

# **PRK Fall Nr. 91: Fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen Verletzung der allgemeinen Treuepflichten**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 23. November 2011 i.S. A. gegen die von der Anstellungsbehörde X. verfügte fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 32 Personalgesetz.

## **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	Entscheid der Personalrekurskommission	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. Welches sind die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung (E. 2.1, 2.2)
2. Verletzung von allgemeinen Treuepflichten: Auskunfts- und Meldepflicht (E. 3)
3. Pflichten der Mitarbeitenden bei Nebenbeschäftigungen (E. 3.4)

## **II. Sachverhalt**

1. Am 15. Januar 1995 trat A die Stelle als Behindertenbetreuer bei der Abteilung B im Amt X mit einem Beschäftigungsgrad von 100% an.
2. Mit Verfügung vom 6. August 2009 kündigte das Departement Y dem Rekurrenten das Anstellungsverhältnis per Ende November 2009 mit der Begründung, er habe mit diversen Übergriffen auf Heimbewohner eine schwere Pflichtverletzung begangen, welche eine Weiterbeschäftigung für das Departement unzumutbar mache. Gegen diese Verfügung erhob der Rekurrent bei der Personalrekurskommission Rekurs, welcher mit Entscheid vom 12. April 2010 gutgeheissen wurde. Die Verfügung vom 6. August 2009 wurde damit aufgehoben.

In der Folge suchte das Departement Y eine neue Stelle für den Rekurrenten. Am 27. April 2010 wurde ihm im Beisein seines Rechtsvertreters die neue Stelle in der

Wohngruppe II des Wohnheims L vorgestellt. Die vorgeschlagene Stelle wird fachlich und personell durch die Gruppenleiterin Frau S geführt. Institutionsleiterin ist Frau C. Um sich ein Bild von der Stelle zu verschaffen, besichtigte sie der Rekurrent am 29. April 2010. Er lehnte sie jedoch nach der Besichtigung mit Schreiben vom 30. April 2010 ab, da es ihm in Anbetracht der Vorgeschichte nicht zumutbar sei, an der neuen Stelle mit Frau C die gleiche Person als Vorgesetzte zu haben wie an seiner bisherigen Stelle.

Am 5. Mai 2010 erlangte das Departement Y davon Kenntnis, dass der Rekurrent bereits seit dem 1. Dezember 2009 in einem neuen Anstellungsverhältnis zum Regionalen Verein W, Wohnheim T, stand.

3. Mit Verfügung vom 6. Mai 2010 wurde das Arbeitsverhältnis mit A vom Departement Y gestützt auf § 32 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG) wegen einer schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung fristlos aufgelöst.

4. Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 reichte Dr. D, Advokat, die Rekursanmeldung gegen die Verfügung vom 6. Mai 2010 ein.

5. Mit Schreiben vom 4. Juni 2010 wurde die Rekursbegründung eingereicht, mit welcher der Rekurrent unter o/e-Kostenfolge beantragte, es sei die Verfügung vom 6. Mai 2010 aufzuheben.

6. Die Anstellungsbehörde reichte mit Eingabe vom 26. August 2010 ihre Stellungnahme ein und beantragte, der Rekurs sei unter o/e-Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen.

7. In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 23. November 2010 sind der Rekurrent, sein Rechtsvertreter Dr. D, sowie Dr. F und Frau W als Vertreter der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

Bezüglich der Einzelheiten der Parteistandpunkte wird, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

### **III. Rechtliche Erwägungen**

1. Nach § 40 PG können Kündigungen und fristlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist A von der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 18. Mai 2010 und die Rekursbegründung vom 4. Juni 2010 hat der Rechtsvertreter des Rekurrenten unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht.

2. Das Personalgesetz sieht vor, dass die Anstellungsbehörde ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung oder durch eine fristlose Auflösung beenden kann.

2.1. Gemäss § 32 PG kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung von Fristen aufgelöst werden, wenn ein Umstand vorliegt, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Die in § 32 PG umschriebenen Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses stimmen mit denjenigen von Art. 337 Abs. 2 Obligationenrecht (OR) überein. Im Übrigen wird in § 4 PG festgehalten, dass die Artikel 319 bis 362 OR als kantonales öffentliches Recht Anwendung finden, soweit das Personalgesetz nichts anderes bestimmt. Aus den hier zitierten Gesetzesbestimmungen ist auf eine weitgehende Übereinstimmung zwischen der fristlosen Auflösung eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages gemäss Obligationenrecht und einer fristlosen Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses gemäss Personalgesetz zu schliessen. Dabei steht fest, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses gemäss Personalgesetz nicht geringer sein können als jene für eine fristlose Auflösung eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages gemäss Obligationenrecht. Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine fristlose Auflösung eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 337 OR eine „ultima ratio“. Sie kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden.

2.2. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses liegt vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, weil das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerstört ist. Dabei fallen vor allem schwere oder wiederholte vertragliche oder gesetzliche Pflichtverletzungen in Betracht (statt vieler: BGE 127 III 310; BGE 121 III 467; BGE 117 II 560). Letzteres kann beispielsweise bei Begehung eines Deliktes angenommen werden, während eine Verletzung des Arbeitsvertrags u.a. bei bewusster Missachtung einer klaren Weisung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer vorliegen kann. Bei minder schweren Pflichtverletzungen (verspäteter Arbeitsantritt, private Telefongespräche) ist eine vorherige Verwarnung erforderlich (vgl. Rehbindler, Berner Kommentar, Art. 337 N 2).

3. Die Anstellungsbehörde macht geltend, der Rekurrent hätte aufgrund seiner Treuepflichten seine neue Stelle melden müssen. Indem er diese verschwiegen habe und dadurch in den Genuss von zwei Löhnen gekommen sei, habe er eine schwere Pflichtverletzung begangen, aufgrund welcher ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar sei. Die fristlose Kündigung vom 6. Mai 2010 sei daher verhältnismässig und zulässig.

Der Rekurrent hingegen ist der Ansicht, dass er keine Pflichtverletzung begangen habe. Die Anstellungsbehörde habe von ihm nie verlangt, dass er eine neue Stelle melde. Weiter habe sein Arbeitsverhältnis am 30. November 2009 geendet. Ihm könne daher kein illoyales Verhalten vorgeworfen werden.

3.1. Für die Beantwortung der Frage, ob die Nichtmeldung des neuen Arbeitsverhältnisses und das damit einhergehende Beziehen zweier Löhne eine schwere Pflichtverletzung darstellt, muss der Fall in zwei Zeitabschnitte unterteilt werden, einerseits in den Abschnitt vom 1. Dezember 2009 bis zum 12. April 2010 andererseits in den Abschnitt vom 12. April 2010 bis zum 6. Mai 2010.

3.2. Zunächst ist der Zeitraum vom 1. Dezember 2009 bis zum 12. April 2010 zu betrachten. Mit der verfügten Kündigung vom 6. August 2009 wurde einem allfälligen

Rekurs die aufschiebende Wirkung entzogen. Diese ist im Rekursverfahren nicht wieder hergestellt worden. Somit endete das Arbeitsverhältnis am 30. November 2009. Der Rekurrent hat seine neue Stelle als Behindertenbetreuer im Wohnheim T am 1. Dezember 2009 angetreten. Er stand folglich zu diesem Zeitpunkt in keinem Arbeitsverhältnis mit der Anstellungsbehörde. Dass der Rekurrent bei seinem ehemaligen Arbeitgeber nicht nachgefragt hat, warum er weiterhin Lohn ausbezahlt bekomme, obwohl er in keinem Arbeitsverhältnis mehr mit ihm stehe, mag fragwürdig erscheinen. Eine arbeitsvertragliche Pflicht, dem ehemaligen Arbeitgeber mitzuteilen, dass er ungerechtfertigt den Lohn weiterbezahlt erhalte, bestand allerdings nicht. Somit war für diesen Zeitraum eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt. Ebenfalls keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung hat der Rekurrent mangels Anstellungsverhältnis begangen, als er in den Verhandlungen vor der Personalrekurskommission vom 14. Dezember 2009 beziehungsweise vom 12. April 2010 nicht erwähnte, dass er eine neue Stelle angetreten habe bzw. zwei Löhne beziehe.

3.3. Die zweite Phase beginnt mit dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 12. April 2010, in welchem diese den Rekurs gutgeheissen und damit die Kündigung aufgehoben hat. Anders als im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis besteht im öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnis ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung, wenn sich eine Kündigung als unbegründet erweist (vgl. § 39 PG). Dementsprechend ist das Arbeitsverhältnis mitsamt den daraus resultierenden Rechten und Pflichten wieder aufgelebt. Es ist daher zu klären, ob der Rekurrent arbeitsrechtliche Pflichten verletzt hat, indem er der Anstellungsbehörde nach dem Entscheid der Personalrekurskommission nicht mitgeteilt hat, dass er inzwischen ein unbefristetes 100-prozentiges Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber eingegangen ist.

3.4. Der Arbeitnehmer muss aufgrund der allgemeinen Treuepflicht die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen wahren. Er hat alles zu unterlassen, was seinen Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen kann. Die Treuepflicht hat viele Erscheinungsformen. Eine davon ist die Mitteilungs- und Auskunftspflicht des Arbeitnehmers (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Art. 321a N4 ff). Der Arbeitnehmer ist unter anderem dazu verpflichtet, seinen Arbeitgeber über Umstände zu informieren, welche die Arbeitsausführung während dem Arbeitsverhältnis stark erschweren bzw. verunmöglichen. Das Eingehen eines anderen Vollzeitverhältnisses ist ein Umstand, welcher die Arbeitsausführung verunmöglicht. Im vorliegenden Fall kann dem Rekurrenten die Annahme der neuen Stelle nicht vorgeworfen werden, da er zu jenem Zeitpunkt gar nicht in einem Arbeitsverhältnis mit der Anstellungsbehörde stand. Mit dem Aufleben des Arbeitsverhältnisses am 12. April 2010 lebte aber auch seine allgemeine Treuepflicht auf, welche ihm nun gebot, das Eingehen des neuen Arbeitsverhältnisses unverzüglich zu melden. Schliesslich war er inzwischen eine anderweitige Verpflichtung eingegangen, welche es ihm verunmöglicht, seine bisherige Arbeit zu verrichten.

Zudem ist eine Nebenbeschäftigung gemäss § 20 PG zwar grundsätzlich zulässig. Wird dafür allerdings Arbeitszeit in Anspruch genommen oder könnte die Aufgabenerfüllung dadurch beeinträchtigt werden, unterliegt sie einer Bewilligungspflicht durch die Anstellungsbehörde. Die Bewilligung kann mit Auflagen, bspw. der Abgabe von Nebeneinnahmen, verbunden werden. Die Mitteilungs- und Auskunftspflicht des Arbeitnehmers ist somit für die öffentlichrechtlichen Angestellten des Kantons Basel-Stadt bezüglich einer Nebenbeschäftigung kodifiziert. Wenn bereits für eine Nebentätigkeit, welche Arbeitszeit in Anspruch nimmt, eine

arbeitsvertragliche Meldepflicht bzw. Bewilligungspflicht besteht, so gilt dies umso mehr für den Fall, in dem jemand seine gesamte Arbeitskraft für eine andere Stelle einsetzt. Durch den Entscheid der Personalrekurskommission bestand das Arbeitsverhältnis zwischen dem Rekurrenten und der Anstellungsbehörde wieder. Jede weitere Beschäftigung wäre daher der Anstellungsbehörde unverzüglich zu melden gewesen.

3.5. Indem der Rekurrent der Anstellungsbehörde nach dem ergangenen Entscheid nicht mitgeteilt hat, dass er in einem neuen, unbefristeten Vollzeitverhältnis steht, hat er somit gegen eine arbeitsvertragliche Pflicht verstossen. Es bleibt zu prüfen, ob mit dieser Pflichtverletzung das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien dermassen zerstört ist, dass der Anstellungsbehörde eine weitere Zusammenarbeit bzw. das Fortsetzen des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist.

Mit Entscheid vom 12. April 2010 lebte das Anstellungsverhältnis des Rekurrenten wieder auf. Nach dem Entscheid der Personalrekurskommission hätte der Rekurrent mehrere Wochen Zeit gehabt, seine neue Stelle zu melden. Weder im direkten Gespräch mit der Anstellungsbehörde anlässlich der Präsentation einer neuen Stelle noch im Schreiben vom 30. April 2010, mit welchem er die ihm vorgestellte Stelle ablehnte, ist er jedoch seiner Meldepflicht nachgekommen. Er hat daher die Anstellungsbehörde bewusst hintergangen und zu Unrecht weiterhin Lohn bezogen. Dieses Verhalten wiegt derart schwer, dass eine weitere Zusammenarbeit für die Anstellungsbehörde unzumutbar ist. Somit war die Anstellungsbehörde in diesem Fall berechtigt, eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu verfügen.

4. Soweit der Rekurrent geltend macht, er habe Anspruch auf eine Entschädigung aus dem ersten Verfahren, ist festzuhalten, dass diese Forderung nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei einer unzulässigen Kündigung primär das Anstellungsverhältnis wieder auflebt und nicht per se eine Entschädigung geschuldet wird. Die Anstellungsbehörde muss mit der Aufhebung der Kündigung dem Betroffenen entweder seine bisherige Stelle oder eine neue Beschäftigung anbieten, welche seinen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entspricht. Anstelle einer Weiterbeschäftigung kann die Anstellungsbehörde mit dem Einverständnis des Betroffenen auch eine Entschädigung ausrichten. Die Wahl zwischen der Weiterbeschäftigung und einer Entschädigung liegt jedoch im Ermessen der Anstellungsbehörde und nicht im Ermessen des Betroffenen.

In casu hat die Anstellungsbehörde eine neue Stelle für den Rekurrenten gesucht, da dessen bisherige Stelle bereits wieder besetzt war. Am 29. April 2010 fand denn auch die Besichtigung dieser neuen Stelle im Wohnheim L statt. Wenn der Rekurrent diese Stelle ausschlägt, obwohl sie zumutbar wäre, kann der Anstellungsbehörde daraus kein Vorwurf gemacht werden. Von einem Anspruch auf eine Entschädigung gemäss § 39 Abs. 3 PG kann keine Rede sein.

#### **IV. Entscheid u. Rechtskraft**

1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss § 32 PG erfüllt sind. Der

Rekurs von A, vertreten durch Dr. D, gegen die angefochtene Verfügung vom 6. Mai 2010 wird daher abgewiesen.

2. Der Rekurrent hat in der Folge den Entscheid angefochten und an das Verwaltungsgericht weitergezogen. Das Verwaltungsgericht hat den Entscheid der Personalrekurskommission geschützt und den Rekurs abgewiesen.

3. Siehe auch Kurzzusammenfassung der Erwägungen des Verwaltungsgerichts (VGE vom 6. März 2012 zu PRK-Fall 91) und Schlussfolgerungen des ZPD.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 32 PG

§ 20 PG

Art. 337 Abs. 2 OR