

PRK Fall Nr. 95: Kündigung aufgrund einer wiederholten Pflichtverletzung ohne Ansetzen einer erneuten Bewährungsfrist

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 2. April 2012 i.S. A. gegen die Anstellungsbehörde X. verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 30 Abs. 2 lit d 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	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. Dauer der Wirksamkeit der Bewährungsaufgaben einer Bewährungsfrist (E. 3a, 3b)
2. Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund von wiederholter Pflichtverletzung ohne Ansetzen einer erneuten Bewährungsfrist (E. 3c, 3d)
3. Voraussetzungen für die Freistellung einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses (E. 4)

II. Sachverhalt

1. A. trat am 1. Juli 1995 seine Stelle in der Abteilung B. des Betriebes X. an. Nach diversen internen Stellenwechseln trat der Rekurrent schliesslich am 1. April 2008 seine Stelle in der Abteilung C., Gruppe Z. an. Bereits vor dem internen Wechsel wurde ihm eine Bewährungsfrist angekündigt. Dementsprechend wurde dem Rekurrenten eine Bewährungsfrist vom 1. April 2008 bis zum 30. März 2009 gesetzt. Nach Ablauf dieser Bewährungsfrist wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die Aufgaben auch nach Ablauf der Bewährungsfrist einzuhalten sind.

Am 6. April 2010 wurde dem Rekurrenten erneut eine Bewährungsfrist gesetzt, dieses Mal befristet bis zum 30. September 2010. Nach erfolgreichem Bestehen der Bewährungsfrist wurde er erneut darauf hingewiesen, dass die Aufgaben der Bewährungsfrist auch nach deren Ablauf einzuhalten sind.

Mit Einschreiben vom 29. September 2011 teilte die Anstellungsbehörde dem Rekurrenten mit, dass sie sein Arbeitsverhältnis bei einem weiteren Verstoss gegen die Auflagen der Bewährungsfristen vom 1. April 2008 und vom 6. April 2010 umgehend kündigen werde.

Am 12. Oktober 2011 informierte die Anstellungsbehörde den Rekurrenten über die geplante Kündigung des Arbeitsverhältnisses und gab ihm Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

2. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2011 wurde das Arbeitsverhältnis mit A. vom Departement Y. gestützt auf § 30 Abs. 2 des Personalgesetzes wegen wiederholter Pflichtverletzung aufgelöst.

3. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2011 reichte S., Advokat, die Rekursanmeldung gegen die Verfügung vom 12. Oktober 2011 ein.

4. Mit Schreiben vom 11. November 2011 wurde die Rekursbegründung eingereicht, mit welcher S. unter o/e-Kostenfolge beantragte, es sei die Verfügung vom 12. Oktober 2011 aufzuheben. Weiter beantragte er, die anwaltliche Vertretung zu bewilligen.

5. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2011 reichte das Departement Y. seine Rekursantwort ein mit dem Antrag, der Rekurs sei unter o/e-Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen.

6. Mit Verfügung vom 16. Januar 2012 wurde die anwaltliche Vertretung bewilligt.

7. Anlässlich einer ersten Verhandlung vom 31. Januar 2012 stellte die Personalrekurskommission fest, dass der Sachverhalt nicht vollständig geklärt werden konnte. Das Verfahren wurde daher ausgestellt. Die Anstellungsbehörde wurde aufgefordert, die Personalakte des Rekurrenten einzureichen. Die Personalrekurskommission benannte zwei Auskunftspersonen für die zweite Verhandlung und gab den Parteien die Möglichkeit, weitere Auskunftspersonen zu benennen.

In der zweiten Verhandlung der Personalrekurskommission vom 2. April 2012 sind der Rekurrent, sein Rechtsvertreter S. sowie H. und M. als Vertreter der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen. Zudem sind F., L., G., E., N., O. und P. als Auskunftspersonen angehört worden.

Bezüglich der Aussagen der Auskunftsperson sowie für die 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 Kündigung des Arbeitsverhältnisses berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 21. Oktober 2011 und die Rekursbegründung vom 11. November 2011 hat der Rechtsvertreter des Rekurrenten unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht.

2. Die Anstellungsbehörde kann ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden, wobei bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit ein in § 30 Abs. 2 PG genannter Kündigungsgrund vorliegen muss. Im vorliegenden Fall verfügte die Anstellungsbehörde die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d PG wegen wiederholter Missachtung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten. Eine Kündigung setzt voraus, dass vorgängig eine Bewährungsfrist auferlegt wurde (vgl. § 30 Abs. 3 PG). Sinn und Zweck einer Bewährungsfrist ist die Vermeidung einer Kündigung, indem dem Mitarbeitenden die Gelegenheit gegeben wird, das gerügte Verhalten dauerhaft zu verbessern.

3a. Der Rekurrent beantragt, die Kündigung sei aufzuheben. § 30 Abs. 2 PG sehe vor, dass bei wiederholter Pflichtverletzung zuerst eine Bewährungsfrist angesetzt werden müsse, bevor die Kündigung ausgesprochen werden könne. Die Auflagen einer Bewährungsfrist könnten nicht über das erfolgreiche Absolvieren der Bewährungsfrist hinaus gelten. In seinem Fall habe die Anstellungsbehörde es unterlassen, eine erneute Bewährungsfrist anzusetzen. Daher sei die ausgesprochene Kündigung nicht zulässig und aufzuheben. Die Anstellungsbehörde hingegen ist der Ansicht, das Ansetzen einer weiteren Bewährungsfrist sei nicht notwendig und die Kündigung daher zu Recht erfolgt. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Anstellungsbehörde dem Rekurrenten eine weitere Bewährungsfrist hätte auferlegen müssen.

3b. Zunächst ist jedoch festzuhalten, dass die Auflagen einer Bewährungsfrist mit deren Ablauf enden. Der Auffassung der Anstellungsbehörde, dass die Auflagen formell über die Bewährungsfrist hinaus gelten, ist somit nicht zu folgen.

3c. Weiter ist dem Rekurrenten grundsätzlich Recht zu geben, dass einem Mitarbeitenden bei einer Pflichtverletzung, welche eine gewisse Schwere nicht erreicht, vorgängig zur Kündigung eine Bewährungsfrist aufzuerlegen ist. Diese vom Gesetzgeber gewollte Einschränkung der Kündigungsfreiheit dient dem Schutz der Arbeitnehmenden. Es sind allerdings Ausnahmen davon denkbar. So muss eine Bewährungsfrist nicht angesetzt werden, wenn sie zur reinen Formalität verkommt, z. B. wenn eine ungenügende Leistung krankheitsbedingt ist (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt vom 5. Dezember 2003 i.S. M. B.). Ebenfalls eine Ausnahme vom Grundsatz, dass bei leichten Pflichtverletzungen vor der Kündigung eine Bewährungsfrist auferlegt werden muss, ist gemäss dem Ratschlag zum Personalgesetz bei wiederholter Pflichtverletzung vorgesehen. Es wird ausgeführt, dass eine einmalige Pflichtverletzung nur für eine Kündigung genügt, wenn sie schwer ist. Liegt keine schwere Pflichtverletzung vor, ist dem Betroffenen eine Bewährungsfrist einzuräumen. Bei wiederholter Pflichtverletzung ist diese qualifizierte Anforderung nicht mehr erforderlich (vgl. Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz (Nr. 8941) vom 7. September 1999, S. 52).

Eine solche wiederholte Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn einem Mitarbeitenden zeitnah mehrere Bewährungsfristen in der gleichen Sache auferlegt wurden. In einem solchen Fall hat der Mitarbeiter mit seinem Verhalten gezeigt, dass er sich nicht dauerhaft bessern kann oder will und somit das Ziel der Bewährungsfrist, die dauerhafte Verbesserung des gerügten Verhaltens, offensichtlich verfehlt. Dann

muss die Kündigung bei einem weiteren gleichartigen Vorfall ohne Ansetzen einer weiteren Bewährungsfrist möglich sein, da ein Mitarbeiter ansonsten eine Kündigung trotz ungenügender Leistung oder ständigen leichten Pflichtverletzungen umgehen kann, indem er sich jeweils während der Bewährungsfrist an die Auflagen hält um nach deren Ablauf wieder in die alten Verhaltensmuster zu fallen.

3d. Bewährungsfristen können gemäss § 15 der Verordnung zum Personalgesetz nicht selbständig sondern nur zusammen mit einer nachfolgenden Kündigung bzw. rekursfähigen Massnahme angefochten werden. Eine Kündigung ohne Auferlegung einer weiteren Bewährungsfrist kann folglich nur dann zulässig sein, wenn die bereits erfolgten Bewährungsfristen zu Recht verfügt worden sind. Dem Rekurrenten wurden zwei Bewährungsfristen auferlegt. Die erste begann am 1. April 2008 die zweite am 6. April 2010. In seiner Stellungnahme vom 26. März 2008 zur ersten Bewährungsfrist verlangte der Rekurrent diverse Änderungen und Präzisierungen. Er hat zudem anlässlich der Unterzeichnung der Bewährungsfrist festgehalten, dass er weder mit der Bewährungsfrist noch mit den Auflagen einverstanden sei, diese aber zur Kenntnis nehme. Im Verfahren vor der Personalrekurskommission hat der Rekurrent jedoch nicht vorgebracht, dass die beiden Bewährungsfristen zu Unrecht verfügt worden sind. Die eingereichten Aktennotizen der Anstellungsbehörde, zum Teil mit Stellungnahmen des Rekurrenten versehen, belegen denn auch, dass die Bewährungsfristen zu Recht auferlegt wurden. Zudem ist festzuhalten, dass die Bewährungsfristen den vom Verwaltungsgericht definierten Anforderungen sowohl formell als auch inhaltlich entsprechen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt vom 19. Januar 2007 i.S. N. S.).

3e. Die Auflagen der beiden Bewährungsfristen stimmen zu einem grossen Teil überein. Sie dienen im Wesentlichen der Durchsetzung von allgemeinen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. So wurde unter anderem bei beiden Bewährungsfristen festgehalten, dass die Weisungen und Richtlinien sowie interne Abläufe des Betriebes X und Prozesse einzuhalten sind oder dass die Gleitzeitreglemente des Betriebes X und die Dienstpläne einzuhalten sind. Gemäss der Aktennotiz vom 2. September 2011 drehten sich auch die im Jahre 2011 verstärkt wieder auftretenden Konflikte um die in den Bewährungsaufgaben thematisierten Punkte. Dies bestätigen auch die Aussagen der Auskunftspersonen P. und O. anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission. Auch die übrigen Auskunftspersonen haben die Spannungen zwischen dem Rekurrenten und dessen Vorgesetzten wahrgenommen. Die Anstellungsbehörde hat den Rekurrenten verschiedentlich darauf aufmerksam gemacht, dass sie dieses störende Verhalten nicht duldet. Insbesondere im Schreiben vom 29. September 2011 wies sie den Rekurrenten darauf hin, dass eine weitere Verletzung der „Auflagen“ personalrechtliche Massnahmen bis hin zur Kündigung zur Folge haben könne. In diesem Schreiben hat die Anstellungsbehörde zudem verschiedene Pflichtverletzungen des Rekurrenten aufgezählt, welche vom Rekurrenten weder in seiner Rechtschrift noch anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission bestritten wurden. Allerdings führte auch dieses mit Kündigungsandrohung betitelte Schreiben der Anstellungsbehörde nicht zu der gewünschten Verhaltensveränderung des Rekurrenten. Am 5. Oktober 2011 war der Rekurrent von 08.00 bis 13.00 Uhr für den Telefondienst eingeteilt. Er meldete sich telefonisch bei einem Kollegen, dass er verschlafen habe und erschien erst um 08.45 Uhr zur Arbeit. Der Rekurrent hat somit nur wenige Tage nach der Kündigungsandrohung bereits wieder eine Pflichtverletzung begangen. Soweit der Rekurrent unter Verweis auf das Arzzeugnis vom 5. Oktober 2011 geltend macht, diese Verspätung sei entschuldbar, da

er an jenem Morgen krank gewesen sei, so ist festzuhalten, dass die behandelnde Ärztin auf Nachfrage der Anstellungsbehörde das Arztzeugnis revidiert hat. Im korrigierten Arztzeugnis vom 10. Oktober 2011 ist der Rekurrent lediglich noch für den Nachmittag des fraglichen Tages krank geschrieben. Seine Dienstplanverletzung ist daher nicht durch eine allfällige Krankheit zu entschuldigen. Zudem ist dem Rekurrenten insofern zu widersprechen, als er festhält, dass dieser einmalige verspätete Dienstantritt keinen Kündigungsgrund darstelle. Es ist zwar richtig, dass ein einmaliger verspäteter Dienstantritt an sich kein ausreichender sachlicher Kündigungsgrund ist. In casu ist diese Verspätung allerdings als Endpunkt in einer langen Reihe von Vorfällen zu sehen und nicht isoliert zu betrachten. Zudem hat der Betrieb X. Vorgaben, wie der Telefondienst zu besetzen ist. Deren Umsetzung wird mittels der Dienstpläne sichergestellt. Der Rekurrent wurde verschiedentlich darüber informiert, wie wichtig das Einhalten der Dienstpläne für den Betrieb ist. Angesichts der Vorgeschichte ist daher die erneute Dienstplanverletzung vom 5. Oktober 2011 ein ausreichender Kündigungsgrund.

4. Der Rekurrent hat weiter beanstandet, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung gemäss § 25 PG nicht erfüllt seien. § 25 PG sieht vor, dass die Anstellungsbehörde eine vorsorgliche Massnahme, zu welchen eine Freistellung zählt, anordnen kann, wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Hinweise vorliegen, welche eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden, diese aber noch nicht ausgesprochen ist, wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen in Frage steht oder wenn eine Untersuchung eine solche Massnahme erfordert. Im vorliegenden Fall ist jedoch keine Freistellung gemäss Personalgesetz sondern eine Freistellung analog zum Privatrecht angeordnet worden. Die Anstellungsbehörde hat als Arbeitgeberin entschieden, auf die Arbeitsleistung des Rekurrenten zu verzichten. Dies stellt für den Rekurrenten keinen Nachteil dar, da die Lohnzahlungspflicht für den Zeitraum der Freistellung weiterhin gilt und er keine Tätigkeit ausgeübt hat, bei der die Beschäftigung dem Erhalt der Berufsfähigkeit dient. Die Freistellung konnte somit von der Anstellungsbehörde auch ohne Begründung angeordnet werden.

IV. Entscheid u. Rechtskraft

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Rekurrenten zu Recht zwei Bewährungsfristen aufgrund wiederholter Pflichtverletzung auferlegt worden sind. Die verfügte Kündigung bedurfte keiner weiteren Bewährungsfrist, da dem Rekurrenten aufgrund seines damals gleichen Verhaltens zeitnah bereits mehrere Bewährungsfristen auferlegt worden sind. Die Anstellungsbehörde hat daher zu Recht aufgrund der Vorgänge angenommen, dass der Rekurrent sein Verhalten nicht bessern kann oder will. Die Anstellungsbehörde durfte die Freistellung des Rekurrenten verfügen. Im vorliegenden Fall sind daher die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 PG erfüllt. Der Rekurs von A. gegen die Verfügung vom 12. Oktober 2011 wird abgewiesen.

Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

- Eine Kündigung aufgrund einer einfachen Pflichtverletzung setzt voraus, dass vorgängig eine Bewährungsfrist angesetzt wird. Sinn und Zweck einer Bewährungsfrist ist die Vermeidung einer Kündigung, indem den Mitarbeitenden die Gelegenheit gegeben wird, das gerügte Verhalten dauerhaft zu verbessern.
- Die Auflagen einer Bewährungspflicht enden mit deren Ablauf. Der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin hat sich aber weiterhin entsprechend den Weisungen (ehemaligen Auflagen) der vorgesetzten Personen zu verhalten. Dies insbesondere in denjenigen Fällen, bei denen im Rahmen der Bewährungspflicht die Einhaltung von allgemeinen und für alle Mitarbeiter geltenden Pflichten das Ziel gewesen ist.
- In den folgenden Fällen ist die Ansetzung einer Bewährungsfrist aufgrund wiederholter Pflichtverletzung nicht erforderlich:
 - wenn die Pflichtverletzung *besonders schwer* ist
 - wenn die Pflichtverletzung zur *reinen Formalität* verkommt (z.B. die ungenügende Leistung krankheitsbedingt ist)
 - wenn die Pflichtverletzung *wiederholt* vorkommt
- Eine wiederholte Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn einem Mitarbeitenden zeitnah mehrere Bewährungsfristen in der gleichen Sache auferlegt wurden und es nach deren Ablauf wiederum zu einer gleichartigen Pflichtverletzung kommt.
- Die Kündigung ohne Ansetzen einer weiteren Bewährungspflicht muss möglich sein, da Mitarbeitende ansonsten eine Kündigung trotz ungenügender Leistung oder ständigen leichten Pflichtverletzungen umgehen kann, indem sie sich jeweils während der Bewährungsfrist an die Auflagen halten, um nach deren Ablauf wieder in das alte Verhaltensmuster zu fallen.
- Eine Kündigung ohne Auferlegung einer weiteren Bewährungsfrist ist nur zulässig, wenn die bereits erfolgten Bewährungsfristen zu Recht auferlegt worden sind (§15 VO PG).
- Sind zwischen dem Ablauf der Bewährungsfrist und der erneuten Pflichtverletzung bereits mehrere Monate vergangen, ist der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin nochmals schriftlich auf die Konsequenz der Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei einer weiteren gleichartigen Pflichtverletzung hinzuweisen. Erst bei einem weiteren Verstoss kann das Arbeitsverhältnis aufgrund wiederholter Pflichtverletzung gekündigt werden.
- Werden Mitarbeitende im Zusammenhang mit einer Kündigung unter Belassung des vollen Lohnanspruchs von der Arbeitsleistung freigestellt, muss dies nicht separat verfügt werden. Jedoch muss die Freistellung in der Kündigungsverfügung festgehalten sein.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 30 Abs. 2 PG

§ 25 PG