

PRK Fall Nr. 14: Kündigung während der Probezeit

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 21. 3. 2001 i. S. D.G. gegen die von der Anstellungsbehörde Q verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Inhaltsverzeichnis

Rechtsproblem	Welche Themen betrifft der Entscheid
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission
Entscheid u. Rechtskraft	Urteil der Personalrekurskommission
Schlussfolgerung d. ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können
Relevante Rechtsnormen	Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt?

I. Rechtsprobleme

1. Im vorliegend Fall stellt sich die Frage, ob bei einer Kündigung während der Probezeit die Sperrfrist (§ 37 Personalgesetz) zur Anwendung gelangt? (E.3b)
2. Welche Kündigungsgründe können bei einer Kündigung während der Probezeit angeführt werden? (E.3c)
3. Handelt es sich im vorliegenden Fall um eine missbräuchliche Kündigung? Subsidiäre Anwendung der Bestimmungen des Obligationenrechts. (E.3d)
4. Anforderungen an die Begründungspflicht bei einer Kündigung während der Probezeit? (E.4a)
5. Heilung des Mangels der ungenügenden Begründung der Kündigung während der Probezeit? (E. 4b)

II. Sachverhalt

D. G. war seit 1. Oktober 2001 als Verwaltungsangestellte bei der Anstellungsbehörde Q mit einem Beschäftigungsgrad von 100% angestellt. Im Arbeitsvertrag vom 11. Juli 2001 war u.a. eine dreimonatige Probezeit vereinbart. D. G. trat ihre neue Stelle vertragsgemäss am 1. Oktober 2001 an. Infolge von Rückenschmerzen war sie seit 24. Oktober 2001 zu 100% arbeitsunfähig.

Mit Verfügung vom 5. November 2001, noch während der Probezeit, kündigte die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis von D. G. auf den 23. November 2001. In der Kündigungsverfügung wurde einerseits auf eine Aussage von D. G. verwiesen, wonach ihr die Arbeit nicht gefalle, und andererseits wurden nicht bereinigbare grund-

legende Differenzen in Form einer Fehlbesetzung erwähnt. Gegen diese Kündigung erhob die anwaltlich vertretene D. G. Rekurs bei der Personalrekurskommission. In ihrer Vernehmlassung vom 7. Januar 2002 beantragt die Anstellungsbehörde die Abweisung des Rekurses unter o/e Kostenfolge.

III. Aus den Erwägungen

1. [...]

2. [...]

3a.

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Kündigung vom 5. November 2001 noch während der vertraglich vereinbarten Probezeit verfügt worden ist. Für Kündigungen während der Probezeit enthält das Personalgesetz spezielle Bestimmungen, die von den übrigen Kündigungsbestimmungen des Personalgesetzes abweichen; insbesondere unterscheiden sich die Kündigungsfristen während der Probezeit, die Wirkung einer Kündigung während der Probezeit wie auch die zulässigen Gründe für eine ordentliche Kündigung während der Probezeit.

3b.

Ärztlich bescheinigt ist, dass die Rekurrentin bei Eröffnung der Kündigung wegen Krankheit arbeitsunfähig war. Es stellt sich daher die Frage, ob die in der Probezeit verfügte Kündigung wegen § 37 Personalgesetz, wonach im Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von 365 Tagen gilt, auch für Arbeitsverhältnisse während der Probezeit Anwendung findet.

In § 37 Personalgesetz wird unter dem Titel „Kündigung zur Unzeit“ den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ein zeitlich befristeter Kündigungsschutz für 365 Tage bei Krankheit und Unfall eingeräumt. Wird eine Kündigung während der Dauer dieser gesetzlichen Sperrfrist verfügt, ist die Kündigung nichtig. Dieser zeitlich befristete Kündigungsschutz hat seine Vorlage in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR; allerdings ist in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR der Zeitraum für den Kündigungsschutz bei Krankheit und Unfall deutlich kürzer und je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses zeitlich gestaffelt bis maximal 180 Tage. Der länger dauernde Kündigungsschutz des Personalgesetzes ist vom baselstädtischen Gesetzgeber beabsichtigt. Gemäss Ratschlag zum Personalgesetz, Seite 55, ad § 37 Personalgesetz, soll die verhältnismässig lange Sperrfrist ermöglichen, dass im Falle einer Invalidität der entsprechende Entscheid der Pensionskasse noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ergehen kann. So ist es in der Regel möglich, dass die Invalidenrente unmittelbar an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit direkt im Anschluss an das Ende der Lohnzahlung anschliesst. Sinn und Zweck von § 37 Personalgesetz ist es zu verhindern, dass eine vorzeitige Kündigung eine Lücke zwischen Lohnzahlung und Invalidenrente mit sich bringt.

In § 37 Satz 2 Personalgesetz wird festgehalten, dass im Übrigen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kündigung zur Unzeit nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung finden. Bereits aus diesem Wortlaut geht hervor, dass die in § 37 Satz 1 Personalgesetz festgelegte Sperrfrist nur für Kündigungen nach Ablauf

der Probezeit gelten soll. Ebenso umfasst der in Art. 336c OR enthaltene Schutz bei Kündigungen zur Unzeit erst Arbeitsverhältnisse nach Ablauf der Probezeit; diesbezüglich ist Art. 336c Abs. 1 OR deutlich. Entgegen der Meinung der Rekurrentin besteht kein Anlass - weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem Ratschlag zum Personalgesetz - § 37 Personalgesetz dahingehend auszulegen, dass § 37 Personalgesetz auch für die Arbeitsverhältnisse während der Probezeit gelten soll.

Da nun – wie vorstehend ausgeführt - § 37 Personalgesetz bei einer Kündigung während der Probezeit keine Anwendung findet, ist die von der Anstellungsbehörde verfügte Kündigung nicht nichtig, auch wenn die Rekurrentin bei Erlass der Kündigungsverfügung zweifellos infolge Krankheit arbeitsunfähig war.

3c.

Für eine ordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit muss die Anstellungsbehörde einen in § 30 Abs. 2 Personalgesetz aufgeführten Kündigungsgrund geltend machen können. Dies bedeutet, dass die Anstellungsbehörden bei Kündigungen während der Probezeit keinen in § 30 Abs. 2 Personalgesetz aufgeführten Grund anführen müssen. Dass der Gesetzgeber den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bei Kündigungen, die während der Probezeit verfügt werden, nicht den gleichen Kündigungsschutz einräumen wollte wie bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit, geht auch aus § 38 Personalgesetz hervor. So wird in § 38 Abs. 1 Personalgesetz speziell geregelt, dass bei Kündigungen während der Probezeit das Arbeitsverhältnis auf den Kündigungstermin endet und dass einem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zukommt. Ist eine Kündigung missbräuchlich, so kann gemäss § 38 Abs. 2 Personalgesetz lediglich eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden. Diese Ausführungen können mit Hinweis auf den Ratschlag zum Personalgesetz, Seite 18, zum Titel „Kündigung während der Probezeit“ untermauert werden: „Während der Probezeit sollen die Vertragsparteien das Arbeitsverhältnis leichter auflösen können, als dies nach deren Ablauf möglich wäre. Das Gesetz nennt keine Kündigungsgründe. Die Kündigung darf jedoch nicht missbräuchlich sein. Ist dies der Fall, so kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, eine Entschädigung bis maximal drei Monatslöhne zu bezahlen.“

3d.

Bei einer Kündigung während der Probezeit stellt sich die Frage, ob diese Kündigung missbräuchlich ist, da gemäss § 38 Abs. 2 Personalgesetz bei einer missbräuchlichen Kündigung während der Probezeit der gekündigten Person eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden kann.

Das Personalgesetz lässt die Frage offen, wann eine Kündigung missbräuchlich ist. Soweit das Personalgesetz nichts anderes bestimmt, gelten – gestützt auf § 4 Personalgesetz - die Art. 319 bis 362 des schweizerischen Obligationenrechts als kantonales öffentliches Recht. In Art. 336 OR werden die Fälle aufgeführt, welche der Bundesgesetzgeber als missbräuchliche Kündigung hält. Keine der vom Bundesgesetzgeber aufgeführten Missbrauchsfälle trifft im vorliegenden Fall zu. Eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Insbesondere ist eine Kündigung während der Probezeit auch dann nicht missbräuchlich, wenn sie mit krankheitsbedingten Absenzen begründet wird. Somit steht der Rekurrentin auch keine Entschädigung gemäss § 38 Abs. 2 Personalgesetz zu.

4a.

Gemäss § 29 Abs. 2 Personalgesetz erfolgt eine vom Arbeitgeber ausgehende Kündigung in Form einer begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Welche Anforderungen an eine Begründung gestellt werden, lässt das Personalgesetz offen. Ebenso regelt das Organisationsgesetz, die *lex generalis* für das baselstädtische Verwaltungsverfahren, die Voraussetzungen für die gesetzlich erforderlichen Begründungen nicht näher. Wenn das kantonale Recht die Begründungspflicht nicht näher bestimmt, muss eine Begründung mindestens den Anforderungen aus Art. 9 Bundesverfassung erfüllen. Danach ist die Begründungspflicht dann erfüllt, wenn die betroffene Person in der Lage ist, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1998, S. 332 f.).

Die Begründungspflicht für Verfügungen hängt auch damit zusammen, dass der Staat - auch in seiner Funktion als Arbeitgeber - nicht willkürlich entscheiden darf. Die Anstellungsbehörden als staatliche Behörden sind an die verfassungsmässigen Gebote, wie namentlich an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit oder Pflicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses gebunden. Daher müssen sie ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1998, S. 87 f., Rz. 357 ff).

Schliesslich ist auf Art. 335 Abs. 2 OR hinzuweisen, wonach der Kündigende eine Kündigung schriftlich begründen muss, wenn die andere Partei dies verlangt. In der Lehre werden an den Inhalt von Kündigungsbegründungen folgende Bedingungen geknüpft: Kündigungsbegründungen müssen inhaltlich wahr und vollständig sein (vgl. Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, ad Art. 335 OR, N 10, S. 307); oder sie müssen richtig und vollständig sein, abstrakte Formulierungen genügen nicht (vgl. Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Der Einzelarbeitsvertrag, ad Art. 335 OR, N. 33, S. 503); oder aber alle wesentlichen Gründe müssen angegeben werden, und zwar richtigerweise konkret (vgl. Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, ad Art. 335 OR, N. 16, S. 320).

4b.

Die in der angefochtenen Kündigung aufgeführte Begründung entspricht bezüglich verschiedener Kriterien nicht den Anforderungen an eine ausreichende Kündigungsbegründung:

Wenn die Anstellungsbehörde „nicht bereinigbare grundlegende Differenzen in Form einer Fehlbesetzung“ als einen Kündigungsgrund angibt, ist diese Formulierung allzu abstrakt. Da diese Formulierung in der Kündigung nicht näher erläutert wird, bleibt offen, was „nicht bereinigbare grundlegende Differenzen“ sind, oder inwiefern eine „Fehlbesetzung“ vorliegt. Mit dieser abstrakten Formulierung ist die Anstellungsbehörde ihrer Begründungspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Problematisch ist auch, wenn in der Kündigungsbegründung eine Aussage der Rekurrentin erwähnt wird, wonach ihr die Arbeit nicht gefalle. Hier stellt die Anstellungsbehörde auf ein subjektives Element ab, welches weder überprüfbar noch relevant ist, solange die Arbeit pflichtgemäss erfüllt wird. Tatsächlich muss es einer Mitarbeiterin bzw. einem Mitarbeiter risikolos erlaubt sein, bei Vorgesetzten zu äussern, dass die Arbeit nicht gefalle; dies jedoch nur solange die Arbeit pflichtgemäss ausgeführt wird. Ob die

Rekurrentin ihre Arbeit zureichend oder aber ungenügend verrichtet hat, geht aus den Verfahrensakten nicht hervor.

Da die Anstellungsbehörde ihrer Begründungspflicht nicht korrekt nachgekommen ist, hat sie den verfassungsmässigen Anspruch der Rekurrentin auf rechtliches Gehör verletzt. Allerdings erachtet die Rechtsprechung diesen Mangel als geheilt, wenn dieser Mangel in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, sofern die Rechtsmittelinstanz eine Prüfung in gleichen Umfang vornehmen kann (vgl. Ulrich Häfelin / Georg Müller: Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, 1998, S. 333, Rz. 1298 und S. 340, Rz. 1329). Diese Voraussetzung trifft hier zu; die mangelhafte Begründung ist im vorliegenden Rekursverfahren geheilt worden. Denn die Rekursbeklagte hat die Gründe für die Kündigung in ihrer Vernehmlassung, Seite 5 f., Ziffer 4, dahingehend ergänzt, dass die Rekurrentin ihre Arbeitsunfähigkeit mit Rückenbeschwerden begründet habe, dass jedoch Dossiers gehoben, versorgt und spediert werden müssen, weshalb Personen mit Rückenproblemen dort nicht eingesetzt werden sollen. Die ist für die Dauer der Probezeit ein zulässiger Kündigungsgrund. Somit konnte die Personalrekurskommission die vorliegende Rekursache in Kenntnis der Standpunkte beider Parteien beurteilen und mit uneingeschränkter Kognition entscheiden.

IV. Entscheid und Rechtskraft

Gestützt auf die obigen Ausführungen hat die Personalrekurskommission den Rekurs abgewiesen. Da die Rechtsbegehren der Rekurrentin nicht aussichtslos waren, und die Rekurrentin während des Rekursverfahrens stationär hospitalisiert war, und in Anbetracht der konkreten Einkommensverhältnisse der Rekurrentin hat die Personalrekurskommission das Gesuch der Rekurrentin um Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes teilweise gutgeheissen und der Rekurrentin einen Anteil an das Anwaltshonorar im Betrage von Fr. 400.-- inkl. Auslagen, jedoch zuzügl. Mehrwertsteuer bewilligt. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

- Die Kündigung während der Probezeit erfolgt gestützt auf § 38 Abs. 1 Personalgesetz unter Beachtung der Modalitäten gemäss § 11 Personalgesetz.
- 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.
- Ist eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich, hat die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Ist die Kündigung missbräuchlich erfolgt, kann aber gemäss § 38 Abs. 2 Personalgesetz eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden.
- 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.

- Eine Kündigung in der Probezeit muss in der Form einer Verfügung erfolgen:
 - sie muss schriftlich sein
 - als Verfügung bezeichnet werden
 - begründet werden
 - mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden.
- Die Kündigungsbegründung muss inhaltlich wahr und vollständig sein; d.h. es müssen alle wesentlichen Gründe angegeben werden. Zudem müssen die Kündigungsgründe konkret sein, rein abstrakte Formulierungen genügen nicht. Wird eine Verfügung nur unzureichend begründet, stellt dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 4 PG: Subsidiäre Anwendung des Obligationenrechts

§ 29 Abs. 2 PG: Kündigungsform

§ 30 PG: Ordentliche Kündigung

§ 37 PG: Kündigung zur Unzeit

§ 38 PG: Kündigung während der Probezeit

Art. 335 Abs. 2 OR: Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Art. 336 OR: Kündigungsschutz

Art. 336c Abs. 1 lit. b OR: Kündigung zur Unzeit

Art. 9 BV: Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben