

## **VG vom 13. März 2013 zu PRK Fall Nr. 96**

**Kurzfassung des Verwaltungsgerichtsurteils vom 13. März 2013 bezüglich der Gültigkeit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der einseitig verlängerten Probezeit gestützt auf § 38 Personalgesetz (PG).**

### **Inhaltsverzeichnis**

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

### **I. Rechtsprobleme**

1. Zulässigkeit der Verlängerung der Probezeit als milderer Mittel im Verhältnis zur Kündigung (E. 2)
2. Voraussetzungen für eine einseitige Verlängerung der Probezeit (E. 3)

### **II. Sachverhalt**

A. wurde per 1. März 2011 bei der Anstellungsbehörde B. angestellt mit einer Probezeit von 3 Monaten. Am 23. Mai 2011 führte M. als Vorgesetzte von A. mit dieser ein Mitarbeiterinnengespräch (MAG) durch. Dabei hielt sie in der Gesamtbeurteilung u.a. fest, „wir beantragen die Verlängerung Probezeit um 3 Monate auf dem 31.08.2011, da einiges an wichtigen Aussage bis jetzt nicht vollumfänglich bewertet werden konnte“. Mit Schreiben vom 30. Mai 2011 bestätigte die stellvertretende Personalleiterin des Departements X., dass die Probezeit bis zum 31. August 2011 verlängert werde. Am 11. Juli 2011 fand ein weiteres MAG zwischen M. und A. statt. Die Gesamtbeurteilung ergab, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in einer Festanstellung in Betrachtung der gesamten Situation nicht möglich sei. Der Arbeitnehmerin wurde in der Folge zuerst eine bis zum 31. Oktober 2011 befristete Stelle angeboten, danach ein gemeinsamer Aufhebungsvertrag per 31. August 2011. Da A. auf beides nicht einging, wurde ihr Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 29. Juli 2011 während der Probezeit gemäss §11 Abs. 3 und § 38 des Personalgesetzes per 31. August 2011 gekündigt. Dagegen erhob A. Rekurs bei der Personalrekurskommission, welche diesen mit Entscheid vom 6. Dezember 2011 abwies.

Gegen diesen Entscheid richtet sich der vorliegende Rekurs von A., mit dem sie beantragt, es seien die Kündigungsverfügung und der Entscheid der Personalrekurskommission aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie sich in ungekündigtem Arbeitsverhältnis befinde. Der Rechtsdienst des Zentralen Personaldienstes, dem das Departement X. die Beantwortung des Rekurses übertragen hat, schliesst auf Abweisung des Rekurses. Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Mit Verfügung vom 5. Februar 2013 wurde den Parteien mitgeteilt, dass eine mündliche Verhandlung nicht vorgesehen sei. In der Folge ist der vorliegende Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergangen.

### **III. Rechtliche Erwägungen**

**1.1** Nach § 43 Abs. 1 Personalgesetz (PG) ist das Verwaltungsgericht zuständig zur Beurteilung von Rekursen gegen Entscheide der Personalrekurskommission betreffend Kündigung, fristlose Auflösung des Anstellungsverhältnisses und Abfindung. Auf den vorliegenden, frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist daher einzutreten. Das Verwaltungsgericht entscheidet gemäss § 43 Abs. 2 PG mit drei Mitgliedern in einem einfachen und raschen Verfahren über den Rekurs. Hinsichtlich der Kognition enthält das Personalgesetz keine besonderen Vorschriften. Es findet daher aufgrund der Verweisungsnorm von § 40 Abs. 5 PG das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG) Anwendung. Nach dessen § 8 ist im Folgenden zu prüfen, ob die Personalrekurskommission den Sachverhalt mangelhaft festgestellt, die massgebenden Vorschriften unrichtig angewendet, ihr Ermessen verletzt oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat.

**1.2** Mit Verfügung vom 5. Februar 2013 sind die Parteien darauf aufmerksam gemacht worden, dass eine mündliche Parteiverhandlung nicht vorgesehen sei. Auf die Durchführung einer solchen gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK kann ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden (BGE 134 I 229 E. 4.2-4.4 S. 236 f.; 134 I 331 E. 2.3 und 2.4 S. 333 ff.; 121 I 30 E. 5f S. 37; Urteil des EGMR i.S. Schuler-Zraggen c. Schweiz vom 24. Juni 1993, Serie A, Vol. 263, Ziff. 58). Vorliegend ist von einem stillschweigenden Verzicht auszugehen, nachdem die Parteien auf die Verfügung vom 5. Februar 2013 nicht reagiert haben.

## **2.**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Kündigung der Rekurrentin noch während laufender Probezeit erfolgt ist. Gemäss § 11 Abs. 1 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 dauern. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung kann die Anstellungsbehörde die Probezeit angemessen verlängern, wenn diese infolge Krankheit, Unfall oder Erfül-

lung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht verkürzt wurde. Die Rekurrentin macht gestützt auf diese Bestimmung geltend, eine nicht bereits im Arbeitsvertrag vereinbarte Verlängerung der Probezeit sei, im Gegensatz zur privatrechtlichen Regelung von Art. 335b Obligationenrecht (OR), nicht möglich. Es handle sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, der eine nachträgliche Verlängerung der Probezeit nur unter den Voraussetzungen von § 11 Abs. 2 PG habe zulassen wollen. Für diese Fixierung der Probezeit im Anstellungsvertrag habe der Gesetzgeber im Gegenzug dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, im Vergleich zum Privatrecht eine sehr lange Probezeit von einem Jahr festzuschreiben, um ausreichend Zeit zur Verfügung zu stellen. Dazu ist zu bemerken, dass sich die beiden zitierten Bestimmungen sehr ähnlich sind. Auch Art. 335b OR geht in Abs. 2 grundsätzlich von einer abweichenden Vereinbarung bei Vertragsschluss (oder gar durch Gesamtarbeitsvertrag) aus und sagt nichts über eine während begonnenem Arbeitsverhältnis zu verlängernde Probezeit aus. Es wird jedoch anerkannt, dass eine Verlängerung der Probezeit durch schriftliche Vereinbarung auch nachträglich erfolgen kann, soweit insgesamt die Höchstdauer von drei Monaten nicht überschritten wird (PORTMANN, Basler Kommentar, 5. Auflage 2011, Art. 335b OR N 4). Dies muss auch für das öffentlich rechtliche Personalrecht unter Berücksichtigung der hier höheren Maximaldauer der Probezeit gelten. In diesem Sinn hat auch das Verwaltungsgericht St. Gallen entschieden und ausgeführt, das kantonale Recht kenne zwar keine ausdrückliche Regelung über die Verlängerung der Probezeit. Art. 86 Abs. 1 StVG erlaube jedoch, dass durch Vertrag eine abweichende Regelung getroffen werden könne, wenn besondere Umstände dies rechtfertigten. Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip könne daher bei öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen anstelle der ebenfalls ohne weiteres möglichen Entlassung als mildere Massnahme eine Verlängerung der Probezeit - eine im öffentlichen Dienstrecht übliche Praxis - zweckmässig sein und im Interesse des Angestellten liegen. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid geschützt und festgehalten, als dem Gemeinwesen auferlegte allgemeine verfassungsrechtliche Schranke für die Ausübung des Kündigungsrechts gelte namentlich das Gebot der Verhältnismässigkeit; danach soll der Betroffene nach Möglichkeit zuerst durch Ermahnung und Androhung der Kündigung angehalten werden, sein Verhalten zu bessern, bevor zur Auflösung des öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses geschritten werde. Die Verlängerung der Probezeit ermögliche dem öffentlichen Arbeitgeber nun aber gerade, in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Interesse des Angestellten diesem eine zusätzliche Chance einzuräumen, um sich zu bewähren, obwohl an sich bereits die Kündigung ausgesprochen werden müsste (vgl. zum Ganzen BGer 2P. 121/2005 vom 19. Juli 2005). Nach dem Gesagten ist eine Verlängerung der Probezeit nicht nur im Arbeitsvertrag, sondern auch nachträglich grundsätzlich jederzeit vor Ablauf der Probezeit möglich.

### 3.

Allerdings kann der Arbeitgeber die Probezeit nicht einfach nach eigenem Gutdünken verlängern. Wie in der Rekursantwort zutreffend ausgeführt wird, ist dies nur dann

zulässig, wenn ein sachlicher Grund vorliegt und die Verlängerung der Probezeit im gegenseitigen Einverständnis erfolgt (S. 4 unten). Wie dieses gegenseitige Einverständnis sich manifestieren soll, ist unter den Parteien umstritten. Während die Rekurrentin im Eventualstandpunkt geltend macht, es käme nur Schriftlichkeit in Frage, ist die Anstellungsbehörde und die Vorinstanz der Meinung, das Schweigen zum Antrag der Probezeitverlängerung im Mitarbeitergespräch und dem Bestätigungsschreiben der Anstellungsbehörde sei als stillschweigendes Einverständnis zu qualifizieren, was genüge. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht einsehbar, weshalb bei einer nachträglichen Verlängerung der Probezeit - anders als im Falle einer Verlängerung bereits im Anstellungsvertrag - auf die Einhaltung der Schriftform soll verzichtet werden können. Die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerin ist in diesem Zeitpunkt nicht geringer als beim Abschluss des Arbeitsvertrages. In beiden Fällen geht sie der erhöhten Begründungsanforderung an eine Kündigung verlustig; eine Kündigung während der Probezeit kann wesentlich einfacher ausgesprochen werden als nach deren Ablauf. Lediglich die Kündigungsfrist wird nach den ersten drei Monaten der Probezeit etwas länger, was für sich allein das Entfallen der Formvorschrift nicht zu rechtfertigen vermag. Es steht nun aber fest, dass die Parteien eine Verlängerung der Probezeit nicht schriftlich vereinbart haben. Die Unterschrift der Rekurrentin auf dem Mitarbeitergespräch vom 23. Mai 2011 genügt hierfür nicht, hat sie damit doch nur bezeugt, dass das Gespräch stattgefunden hat. Überdies besass M. nicht die Kompetenz, eine solche Abmachung für die Arbeitgeberin zu unterschreiben. Scheitert die Verlängerung der Probezeit im vorliegenden Fall bereits deshalb, weil die Formvorschrift nicht eingehalten worden ist, braucht nur am Rande darauf hingewiesen zu werden, dass auch von einer konkludenten Zustimmung durch die Rekurrentin auf die im Mitarbeitergespräch vom 23. Mai 2011 festgehaltene Bemerkung „wir beantragen die Verlängerung Probezeit um 3 Monate auf dem 31.08.2011“ nicht die Rede sein kann. Diesbezüglich hat M. gegenüber der Personalrekurskommission ausgesagt: „Sie verstand es nicht, hat es aber akzeptiert. Habe ihr gesagt, dass ich eine Probezeitverlängerung will. Sie hat unverständlich reagiert. Sie sagte nicht, dass sie dagegen sei“. Wenn aber die Vorgesetzte den Eindruck hatte, dass die Rekurrentin kein Verständnis für die angekündigte Probezeitverlängerung aufbringen konnte und entsprechend unverständlich reagiert hatte, kann nicht nur deshalb, weil sie nicht ausdrücklich dagegen opponiert hat, auf Zustimmung geschlossen werden. Auch ein unverzüglicher schriftlicher Protest an die Arbeitgeberin war von der Rekurrentin nicht zu erwarten. Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr könnte ein solches Vorgehen allenfalls noch unter gleichgestellten Geschäftspartnern verlangt werden, nicht jedoch im vorliegenden Fall, wo ein starkes Gefälle zwischen den Positionen der Anstellungsbehörde und der Arbeitnehmerin besteht.

#### 4.

Selbst wenn formell eine korrekte Verlängerung der Probezeit stattgefunden hätte, bestünden Zweifel an deren sachlicher Begründung. Die Ausführungen von M. an-

lässlich der Verhandlung vor der Personalrekurskommission erscheinen diffus. In der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. Mai 2011 sind die Leistungen als gut bis ausreichend beurteilt. Konkrete Beanstandungen sind kaum festgehalten worden. Der Vorfall, der sich kurz vor dem Mitarbeitergespräch ereignet haben soll (vgl. Protokoll der Befragung von M.), ist dem Bagatellbereich zuzuordnen, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die Rekurrentin sich am Todestag ihres Vaters nicht in bester Verfassung befunden haben dürfte. Dass die Rekurrentin noch für weitere Aufgabenbereiche wie die Betreuung von Mitarbeitenden im Arbeitsintegrationsprogramm oder die Bearbeitung von Offertenanfragen vorgesehen gewesen sein soll, wie der zentrale Personaldienst in seiner Stellungnahme zum Rekurs ausführt, ergibt sich weder aus dem Arbeitsvertrag noch aus dem Stelleninserat. Es hätte aber ohnehin im Verantwortungsbereich der Arbeitgeberin gelegen, die Arbeit der Rekurrentin so zu organisieren, dass alle ihr zugedachten Aufgaben innert der Probezeit hätten beurteilt werden können. Hätte es sich um Aufgaben gehandelt, die sich nicht innert der allgemeinen Probezeit von drei Monaten hätten ausführen lassen, weil sie beispielsweise an gewisse Jahreszeiten gebunden sind, so hätte die Probezeit von allem Anfang an auf längere Dauer vereinbart werden müssen. Im vorliegenden Fall bestehen gewichtige Zweifel daran, dass die Leistungen der Rekurrentin eine Verlängerung der Probezeit rechtfertigten, um eine ansonsten unumgängliche Kündigung zu vermeiden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Verlängerung der Probezeit nur schriftlich im gegenseitigen Einvernehmen der Parteien hätte erfolgen können. Da eine solche Vereinbarung fehlt, ist die Probezeit am 31. Mai 2011 ausgelaufen. Die mit Schreiben vom 29. Juli 2011 ausgesprochene Kündigung der Rekurrentin hat somit nicht mehr innerhalb der Probezeit stattgefunden. Sie hätte sich deshalb nach der Vorschrift von § 30 PG richten müssen. Die Arbeitgeberin hat nicht nachgewiesen, dass dessen Voraussetzungen (insbesondere § 30 Abs. 3 PG) im vorliegenden Fall eingehalten worden sind. Der Rekurs erweist sich damit als begründet und ist gutzuheissen. Damit ist die Kündigung aufzuheben. Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, in welchem Umfang die Rekurrentin nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs zu beschäftigen ist (vgl. Replik).

## **5.**

Das vorliegende Verfahren ist gemäss § 40 Abs. 4 PG kostenlos. Aufgrund ihres Ob-siegens ist der Rekurrentin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Der von ihrem Vertreter geltend gemachte Aufwand erscheint in Berücksichtigung dessen, dass er ihre Vertretung erst im Verfahren vor Verwaltungsgericht übernommen hat, als angemessen.

## **IV. Urteil u. Rechtskraft**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs gutzuheissen ist und der Entscheid der Personalrekurskommission aufzuheben ist.

Das Urteil ist rechtskräftig.

## **V. Schlussfolgerungen d. ZPD**

- Die Anstellungsbehörde muss darauf bedacht sein, eine Probezeit von angemessener Dauer anzusetzen, sodass sämtliche anfallende Aufgaben innerhalb der Probezeit beurteilt werden können.
- Eine Verlängerung der Probezeit soll nur in Ausnahmefällen erfolgen. Bei Zweifel an der Eignung einer Mitarbeiterin bzw. eines Mitarbeiters soll das Arbeitsverhältnis noch in der Probezeit aufgelöst werden.
- Eine einseitige Verlängerung der Probezeit seitens der Anstellungsbehörde ist nur möglich, wenn infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht der Arbeit nicht nachgegangen werden kann (§ 11 Abs. 2 PG).
- Abgesehen von diesen Gründen ist eine Verlängerung der Probezeit nur möglich, wenn sie schriftlich und im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt. Die nachträgliche Verlängerung der Probezeit darf jedoch die maximale Dauer der Probezeit von 12 Monaten insgesamt nicht überschreiten.
- Die Probezeitverlängerung ist nur dann zulässig, wenn sachliche Gründe dafür vorliegen. Diese werden bejaht, wenn sich die Eignung des Mitarbeitenden für die Stelle während der im Arbeitsvertrag vereinbarten Probezeit noch nicht vollständig erwiesen wurde und die Aussicht besteht, dass sich dieser Eignungsnachweis in der Probezeitverlängerung einstellen wird.
- Eine Unterschrift auf einem Gesprächsprotokoll genügt dem Formerfordernis der Schriftlichkeit nicht. Damit wird lediglich bezeugt, dass ein Gespräch stattgefunden hat, nicht aber, dass die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter mit der Verlängerung der Probezeit einverstanden ist. Es kann im Weiteren auch nicht von einer konkludenten Zustimmung ausgegangen werden, nur weil die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter nicht dagegen opponiert.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 11 PG

§ 38 PG