

BVGer BVGE 2019 I/3 vom 14. März 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-03-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2019_I_3

FR: TAF BVGE 2019 I/3 du 14 mars 2019

IT: TAF BVGE 2019 I/3 del 14 marzo 2019

Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Erwägungen

E. 1

Neue Probezeit bei internem Stellenwechsel. Schliessen dieselben Parteien einen neuen Arbeitsvertrag ab, ist in Analogie zum OR und der dazugehörigen Praxis eine zweite Probezeit nur ausnahmsweise zulässig (E. 4).

E. 2

Proporzionalità di un secondo periodo di prova: l'interesse del dipendente interessata a beneficiare della protezione dalla disdetta ordinaria deve prevalere sull'interesse dell'autorità inferiore di poter beneficiare di un termine di disdetta breve. Di conseguenza, la concertazione di un nuovo periodo di prova era inammissibile e si rivela sproporzionata (consid. 5). A., geboren 1969, trat per 13. Juni 2016 als " Sachbearbeiterin Kontrollstelle " in den Dienst der Luftwaffe (Einsatz Luftwaffe), Gruppe Verteidigung, Kommando Operationen, ein. Die dreimonatige Probezeit absolvierte sie erfolgreich. Ihre Gesamtleistung für den Rest des Beurteilungszeitraums im Jahr 2016 sowie für den Beurteilungszeitraum im Jahr 2017 wurde jeweils mit einer 2 (" genügend ") bewertet. Nach diversen Standortgesprächen mit der Leiterin Kontrollstelle im Zusammenhang mit der eher mässig zufriedenstellenden Arbeitsleistung von A. fand am 30. November 2017 ein weiteres Gespräch mit ihrem zukünftigen Chef (ab 1. Januar 2018) und der HR-Beraterin statt. A. unterzeichnete am 5. März 2018 einen neuen Arbeitsvertrag und trat die Stelle als " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " per 1. März 2018 an. Das Arbeitsverhältnis wurde unbefristet abgeschlossen und die Parteien vereinbarten eine Probezeit von drei Monaten, welche bis zum 31. Mai 2018 dauerte. Gestützt auf die Feedbackgespräche während der Probezeit vom 12. März 2018 und vom 5. und 19. April 2018 eröffnete A.s Vorgesetzter ihr am 19. April 2018, dass sie die Probezeit nicht bestanden habe und das Arbeitsverhältnis deshalb während der Probezeit aufgelöst werden müsse. Mit Schreiben vom 7. Mai 2018 unterbreitete ihr das Kommando Operationen einen Entwurf für die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, den sie innert der gesetzten Frist jedoch nicht unterzeichnet retournierte. Infolgedessen wurde ihr im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs mit Schreiben vom 15. Mai 2018 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Auflösung bis am 22. Mai 2018 zu äussern. A. nahm mit Schreiben vom 22. Mai 2018 gegenüber dem Kommando Operationen Stellung. Sie brachte darin vor, dass selbst wenn eine Probezeit zulässig gewesen wäre, die Schutzfristen von Art. 336c OR gelten würden. Dies ergebe sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3), der interne Übertritte in eine andere Verwaltungseinheit zum Gegenstand habe. Vorliegend liege kein interner Übertritt in eine

andere Verwaltungseinheit vor, sondern ein seit dem 13. Juni 2016 bestehendes Arbeitsverhältnis mit derselben Verwaltungseinheit. In der Folge verfügte der Chef Kommando Operationen am 23. Mai 2018 die Auflösung des Arbeitsvertrags vom 5. März 2018 während der Probezeit unter Berücksichtigung einer Kündigungsfrist von sieben Tagen per 31. Mai 2018. Gegen diese Verfügung des Kommandos Operationen (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 22. Juni 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei festzustellen, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Mai 2018 nichtig sei, und die Vorinstanz sei anzuweisen, sie weiter zu beschäftigen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz sei zu verpflichten, ihr eine Entschädigung in der Höhe von acht Monatslöhnen wegen sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge auszubezahlen. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut. Aus den Erwägungen:

E. 4

Im vorliegenden Fall stellt sich zunächst die Frage, ob die Vorinstanz im Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 mit der Beschwerdeführerin eine neue Probezeit von drei Monaten vereinbaren durfte.

E. 4.1

Um diese Frage beantworten zu können, ist vorab zu klären, ob der neue Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 gültig zustande gekommen ist.

E. 4.1.1

Gemäss Art. 8 Abs. 1 BPG (SR 172.220.1) entsteht das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals durch den Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags, wobei zum Mindestinhalt des schriftlichen Arbeitsvertrags namentlich die Festlegung der Lohnklasse und des Lohns gehört (Art. 25 Abs. 2 Bst. f BPV). Diese Formvorschrift dient der Rechtssicherheit (vgl. Harry Nötzli, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, Art. 13 N. 5; Peter Hänni, Personalrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I Teil 2, 2. Aufl. 2004, Rz. 52). Ferner bedarf auch jede Änderung des Arbeitsvertrags zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 13 BPG und Art. 30 Abs. 1 BPV; vgl. Urteil des BVGer A-7560/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1).

E. 4.1.2

Die Parteien haben vorliegend am 5. März 2018 einen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag mit Angaben zur Lohnklasse und zum festgelegten Lohn vereinbart. Weder die Beschwerdeführerin noch die Vorinstanz bestreiten, dass dieser Arbeitsvertrag gültig zustande gekommen ist. Es kann deshalb offenbleiben, ob es sich dabei um eine (einseitige) interne Versetzung im Sinne von Art. 25 Abs. 3 Bst. a BPV handelt, wonach der Arbeitgeber ohne Kündigung des Arbeitsvertrags unter Einhaltung der Fristen nach Art. 30a Abs. 1-3 BPV Änderungen der Funktion beziehungsweise des Arbeitsbereichs und des Arbeitsorts oder nach Art. 25 Abs. 2 Bst. b BPV Änderungen der organisatorischen Eingliederung im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung oder einer Reorganisation vornehmen kann. Auch die Frage, ob es sich dabei allenfalls um eine von der Vorinstanz ausgesprochene (einseitige) Änderungskündigung handelt (vgl. hierzu die in der privatrechtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 336 N. 4; ferner Reh binder/Stöckli, in: Berner Kommentar, Arbeitsvertrag, 2014, Art. 335 N. 2; Urteil des BVGer A-2498/2016 vom 11.

April 2017 E. 3.3), muss nicht beantwortet werden, haben sich die Parteien doch gemeinsam auf einen neuen Arbeitsvertrag geeinigt.

E. 4.2

Nachfolgend ist allerdings zu prüfen, ob es rechtmässig ist, dass der neue Vertrag wiederum eine Probezeit von drei Monaten vorsieht.

E. 4.2.1

Das Probearbeitsverhältnis soll es dem Arbeitnehmer ermöglichen, einen Eindruck vom Arbeitsumfeld zu gewinnen, und aufseiten des Arbeitgebers dient es der Überprüfung der Eignung und der Fähigkeiten des Arbeitnehmenden. Nach Art. 12 Abs. 2 BPG in Verbindung mit Art. 30a Abs. 1 BPV kann das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis in der Bundesverwaltung während der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen ordentlich gekündigt werden. Art. 6 Abs. 2 BPG statuiert sodann, dass für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des OR gelten, soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen (Urteile des BVGer A-1058/2018 vom 27. August 2018 E. 4.1; A-6870/2017 vom 11. Juni 2018 E. 4.1 und A-3949/2012 vom 29. Januar 2013 E. 5.5.3).

E. 4.2.2

Aus Art. 29 Abs. 2 BPV geht implizit hervor, dass auch bei internen Übertritten eine Probezeit vereinbart werden kann. Wann bei einem neuen Arbeitsvertrag mit dem gleichen Arbeitgeber eine neue Probezeit zulässig ist, ergibt sich aus dem Bundespersonalrecht hingegen nicht. Die Frage ist deshalb vorab in Analogie zum OR und der dazugehörigen Praxis zu beantworten. Schliessen dieselben Parteien einen neuen privaten Arbeitsvertrag ab, so soll demnach grundsätzlich keine neue Probezeit laufen und kann eine solche auch nicht vereinbart werden (Portmann/Rudolph, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 335b N. 5; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 3 S. 927 m.w.H.). Andernfalls könnten die Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeitnehmers leicht umgangen werden. Eine neue Probezeit ist im privaten Arbeitsrecht dann zulässig, wenn von einem neuen Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen ist, insbesondere nach einer längeren Unterbrechung oder infolge Übernahme einer völlig andersgearteten Funktion durch den Arbeitnehmer. Eine neue Probezeit ist weiter dann zulässig, wenn ein Temporärarbeiter für einen anderen Einsatzbetrieb tätig wird (BGE 117 V 248 E. 3) oder wenn die Probezeit des ursprünglichen Vertrags noch nicht abgelaufen ist und die Parteien im neuen Arbeitsvertrag deren Fortsetzung vereinbart haben (Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 335b N. 5 m.H.). Eine zweite Probezeit mit demselben Arbeitgeber ist also nur ausnahmsweise zulässig.

E. 5

Bei der Frage der Zulässigkeit einer zweiten Probezeit im Bundespersonalrecht ist sodann das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

E. 5.1

Das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine staatliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sowie bezüglich Eingriffszweck und —wirkung ausgewogen, mithin der betroffenen Partei zumutbar ist (BGE 141 I 1 E. 5.3.2; 140 II 194 E. 5.8.2; Urteile des BVGer A-1625/2018 vom 4. Januar 2019 E. 4.3; A-5034/2015 vom 11. April

2016 E. 5 und A-6361/2015 vom 27. April 2016 E. 7.1; Tschannen/ Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21). Dieser Grundsatz gilt auch für die Vorinstanz, soweit sie staatliche Aufgaben wahrnimmt beziehungsweise als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin handelt, was vorliegend ohne Weiteres der Fall ist (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 BPG sowie statt vieler Urteil A-6361/2015 E. 7.1). Geeignet ist eine verwaltungsrechtliche Massnahme dann, wenn mit ihr das angestrebte Ziel erreicht wird oder sie zu dessen Erreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag leisten kann, das heisst, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel Wirkungen entfaltet und dessen Erreichung erleichtert (sog. Zwecktauglichkeit). Die Erforderlichkeit liegt vor, wenn mit keiner gleichermassen geeigneten, aber für die betroffene Partei weniger einschneidenden Massnahme der angestrebte Erfolg ebenso erreicht werden kann. Die Massnahme ist schliesslich nur dann gerechtfertigt, wenn eine angemessene Zweck-Mittel-Relation (sog. Zumutbarkeit) zwischen der Massnahme und dem Erfolg besteht. Der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Partei soll im Vergleich zur Bedeutung des verfolgten öffentlichen Interesses nicht unvertretbar schwerer wiegen (BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2; zum Ganzen Urteile des BVGer A-6699/2015 vom 21. März 2016 E. 6.3 und A-6956/2013 vom 16. September 2014 E. 5.1.1 m.w.H.).

E. 5.2

Bezüglich der erneut vereinbarten Probezeit zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass eine Probezeit durchaus geeignet war, um der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu geben, ihr neues Arbeitsumfeld kennenzulernen. Auch der Vorinstanz diene diese Zeit dafür, die Fähigkeiten der Beschwerdeführerin und deren Eignung in der neuen Funktion überprüfen zu können.

E. 5.3

Um beurteilen zu können, ob eine zweite Probezeit auch erforderlich war, sind die beiden Funktionen, die die Beschwerdeführerin ausübte, zu vergleichen.

E. 5.3.1

Die ursprüngliche Stelle der Beschwerdeführerin als " Sachbearbeiterin Kontrollstelle " ist der Lohnklasse 12 zugeteilt und für ein 50 %—Pensum erhielt die Beschwerdeführerin gemäss Arbeitsvertrag vom 3. Juni 2016 einen Lohn in der Höhe von Fr. (...) pro Jahr. Die Anforderungen an die Stelle sind unter anderem eine abgeschlossene kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder eine vergleichbare Grundausbildung. Als Spezialausbildung werden gemäss Pflichtenheft eine Weiterbildung im Bereich Versicherungen/Sozialversicherungen, gute Buchhaltungskennnisse, Kenntnisse im Bereich Finanz- und Rechnungswesen sowie sehr gute EDV-Kennnisse (Office-Produkte, SAP erwünscht) verlangt. Schliesslich erfordert die Stelle gemäss Angaben der Vorinstanz ein ausgesprochenes Zahlenflair und eine äusserst exakte Arbeitsweise. Im Vergleich dazu wird die Stelle " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " in der Lohnklasse 13 eingestuft und für ein 50- %— Pensum erhält die Beschwerdeführerin Fr. (...) pro Jahr. Dabei wird ein Berufsabschluss mit 2-3 Jahren funktionsrelevanter Erfahrung (kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder gleichwertige Ausbildung) als Grundausbildung vorausgesetzt. Die EDV—Anwendungen (Word, Excel, PowerPoint, SAP iGeko) werden als Spezialausbildung gefordert. Sodann sind fundierte PC-Kennnisse, sehr gute Deutschkenntnisse, Kenntnisse im Rechnungswesen, Erfahrung in der Protokollführung

und eine strukturierte, selbstorganisierte Arbeitsweise erwünscht.

E. 5.3.2

Der Aufgabenbereich und die Kompetenzen der " Sachbearbeiterin Kontrollstelle " beinhalten unter anderem, dass die Stelleninhaberin verantwortliche Ansprechstelle des Miliz- und Profipersonals (Sprung- und Flugdienst) in sämtlichen Versicherungsfragen ist. Dies umfasst zum Beispiel die Beratung bei sämtlichen Versicherungsfragen aller fliegenden und springenden Besatzungen. Sie trägt sodann die Verantwortung für die gesamte Administration der Kollektiv-Versicherungspolizen (Prämienberechnung, —verrechnung und —abrechnung). Sie ist zuständig für die Überwachung der Rechnungen für externe Angehörige des Flug- und Sprungdienstes (armasuisse, Armeestab, GS VBS) und der finanziellen Abläufe im Zusammenhang mit den Pauschalversicherungsbeträgen der fliegenden Besatzungen und Passagiere sowie für die Abwicklung der Umbuchungen/Rückerstattungen zugunsten der Finanzen der Luftwaffe. Zusätzlich war die Beschwerdeführerin als " Sachbearbeiterin Kontrollstelle " zuständig für die Personaladministration und —sachbearbeitung zugunsten des Milizpersonals. Dabei war sie verantwortlich für die Berechnung und die Abrechnung der Quellensteuer, für alle Arbeiten im Zusammenhang mit den Familienzulagen und die Erstellung der Lohnabrechnungen und Lohnausweise. Zudem umfasste die Stelle die Administration der Finanzen, das heisst die Erstellung von Monats- und Jahresabschlüssen der Versicherungen, die Kontrolle, Verifizierung, Bearbeitung und Abwicklung im elo-Workflow von Landtaxenrechnungen, die Erstellung der AHV-Rechnungen oder die selbstständige Abwicklung und Betreuung der entsprechenden Revisorenkontrollen der AHV. Schliesslich war sie Superuserin für das " FIS LW " sowie verantwortlich für die Definition der Anforderungen für das EDV-System " TVneu " und sie veranlasste Korrekturen, Überarbeitungen und Fehlerkontrollen mit der Herstellerfirma und wickelte Testläufe ab.

E. 5.3.3

Die Aufgaben und Kompetenzen der neuen Stelle " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " umfassen demgegenüber die Erstellung des Budgets Op Zen LW in direkter Zusammenarbeit mit den Bereichsleitern sowie dessen Bewirtschaftung und Überwachung. Zudem erledigt die Sachbearbeiterin die delegierten Tätigkeiten im Rechnungswesen und ist für das Führen der Kasse verantwortlich. Sie leitet das Sekretariat des C Op Zen LW und stellt den Betrieb innerhalb des Sekretariats sicher, koordiniert die Postverteilung innerhalb der Op Zen LW und führt die Pendenzen- und Terminkontrolle für den C Op Zen LW. Sie ist zudem zuständig für Dienstreiseanträge und die Beschaffung und Vorbereitung von Unterlagen und holt Informationen ein und organisiert Besuche im Air Operation Center (AOC). Sie bearbeitet Sachgeschäfte im Auftrag des C Op Zen LW (Korrespondenz, Sitzungsunterlagen, Protokolle, Terminlisten etc.) und ist verantwortlich für die Geschäftssteuerung. Sie pflegt zudem die personellen Daten im Bereich Miliz in Absprache mit den Bereichsleitern und organisiert und koordiniert Dienstreisen, Sitzungen und Rapporte.

E. 5.3.4

Der Vergleich der beiden Stellen ergibt, dass das Anforderungsprofil der Stelle " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " deutlich geringer ausfällt als jenes der von der Beschwerdeführerin ursprünglich innegehabten Stelle " Sachbearbeiterin Kontrollstelle ". Dies zeigt sich insbesondere hinsichtlich der spezifischen Kenntnisse im Bereich der

(Sozial—)Versicherungen sowie der guten Buchhaltungskenntnisse. Im Bereich der Grundausbildung sind die zwei Stellen ohne Weiteres vergleichbar beziehungsweise identisch, da für beide eine kaufmännische Ausbildung, Handelsschule oder eine gleichwertige Ausbildung verlangt wird. Auch die Entlöhnung ist praktisch identisch. Dass die neue Stelle in einer höheren Lohnklasse eingereiht ist, hängt gemäss eigenen Angaben der Vorinstanz lediglich mit den Hierarchiestufen der entsprechenden Verwaltungseinheiten zusammen. Von den Aufgaben und Kompetenzen her stellt die Stelle " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " eine klassische Sekretariats- beziehungsweise Assistenzstätigkeit dar, die deutlich weniger komplex und anspruchsvoll ist als die Tätigkeiten bei der Stelle " Sachbearbeiterin Kontrollstelle ". Weshalb beim Abschluss des neuen Arbeitsvertrags erneut eine Probezeit erforderlich gewesen sein soll, ist deshalb nicht ersichtlich. Vonseiten der Vorinstanz wären vielmehr weniger einschneidende Massnahmen für die Beurteilung der Beschwerdeführerin denkbar gewesen, wie beispielsweise die Durchführung von regelmässigen Zwischengesprächen. Die Vereinbarung einer zweiten Probezeit war demzufolge nicht erforderlich.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin war seit Mitte Juni 2016, also etwas mehr als zwei Jahre, bei der Vorinstanz tätig. Dabei profitierte sie seit Ablauf der Probezeit Mitte September 2016 vom ordentlichen Kündigungsschutz. Zudem wurde der Beschwerdeführerin gemäss ihren unbestritten gebliebenen Angaben in ihrer Stellungnahme vom 11. Februar 2019 die neue Stelle angeboten. Unter diesen Umständen ist das Interesse der Beschwerdeführerin am ordentlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG höher zu gewichten als das Interesse der Vorinstanz an einer kurzen Kündigungsfrist. Die Vereinbarung einer neuen Probezeit war demnach auch nicht zumutbar und erweist sich auch deshalb als unverhältnismässig.

E. 5.5

Als Zwischenergebnis kann folglich festgehalten werden, dass die Vereinbarung einer erneuten Probezeit für die Stelle " Sachbearbeiterin Operationszentrale LW " unzulässig war. Der Arbeitsvertrag vom 5. März 2018 erweist sich insofern als rechtswidrig und ist anzupassen. Infolgedessen ist auch die mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen erfolgte Kündigung als rechtswidrig einzustufen. Eine Kündigung wäre lediglich unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gemäss Art. 30a Abs. 2 BPV bei Vorliegen eines sachlich hinreichenden Grundes (Art. 10 Abs. 3 BPG) und einer vorangehenden Mahnung (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-169/2018 vom 23. Januar 2019 E. 4.3) zulässig gewesen. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

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