

PRK Fall Nr. 8: Ordentliche Kündigung während der Sperrfrist / Fristlose Auflösung

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 15. Juni 2001 i.S. K. gegen die von der Anstellungsbehörde V. verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Inhaltsverzeichnis

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft der Entscheid
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission
Entscheid u. Rechtskraft	Urteil der Personalrekurskommission
Verwaltungsgericht	Erwägungen und Rechtskraft?
Schlussfolgerungen des ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können

I. Rechtsprobleme

1. Eine *fristlose Auflösung* (§ 32 Personalgesetz) muss ohne Verzug (innert 2-3 Arbeitstagen) nach Kenntnis des massgeblichen Grundes erklärt werden, was im vorliegenden Fall jedoch nicht geschehen ist (E.2. , E.4.).
2. *Ebenso* ist in casu eine *ordentliche Kündigung* (§ 30 Personalgesetz) nicht möglich, da der Rekurrent zum Zeitpunkt der Kündigungsaussprechung „un-verschuldet“ zu 100% krankgeschrieben war und somit die Sperrfrist von 365 Tagen gemäss § 37 Personalgesetz (*Kündigung zur Unzeit*) zum tragen kommt (E.5.).

II. Sachverhalt

K. ist seit 1. Juni 1991 bei der Anstellungsbehörde V. angestellt. Vor seinem Eintritt in den Dienst der Anstellungsbehörde V. hatte K ein Drogenproblem. Während den ersten Dienstjahren bis zum November 1999 verrichtete K. seine Arbeit mit regelmässig guten Qualifikationen. Aufgrund privater Probleme griff er jedoch ab Herbst 1999 erneut zu Drogen. Im November 1999 meldete sich K. beim Gesundheitsamt an und wurde vom Amtsarzt als dienstuntauglich gemeldet. Nachdem die Anstellungsbehörde V. im April 2000 vom Amtsarzt in Kenntnis gesetzt wurde, dass K. einen Rückfall in die Drogensucht erlitten hat, wurde mit K. am 25. April 2000 eine Vereinbarung geschlossen. In dieser Vereinbarung wurde K. seine Diensterlaubnis mit der Auflage wieder erteilt, dass er sich jeweils regelmässig ausserhalb der Arbeitszeit einer Untersuchung beim Gesundheitsamt unterzieht, wobei die Testresultate keine positiven Werte aufzeigen dürfen. In der Vereinbarung wurde weiter festgehalten, dass positive Testresultate unwillkürlich zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen. Diese Vereinbarung wurde von K. mitunterzeichnet.

Die Urinprobe von K. vom 4. September 2000 war suspekt. Daraufhin gestand K. dem Amtsarzt ein, erneut in die Heroinsucht gefallen zu sein. Mit Schreiben vom 8. September 2000 informierte der Amtsarzt den Personalleiter der Anstellungsbehörde V. über diesen Rückfall. Mit Schreiben vom 20. November 2000 bestätigte der Amtsarzt dem Personalleiter, dass K. wegen seines Rückfalls in sein Suchtverhalten aus Sicherheitsgründen nicht mehr eingesetzt werden kann. Am 18. Dezember 2000 verfügte die Anstellungsbehörde V. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses von K. per 31. März 2001 gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz wegen wiederholter Verletzung der vertraglichen und gesetzlichen Pflichten.

III. Rechtliche Erwägungen

1.
[...]

2.
Gemäss Personalgesetz kann die Anstellungsbehörde ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung oder durch eine fristlose Auflösung beenden. Die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt unter Berücksichtigung der in § 28 Personalgesetz festgelegten Kündigungsfristen. Zudem müssen die in § 30 Personalgesetz festgelegten Kündigungsvoraussetzungen erfüllt sein, namentlich muss bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit ein in § 30 Abs. 2 Personalgesetz genannter Kündigungsgrund vorliegen. Wird ein Arbeitsverhältnis wegen ungenügenden Leistungen oder wegen wiederholter Pflichtverletzung gekündigt, muss der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter gemäss § 30 Abs. 3 Personalgesetz eine angemessene Bewährungsfrist eingeräumt worden sein, bevor die Anstellungsbehörde die Kündigung aussprechen kann. Liegt eine schwere Pflichtverletzung vor, kann eine Kündigung ohne vorgängige Bewährungsfrist verfügt werden.

3.
Gemäss § 12 Abs. 2 Personalgesetz haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und dabei die Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Anstellungsbehörde V., welche eine grosse Verantwortung für die Sicherheit von Personen und Material tragen, bedeutet diese Treuepflicht, dass sie alles zu unterlassen haben, was ihre Diensttauglichkeit während den Arbeitszeiten einschränkt.

Die Aufnahme des Dienstes unter Drogeneinfluss ist offensichtlich eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht und hätte allenfalls damals bereits zu einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Rekurrenten führen können. Die Rekursbeklagte entschied sich aber, auf eine solche Massnahme zu verzichten und schloss mit dem Rekurrenten am 25. April 2000 eine Vereinbarung ab, worin die Wiedererteilung der Arbeiterlaubnis für den Rekurrenten von der Auflage abhängig gemacht wurde, dass sich der Rekurrent bis zum 30. Juni 2000 zweimal wöchentlich und anschliessend bis zum 31. Oktober 2000 einmal wöchentlich ausserhalb der Arbeitszeit einer Untersuchung beim Gesundheitsamt unterzieht. Im Weiteren wurde dem Rekurrenten der Dienst unter der Wirkung von Nemexin verboten und ihm für die Einnahme von Nemexin eine Meldepflicht auferlegt. In Ziffer 3 der Vereinbarung wurde festgehalten, dass positive Werte unwillkürlich zur Auflösung des Ar-

beitsvertrages führen. Diesen Auflagen kam der Rekurrent unbestritten nach und bereits im Mai 2000 wurde er wieder eingesetzt. In der Verhandlung der Personalrekurskommission bestätigte denn auch sein Coach aufgrund seiner regelmässigen Kontrollen, dass der Rekurrent bis zu seinem erneuten Rückfall immer gute Leistungen erbracht hat.

Anfang September 2000 verfälschte dann der Rekurrent eine Urinprobe, wie er gegenüber dem Amtsarzt auch zugab. Dieser Rückfall in die Drogensucht hätte angesichts der Formulierung von Ziffer 3 der Vereinbarung vom 25. April 2000 allenfalls auch zu einer fristlosen Entlassung führen können; er ist aber immerhin als klare Verletzung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen und zwar in wiederholtem Ausmass zu qualifizieren, die Anlass zur ordentlichen Entlassung eines Mitarbeiters gibt.

4.

Da dem Rekurrenten in der Vereinbarung vom 25. April 2000 die unwillkürliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Falle von positiven Testresultaten, d.h. im Falle eines Rückfalles in die Drogensucht, angedroht worden ist, hatte die Rekursgegnerin die Möglichkeit für eine fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages, sobald sie Kenntnis davon hatte, dass der Rekurrent in die Heroinsucht zurückgefallen war und die Vereinbarung vom 25. April 2000 verletzt hat. Eine fristlose Kündigung muss jedoch ohne Verzug nach Kenntnis des massgeblichen Grundes erklärt werden, andernfalls wird der Anspruch für eine ausserordentliche Kündigung verwirkt. Denn wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zugewartet, gibt damit zu erkennen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist (vgl. Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Der Einzelarbeitsvertrag, ad Art. 337 OR , N 35, S. A 632). Dem Kündigenden steht eine kurze Überlegungsfrist zu, deren Dauer sich nach den Umständen bemisst. In grösseren Betrieben mit komplizierten Entscheidungsstrukturen kann die erforderliche Willensbildung bis zu einer Woche betragen (vgl. Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, Der Einzelarbeitsvertrag, ad Art. 337 OR , N 35, S. A 632).

Im vorliegenden Fall ist die Rekursbeklagte vom Amtsarzt mit Schreiben vom 8. September 2000 darüber informiert worden, dass der Rekurrent erneut in die Drogensucht zurückgefallen ist. Die Rekursbeklagte hat am 18. Dezember 2000, somit rund zweieinhalb Monate nach Kenntnis des Rückfalles des Rekurrenten in die Drogensucht, eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses verfügt.

5.

Auch wenn die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung gemäss § 30 Personalgesetz erfüllt sind, darf eine Kündigung nicht zur Unzeit verfügt werden. Ist eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter wegen Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig, gilt gemäss § 37 Personalgesetz eine Sperrfrist von 365 Tagen. Im Übrigen finden die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die Kündigung zur Unzeit sinngemäss Anwendung. Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR , haben Arbeitnehmer einen gesetzlich befristeten Kündigungsschutz, wenn sie ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert sind. Diese Gesetzesbestimmung bedeutet, dass der zeitlich befristete Kündigungsschutz nicht entsteht, wenn die betroffene Person ein Verschulden an ihrer Arbeitsunfähigkeit trägt.

Der Rekurrent war zum Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung am 18. Dezember 2000 von seinem Hausarzt zu 100% als arbeitsunfähig geschrieben. Gemäss den Ausführungen des Amtsarztes muss davon ausgegangen werden, dass der Grund der Arbeitsunfähigkeit des Rekurrenten, seine Drogensucht, Krankheitswert hat; sie wird als psychische Verhaltensstörung durch Opioide, z.B. Heroin, im Rahmen eines Abhängigkeitssyndroms, klassifiziert. Bei einem Abhängigkeitssyndrom wird dem Substanzgebrauch Vorrang vor anderen Aktivitäten und Verpflichtungen gegeben (ICD-10, Internationale statistische Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, Band 1, Version, 1.0, Seite 330).

Es stellt sich somit nur noch die Frage, ob dem Rekurrenten bezüglich seiner Suchterkrankung ein Selbstverschulden angelastet werden kann. In der Lehre besteht Uneinigkeit, ob bei Suchterkrankungen generell eine selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit vorliegt und somit der zeitlich befristete Kündigungsschutz nicht zur Anwendung kommt. Laut Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, herausgegeben vom Zentralverband schweizerischer Arbeitgeber-Organisationen, zu Art. 336c OR, S. 351, löst nur unverschuldete Arbeitsverhinderung die Sperrfrist aus. Hierbei ist nur grobes Verschulden, d.h. Absicht oder grobe Fahrlässigkeit, zu berücksichtigen. Grobes Verschulden wird je nach den Umständen des konkreten Falles bei Suchterkrankungen durch Alkohol, Nikotin und anderen Drogen angenommen. Ebenso führen Ullin Streiff und Adrian von Kaenel, im Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, zu Art. 336c OR, N8, aus, dass nur unverschuldete Hinderung an der Arbeitsleistung eine Sperrfrist auslöst. Sie vertreten die Meinung, dass Alkoholismus und in der Regel Drogenkonsum nicht selbstverschuldet ist, obwohl ein Element des Selbstverschuldens nicht immer ausgeschlossen werden kann. Und Adrian Staehelin legt im Zürcher-Kommentar, Der Arbeitsvertrag, zu Art. 336c OR, N7, dar, dass nur grobes Selbstverschulden des Arbeitnehmers die Anwendung der Sperrfrist ausschliesst. Er verweist auf den Ullin Streiff und Adrian von Kaenel, welche Alkoholismus in der Regel als nicht verschuldet betrachten, und wertet die Abhängigkeit von psychoaktiven Substanzen bzw. deren Folgeerscheinungen sowie Arbeitsunfähigkeit wegen Drogenentzugssymptomen als unverschuldete Krankheit.

Aus der zitierten Rechtslehre ist keine generelle Antwort zu entnehmen, ob eine durch Drogenkonsum verursachte Arbeitsunfähigkeit als selbstverschuldet zu werten ist, so dass die gesetzliche Sperrfrist für die Kündigung nicht zur Anwendung kommt. Zu beurteilen ist somit der Einzelfall. In casu steht fest, dass der Rekurrent in früheren Jahren, bevor er in den Dienst der Anstellungsbehörde V. eintrat, Drogenprobleme hatte. Vom Eintritt in den Dienst im Sommer 1991 bis zum Herbst 1999 konsumierte der Rekurrent keine Drogen und schien als geheilt, zumal er seine Arbeiten mit guten beruflichen Qualifikationen erfüllte. Aus den Akten geht hervor, dass der Rekurrent im Herbst 1999 nicht zu seinem Vergnügen, sondern infolge von privaten Problemen in seine frühere Drogensucht zurückfiel. In dieser persönlichen Notlage konnte auch der Coach, den die Anstellungsbehörde V. dem Rekurrenten zur Seite stellten, nicht helfen, zumal dieser Coach sowohl von seiner zeitlichen Verfügbarkeit wie auch angesichts seiner beruflichen Bestimmungen nicht in der Lage war, dem Rekurrenten jene Hilfe zu bieten, die der Rekurrent benötigt hätte. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist der Rückfall des Rekurrenten in die Drogensucht nicht als grobes Verschulden zu werten, welches zur Nichtanwendung der gesetzlichen Sperrfrist führt. Dies bedeutet, dass die Kündigung vom 18. Dezember 2000 zu einem Zeitpunkt verfügt worden ist, als der Rekurrent ohne grobes Selbstverschulden arbeitsunfähig war. Dementsprechend ist die Kündigung in Verletzung der gesetzlichen Sperrfrist von § 37 Personalsgesetz verfügt worden. Unter analoger Anwendung von Art. 336c Abs. 2 OR ist diese Kündigung somit nichtig.

IV. Entscheid und Rechtskraft

Der Rekurs von K. wurde von der Personalrekurskommission gutgeheissen. Die Anstellungsbehörde V. hat in der Folge den Entscheid angefochten und an das Verwaltungsgericht weitergezogen.

V. Erwägungen und Urteil des Verwaltungsgerichtes

Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen (Aufhebungsvertrag) ist grundsätzlich möglich (§ 27 lit. d und § 33 Personalgesetz). Das Vorliegen eines Aufhebungsvertrags ist aber nur mit Zurückhaltung anzunehmen.

Der Rückfall ins Suchtverhalten hat Krankheitswert. Diesbezüglich wird den Ausführungen des Amtsarztes gefolgt.

§ 37, Satz 2 Personalgesetz verweist bei der Kündigung zur Unzeit auf das OR. Art 336c Abs. 1 lit. b OR sieht Sperrfrist vor..... „**während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit... an der Arbeitsleistung verhindert ist.**“

Die Lehre und Rechtsprechung sind sich weitgehend einig, dass nur grobes **Selbstverschulden** die Kündigungssperrfrist ausschliesst.

Die Frage, ob beim Konsum harter Drogen ein grobes Selbstverschulden vorliegt, muss in jedem einzelnen Fall aufgrund der gesamten Umstände entschieden werden.

Im vorliegenden Fall war der Mitarbeiter während mehrerer Jahren drogenfrei. Seinen Rückfall begründet er mit privaten Problemen. Anhaltspunkte für irgendwelche aussergewöhnlichen Umstände und Probleme, die das Verschulden in einem milderen Licht erscheinen lassen, liegen keine vor. Im Ergebnis wurde deshalb das Vorliegen eines groben Selbstverschuldens bejaht.

Da die Arbeitsverhinderung auf grobem Selbstverschulden beruht, sind keine Sperrfristen zu beachten. Die Kündigung ist somit rechtmässig und der Rekurs der Anstellungsbehörde wird gutgeheissen.

VI. Schlussfolgerungen des ZPD

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die am 18. Dezember 2000 von der Anstellungsbehörde V. verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses von K. in Verletzung der Sperrfrist von § 37 Personalgesetz verfügt wurde und daher unter analoger Anwendung von Art. 336c Abs. 2 OR nichtig ist.

- Um eine *ordentliche Kündigung* wegen ungenügenden Leistungen oder wegen wiederholter Pflichtverletzung aussprechen zu können (vgl. § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz), muss der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter gemäss § 30 Abs. 3 Personalgesetz eine angemessene Bewährungsfrist eingeräumt werden.

- Eine *ordentliche Kündigung* darf nicht während einer von der Arbeitnehmerin bzw. vom Arbeitnehmer unverschuldeten Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall ausgesprochen werden (vgl. § 37 Personalgesetz).
- Ganz anders sieht es aus, wenn Gründe vorliegen, die eine fristlose Auflösung rechtfertigen. Liegen nämlich solche Gründe vor, so muss weder eine Bewährungsfrist im Sinne des § 30 Abs. 3 Personalgesetz eingeräumt werden, noch zeigt die Sperrfrist des § 37 Personalgesetz eine Wirkung.
- Doch muss eine *fristlose Auflösung* (§ 32 Personalgesetz) ohne Verzug (innert 2-3 Arbeitstagen) nach Kenntnis des massgeblichen Grundes erklärt werden. Denn wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zugewartet, gibt damit zu erkennen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.

Eine ordentliche Kündigung darf nicht während einer von der Arbeitnehmerin bzw. vom Arbeitnehmer unverschuldeten Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall ausgesprochen werden (vgl. § 37 Personalgesetz).

Ganz anders sieht es aus, wenn Gründe vorliegen, die eine fristlose Auflösung rechtfertigen. Liegen nämlich solche Gründe vor, so muss weder eine Bewährungsfrist im Sinne des § 30 Abs. 3 Personalgesetz eingeräumt werden, noch zeigt die Sperrfrist des § 37 Personalgesetz eine Wirkung.

Doch muss eine fristlose Auflösung (§ 32 Personalgesetz) ohne Verzug (innert 2-3 Arbeitstagen) nach Kenntnis des massgeblichen Grundes erklärt werden. Denn wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zugewartet, gibt damit zu erkennen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist.

- In einem „Suchtvertrag“ müssen die Auflagen und Bedingungen sowie die Konsequenzen bei Nichterfüllung klar formuliert sein.
- Bei Nichterfüllung muss eine angedrohte fristlose Entlassung unverzüglich verfügt werden.
- Sperrfristen kommen bei einer fristlosen Entlassung nicht zur Anwendung.
- Bei einer ordentlichen Kündigung kommen die Sperrfristen dann nicht zur Anwendung, wenn die krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit auf grobe Weise selbstverschuldet ist.
- Die Verschuldensfrage ist immer im Einzelfall zu prüfen.
- Ein Rückfall in die Drogensucht kann im Einzelfall grobes Selbstverschulden bedeuten.