

## **PRK Fall Nr. 58: Ordentliche Kündigung aufgrund Stellenaufhebung während vollständiger Arbeitsunfähigkeit**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 17. November 2005 i.S. A. gegen die vom Betrieb Z. verfügte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund Stellenaufhebung.

### **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft der Entscheid
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission
Entscheid und Rechtskraft	Entscheid der Personalrekurskommission
Schlussfolgerungen ZPD	Lehren die aus diesem Entscheid gezogen werden können
Relevante Rechtsnormen	Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt?

### **I. Rechtsprobleme**

1. Voraussetzungen der Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach § 30 Abs. 2 lit. b Personalgesetz (E. 2)
2. Zuweisung anderer Aufgaben aufgrund des Weisungsrechts (E. 2a)
3. Stellenanpassung als Tatbestand der Stellenaufhebung (E. 2b)
4. Praxis zur Stellensuche durch den Arbeitgeber (E. 2c)
5. Sinn und Zweck der Sperrfrist im Krankheitsfall (E. 3)

### **II. Sachverhalt**

A. arbeitete seit dem 1. Januar 2003 teilzeitlich in der Abteilung X. Mit Verfügung vom 28. April 2004 sprach die Anstellungsbehörde gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz (PG) die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von A. aus. Gegen diese Kündigung erhob A. Rekurs bei der Personalrekurskommission. Während des laufenden Rekursverfahrens wurde A. aufgrund von internen Konflikten ab 1. August 2004 an einem anderen Arbeitsort eingesetzt. Mit Entscheid vom 25. August 2004 hiess die Personalrekurskommission den Rekurs von A. gegen die von der Anstellungsbehörde am 28. April 2004 verfügte Kündigung seines Arbeitsverhältnisses gut. In der Folge wurde A. noch bis November 2004 am besagten Arbeitsort eingesetzt. Danach wurde er aus betrieblichen Gründen erneut in einer anderen Abteilung beschäftigt. Ab 22. Dezember 2004 wurde ihm von seinem Hausarzt, Dr. med. V., für seinen Arbeitsplatz eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Am 4. März 2005 wurde mit A. ein Gespräch geführt, anlässlich dessen er von der Anstellungsbehörde über die Aufhebung seiner

Stelle aufgrund einer notwendigen internen Reorganisation informiert wurde. Im Gespräch wurde dem Rekurrenten des Weiteren mitgeteilt, dass bei den Gesundheitsdiensten eine medizinische Begutachtung veranlasst werde. In der Folge wurde die Möglichkeit einer Versetzung von A. abgeklärt, was jedoch ergebnislos blieb. Die Anstellungsbehörde kam in ihrem Bericht vom 4. Mai 2005 zum Schluss, dass A. im Prinzip wieder fähig wäre, zu 100% zu arbeiten. Aufgrund des Konfliktes am Arbeitsplatz sei eine weitere Beschäftigung im Rahmen des Arbeitsplatzes jedoch nicht zu empfehlen.

Mit Verfügung vom 20. Mai 2005 kündigte die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis von A. aufgrund der Stellenaufhebung gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. b PG per 31. August 2005. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 20. Mai 2005 reichte A. am 1. Juni 2005 Rekurs bei der Personalrekurskommission ein.

Mit Verfügung vom 29. August 2005 hiess die Personalrekurskommission den Antrag des Rekurrenten auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut.

### **III. Rechtliche Erwägungen**

#### **1.**

[...]

#### **2.**

Die Anstellungsbehörde kann ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden, wobei bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit ein in § 30 Abs. 2 PG genannter Kündigungsgrund vorliegen muss. Wird ein Arbeitsverhältnis gemäss § 30 Abs. 2 lit. b PG wegen Aufhebung der Stelle gekündigt, muss die Zuweisung eines anderen Aufgabengebietes, welches der Ausbildung und den Fähigkeiten der betroffenen Mitarbeiterin bzw. des betroffenen Mitarbeiters entspricht, nicht möglich sein oder die Annahme eines neuen Aufgabengebietes von der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter verweigert worden sein.

#### **2a.**

Im vorliegenden Fall ist vorab zu klären, welche Stelle der Rekurrent inne hatte. Der Rekurrent war aufgrund von internen Konflikten bereits während des ersten Rekursverfahrens ab 1. August 2004 in einer anderen Abteilung eingesetzt worden. Nachdem von der Personalrekurskommission am 25. August 2004 der Rekurs des Rekurrenten gegen die am 28. April 2004 verfügte Kündigung des Anstellungsverhältnisses nach § 30 Abs. 2 lit. d PG gutgeheissen worden ist, wurde dessen Weiterbeschäftigung angeordnet. In der Folge wurde der Rekurrent noch bis November 2004 in einer anderen Abteilung eingesetzt, danach aus betrieblichen Gründen erneut versetzt.

Sofern sich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber als unbegründet erweist, hat der Arbeitgeber der betroffenen Person die bisherige Stelle oder ein neues, der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes Aufgabengebiet am bisherigen oder an einem anderen Arbeitsort anzubieten (§ 39 Abs. 2 PG). Die Anstellungsbehörde führte dazu aus, dass eine Weiterbeschäftigung des Rekurrenten in der Abteilung X. aufgrund eines internen Konfliktes nicht möglich gewesen sei. Da weder in der Abteilung X. noch andernorts im Betrieb

Z. eine geeignete Stelle vakant gewesen sei, habe für den Rekurrenten eine Funktion in einer anderen Gruppe organisiert werden müssen. Da kein Budget vorhanden gewesen sei, habe keine zusätzliche Stelle in der Abteilung X. geschaffen werden können. Die ursprünglich budgetierte Stelle des Rekurrenten sei daher weiterhin seine Stelle geblieben und habe deshalb nicht neubesetzt werden können. Indizien dafür, dass es eine andere Stelle gegeben hätte, auf die der Rekurrent hätte versetzt werden können, liegen keine vor. Es ist aufgrund dessen davon auszugehen, dass dem Rekurrenten zwar andere Aufgaben an einem anderen Arbeitsort zugewiesen worden sind, der Rekurrent jedoch formell auf seiner Stelle in der Abteilung X. verblieb und dessen Lohnkosten auch weiterhin der entsprechenden Kostenstelle belastet wurden. Dafür spricht insbesondere auch, dass er weder einen neuen Arbeitsvertrag noch ein neue Funktionsbeschreibung (Pflichtenheft) erhalten hat.

Ergänzend sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass der Arbeitgeber im Rahmen eines bestehenden Anstellungsverhältnisses der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter andere Aufgaben zuweisen kann. Dieses Recht steht dem Arbeitgeber aufgrund seines allgemeinen Weisungsrechts gegenüber den Mitarbeitenden zu und wird für den Arbeitgeber Basel-Stadt in § 12 Abs. 3 PG explizit geregelt. Gemäss § 12 Abs. 3 PG haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sofern erforderlich, neue Aufgaben bzw. ein der Ausbildung und Fähigkeiten entsprechendes Aufgabengebiet am selben oder an einem anderen Arbeitsort zu übernehmen. Im vorliegenden Fall war die Zuweisung von anderen Aufgaben erforderlich, da der Rekurrent aufgrund von internen Konflikten in der Abteilung X. nicht mehr eingesetzt werden konnte.

## **2b.**

Die Stelle des Rekurrenten in der Abteilung X. wurde auf Antrag der Leiterin der Abteilung X. mit Beschluss des Direktors vom 10. Februar 2005 per 28. Februar 2005 aufgehoben bzw. in die Funktion „Diplomierte Beschäftigte/diplomierter Beschäftigter“ umgewandelt.

Die Anstellungsbehörde hat die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Stellen hinsichtlich der notwendigen Anforderungen (Ausbildung, Berufserfahrung etc.) den zu erfüllenden Aufgaben anzupassen. Zeigt es sich in der Praxis, dass für die zu erfüllenden Aufgaben eine qualifizierte Ausbildung benötigt wird, passt die Anstellungsbehörde die Ausbildungsvoraussetzungen entsprechend an. Im vorliegenden Fall hat die Anstellungsbehörde die Stelle des Rekurrenten aufgehoben resp. den effektiven Anforderungen angepasst. Es liegen keine Indizien dafür vor, dass die zuständige Behörde im Zusammenhang mit der Aufhebung der Stelle des Rekurrenten ihr Ermessen nicht korrekt ausgeübt hätte. Aufgrund der höheren Anforderung betreffend der verlangten Ausbildung wurde die Stelle neu um drei Lohnklassen höher eingereiht und gleichzeitig der Beschäftigungsgrad um 10 Stellenprozente gesenkt (kostenneutrale Umsetzung). Da der Rekurrent nicht über die erforderliche Ausbildung verfügt, konnte bzw. musste ihm die neue Stelle nicht angeboten werden.

## **2c.**

Das Personalgesetz enthält keine Konkretisierungen zur Frage, welchen Voraussetzungen die Stellensuche durch den Arbeitgeber genügen muss. Nach ständiger Praxis der Personalrekurskommission genügt es, wenn die zuständige Personalleiterin bzw. der zuständige Personalleiter alle Departemente und Betriebe angeschrieben und diese betreffend einer Ersatzstelle für die von der Stellenaufhebung betroffene Person angefragt hat. Des Weiteren wurde verlangt, dass das Profil der betroffenen Person in den Stellenpool eingestellt wurde. Damit hat nach Praxis der Personalrekurskommission die zuständige Personalleiterin bzw. der zuständige Personalleiter getan, was geboten und zumutbar gewesen ist. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 22. September 2004 i.S. R.P. diese Praxis der Personalrekurskommission bestätigt.

Die von der Anstellungsbehörde im vorliegenden Fall getätigten Anstrengungen zur Suche nach einer Ersatzstelle für den Rekurrenten sind gemäss Praxis der Personalrekurskommission als ausreichend zu qualifizieren. So wurden am 16. März 2005 die Personalverantwortlichen der Departemente und Betriebe vom Betrieb Z. um eine Platzierungsmöglichkeit für den Rekurrenten angefragt und das Profil des Rekurrenten am 17. März 2005 in den Vermittlungspool aufgenommen. Mit Mail vom 21. April 2005 wurden diejenigen Personalverantwortlichen, von denen noch keine Rückmeldung betreffend Ersatzstelle für den Rekurrenten vorlagen, nochmals um Prüfung einer allfälligen Einsatzmöglichkeit gebeten.

Der Rekurrent machte anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission geltend, dass es mehrere Stellen gegeben hätte, die ihm hätten zugewiesen werden können. Soweit er diese Stellen nicht weiter substantiiert, ist auf dieses Argument nicht näher einzugehen. Bei den von ihm angeführten Stellen als Koch bzw. als Serviceangestellter beim Betrieb Z. handelt es sich um keine seiner Fähigkeiten und Ausbildung entsprechenden Ersatzstellen. Die Stelle als Köchin bzw. Koch entspricht hinsichtlich der geforderten Ausbildung nicht dem Anforderungsprofil des Rekurrenten, da diese eine abgeschlossene Ausbildung in diesem Bereich voraussetzt. Bei der Stelle als Serviceangestellte bzw. Serviceangestellter handelt es sich um eine in Lohnklasse 2 eingereihte Funktion. Demgegenüber wurde der Rekurrent in Lohnklasse 9 entlohnt. Bei einer um 7 Lohnklassen tiefer eingereichten Funktion handelt es sich offensichtlich nicht um eine geeignete Ersatzstelle im Sinne von § 30 Abs. 2 lit. b PG. Es liegen somit sachliche Gründe vor, weshalb ihm diese Stellen nicht zugewiesen worden sind. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund der Stellenaufhebung erfüllt sind.

Ergänzend sei erwähnt, dass der Rekurrent in der Verhandlung der Personalrekurskommission gefragt worden ist, ob er eigene Anstrengungen unternommen habe, um eine neue Stelle zu finden. Dies wurde vom Rekurrenten bejaht. Es versteht sich von selbst, dass auch die bzw. der von einer Stellenaufhebung betroffenen Mitarbeitende sich um eine neue Stelle bemühen muss. Dies gilt selbstverständlich auch für diejenigen Fälle, in denen die bzw. der Mitarbeitende für die eigene Stelle arbeitsunfähig ist, bei jeder anderen Stelle aber die Arbeitsfähigkeit klar gegeben ist.

### 3.

Im vorliegenden Fall wurden sämtliche Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund der Stellenaufhebung gemäss § 30 Abs. 2 lit. b PG erfüllt. Da der Rekurrent jedoch im Zeitpunkt der Kündigung von seinem Hausarzt krankgeschrieben gewesen ist, bleibt zu prüfen, ob die am 20. Mai 2005 verfügte Kündigung allenfalls zur Unzeit erfolgt ist. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Rekurrent gemäss Bericht des vertrauensärztlichen Dienstes vom 4. Mai 2005 im Prinzip zu 100% arbeitsfähig gewesen ist. Die Arbeitsunfähigkeit hat sich somit lediglich auf die Abteilung X. beschränkt, wie dies im Übrigen auch durch den Hausarzt des Rekurrenten bescheinigt worden ist. Es fragt sich nun, ob die Sperrfrist auch zur Anwendung gelangt, wenn sich die Arbeitsunfähigkeit lediglich auf die Arbeitsstelle des Mitarbeiters bzw. der Mitarbeiterin bezieht.

Gemäss § 37 PG gilt im Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von 365 Tagen. Des Weiteren hält § 37 PG fest, dass im Übrigen die Bestimmungen des Obligationenrechts über die Kündigung zur Unzeit nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung finden. Der Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz, Nr. 8941 hält zur Kündigung während der Sperrfrist auf Seite 55 fest, dass eine Entlassung durch den Arbeitgeber während der Dauer der Sperrfrist nichtig ist. Des Weiteren wird ausgeführt, dass die verhältnismässig lange Sperrfrist von 365 Tagen ermöglichen soll, dass im Falle einer Invalidität

der entsprechende Entscheid der Pensionskasse noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ergehen kann. Zur Frage, ob bei jeder Erkrankung unabhängig von deren Schwere die Sperrfrist zur Anwendung gelangt, enthält weder das Personalgesetz noch der dazugehörige Ratschlag Ausführungen. Im Obligationenrecht (OR), dessen Bestimmungen sinngemäss zur Anwendung gelangen, wird die Kündigung zur Unzeit in Art. 336c Abs. 1 lit. b geregelt. Danach darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen. Der Kündigungsschutz bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters bzw. der Mitarbeiterin bei vernünftiger Betrachtungsweise ihre bzw. seine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über die Dauer und das Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Gemäss Lehre und Praxis ist diese Bestimmung bei Krankheit nur dann nicht anwendbar, wenn sich die gesundheitliche Beeinträchtigung als so unbedeutend erweist, dass sie die Annahme einer neuen Anstellung in keiner Weise zu hindern vermag (vgl. Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Art. 336c N6; in diesem Sinne auch: Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Manfred Rehbinder, Art. 336c N 3, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Adrian Staehelin/Frank Vischer, Art. 336c N 8, Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Art. 336c N 8, BGE 128 III 217). Im vorliegenden Fall ist ärztlich bescheinigt, dass die Arbeitsunfähigkeit des Rekurrenten nur seine eigene Stelle bzw. alle Stellen bei der Abteilung X. betroffen hat. Für alle anderen Stellen lag seine volle Arbeitsfähigkeit (100%) vor. Insofern bestand im vorliegenden Fall in Bezug auf den Rekurrenten keine Ungewissheit über das Mass und die Dauer seiner Arbeitsunfähigkeit, da er ausserhalb der Abteilung X. in der öffentlichen Verwaltung sowie der Privatwirtschaft jederzeit eine neue Stelle hätte antreten können. Die gesundheitliche Beeinträchtigung des Rekurrenten war somit so unbedeutend, dass sie die Annahme einer neuen Anstellung in keiner Weise hätte hindern können. Es liegt somit ein Fall vor, bei dem die Sperrfrist gemäss § 37 PG nicht zur Anwendung gelangt. Die Kündigung ist folglich nicht zur Unzeit erfolgt. Dabei darf auch nicht unbeachtet bleiben, dass beim Arbeitgeber Basel-Stadt im Vergleich zum Privatrecht die Sperrfrist von 365 Tagen sehr lang ist. Der Gesetzgeber hat sich für diese lange Sperrfrist entschieden, damit im Falle einer Invalidität der entsprechende Entscheid der Pensionskasse noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ergehen kann. Auch unter Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers liegt daher kein Fall vor, bei dem die Sperrfrist zur Anwendung gelangt.

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

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. b PG erfüllt sind und die Kündigung auch nicht zur Unzeit erfolgt ist. Der Rekurs von A. gegen die vom Betrieb Z. am 20. Mai 2005 verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses wird daher abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

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

1. Der Arbeitgeber darf dem/r Arbeitnehmenden gestützt auf § 12 Abs. 3 PG sofern erforderlich neue Aufgaben zuweisen. Die Grenze dieser Ausprägung des allgemeinen Weisungsrechts des Arbeitgebers findet sich in der Zumutbarkeit für den/die

Arbeitnehmende/n. So darf der/die Arbeitnehmende Arbeit ablehnen, welche nicht ein der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes Aufgabengebiet beinhaltet. In der Praxis hat sich bewährt, dass die Einreihung des neu zugewiesenen Aufgabengebiets um maximal drei Lohnklassen unter dem Ursprünglichen liegen darf. Wird einer/m Arbeitnehmenden in Lohnklasse 15 Arbeit zugewiesen, welche der Lohnklasse 9 zugeordnet ist, ist dies persönlichkeitsverletzend und darf vom/von der Arbeitnehmenden abgelehnt werden.

2. Der Aufhebung einer Stelle i.S.v. § 30 Abs. 2 lit. b PG ist der Fall gleichzusetzen, bei dem das Anforderungsprofil für eine Stelle im Hinblick auf die einwandfreie Erfüllung der Arbeitsleistung nach oben angepasst werden muss. So kann dem/r bisherigen Arbeitnehmenden nach § 30 Abs. 2 lit. b PG gekündigt werden, wenn diese/r den Qualifikationen des neuen Stellenprofils nicht genügt.
3. Im Fall einer Kündigung aufgrund Stellenaufhebung gemäss § 30 Abs. 2 lit. b PG muss der Arbeitgeber nach einer geeigneten Ersatzstelle für den/die Arbeitnehmende/n suchen. Der Arbeitgeber wird dieser Pflicht dann gerecht, wenn er Anfragen an alle Personalleitenden der Departemente und Betriebe sowie die Registrierung im Stellenpool vornimmt. Kommt er diesen Pflichten nicht nach, erscheint die Kündigung als unbegründet. Geeignet ist eine Ersatzstelle dann, wenn ihr Aufgabengebiet der Ausbildung und den Fähigkeiten der/des Arbeitnehmenden entspricht.
4. Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit löst den Eintritt einer 365-tägigen Sperrfrist nicht in jedem Falle aus. Die Sperrfrist besteht deshalb, weil eine allfällige Neuanstellung des/der Arbeitnehmenden „auf einen bestimmten Termin auf Schwierigkeiten stösst, da Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit vorliegt“ (Botschaft in BBl 1984 II, S. 605; JAR 1981, S. 150). Handelt es sich aber um eine bedeutungslose Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes, so wirkt dies einer erfolgreichen Stellensuche nicht entgegen, sodass eine Sperrfrist in diesen Fällen zweckwidrig wäre. Als unbedeutende Beeinträchtigung der Gesundheit gilt insbesondere, wenn der/die Arbeitnehmende zwar für die derzeitige Stelle vollständig arbeitsunfähig ist, jede Arbeit an anderem Orte aber zu hundert Prozent verrichten könnte.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§§ 4, 12 Abs. 3, 30 Abs. 2 lit. b, 37, 39 Abs. 2 Personalgesetz  
Art. 336 c OR