

PRK Fall Nr. 74: Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 21. Juni 2007 i.S. V. gegen die vom Departement D. verfügte Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a 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. 7
Relevante Rechtsnormen	Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid?	S. 7

I. Rechtsprobleme

1. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (E. 3a)
2. Wann liegt ein Fehlverhalten des Arbeitgebers vor, das die Kündigung als missbräuchlich erscheinen lässt? (E. 3c)
3. Genugtuung (E. 5a)

II. Sachverhalt

1.
V. arbeitete seit dem Jahre 1989 im Departement D. und absolvierte dort verschiedene Ausbildungen. Dabei betrug ihr Beschäftigungsgrad 100%.

Per 1. Januar 2004 wurde V. zur A. im Umfang von 80% befördert. Daneben arbeitete sie zu 20% als B.

Ab dem 15. August 2005 war V. ununterbrochen teilweise oder vollständig krankgeschrieben und konnte ihrer beruflichen Tätigkeit infolgedessen nur in reduziertem Masse oder überhaupt nicht nachgehen.

Mit Verfügung vom 22. November 2006 kündigte das Departement D. das Arbeitsverhältnis von V. aufgrund der Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nach Ablauf

der Sperrfrist gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a Personalgesetz (PG) per 28. Februar 2007. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

2.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 22. November 2006 liess V. mit Schreiben vom 1. Dezember 2006 Rekurs bei der Personalrekurskommission einreichen. Mit gleichem Schreiben liess sie die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen.

Mit Eingabe der Rekursbegründung vom 27. Dezember 2006 liess V. im Wesentlichen die Aufhebung der Kündigungsverfügung vom 22. November 2006, eventualiter die Zusprechung einer Entschädigung von drei Monatslöhnen unter o/e Kostenfolge beantragen.

3.

In der Rekursantwort vom 5. Februar 2007 beantragte das Departement D. die vollumfängliche Abweisung des Rekurses vom 1. Dezember 2006 sowie die Ablehnung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung unter o/e Kostenfolge.

4.

Mit Verfügung vom 21. Februar 2007 wurde die anwaltliche Vertretung der Rekurrentin bewilligt, die beantragte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen sowie der Schriftenwechsel geschlossen. Gleichzeitig wurde die Rekurrentin unter anderem aufgefordert, die Stempelausdrucke für die Zeiten einzureichen, in denen sie trotz Krankheit gearbeitet hatte.

Am 12. März 2007 wurde beim vertrauensärztlichen Dienst eine amtliche Erkundigung eingeholt, mit der medizinischen Fragestellung, ob die teilweise beziehungsweise vollständige Krankschreibung der Rekurrentin seit dem 15. August 2005 auf die gleiche Ursache zurückzuführen sei.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2007 bejahte der zuständige leitende Arzt des vertrauensärztlichen Dienstes die Fragestellung und führte im Weiteren aus, die Patientin habe schon vor dem 15. August 2005 an diversen Symptomen gelitten, namentlich Nacken-, Kopf- und Gesichtsschmerzen, zum Teil im Zusammenhang mit gewissen Ereignissen, insbesondere einem HWS Schleudertrauma im Jahre 2001 sowie einer Zahnextraktion im Oktober 2004.

5.

[...]

III. Rechtliche Erwägungen

1.

[...]

2.

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 beziehungsweise der

Mitarbeiter ganz oder teilweise an der Aufgabenerfüllung verhindert ist und eine einjährige Sperrfrist abgelaufen ist. Für weitere Tatbestände, die eine Sperrfrist auslösen, verweist § 37 PG auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Kündigung zur Unzeit.

Die Rekurrentin war für ihren Arbeitsplatz gemäss den in den Akten enthaltenen Arzteugnissen ab 15. August 2005 ununterbrochen vollständig oder teilweise krankgeschrieben. Dies wird von der Rekurrentin auch nicht bestritten. Anlässlich der Verhandlung vor Personalrekurskommission hat sie zudem angegeben, dass sie immer noch im Umfang von 100% krank sei.

Im Weiteren hat die amtliche Erkundigung beim vertrauensärztlichen Dienst vom 4. Mai 2007 ergeben, dass die teilweise beziehungsweise vollständige Krankschreibung der Rekurrentin seit dem 15. August 2005 auf die gleiche Ursache zurückzuführen ist. Folglich fällt die Auslösung von weiteren Sperrfristen gemäss § 37 PG vorliegend ausser Betracht.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde mit Verfügung vom 22. November 2006 ausgesprochen. Die einjährige Sperrfrist war im Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen. Die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG waren somit erfüllt.

3a.

Die Rekurrentin liess unter anderem rügen, sie habe trotz ihrer Arbeitsunfähigkeit arbeiten müssen. Sie habe unter anderem in der R. gearbeitet, habe die Arbeitspläne geschrieben und Mitarbeitergespräche geführt, teilweise sogar zu Hause. Obwohl sie signalisiert habe, dass sie aufgrund ihrer Krankheit eigentlich nicht arbeiten könne, sei von ihr weiterhin die gleiche Leistung verlangt worden. Dies sei zwar nicht mit böser Absicht geschehen, aber dennoch unter Ausnutzung ihres starken Loyalitätsgefühls gegenüber ihrem Arbeitgeber. Man habe ihr immer wieder zu verstehen gegeben, dass man nicht auf sie verzichten könne. So sei ihr zum Beispiel nahe gelegt worden, dass gewisse Projekte ohne ihre Teilnahme nicht zu realisieren wären. In der Folge habe die Rekurrentin mehr gearbeitet, als es ihr Gesundheitszustand erlaubt hätte. Zudem habe sie sich während der langen Ferienabwesenheiten ihres Vorgesetzten, Herrn F., regelmässig gesund schreiben lassen. In Beachtung der Fürsorgepflicht und von § 14 PG hätte man ihre Aussagen jedoch ernst nehmen und sie zum Beispiel auffordern müssen, die Arbeit ruhen zu lassen, um wirklich genesen zu können.

Die Rekurrentin habe diese mangelnde Rücksichtnahme auf ihren Gesundheitszustand als krankmachendes Verhalten empfunden. Anlässlich der Verhandlung vor Personalrekurskommission gab die Rekurrentin zu Protokoll, man hätte ihr einmal Zeit zur Gesundung lassen müssen. Als T. hätte sie diese Möglichkeit gehabt, als Kadermitglied hingegen nicht. In das Bild, dass auf die Gesundheitssituation der Rekurrentin zu wenig Rücksicht genommen worden sei, passt auch, dass die Anmeldung zur vertrauensärztlichen Abklärung erst spät beziehungsweise zu spät erfolgt sei. Die Rekurrentin lässt geltend machen, das Verhalten seitens des Departements D. sei für ihre Krankheit ursächlich gewesen beziehungsweise es habe diese verschlimmert. Die Kündigung sei mithin missbräuchlich erfolgt.

3b.

Die Rekursgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Kündigung sei aufgrund der lang andauernden krankheitsbedingten vollständigen beziehungsweise teilweisen Arbeitsverhinderung ergangen. Zur Klärung des weiteren Vorgehens habe man mehrfach das Gespräch mit der Rekurrentin gesucht. Diese habe jedoch an einem solchen nicht teilnehmen können. Anlässlich der Verhandlung vor der Personalrekurskommission führte die Vertreterin der Rekursgegnerin aus, die Krankheit der Rekurrentin sei nicht auf das Verhalten seitens des Departements D. zurückzuführen; die Rekurrentin sei während ihrer Abwesenheit nicht beansprucht worden und habe auch nie mehr als eine 100%ige Tätigkeit ausüben müssen. Zudem sei die Rekurrentin nicht die ganze Zeit krank gewesen und habe bei ihrer Anwesenheit die Arbeitspläne als Planungsblattverantwortliche selber geschrieben. Es sei zwar bekannt, dass ein gewisser Personalengpass bestanden habe, jedoch hätte ihre Arbeit durchaus von anderen Leuten im Team übernommen werden können. Im Weiteren habe die Rekurrentin ihre Arbeitsleistung stets von sich aus angeboten. Sie habe gute Arbeit geleistet und die ärztlichen Zeugnisse konsequent befolgt. Die behauptete Heimarbeit sei hingegen nicht ersichtlich und könne von der Arbeitgeberin auch nicht kontrolliert werden. Mit der Anmeldung bei den Gesundheitsdiensten habe man letztlich in der Hoffnung gewartet, der Gesundheitszustand der Rekurrentin würde sich bessern. Diese habe immer wieder betont, dass eine Genesung und somit auch die Wiederaufnahme der Arbeit absehbar seien.

3c.

Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung – aufgrund einer vom Arbeitgeber verursachten Krankheit – enthält das kantonale Recht keine Regelung; die Frage muss anhand des subsidiär anwendbaren Obligationenrechts beantwortet werden. Im Obligationenrecht wird die missbräuchliche Kündigung in Art. 336 geregelt. Die Kündigung aufgrund einer vom Arbeitgeber verursachten Krankheit wird nicht in der in Art. 336 OR enthaltenen Liste von Missbrauchstatbeständen aufgeführt. Die in Art. 336 OR enthaltene Liste von Missbrauchstatbeständen ist jedoch nach herrschender Lehre und Rechtssprechung nicht abschliessend. In Art. 336 OR nicht genannte Gründe können aber nur dann missbräuchlich sein, wenn sie ebenso schwer wiegen wie die im Gesetz genannten (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelvertragsrecht, Art. 336 N II).

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. 326 ff). Als vom Arbeitgeber verursacht gilt eine Erkrankung, wenn 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.

3d.

Die Beurteilung der Situation, welche nach Angaben der Rekurrentin zu ihrer Erkrankung beziehungsweise zu deren Verschlimmerung geführt hatte, hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen; die subjektiven Empfindungen der Rekurrentin sind dabei nicht von Relevanz. Dazu ist zunächst anzuführen, dass die Rekurrentin bereits vor dem 15. August 2005 (Beginn ihrer ununterbrochen vollständigen oder eingeschränkten Arbeitsfähigkeit) an diversen Symptomen litt, namentlich Nacken-, Kopf- und Gesichtsschmerzen. Diese standen zum Teil im Zusammenhang mit früheren Ereignissen, insbesondere einem HWS-Schleudertrauma im Jahre 2001 sowie einer Zahnextraktion im Oktober 2004, was seitens der Rekurrentin auch nicht bestritten wird (vgl. die amtliche Erkundigung vom 4. Mai 2007 beim vertrauensärztlichen Dienst). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das Verhalten der Rekursgegnerin nicht ursächlich für die Erkrankung der Rekurrentin war.

3e.

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob die Rekursgegnerin mit ihrem Verhalten die Fürsorgepflicht gegenüber der Rekurrentin in einer Art und Weise verletzt hat, dass dadurch der Heilungsverlauf ihrer Krankheit in Mitleidenschaft gezogen wurde. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Rekurrentin in der Rekursbegründung wie auch anlässlich der Verhandlung vor Personalrekurskommission ausführen liess, dass sie trotz Krankheit gearbeitet habe, weil sonst gewisse Projekte beziehungsweise der betriebliche Ablauf auf der Station ins Wanken geraten wären. Mit anderen Worten sagt die Rekurrentin nicht, sie habe arbeiten müssen, sondern sie habe sich verantwortlich gefühlt, was angesichts ihrer betrieblichen Stellung als A. durchaus nachvollziehbar erscheint.

3f.

Im Weiteren kann festgehalten werden, dass die Rekurrentin gemäss den eingereichten Arztzeugnissen von Mitte August 2005 bis Ende Januar 2006 zwischen 50% und 100% arbeitsunfähig war. Aus dem eingereichten Ausdruck ihrer Stempelkarte vom 8. Juni 2007 geht hervor, dass sie in dieser Zeit in entsprechendem Umfang gearbeitet hat. Für die Zeit danach attestieren die Arztzeugnisse der Rekurrentin eine Arbeitsunfähigkeit von 40% bis Ende April 2006, 100% bis Anfang Juni 2006, 50% bis Mitte Juni 2006 und 100% ab Mitte Juni 2006. Aus der Durchsicht ihrer Stempelkarte geht sodann hervor, dass sie teilweise mehr gearbeitet hat, als sie gemäss den ihr ausgestellten Arztzeugnissen hätte arbeiten müssen, zeitweise aber auch weniger (Ausdruck vom 8. Juni 2007). Die Abweichungen über den gesamten Zeitraum vom 15. August 2005 (Beginn der teilweisen oder vollständigen Arbeitsverhinderung) bis zum 22. November 2006 (Kündigung) belaufen sich auf mehrere Tage. Dass die Rekurrentin daneben weitere Arbeiten für die Rekursgegnerin zu Hause vorgenommen hat, welche auf dem Ausdruck der Stempelkarte vom 8. Juni 2007 nicht aufgeführt sind, ist hingegen schon deswegen unglaubwürdig, weil die von der Rekurrentin geltend gemachten Arbeiten – R., Verfassen von Arbeitsplänen und Mitarbeitergespräche – regelmässig in der regulär gebuchten Arbeitszeit ausgeführt wurden, welche auf dem Ausdruck der Stempelkarte ersichtlich ist. Daran würden auch die Aussagen von Herrn F. nichts ändern.

3g.

Zusammenfassend hat die Rekurrentin im Jahr 2006 zeitweise mehr gearbeitet, als sie gemäss den ihr ausgestellten Arztzeugnissen hätte arbeiten müssen, und umgekehrt. Die Abweichungen scheinen einerseits auf gewisse organisatorische Defizite in

der Abteilung zurückzuführen zu sein, andererseits aber auch darauf, dass sich die Rekurrentin als A. für einen einwandfreien betrieblichen Ablauf verantwortlich fühlte. Folglich kann vorliegend weder von der Anzahl der von der Rekurrentin geleisteten Arbeitsstunden, noch aus dem Umstand, wie diese zustande gekommen sind, auf eine grobe Verletzung der Fürsorgepflicht seitens des Departements D. geschlossen werden.

4.

Die Rekurrentin liess im Weiteren eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes monieren. Sie liess in der Rekursbegründung auf verschiedene Mitarbeiterinnen verweisen, für welche eine Lösung gefunden worden sei, ohne dass man diesen gekündigt habe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb man die Rekurrentin nicht zu T. zurückgestuft oder ihr nicht bloss einen Teil ihrer Tätigkeit gekündigt habe.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (Entscheid des Bundesgerichts 2.P60/1999 E. 2d. vom 2. März 2000). Eine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer wird allerdings in der Schweiz überwiegend verneint (Kommentar Streiff/von Kaenel, zu Art. 328 N 12). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das individuelle Diskriminierungsverbot nur dann verletzt, wenn aus dem Verhalten des Arbeitsgebers eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt (BGE 129 III 276 E. 3.1).

Aus den Akten ergibt sich, dass die Rekurrentin in der Zeit, als sie aufgrund ihrer Krankheit teilweise an der Ausübung ihrer Arbeit verhindert war, fast ausschliesslich in ihrer Funktion als A. beschäftigt war. Zudem liess sie anlässlich der Verhandlung vor Rekurskommission ausführen, sie habe aufgrund ihrer Erkrankung Mühe gehabt, sich in Räumen aufzuhalten. Eine Rückstufung der Rekurrentin zur T. erscheint daher nicht zweckdienlich. Dabei sei festgehalten, dass eine gesetzliche Pflicht der Anstellungsbehörde auf Zuweisung eines anderen, der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechenden Aufgabengebietes nur vorgesehen ist, wenn die Arbeitsstelle aufgehoben wird (§ 30 Abs. 2 lit. b PG). Im Falle der Kündigung wegen vollständiger oder teilweiser Verhinderung an der Aufgabenerfüllung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG besteht diese Pflicht nicht.

Gemäss § 41 Abs. 4 PG hat die Personalrekurskommission den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, die Rekurrentin trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Auf die Frage, welche Massnahmen das Departement D. aus Sicht der Rekurrentin hätte treffen sollen, antwortete diese anlässlich der Verhandlung vor der Personalrekurskommission lediglich, man hätte ihr einmal Zeit zur Gesundung lassen müssen. Zudem sei nie ein Ersatz für ihre Abwesenheit gestellt worden. Im Weiteren wurden keine Beispiele vorgebracht, welche für eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung sprechen.

5a.

Im Eventualbegehren liess die Rekurrentin eine Entschädigung in Höhe von drei Monatslöhnen geltend machen. Anlässlich der Verhandlung vor Rekurskommission konkretisierte ihr Rechtsvertreter, dass diese als Genugtuung zusätzlich zu der mit der Kündigung vom 22. November 2007 verfügten Abfindung gemäss § 36 Abs. 1 lit. a

PG zu zahlen sei. Gegen die Abfindung in Höhe von Fr. 15'601.35 liess die Rekurrentin keine Einwendungen geltend machen.

5b.

Die Zusprechung einer Genugtuung kann dann erfolgen, wenn eine Person in ihrer psychischen oder physischen Integrität verletzt worden ist und stellt einen Ausgleich der erlittenen Unbill dar. Voraussetzung ist allerdings, dass das Verhalten des Pflichtigen die Verletzung widerrechtlich verursacht hat und dass die Verletzung eine gewisse Schwere aufweist. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich deutlich, dass die Rekurrentin in ihren Persönlichkeitsrechten nicht verletzt worden ist und dass das Departement D. seine Fürsorgepflicht nicht verletzt hat. Damit sind die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung nicht gegeben.

IV. Entscheid u. Rechtskraft

1.

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 V. vom 1. Dezember 2006 wird vollumfänglich abgewiesen.

2.

Die Rekurrentin 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 zu PRK Fall Nr. 74) und Schlussfolgerungen des ZPD.

V. Relevante Rechtsnormen

§ 30 Abs. 2 lit. a PG

Art. 336 OR