

PRK Fall Nr. 56: Ordentliche Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 30. September 2005 i.S. A. gegen die von der Anstellungsbehörde X. 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. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer ordentlichen Kündigung (E.2.)
2. Voraussetzungen für ordentliche Kündigung seitens Arbeitgeber (E.3., E.3e.)
3. Massgeblichkeit verschiedener Sperrfristen bei Kündigung während Arbeitsverhinderung (E.3.)
4. Missbräuchlichkeit wegen Verletzung des Prinzips der schonenden Rechtsausübung und Handelns wider Treu und Glauben (E.3c.)

II. Sachverhalt

1.
A. arbeitete seit dem 1. Januar 1994 als Fachfrau beim Departement X. in der Abteilung Y. Anfangs betrug ihr Beschäftigungsgrad 100%, auf den 1. Juli 2002 reduzierte sie diesen auf 60%. A. wurde am 16. August 2003 während ihrer Schwangerschaft von einem ihrer Kinder in den Bauch getreten und erlitt dabei eine Verletzung an der Leiste. In der Folge war A. seit dem 25. August 2003 ununterbrochen krankgeschrieben. Am 8. Januar 2004 brachte sie ihr drittes Kind zur Welt. Vom 27. November 2003 bis 17. März 2004 bezog sie ihren Schwangerschafts- und Mutterschaftsurlaub. Mit Schreiben vom 26. Juli 2004 wurde A. von der Anstellungsbehörde auf den 3. August 2004 zu einem Gespräch betreffend ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit eingeladen. Dieser Termin wurde von A. telefonisch abgesagt, mit der Begründung, dass es ihr wegen ihrer gesundheitlichen Probleme bis auf weiteres nicht möglich sei, nach Basel zu kommen. Am 23. August 2004 meldete die Anstellungsbehörde A. bei den Gesundheitsdiensten zur vertrauensärztlichen Beurteilung an. Mit Schreiben vom 7. Februar 2005 gelangte A. mit diversen Fragen, ihr Arbeitsverhältnis betreffend, an die Anstellungsbehörde. A. wurde von der Anstellungsbehörde zwecks Klärung der Fragen und

betreffend ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit auf den 24. März 2005 zu einem Gespräch eingeladen. Am 15. März 2005 teilte A. der Anstellungsbehörde mit, dass sie nicht zum Gespräch erscheinen könne, da für sie eine Fahrt nach Basel vorläufig ausgeschlossen sei. Die Anstellungsbehörde schlug als neuen Termin den 6. April 2005 vor, der jedoch von A. wiederum abgesagt wurde. Am 5. April 2005 meldete sich A. telefonisch bei der Anstellungsbehörde, diese teilte ihr mit, dass ihr noch die Chance eingeräumt würde, in den nächsten beiden Wochen zu einem Gespräch zu erscheinen. Es wurde ihr ermöglicht, den Termin kurzfristig anzusetzen. Zu einem Gespräch kam es aber in der Folge nicht.

Mit Verfügung vom 12. Mai 2005 kündigte das Departement X. das Arbeitsverhältnis von A. aufgrund der Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nach Ablauf der Sperrfrist und gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a Personalgesetz (PG) per 31. August 2005. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

III. Rechtliche Erwägungen

1. [...]

2.
Die Rekurrentin rügte unter anderem, dass die Anstellungsbehörde sie vor Erlass der Kündigungsverfügung nicht über die beabsichtigte Auflösung des Arbeitsverhältnisses orientiert habe. Die Anstellungsbehörde führte dazu aus, dass man dies der Rekurrentin nicht habe telefonisch mitteilen wollen. Deshalb habe man die Rekurrentin nach Basel zu einem Gespräch betreffend ihres Arbeitsverhältnisses einladen wollen. Die Anstellungsbehörde hat die Rekurrentin auf den 3. August 2004, den 24. März 2005 sowie auf den 6. April 2005 zu einem Gespräch eingeladen. Die Rekurrentin konnte aus gesundheitlichen Gründen jedoch keinen dieser Termine wahrnehmen. Schliesslich wurde der Rekurrentin am 5. April 2005 von der Anstellungsbehörde noch die Chance gegeben, sich in den kommenden vierzehn Tagen spontan zu melden, um zu einem Gespräch nach Basel zu kommen. Zu einem Gespräch ist es aber in der Folge nicht mehr gekommen.

Die Rekurrentin war darüber orientiert, dass die Anstellungsbehörde mit ihr wegen ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit ein Gespräch führen wollte. Aufgrund ihrer langen Arbeitsverhinderung und der nach Ansicht ihres Hausarztes im März 2005 sicher noch die nächsten 5-6 Monate andauernden vollständigen Arbeitsunfähigkeit konnte sie auch nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass ihr Arbeitsverhältnis endlos weitergeführt werden würde. Vielmehr hätte sie sich unter diesen Umständen bewusst sein müssen, dass die Anstellungsbehörde eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtigen könnte. Ob im vorliegenden Fall der verfassungsrechtliche Anspruch der Rekurrentin auf rechtliches Gehör allenfalls verletzt worden ist, ist aufgrund der konkreten Umstände fraglich. Dies muss jedoch im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden, da die Rechtsprechung einen allfälligen Mangel als geheilt erachtet, wenn die unterlassene Anhörung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, sofern die Rechtsmittelinstanz eine Prüfung in gleichem Umfang vornehmen kann (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1998, S. 340, Rz. 1329). Diese Voraussetzung trifft hier zu, da sich die Rekurrentin im Rahmen des Rekursverfahrens zu den Gründen, die zur Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses führten, äussern konnte.

3.

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 zwingend die Sperrfrist von 365 Tagen (§ 37 PG) zu beachten.

3a.

Nachdem die Rekurrentin von einem ihrer Kinder während ihrer Schwangerschaft am 16. August 2003 in den Bauch getreten worden war, war sie seit dem 25. August 2003 ununterbrochen krankgeschrieben. Anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission bestätigte sie, dass sie während der gesamten Zeit wegen der gleichen Ursache krankgeschrieben gewesen sei. Nebst der Sperrfrist nach § 37 PG wegen der Arbeitsverhinderung aufgrund des Unfalles muss im vorliegenden Fall auch der Kündigungsschutz aufgrund der Schwangerschaft der Rekurrentin berücksichtigt werden. § 37 Personalgesetz verweist für weitere Tatbestände die eine Sperrfrist auslösen, auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Kündigung zur Unzeit. Nach Art. 336 c Abs. 1 lit. c OR darf während der Schwangerschaft und in den nächsten 16 Wochen nach Niederkunft einer Mitarbeiterin nicht gekündigt werden. Vorliegend sind somit zwei Sperrfristen parallel gelaufen. Laufen zwei Sperrfristen parallel, so ist die längste Frist massgebend (Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 336c OR N 8, Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, Entscheid des gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 15. August 2002 i.S. M gegen Bank A in BJM 2003 S. 328). Das Kind der Rekurrentin kam am 8. Januar 2004 zur Welt. Die Sperrfrist aufgrund der Schwangerschaft bzw. Niederkunft lief folglich am 29. April 2004 ab. Die Sperrfrist aufgrund der Arbeitsverhinderung nach § 37 PG von 365 Tagen begann am 25. August 2003 zu laufen und endete am 24. August 2004. Die massgebende Sperrfrist endete somit im vorliegenden Fall am 24. August 2004. Die Anstellungsbehörde kündigte das Arbeitsverhältnis der Rekurrentin aufgrund der Arbeitsverhinderung mit Verfügung vom 12. Mai 2005, also mehr als 8 Monate nach Ablauf der Sperrfrist. Die Sperrfrist wurde im vorliegenden Fall eingehalten, die Kündigung erfolgte somit nicht zur Unzeit.

3b.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 30 Abs. 2 lit. a PG ist zulässig, wenn sie nach Ablauf der Sperrfrist gemäss § 37 PG von 365 Tagen erfolgt ist und die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter ganz oder teilweise an der Aufgabenerfüllung verhindert ist. Die einjährige Sperrfrist gemäss § 37 PG war im Zeitpunkt der Kündigung bereits abgelaufen (vgl. Erwägung 3a.). Die Rekurrentin war seit dem 25. August 2003 an der Aufgabenerfüllung verhindert. Des Weiteren ist unbestritten, dass die Rekurrentin nach wie vor vollständig arbeitsunfähig ist. Die Voraussetzungen für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG sind somit erfüllt.

3c.

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven sondern auch aus der Art und Weise ergeben, 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 verstecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht. 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 (BGE 125 III 70 E. 2b sowie 4C.174/2004 E. 2b). Die Rekurrentin monierte, dass sie vor Erlass der Kündigungsverfügung von der Anstellungsbehörde nicht angehört worden sei. Des Weiteren stellte sich die Rekurrentin auf den Standpunkt, dass die Anstellungsbehörde ihre mit Schreiben vom 7. Februar 2005 gestellten Fragen, hätte schriftlich beantworten müssen. Die Anstellungsbehörde hat der Rekurrentin mit Schreiben vom 21. März 2005 mitgeteilt, dass ihre Fragen so komplex seien, dass die zuständige Personalverantwortliche diese in einem persönlichen Gespräch beantworten wolle. Die Anstellungsbehörde ist nicht verpflichtet, allfällige Fragen schriftlich zu beantworten. Im vorliegenden Fall hat sich die Anstellungsbehörde zudem intensiv darum bemüht, einen Termin mit der Rekurrentin zur Klärung der offenen Fragen sowie betreffend ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit zu vereinbaren. Auch wenn es in der Folge aufgrund des Gesundheitszustandes der Rekurrentin nicht zu einem Gespräch gekommen ist, hat sich die Anstellungsbehörde korrekt verhalten und es kann ihr keinerlei Vorwurf gemacht werden. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist im Ergebnis auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

3d.

Die Rekurrentin führte aus, dass ihr von der Anstellungsbehörde vorgeworfen worden sei, dass sie seit dem 5. April 2005 keinen Kontakt mehr mit B., Leiterin der Abteilung Y. und mit C. von der Personalabteilung aufgenommen habe. Dies treffe nicht zu. Dieser Einwand ist für die Rechtmässigkeit der Kündigung nicht relevant. Gleichwohl sei dazu erwähnt, dass die Rekurrentin nach dem 5. April 2005 erstmals am 21. April 2005 versucht hat, die Anstellungsbehörde zu kontaktieren, also erst nach Ablauf der Frist von 14 Tagen, die der Rekurrentin im Sinne einer letzten Chance von der Anstellungsbehörde eingeräumt worden war, um sich spontan melden zu können, wenn sie zu einem Gespräch nach Basel kommen kann.

3e.

Die Rekurrentin wendete des Weiteren ein, dass man ihr keine andere Arbeit - angepasst an ihren Zustand - vorgeschlagen habe.

Vorliegend erfolgte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der langandauernden Arbeitsverhinderung der Rekurrentin. Bei einer Kündigung aufgrund der Arbeitsverhinderung ist die Anstellungsbehörde nicht verpflichtet, für die betroffene Mitarbeiterin bzw. den betroffenen Mitarbeiter eine Ersatzstelle zu suchen. Anders ist dies bei Kündigungen aufgrund Stellenaufhebung (§ 30 Abs. 2 lit. b PG), wo die Suche nach einer Ersatzstelle eine formelle Voraussetzung der Kündigung darstellt. Ein Anspruch auf eine Ersatzstelle besteht bei der Stellenaufhebung jedoch nicht, sondern lediglich darauf, dass die Anstellungsbehörde angemessene Suchbemühung tätigt. Somit ist auch dieser Einwand der Rekurrentin für das vorliegende Verfahren unbeachtlich.

IV. Entscheid und Rechtskraft

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 Departement X. verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom 12. Mai 2005 wird abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

1. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör besteht grundsätzlich bei jeder Verfügung, so auch bei einer ordentlichen Kündigung. Den Betroffenen muss also mündlich oder schriftlich die Möglichkeit geboten werden, sich zur bevorstehenden Kündigung zu äussern bzw. angehört zu werden.
Zwar kann ein allfälliger Mangel geheilt werden, wenn eine unterlassene Anhörung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird. Davon kann aber nicht in jedem Fall ausgegangen werden.
2. Die Suche nach einer Ersatzstelle seitens der Anstellungsbehörde ist bei einer Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nicht erforderlich.
3. Gemäss § 37 PG muss nicht nur die Sperrfrist von 365 Tagen, sondern auch weitere Sperrfristen nach OR 336c beachtet werden. So im Fall der Militär- bzw. Zivildienstleistung, im Fall der Schwangerschaft und Niederkunft und bei Auslandshilfsaktionen.
Treffen zwei Sperrfristen zusammen, so gilt die längere.
4. 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.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 30 Abs. 2 PG: Ordentliche Kündigung

§ 30 Abs. 2 lit. a PG: Kündigung aufgrund von ganzer oder teilweiser Arbeitsverhinderung

§ 30 Abs. 2 lit. b PG: Kündigung aufgrund von Stellenaufhebung

§ 37 PG: Kündigung zur Unzeit