

## **PRK Fall Nr. 66: Fristlose Kündigung aufgrund Nichteinreichung eines Arztzeugnisses**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 26. September 2006 i.S. X. gegen die vom Betrieb Y. verfügte fristlose Kündigung aufgrund Nichteinreichung eines Arztzeugnisses.

### **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 einer fristlosen Kündigung (E. 2a)
2. Einzelheiten zur fristlosen Kündigung wegen Nichteinreichung eines Arztzeugnisses (E. 2c, d)
3. Erfordernisse an die Verwarnung (E. 2e)

### **II. Sachverhalt**

X. trat per 1. April 1998 beim Betrieb Y. als Praktikant ein. Ab dem 1. Oktober 1998 arbeitete er als Aushilfe für ca. 17 Stunden pro Woche gemäss Einsatzplan. Seit dem 1. November 2001 wurde er als Aushilfe an einem anderen Ort des Betriebs Y. eingesetzt. Am 26. November 2004 führte der Rekurrent im Zimmer einer Patientin ein privates Telefongespräch. Als die Gruppenleiterin ihn deswegen zur Rede stellte, bedrohte dieser die Patientin verbal, verliess den Arbeitsplatz und blieb in der Folge der Arbeit unentschuldigt fern. Ebenfalls im November 2004 hatte sich X. mit einer Patientin im Zimmer eingeschlossen. Wegen dieser Vorkommnisse erteilte ihm die Anstellungsbehörde am 8. Dezember 2004 einen schriftlichen Verweis. Dieser sah unter anderem vor, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, sofern sich erneut ein derartiger Vorfall ereignen würde. Am 6. Januar 2005 auferlegte die Anstellungsbehörde X. eine Bewährungsfrist bis 30. April 2005, weil ein privater Konflikt mit einer Arbeitskollegin auch am Arbeitsplatz ausgetragen wurde. Der Arbeitskollegin wurde ebenfalls eine Bewährungsfrist auferlegt. Mit Schreiben vom 2. April 2006 erhob X. schwere Vorwürfe betreffend Diskriminierung gegenüber der Leitung. Die Anstellungsbehörde führte mit ihm deswegen am 17. Mai 2006 ein Gespräch. Da keine Lösung gefunden werden konnte, wurde ein weiterer Termin auf den 31. Mai 2006 vereinbart. Für die Zeit vom 19. bis 21. Mai 2006 meldete sich X. krank. Nachdem er einige freie Tage hatte, wurde er am 25. Mai 2006 zum Frühdienst erwartet. X. erschien jedoch weder zum Frühdienst, noch meldete er sich bei der Anstellungsbehörde telefonisch ab. Aufgrund dessen nahm die Anstellungsbehörde am 25. Mai 2006 telefonisch Kontakt mit X.

auf. Dieser gab an, dass er weiterhin krank sei. Am 29. Mai 2006 teilte der Rechtsvertreter von X. der Anstellungsbehörde per Email mit, dass er X. vertrete. Er informierte die Anstellungsbehörde darüber, dass X. weiterhin krank sei. Er stellte der Anstellungsbehörde in Aussicht, dass X. sie über seine Krankschreibung orientieren werde. Mit Mail vom 30. Mai 2006 teilte Z., Personalleiterin des Betriebs Y., dem Rechtsvertreter von X. mit, dass diese Information das ärztliche Zeugnis nicht ersetze, welches immer noch von X. erwartet werde. Am 31. Mai 2006 traf bei der Anstellungsbehörde ein ärztliches Zeugnis ein, welches X. eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 28. Mai 2006 bescheinigte.

Mit Verfügung vom 31. Mai 2006 verfügte der Betrieb Y. die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses von X. gestützt auf § 32 Personalgesetz (PG). Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 31. Mai 2006 meldete der Rechtsvertreter von X. namens X. am 8. Juni 2006 Rekurs bei der Personalrekurskommission an. Gleichzeitig beantragte er die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses.

### **III. Rechtliche Erwägungen**

#### **1.**

[...]

#### **2a.**

Gemäss § 32 PG kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung von Fristen aufgelöst werden, wenn ein Umstand vorliegt, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Die in § 32 PG umschriebenen Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses stimmen mit denjenigen von Art. 337 Abs. 2 Obligationenrecht (OR) überein. Im Übrigen wird in § 4 PG festgehalten, dass die Artikel 319 bis 362 OR als kantonales öffentliches Recht Anwendung finden, soweit das Personalgesetz nichts anderes bestimmt. Aus den hier zitierten Gesetzesbestimmungen ist auf eine weitgehende Übereinstimmung zwischen der fristlosen Auflösung eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages gemäss OR und einer fristlosen Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses gemäss PG zu schliessen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine fristlose Auflösung eines Arbeitsvertrages gemäss Art. 337 OR eine „ultima ratio“. Sie kann nur aus wichtigen Gründen ausgesprochen werden. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Dabei fallen vor allem schwere oder wiederholte vertragliche oder gesetzliche Pflichtverletzungen in Betracht. Bei minder schweren Pflichtverletzungen (verspäteter Arbeitsantritt, private Telefongespräche) ist eine vorherige Verwarnung erforderlich (vgl. Rehbindler, Berner Kommentar, Art. 337 N 2).

#### **2b.**

Die Anstellungsbehörde begründet die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einer unentschuldigtem Absenz des Rekurrenten bzw. mit der verspäteten Einreichung der Arztzeugnisse. Was die Absenz vom 30. Mai 2006 anbelangt, so trifft zwar zu, dass der Rekurrent im Zeitpunkt der Kündigung für diese Absenz kein ärztliches Zeugnis vorgelegt hatte. Am 6. Juni 2006 erhielt die Anstellungsbehörde jedoch ein Arztzeugnis, welches die vollständige Arbeitsunfähigkeit des Rekurrenten bis zum 6. Juni 2006 bestätigte. Dem Rekurrenten kann somit nicht der Vorwurf einer unentschuldigtem Absenz gemacht werden. Da eine unverschuldete Verhinderung an der Aufgabenerfüllung nie ein Grund zur fristlosen Entlassung sein kann (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, OR 337 N 23,

Rehbinder, Berner Kommentar, OR 337 N 3), kann die Kündigung im vorliegenden Fall nicht mit der Absenz des Rekurrenten vom 30. Mai 2006 begründet werden. Zu klären ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob der Rekurrent allenfalls seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat, weil er sich nicht rechtzeitig bei der Anstellungsbehörde gemeldet hat. In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 26. September 2006 führte der Rekurrent aus, dass man dringend bei der Anstellungsbehörde zwischen 7.00 und 7.30 Uhr anrufen müsse, wenn man krank sei. Von der Anstellungsbehörde wird geltend gemacht, dass aufgrund der internen Regelung die Mitarbeitenden sich am letzten Krankheitstag bis 14.00 Uhr zu melden hätten, damit der Leiter beurteilen könne, ob der Dienstplan umgestellt werden müsse.

Unbestritten ist, dass sich der Rekurrent aus eigenem Antrieb nicht bei der Anstellungsbehörde gemeldet hat, obwohl er am 25. Mai 2006 den Dienst nicht antreten konnte. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass dem Rekurrenten von seiner Hausärztin bereits am 19. Mai 2006 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bis zum 28. Mai 2006 attestiert worden ist. Der Rekurrent wusste somit bereits am 19. Mai 2006, dass er seinen Dienst am 25. Mai 2006 nicht antreten wird. Im Hinblick darauf, dass der Rekurrent nach Dienstplan arbeitet, hätte ihm bewusst sein müssen, dass er der Anstellungsbehörde unmittelbar hätte mitteilen müssen, dass er den Dienst am 25. Mai nicht antreten kann, damit der Leiter den Dienstplan entsprechend hätte ändern können. Unabhängig davon, ob die vom Rekurrenten oder die von der Anstellungsbehörde dargelegte Regelung zur Krankmeldung massgebend ist, hat der Rekurrent daher seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, in dem er sich bis zum 25. Mai 2006 nicht bei der Anstellungsbehörde gemeldet hat.

#### **2c.**

Aus Sicht der Anstellungsbehörde hat der Rekurrent seine arbeitsvertraglichen Pflichten auch dadurch verletzt, dass er die ärztlichen Zeugnisse nicht umgehend eingereicht hat. Aktenkundig ist, dass der Rekurrent das ärztliche Zeugnis, datierend vom 19. Mai 2006, welches am 31. Mai 2006 bei der Anstellungsbehörde einging, am 30. Mai 2006 bei der Post aufgegeben hatte. Ebenso ist aktenkundig, dass der Rekurrent das Folgezeugnis vom 30. Mai 2006, welches bei der Anstellungsbehörde am 6. Juni 2006 einging, am 1. Juni 2006 bei der Post aufgegeben hatte. Die Anstellungsbehörde argumentiert, dass es sich bei der Pflicht, ein Arztzeugnis einzureichen, um eine in § 16 Arbeitszeitverordnung festgehaltene rechtliche Pflicht handeln würde. Zutreffend ist, dass § 16 Arbeitszeitverordnung die Mitarbeitenden verpflichtet, bei Absenzen in Folge Krankheit oder Unfall ab dem vierten Arbeitstag ein Arztzeugnis auf eigene Kosten beizubringen. Allerdings lässt sich entgegen der Auffassung der Anstellungsbehörde aus dieser Bestimmung nicht unmittelbar ableiten, dass das Arztzeugnis umgehend einzureichen wäre. Es versteht sich jedoch von selbst, dass Mitarbeitenden die Arztzeugnisse innert vernünftiger Zeit dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen müssen.

Es ist aktenkundig, dass der Rekurrent die Arztzeugnisse jeweils mit erheblichen Verzögerungen eingereicht hat. Es wurden denn auch keinerlei sachlichen Gründe dafür genannt, weshalb der Rekurrent das Arztzeugnis vom 19. Mai 2006 erst am 30. Mai 2006 bei der Post aufgegeben hat. Die Ausführungen des Rechtsvertreters des Rekurrenten in der Rekursbegründung vom 27. Juni 2006, wonach der Rekurrent es im Stress bzw. der Verwirrung in dieser Zeit unterlassen habe, das entsprechende Zeugnis umgehend einzureichen, überzeugen aufgrund der grossen zeitlichen Diskrepanz wenig. Des Weiteren fehlt es auch an einer Erklärung, weshalb der Rekurrent am 30. Mai 2006 nicht auch das auf den 30. Mai 2006 datierte Folgezeugnis an die Anstellungsbehörde geschickt hat. Insofern kann durchaus gesagt werden, dass er durch die verspätete Einreichung der Arztzeugnisse seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Anstellungsbehörde verletzt hat.

## 2d.

Die Frage, ob eine Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, welche den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (Bundesgerichtsentscheid 4C.117/2005 vom 19. Mai 2005 E. 3.2.2., BGE 127 III 153 E. 1a). Dabei wird verlangt, dass die Verfehlungen einerseits objektiv geeignet sein müssen, die für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Vertrauensgrundlagen zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (vgl. Rehbindler, a.a.O., OR 337 N 1, Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, OR 337 N 3, Bundesgerichtsentscheid 4C.364/2005 E. 2.2).

Vorliegend kann dem Rekurrenten zum Vorwurf gemacht werden, dass er die Arztzeugnisse mit Verspätung bei der Anstellungsbehörde eingereicht hat. Des Weiteren hat er sich nicht rechtzeitig bei der Anstellungsbehörde gemeldet, um dieser mitzuteilen, dass er am 25. Mai 2006 seinen Dienst nicht antreten wird.

Nach herrschender Lehre sind das unentschuldigte Fernbleiben oder verspätete Erscheinen am Arbeitsplatz sowie unerlaubte Arbeitsunterbrüche für sich allein zu wenig schwerwiegend, um eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen zu können. Sie erlangen jedoch bei Wiederholung trotz Abmahnung das für eine fristlose Entlassung notwendige Gewicht (Rehbindler a.a.O. OR 337 N 6, Streiff/von Kaenel a.a.O., OR 337 N 5d). Besondere Regeln gelten bei krankheitsbedingten Abwesenheiten vom Arbeitsplatz. Da die unverschuldete Verhinderung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters an der Arbeitsleistung in keinem Fall eine fristlose Entlassung rechtfertigt, kann diese nur ausgesprochen werden, wenn der Arbeitgeber die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter erfolglos aufgefordert hat, entweder ein Arztzeugnis einzureichen oder die Arbeit wieder aufzunehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Januar 1995, E. 2b/bb, publiziert in Pra 84 Nr. 2001; in diesem Sinne auch der von der Anstellungsbehörde zitierte Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH, PB.2003.00023, vom 19. November 2003 E. 2c. aa). Da der Rekurrent krankheitshalber der Arbeit ferngeblieben ist, muss dies auch für den vorliegenden Fall gelten. Selbst wenn man berücksichtigt, dass bei der Anstellungsbehörde nach Dienstplänen gearbeitet wird und das Verhältnis zwischen den Parteien angespannt gewesen ist, weisen die Verfehlungen des Rekurrenten nach objektiven Kriterien keine derartige Schwere auf, dass einzig damit eine fristlose Kündigung begründet werden könnte. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Rekurrent während der Zeit seiner Anstellung regelmässig die relevanten Arztzeugnisse erst rund 7 bis 8 Tage nach seiner Genesung seinem Vorgesetzten zur Kenntnis gebracht hat (vgl. Eingabe des Betriebs Y. vom 27. Juni 2006, Ziff. 13). Zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle können zusammen mit einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall die fristlose Kündigung rechtfertigen. Erforderlich ist jedoch, dass der Kündigende auf die früheren Vertragsverletzungen, namentlich Verfehlung des Arbeitnehmers, mit einer Abmahnung (Mahnung, Ermahnung, Verwarnung) reagiert hat, andernfalls angenommen werden müsste, er halte die Vertragswidrigkeit für belanglos oder billige sie sogar stillschweigend, womit sie als Grund für die fristlose Auflösung ausser Betracht fällt. Wer unhaltbare Zustände während längerer Zeit duldet, vergibt sich der Möglichkeit, sie später zur Begründung einer fristlosen Kündigung zu verwenden (Staehelin/Vischer, a.a.O., OR 337 N 9). In der Vergangenheit hat die Anstellungsbehörde auf die verspätet eingereichten Arztzeugnisse nie reagiert. Ohne vorherige Verwarnung könnte die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses schon deshalb nicht mit den zu spät eingereichten Arztzeugnissen begründet werden. Festgehalten werden kann somit, dass für die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses im vorliegenden Fall zwingend eine vorherige Verwarnung durch die Anstellungsbehörde erforderlich ist.

**2e.**

Eine Verwarnung im technischen Sinn liegt vor, wenn für den Fall erneuter Vertragsverletzungen in verständlicher Form, also nicht notwendigerweise ausdrücklich, die fristlose Entlassung angedroht wird (Streiff/von Kaenel, a.a.O., OR 337 N 13). Der Arbeitgeber muss der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter unmissverständlich klar machen, dass er den oder die begangenen Fehler schwer gewichtet und deren Wiederholung nicht sanktionslos hinzunehmen bereit ist. Die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter muss klar erkennen können, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie sie bzw. er sich in Zukunft zu verhalten hat (Bundesgerichtsentscheid 4C. 364/2005 vom 12. Januar 2006 E. 2.3). Wird wie im vorliegenden Fall, die Einreichung eines Arztzeugnisses verlangt, so muss der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter zudem eine angemessene Frist zur Beibringung eingeräumt werden (vgl. Bundesgerichtsentscheid 4C. 244/2000 E. 2b/cc).

Von der Anstellungsbehörde wird geltend gemacht, dass der Rekurrent mehrmals dazu angehalten worden sei, ein ärztliches Attest über seine Abwesenheit beizubringen (vgl. Rekursbeantwortung vom 7. August 2006, Ziff. 10). Insbesondere sei er anlässlich des Telefonats vom 25. Mai 2006 dazu aufgefordert worden, ein ärztliches Zeugnis einzureichen. Dies wird vom Rekurrent bestritten. Anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 26. September 2006 gaben die beiden Vertreter der Anstellungsbehörde zu Protokoll, dass sie in der Zeit vom 19. Mai bis 30. Mai 2006 keinen direkten Kontakt mit dem Rekurrenten gehabt hätten und diesen dementsprechend auch nicht aufgefordert hätten, ein ärztliches Attest einzureichen. Es wurde jedoch ausgeführt, dass den Mitarbeitenden bekannt sei, dass die Anstellungsbehörde ab dem 4. Absenztage ein Arztzeugnis brauche. Die Mitarbeitenden würden auch immer wieder darauf hingewiesen.

Die Anstellungsbehörde hat während des gesamten Verfahrens die Person, welche den Rekurrenten dazu aufgefordert haben soll, ein Arztzeugnis einzureichen, nie namentlich erwähnt. Letztlich kann jedoch offen bleiben, ob der Rekurrent tatsächlich zur Einreichung des Arztzeugnisses aufgefordert worden ist, da eine einfache mündliche Erklärung den Anforderungen an eine Verwarnung als Voraussetzung einer fristlosen Kündigung ohnehin nicht genügt. Es wird den auch von der Anstellungsbehörde nicht geltend gemacht, dass dem Rekurrenten unter Androhung einer fristlosen Entlassung eine Frist zur Einreichung des Arztzeugnisses eingeräumt worden sei. Aktenkundig ist einzig, dass die Personalleiterin sich gegenüber dem Rechtsvertreter des Rekurrenten am 30. Mai 2006 in einer Email dahingehend geäußert hat, dass „dessen Information, wonach der Rekurrent sie über seine Krankschreibung orientieren werde, das ärztliche Zeugnis, welches immer noch vom Rekurrenten erwartet werde, nicht ersetzen könne“. Auch diese - einen Tag vor der fristlosen Entlassung - getätigte Mitteilung, erfüllt die Voraussetzung einer gehörigen Verwarnung offensichtlich nicht. [...]

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Anstellungsbehörde im vorliegenden Verfahren den Nachweis nicht erbrachte, dass der Rekurrent vor der fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtsgenügend verwarnt worden ist. Die Voraussetzungen zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 32 PG werden somit nicht erfüllt.

#### **IV. Entscheid und Rechtskraft**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung gemäss § 32 PG nicht erfüllt sind. Der Rekurs von X. gegen die vom Betrieb Y. verfügte fristlose Entlassung wird gutgeheissen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

#### **V. Schlussfolgerungen ZPD**

1. Die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung gemäss kantonalem Personalrecht stimmen mit denjenigen des Obligationenrechts überein. Dementsprechend muss ein Umstand vorliegen, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund endgültiger Zerstörung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.
2. Unentschuldigtes Fernbleiben oder verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz sowie unerlaubte Arbeitsunterbrüche sind für sich allein zu wenig schwerwiegend, um eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen zu können. Sie erlangen jedoch bei Wiederholung trotz Abmahnung das für eine fristlose Entlassung notwendige Gewicht.
3. Da die unverschuldete Verhinderung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters an der Arbeitsleistung in keinem Fall eine fristlose Entlassung rechtfertigt, kann diese nur ausgesprochen werden, wenn der Arbeitgeber die Mitarbeiterin bzw. den Mitarbeiter erfolglos aufgefordert hat, entweder ein Arztzeugnis einzureichen oder die Arbeit wieder aufzunehmen.
4. Wer unhaltbare Zustände während längerer Zeit duldet, vergibt sich der Möglichkeit, sie später zur Begründung einer fristlosen Kündigung zu verwenden. Wenn also die Anstellungsbehörde in der Vergangenheit die Einreichung eines Arztzeugnisses erst 7 bis 8 Tage nach der Genesung duldete, so kann dieser Umstand ohne vorherige Verwarnung nicht zur Begründung einer fristlosen Kündigung herangezogen werden.
5. Eine Verwarnung im technischen Sinn liegt vor, wenn für den Fall erneuter Vertragsverletzungen in verständlicher Form die fristlose Entlassung angedroht wird. Aus Beweis Zwecken wird empfohlen, dies in schriftlicher Form zu tun (Einschreiben). Im Zusammenhang mit Arztzeugnissen muss dem/r Mitarbeitenden ausdrücklich eine Frist zur Einreichung auferlegt werden.

#### **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 32 PG

§ 16 Arbeitszeitverordnung

§ 4 PG

Art. 337 OR