

PRK Fall Nr. 62: Ordentliche Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nach Ablauf der Sperrfrist

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 21. Februar 2006 i.S. A. gegen die von der Anstellungsbehörde Y. verfügte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung.

Inhaltsverzeichnis

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft der Entscheid
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission
Entscheid u. Rechtskraft	Urteil der Personalrekurskommission
Relevante Rechtsnormen	Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt?

I. Rechtsprobleme

1. Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 30 Abs. 2 lit. a PG (E. 2., E. 5.)
2. Missbräuchliche Kündigung (E. 3., E. 4a., E. 6.)
3. Mobbing (E. 3a.)
4. Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz gemäss § 12 Abs. 3 PG (E. 4b.)
5. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (E. 4c.ff.)

II. Sachverhalt

A. arbeitete seit dem 1. September 1990 als Sachbearbeiterin in der Abteilung E. des Ressorts X. beim Departement Y. mit einem Beschäftigungsgrad von 100%. 1997 wurde sie auf eigenen Wunsch von der Abteilung E. in die Abteilung K. versetzt. In der Abteilung K. arbeiteten nebst A. der Abteilungsleiter und eine weitere Sachbearbeiterin. Nach einer längeren Krankheitsabsenz von A. stellte der Abteilungsleiter fest, dass das Arbeitsvolumen in seiner Abteilung abgenommen hatte und die anfallenden Arbeiten mit zwei Personen bewältigt werden konnten. Aufgrund dessen wurde A. 1999 von der Abteilung K. in die Abteilung V. versetzt. Am 26. September 2001 brachte A. ihren Sohn zur Welt. Nach ihrem Mutterschaftsurlaub nahm sie am 17. Januar 2002 die Arbeit wieder auf. Per 1. November 2002 reduzierte A. ihren Beschäftigungsgrad auf 80% und per 1. Mai 2003 auf 60%. Mit Arzzeugnis vom 26. Mai 2004 wurde A. ab dem 14. Mai 2004 die vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Am 8. Juni 2004 wurde sie von der Anstellungsbehörde beim Vertrauensärztlichen Dienst zwecks Überprüfung der Arbeitsfähigkeit angemeldet. Mit Schreiben vom 21. Juli 2004 teilte der Vertrauensärztliche Dienst der Anstellungsbehörde mit, es sei aus psychiatri-

scher Sicht für A. nicht möglich, an ihren alten Arbeitsplatz zurückzukehren. Aus spezialärztlicher Sicht sei davon auszugehen, dass A. an einem anderen Arbeitsplatz die volle Arbeitsfähigkeit erreichen könnte. In der Folge wurde von der Anstellungsbehörde am 21. September 2004 die Möglichkeit einer Versetzung von A. abgeklärt, was jedoch ergebnislos blieb. Am 7. April 2005 wurde A. die Möglichkeit gegeben, sich zur geplanten Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu äussern. Am 8. April 2005 wurde von der Anstellungsbehörde nochmals die Möglichkeit einer Versetzung von A. abgeklärt.

Mit Verfügung vom 19. Mai 2005 kündigte das Departement Y. das Arbeitsverhältnis von A. aufgrund der Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nach Ablauf der Sperrfrist gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a Personalgesetz (PG) per 31. August 2005. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 19. Mai 2005 reichte A. am 27. Mai 2005 Rekurs bei der Personalrekurskommission ein. In der Rekursbegründung vom 17. Juni 2005 beantragte sie die Aufhebung der Kündigungsverfügung und die Zuweisung eines geeigneten Arbeitsplatzes beim Kanton Basel-Stadt.

III. Rechtliche Erwägungen

1.
[...]

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. Bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a PG wegen vollständiger oder teilweiser Arbeitsverhinderung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters ist grundsätzlich die Sperrfrist von 365 Tagen (§ 37 PG) zu beachten.

Die Anstellungsbehörde kündigte das Arbeitsverhältnis gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a PG wegen Verhinderung der Rekurrentin an der Aufgabenerfüllung. Eine Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. a PG ist zulässig, wenn die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter ganz oder teilweise an der Aufgabenerfüllung verhindert ist und die einjährige Sperrfrist abgelaufen ist. Die Rekurrentin war für ihren Arbeitsplatz gemäss den in den Akten enthaltenen Arztzeugnissen ab 14. Mai 2004 ununterbrochen krankgeschrieben. Dies wird von der Rekurrentin auch nicht bestritten. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde mit Verfügung vom 19. Mai 2005 ausgesprochen. Die einjährige Sperrfrist gemäss § 37 PG war somit im Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen und die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG somit erfüllt.

3.
Die Rekurrentin wandte ein, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich sei, weil ihre Erkrankung durch Mobbing am Arbeitsplatz verursacht worden sei. Sogenanntes Mobbing an sich begründet den Missbrauch der Kündigung nicht ohne weiteres. Eine Kündigung kann etwa dann missbräuchlich sein, wenn sie wegen einer Leistungseinbusse der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters ausgesprochen wird, die sich ihrerseits als Folge von Mobbing erweist.

Denn aus dem eigenen rechtswidrigen Verhalten einen Vorteil zu ziehen, bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs (vgl. BGE 125 III 70, 71f).

3a.

Mobbing wird definiert als systematisches, anhaltendes oder wiederholtes feindliches Verhalten mit dem Zweck, eine Person am Arbeitsplatz zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen. Mögliche Mobbinghandlungen lassen sich in folgende Kategorien unterteilen:

- Angriffe auf die Kommunikationsmöglichkeiten (abwertende Blicke und Gesten, ständiges Unterbrechen, Anschreien, ständige Kritik)
- Angriffe auf zwischenmenschliche Beziehungen (Belächeln, Nichtbeachten, Ausgrenzung)
- Angriffe auf das persönliche Ansehen (Lächerlichmachen vor anderen, Verbreitung von Gerüchten, Verleumdung)
- Angriffe auf Qualität und Sicherheit der Berufssituation (unfaire Zuteilung von Aufgaben und Arbeitsumfeld, d.h. Unter- oder Überforderung)
- Angriffe auf die seelische und körperliche Gesundheit (Androhung und Anwendung von körperlicher und psychischer Gewalt, sexuelle Belästigung und Handgreiflichkeiten)

Ob ein Fall von Mobbing vorliegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Dabei ist das Mobbing vom schlechten Arbeitsklima im allgemeinen abzugrenzen (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 10. Juli 2002 in ZBI 2003, S. 185-223, S. 207).

3b.

Der Vorwurf von Mobbing wurde von der Rekurrentin bzw. ihrem Rechtsvertreter damit begründet, dass die Rekurrentin 1999 gegen ihren Willen in die Abteilung V. versetzt worden sei. In dieser Abteilung würden seit Jahren organisatorische und personelle Missstände herrschen. Die Rekurrentin habe den Ressortchef des Ressorts X. verschiedentlich auf die Unzumutbarkeit dieses Arbeitsplatzes hingewiesen und um die Zuweisung eines anderen Arbeitsplatzes innerhalb des Ressorts X. ersucht. Während des ersten halben Jahres in der Abteilung V. habe es für die Rekurrentin keinen physischen Arbeitsplatz gegeben. Sie habe kein Pult, keinen Stuhl und keinen Computer gehabt. Sie habe sich jeden Tag eine Arbeitsfläche und eine Sitzgelegenheit suchen müssen. Der Arbeitsinhalt sei gemessen an demjenigen in der früheren Abteilung von minderm Niveau gewesen und habe auch nicht mehr die Funktion der Stellvertreterin des Abteilungschefs beinhaltet. Die Missstände seien gegen Ende 2002 derart ausgeartet, dass die Rekurrentin im November 2002 erstmals in ihrem Leben psychiatrische Hilfe beanspruchen müssen. Um ihre Arbeitssituation besser ertragen zu können, habe sie den Beschäftigungsgrad per 1. November 2002 auf 80% und per 1. Mai 2003 auf 60% reduziert. Am Freitag, den 14. Mai 2004 habe die damalige schlechte Behandlung der Rekurrentin durch den Abteilungschef eine posttraumatische Belastungsstörung mit akuter Suizidalität ausgelöst.

Anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission wurde die Rekurrentin zum Vorfall vom 14. Mai 2004 befragt. Die Rekurrentin führte aus, sie habe gesehen, dass der zuständige Abteilungschef, für die Zeit vom 19. Mai 2004 bis 5. Juni 2004 einen Einsatzplan gemacht habe. Gemäss Einsatzplan hätte sie ein volles Arbeitspensum (Beschäftigungsgrad

100%) bewältigen müssen. Der Einsatzplan habe nicht berücksichtigt, dass ihr Beschäftigungsgrad nur 60% betragen habe. Sie habe den Abteilungschef deswegen ansprechen wollen, doch dieser habe sie angeschrien und sei dann mit einem anderen Mitarbeiter in die Kaffeepause gegangen.

Der Vorwurf von Mobbing reicht im vorliegenden Fall bis in das Jahr 1999 (Zeitpunkt der Versetzung in die Abteilung V.) zurück. Die von der Rekurrentin bzw. ihrem Rechtsvertreter beanstandeten Punkte erstrecken sich somit über eine Zeitspanne von rund 5 Jahren. Es fällt auf, dass abgesehen von den bereits erwähnten Vorfällen resp. Umständen (Versetzung, Fehlen eines Arbeitsplatzes, Vorfall vom 14. Mai 2004) von der Rekurrentin bzw. ihrem Rechtsvertreter keine weiteren konkreten Vorkommnisse zur Begründung des Vorwurfs von Mobbing aufgeführt wurden. Es wurde zwar geltend gemacht, dass sich die Situation im November 2002 derart zugespitzt habe, dass die Rekurrentin erstmals in ihrem Leben psychiatrische Hilfe in Anspruch nehmen müssen. Offen bleibt jedoch, was im November 2002 vorgefallen war bzw. inwiefern sich die Situation zugespitzt hatte.

Des Weiteren konnte auch den Aussagen der Auskunftspersonen kein konkreter Hinweis dafür entnommen werden, dass die Rekurrentin tatsächlich gemobbt wurde. Zwar gab ein Kollege der Rekurrentin anlässlich der Verhandlung zu Protokoll, er könne sich vorstellen, dass über die Rekurrentin rufschädigend gesprochen worden sei. Er räumte jedoch ein, dass er dies „über sieben Ecken“ gehört habe. Selbst wenn es sich bei den von der Rekurrentin bzw. ihrem Rechtsvertreter geschilderten Vorfällen um Tatbestände handeln würde, welche als Mobbinghandlungen qualifiziert werden könnten, so fehlt es im vorliegenden Fall an einem systematischen Handeln. Das Vorliegen von Mobbing setzt jedoch ein systematisches, anhaltendes oder wiederholtes feindliches Verhalten während einer gewissen Zeitspanne voraus. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall der Nachweis von Mobbing nicht erbracht werden konnte.

4.

Die Rekurrentin führt ihre Erkrankung auf den Arbeitsplatz in der Abteilung V. zurück. Auch wenn kein Fall von Mobbing vorliegt, muss geprüft werden, ob dieser Einwand zutrifft und welche Auswirkungen dies auf die von der Anstellungsbehörde verfügte Kündigung hätte.

4a.

In der Praxis musste sich unter anderem das Verwaltungsgericht Bern mit der Thematik der Kündigung aufgrund einer vom Arbeitgeber verschuldeten Krankheit befassen. Das Verwaltungsgericht Bern führte dazu in seinem Urteil vom 6. Dezember 1999 aus, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an sich ein sachlicher Grund für eine Kündigung sei. Die Kündigung sei aber trotzdem rechtswidrig, wenn die psychische Erkrankung des Arbeitnehmers auf das Verhalten des Arbeitgebers zurückzuführen sei (BVR 2000, S. 312-336, in diesem Sinn auch: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Staehelin/Vischer, Art. 336 N 15, Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 336 N 2 und Entscheid des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 3. Februar 2000 in BJM 2003, S. 324 ff). Als vom Arbeitgeber verursacht gilt eine Erkrankung in denjenigen Fällen, in denen sie unmittelbare und kausale Folge eines Fehlverhaltens des Arbeitgebers ist. Das Fehlverhalten des Arbeitgebers muss zudem eine gewisse Schwere aufweisen; zu denken ist insbesondere an eine grobe Verletzung der Fürsorgepflicht. Nachfolgend wird zu prüfen sein, ob die Erkrankung der Rekurrentin tatsächlich von der Anstellungsbehörde verursacht wurde resp. die Anstellungsbehörde ihre Fürsorgepflicht gegenüber der Rekurrentin verletzt hat.

4b.

Die Rekurrentin monierte, sie sei gegen ihren Willen in die Abteilung V. versetzt worden. Gemäss § 12 PG haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, sofern erforderlich, neue Aufgaben bzw. ein der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes anderes Aufgabengebiet am selben oder einem anderen Arbeitsort zu übernehmen. In der Abteilung K. waren nebst der Rekurrentin und dem Abteilungschef noch eine weitere Mitarbeiterin vollzeitlich beschäftigt. Nachdem die Rekurrentin während längerer Zeit aus gesundheitlichen Gründen der Arbeit fernblieb, zeigte sich, dass das anfallende Arbeitsvolumen in der Abteilung K. von zwei Mitarbeitenden bewältigt werden konnte. Die Abteilung K. war somit personell überdotiert. Gleichzeitig fehlten in der Abteilung V. die personellen Ressourcen, um die anfallenden Arbeiten bewältigen zu können. Es lag somit für die Versetzung der Rekurrentin ein sachlicher Grund vor.

Soweit die Rekurrentin bzw. deren Rechtsvertreter gegen die Versetzung einwendet, andere Mitarbeitenden hätten sich gegen eine Versetzung erfolgreich gewehrt, so ist dazu zu sagen, dass es im Ermessen der Anstellungsbehörde liegt, welche Mitarbeiterin bzw. welcher Mitarbeiter versetzt wird. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Anstellungsbehörde bei der Versetzung der Rekurrentin ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hat; auch die Befragung der Auskunftspersonen anlässlich der Verhandlung hat diesen Vorwurf nicht bestätigt. Faktum ist, dass die Abteilung K. 1999 personell überdotiert war. Unter diesem Umstand kann offen bleiben, ob eine Mitarbeiterin aus einer anderen Abteilung in die Abteilung V. hätte versetzt werden können. Vom Chef der Abteilung K. wird die Versetzung der Rekurrentin damit begründet, dass ihre Kollegin eine überdurchschnittlich gute Arbeitskraft sei, von der er sich nicht habe trennen wollen. Offenbar hat sich diese Zweierbesetzung während der längeren Krankheitsabwesenheit der Rekurrentin bereits bewährt und tut dies bis heute. So wird das Arbeitsvolumen in der Abteilung K. nach wie vor von diesen beiden Mitarbeitenden bewältigt.

Was den Vorwurf der Rekurrentin anbelangt, dass die Aufgaben in der Abteilung V. im Vergleich zur Abteilung K. minderwertig seien, so legte der Ressortchef dar, dass es sich um die gleiche Funktion handle. Im Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz Nr. 8941 wird auf Seite 46 ausgeführt, dass die Zuweisung bzw. die Übernahme eines neuen Aufgabengebiets im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages möglich ist. Ist die neue Funktion aufgrund ihres Schwierigkeitsgrades tiefer eingereiht, so behält die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter den frankenmässigen Lohnanspruch der bisherigen Lohnklasse und Lohnstufe. Selbst eine Versetzung auf eine Stelle mit weniger anspruchsvollen Aufgaben wäre somit zulässig, sofern die Versetzung im Sinne von § 12 Abs. 3 PG erforderlich ist. Im vorliegenden Fall waren die Voraussetzung einer Versetzung erfüllt und die Anstellungsbehörde hatte das ihr zustehende Ermessen pflichtgemäss ausgeübt.

4c.

Von der Rekurrentin wurde zudem geltend gemacht, sie habe nach ihrer Versetzung in die Abteilung V. während einem halben Jahr keinen eigenen Arbeitsplatz gehabt. Die anlässlich der Verhandlung befragten Auskunftspersonen konnten über die Arbeitsplatzsituation der Rekurrentin im Jahr 1999 keine genauen Angaben machen. Insbesondere konnte keiner der Befragten bestätigen, dass die Rekurrentin während einiger Zeit keinen eigenen resp. festen Arbeitsplatz gehabt hatte. Gemäss der Aussage eines Arbeitskollegen hat es beim Ressort X. einige Mitarbeitende gegeben, denen keine festen Arbeitsplätze zugewiesen waren. Ein Arbeitsplatz stand diesen Mitarbeitenden aber immer zur Verfügung, allerdings an wechselnden Örtlichkeiten. Es ist somit durchaus möglich, dass der Rekurrentin in der Abteilung V. anfangs kein fester Arbeitsplatz zugewiesen war. Ein Nachweis, dass die Rekurrentin im Vergleich zu anderen Mitarbeitenden hinsichtlich des Arbeitsplatzes schlechter behandelt worden wäre, liegt jedoch nicht vor. Insofern kann der Anstellungsbehörde in diesem Zusammenhang nicht der Vorwurf gemacht werden, dass sie gegenüber der Rekurrentin ihre Fürsorgepflicht verletzt habe.

4d.

Schliesslich wurde von der Rekurrentin bzw. deren Rechtsvertreter noch der Vorfall vom 14. Mai 2004 angeführt. Offenbar leitete die Rekurrentin aus einem Einsatzplan ab, dass sie in der Zeit vom 19. Mai 2004 bis 5. Juni 2004 ein volles Arbeitspensum (100%) hätte bewältigen müssen. Als sie den Abteilungschef darauf angesprochen habe, habe dieser sie angeschrien und sei einfach in die Pause gegangen. Der Rechtsvertreter reichte anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission eine Kopie des Einsatzplanes ein. Diesem lässt sich jedoch nach Ansicht der Personalrekurskommission nicht entnehmen, dass die Rekurrentin für ein Vollzeitpensum vorgesehen gewesen wäre. Den Schilderungen der Rekurrentin lässt sich auch nicht entnehmen, dass das Verhalten des Abteilungschefs ein Ausmass angenommen hätte, das schlicht nicht mehr vertretbar gewesen wäre. Insofern kann der Anstellungsbehörde auch nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe in Bezug auf den Vorfall vom 14. Mai 2004 ihre Fürsorgepflicht verletzt.

4e.

Insgesamt wurde von der Rekurrentin bzw. deren Rechtsvertreter geltend gemacht, der Arbeitsplatz der Rekurrentin sei unzumutbar und krankmachend gewesen. Abgesehen von den bereits unter den Erwägungen 4b bis 4d behandelten Beanstandungen der Rekurrentin wurde dieser Vorwurf jedoch nicht substantiiert. Die Personalrekurskommission hat im vorliegenden Fall vier Auskunftspersonen angehört, um den Sachverhalt rechtsgenügend zu klären. Der Umstand, dass die Rekurrentin abgesehen vom Vorwurf des fehlenden Arbeitsplatzes nach der Versetzung und dem Vorfall vom 14. Mai 2004 keine konkreten Angaben machte, inwiefern der Arbeitsplatz unzumutbar gewesen war, hat die Sachverhaltsfeststellung erschwert. Die aus Sicht der Rekurrentin unzumutbare Arbeitsituation reicht bis in das Jahr 1999 zurück. Es erstaunt unter diesen Umständen nicht, dass die Auskunftspersonen insbesondere zur Frage des fehlenden Arbeitsplatzes keine konkreten Angaben machen konnten bzw. sich nicht mehr an die damalige Situation erinnern konnten. Festgehalten werden kann, dass die Befragung der Auskunftspersonen den Vorwurf des unzumutbaren Arbeitsplatzes nicht belegen konnte. Insofern liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Anstellungsbehörde ihre Fürsorgepflicht gegenüber der Rekurrentin verletzt hat. Vielmehr hat sie ihre Fürsorgepflicht wahrgenommen und versucht, für die Rekurrentin eine Ersatzstelle zu finden. Zweimal wurden deshalb alle Departemente und Betriebe um eine Ersatzstelle für die Rekurrentin angefragt. Erwähnt werden kann in diesem Zusammenhang

auch, dass die Rekurrentin bereits 1997 auf eigenen Wunsch innerhalb des Ressorts X. versetzt wurde.

5.

Von der Rekurrentin bzw. ihrem Rechtsvertreter wurde geltend gemacht, dass die Arbeitsunfähigkeit nur bezüglich dem derzeitigen, vertraglich nicht fixierten Arbeitsplatz bestünde. Die Rekurrentin sei beim Ressort X. als Sachbearbeiterin einer Spezialabteilung angestellt. Die Kündigung wäre nur gerechtfertigt, wenn die Krankheit der Rekurrentin jeglichen Einsatz am Arbeitsort und beim Kanton verunmöglichen würde. Eine Versetzung innerhalb des Ressorts X. wäre mehrmals möglich gewesen. Bei dieser Argumentation verkennt die Rekurrentin bzw. ihr Rechtsvertreter, dass bei einer Kündigung aufgrund der Arbeitsverhinderung die Anstellungsbehörde nicht verpflichtet ist, für die betroffene Mitarbeiterin bzw. den betroffenen Mitarbeiter eine Ersatzstelle zu suchen. Anders ist dies bei einer Kündigung aufgrund einer Stellenaufhebung (§ 30 Abs. 2 lit. b PG), wo die Suche nach einer Ersatzstelle eine formelle Voraussetzung der Kündigung ist. Ein Anspruch auf eine Ersatzstelle besteht aber auch bei der Stellenaufhebung nicht, sondern lediglich darauf, dass die Anstellungsbehörde angemessene Suchbemühungen tätigt. Obwohl die Suche nach einer Ersatzstelle bei der Arbeitsverhinderung im Unterschied zur Stellenaufhebung keine Voraussetzung der Kündigung darstellt, hat die Anstellungsbehörde zweimal versucht, eine Ersatzstelle für die Rekurrentin zu finden. Damit hat sie mehr getan, als bei einer Stellenaufhebung gefordert wird. Zudem wurde von der Anstellungsbehörde glaubwürdig ausgeführt, dass es innerhalb des Ressorts X. keine Möglichkeit gegeben habe, die Rekurrentin zu versetzen. Der Rekurrentin kann zudem entgegengehalten werden, dass sie sich selbst erst seit Oktober 2005 um eine neue Stelle bemüht hat. Dies, obwohl von der Rekurrentin geltend gemacht wurde, dass ihr Arbeitsplatz seit 1999 unzumutbar gewesen sei und sie seit dem 14. Mai 2004 für ihren Arbeitsplatz ununterbrochen vollständig krankgeschrieben gewesen war. Die Kündigung wurde auf den 31. August 2005 ausgesprochen. Die Rekurrentin hat sich somit erst zwei Monate nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erstmals um eine neue Stelle bemüht. Sofern sich die Arbeitsunfähigkeit nur auf die eigene Stelle beschränkt, kann auch von der betroffenen Person erwartet werden, dass sie Bemühungen zur Suche nach einer Ersatzstelle tätigt.

6.

Schliesslich wurde von der Rekurrentin noch geltend gemacht, dass die Kündigung zur Unzeit erfolgt sei, da sie diese an ihrem Geburtstag erhalten habe. Eine Kündigung zur Unzeit liegt nicht vor, da sie nicht während einer Sperrfrist ausgesprochen wurde. Die Kündigung könnte allenfalls missbräuchlich sein, da die Rekurrentin die Verfügung an ihrem Geburtstag erhalten hat. Die Rekurrentin erhob den Vorwurf, dass sich die Verantwortlichen dieser Terminierung bewusst gewesen sein mussten. Das Bundesgericht führte aus, dass sich der Missbrauch einer Kündigung nicht nur aus den Kündigungsmotiven sondern auch aus der Art und Weise ergeben kann, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot der schonenden Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glaube krass widerspricht (BGE 125 III 70 E. 2b.; 118 II 157 E. 4b/cc). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten nicht. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 4C. 174/2004 E. 2b). Mit der Zustellung der Kündigung am Geburtstag der Rekurrentin beweist die Anstellungsbehörde kein besonderes Feingefühl. Eine Persönlichkeitsverletzung

liegt jedoch nicht vor. Die Kündigung ist somit auch unter diesem Gesichtswinkel nicht als missbräuchlich zu qualifizieren.

IV. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund der Arbeitsverhinderung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG erfüllt sind. Der Rekurs von A. gegen die vom Ressort X., Departement Y., verfügte Kündigung wird abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

1. Bei einer Kündigung aufgrund ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG muss die Sperrfrist des § 37 PG von 365 Tagen beachtet werden. Die Suche einer Ersatzstelle ist *nicht* erforderlich.
2. Gemäss Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Eine Kündigung kann aus verschiedenen Gründen rechtsmissbräuchlich sein.
 - Mobbing: Mobbing an sich macht eine Kündigung noch nicht missbräuchlich. Eine Kündigung kann dann missbräuchlich sein, wenn sie damit begründet wird, dass schlechte Leistungen erbracht werden, und die Leistungseinbusse Folge von Mobbing ist. Der Arbeitgeber würde bei einer solchen Kündigung einen Vorteil aus seinem eigenen rechtswidrigen Verhalten ziehen, und das ist rechtsmissbräuchlich.
 - Vom Arbeitgeber verursachte Krankheit: Auch wenn kein Fall von Mobbing vorliegt ist es rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber die Kündigung auf eine Krankheit stützt, die er selber verursacht hat.
Als vom Arbeitgeber verursacht gilt eine Erkrankung in denjenigen Fällen, in denen sie unmittelbare und kausale Folge eines Fehlverhaltens des Arbeitgebers ist. Das Fehlverhalten des Arbeitgebers muss eine gewisse Schwere aufweisen. Ein Beispiel wäre eine schwere Verletzung der Fürsorgepflicht.
 - Eine Kündigung kann auch dann missbräuchlich sein, wenn sie formal korrekt ist, die Anstellungsbehörde ihr Kündigungsrecht aber missbräuchlich ausübt. Die Anstellungsbehörde muss das Prinzip der schonenden Rechtsausübung beachten und darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen. Bloss unanständiges Verhalten genügt aber nicht. So ist es zwar taktlos, einer Mitarbeiterin oder einem Mitarbeiter die Kündigung auf ihren/seinen Geburtstag hin zuzustellen, rechtsmissbräuchlich ist dies aber nicht.
3. Mobbing: Definition
Mobbing wird definiert als systematisches, anhaltendes oder wiederholtes feindliches Verhalten mit dem Zweck, eine Person am Arbeitsplatz zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen. Allein ein schlechtes Arbeitsklima stellt

noch keinen Fall von Mobbing dar. Ob eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter tatsächlich gemobbt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Gruppen von möglichen Mobbinghandlungen:

- Angriffe auf die Kommunikationsmöglichkeiten (abwertende Blicke und Gesten, ständiges Unterbrechen, Anschreien, ständige Kritik)
- Angriffe auf zwischenmenschliche Beziehungen (Belächeln, Nichtbeachten, Ausgrenzung)
- Angriffe auf das persönliche Ansehen (Lächerlichmachen vor anderen, Verbreitung von Gerüchten, Verleumdung)
- Angriffe auf Qualität und Sicherheit der Berufssituation (unfaire Zuteilung von Aufgaben und Arbeitsumfeld, d.h. Unter- oder Überforderung)
- Angriffe auf die seelische und körperliche Gesundheit (Androhung und Anwendung von körperlicher und psychischer Gewalt, sexuelle Belästigung und Handgreiflichkeiten)

Hinweis: Wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter geltend macht, gemobbt zu werden, muss sie / er exakte Hinweise machen können, was genau wann vorgefallen ist. Die Anstellungsbehörde kann dann im konkreten Fall abklären, ob es sich wirklich um Mobbing handelt.

4. Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz gemäss § 12 Abs. 3 PG
Sofern es aus betrieblichen Gründen erforderlich ist, kann die Anstellungsbehörde Mitarbeitende an einen anderen Arbeitsplatz versetzen.
Es liegt im Ermessen der Anstellungsbehörde, welche Mitarbeiterin / welchen Mitarbeiter sie versetzt. Selbst eine Versetzung auf eine Stelle mit weniger anspruchsvollen Aufgaben ist zulässig, sofern dies aus betrieblicher Sicht notwendig ist. Die betroffene Person behält dann aber auf jeden Fall den frankenmässigen Lohnbesitzstand.
5. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
Der Arbeitgeber achtet und schützt die Würde, die Persönlichkeit, das Leben, die Gesundheit und die persönliche Integrität seiner Mitarbeitenden. Um diesen Schutz zu gewährleisten, muss er entsprechende Massnahmen treffen. Den Arbeitgeber trifft nicht nur eine Pflicht zum Unterlassen, sondern gegebenenfalls auch zum Handeln. Der Arbeitgeber muss seine Mitarbeitenden z. B. mit Schutzkleidung, Helmen etc. ausrüsten. Er darf sie nicht beschimpfen oder beleidigen. Er muss das Alter seiner Mitarbeitenden berücksichtigen und darf bspw. Jugendliche nicht zu schwerer körperlicher Arbeit heranziehen. Er muss den Mitarbeitenden Ruhepausen und Ferien gewähren. Ein weiteres Beispiel zur Umsetzung der Fürsorgepflicht ist die Einrichtung von Anlaufstellen und Kontaktpersonen für Opfer von sexueller Belästigung.
In Anlehnung an den vorliegenden Fall wäre es zum Beispiel eine Fürsorgepflichtverletzung, einer Mitarbeiterin oder einem Mitarbeiter, der nur zu 50 % arbeitet, Arbeit im Umfang von 100 % aufzubürden.

VI. Relevante Rechtsnormen

Art. 2 ZGB

§ 30 Abs. 2 lit. a PG: Ordentliche Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung

§ 37 PG

§ 12 Abs. 3 PG