

VGE vom 24.04.2009 zu PRK Fall Nr. 82

Kurzfassung des Verwaltungsgerichtsurteils vom 24. April 2009 aufgrund Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen wiederholter Missachtung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten gestützt auf § 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 des Verwaltungsgerichts | S. 2 |
| Urteil u. Rechtskraft | Urteil des Verwaltungsgerichts | S. 5 |
| Schlussfolgerungen d. ZPD | Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können. | S. 5 |
| Relevante Rechtsnormen | Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid? | S. 6 |

I. Rechtsprobleme

1. Kündigung zur Unzeit (E. 2, E. 3)
2. Beweiswert ärztlicher Gutachten (E. 3.2, E 5)
3. Einbringung von Noven (E.4)
4. Gesundheitliche Beeinträchtigung zu unbedeutend für Kündigungsschutz (E 6.2)

II. Sachverhalt

G. ist seit dem 1. Juni 1990 beim Departement D. angestellt. Am 1. Februar 2006 sprachen zwei Vorgesetzte mit ihr über ihr Verhalten am Arbeitsplatz, insbesondere über ihren problematischen Umgangston und das persönliche Verhalten gegenüber der Vorgesetzten. Mit Schreiben vom 20. März 2006 auferlegte ihr das Departement D. diesbezüglich Auflagen und setzte eine Bewährungsfrist bis Ende März 2007. G. stürzte am 24. März 2007 in Folge eines Schwächeanfalles und verletzte sich am rechten Ringfinger. Sie war zuerst zu 100 % arbeitsunfähig; später nahm sie ihre Arbeit teilweise wieder auf. Am 27. August 2007 wurde G. eine Verfügung vom 9. August 2007 übergeben, in der das Departement D. das Anstellungsverhältnis von G. gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d des Personalgesetzes (PG; SGS 162.100) per 30. November 2007 auflöste. Gegen diese Verfügung erhob G., vertreten durch V., am 7. Dezember 2007 Rekurs an die Personalrekurskommission. Mit Entscheid vom 7. Mai 2008, eröffnet am 17. September 2008, stellte die Personalrekurskommission

fest, dass die Kündigung vom 9./27. August 2007 nichtig sei und das Arbeitsverhältnis weiter bestehe.

Hiergegen hat das Departement D. rechtzeitig Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben und diesen fristgerecht begründet. Es beantragt die kostenfällige Aufhebung des Entscheides der Personalrekurskommission und die Feststellung, dass die Kündigung des Anstellungsverhältnisses vom 27. August 2007 nicht nichtig sei. Die Rekursgegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung des Rekurses und vollumfängliche Bestätigung des Entscheides der Personalrekurskommission; die Personalrekurskommission schliesst auf Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei. In der Verhandlung des Verwaltungsgerichts vom 24. April 2009 sind der Vertreter des Rekurrenten, A., sowie die Rechtsvertreterin der Rekursgegnerin, V., zum Vortrag gelangt, wofür auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen wird. Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

III. Rechtliche Erwägungen

1.

Nach § 43 Abs. 1 PG ist das Verwaltungsgericht direkt zuständig zur Beurteilung von Rekursen gegen Entscheide der Personalrekurskommission betreffend Kündigung, fristlose Auflösung des Anstellungsverhältnisses und Abfindung. Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist daher einzutreten. Das Verwaltungsgericht entscheidet gemäss § 43 Abs. 2 PG mit drei Mitgliedern in einem einfachen und raschen Verfahren über den Rekurs. Hinsichtlich der Kognition enthält das PG keine besonderen Vorschriften. Aufgrund der Verweisungsnorm von § 40 Abs. 5 PG findet daher das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100) Anwendung. Nach dessen § 8 ist im Folgenden zu prüfen, ob die Personalrekurskommission den Sachverhalt mangelhaft festgestellt, die massgebenden Vorschriften unrichtig angewendet, ihr Ermessen verletzt oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien Verstössen hat.

2.

Die Anstellungsbehörde kann ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit durch ordentliche Kündigung beenden, wenn einer der in § 30 Abs. 2 PG genannten Kündigungsgründe vorliegt. Im vorliegenden Fall stützt sich die Kündigung auf § 30 Abs. 2 lit. d PG in Verbindung mit § 30 Abs. 3 PG, wonach das Arbeitsverhältnis nach Einräumen einer Bewährungsfrist gekündigt werden kann, wenn die Mitarbeiterin die vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten wiederholt missachtet oder eine schwere Pflichtverletzung begangen hat. Ist die Arbeitnehmerin wegen Krankheit oder Unfall an der Arbeit verhindert, so kann ihr während einer Sperrfrist von 365 Tagen nicht gekündigt werden (§ 37 PG). Im Übrigen wird sinngemäss auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220.0) verwiesen, weshalb eine Kündigung, die während dieser Sperrfrist ausgesprochen wird, nichtig ist (Art. 336c Abs. 2 OR).

3.

3.1 Es ist unbestritten, dass die Rekursgegnerin im Gespräch vom 1. Februar 2006 verwarnt wurde, dass ihr mit Schreiben vom 20. März 2006 eine Bewährungsfrist bis Ende März 2007 im Sinne von § 30 Abs. 3 PG gesetzt wurde, dass sie am 24. März 2007 verunfallt ist und bis am 3. Juni 2007 zu 100 Prozent arbeitsunfähig gewesen

ist. Ab 4. Juni 2007 hat die Arbeitsunfähigkeit noch 50 Prozent betragen. Strittig ist, wann sich die Arbeitsunfähigkeit infolge Unfalls weiter reduziert hat und ab wann die Rekursgegnerin wieder voll arbeitsfähig gewesen ist.

3.2 Die Personalrekurskommission ist zum Schluss gelangt, dass die Aussagen und Berichte der Ärztin des vertrauensärztlichen Dienstes des Kantons Basel-Stadt Q. in sich widersprüchlich seien und diese den Berichten des behandelnden Arztes und des Arztes der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) widersprechen würden. Sie hat erwogen, der Rekurrent habe nicht belegen können, dass die Rekursgegnerin im Zeitpunkt der Kündigung am 27. August 2007 100 % arbeitsfähig gewesen sei. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die Rekursgegnerin im Zeitpunkt der Kündigung teilweise arbeitsunfähig gewesen sei und die Kündigung deshalb nichtig sei.

4.

Der Rekurrent wirft der Personalrekurskommission mangelhafte Feststellung des Sachverhalts vor, indem sie es unterlassen habe, einen für den Entscheid wesentlichen Punkt zu klären. Denn sie hätte die Vertrauensärztin Q. zu den Gründen befragen müssen, weshalb diese einen korrigierten Arztbericht erstellt habe. Dieser Einwand geht fehl: In der Verhandlung der Vorinstanz haben sich beide Vertreter ausdrücklich zur Frage der Arbeitsfähigkeit der Rekursgegnerin im Zeitpunkt der Kündigung am 27. August 2007 geäußert. Die Vertreterin der Rekursgegnerin hat die Vordatierung der Kündigung und die Widersprüche bei der Bezifferung der Arbeitsunfähigkeit beanstandet. Der Vertreter des Rekurrenten hat sich darauf mit der Vordatierung befasst, ist aber weder auf die vorgebrachten Widersprüche eingegangen noch hat er die Befragung der Vertrauensärztin beantragt (vgl. Protokoll vom 7. Mai 2008). Damit hat er anerkannt, dass Widersprüche vorhanden sind. Er hat aber weder die Unvollständigkeit des Sachverhalts geltend gemacht noch die Ergänzung des Sachverhalts, insbesondere die Befragung von Auskunftspersonen, beantragt. Das kann er im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht nachholen (WULLSCHLEGER/SCHRÖDER, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005, S. 302); insbesondere in einem Prozess mit arbeitsrechtlichen Fragen, wo das Gesetz ein einfaches und rasches Verfahren vorschreibt. Im Übrigen ist der Sachverhalt gar nicht lückenhaft, sondern mit mehreren Berichten geklärt. Wenn sich gewisse Beweismittel widersprechen, ergibt sich daraus keine Sachverhaltslücke, die durch weitere Beweiserhebungen geschlossen werden müsste; hingegen hat das Gericht in einem solchen Fall die Widersprüche durch Würdigung der vorhandenen Beweismittel zu lösen.

5.

5.1 Es liegen verschiedene ärztliche Berichte zum Ende der Arbeitsunfähigkeit der Rekursgegnerin vor. Die Vertrauensärztin hat die Rekursgegnerin am 5. Juli 2007 und am 9. August 2007 untersucht. In ihrem Bericht vom 9. August 2007 ist sie zum Schluss gekommen, dass nach anfänglich vollständiger Arbeitsunfähigkeit vom 4. Juni bis 11. Juli 2007 eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe und ab 12. Juli eine „0%ige Arbeitsunfähigkeit bei leicht reduzierter Leistungsfähigkeit“ vorliege. Ab 27. August 2007 sei von voller Leistungsfähigkeit auszugehen. Ohne dass die Vertrauensärztin die Rekursgegnerin erneut untersucht hätte, hat sie ihren Bericht korrigiert und im neuen Bericht vom 21. August 2007 ausgeführt, vom 4. Juni bis 1. August 2007 habe eine 50-prozentige Arbeitsfähigkeit und vom 2. bis 26. August 2007 eine 75-prozentige Arbeitsfähigkeit bestanden. Ab 27. August 2007

sei von einer 100-prozentigen Arbeitsfähigkeit auszugehen. Hingegen hat R., Hausarzt der Rekursgegnerin, seiner Patientin auf dem Unfallschein UVG der SUVA ab 4. Juni 2007 eine 50-prozentige und ab 2. August 2007 eine 25-prozentige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Ab 1. Oktober 2007 sei von voller Arbeitsfähigkeit auszugehen. Die SUVA hat die Rekursgegnerin ab 2. August 2007 zu 75 % und ab 2. Oktober 2007 voll arbeitsfähig gehalten.

5.2 Der Rekurrent ist der Auffassung, beide Berichte der Vertrauensärztin gingen von einer vollen Arbeitsfähigkeit ab dem 27. August 2007 aus, dem Tag der Kündigung. Die Korrektur im Bericht vom 21. August 2007 spiele deshalb keine Rolle: Die „inhaltliche Ungereimtheit“ beziehe sich nur auf den Zeitraum vor dem 27. August 2007, was aber für die Beurteilung, ob die Sperrfrist zur Anwendung gelange, irrelevant sei.

5.3 Dem Rekurrenten ist zuzugestehen, dass die beiden Berichte der Vertrauensärztin von einer vollen Arbeitsfähigkeit am 27. August 2007 ausgehen. Da jedoch die Zeugnisse des vertrauensärztlichen Dienstes nicht von vornherein ein zusätzliches oder höheres Gewicht als die anderen Arztberichte haben, sind alle Arztberichte zu würdigen. Das hat die Vorinstanz getan. Zu Recht hat sie ausgeführt, dass die Berichte des vertrauensärztlichen Dienstes widersprüchlich erscheinen: Die 100-prozentige Arbeitsfähigkeit ab 27. August 2007 im Bericht vom 21. August 2008 widersprechen dem Bericht vom 9. August 2007 mit einer 100-prozentigen Arbeitsfähigkeit ab 12. Juli 2007, welcher wiederum in seiner Begründung widersprüchlich ist, wenn gleichzeitig weiterhin eine leichte Einschränkung und keine volle Belastbarkeit attestiert wird. Demgegenüber sind die Atteste des Hausarztes nicht widersprüchlich: 25-prozentige Arbeitsunfähigkeit ab 2. August bis 2. Oktober 2007. Auch die SUVA ist zum Ergebnis gelangt, dass die Rekursgegnerin ab 2. August bis 2. Oktober 2007 zu 25 Prozent arbeitsunfähig und erst ab 2. Oktober 2007 wieder voll arbeitsfähig gewesen ist. Der Bericht der kreisärztlichen Untersuchung durch E., SUVA Basel, vom 1. Oktober 2007 ist konsistent, nachvollziehbar und in Übereinstimmung mit der Beurteilung des Hausarztes. Auch die weiteren Einwände des Rekurrenten sind nicht stichhaltig: Dass Privatärzte generell zu Gunsten des Auftraggebers und Patienten Gefälligkeitszeugnisse ausstellen, kann auch nicht gesagt werden. Diese Feststellung ist sicher dann nicht zulässig, wenn wie hier die Beurteilung des Hausarztes mit derjenigen des SUVA-Arztes übereinstimmt, da dem SUVA-Arzt die Tendenz, patientenfreundliche Bericht zu erstellen, nicht nachgesagt werden kann. Zu Recht hat die Vorinstanz deshalb nicht auf die Berichte des vertrauensärztlichen Dienstes abgestellt und ist folglich davon ausgegangen, dass die Rekursgegnerin im Zeitpunkt der Kündigung zu 25 % arbeitsunfähig gewesen ist.

6.

6.1 Der Rekurrent bringt schliesslich vor, eine 25-prozentige Arbeitsunfähigkeit sei „so unbedeutend“, dass aufgrund dieser eine neue Anstellung in keiner Weise hätte verhindert werden können. Damit sei gar keine Sperrfrist nach § 37 PG ausgelöst worden.

6.2 § 37 PG „Kündigung zur Unzeit“ bestimmt, dass im Falle der Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von 365 Tagen gilt. Er sieht keine Einschränkung des Kündigungsschutzes vor, falls der Arbeitnehmer weniger als 100 Prozent arbeitsunfähig ist. Auch das Obligationenrecht, auf das § 37 PG verweist, schränkt den Kündigungsschutz bei geringer Arbeitsunfähigkeit nicht ein, im Gegenteil hält Art. 336c Abs. 1 lit. b OR fest, dass der Kündigungsschutz bei ganzer oder

teilweiser Arbeitsverhinderung gilt. Gemäss Rechtsprechung ist der Kündigungsschutz 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 (PORTMANN, Basler Kommentar, 4. Auflage, Art. 336c N 6 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 336c N 3 OR; a.M. FRITZ, Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertrages, Zürich 1988, S. 36).

6.3 Im vorliegenden Fall ist der Rekursgegnerin die Kündigung am 27. August 2007 zugegangen, in einem Zeitpunkt also, zu dem sie zu 25 % arbeitsunfähig gewesen ist. Fraglich ist, ob ihre gesundheitliche Beeinträchtigung so unbedeutend ist, dass sie die Annahme einer neuen Anstellung in keiner Weise zu hindern vermag. Der SUVA-Kreisarzt hält in seinem Bericht vom 1. Oktober 2007 die Diagnose „Disorsion des rechten Ringfingermitelgelenks im Ablauf“ fest. Die Amtsärztin hat im Zeugnis vom 21. August 2007, gestützt auf die Untersuchung im Juli und August 2007, festgestellt, dass noch eine leichte Beeinträchtigung der Beweglichkeit des 4. Fingers der rechten Hand bestehe, was von der Rekursgegnerin nicht bestritten wird. Die gesundheitliche Beeinträchtigung der Rekursgegnerin ist demnach klein gewesen. Sie kann jedoch nicht als so gering bezeichnet werden, dass sie die Annahme einer neuen Anstellung in keiner Weise zu hindern vermag: Denn während des ersten Monats der Kündigungsfrist ist sie noch zu 25 % arbeitsunfähig gewesen und diese Arbeitsunfähigkeit hätte sie bei der Stellensuche beeinträchtigt. Ihre Vermittelbarkeit wäre eingeschränkt gewesen, weshalb der Rekursgegnerin bis 2. Oktober 2007 nicht hätte gekündigt werden dürfen.

IV. Urteil und Rechtskraft

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kündigung vom 27. August 2007 nichtig ist. Der Rekurs wird folglich abgewiesen und der Entscheid der Personalrekurskommission bestätigt.

Das Urteil ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

- Gemäss § 37 PG finden die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Kündigung zur Unzeit nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung.
- Aufgrund des Verweises auf das OR ist die Rechtsfolge einer während der gesetzlichen Sperrfrist ausgesprochenen Kündigung deren Nichtigkeit, auch wenn dies im Personalgesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird.
- Bei Widersprüchlichkeit der vorhandenen 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 massgebend.

- Ausschlaggebend für den Beweiswert eines Arztberichtes ist grundsätzlich weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten.
- Das Bundesgericht hat es mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung als vereinbar erachtet, für medizinische 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 bei der Beweiswürdigung volle Beweis kraft zuzuerkennen, solange nicht konkrete Indizien gegen die Zuverlässigkeit der Expertise sprechen.
- Den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, 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.
- In Bezug auf die Berichte von Hausärzten darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen.
- Wenn im Verfahren vor der Personalrekurskommission weder die Unvollständigkeit des Sachverhalts geltend gemacht noch die Ergänzung des Sachverhalts, insbesondere die Befragung von Auskunftspersonen, beantragt wurde, kann dies gemäss Verwaltungsgericht im dortigen Verfahren nicht nachgeholt werden.
- Der Kündigungsschutz ist 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.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 30 Abs. 2 lit. d PG

§ 30 Abs. 3 PG

§ 37 PG