

## **PRK Fall Nr. 82: Kündigung aufgrund wiederholter Missachtung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 7. Mai 2008 i.S. G. gegen die von Departement D. verfügte Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz (PG).

### **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft dieser Entscheid?	S. 1
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse	S. 1
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission	S. 2
Entscheid u. Rechtskraft	Entscheid der Personalrekurskommission	S. 6
Relevante Rechtsnormen	Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid?	S. 6

### **I. Rechtsprobleme**

1. Kündigung zur Unzeit (E. 2)
2. Beweiswert ärztlicher Gutachten (E. 3, E. 4, E. 5)

### **II. Sachverhalt**

**1.**

Seit 1. Juni 1990 ist G. beim Departement D. angestellt. Zuletzt arbeitete sie bei der Abteilung N.

**2.**

Aufgrund einer nach Auffassung der Anstellungsbehörde bestehenden Problematik des Umgangstones und des persönlichen Verhaltens von G. wurde am 1. Februar 2006 ein Gespräch mit ihr geführt. Mit Schreiben vom 20. März 2006 wurde ihr eine Bewährungsfrist zur Anpassung ihres Verhaltens bis Ende März 2007 gesetzt.

**3.**

G. stürzte am 24. März 2007 in Folge eines Schwächeanfalles und zog sich dadurch am rechten Ringfinger eine Verletzung zu. Dies führte anfänglich zu einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit, später nahm sie ihre Tätigkeit teilweise wieder auf. Die Dauer dieser teilweisen Arbeitsunfähigkeit ist umstritten.

**4.**

Mit Verfügung vom 9. August 2007 kündigte das Departement D. das Arbeitsverhältnis mit G. wegen unterbliebener Verbesserung des Verhaltens gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d des Personalgesetzes (PG) per 30. November 2007. Übergeben wurde die Verfügung am 27. August 2007.

**5.**

Mit Eingabe vom 7. Dezember 2007 gelangte die Advokatin V. für G. an die Personalrekurskommission mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass die Verfügung vom 9. August 2007 nichtig sei und das Arbeitsverhältnis weiterhin bestehe, unter o/e-Kostenfolge. Ebenso ersuchte sie um Bewilligung der anwaltlichen Vertretung. Die Rechtsvertreterin machte geltend, die Kündigung sei während einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit und somit während der gesetzlichen Sperrfrist erfolgt, was zur Nichtigkeit der Verfügung führe. Die Nichtigkeit könne jederzeit geltend gemacht werden, weshalb ihr Begehren an keine Fristen gebunden sei.

**6. – 8.**

[...]

### **III. Rechtliche Erwägungen**

**1.**

[...]

**2.**

§ 37 PG bestimmt unter dem Titel „Kündigung zur Unzeit“, dass im Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall, welche gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses sein kann, eine Sperrfrist von 365 Tagen gilt. Im Übrigen finden die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Kündigung zur Unzeit nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung. Aufgrund dieses Verweises auf das Privatrecht steht ausser Zweifel, dass die Rechtsfolge einer während der gesetzlichen Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung deren Nichtigkeit ist, auch wenn dies im Personalgesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird.

**3.**

Als die Gesuchstellerin am 24. März 2007 aufgrund eines Schwächeanfalls stürzte, zog sie sich am rechten Ringfinger eine Verletzung zu, was anfänglich zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führte. Strittig ist hingegen, ob sie im massgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 27. August 2007 noch teilweise arbeitsunfähig gewesen ist, so dass die Kündigung in die Sperrfrist fallen würde.

Frau Q., Ärztin des vertrauensärztlichen Dienstes, untersuchte die Gesuchstellerin am 5. Juli 2007 und erneut am 9. August 2007. In ihrem schriftlichen Bericht vom 9. August 2007 kam sie zum Schluss, dass nach anfänglich vollständiger Arbeitsunfähigkeit vom 4. Juni 2007 bis 11. Juli 2007 eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe und ab 12. Juli 2007 „eine 0%ige Arbeitsunfähigkeit bei leicht reduzierter Leistungsfähigkeit“ vorliege. Dazu hielt sie fest, für ihre Tätigkeit im Departement D. bestehe eine 100-prozentige Arbeitsfähigkeit, aber sicherlich noch eine leichte Einschränkung der Beweglichkeit des 4. Fingers der rechten Hand, so dass

noch keine volle Belastbarkeit erwartet werden könne. Die von der Explorandin auszuführenden Arbeiten beinhalteten jedoch keine feinmotorischen Tätigkeiten im eigentlichen Sinne, weshalb gewisse Tätigkeiten vorübergehend auch mit der linken Hand ausgeführt werden könnten. Dabei sei einfach zu beachten, dass die Explorandin für die auszuübenden Tätigkeiten etwas längere Zeit in Anspruch nehmen müsse. Ab 27. August 2007 sei jedoch wieder von einer vollen Leistungsfähigkeit auszugehen. Ohne dass eine erneute Untersuchung stattgefunden hätte, wurde am 21. August 2007 eine korrigierte Version dieses Berichts verfasst. Danach habe vom 4. Juni 2007 bis 1. August 2007 eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit sowie vom 2. August 2007 bis 26. August 2007 eine 75-prozentige Arbeitsfähigkeit bestanden und sei ab 27. August 2007 von einer 100-prozentigen Arbeitsfähigkeit auszugehen.

Der behandelnde Arzt, Dr. R., hat der Gesuchstellerin auf dem Unfallschein UVG der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) gestützt auf zahlreiche Untersuchungen ab 4. Juni 2007 eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit, ab 2. August 2007 eine solche zu 25 Prozent und ab 1. Oktober 2007 volle Arbeitsfähigkeit attestiert.

Die SUVA teilte der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 27. Juli 2007 mit, dass sie ab 2. August 2007 zu 75 Prozent arbeitsfähig sei. Mit Schreiben vom 24. September 2007 wurde sie zu einer kreisärztlichen Untersuchung eingeladen. Gemäss Untersuchung vom 1. Oktober 2007 war sie ab 2. Oktober 2007 wieder normal arbeitsfähig.

Die angeführten Aussagen über den gesundheitlichen Zustand der Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Kündigung resp. im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 27. August 2007 widersprechen einander. Während der behandelnde Arzt und die SUVA resp. deren Kreisarzt von einer 25-prozentigen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen sind, hat ihr die Ärztin des vertrauensärztlichen Dienstes eine volle Arbeits- und Leistungsfähigkeit attestiert.

#### **4.**

Liegen die massgeblichen Grundlagen für die Entscheidfindung vor, müssen die vorhandenen Beweise gewürdigt werden, damit der im Streit liegende rechtlich relevante Sachverhalt festgestellt werden kann. Bei Widersprüchlichkeit vorhandener Beweismittel hat die entscheidende Behörde sich nach dem im Verwaltungsverfahren geltenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu richten. Das bedeutet, dass keine Bindung an starre förmliche Beweisregeln besteht, die genau festlegen, wann ein Beweis als erbracht gilt und welche Beweiskraft einem Beweismittel zuzumessen ist. Allein die eigene und freie Überzeugung über das Bestehen einer behaupteten Tatsache ist dafür massgebend, ob sie im konkreten Fall als bewiesen angenommen werden kann oder nicht.

Das Bundesgericht hat in BGE 125 V 351 festgehalten, dass hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes entscheidend ist, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die beklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind.

Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegeb-

nen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (BGE 122 V 160 f. Erw. 1c mit Hinweisen). Immerhin hat es die Rechtsprechung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, in Bezug auf bestimmte Formen medizinischer Berichte und Gutachten Richtlinien für die Beweiswürdigung aufzustellen. So ist z.B. den im Rahmen des Verwaltungsverfahrens durch die SUVA und durch UVG-Privatversicherer eingeholten Gutachten von externen Spezialärzten, welche auf Grund eingehender Beobachtungen und Untersuchungen sowie nach Einsicht in die Akten Bericht erstatten und bei der Erörterung der Befunde zu schlüssigen Ergebnissen gelangen, bei der Beweiswürdigung volle Beweiskraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen (BGE 104 V 212 Erw. c). In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll hingegen der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (unveröffentlichte Urteile B. vom 11. Juni 1997, B. vom 22. Februar 1994 und P. vom 22. Oktober 1984; Plädoyer 6/94 S. 67; MEYER-BLASER, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, in: BJM 1989 S. 31).

Auch den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt schliesslich Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen (BGE 125 V 351 S. 354), nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen. Im Hinblick auf die erhebliche Bedeutung, welche den Arztberichten im Sozialversicherungsrecht zukommt, ist an die Unparteilichkeit des Gutachters allerdings ein strenger Massstab anzulegen (BGE 122 V 161 f. Erw. 1c).

## 5.

Nach dieser Rechtsprechung ist vorliegend zu prüfen, welche der dargelegten ärztlichen Schlussfolgerungen überzeugend erscheinen und ob Gründe bestehen, die Zweifel an der Richtigkeit einer oder mehrerer Beurteilungen aufkommen lassen. Entgegen der Auffassung der Anstellungsbehörde kommt somit dem Bericht des amtsärztlichen Dienstes kein Vorrang bei der Beweiswürdigung zu, weshalb nicht einfach unbesehen auf diesen abgestellt werden kann.

Auch wenn gestützt auf die Rechtsprechung davon ausgegangen werden darf und soll, der Bericht des behandelnden Arztes, Facharzt FMH für Innere Medizin, sei eher patientenfreundlich, so ist doch festzustellen, dass die SUVA dieselbe Meinung vertreten hat wie der Hausarzt. Die Beurteilung der SUVA beruht auf der kreisärztlichen Untersuchung durch einen Facharzt für Allgemeinmedizin FMH, dessen detaillierter Bericht vorliegt.

Der erste amtsärztliche Bericht vom 9. August 2007 ist in sich widersprüchlich, indem trotz uneingeschränkter Arbeitsfähigkeit leichte Beeinträchtigungen, insb. eine eingeschränkte Beweglichkeit eines Fingers bzw. eine verminderte Belastbarkeit, attestiert werden und davon die Rede ist, dass gewisse Arbeiten mit der linken Hand ausgeführt werden könnten und alles etwas mehr Zeit in Anspruch nähme. Gerade ein erhöhter Zeitbedarf und die Notwendigkeit des Einsatzes der anderen, gesunden Hand sind mit einer 100-prozentigen Arbeitsfähigkeit nicht zu vereinbaren. Im zweiten Bericht vom 21. August 2007 ist dieser offensichtliche Widerspruch zwar beseitigt, doch

wurden darin ohne erkennbaren Grund die Daten der rückwirkend bescheinigten teilweisen Arbeitsunfähigkeit geändert. Neu wurde für den Zeitpunkt vom 10./11. Juli 2007 keine Veränderung des Gesundheitszustands mehr attestiert, sondern erst auf den 1./2. August 2007. Warum das Datum des 12. Juli 2007 plötzlich unbedeutend wurde und für die zweite Julihälfte zunächst eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit bei leicht reduzierter Leistungsfähigkeit bescheinigt, jedoch knapp zwei Wochen später für die gleiche Zeit von einer immerhin 50-prozentigen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen wurde, ist nicht nachvollziehbar und geht auch aus dem korrigierten Bericht nicht hervor. Übereinstimmung zwischen den beiden Fassungen des Berichts besteht insofern, als jedenfalls ab 27. August 2007 eine vollständige Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin attestiert wurde. Diesbezüglich legte sich die Amtsärztin bei der Untersuchung am 9. August 2007 fest, dass die damals noch diagnostizierten Einschränkungen mit dementsprechend reduzierter Arbeitsfähigkeit 2½ Wochen später mit Sicherheit verschwunden sein würden. Ob dies dann effektiv der Fall war, wurde nicht mehr durch eine weitere Untersuchung verifiziert. Auffallend ist sodann, dass nach unwidersprochener und glaubhaft vorgetragener Darstellung der Gesuchstellerin Thema der ärztlichen Untersuchung grösstenteils die Kündigung des Arbeitsvertrags gewesen sei. Demnach war die Amtsärztin darüber orientiert, dass die Anstellungsbehörde den Arbeitsvertrag wegen des von ihr beanstandeten Verhaltens der Gesuchstellerin längst hatte auflösen wollen und daher ein Interesse daran hatte, dass dieser baldmöglichst wieder eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit attestiert wurde. Dazu passt auch, dass die Kündigung vom 9. August 2007 datiert, also vom Tag der ärztlichen Untersuchung und der Verfassung des ersten, später korrigierten Berichtes des vertrauensärztlichen Dienstes, worauf die Verfügung der Gesuchstellerin am 27. August 2007 ausgehändigt wurde, entsprechend der auf diesen Tag datierten Wiederherstellung ihrer vollen Arbeitsfähigkeit. Aus all diesen Gründen vermag der Bericht der Amtsärztin bezüglich der ab 27. August 2007 bescheinigten 100-prozentigen Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht vollumfänglich zu überzeugen.

Die weiteren ärztlichen Berichte, insbesondere jener über die kreisärztliche Untersuchung zu Händen der SUVA, weisen im Gegensatz zu jenem des amtsärztlichen Dienstes keine inhaltlichen Ungereimtheiten auf, die an deren Beweiskraft zweifeln lassen könnten. Insbesondere ist diesbezüglich festzustellen, dass sich die Atteste über den Umfang der Arbeitsfähigkeit jeweils auf aktuelle Untersuchungen stützten und diesbezüglich keine Aussagen für deutlich in der Vergangenheit oder Zukunft liegende Zeitpunkte gemacht wurden.

## **6.**

Schliesslich ist der SUVA-Taggeld-Abrechnung vom 8. Oktober 2007 zu entnehmen, dass für die Periode vom 27. August 2007 bis 1. Oktober 2007 ein Taggeld wegen teilweiser Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin in Höhe von 25 Prozent ausbezahlt worden ist. Diese Zahlungen sind seitens der Anstellungsbehörde weder in ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 2008 noch in der Verhandlung der Personalrekurskommission bestritten worden, weshalb von der Richtigkeit dieser Abrechnung auszugehen ist. Auch hat die Anstellungsbehörde nicht behauptet, diese Leistungen nachträglich beanstandet und zurückerstattet zu haben. Aufgrund der Entgegennahme dieser Taggelder muss sich die Anstellungsbehörde vorhalten lassen, dass sie offenbar bis zum 1. Oktober 2007 selbst nicht von einer vollständig wiederhergestellten Arbeitsfähigkeit der Mitarbeiterin ausgegangen ist, hätte sie doch ansonsten keine derartigen Zahlungen der SUVA entgegennehmen dürfen. Jedenfalls ist ihr in

dieser Hinsicht ein offensichtlich widersprüchliches Verhalten anzulasten. Dieses führt ebenfalls dazu, dass die Glaubwürdigkeit des Inhaltes des Berichts der Vertrauensärztin gemindert ist. Der Inhalt der Berichte des Kreisarztes sowie des behandelnden Arztes sind unter diesen Umständen erheblich überzeugender. Demzufolge ist die Gesuchstellerin im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung teilweise arbeitsunfähig gewesen, weshalb die Kündigung nichtig ist.

#### **IV. Entscheid u. Rechtskraft**

**1.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Begehren der Gesuchstellerin um Feststellung, dass die vom 9. August 2007 datierte und ihr am 27. August 2007 zugegangene Kündigung nichtig ist und das Arbeitsverhältnis weiter besteht, gutzuheissen ist.

**2.**

Die Anstellungsbehörde hat in der Folge den Entscheid angefochten und an das Verwaltungsgericht weitergezogen. Das Verwaltungsgericht hat den Entscheid der Personalrekurskommission geschützt und den Rekurs abgewiesen.

**3.**

Siehe auch Kurzzusammenfassung der Erwägungen des Verwaltungsgerichts (VGE zu PRK Fall Nr. 82) und Schlussfolgerungen des ZPD.

#### **V. Relevante Rechtsnormen**

§ 30 Abs. 2 lit. d PG

§ 37 PG