

## **VGE zu PRK-Fall Nr. 8:**

Kurzzusammenfassung der Erwägungen des Verwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 27.02.2002 (Ordentliche Kündigung während der Sperrfrist / Fristlose Auflösung)

### **Inhaltsverzeichnis**

|                        |   |
|------------------------|---|
| Sachverhalt            | siehe PRK-Fall 8                                    |
| Erwägungen             | Begründung des Verwaltungsgerichtes                 |
| Schlussfolgerungen ZPD | Lehren die aus dem Entscheid gezogen werden können. |

### **I. Erwägungen**

#### **1. [...]**

##### **2.a.**

Die Anstellungsbehörde macht geltend, dass die am 25.04.2000 mit dem Rekursgegner getroffene Vereinbarung einen „suspensiv-bedingten Auflösungsvertrag“ beinhalte, weshalb die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen würden.

Das Verwaltungsgericht auferlegt sich eine grosse Zurückhaltung bei der Annahme solcher Aufhebungsverträge und legt deshalb fest, dass der in der Vereinbarung enthaltene Terminus „unwillkürlich“ nicht einfach mit „automatisch“ gleichgesetzt werden darf. Das Verwaltungsgericht versteht die Vertragsbestimmung dahingehend, dass der Anstellungsbehörde bei Vorliegen von positiven Testwerten die Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich sein sollte. Dass die Vereinbarung in diesem Sinne zu deuten ist, sieht das Verwaltungsgericht auch in der Tatsache bestätigt, dass die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis nach § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz (PG) aufgelöst und dem Arbeitnehmer per 31.03.2001 ordentlich gekündigt hat.

##### **2.b.**

Die Frage, ob ein Aufhebungsvertrag überhaupt suspensiv bedingt abgeschlossen werden kann, oder ob er dann nicht gegen die zwingenden Kündigungsvorschriften verstösst, wurde vom Verwaltungsgericht offen gelassen.

#### **3.**

Die Anstellungsbehörde macht geltend, dass einem bloss zweimaligen Drogenkonsum kein Krankheitswert zukomme. Gemäss den Ausführungen des Amtsarztes war der Arbeitnehmer jedoch seit seinem zweiten Rückfall zu 100% arbeitsunfähig und hat sein Suchtverhalten Krankheitswert. Dass der Rekursgegner sich seit September 2000 ununterbrochen in einem Methadonprogramm befindet zeigt auch, dass sich sein aktuelles Drogenproblem kaum auf einen bloss zweimaligen Drogenkonsum seit 1999 beschränken lässt.

##### **3.a.**

Bei einer Kündigung während der Krankheit muss geprüft werden, ob sie eventuell zur Unzeit ausgesprochen wurde.

§ 37 PG verweist diesbezüglich grundsätzlich auf das Obligationenrecht, schreibt jedoch vor, dass im „Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall (...)“

eine Sperrfrist von 365 Tagen“ gelte. Die privatrechtliche Regelung sieht in Art. 336 Abs. 1 lit. b OR eine Kündigungssperrfrist nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer „ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, (...)“.

Da § 37 PG die Frage des Verschuldens an der Arbeitsunfähigkeit nicht regelt, liegt diesbezüglich eine Lücke im Gesetz vor.

### **3.b.**

Dass der Gesetzgeber diesbezüglich keine andere Rechtslage als im Privatrecht schaffen wollte, geht auch schon aus dem Wortlaut und der Systematik hervor. Im zweiten Satz von § 37 PG wird ausdrücklich festgehalten, dass „im Übrigen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kündigung nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung (finden)“. § 37 PG enthält demzufolge eine Rechtsgrundverweisung, d.h. nur die Rechtsfolge (Dauer der Kündigungssperrfrist) wird im Personalgesetz selbst geregelt; für die Tatbestandsvoraussetzungen gelten die privatrechtlichen Bestimmungen.

### **4.**

Sollte der Arbeitnehmer also seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet haben, zeigt die Sperrfrist keine Wirkung und ist die Kündigung zu Recht erfolgt.

### **4.a.**

Gemäss privatrechtlicher Lehre und Rechtsprechung kann nur grobes Selbstverschulden bei Art. 336c OR die Kündigungssperrfrist ausschliessen. Ob ein Verschulden bezüglich die Arbeitsunfähigkeit vorliegt, wird nach denselben Kriterien beurteilt, wie bei den Vorschriften zur Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 324a OR, wobei die Verschuldensfrage v.a. bei Suchterkrankungen umstritten ist.

### **4.b.**

Die Frage, ob beim Konsum harter Drogen ein grobes Selbstverschulden vorliegt, kann nicht in genereller Weise beantwortet werden, sondern muss in jedem einzelnen Fall aufgrund der gesamten Umstände entschieden werden. Gemäss Verwaltungsgericht sprechen im vorliegenden Fall einige Hinweise für das Vorliegen eines groben Mitverschuldens des Rekursgegners an seiner Arbeitsunfähigkeit:

Bis zum ersten Rückfall im November 1999 war der Arbeitnehmer während einiger Jahre drogenfrei und grundsätzlich handlungsfähig. Aus der Vereinbarung vom April 2000 geht hervor, dass der Arbeitnehmer im Falle positiver Urinproben seine Stelle verlieren würde. Der Arbeitnehmer wusste also, welche Konsequenzen ein zukünftiger Drogenkonsum haben wird. Trotz diesem Wissen erlitt der Arbeitnehmer im September 2000 einen Rückfall. Die zur Begründung des Rückfalls angeführten privaten Probleme reichen dem Verwaltungsgericht jedoch nicht aus, den (wiederholten) Drogenmissbrauch zu entschuldigen, zumal aus den Akten keine Anhaltspunkte für irgendwelche aussergewöhnlichen Umstände und Probleme ersichtlich waren, die das Verschulden mildern könnten. Das Verwaltungsgericht erkennt auch beim zweiten Rückfall keinen Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer die Drogen nicht bewusst und gewollt sowie im Wissen um die Konsequenzen seines Verhaltens konsumiert hat.

Suchtkrankheiten irgendwelcher Art lassen sich mit der sehr verantwortungsvollen Aufgabe des Arbeitnehmers nicht vereinbaren. Dies war dem Arbeitnehmer bekannt.

Durch seine Rückfälle hat er eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Anstellungsbehörde unzumutbar gemacht.

Mit dem Argument, ein Mitverschulden des Rekursgegners sei deshalb auszuschliessen, weil das Coaching, welches dem Rekursgegner nach Abschluss der Vereinbarung zustand, ungenügend gewesen sei, überträgt die Vorinstanz die Verantwortung für den Drogenkonsum in unzulässiger Weise auf die Anstellungsbehörde. Es ist in erster Linie Sache des Rekursgegners, nicht seiner Arbeitgeberin, das Drogenproblem in Griff zu bekommen und entsprechende konkrete Schritte in die Wege zu leiten.

#### **4.c.**

Das Verwaltungsgericht bejaht ein schweres Mitverschulden des Rekursgegners an seinem Drogenkonsum und damit an seiner Arbeitsunfähigkeit. Damit ist die Sperrfrist gemäss § 37 Personalgesetz nicht zur Anwendung gelangt und die Kündigung rechtmässig erfolgt.

## **II. Schlussfolgerungen des ZPD unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts**

- Um eine ordentliche Kündigung wegen ungenügenden Leistungen oder wegen wiederholter Pflichtverletzung aussprechen zu können (vgl. § 30 Abs. 2 lit. d PG), muss der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter gemäss § 30 Abs. 3 PG eine angemessene Bewährungsfrist eingeräumt werden.
- Eine ordentliche Kündigung darf nicht während einer von der Arbeitnehmerin bzw. vom Arbeitnehmer unverschuldeten Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall ausgesprochen werden (vgl. § 37 PG).
- Im Falle einer durch Drogenkonsum verursachten Arbeitsunfähigkeit muss anhand des Einzelfalles und unter Miteinbezug der gesamten Umstände entschieden werden, ob ein Selbstverschulden vorliegt oder nicht.
- Bei grobem Selbstverschulden des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsunfähigkeit gelangt die Sperrfrist gemäss § 37 PG nicht zur Anwendung.
- Bei vom Arbeitnehmer grob verschuldeter krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit kann eine ordentliche Kündigung rechtmässig ausgesprochen werden.
- Liegen Gründe vor, die eine fristlose Auflösung rechtfertigen, so muss keine Bewährungsfrist im Sinne des § 30 Abs. 3 PG eingeräumt werden, und die in § 37 PG vorgesehene Sperrfrist zeigt keine Wirkung.
- Doch muss eine fristlose Auflösung (§ 32 Personalgesetz) ohne Verzug (innert 2-3 Arbeitstagen) nach Kenntnis des massgeblichen Grundes erklärt werden. Denn wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zugewartet, gibt damit zu erkennen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.