

SO_GERICHTE VWBES.2002.178 vom 5. November 2002

SO Obergericht, 2002-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2002.178

FR: SO_GERICHTE VWBES.2002.178 du 5 novembre 2002

IT: SO_GERICHTE VWBES.2002.178 del 5 novembre 2002

Regeste

Staatspersonal. Probezeit. Bei einem Funktionswechsel innerhalb des selben Betriebes ist eine erneute Probezeit nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer mit neuen Aufgaben betraut wird und soweit die gegenseitige Erprobung ein Bedürfnis darstellt. Auswirkungen des Funktionswechsels auf die Sperrfrist bei Erkrankung des Arbeitnehmers in der Probezeit (E. 7.b)

Erwägungen

E. 4

b) Der Funktionswechsel per 1.8.2001 ist aktenmässig einzig mit dem Vertrag vom 4.10./19.10.2001 belegt. Er war zwischen der Beschwerdeführerin und dem Bezirksspital vereinbart worden. Der Abmachung ging gemäss Akten keine Kündigung und auch kein Aufhebungsvertrag des Vertrages voraus. Der neuerliche Vertrag wurde zwischen den selben Vertragsparteien wie jener vom 12.6.2001 abgeschlossen und betraf auch das selbe Tätigkeitsgebiet, nämlich die Krankenpflege. Auch der Arbeitsort blieb unverändert. A. erhielt allerdings zusätzlich zur Aufgabe als Krankenpflegerin FA SRK noch die Aufgabe als Stationsleiterin, was neben der Arbeit am Patienten Führungsaufgaben und -verantwortung bedeutete und sich in einer Erhöhung des monatlichen Bruttolohnes bemerkbar machte. Ein Wille der Parteien, den Anstellungsvertrag zu beenden, ist nicht erkennbar. Vielmehr erhielt die Angestellte zusätzliche Kompetenzen und Verantwortungen sowie eine höhere Besoldung. Unter diesen Umständen stellt der Vertrag vom 4.10./19.10.2001 eine Vertragsänderung des ursprünglichen Vertrages vom 12.6.2001 dar, indem die Parteien höhere Funktion und höhere Besoldung vereinbarten.

Ob § 33 der Staatspersonalverordnung vom 27.3.2001 (BGS 126.2) zur Anwendung komme, wonach die Probezeit von Angestellten, welche in die Zeit vor dem 1.8.2001 fällt, an die Probezeit nach § 18bis des Gesetzes über das Staatspersonal (StPG, BGS 126.1) angerechnet wird, kann auf den vorliegenden Sachverhalt dahingestellt bleiben.

Unbestrittenermassen endete die Probezeit von A. spätestens am 31.10.2001. Eine Verlängerung der Probezeit war nicht vereinbart worden. Ohne Einfluss auf Lauf und Dauer der Probezeit blieb auch der Umstand, dass A. vom 17.10.2001 bis 6.1.2002 krank war. Während sich im Privatrecht nach Art. 335b Abs. 3 OR (Obligationenrecht, SR 220) bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht die Probezeit um die betreffende Dauer verlängert, enthält das Staatspersonalgesetz keine entsprechende gesetzliche Grundlage. Dies kann entweder auf eine Unvollständigkeit des Gesetzes, eine echte Gesetzeslücke oder auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zurückzuführen sein. Letzteres ist dann gegeben, wenn die Auslegung ergibt, dass der Gesetzgeber die Frage nicht übersehen hat, sondern stillschweigend - ohne dass dies am Wortlaut des Gesetzes zu erkennen wäre - in

negativer Weise mitentschieden hat (Fritz Gygi: Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 83; Ulrich Häfelin/Walter Haller: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2001, N 143; BGE 122 I 253 ff., 123 II 69). Schon anhand der gesetzlichen Bestimmung, aber auch anhand der Botschaft (Änderungen der Kantonsverfassung sowie des Gesetzes über das Staatspersonal, Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 4.7.2000, RRB Nr. 1435) wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber mit der Probezeit im Allgemeinen und deren Detailregelungen wie z.B. der Verlängerungsmöglichkeit beschäftigt hat. § 18bisStPG sieht vor, dass grundsätzlich die ersten drei Monate der unbefristeten Anstellung als Probezeit gelten (Abs. 1); nach Abs. 2 kann die Probezeit vertraglich um höchstens drei Monate verlängert werden (Abs. 2). Auch die Anstellungsbehörde kann die Probezeit um höchstens drei Monate verlängern, wenn nach Ablauf der gesetzlichen oder vertraglichen Probezeit Eignung, Leistung oder Verhalten noch nicht sicher beurteilt werden können (Abs. 3). Im Gegensatz zum OR, wo maximal eine Probezeit von 3 Monaten möglich ist, lässt das Staatspersonalgesetz eine sehr lange Probezeit zu. Unter diesem Aspekt scheint es nachvollziehbar, dass dem Gesetzgeber eine zusätzliche Verlängerung um die Dauer zuvor erfolgter effektiver Verkürzungen verzichtbar schien. Für den vorliegenden Fall hat dies die Konsequenz, dass sich A. spätestens ab 1.11.2001 nicht mehr in der Probezeit befand. (...)

E. 6

a) Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, dass wegen des Verbotes von Kettenarbeitsverträgen am 1.12.2001 keine neuerliche Probezeit habe in Gang gesetzt werden können.

b) Als Kettenarbeitsverträge bezeichnet man sich ablösende, aneinander gereihte befristete Arbeitsverträge. Diese sind grundsätzlich zulässig, finden ihre Grenze aber im Verbot der Gesetzesumgehung. Danach ist der Abschluss von Kettenarbeitsverträgen dann missbräuchlich, wenn damit bezweckt wird die Anwendung gesetzlicher Kündigungsschutzbestimmungen oder gesetzliche Sozialleistungen zu verhindern (Jürg Brühwiler: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N 6 zu Art. 334 OR; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel: Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Zürich 1993, N 7 zu Art. 334 OR; Adrian Staehelin/Frank Vischer: Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 5 zu Art. 334 OR; Manfred Rehbinder: Der Arbeitsvertrag, Berner Kommentar, Bern 1992, N 12 ff. zu Art. 334 OR). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um die Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen.

c) Der Hinweis auf die Konstruktion der Kettenarbeitsverträge ist indes nicht völlig verfehlt. Die für Kettenarbeitsverträge entwickelten Beurteilungskriterien finden gemäss Lehre und Rechtsprechung nämlich auch Anwendung auf Fälle, in denen ein Arbeitsvertrag in der Probezeit aufgelöst, der Arbeitnehmer jedoch mit einem neuen Arbeitsvertrag weiterbeschäftigt wird. Für das Privatrecht gilt in diesem Fall der Grundsatz, dass der neue Vertrag keine erneute Probezeit vorsehen darf, soweit die Probezeiten der beiden Verträge zusammen die festgelegte Höchstdauer von 3 Monaten überschreitet. Wesentlich ist demnach, ob durch den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages und die Vereinbarung einer erneuten Probezeit hauptsächlich bezweckt wird, die Anwendung der nach Ablauf der Probezeit geltenden Kündigungsfristen und der Bestimmungen über den zeitlichen Kündigungsschutz zu verhindern. Auf eine derartige Umgehung ist zu schliessen, wenn der Arbeitnehmer im neuen Arbeitsvertrag im Wesentlichen die bisherige Arbeitsleistung weiter verrichtet (Brühwiler, a.a.O., N 5 zu Art. 335b OR; JAR 1989, S. 155). Die erneute Vereinbarung einer Probezeit ist allerdings statthaft, wenn der Arbeitnehmer aufgrund eines

neuen Arbeitsvertrages in einer anderen Stellung mit weitgehend neuen Aufgaben betraut wird und daraus die gegenseitige Erprobung als ein echtes Bedürfnis resultiert. Für die Vereinbarung einer neuen Probezeit muss somit ein begründeter Anlass bestehen (JAR 1992, S. 206; Brühwiler, a.a.O., N 5 zu Art. 335b OR). Bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses - sei es, dass die Parteien nach Kündigung des Arbeitsvertrags sogleich während der Kündigungszeit einen neuen Vertrag über die selbe Stellung abschliessen, oder dass der Arbeitnehmer in nicht massgebend veränderter Stellung weiterarbeitet - kann keine erneute Probezeit vereinbart werden (JAR 1983, S. 162; JAR 1989, S. 155; JAR 1994 S. 190; Staehelin/Vischer, a.a.O., N 16 zu Art. 335 OR, N 3 zu Art. 335b OR; Rehbinder, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR). Dies rechtfertigt sich durch den Grundgedanken der Probezeit: Den noch nicht vertrauten Arbeitnehmer besser kennenzulernen, wozu den Parteien bei aneinandergereihten Verträgen genügend Zeit zur Verfügung stand (Rehbinder, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR; Staehelin/Vischer, a.a.O., N 3 zu Art. 335b OR).

d) Diese für den privatrechtlichen Arbeitsvertrag entwickelten Grundsätze sind auch für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zu beachten. Auch hier ist zu verlangen, dass bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen eine Probezeit nur zum Tragen kommen kann, wenn dafür ein begründeter Anlass besteht. Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin vom 12.6.2001 bis zum 31.7.2001 als Krankenpflegerin FA SRK gearbeitet. Vom 1.8.2001 bis am 16.10.2001 arbeitete sie als Krankenpflegerin FA SRK und Stationsleiterin, wobei die Aufgabe der Stationsleiterin nicht nur aus Führungsarbeit besteht, sondern auch Arbeit am Patienten beinhaltet. Gesamthaft hatte die Beschwerdeführerin während etwas mehr als 4 Monaten für das Bezirksspital gearbeitet. Dieser Zeitraum ist bei objektiver Betrachtung ausreichend dafür, dass sich die Parteien gegenseitig kennenlernten, zumal die Beschwerdeführerin mit der Vereinbarung vom 27.11. bzw. 30.11.2001 nicht etwa eine neue Funktion übernahm, sondern zur angestammten Funktion Krankenschwester zurückkehrte, die sie vom 12.6. bis 31.7.2001 bereits zu 100 % und vom 1.8. bis 16.10.2001 neben ihren Führungsaufgaben ausgeübt hatte. Anscheinend verrichtete sie diese Aufgabe auch zur Zufriedenheit des Arbeitgebers. Andernfalls hätte man ihr die Funktion der Stationsleitung kaum angetragen, und auch der Umstand, dass sich der Arbeitgeber nach ihrem Scheitern als stationsleitende Führungsperson ihre Dienste als Krankenschwester weiterhin erhalten wollte, deutet darauf hin, dass er von ihrer grundsätzlichen Eignung für die Funktion Krankenschwester ausging, wovon er sich während rund vier Monaten hatte vergewissern können.

Die Vorinstanz erachtete die Anordnung einer neuen Probezeit als gerechtfertigt, weil das Bezirksspital nicht davon habe ausgehen können, dass sich die Beschwerdeführerin problemlos ins Pflorgeteam einordnen werde, nachdem sie zuvor Führungsfunktionen wahrgenommen habe und darin gescheitert sei. Auch wenn dieser Umstand einen gewissen Unsicherheitsfaktor darstellte, so kann er doch nicht als begründeter Anlass für die Abmachung einer neuen Probezeit gelten. Arbeitsweise und Teamfähigkeit der Beschwerdeführerin hatte der Arbeitgeber zuvor bereits kennengelernt. Die Integration von A. ins Pflorgeteam hing überdies nicht allein von ihr ab, sondern auch von der Flexibilität und Loyalität der übrigen Teammitglieder. Dieser zwischenmenschlich heiklen Situation war nicht mit einer Probezeit für die ■enttrohnte■ Stationsleiterin A. zu begegnen, sondern allenfalls mit teambildenden Führungsmassnahmen.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es den Parteien mit der Vereinbarung vom 27.11. bzw. 30.11.2001 grundsätzlich darum ging, ihr Vertragsverhältnis per 1.12.2001 auf geänderter Basis fortzusetzen. Zwischen den selben Vertragsparteien sollte am selben Arbeitsort in der selben Arbeitsumgebung - abgesehen von der Führungsfunktion - im Wesentlichen die selbe Arbeitsleistung zu einem (wegen der weggefallenen Führungsaufgabe) um 3 Lohnklassen tieferen Lohn erbracht werden, wie es in der Zeit vom 12.6. bis 31.7.2001 bereits der Fall war. Damit setzte die Vertragsänderung keinen begründeten Anlass für die Vereinbarung einer neuen Probezeit. Die Kündigung vom 26.2.2001 erfolgte demnach nach Ablauf der Probezeit.

E. 7

a) Nach Ablauf der Probezeit gilt gemäss § 27bisStPG bei Arbeitsverhinderung eine Sperrfrist von 12 Monaten. Die Kündigung, die solchermassen zur Unzeit erfolgt, ist gemäss § 27terAbs. 2 lit. b StPG (i.V.m. § 47 Abs. 1 lit. b StPG) nichtig.

A. erkrankte am 17.10.2001. Am 7.1.2002 erschien sie wieder zur Arbeit, erlitt aber bereits am 8.1.2002 einen Rückfall und war erneut krank geschrieben. Am 27.2.2002, als sie die Kündigung erhielt, war sie immer noch krank. Demnach ist die betreffende Kündigung nichtig, da sie nach Ablauf der Probezeit während einer krankheitsbedingten Sperrfrist erfolgte.

b) Zum selben Resultat gelangt man im Übrigen auch, wenn man dem am 27.11. bez. 30.11.2001 vereinbarten Funktionswechsel hinreichende Gründe für die Vereinbarung einer neuen Probezeit zubilligen würde. Weil die Beschwerdeführerin in der durch die neue Funktion bedingten Probezeit krank war, hätte sich ihr Lohnfortzahlungsanspruch nach § 25 der Verordnung zum Gesetz über das Staatspersonal gerichtet. Dieser trägt dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitnehmer bei einem Funktionswechsel faktisch bereits geraume Zeit für den selben Arbeitgeber tätig ist und schon einmal erfolgreich eine Probezeit bestanden hat. Bei einem Funktionswechsel, der eine Probezeit rechtfertigt, soll er nicht wie ein neu Angestellter behandelt werden, der gemäss § 47 Abs. 1 lit. a StPG bei Erkrankung in der Probezeit Anspruch auf 6 Monate Lohnfortzahlung hat. Vielmehr soll seine bisherige Tätigkeit für den Staat insofern berücksichtigt werden, dass sich sein Lohnfortzahlungsanspruch bei Erkrankung nach § 47 Abs. 1 lit. b StPG richtet und damit 12 Monate beträgt; dies ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Angestellten. Die Nichtigkeit der Kündigung nach § 27terAbs. 2 StPG knüpft nicht am Ablauf der Probezeit an, sondern daran, ob sich die krankheitsbedingte Lohnfortzahlung nach § 47 Abs. 1 lit. a oder b StPG richtet: Befindet sich der Angestellte in einer Phase der Lohnfortzahlung gestützt auf § 47 Abs. 1 lit. b StPG, so ist eine in diesem Zeitraum ausgesprochene Kündigung nichtig. Eine Lohnfortzahlung nach § 47 Abs. 1 lit. b StPG wird in der Regel erst nach Ablauf der Probezeit ausgelöst, in Ausnahmefällen - welche als Sonderregelung auf § 25 StPVo basieren - jedoch auch während der Probezeit, sofern diese bei einem Wechsel der Funktion angeordnet wurde. Dies mag aus Sicht des Arbeitgebers nicht immer befriedigen, weil damit in Fällen, da funktionswechselnde Angestellte die Probezeit in der neuen Funktion aus sachlichen Gründen nicht bestehen, wegen Sperrfrist nicht erleichtert gekündigt werden kann, wenn sie erkranken oder verunfallen. Der Gesetzeswortlaut lässt indes eine andere Interpretation nicht zu, und unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers scheint diese Rechtsfolge auch nicht abwegig. Immerhin ist der Arbeitnehmer in solchen Fällen bereits längere Zeit für den Arbeitgeber tätig und hat bereits einmal eine Probezeit erfolgreich bestanden, so dass es vertretbar

erscheint, das Risiko bei einer Erkrankung oder bei einem Unfall in der neuerlichen Probezeit auf den Arbeitgeber zu verlagern. Der Auslegung bedarf im Übrigen - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - nicht § 25 StPVo, welcher die Lohnfortzahlung bei Funktionswechsel regelt - sondern § 47 Abs. 2 lit. b StPG, der die Voraussetzungen der Nichtigkeit normiert.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 5. November 2002 (VWBES.2002.178)

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