

## **PRK Fall Nr. 38: Kündigung wegen Stellenaufhebung; Mitspracherecht**

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 18. März 2004 i.S. A. gegen die von der Anstellungsbehörde 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
Schlussfolgerungen ZPD	Lehren die aus diesem Entscheid gezogen werden können
Relevante Rechtsnormen	Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt?

### **I. Rechtsprobleme**

1. War die Schliessung der Dienststelle, die zur Stellenaufhebung und schliesslich zur Kündigung führte, rechtmässig (E.2.)?
2. Wurde das Mitspracherecht nach § 6 des Personalgesetzes verletzt? (E.2.)?

### **II. Sachverhalt**

#### **1.**

A. arbeitete seit dem 1. Januar 1990 bei der Anstellungsbehörde mit einem Beschäftigungsgrad von zuletzt 80 Stellenprozenten. Zuvor war er bereits vom 1. Juli 1989 bis 30. September 1989 mit einem Beschäftigungsgrad von 50% und vom 23. Oktober 1989 bis 31. Dezember 1989 als Aushilfe im Stundenlohn angestellt. Am 29. Januar 2003 wurden alle Mitarbeitenden der Dienststelle über die Schliessung per 31. Dezember 2003 informiert. In der Folge wurde die Möglichkeit einer Versetzung von A. abgeklärt, was jedoch ergebnislos blieb. Am 9. September 2003 wurde mit ihm ein Gespräch geführt, in dem er über die bevorstehende Kündigung informiert wurde.

Mit Verfügung vom 16. September 2003 kündigte die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis von A. aufgrund der Stellenaufhebung und gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. b Personalgesetz (PG) per 31. Dezember 2003.

#### **2.**

Gegen die Kündigungsverfügung vom 16. September 2003 reichte A. am 19. September 2003 Rekurs bei der Personalrekurskommission ein. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2003 beantragte er die nachperemptorische Erstreckung der Frist zur Einreichung der Rekursbegründung um mindestens einen Monat, da er keine Einsicht in die Verfahrensakten erhalten habe.

**3.**

Mit Verfügung vom 23. Oktober 2003 wurde dem Rekurrenten eine neue Frist zur Einreichung der Rekursbegründung von 30 Tagen, im Sinne einer Wiedereinsetzung in die versäumte gesetzliche Begründungsfrist, gewährt.

**4.**

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2003 beantragte der Rekurrent Einsicht in sämtliche Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Auflösung der Dienststelle stehen (z.B. Regierungsratsbeschlüsse, Aktennotizen, Offerten, Betriebsanalysen, Subventionsvertrag etc.).

**5.**

Mit Verfügung vom 5. November 2003 wurde von der zuständigen Präsidentin der Personalrekurskommission das Begehren um weiteren Beizug von Akten vorläufig abgelehnt.

**6.**

In der Rekursbegründung vom 24. November 2003 beantragt der Rekurrent die Bewilligung der anwaltlichen Vertretung und die Aufhebung der Kündigungsverfügung unter o/e-Kostenfolge. Der Rekurs wird unter anderem damit begründet, dass gemäss § 6 PG die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in allen sie betreffenden Fragen ein Mitspracherecht hätten, welche sie persönlich oder durch Personalverbände bzw. durch Personalausschüsse wahrnehmen könnten. In diesem Zusammenhang seien der Rekurrent sowie dessen Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen gar nicht oder zu wenig zur Frage der Auflösung der Dienststelle beigezogen worden. Zudem müsse zur Beurteilung der Frage, ob die Kündigung zulässig gewesen sei, die Stellenaufhebung und deren Durchführung von der Personalrekurskommission auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden.

**7.**

In der Rekursbeantwortung vom 22. Dezember 2003 beantragt die Anstellungsbehörde die vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter o/e-Kostenfolge.

**8.**

Mit Verfügung vom 7. Januar 2004 bewilligte die zuständige Präsidentin der Personalrekurskommission die anwaltliche Vertretung des Rekurrenten.

**9.**

In seiner Replik vom 9. Februar 2004 hält der Rekurrent an seinen Rechtsbegehren fest.

**10.**

In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 18. März 2004 sind der Rekurrent, dessen Rechtsvertreter sowie der Personalleiter und eine Vertretung aus dem Rechtsdienst der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

### **III. Erwägungen**

#### **1.**

Nach § 40 PG können Massnahmen gemäss §§ 24 und 25 PG sowie Kündigungen und fristlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, ob die Personalrekurskommission als verwaltungsunabhängige Rekursinstanz im Sinne von § 1 Abs. 2 des Advokaturgesetzes anzusehen sei, und dazu in ihren Rechtsschriften eingehende Ausführungen gemacht. Da diese Problematik, wie die Parteivertreter in der Verhandlung übereinstimmend anerkannt haben, jedoch nur für die Frage der Notwendigkeit der – inzwischen erfolgten – Bewilligung der anwaltlichen Vertretung des Rekurrenten von Bedeutung gewesen, hingegen für den Ausgang der Hauptsache belanglos ist, muss hierauf nicht mehr eingegangen werden.

Die Rekursanmeldung vom 19. September 2003 erfolgte rechtzeitig. Die Rekursbegründung hat der Rekurrent bzw. sein Rechtsvertreter unter Einhaltung der mit Verfügung vom 23. Oktober 2003 festgelegten Frist eingereicht. Ferner ist der Rekurrent von der angefochtenen Kündigung berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

#### **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.

##### **a.**

Die Anstellungsbehörde kündigte das Anstellungsverhältnis des Rekurrenten mit Verfügung vom 16. September 2003 gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. b PG aufgrund der Stellenaufhebung per 31. Dezember 2003. Die Kündigung wurde damit begründet, dass die Dienststelle, wo der Rekurrent arbeitete, per 31. Dezember 2003 geschlossen werde und die Zuweisung eines anderen, der Ausbildung und Fähigkeiten des Rekurrenten entsprechenden Aufgabengebiets mangels passender Ersatzstelle nicht möglich gewesen sei. Vom Rekurrenten wird jedoch in Frage gestellt, ob das Verfahren, das zur Schliessung der Dienststelle und als Folge davon zur Stellenaufhebung geführt hat, rechtmässig erfolgt ist. Sei dies nicht der Fall, so wäre seiner Ansicht nach auch die gestützt darauf ausgesprochene Kündigung seines Arbeitsvertrags unzulässig.

##### **b.**

Die vom Rekurrenten beanstandete Schliessung der Dienststelle ist nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung, weshalb sie im vorliegenden Verfahren auch nicht Anfechtungsobjekt sein kann. Darüber hinaus ist bei der Beurteilung der ausgesprochenen Kündigung des Arbeitsvertrags aber auch keine vorfrageweise Prüfung dieser Problematik möglich. Eine Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. b PG setzt zwar voraus, dass eine Stelle aufgehoben worden ist, jedoch sehen weder das Personal-

gesetz noch die Übergangsverordnung zum Personalgesetz vor, dass für die Stellenaufhebung und das dabei einzuhaltende Verfahren bestimmte Anforderungen gelten, deren Einhaltung im Rechtsmittelverfahren überprüft werden könnte. An dieser Rechtslage kann auch der Hinweis des Rekurrenten auf das nach § 6 PG geltende Mitspracherecht der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nichts ändern. Darüber hinaus wäre der Vorwurf einer Verletzung desselben ohnehin nicht berechtigt. Wie sich aus den Akten ergibt, haben am 29. Januar und 5. Februar 2003, jeweils im Beisein des Gewerkschaftssekretärs des VPOD Basel, Orientierungsveranstaltungen über die bevorstehende Schliessung der Dienststelle per 31. Dezember 2003 stattgefunden und erhielten dessen Mitarbeitende Anfangs Mai 2003 Gelegenheit, ein eigenes Angebot für die Schliessung der Leistungen der Dienststelle vorzulegen. Des Weiteren konnten sie sich auch noch anlässlich der Team-Tage vom 24./25. Juli 2003 zur Schliessung der Dienststelle äussern. Damit haben sie ihr Mitspracherecht hinlänglich wahrnehmen können.

Wie das vor dem Erlass des Personalgesetzes für beamtenrechtliche Verfahren zuständige Disziplinargericht in einem Entscheid vom 23. Dezember 1997 festgehalten hat, sind Stellenaufhebungen ohnehin keine an einen Einzelnen gerichtete verbindliche hoheitliche Anordnungen, welche die Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten beinhalten, mithin keine Verfügungen, sondern bloss organisatorische Anordnungen, die nicht anfechtbar sind (BJM 1999 S. 156). Bezüglich solcher „unternehmerischen“ Entscheidungen der Regierung, wie sie hier mit deren Beschluss betreffend Schliessung der Dienststelle vorliegt, würde im Übrigen der Personalrekurskommission auch die Zuständigkeit zur Überprüfung fehlen. Schliesslich könnte es auch nicht angehen, dass über den Umweg eines Rekurses gegen die Kündigung wegen Aufhebung der Arbeitsstelle Entscheidungen angefochten werden können, bezüglich der es dem betreffenden Rekurrenten an der erforderlichen Legitimation fehlt. Dies betrifft vorliegend vor allem die submissionsrechtlichen Einwendungen des Rekurrenten, steht ihm doch diesbezüglich überhaupt kein Anfechtungsrecht zu. Im Sinne dieser Überlegungen hat auch die Eidgenössische Personalrekurskommission ausgeführt, dass sich Reorganisationsmassnahmen weitgehend der gerichtlichen Überprüfung entziehen. Sie beurteilt Reorganisationsmassnahmen entsprechend nur darauf hin, ob sie auf ernstlichen Überlegungen beruhen und nicht vorgeschoben sind, um auf diese Weise auf ein bestimmtes Dienstverhältnis Einfluss zu nehmen (Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 11. Dezember 1996, VPB 61.58). Vorliegend hat der Rekurrent nicht behauptet, dass die Schliessung der Dienststelle nur vorgeschoben worden sei, um sein Arbeitsverhältnis zu kündigen. Die Personalrekurskommission hat aufgrund der konkreten Umstände auch keinerlei Zweifel daran, dass die Schliessung der betreffenden Leistungen aufgrund von ernstlichen Überlegungen (Kosten-/Nutzenanalyse) erfolgt ist.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass sich der Entscheid des Regierungsrates betreffend Schliessung der Dienststelle und das Verfahren der Privatisierung der Überprüfung durch die Personalrekurskommission entziehen. Deshalb kann auch auf den anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission vom Rechtsvertreter des Rekurrenten nochmalig beantragten Beizug von weiteren Akten betreffend Schliessung der Dienststelle verzichtet werden.

**c.**

Nebst der hier unbestrittenermassen gegebenen Stellenaufhebung wird für die Zulässigkeit einer Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. b PG vorausgesetzt, dass die Zuweisung eines anderen Aufgabengebietes, welches der Ausbildung und den Fähigkeiten der betroffenen Mitarbeiterin bzw. des betroffenen Mitarbeiters entspricht, nicht möglich oder die Annahme eines neuen Aufgabengebietes von der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter verweigert worden ist. Das Personalgesetz enthält keine Konkretisierungen zur Frage, welchen Voraussetzungen die Stellensuche durch den Arbeitgeber genügen muss.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass schon das alte Gesetz betreffend die Dienstverhältnisse der Beamten und Angestellten des Kantons Basel-Stadt sowie betreffend die Haftbarkeit von Behörden und Staat (Beamtengesetz) vom 25. April 1968 in § 56 die Entlassung wegen Stellenaufhebung vorsah. Damals bestand jedoch keine gesetzliche Bestimmung, welche die Pflicht zur Zuweisung einer anderen Stelle beinhaltete. In einem Entscheid des Verwaltungsgerichts als Disziplinargericht vom 12. November 1999 i.S. A.-M.R. wurde dieses Erfordernis unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geprüft. Das Gericht ging davon aus, dass eine Versetzung gegenüber der Kündigung die mildere Massnahme sei, weshalb diese aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips nach Möglichkeit zu ergreifen sei. Dabei wurde allerdings festgehalten, dass kein Nachweis verlangt werden könne, dass beim Kanton keine einzige Stelle frei gewesen sei, die dem Gekündigten hätte zugewiesen werden können. Die Pflicht, eine solche Stelle zu finden, dürfe nicht überspannt werden. Im Weiteren wurde es als genügend erachtet, wenn der zuständige Personalchef eine Anzahl von Abteilungen in verschiedenen Departementen angeschrieben hatte. Damit sei vorgekehrt worden, was geboten und zumutbar gewesen sei. Dass die Anfragen entweder unbeantwortet geblieben oder abschlägig beantwortet worden seien, erachtete das Verwaltungsgericht nicht als entscheidend.

Vorliegend erfolgte am 29. Januar 2003 eine erste Kontaktaufnahme des Personalleiters der Anstellungsbehörde mit einer anderen Behörde, womit er sich um Ersatzstellen für die Mitarbeitenden bemühte. Mit Schreiben vom 4. Februar 2003 bat der Vorsteher der Anstellungsbehörde den Vorsteher der anderen Behörde um Unterstützung bei der Suche nach Ersatzstellen. Am 12. Februar 2003 wurden vom Personalleiter der Anstellungsbehörde sämtliche Departemente und Betriebe um eine Platzierungsmöglichkeit für den Rekurrenten angefragt. Nachdem die definitive Schliessung der Dienststelle feststand, wurde der Personalleiter der anderen Behörde am 6. Juni 2003 um weitere Unterstützung bei der Suche nach Ersatzstellen gebeten. Zudem wurde am 17. Juni 2003 das Profil des Rekurrenten in den Vermittlungspool des Zentralen Personaldienstes eingestellt. Der Personalleiter der Anstellungsbehörde bemühte sich intensiv um die Suche nach einer Ersatzstelle für den Rekurrenten und informierte diesen auch laufend sowohl mündlich als auch schriftlich über allfällige Vermittlungsangebote. Auch setzte sich der Personalleiter aktiv dafür ein, dass der Rekurrent bei der Besetzung von vakanten Stellen vorrangig berücksichtigt werden sollte (vgl. Rekursbeilage Nr. 22.). Der Rekurrent erhielt zudem die Möglichkeit, bei der Career Group ein Neustart- und Bewerbungstraining zu absolvieren. Die Bemühungen der Anstellungsbehörde bei der Suche nach einer für den Rekurrenten geeigneten Ersatzstelle waren insgesamt so umfassend und intensiv, dass nicht ersichtlich ist, welche weiteren Schritte noch hätten erfolgen können. Auch hat die Anstellungsbehörde rechtzeitig mit der Suche nach einer Ersatzstelle für den Rekurrenten begonnen und selbst nach ausgesprochener Kündigung noch weiterhin

diesbezügliche Anstrengungen unternommen. Wie der Rekurrent anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission ausgeführt hat, ist er von der Anstellungsbehörde in der Zwischenzeit nochmals auf zwei offene Stellen hingewiesen worden, wobei ein Angebot zur Zeit „noch am Laufen“ sei. Die Anstellungsbehörde hat somit nachweislich genügende Vorkehrungen getroffen, um eine andere Stelle für den Rekurrenten zu finden. Die durch die Anstellungsbehörde ausgesprochene Kündigung ist somit auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

#### **IV. Entscheid u. Rechtskraft**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. b PG erfüllt sind. Der Rekurs von A. gegen die von der Anstellungsbehörde verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses wird daher abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

#### **V. Schlussfolgerung des ZPD**

- *Rechtmässige Schliessung der Dienststelle:* Ob die Schliessung der Dienststelle rechtmässig war, ist nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und kann auch nicht vorfrageweise geprüft werden.
- *Mitspracherecht:* Das Mitspracherecht wurde nicht verletzt, da dem Mitarbeiter an zwei Orientierungsveranstaltungen, bei der Gelegenheit zur Vorlegung eines eigenen Angebots für die Schliessung und an den zweitägigen Team-Tagen genügend Möglichkeiten gegeben wurden, sich zu der geplanten Schliessung zu äussern.

#### **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 6 PG, Mitsprache der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter / Mitwirkung der Personalverbände

§ 30 Abs. 2 PG, Ordentliche Kündigung