

PRK-Fall Nr. 18:

Kurzzusammenfassung der Erwägungen des Verwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 16. April 2003 (Kündigung während der Probezeit)

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt	siehe PRK-Fall 18
Erwägungen	Begründung des Verwaltungsgerichtes
Schlussfolgerungen ZPD	Lehren die aus dem Entscheid gezogen werden können.

I. Erwägungen

1. [...]

2. [...]

3.

Während eine Kündigung nach Ablauf der Probezeit von der Anstellungsbehörde aufgrund von § 30 Abs. 2 Personalgesetz (PG) nur aus den dort unter Buchstabe a bis e festgehaltenen Gründen ausgesprochen werden darf, kann eine Kündigung während der Probezeit auch aus anderen Gründen erfolgen, sofern sie nicht missbräuchlich ist (§ 38 PG). Es kann jedoch der Anstellungsbehörde nicht verwehrt sein, zur Begründung einer Kündigung während der Probezeit auf einen der in § 30 Abs. 2 PG vorgesehenen Kündigungsgründe hinzuweisen, auch wenn dies nicht notwendig wäre. Vorliegend hat die Anstellungsbehörde in der Kündigung ausdrücklich erwähnt, dass sich R. noch in der Probezeit befinde. Es kommen deshalb trotz Bezugnahme auf § 30 Abs. 2 lit. a PG in der Kündigung weder § 36 PG, welcher für die Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. a PG eine Abfindung vorschreibt, noch § 37 PG, wonach im Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von 365 Tagen gilt, zur Anwendung. Aus der Auslegung des Personalgesetzes ergibt sich, dass diese Bestimmungen sich nur auf die Kündigung nach Ablauf der Probezeit beziehen.

4.

Gemäss § 38 PG endet das Arbeitsverhältnis im Falle einer während der Probezeit erfolgten Kündigung auf den Kündigungstermin. Ein Rekurs hat keine aufschiebende Wirkung. Ist die Kündigung jedoch missbräuchlich erfolgt, so kann eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden. Es stellt sich somit die Frage, ob die Kündigung im vorliegenden Fall missbräuchlich war. Die Personalrekurskommission hat diese Frage bejaht und in teilweiser Gutheissung des Rekurses die Anstellungsbehörde zur Ausrichtung einer Entschädigung von zwei Monatslöhnen verurteilt.

5.

R. war im Zeitpunkt der Kündigung seit über zwei Monaten zu 100% arbeitsunfähig und es war nicht abzusehen, wie lange dieser Zustand noch andauern würde. Nachdem R. auch anlässlich eines Gesprächs vom 9. Januar 2002 mit einem Vertreter der Personalabteilung und dem Betriebschef keine konkreten Angaben über den weite-

ren Verlauf ihrer Arbeitsunfähigkeit machen konnte, wurde von der Anstellungsbehörde gleichentags die Kündigung verfügt. Da dies ohne vorherige medizinische Abklärung erfolgte, hat die Personalrekurskommission im angefochtenen Entscheid die Kündigung als missbräuchlich bezeichnet. Dabei berücksichtigte sie unter anderem auch die hohe Arbeitsmotivation von R. Die Personalrekurskommission beurteilte aufgrund der konkreten Umstände die Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG, ohne vorgängige Abklärung des Kündigungsgrundes durch Einholung einer amtsärztlichen Stellungnahme über die gesundheitliche Eignung von R., als besonders stossend. Die Personalrekurskommission hat daher selbst eine amtsärztliche Untersuchung veranlasst. Gemäss Bericht des Leiters des vertrauensärztlichen Dienstes vom 20. Juni 2002 war R. in jenem Zeitpunkt von den medizinischen Voraussetzungen her diensttauglich. Es müsse jedoch auch inskünftig mit Ausfällen gerechnet werden. Prognostisch lasse sich allerdings nichts über die möglichen Frequenzen sagen.

6.

Die Probezeit dient dazu, die Fähigkeiten und Eignung eines Arbeitnehmers zu prüfen. Die Vertragsparteien sollen deshalb das Arbeitsverhältnis während der Probezeit leichter auflösen können, als dies nach deren Ablauf möglich wäre. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind an die Gründe, aus denen das während der Probezeit noch lockere Arbeitsverhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. In einem die Kündigung eines Probeverhältnisses aufgrund der Angestelltenverordnung des Bundes betreffenden Fall hat das Bundesgericht ausgeführt, die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung sei bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheine, dass der Nachweis der Fähigkeit und Eignung nicht erbracht werden und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden könne. Die Auflösung müsse vom Betroffenen nicht verschuldet sein und könne sich auch auf objektive Gründe stützen. In einem weiteren Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, ein wichtiger Grund sei für die Kündigung während der Probezeit nicht erforderlich. Vielmehr müsse es genügen, dass die Kündigung sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens halte und angesichts der Leistungen und des Verhaltens sowie der personellen und sonstigen betrieblichen Gegebenheiten als vertretbare Massnahme erscheine. Im Falle einer Änderungskündigung schliesslich hat das Bundesgericht erklärt, eine Kündigung sei missbräuchlich, wenn sie ohne sachlich schutzwürdigen Grund ausgesprochen werde. Die Aufzählung in Art. 336 Obligationenrecht (OR) sei nicht abschliessend.

Die Kündigung darf somit nicht aus einem beliebigen Grund ausgesprochen werden, sondern es muss ihr ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen.

7.

Im Lichte dieser höchstrichterlichen Praxis ist zu prüfen, ob die von der Anstellungsbehörde ausgesprochene Kündigung rechtsmissbräuchlich ist, weil nicht vorgängig die Diensttauglichkeit von R. abgeklärt wurde. Diese Frage ist zu verneinen. Im Gegensatz zu einer ordentlichen Kündigung nach der Probezeit wegen dauernder oder teilweiser Verhinderung an der Aufgabenerfüllung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG ist es für eine Kündigung während der Probezeit nicht erforderlich, dass die Arbeitsverhinderung voraussichtlich andauern wird. Daran ändert auch nichts, dass die Anstellungsbehörde sich in ihrer Kündigung unnötigerweise auf § 30 Abs. 2 lit. a PG berufen hat. Die Anstellungsbehörde hat deshalb nicht die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung der R. in Zukunft abklären müssen, sondern konnte allein aufgrund ihrer bisherigen Wahrnehmung entscheiden, ob sich die R. ihrer Meinung nach für

die Tätigkeit eignet und ob ihre Weiterbeschäftigung nach personellen und betrieblichen Gesichtspunkten angezeigt erscheint. Dabei muss der Anstellungsbehörde ein relativ grosser Ermessensspielraum zugestanden werden. Nachdem die R. im Zeitpunkt der Kündigung bereits seit über zwei Monaten wegen Rückenschmerzen zu 100% arbeitsunfähig war und gemäss ihren Aussagen auch ihre Ärzte keine konkreten Angaben über den Zeitpunkt einer Wiederaufnahme ihrer Arbeit machen konnten, war ihre generelle Diensttauglichkeit nach allgemeiner Lebenserfahrung im Zeitpunkt fraglich. Wenn bereits nach sechsmonatiger Tätigkeit resp. nach nur drei Monaten aktiven Dienst Rückenschmerzen auftreten, die eine über zweimonatige Arbeitsunfähigkeit bedingen, so liegt es im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens, wenn die Anstellungsbehörde annimmt, dass sich die betreffende Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Disposition generell nicht für diese Tätigkeit eignet, und ihr ohne weitere Abklärungen noch während der Probezeit kündigt. Mit der zweimonatigen Arbeitsunfähigkeit mit noch unabsehbarem Ende im Zeitpunkt der Kündigung, lag demnach bereits ein sachlicher Grund vor, der eine Kündigung rechtfertigte. Es wäre mit dem Wesen der Probezeit als einem noch lockeren Arbeitsverhältnis nicht vereinbar, würde man in einem derartigen Fall zunächst noch Abklärungen des vertrauensärztlichen Dienstes verlangen. Die Rüge der Personalrekurskommission, die Anstellungsbehörde habe eine Kündigung ausgesprochen, ohne den Kündigungsgrund vor Erlass der Verfügung ermittelt zu haben, ist damit verfehlt. Der Kündigungsgrund lag in der mehrmonatigen Arbeitsunfähigkeit während der Probezeit und dem daraus in pflichtgemässen Ermessen gezogenen Schluss der Nichteignung der R. für die Tätigkeit. Zusätzliche Abklärungen zum Sachverhalt waren unter diesen Umständen nicht erforderlich.

8.

Damit war auch die nachträgliche Einholung eines Berichts des vertrauensärztlichen Dienstes nicht notwendig, und es kann an sich offen bleiben, zu welchem Schluss der untersuchende Arzt gelangt ist. Dennoch ist an dieser Stelle festzuhalten, dass auch dieser Bericht der R. nicht vorbehaltlos eine generelle Diensttauglichkeit bescheinigt, sondern lediglich feststellt, dass sie im Zeitpunkt der Untersuchung diensttauglich war, das hingegen – bei aller Unsicherheit in prognostischer Hinsicht – auch zukünftig mehrere jährliche Arbeitsausfälle wegen Rückenbeschwerden möglich seien. Insofern bestätigt der Bericht den von der Anstellungsbehörde gezogenen Schluss.

II. Schlussfolgerung des ZPD unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts

- Die Probezeit dient in erster Linie dazu, die Fähigkeiten und Eignung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters zu prüfen.
- Auch bei einer Probezeit von einem Jahr muss bei längerer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall vor der Kündigung keine Abklärung durch den vertrauensärztlichen Dienst durchgeführt werden.
- Die Kündigung während der Probezeit erfolgt gestützt auf § 38 Abs. 1 Personalgesetz unter Beachtung der Modalitäten gemäss § 11 Personalgesetz.

- Eine Kündigung während der Probezeit muss in Form einer Verfügung erfolgen:
 - sie muss schriftlich sein
 - als Verfügung bezeichnet werden
 - begründet werden
 - mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden.

- Bei Arbeitsverhinderungen wegen Krankheit oder Unfall während der Probezeit kommt die in § 37 Personalgesetz enthaltene Sperrfrist von 365 Tagen nicht zur Anwendung. Das Anstellungsverhältnis kann während der Probezeit von der Anstellungsbehörde auch bei Arbeitsunfähigkeit der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters ohne Einhaltung einer Sperrfrist aufgelöst werden.

- Bei einer Kündigung während der Probezeit ist die Anstellungsbehörde nicht an die Kündigungsgründe von § 30 Abs. 2 PG gebunden. Die Kündigung während der Probezeit muss aber aus einem sachlich schutzwürdigen Grund erfolgen. Im vorliegenden Fall erfolgte die Kündigung aufgrund einer über zwei Monate dauernden Arbeitsunfähigkeit wegen Rückschmerzen wobei der Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeit noch offen war. Damit ist ein sachlicher Kündigungsgrund gegeben. Die Kündigung ist somit nicht rechtsmissbräuchlich erfolgt.

- Wird ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit wegen Krankheit oder Unfall aufgelöst, ist keine Abfindung geschuldet.

- Ob eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich ist, bestimmt sich nach Art. 336 OR. Im vorliegenden Fall trifft kein in Art. 336 OR aufgeführter Missbrauchsfall zu. Insbesondere ist eine Kündigung während der Probezeit auch dann nicht missbräuchlich, wenn sie mit krankheitsbedingten Absenzen begründet wird.

- Der Rekurs gegen eine Kündigung während der Probezeit hat keine aufschiebende Wirkung (§ 38 Abs. 1 PG).

- Wird ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit wegen Krankheit oder Unfall aufgelöst, ist keine Abfindung geschuldet.

- Wird von der Personalrekurskommission eine Kündigung während der Probezeit als missbräuchlich qualifiziert, besteht kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Gemäss § 38 Abs. 2 PG hat aber der Mitarbeiter bzw. die Mitarbeiterin Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von maximal drei Monatslöhnen.