

## **PRK Fall Nr. 69: Kündigung während der Probezeit**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 20. November 2006 i.S. B. gegen die vom Betrieb X. verfügte Kündigung während der Probezeit gemäss § 38 Personalgesetz (PG).

### **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft dieser Entscheid?	S. 1
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse	S. 1
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission	S. 2
Entscheid u. Rechtskraft	Urteil der Personalrekurskommission	S. 5
Schlussfolgerungen d. ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden könne	S. 5
Relevante Rechtsnormen	Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid?	S. 6

### **I. Rechtsprobleme**

1. Muss eine Kündigung während der Probezeit eine Begründung enthalten (E. 2, E. 4a, b, c)?
2. Voraussetzungen einer Verlängerung der Probezeit (E. 3)?
3. Ist man während der Probezeit verpflichtet, geeignete Massnahmen nach § 24 PG zu ergreifen, falls die Arbeitsleistungen ungenügend sind (E. 4d)?

### **II. Sachverhalt**

1.  
B. arbeitete seit dem 1. November 2005 beim Betrieb X. Im Anstellungsvertrag vom 8. Juni 2005 wurde eine Probezeit von 12 Monaten vereinbart. Aufgrund einer Umstrukturierung des Betriebes X. per 1. Januar 2006 erhielt der Rekurrent am 1. November 2005 einen neuen Anstellungsvertrag zu den bisherigen Konditionen. Im August 2006 wurde mit dem Rekurrenten ein Gespräch geführt und diesem eröffnet, dass seitens des Betriebes X. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigt werde.

Mit Verfügung vom 4. August 2006 kündigte der Betrieb X. das Arbeitsverhältnis von B. während der Probezeit gestützt auf § 38 Personalgesetz (PG). Die Kündigungsverfügung wurde B. am 18. August 2006 persönlich übergeben.

2.  
Gegen die Kündigungsverfügung vom 4. August 2006 meldete S., namens B. am 23. August 2006 Rekurs bei der Personalrekurskommission an. Von S. wurde insbesondere die Gewährung der aufschiebenden Wirkung für den Rekurs sowie die Aufhebung der zwölfmonatigen Probezeit für die Anstellung beim Betrieb X. resp. deren Verkürzung auf 3 Monate beantragt.

3.-8.  
[...]

### **III. Rechtliche Erwägungen der PRK**

1.  
[...]

2.  
Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde vom Betrieb X. gestützt auf § 38 PG ausgesprochen. Vom Rekurrenten wird geltend gemacht, dass gemäss § 29 Abs. 2 PG die Kündigung durch den Arbeitgeber in Form einer begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung zu erfolgen habe. Es müsse jedoch festgestellt werden, dass die Kündigung keine Begründung enthalte.

In der Tat hat der Betrieb X. ihre Kündigungsverfügung vom 4. August 2006 in keiner Weise begründet. Eine nicht oder nur ungenügend begründete Verfügung ist grundsätzlich nur anfechtbar, nicht nichtig. Der Mangel kann im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, sofern die fehlende Begründung in der Vernehmlassung der verfügenden Behörde zum Rechtsmittel enthalten ist oder den beschwerdeführenden Parteien auf andere Weise zur Kenntnis gebracht wird, diese dazu Stellung nehmen können und der Rechtsmittelinstanz volle Kognition zukommt (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1998, S. 333, Rz. 1298 und S. 340, Rz. 1329). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt: der Betrieb X. hat sich in ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2006 ausführlich zu den Gründen, die zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit geführt haben, geäußert und der Rekurrent konnte sich dazu an der Verhandlung der mit umfassender Kognition ausgestatteten Personalrekurskommission äussern.

3.  
Im vorliegenden Verfahren wurde im Anstellungsvertrag vom 8. Juni 2005 von den Parteien eine zwölfmonatige Probezeit vereinbart. Der Betrieb X. wurde per 1. Januar 2006 neu organisiert, weshalb alle Mitarbeitenden neue Anstellungsverträge erhielten. Im neuen Anstellungsvertrag des Rekurrenten wurden die bisherigen Konditionen des Arbeitsverhältnisses unverändert übernommen, so auch die zwölfmonatige Probezeit ab Arbeitsbeginn (1. November 2005). Aus Sicht des Rekurrenten ist die Vereinbarung einer zwölfmonatigen Probezeit widerrechtlich, da dies nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Seitens des Betriebes X. wird geltend gemacht, dass bei diesen Mitarbeitenden generell eine Probezeit von 12 Monaten vereinbart werde, was eine vertiefte Abklärung der Eignung für diese anspruchsvolle und verantwortungsvolle Funktion ermögliche.

Es liegt nicht im Zuständigkeitsbereich der Personalrekurskommission, die Dauer der vertraglich vereinbarten Probezeit zu ändern, sofern diese nicht offensichtlich unangemessen ist. Gemäss § 11 PG gelten die ersten drei Monate des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Probezeit. Im Arbeitsvertrag kann schriftlich eine kürzere oder längere Probezeit vereinbart oder eine solche ausnahmsweise wegbedungen werden. Sie darf jedoch höchstens zwölf Monate betragen. Im Anstellungsvertrag des Rekurrenten vom 8. Juni 2005 wurde eine zwölfmonatige Probezeit vereinbart. Die Länge der vereinbarten Probezeit entspricht der nach Personalgesetz zulässigen Maximaldauer von 12 Monaten. Beim Betrieb X. wird generell - in Absprache mit dem Personalausschuss - für solche Mitarbeitenden eine zwölfmonatige Probezeit vereinbart. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass während der ersten drei Monate diese Mitarbeitenden ausgebildet werden. Insofern handelt es sich effektiv um eine neunmonatige Probezeit. Seitens des Betriebes X. wird geltend gemacht, dass die Betreuung und das Erfassen der neuen Mitarbeitenden ungleich schwierig seien, als in einer Organisationsstruktur, bei der die Mitarbeitenden von Montag bis Freitag zusammenarbeiten. Die Länge der vereinbarten Probezeit lässt sich somit sachlich begründen. Die Personalrekurskommission kann und darf daher die Länge der Probezeit im vorliegenden Fall nicht ändern. Sofern eine generelle Verkürzung der Probezeit für solche Mitarbeitenden gewünscht wird, entzieht sich dies ohnehin dem Zuständigkeitsbereich der Personalrekurskommission. Es wäre die Aufgabe der Gewerkschaft, entsprechenden Einfluss zu nehmen. Was das hier zu beurteilende Verfahren anbelangt, ist auch darauf hinzuweisen, dass der Rekurrent die Anstellungsverträge vom 8. Juni 2005 sowie vom 1. November 2005 vorbehaltlos unterschrieben hat und damit auch die zwölfmonatige Probezeit akzeptiert hat.

4.  
Die Kündigungsverfügung wurde dem Rekurrenten am 18. August 2006 persönlich übergeben. Der Rekurrent hatte seinen Dienst beim Betrieb X. am 1. November 2005 aufgenommen. Die Kündigung erfolgte somit während der zwölfmonatigen Probezeit. Nachfolgend wird zu prüfen sein, ob die Kündigung während der Probezeit sachlich begründet ist.

4a.  
Für Kündigungen während der Probezeit enthält das Personalgesetz spezielle Bestimmungen, die von den übrigen Kündigungsbestimmungen des Personalgesetzes abweichen. Der baselstädtische Gesetzgeber wollte den Mitarbeitenden für die Dauer der Probezeit nicht den gleichen Kündigungsschutz einräumen, wie bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit. Dies folgt e contrario aus § 30 Abs. 2 PG, wonach die Anstellungsbehörde nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nur aus einem in § 30 Abs. 2 lit. a bis lit. e PG genannten Grund kündigen kann. Zudem wird in § 38 Abs. 1 PG speziell geregelt, dass bei Kündigungen während der Probezeit das Arbeitsverhältnis auf den Kündigungstermin hin endet und dass einem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zudem besteht bei Gutheissung des Rekurses kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters. Ist eine Kündigung missbräuchlich, so kann gemäss § 38 Abs. 2 PG lediglich eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden. Diese Ausführungen können mit Hinweis auf den Ratschlag zum Personalgesetz, Seite 18, Titel „Kündigung während der Probezeit“ untermauert werden: „Während der Probezeit sollen die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis leichter auflösen können, als dies nach deren Ablauf möglich wäre. Das Gesetz nennt keine Kündigungsgründe. Die Kündigung darf jedoch nicht missbräuchlich sein. Ist dies der Fall, so kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, eine Entschädigung bis maximal drei Monatslöhne zu bezahlen.“

Die Probezeit dient dazu, die Fähigkeiten und Eignung einer Mitarbeiterin resp. eines Mitarbeiters zu prüfen. Die Vertragsparteien sollen deshalb das Arbeitsverhältnis während der Probezeit leichter auflösen können, als dies nach deren Ablauf möglich wäre. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind an die Gründe, aus denen das während der Probezeit noch lockere Arbeitsverhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Im Fall einer während der Probezeit erfolgten Kündigung eines Bundesangestellten hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung bereits zulässig sei, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheine, dass der Nachweis der Fähigkeit und Eignung nicht erbracht werde und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden könne. Die Auflösung müsse vom Betroffenen nicht verschuldet sein und könne sich auch auf objektive Gründe stützen (BGE 120 Ib 134, Erw. 2a). In einem anderen Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, ein wichtiger Grund sei für die Kündigung während der Probezeit nicht erforderlich. Vielmehr müsse es genügen, dass die Kündigung sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens halte und angesichts der Leistungen und des Verhaltens sowie der personellen und sonstigen betrieblichen Gegebenheiten als vertretbare Massnahme erscheine (BGE 108 Ib 209, E. 2, vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel Stadt vom 16. April 2003 i.S. I.G. E. 6).

4b.

Im vorliegenden Fall begründete der Betrieb X. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit damit, dass der Rekurrent in der Zeitspanne vom 29. April 2006 bis 5. August 2006 dreimal zu spät gekommen sei und deshalb seine Arbeitszeiten nicht einhalten konnte. Dies hat zu erheblichen Problemen im Betrieb geführt. Des Weiteren hat der Rekurrent am 13. Dezember 2005 seine Arbeitspflicht nicht korrekt erfüllt und am 8. Juni 2006 habe er, trotz ausdrücklichem Rauchverbot, am Arbeitsplatz geraucht. Der Rekurrent macht geltend, dass er lediglich am 29. April 2006 vom Vorgesetzten auf seine Verspätungen hingewiesen worden sei. Von den daraus entstandenen Problemen im Betrieb vom 12. Mai 2006 sowie vom 5. August 2006 habe er bis zum 18. August 2006 nichts gewusst, da kein entsprechender Hinweis vom Vorgesetzten erfolgt sei.

Festgehalten werden kann, dass vom Rekurrenten nicht bestritten wird, dass er dreimal zu spät zur Arbeit erschienen ist. Damit der Betrieb X. den Arbeitsplan einhalten kann, muss er sich darauf verlassen können, dass die Mitarbeitenden rechtzeitig zur Arbeit erscheinen und die Arbeitszeiten korrekt einhalten. Wird die Arbeit zu spät angetreten, hat dies zur Folge, dass Mitarbeitende nicht abgelöst werden oder andere Mitarbeitende einspringen müssen. Wenn die Arbeitszeiten nicht eingehalten werden können, so führt dies zur Verärgerung der Kunden, die sich – besondere Ereignisse vorbehalten – auf die Öffnungszeiten des Betriebes X. verlassen. Auf diese Umstände werden diese Mitarbeitenden während ihrer Schulung speziell hingewiesen. Im vorliegenden Fall ist der Rekurrent in der Zeitspanne vom 29. April 2006 bis 5. August 2006 dreimal verspätet zur Arbeit erschienen. Aus Sicht des Betriebes X. ist der Rekurrent aufgrund dessen als solcher Mitarbeiter nicht geeignet. Der Entscheid des Betriebes X., das Arbeitsverhältnis mit dem Rekurrenten während der Probezeit aufzulösen, stützt sich somit auf sachliche Gründe.

4c.

Vom Rekurrenten wird eingewandt, dass er Gewerkschaftsmitglied sei und von seinem Vorgesetzten zu Unrecht des Vertrauensbruchs bezichtigt worden sei, nachdem er seine Gewerkschaftskollegin am 12. Mai 2006 um Auskunft betreffend Reduktion des Arbeitspen-

sums gebeten hatte. Die Kündigung müsse daher als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. a Obligationenrecht (OR) qualifiziert werden.

Der blosse Umstand, dass der Rekurrenten Gewerkschaftsmitglied ist und es betreffend der Reduktion des Arbeitspensums zu Differenzen mit dem Vorgesetzten gekommen ist, reicht für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. a OR nicht aus. Vielmehr müssten konkrete Anhaltspunkte für einen direkten Zusammenhang zwischen der Kündigung während der Probezeit und der Mitgliedschaft des Rekurrenten in der Gewerkschaft vorliegen. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Anhaltspunkte für einen Zusammenhang zwischen Kündigung und der Gewerkschaftsmitgliedschaft lässt sich weder den Verfahrensakten noch der mündlichen Verhandlung entnehmen. Die vorliegende Kündigung während der Probezeit ist daher nicht missbräuchlich erfolgt.

4d.

Vom Rekurrenten wird schliesslich moniert, dass der Betrieb X. verpflichtet gewesen wäre, geeignete Massnahmen nach § 24 PG zu ergreifen, falls die Arbeitsleistungen ungenügend gewesen seien.

Der Rekurrent verkennt bei dieser Argumentation, dass Massnahmen nach § 24 PG von ihrem Sinn und Zweck her nicht auf das Arbeitsverhältnis während der Probezeit zugeschnitten sind. Auch trifft es keinesfalls zu, dass eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit wegen ungenügenden Leistungen voraussetzt, dass die Anstellungsbehörde bereits Massnahmen nach § 24 PG getroffen hat, vielmehr wird verlangt, dass der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter vorher eine angemessene Bewährungsfrist auferlegt worden ist (vgl. § 30 Abs. 2 lit. c PG).

#### **IV. Entscheid und Rechtskraft**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Kündigung während der Probezeit gemäss § 38 PG erfüllt sind. Der Rekurs wurde abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

#### **V. Schlussfolgerungen des ZPD**

- Die Probezeit dient dazu, die Fähigkeiten und Eignung einer Mitarbeiterin bzw. eines Mitarbeiters zu prüfen.
- Gemäss § 11 PG kann schriftlich eine kürzere oder längere Probezeit vereinbart werden. Sie darf jedoch höchstens 12 Monate betragen. Die Länge der Probezeit sollte sachlich begründbar sein.
- Die Kündigung während der Probezeit muss sachlich begründet sein. Hingegen muss kein Kündigungsgrund gemäss § 30 Abs. 2 PG vorliegen.
- In § 38 Abs. 1 PG wird speziell geregelt, dass bei Kündigungen während der Probezeit das Arbeitsverhältnis auf den Kündigungstermin hin endet und dass einem Re-

kurs keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zudem besteht bei Gutheissung des Rekurses kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters. Gemäss § 38 Abs. 2 PG kann bei einer missbräuchlichen Kündigung lediglich eine Entschädigung von maximal 3 Monatslöhnen zugesprochen werden.

- Massnahmen gemäss § 24 PG und § 25 PG finden auf das Arbeitsverhältnis während der Probezeit keine Anwendung, da in derartigen Fällen die Kündigung gemäss § 38 auszusprechen ist.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 11 PG

§ 24 PG

§ 29 Abs. 2 PG

§ 38 PG