlechtere Verhältnisse als andere Angestellten in dieser Funktion angetroffen hätte und solche Umstände eine Leistung nach den Vorstellungen des Arbeitgebers verunmöglicht hätten. Die Einschätzung der Vorinstanz, dass eine Zusammenarbeit nicht funktionieren werde, bestätigt sich vielmehr dadurch, dass die Vertragsparteien nach ihren Standpunkten den gesamten Verlauf des Arbeitsverhältnisses, einschliesslich ihrer Kommunikation, vollkommen unterschiedlich wahrnehmen und die Verhältnisse - z.B. die Schwere der Fehler oder die Frage, welches Arbeitsumfeld und welche Instruktionshilfen dem Arbeitnehmer zu gewährleisten sind - grundlegend anders einschätzen. Unter diesen Umständen erscheint es kaum möglich, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und eine reibungslose Zusammenarbeit zu realisieren.

#### **E. 8.6**

Demgemäss erfolgte die Kündigung - mit Blick auf den Charakter des Probearbeitsverhältnisses - gestützt auf hinreichend sachliche Gründe. Somit steht dem Beschwerdeführer keine Entschädigung wegen sachlich ungerechtfertigter Kündigung zu.

#### **E. 8.7**

Ebenso wenig ergibt sich eine Entschädigungspflicht der Vorinstanz aus einer Verletzung von Verfahrensvorschriften (Ziff. 183 Abs. 1 Bst. a GAV, Art. 34b Abs. 1 Bst. a BPG), wie sie der Beschwerdeführer aufgrund des Fehlens einer Kündigungsandrohung verlangt. Wie vorstehend ausgeführt, musste die Vorinstanz zur Rechtmässigkeit der Kündigung während der Probezeit keine vorangehende Kündigungsandrohung i.S.v. Ziff. 170 Abs. 4 GAV aussprechen (E. 7). Demnach ist auch das Eventualbegehren des Beschwerdeführers auf Zuspreehung einer Entschädigung abzuweisen.

#### **E. 9**

Soweit der Beschwerdeführer subeventualiter den vollen Lohn bis September 2020 verlangt, wurde ebenfalls bereits ausgeführt, dass die Kündigung während der Probezeit eröffnet wurde und die Vorinstanz damit die während der Probezeit geltende Kündigungsfrist von sieben Tagen gemäss Ziff. 174 Abs. 1 GAV gewahrt hat (E. 4 f.). Ausser Betracht fällt somit von vornherein eine Erstreckung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der nach Ablauf der Probezeit geltenden Kündigungsfrist i.S.v. Art. 34b Abs. 1 Bst. c BPG bzw. Ziff. 183 Abs. 1 Bst. c GAV (vgl. Urteil des BVGer A-3182/2018 vom 10. April 2019 E. 6.2). Entsprechend besteht für die Zeitperiode nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (29. Juni 2020) kein Anspruch des Beschwerdeführers mehr auf Lohnzahlung. Dem Subeventualbegehren ist somit ebenfalls nicht stattzugeben.

#### **E. 10**

Wie den vorangehenden Ausführungen entnommen werden kann, erlauben die Akten eine ausreichende Würdigung des rechtserheblichen Sachverhalts. Von den Beweisanträgen des Beschwerdeführers sind diesbezüglich keine weitergehenden Erkenntnisse zu erwarten. Daher sind die Anträge auf persönliche Befragung des Beschwerdeführers, auf Befragung seiner Ehefrau als Zeugin sowie auf Durchführung eines Augenscheins mit Instruktionsverhandlung am Standort [...] in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. Urteile des BVGer A-2347/2013 vom 13. August 2013 E. 4.5, A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 2.2).

#### **E. 11**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

#### **E. 12**

Das Beschwerdeverfahren ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Verfahrensausgang grundsätzlich kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 13**

Der Beschwerdeführer unterliegt, weshalb ihm keine Parteientschädigung zugesprochen wird (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ebenso wenig hat die obsiegende Vorinstanz einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.