

## PRK Fall Nr. 5: Kündigungs- und Bewährungsfrist

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 23. April 2001 i.S. C. gegen die vom Spital X 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
Schlussfolgerung d. ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können

### I. Rechtsprobleme

1. Entsteht mit einem Stellenwechsel innerhalb des Kantons Basel-Stadt ein neues Anstellungsverhältnis? Hierzu ist festzuhalten, dass der Kanton Basel-Stadt für sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als ein **einheitlicher Arbeitgeber** gilt (E.4.).
2. Bei einer Kündigung aufgrund von ungenügenden Leistungen ist eine Bewährungsfrist gemäss § 30 Abs. 3 Personalgesetz einzuhalten. Des Weiteren wird die Frage erörtert, was unter einer „angemessenen Bewährungsfrist“ zu verstehen ist. Im konkreten Fall war die zweiwöchige Bewährungsfrist zu kurz und nicht hinreichend konkretisiert, sodass die Kündigung vom 28. November 2000 keine Wirkung entfaltete (E.5., E.6.).

### II. Sachverhalt

C. arbeitete seit 1996 ununterbrochen beim Kanton Basel-Stadt. Per 1. August 2000 wechselte sie von einer Arztsekretärinnenstelle des Spitals X zu einer anderen Arztsekretärinnenstelle des Spitals Y. Vom Spital Y erhielt sie einen neuen Arbeitsvertrag.

Anlässlich eines mündlichen Gesprächs am 21. September 2000 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, dass ihre Leistungen, insbesondere die vielen Schreibfehler, nicht zufriedenstellend seien und dass sie sich verbessern müsse. Neun Arbeitstage später wurde festgestellt, dass sich ihre Leistungen nicht gebessert hätten. In der Folge wurde ihr mittels Verfügung vom 28. November 2000 wegen ungenügenden Leistungen gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. c Personalgesetz per 31. Dezember 2000 gekündigt.

### III. Rechtliche Erwägungen

#### 1. – 3. [...]

#### 4.

Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt unter Berücksichtigung der in § 28 Personalgesetz festgelegten Kündigungsfristen. Nach Ablauf der Probezeit betragen die gesetzlichen Kündigungsfristen im ersten Anstellungsjahr einen Monat und ab dem zweiten Anstellungsjahr drei Monate. *Im Anstellungsvertrag können längere Kündigungsfristen, jedoch maximal sechs Monate, vereinbart werden.* Im Arbeitsvertrag der Rekurrentin sind die Kündigungsfristen identisch mit den in § 28 Personalgesetz festgelegten Kündigungsfristen.

Es ist unbestritten, dass das Spital Y seine Kündigung vom 28. November 2000 **nach** Ablauf der vertraglich vereinbarten Probezeit verfügt hat. Bestritten ist hingegen die Dauer des Arbeitsverhältnisses, welche für die Kündigungsfrist massgebend ist. Das Spital Y stellt darauf ab, dass die Rekurrentin am 1. August 2000 neu in das Spital Y eingetreten ist, so dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Rekurrentin im ersten Dienstjahr unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat erfolgt ist. Demgegenüber stellt sich die Rekurrentin auf den Standpunkt, dass sie seit 1996 ununterbrochen beim Kanton Basel-Stadt angestellt ist, so dass eine Kündigungsfrist von drei Monaten einzuhalten ist. Fest steht, dass das Spital Y mit der Rekurrentin auf den 1. August 2000 hin einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Es stellt sich nun die Frage, ob mit diesem neuen Arbeitsvertrag am 1. August 2000 ein völlig neues Arbeitsverhältnis, losgelöst von der beim Spital X geleisteten Dienstzeit, begonnen hat oder nicht.

Eine konkrete gesetzliche Bestimmung gibt es nicht, doch sprechen verschiedene Indizien dafür, dass der Kanton Basel-Stadt für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als ein einheitlicher Arbeitgeber zu qualifizieren ist: Die Definition der Grundsätze der Personalpolitik liegt in der Kompetenz des Regierungsrates (§ 5 Personalgesetz); der Regierungsrat ist oberste Anstellungsbehörde; unter der Rubrik „Arbeitgeber“ muss jeweils an erster Stelle der Kanton Basel-Stadt aufgeführt werden, die Departemente und Direktionen werden erst an zweiter oder dritter Stelle genannt; im Übrigen ist der Stellenwechsel der Rekurrentin in der Eintrittsmeldung beim Spital Y nicht als „Eintritt, sondern als „Übertritt“ registriert worden. Zudem hat die Rekurrentin die alte Personalnummer behalten; im Weiteren ist nicht unbeachtlich, dass der Informationsfluss zwischen den einzelnen dezentralen Personalabteilungen des Kantons Basel-Stadt grösser als gegenüber verwaltungsexternen Arbeitgebern ist. Dies bedeutet, dass positive wie auch negative Referenzen eher weitergegeben werden können, als dies gegenüber verwaltungsexternen Stellen zulässig wäre.

Abgesehen von den erwähnten verwaltungsinternen Kriterien, welche Indiz für einen einheitlichen Arbeitgeber Basel-Stadt sind, kommt man unter Berücksichtigung der Rechtslehre zu den Bestimmungen des Arbeitsvertrages im Obligationenrecht zum gleichen Ergebnis. Nach der Rechtslehre kommt es bei der Berechnung der Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die ununterbrochene Zugehörigkeit einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers zum Betrieb an. Änderungen der Anstellungsbedingungen oder Wechsel des Arbeitsplatzes innerhalb des Betriebes unterbrechen das

Arbeitsverhältnis nicht. So wird etwa der Übertritt einer Arbeitnehmerin bzw. eines Arbeitnehmers in die Tochter- oder Muttergesellschaft des Arbeitgebers oder eines mit ihm affilierten Unternehmens nicht als Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses gewertet. Begründet wird dies mit der Verbundenheit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers mit dem Unternehmen des Arbeitgebers, auch wenn dieses Unternehmen in rechtlich selbständige Zweige gegliedert ist. Ebenso wird der Einsatz in verschiedenen Gesellschaften einer Holding mit gleichbleibendem Arbeitsort und ähnlicher Aufgabe zu einem Arbeitsverhältnis zusammengerechnet. Ullin Streiff und Adrian von Kaenel bringen in ihrem Kommentar zum Arbeitsvertrag klar zum Ausdruck, dass selbst wenn in einem Vertrag ausdrücklich davon die Rede ist, es werde ein neuer Vertrag abgeschlossen, auf den Anfang der Anstellung zurückzurechnen ist. **Diese beiden Kommentatoren sprechen sich dafür aus, dass eine Zurückrechnung auf den Anfang der Anstellung nur dann unterlassen werden darf, wenn ein völlig anders geartetes Vertragsverhältnis vereinbart worden ist.**

Der Kanton Basel-Stadt, der in verschiedene Departemente und Direktionen wie auch Dienststellen aufgeteilt ist, ist in Bezug auf seine Organisation mit einem privatrechtlichen Konzern vergleichbar. Unter Würdigung der vorstehend erwähnten Lehre ist es angezeigt, den Kanton Basel-Stadt als einen einzigen Arbeitgeber zu behandeln, so dass ein Wechsel von einem Departement zu einem anderen nicht als Wechsel des Arbeitgebers qualifiziert werden kann, selbst wenn die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einen neuen Arbeitsvertrag erhalten. Hiervon ist nur abzuweichen, wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der neuen Arbeitsstelle eine völlig andere Funktion antreten oder wenn ein zeitlicher Unterbruch besteht. Fest steht, dass die Rekurrentin vom 1. Mai 1996 bis 31. Juli 2000 als Arztsekretärin im Sekretariat des Spitals X angestellt war.

Das Arbeitsverhältnis der Rekurrentin beim Spital Y könnte nur dann als neues Arbeitsverhältnis qualifiziert werden, wenn sie ein „völlig anders geartetes Arbeitsverhältnis“ angetreten hätte. Da die Rekurrentin beim Spital X als Arztsekretärin angestellt war, und da sie am 1. August 2000 wiederum eine Stelle als Arztsekretärin beim Spital Y angetreten hat, liegt ein Wechsel von einer Arztsekretärinnenstelle zu einer anderen Arztsekretärinnenstelle vor. Ein solcher Wechsel ist mit Sicherheit nicht als ein „völlig anders geartetes Arbeitsverhältnis“ zu qualifizieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kanton Basel-Stadt für sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als ein einheitlicher Arbeitgeber gilt. Daraus folgt, dass die Dienstzeit, welche die Rekurrentin spätestens seit 1. Mai 1996 ununterbrochen beim Spital X geleistet hat, an die Dauer des Arbeitsverhältnisses anzurechnen ist, zumal sie beim Spital Y eine gleichartige Arbeitsstelle als Arztsekretärin angetreten hat. Somit steht fest, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Rekurrentin nach dem ersten Anstellungsjahr erfolgt ist, so dass die Kündigungsfrist drei Monate beträgt. Dementsprechend ist die Kündigungsfrist in diesem Fall nicht am 31. Dezember 2000, sondern erst am 28. Februar 2001 beendet.

## 5.

Für eine ordentliche Kündigung 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 gekündigt, muss der betroffenen Mitarbeiterin bzw. dem betroffenen Mitarbeiter vorgängig eine angemessene Bewährungsfrist gemäss § 30 Abs. 3 Personalgesetz eingeräumt worden sein, bevor die Anstellungsbehörde die Kündigung verfügen kann. Nur wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter eine schwere Pflichtverletzung begangen hat, kann die Anstellungsbehörde sofort, ohne vorgängige Bewährungsfrist eine ordentliche Kündigung verfügen. Vorliegend wurde der Rekurrentin eine Bewährungsfrist von zwei Wochen zur Verbesserung ihrer massiven Schreibfehler eingeräumt.

Das Personalgesetz verlangt in § 30 Abs. 3 Personalgesetz eine angemessene Bewährungsfrist. Das Personalgesetz wie auch die Übergangsverordnung zum Personalgesetz lassen offen, wie lange eine angemessene Bewährungsfrist sein sollte. Fest steht jedoch, dass die kurze Bewährungsfrist von zwei Wochen kein adäquates Mittel zur Beseitigung der gerügten Schreibfehler war, zumal eine so kurze Bewährungsfrist die psychische Belastung der Rekurrentin mit Sicherheit erhöht und somit die Fehlerquellen eher vermehrt hat. Unter diesen Umständen muss sich eine so kurze Bewährungsfrist sogar kontraproduktiv auswirken. Daher war die Bewährungsfrist von lediglich zwei Wochen zu kurz, so dass die vom Personalgesetz geforderte angemessene Bewährungsfrist vor einer Kündigung wegen ungenügenden Leistungen nicht gewährt worden ist.

## 6.

Die Bewährungsfrist ist nicht nur eine rechtlich vorgeschriebene Vorstufe für Kündigungen wegen ungenügenden Leistungen, **sondern Sinn und Zweck der in § 30 Abs. 3 Personalgesetz verlangten Bewährungsfrist ist primär, Kündigungen zu vermeiden**; erst sekundär, wenn die Bewährungsfrist bei der betroffenen Mitarbeiterin bzw. beim betroffenen Mitarbeiter keine Leistungsverbesserung bzw. keine Änderung des Verhaltens bewirkt hat, wird die Bewährungsfrist – nachträglich - zur Vorstufe für die Kündigung. Damit diese gesetzliche Zielsetzung erreicht werden kann, müssen die beanstandeten ungenügenden Leistungen bzw. die gerügten Pflichtverletzungen bei der Auferlegung der Bewährungsfrist hinreichend konkretisiert werden. Denn nur wenn eine Aufklärung über die wesentlichen ungenügenden Leistungen bzw. die wesentlichen Pflichtverletzungen erfolgt ist, hat die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter die Möglichkeit, die beanstandeten Leistungen zu verbessern oder die gerügten Pflichtverletzungen zukünftig zu unterlassen.

In casu hat die Vorgesetzte der Rekurrentin anlässlich des Gesprächs am 21. September 2000 „massive Schreibfehler“ vorgehalten. Erst im Rekursverfahren hat das Spital Y weitergehende ungenügende Leistungen, die deutlich über Schreibfehler hinausgehen, wie mangelhaft ausgefüllte Formulare, falsch verteilte Operationsberichte, keine Weiterleitung von Mitteilungen und Anfragen von Patienten an die Ärzte, falsch oder nicht vergebene Termine, falsch abgelegte Korrespondenz sowie das Verschicken von falschen Röntgenbildern an falsche Röntgeninstitute, aufgeführt. Wenn die im Rekursverfahren geltend gemachten ungenügenden Leistungen so deutlich über die Vorwürfe hinausgehen, welche der Rekurrentin bei der Auferlegung der Bewährungsfrist offen gelegt worden sind, sind die Voraussetzungen für eine gesetzeskonforme Auferlegung der Bewährungsfrist nicht erfüllt, weil ihr die vom Gesetz verlangte Chance zur Bewährung vorenthalten worden ist. Angesichts der Tatsache, dass die ungenügenden Leistungen bei der Auferlegung der Bewährungsfrist nicht rechtsgenügend substantiiert worden sind, kann offen

bleiben, ob die Leistungen der Rekurrentin tatsächlich in jenem Ausmass ungenügend waren, wie sie ihr nachträglich im Rekursverfahren vorgeworfen worden sind.

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

In diesem Sinn wird der Rekurs gutgeheissen. Das Spital Y hat nun der obsiegenden Rekurrentin – gestützt auf § 39 Personalgesetz – die bisherige Stelle oder eine Ersatzstelle, welche der Ausbildung und den Fähigkeiten der Rekurrentin entspricht, am bisherigen oder an einem anderen Arbeitsort anzubieten. Im Einverständnis mit der Rekurrentin kann eine Entschädigung ausgerichtet werden. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

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

- Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Kündigung wegen ungenügenden Leistungen gemäss § 30 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 Personalgesetz nicht erfüllt. Einerseits ist in casu die Bewährungsfrist zu kurz und daher nicht angemessen; andererseits sind die ungenügenden Leistungen bei der Auferlegung der Bewährungsfrist nicht rechtsgenügend aufgeführt worden, so dass Sinn und Zweck der gesetzlich verlangten Bewährungsfrist nicht berücksichtigt worden sind.
- Bei der Auferlegung einer Bewährungsfrist müssen die beanstandeten ungenügenden Leistungen bzw. die gerügten Pflichtverletzungen **hinreichend konkretisiert werden**. Nur so hat die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter die Möglichkeit, die beanstandeten Leistungen zu verbessern oder die gerügten Pflichtverletzungen zukünftig zu unterlassen.
- Nach wie vor bleibt offen, was man unter einer „angemessenen Bewährungsfrist“ im Sinne des § 30 Abs. 3 Personalgesetz zu verstehen hat. Die Bewährungsfrist sollte jedoch so bemessen werden, dass eine reelle Chance besteht, sich in dieser Zeitspanne zu ändern bzw. zu bessern.
- Der Kanton Basel-Stadt gilt für sämtliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als ein **einheitlicher Arbeitgeber** (zur Begründung verweisen wir auf E.4.). Daraus folgt, dass das vorangehende Anstellungsverhältnis, welches beim Kanton Basel-Stadt geleistet wurde, angerechnet wird. Dies hat Auswirkungen auf die Kündigungsfrist, sofern bei einem kantonsinternen Stellenwechsel kein völlig anders geartetes Anstellungsverhältnis aufgenommen wird.
- Liegt nach einem Wechsel ein völlig anders geartetes Anstellungsverhältnis vor, so gilt im ersten Jahr des neuen Anstellungsverhältnisses die einmonatige Kündigungsfrist gemäss § 28 Personalgesetz.
- Probezeit: Obwohl sich die PRK in diesem Entscheid nicht explizit zur Problematik der Probezeit geäußert hat, kann indirekt der Aussage, dass kein neues Anstellungsverhältnis entsteht, entnommen werden, dass nach einem

Stellenwechsel innerhalb des Kantons Basel-Stadt, die Auferlegung einer neuen Probezeit nicht möglich ist. Vorausgesetzt wird jedoch, dass es sich um eine gleichgeartete Arbeit handelt. Handelt es sich jedoch um eine völlig neue Arbeit für die wechselnde Person, so kann es durchaus gerechtfertigt sein, wenn eine Probezeit angesetzt wird.