



Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt

vom 17. Juni 2024

Kommission: Dr. Philippe Nordmann (Präsidium),
Dr. Andrea Pfeleiderer, Marianne Schwegler
Schreiberin: MLaw Rebecca Mühlebach

Aktenzeichen Nr. 2023.09:

Rekurs von X betreffend die vom Departement D verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 30 Abs. 2 lit. de PG wegen schwerer Pflichtverletzung

I. Sachverhalt

1. X (im Folgenden: der Rekurrent) arbeitete seit dem 5. Februar 2001 als [...] bei der Dienststelle E mit einem Beschäftigungsgrad von 100%.
2. Am 2. Februar 2023 wurde der Rekurrent von der Anstellungsbehörde freigestellt, da sie ihm die Verletzung von arbeitsrechtlichen und gesetzlichen Pflichten vorwarf. Der Rekurrent habe seinen privaten Haushaltsabfall direkt an seiner Arbeitsstelle entsorgt.
3. Seit dem 26. Januar 2023 war der Rekurrent zumindest teilweise krankgeschrieben.
4. Mit Verfügung vom 25. Juli 2023 löste die Anstellungsbehörde gestützt auf diese Vorwürfe das Arbeitsverhältnis mit dem Rekurrenten auf. Da sich diese Verfügung nach Ansicht der Anstellungsbehörde als mangelhaft erwies, hob sie sie auf und ersetzte sie mit der vorliegend angefochtenen Kündigungsverfügung vom 8. August 2023.
5. Mit Schreiben vom 18. August 2023 meldete der Rekurrent, vertreten durch Dr. A, Advokat, Rekurs gegen diese Verfügung an. Mit Rekursbegründung vom 11. September 2023 wurde unter o/e-Kostenfolge beantragt, es sei festzustellen, dass die Verfügung des Departementes D vom 8. August 2023 nichtig sei. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Rekurrenten und dem Departement D weiterbestehe und die Kündigung aufgehoben sei. Subeventualiter sei der Rekursgegner anzuweisen, dem Rekurrenten die bisherige oder eine neue der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechende Stelle anzubieten. Zudem stellte er die Verfahrensanhträge, es sei die anwaltliche Vertretung zu bewilligen sowie festzustellen, dass dem Rekurs auf-

schiebende Wirkung zukomme. Eventualiter sei die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

6. Mit Schreiben vom 29. September 2023 reichte der Rekurrent das Arztzeugnis vom 27. September 2023 ein.

7. Die Anstellungsbehörde verzichtete mit Schreiben vom 9. Oktober 2023 auf die Stellung eines Antrags zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

8. Mit Vernehmlassung 23. Oktober 2023 beantragte die Anstellungsbehörde, den Rekurs unter o/e-Kostenfolge abzuweisen.

9. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2023 reichte der Rekurrent das Arztzeugnis vom 23. Oktober 2023 ein.

10. Mit Verfügung vom 23. November 2023 wurde dem Rekursverfahren die aufschiebende Wirkung erteilt. Zugleich wurde die anwaltliche Vertretung des Rekurrenten bewilligt und mitgeteilt, dass die Personalrekurskommission beabsichtigt, eine amtliche Erkundigung bei den medizinischen Diensten einzuholen, da die Frage, ob die Kündigung während der Sperrfrist gemäss § 37 Personalgesetz ergangen sei, aufgrund der vorliegenden Akten nicht geklärt werden könne.

11. Nach Eingang der Stellungnahmen der Anstellungsbehörde vom 6. Dezember 2023 und des Rekurrenten vom 18. Dezember 2023 erfolgte mit Schreiben vom 29. Januar 2024 die amtliche Erkundigung an die medizinischen Dienste des Kantons Basel-Stadt. Diese wurde ersucht, mitzuteilen, ob im April und Mai 2023 eine Arbeitsunfähigkeit des Rekurrenten festgestellt wurde, welchen Umfang diese aufwies und ob es sich dabei um eine arbeitsplatzbezogene oder eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit handelte. Zudem wurde darum gebeten, abzuklären, ob und in welchem Umfang der Rekurrent am 8. August 2023 arbeitsunfähig war und gegebenenfalls, ob es sich dabei um eine arbeitsplatzbezogene, d.h. auf die Tätigkeit bei der Dienststelle E bezogene, Arbeitsunfähigkeit oder eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit handelte.

12. Mit Schreiben vom 8. März 2024 nahm der medizinische Dienst Stellung zu den gestellten Fragen.

13. Jeweils mit Schreiben vom 8. April 2024 nahmen die Parteien Stellung zum Schreiben der medizinischen Dienste. Die Anstellungsbehörde beantragte, es sei Herr Dr. B um zeitnahe Beantwortung folgender Fragen zu ersuchen:

„1. Hat sich die Arbeitsfähigkeit von X in einer angepassten Verweistätigkeit seit Ihrer schriftlichen Beurteilung von Ende Mai 2023 bis zum 8. August 2023 verschlechtert? Wenn ja, aus welchem Grund, in welchem Umfang und mit welchem zeitlichen Verlauf? Bitte begründen Sie Ihre Antwort in medizinischer Hinsicht.

2. Welche konkreten Unterlagen/Informationen und welche echtzeitliche medizinische Dokumentation liegen Ihrer Einschätzung einer am 8. August 2023 bestehenden „(fast) vollständigen“ Arbeitsunfähigkeit zugrunde?

3. Aus welchen medizinischen Überlegungen erachten Sie die Ihnen vorliegende(n) Einschätzung(en) der behandelnden Ärzteschaft für schlüssig und überzeugend?

4. Bitte legen Sie Anlass, Gegenstand und Ergebnisse des mit dem Rekurrenten am 8. März 2024 geführten Gesprächs dar.“

14. Mit Verfügung vom 29. April 2024 wurde von der Stellung dieser Ergänzungsfragen vorerst abgesehen und das Verfahren auf die Frage beschränkt, ob die angefochtene Verfügung während der Sperrfrist ergangen ist.

15. In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 17. Juni 2024 sind der Rekurrent, sein Rechtsvertreter Dr. A, Advokat, und Dr. C, Advokat, als Vertreter der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

16. Bezüglich der Einzelheiten der Parteistandpunkte wird, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

II. Rechtliche Erwägungen

1. Nach § 40 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG) können Massnahmen gemäss §§ 24 und 25 PG sowie Kündigungen und firstlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist der Rekurrent von der Kündigung berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 18. August 2023 und die Rekursbegründung vom 11. September 2023 wurden unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht. Auf den Rekurs kann daher eingetreten werden.

2a. Gemäss § 30 Abs. 2 lit. d PG kann die Anstellungsbehörde ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung kündigen, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten wiederholt missachtet oder eine schwere Pflichtverletzung begangen hat. Allerdings gilt gemäss § 37 PG 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 (OR) über die Kündigung zur Unzeit nach Ablauf der Probezeit sinngemäss Anwendung finden. Geregelt werden die Folgen der Kündigung zur Unzeit in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. 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. Eine Kündigung während der Dauer der Sperrfrist ist nichtig (vgl. Ratschlag und Entwurf Nr. 8941 zum Personalgesetz vom 7. September 1999 S. 56; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 336c N 10).

b. Arbeitsplatzbezogene Krankheiten lösen keine Sperrfristen aus (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1C_595/2023 vom 26. März 2024). Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine arbeitsunfähige Person nur in Bezug auf ihre konkrete Stelle an der Arbeit verhindert ist, im Übrigen aber ganz normal einsatzfä-

hig und auch in der privaten Lebensführung kaum eingeschränkt ist (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O. Art. 336c N 8). Die Sperrfrist gelangt in diesem Falle nicht zur Anwendung, weil die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer uneingeschränkt für andere Arbeitgeber tätig sein kann und daher entfällt die Schutzwirkung von Art. 336c OR (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1C_595/2023 vom 26. März 2024).

3a. Der Rekurrent macht geltend, die Kündigungsverfügung sei während einer laufenden Sperrfrist infolge Arbeitsunfähigkeit erfolgt. Die Anstellungsbehörde ist hingegen der Ansicht, beim Rekurrenten läge lediglich eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor, welche keine Sperrfrist auslöst. Beide Parteien stützen sich dabei auf einen Bericht des Vertrauensarztes Dr. med. B vom Mai 2023.

b. Es ist somit vorliegend zu prüfen, ob beim Rekurrenten zum Zeitpunkt der Kündigung eine allgemeine oder eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Hierzu sind der „Externer Konsultationsbericht“ von Dr. med. B vom Mai 2023 sowie die Antwort auf die amtliche Erkundigung der Personalrekurskommission von Dr. med. B vom 8. März 2024 genauer zu prüfen.

c. Die Anstellungsbehörde führt aus, es liege gemäss dem vertrauensärztlichen Bericht eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor. Der Vertrauensarzt habe festgehalten, dass dem Rekurrenten eine Rückkehr an den angestammten Arbeitsplatz nicht zumutbar sei, der Rekurrent aber in einer Verweistätigkeit belastbar sei und ein gut gestalteter Wiedereingliederungsprozess auch eine positive Auswirkung auf die Gesundheit hätte. An einer anderen Stelle sei er belastbar, zuerst zwar nur in Teilzeit, später jedoch mehr. Entsprechend sei die Kündigung gemäss der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig.

Bezüglich des durch die Personalrekurskommission zusätzlich eingeforderten Berichts vom 8. März 2024 sei festzuhalten, dass dieser die Anforderungen an ein ärztliches Gutachten nicht erfülle. Es bleibe zunächst unklar, welche weiteren Informationen Dr. med. B beigezogen habe. Zudem handle er die entscheidende Frage in lediglich 2,5 Zeilen ab. Weshalb im August eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen haben solle, werde nicht begründet. Eine solche kritische Würdigung sei jedoch eine grundlegende Voraussetzung für ein solches Gutachten. Insofern sei die Einschätzung von Ende Mai 2023 zuverlässiger als die spätere, durch die Personalrekurskommission eingeholte.

d. In der Tat erachtet der Bericht des Vertrauensarztes von Ende Mai 2023 es zum Berichterstattungszeitpunkt als unrealistisch, dass der Rekurrent an seinen angestammten Arbeitsplatz zurückkehrt (vgl. Externer Konsultationsbericht vom Mai 2023 S. 2). Zudem wird bereits in diesem Bericht empfohlen, die Arbeit in einer Verweistätigkeit wiederaufzunehmen. Allerdings führt der Vertrauensarzt weiter aus, krankheitsbedingt sei die Belastbarkeit temporär noch geringer und es müssten Funktionseinschränkungen berücksichtigt werden. Konkret sollten die Stundenzahl und der Aufgabeninhalt/die Aufgabenbelastung allmählich gesteigert werden (vgl. Externer Konsultationsbericht vom Mai 2023 S. 2 und 3). Weiter wird unter Punkt 3.2 des Berichts ausgeführt, dass der Rekurrent in einer Verweistätigkeit belastbar sei. Allerdings sei die Belastung krankheitsbedingt noch geringer. Es müssten Funktionseinschränkungen, namentlich eine geringere Konzentrationsfähigkeit und

Reaktionsfähigkeit berücksichtigt werden. Arbeiten unter grösserem Druck, Stress oder Hektik sowie das Umgehen mit Konfliktsituationen seien nur sehr beschränkt möglich. Der Rekurrent könne das linke Bein über längere Zeit nicht stärker belasten. Daraus folgernd empfahl der Vertrauensarzt, die Arbeit schrittweise aufzubauen, beginnend mit vier halben Tagen, welche bei gutem Verlauf schrittweise nach 2-3 Wochen gesteigert werden könnten.

e. Bereits dem Bericht des Vertrauensarztes von Ende Mai 2023 kann somit entgegen der Ansicht der Anstellungsbehörde entnommen werden, dass Ende Mai 2023 keine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag, sondern eine allgemeine. Dr. med. B hat ausgeführt, dass auch in einer Verweistätigkeit zunächst von einer reduzierten Belastung auszugehen ist. Er schlägt einen Einstieg im Umfang von 40% vor. Die Arbeit bzw. die Arbeitszeiten können bei gutem Verlauf nach 2-3 Wochen schrittweise gesteigert werden. Daraus ist zu schliessen, dass Ende Mai 2023 auch in der Verweistätigkeit eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 60% vorlag. Die Arbeitsunfähigkeit war damit zu diesem Zeitpunkt nicht bloss arbeitsplatzbezogen, sondern allgemeiner Natur.

f. Entsprechend kommt das Schreiben vom 8. März 2024 nicht zu einem anderen Schluss als der Bericht von Ende Mai 2023, wie die Anstellungsbehörde ausführt. Vielmehr bestätigt Dr. med. B darin die bereits getätigte Aussage ausdrücklich, indem er festhält, dass im April und Anfang Mai 2023 eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit vorlag. Weiter führt er aus, Ende Mai 2023 sei eine Verbesserung der Belastbarkeit eingetreten mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit. Für den Zeitpunkt der Kündigung, dem 8. August 2023, hält Dr. med. B zwar bloss fest, dass immer noch eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Krankheit bestand. Bei dieser (fast) vollständigen Arbeitsunfähigkeit handle es sich um eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit. Es ist der Anstellungsbehörde insofern Recht zu geben, dass dieses Schreiben sehr kurz gefasst ist. Eine vertiefere Auseinandersetzung mit den Fragen wäre wünschenswert gewesen. Die Antwort der medizinischen Dienste erweist sich aber als ausreichend und kunstgerecht. Rückfragen an den Vertrauensarzt erübrigen sich. Im Schreiben vom 8. März 2024 wird immerhin festgehalten, worauf es sich stützt, nämlich auf medizinische Unterlagen des behandelnden Arztes, einen Arztbericht sowie eine weitere Konsultation des Rekurrenten. Die Fragen der Personalrekurskommission werden beantwortet. Zudem bestätigt das Schreiben vom 8. März 2024 den ursprünglichen Konsultationsbericht. Die beiden Schreiben sind in sich schlüssig. Daher kann trotz der Kürze auf den vertrauensärztlichen Bericht von Ende Mai 2023 und das Schreiben von Dr. med. B vom 8. März 2024 abgestellt werden und es ist festzuhalten, dass beim Rekurrenten zum Zeitpunkt der Kündigung eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit vorlag.

III. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung erfolgte, als der Rekurrent arbeitsunfähig war. Bei dieser Arbeitsunfähigkeit handelte es sich um eine allgemeine Arbeitsunfähigkeit, weshalb die Kündigung während der Sperrfrist erging. Die Kündigungsverfügung vom 8. August 2023 erweist sich daher als nichtig.

IV. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

1.

Das Rekursverfahren ist gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos.

2.

Die Gebühren und Parteientschädigungen in verwaltungsinternen Rekursverfahren werden im Gesetz über die Verwaltungsgebühren sowie in der entsprechenden Ausführungsverordnung geregelt. Gemäss § 7 dieses Gesetzes kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Beschwerdeführer, dem Anwaltskosten entstanden sind, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. In verwaltungsinternen Rekursverfahren werden jedoch in der Regel nicht die effektiven Anwaltskosten als Parteientschädigungen zuerkannt, sondern diese werden im Rahmen der in §§ 11 bis 13 der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren geregelten Ansätze festgelegt.

Da der vorliegende Rekurs gutgeheissen wird, ist es gerechtfertigt, dem Rekurrenten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände wird dem Rekurrenten eine pauschale Parteientschädigung in Höhe von CHF 3'500.00 inkl. Auslagen zuzügl. Mehrwertsteuer (8.1%) zugesprochen. Diese Parteientschädigung hat die Anstellungsbehörde auszurichten.

Demgemäss hat die Personalrekurskommission entschieden:

I.

- ://:
1. In Gutheissung des Rekurses wird festgestellt, dass die Kündigungsverfügung vom 8. August 2024 nichtig ist.
 2. Das Verfahren ist kostenlos.
 3. Die Anstellungsbehörde hat dem Rekurrenten eine Parteientschädigung im Betrag von CHF 3'500.00 inkl. Auslagen zuzügl. Mehrwertsteuer (8,1%) auszurichten.