

## **PRK Fall Nr. 59: Ordentliche Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 7. Dezember 2005 i.S. A. gegen die von der Abteilung X. verfügte Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung.

### **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft der Entscheid
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission
Entscheid und Rechtskraft	Entscheid der Personalrekurskommission
Schlussfolgerungen ZPD	Lehren die aus diesem Entscheid gezogen werden können
Relevante Rechtsnormen	Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt?

### **I. Rechtsprobleme**

1. Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung (E 2a)
2. Missbräuchliche Kündigung wegen krankmachendem Verhalten des Arbeitgebers (E 2b, c)

### **II. Sachverhalt**

A. arbeitete seit dem 1. Februar 1992 bei der Abteilung X. mit einem Beschäftigungsgrad von aktuell 70%. Am 30. Juni 2004 musste in ihrer Abwesenheit ihr Vorgesetzter in einem ihrer Fälle tätig werden. In der Folge kam es am 1. Juli 2004 zwischen A. und ihrem Vorgesetzten deswegen zu einem Konflikt. Mit Arzteugnis vom 2. Juli 2004 wurde A. arbeitsunfähig geschrieben. Am 18. Juli 2004 meldete die Anstellungsbehörde A. bei den Gesundheitsdiensten zur vertrauensärztlichen Beurteilung an. Auf den 14. September 2004 wurde A. von den Gesundheitsdiensten zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung eingeladen. Den Termin nahm A. jedoch nicht wahr. Am 19. Januar 2005 fand beim vertrauensärztlichen Dienst ein Gespräch statt, an dem A. mit einer Vertrauensperson und ihrem behandelnden Arzt sowie die Abteilungsleiterin und der Personalleiter des Departements Y., teilnahmen. Mit Arzteugnis vom 20. Januar 2005 wurde A. von ihrem Hausarzt rückwirkend auf den 3. November 2004 eine Arbeitsfähigkeit von 50% an einem anderen Arbeitsplatz attestiert, für ihren Arbeitsplatz aber weiterhin die vollständige Arbeitsunfähigkeit. Am 26. Januar 2005 wurde von der Anstellungsbehörde die Möglichkeit einer Versetzung von A. abgeklärt, was jedoch ergebnislos blieb. Von den Gesundheitsdiensten wurde bei der psychiatrischen Poliklinik des Universitätsspitals Basel (PUP) eine spezialärztliche Untersuchung von A. in Auftrag gegeben. A. unterzog sich jedoch der Untersuchung bei der PUP trotz Aufforderung der Anstellungsbehörde nicht. In der Folge wurde A. von den Gesundheitsdiensten auf den 31. März 2005 zu einer Besprechung vorgeladen. Dieser sowie ein weiterer Termin bei den Gesundheitsdiensten wurden von A. jedoch nicht wahrgenommen. Einer weiteren Vorladung der Gesundheitsdienste auf

den 17. Mai 2005 kam A. schliesslich nach. Die Gesundheitsdienste kamen zum Schluss, dass eine psychiatrische Begutachtung zumutbar wäre. Mit Schreiben vom 3. Juni 2005 stellte A. bei den Gesundheitsdiensten den Antrag, dass ihre behandelnden Ärzte mit der psychiatrischen Begutachtung beauftragt werden sollen. Die Gesundheitsdienste wiesen A. mit Schreiben vom 9. Juni 2005 darauf hin, dass sie auf eine neutrale Begutachtung angewiesen seien. Eine psychiatrische Begutachtung wurde in der Folge nicht durchgeführt. Mit Schreiben vom 8. Juni 2005 wurde A. von der Anstellungsbehörde auf den 21. Juni 2005 zu einem Gespräch zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend der beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses eingeladen. Mit Schreiben vom 10. Juni 2005 teilte Advokatin Z. der Anstellungsbehörde mit, dass sie am Gespräch vom 21. Juni 2005 teilnehmen werde. Am 17. Juni 2005 teilte A. der Anstellungsbehörde mit, dass sie das Gespräch selber führen wolle. Am 20. Juni 2005 meldete sich A. telefonisch bei der Anstellungsbehörde und teilte dieser mit, dass sie den Besprechungstermin vom 21. Juni 2005 nicht wahrnehmen werde, da sie sich zuerst noch eine Mediatorin bzw. einen Mediator oder eine Anwältin bzw. einen Anwalt suchen müsse. A. wurde in der Folge die Möglichkeit gegeben, sich schriftlich zur geplanten Kündigung zu äussern.

Mit Verfügung vom 5. Juli 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. Oktober 2005.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 5. Juli 2005 reichte A. am 7. Juli 2005 Rekurs bei der Personalrekurskommission ein. In der Rekursbegründung vom 3. August 2005 beantragte sie - da seitens der Anstellungsbehörde ihre Weiterbeschäftigung nicht gewünscht werde - ihre Freistellung bis 31. März 2007 bei vollem Lohnanspruch sowie die Vergütung ihrer Unkosten.

In der Rekursbeantwortung vom 5. September 2005 beantragte das Departement Y. die vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter o/e-Kostenfolge.

### **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.

#### **2a.**

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 2. Juli 2004 ununterbrochen krankgeschrieben. Die Rekurrentin wendete diesbezüglich ein, dass sie seit dem 3. November 2004 wieder zu 50% arbeitsfähig gewesen sei. Dazu ist zu sagen, dass eine Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. a PG keine vollständige

Arbeitsunfähigkeit voraussetzt. Insofern ist dieser Einwand der Rekurrentin unbeachtlich, da ihr aktueller Beschäftigungsgrad 70% betrug, sie daher ab dem 3. November 2004 nach wie vor teilweise an der Arbeitserfüllung verhindert gewesen wäre. Ergänzend sei jedoch erwähnt, dass der Rekurrentin zwar von ihrem Hausarzt am 20. Januar 2005 rückwirkend ab 3. November 2004 eine teilweise Arbeitsfähigkeit bescheinigt wurde, diese jedoch nicht für ihre Arbeitsstelle. Festgehalten werden kann, dass die Rekurrentin ab 2. Juli 2004 ununterbrochen an ihrer Arbeitsleistung verhindert gewesen ist. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wurde mit Verfügung vom 5. Juli 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.

**2b.**

Die Rekurrentin wendete weiter ein, dass die Kündigung rechtsmissbräuchlich sei, da die Anstellungsbehörde durch ihr krankmachendes Verhalten ihre Arbeitsunfähigkeit verursacht habe. Sie stützt diese Argumentation insbesondere auf § 30 Abs. 4 PG. Gemäss § 30 Abs. 4 PG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Anstellungsbehörde unzulässig, wenn sie in der ordnungsgemässen Aufgabenerfüllung und der Durchsetzung gesetzlicher oder behördlicher Erlasse oder mit der Tätigkeit als Interessenvertreterin oder Interessenvertreter des Personals begründet ist. Gemäss Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz Nr. 8941 begründet § 30 Abs. 4 PG keinen eigenständigen Missbrauchstatbestand und dient lediglich der Klarstellung, dass die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung bzw. die Tätigkeit als Interessenvertreterin oder Interessenvertreter des Personals nicht zur Begründung einer Kündigung herangezogen werden kann. Zur Frage, ob eine Kündigung aufgrund einer vom Arbeitgeber verursachten Krankheit zulässig ist, enthält das Personalgesetz keine Regelung. Gemäss § 4 PG gelangen deshalb die massgebenden Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts (OR) subsidiär zur Anwendung. 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 in denjenigen Fällen, 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.

**2c.**

Die Rekurrentin machte geltend, dass sie durch das nicht angemessene Führungsverhalten ihres Vorgesetzten im Zusammenhang mit einem Konflikt erkrankt sei. Der Konflikt wurde dadurch ausgelöst, dass der Vorgesetzte in Abwesenheit der Rekurrentin am 30. Juni 2004 in einem ihrer Fälle tätig werden musste. Es ging dabei um die Veranlassung von dringlichen medizinischen Abklärungen. Im Rahmen dieses Einsatzes diskutierte der Vorgesetzte mit dem zuständigen Sachbearbeiter auch die Frage, ob die Dokumente aus-

gehündigt werden könnten. Die Rekurrentin wurde von ihrem Vorgesetzten am 1. Juli 2004 per Email über seinen Einsatz sowie über die vom Sachbearbeiter geäußerte Meinung bezüglich der Frage der Aushändigung der Dokumente orientiert. Die Rekurrentin verstand dieses Email jedoch nicht. In der Folge kam es zwischen der Rekurrentin und ihrem Vorgesetzten deswegen zu einem Konflikt. Die Rekurrentin führte dazu aus, dass sie nicht habe verstehen können, weshalb sich der zuständige Sachbearbeiter zur Frage der Aushändigung der Dokumente geäußert habe, da dies nicht in dessen Zuständigbereich fallen würde. Des Weiteren führte sie in ihrer Rekursbegründung aus, dass das Verhalten ihres Vorgesetzten unangemessen gewesen sei. Er sei sehr laut geworden und habe aufgeregt gestikuliert. Der Vorgesetzte, der anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission als Auskunftsperson angehört wurde, führte dazu aus, dass er dreimal versucht habe, der Rekurrentin zu erklären, was er ihr habe mitteilen wollen. Diese haben ihn jedoch nicht verstanden. Sie habe ihm vorgeworfen, dass er in ihren Kompetenzbereich eingegriffen habe. Dies treffe nicht zu. Insbesondere habe er ihr keine Weisung erteilt, die Papiere auszuhändigen. Das Gespräch sei sicherlich etwas lauter geworden. Er habe aber nicht geschrien.

Die Beurteilung der Situation, welche nach Angaben der Rekurrentin zu ihrer Erkrankung geführt hatte, hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Die subjektiven Empfindungen der Rekurrentin sind dabei nicht von Relevanz. Der Vorgesetzte konnte gegenüber der Kommission glaubhaft darlegen, dass die Situation zwar etwas eskalierte, dies jedoch nicht in einem unvertretbaren Ausmass. Des Weiteren hat es sich im Rahmen des vorliegenden Verfahrens gezeigt, dass der Vorgesetzte auch nicht in unzulässiger Weise in den Kompetenzbereich der Rekurrentin eingegriffen hatte. Der Vorgesetzte wollte der Rekurrentin erklären, was er betreffend der Frage der Aushändigung der Dokumente mit dem Sachbearbeiter besprochen hatte. Der Vorfall ist objektiv als banal einzustufen und erscheint als Auslöser der Erkrankung im Hinblick auf die von ihrem behandelnden Arzt gestellte Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung als äusserst unwahrscheinlich. Eine posttraumatische Belastungsstörung tritt auf, wenn Menschen ein extrem belastendes Ereignis oder eine Situation aussergewöhnlicher Bedrohung (z.B. Naturkatastrophe, schwerer Verkehrsunfall, Zugunglück, Überfall, Krieg, Folter, Vergewaltigung oder eine plötzlich auftretende lebensbedrohliche Erkrankung bzw. sehr belastende medizinische Eingriffe) erleben, die bei fast allen Opfern eine tiefe Verstörung hervorrufen würden. Bei dem von der Rekurrentin angeführten Vorfall vom 1. Juli 2004 hat es sich offensichtlich nicht um eine derartige Situation gehandelt. Die Rekurrentin hat sich von der Verhandlung dispensieren lassen. Die Personalrekurskommission hat zwar nach § 41 Abs. 4 PG den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, die Rekurrentin trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Von der Rekurrentin wurden keine weiteren Gründe vorgebracht, welche dafür sprechen könnten, dass ihre Erkrankung vom Arbeitgeber verursacht worden wäre. Insbesondere machte die Rekurrentin korrekterweise nicht geltend, gemobbt worden zu sein. 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. Für das Vorliegen von Mobbing liegen keine Indizien vor. Des Weiteren sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Anstellungsbehörde ihre Fürsorgepflicht verletzt hätte. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Erkrankung der Rekurrentin nicht von der Anstellungsbehörde verursacht worden ist und die Kündigung somit nicht missbräuchlich erfolgt ist.

### 3.

Anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 7. Dezember 2005 wurde von der Anstellungsbehörde beantragt, dem Rekurs sei per sofort die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Dem Rekurs kommt im Regelfall aufschiebende Wirkung zu (vgl. § 47 Organisationsgesetz). Nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes oder wenn der Rekurs von vorneherein

als völlig aussichtslos erscheint, rechtfertigt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung. Aus der von der Anstellungsbehörde erstellten Chronologie zur Arbeitsunfähigkeit der Rekurrentin (vgl. Beilage Nr. 18 zur Rekursantwort vom 5. September 2005) ist ersichtlich, dass sich die Rekurrentin seit dem Vorfall vom 1. Juli 2004 äusserst unkooperativ verhalten hat. Während des gesamten Verfahrens kam es aufgrund dessen immer wieder zu Verzögerungen. So hat sie sich mehrmals geweigert, Vorladungen der Gesundheitsdienste Folge zu leisten. Ein psychiatrisches Gutachten konnte bis heute nicht erstellt werden, obwohl dies aus Sicht der Gesundheitsdienste erforderlich gewesen wäre. Den von der Anstellungsbehörde auf den 21. Juni 2005 festgesetzten Termin zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde von der Rekurrentin am 20. Juni 2005 kurzfristig mit der Begründung abgesagt, dass sie sich eine Anwältin bzw. einen Anwalt oder eine Mediatorin bzw. einen Mediator suchen wolle. Dies nachdem sich eine Advokatin bei der Anstellungsbehörde mit Schreiben vom 10. Juni 2005 für das Gespräch angemeldet hatte und die Rekurrentin mit Schreiben vom 17. Juni 2005 mitgeteilt hatte, dass sie das Gespräch selber führen wolle. Der Rekurrentin wurde in der Folge die Möglichkeit eingeräumt, sich schriftlich zur beabsichtigten Kündigung zu äussern. Was das Verfahren bei der Personalrekurskommission anbelangt, so wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 19. September 2005 geschlossen. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2005 teilte ein anderer Advokat der Personalrekurskommission mit, dass die Rekurrentin ihn am 10. Oktober 2005 mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt habe. Gleichzeitig beantragte er, dass das Verfahren zum Zwecke der Aufnahme von Verhandlungen zwischen Parteien sistiert werden soll. Dieser Antrag erfolgte nicht in Absprache mit der Anstellungsbehörde, welche sich auf Rückfrage der Personalrekurskommission hin gegen eine Sistierung des Verfahrens aussprach. Der späte Beizug eines Rechtsvertreters und der Antrag auf Sistierung des Verfahrens einen Monat nachdem der Schriftenwechsel bereits geschlossen gewesen war, führte bei der Festsetzung des Verhandlungstermins zu Verzögerungen. In der Folge konnte der Verhandlungstermin auf den 7. Dezember 2005 festgesetzt werden. Mit Schreiben vom 25. November 2005 stellte der Rechtsvertreter der Rekurrentin den Antrag um Dispensation seiner Mandantin von der Verhandlung. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass die Rekurrentin die als Auskunftsperson geladene Mitarbeiterin bei den Gesundheitsdiensten nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entbinde. Die Rekurrentin wurde mit Verfügung der Personalrekurskommission vom 28. November 2005 antragsgemäss von der Verhandlung dispensiert. Das Verhalten der Rekurrentin und die damit verbundenen Verzögerungen führen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung auch keine soziale Härte darstellt, da die Rekurrentin gemäss § 2 Abs. 1 Gesetz betreffend die Versicherung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall (SG 165.100) während maximal 730 Tagen Anspruch auf Taggeld in der Höhe von 80% des Lohnes hat.

#### **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 Y. verfügte Kündigung wird abgewiesen.

#### **V. Folgerungen ZPD**

1. Eine Kündigung aufgrund Verhinderung an der Aufgabenerfüllung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a setzt keine vollständige Arbeitsunfähigkeit voraus.

2. Zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung sagt das kantonale Personalrecht nichts; die Frage muss anhand des subsidiär anwendbaren Obligationenrecht (Art. 336 OR) beantwortet werden. Nach Lehre und Praxis zum OR gilt eine Erkrankung dann als vom Arbeitgeber verursacht, 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.
3. Bei der Beurteilung, ob ein Verhalten des Arbeitgebers für die Krankheit der/s Mitarbeitenden ursächlich war, sind einzig objektive Kriterien relevant; subjektive Empfindung der/s Mitarbeitenden sind nicht zu berücksichtigen.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 30 Abs. 2 lit. a PG  
§ 37 PG  
§ 4 PG  
Art. 336 OR