



AR GVP 33/2021 Nr. 3810

Öffentliches Personalrecht. Eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedarf eines sachlichen Grunds. Ein solcher kann vorliegen, wenn ein Angestellter aus gesundheitlichen Gründen für seine Tätigkeit nicht mehr geeignet ist und er seine Beschäftigung auf Dauer nicht mehr aufnehmen können. Im vorliegenden Fall werden in der Kündigungsverfügung personelle und organisatorische Gründe geltend gemacht, welche sich bei einer Kündigung wegen Krankheit als sachfremdes Motiv erweisen. Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips aufgrund erhöhter Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

Urteil des Obergerichts, 4. Abteilung, 25.11.2021, O4V 20 34

Aus den Erwägungen:

4. Gemäss Art. 24 Abs. 2 des Personalgesetzes (PG, bGS 142.21) muss eine ordentliche Kündigung auf einem sachlichen Grund beruhen und sie darf nicht missbräuchlich nach der Bestimmung von Art. 28 Abs. 1 PG sein. Auch darf die Kündigung nicht zur Unzeit im Sinne von Art. 29 Abs. 1 PG erfolgen. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit eines sachlichen Grunds steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung somit ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Vorbehalten bleiben jedoch stets die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (Urteil des Bundesgerichts 1C_42/2007 vom 29. November 2007 E. 3.6.2; Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2017.00587 vom 31. Januar 2017 E. 2.2; PB.2010.00012 vom 21. Juli 2010 E. 4). Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden angestellten Person dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht und die Entlassung verhältnismässig ist. Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Angestellter aus gesundheitlichen Gründen für seine Tätigkeit nicht mehr geeignet ist und seine Beschäftigung auf Dauer nicht wieder aufnehmen oder fortsetzen können (BGE 124 II 53 E. 2b/bb; BGE 123 III 246 E. 5). Die Kündigung wegen einer lang andauernden Krankheit kann jedoch missbräuchlich sein, wenn der Arbeitgeber diese selbst verschuldet hat, weil er etwa seiner Fürsorgepflicht nicht nachgekommen ist (Urteil des Bundesgerichts 8C_707/2009 vom 22. Juni 2010 E. 4.2).

4.1 Der Beschwerdeführer war vor Erlass der Kündigung unbestrittenermassen seit dem 28. April 2018 durchgehend krankheitsbedingt arbeitsunfähig. Mithin war er zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 28. Januar 2019 seit 9 Monaten aus gesundheitlichen Gründen an seiner beruflichen Tätigkeit verhindert. Die (vorliegend 180 Tage währende) Sperrfrist nach Art. 29 Abs. 1 lit. b PG war folglich zum Kündigungszeitpunkt seit rund drei Monaten abgelaufen.

Zu prüfen ist jedoch, ob im Kündigungszeitpunkt tatsächlich nicht mehr mit einer Rückkehr des Beschwerdeführers an seinen angestammten Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen gerechnet werden konnte und ob die Kündigung dem Erfordernis der Verhältnismässigkeit genügt.

[...]

4.5 Aus den Akten geht hervor, dass dem Beschwerdeführer wegen Krankheit gekündigt wurde und ihm (alleine) zu diesem Kündigungsgrund mit Schreiben vom 8. Januar 2019 im Sinne von Art. 27 Abs. 2 PG das rechtliche Gehör gewährt wurde. Im Schreiben vom 21. Januar 2019 hat der Beschwerdeführer dazu ausgeführt, dass die Nachricht, dass er nicht mehr in der Nacht arbeiten dürfe, bei ihm eine körperliche und psychische Reaktion ausgelöst habe, die es ihm unmöglich mache, zu arbeiten. Da sein Lebenspartner unter einer Bipolaren Störung leide und dieser eine enge Betreuung während des Tages benötige, käme der Tagdienst für ihn nicht in Frage. Deshalb werde seinerseits erwartet, dass die Kündigung nicht ausgesprochen werde und ihm eine Stelle in der Nachwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache angeboten werde. Vergleicht man den aktuellen und von beiden Seiten unterzeichneten Stellenbeschrieb des Beschwerdeführers vom 26. März 2018, welcher als besondere Arbeitsbedingung *die Nachtarbeit* und als Hauptaufgabe die Ausführung einer *fachgerechten Betreuung und Pflege nach Anweisung des diplomierten Pflegepersonals oder der Fachangestellten Gesundheit* aufführt, kann ohne Weiteres der Schluss gezogen werden, dass eine Nachwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache dem Stellenprofil des Beschwerdeführers entspricht. Da der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer wegen Krankheit gekündigt hat, hätte in der Kündigungsverfügung im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folglich aufgezeigt werden müssen, dass der Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen für die Tätigkeit als Nachwache unter Aufsicht nicht mehr geeignet ist und dieser diese Aufgabe auf Dauer nicht wieder aufnehmen oder fortsetzen können. Eine dauernde Arbeitsunfähigkeit in diesem Beruf oder Aufgabenbereich wird jedoch weder durch ein ärztliches Zeugnis des Beschwerdeführers attestiert, noch hat der Beschwerdegegner diesbezüglich ein vertrauensärztliches Gutachten eingeholt (Art. 64 PG), um die dauernde Arbeitsunfähigkeit im angestammten Aufgabenbereich als Nachwache zu belegen. Der Beschwerdegegner hat es vielmehr gänzlich unterlassen, in der Kündigungsverfügung vom 28. Januar 2019 überhaupt auf den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers Bezug zu nehmen. Er macht darin geltend, *"dass eine Lösung, wie in der Stellungnahme vorgeschlagen werde (Nachwache mit einer qualifizierten Hintergrundwache) fortlaufend geprüft worden sei, aber nicht realisiert werden konnte, da kein Stellenabgang in diesem Bereich verzeichnet worden sei. Eine stellenneutrale Umsetzung sei aufgrund der wirtschaftlichen Situation unumgänglich"*. Der Beschwerdegegner macht damit in der Kündigungsverfügung keine gesundheitlichen Gründe, sondern personelle und organisatorische Gründe für die Kündigung geltend. Solche Gründe erweisen sich in Bezug auf eine Kündigung *wegen Krankheit* als sachfremdes Motiv, womit ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (MARCO DONATSCH, in: Alain Griffel, [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 26 zu 50 VRG). Darüber hinaus widersprechen sie auch den Ausführungen der Stellungnahme vom 8. Januar 2021 (vgl. dazu Ziff. 8, *"wonach dem Beschwerdeführer nie gänzlich ein Einsatz in der Nacht verboten worden sei. Einzig der Einsatz als Alleinnachwache sei ihm nicht mehr möglich"*).

Sowohl der Beschwerdegegner als auch die Vorinstanz scheinen zudem ausser Acht gelassen zu haben, dass für eine Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses (Änderung zum Tagdienst) nach Art. 33 PG eine Änderungskündigung erforderlich gewesen wäre. Im Übrigen hätte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer gemäss Art. 27 Abs. 2 PG in Bezug auf diesen (nachgeschobenen) Kündigungsgrund vorab das rechtliche Gehör gewähren müssen (Urteile des Bundesgerichts 8C_7/2021 vom 27. August 2021 E. 4.1; 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2).

Demnach muss der Schluss gezogen werden, dass die Kündigung nicht als Folge der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers, sondern in erster Linie aus beim Beschwerdegegner liegenden organisatorischen Gründen erfolgte. Damit ist nicht erstellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung aufgrund seines Gesundheitszustands dauernd an der Erfüllung seiner angestammten Aufgabe als Nachwache gemäss Stellenbeschrieb verhindert war. Es gibt keine Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer die Anforderungen, die an den Inhaber dieser Arbeitsstelle gesetzt werden, zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr erfüllen konnte, zumal der Beschwerdeführer diese Arbeit jahrelang alleine ausgeführt hat und seine Arbeits-

leistung in den Zwischenzeugnissen durchaus als positiv bewertet wurde. Die Krankheit des Beschwerdeführers bildete demnach keinen sachlichen Kündigungsgrund, und die Kündigung ist darüber hinaus mit formellen Rechtsmängeln behaftet, weshalb sich diese als rechtswidrig erweist.

4.6 Ergänzend dazu ist zudem zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Kündigung seit fast 18 Jahren bestanden hatte, was ein gewisses Gewicht des sachlichen Grunds für die Kündigung verlangt. Demgegenüber ist zu beachten, dass es sich beim Beschwerdegegner um einen Grossbetrieb mit über 1000 Mitarbeitern handelt (vgl. Zwischenzeugnis vom 13. April 2018). Der krankheitsbedingte Ausfall des zu 60% angestellten Beschwerdeführers dürfte daher die Funktionsfähigkeit des Beschwerdegegners kaum einschneidend beeinflusst haben (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 8C_707/2009 vom 22. Juni 2010 E. 4.3). Die jahrzehntelange Treue des Beschwerdeführers für denselben Betrieb erhöhte jedoch die Fürsorgepflicht des Beschwerdegegners (BGE 132 III 115 E. 5.4). Eine sachlich gerechtfertigte Kündigung aus organisatorischen Gründen wäre damit nur gerechtfertigt, wenn eine andere zumutbare Stelle nicht angeboten werden kann oder abgelehnt wird, was eine Ausformung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2017.00123 vom 3. Oktober 2017 E. 4.1). In diesem Sinne muss klar hervorgehoben werden, dass es einem Betrieb von der Grösse und Leistungsfähigkeit des Beschwerdegegners mit über 1000 Mitarbeitern personell und organisatorisch grundsätzlich möglich sein müsste, eine Stelle als Nachtwache unter Aufsicht einzurichten und durchzuführen. Angesichts dieser personellen Ausstattung wären selbst bei einer begründeten betrieblichen Umstrukturierung konkrete Wiedereingliederungsbemühungen für den Beschwerdeführer geboten gewesen, dessen Leistungen immer als gut bewertet worden waren. Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar (und nicht nur erstaunlich), weshalb der Beschwerdegegner nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der angezeigten Bereitschaft zur Wiederaufnahme der Arbeit gänzlich von einem Arbeitsversuch auf dessen angestammten Stelle bzw. einer vergleichbaren Stelle im Nachtdienst absah. In den Akten gibt es zudem weder Hinweise, dass der Beschwerdegegner zum Beschwerdeführer während dessen krankheitsbedingter Abwesenheit den Kontakt gesucht hat, noch Anhaltspunkte, dass der Beschwerdegegner interne Alternativmöglichkeiten ernsthaft abgeklärt oder sich bemüht hat, dem Beschwerdeführer zumutbare Stellenangebote zu unterbreiten. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners war es dabei keinesfalls am Beschwerdeführer, dem Beschwerdegegner Kompromissvorschläge zu unterbreiten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer keine Fort- oder Weiterbildung absolviert hat, zumal eine solche Weiterbildung für die Stelle des Beschwerdeführers gemäss Stellenbeschrieb vom 26. März 2018 - soweit ersichtlich - gar nicht erforderlich war und der Beschwerdegegner andernfalls aufgrund von Art. 56 PG verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdegegner bei der Weiterbildung zu unterstützen und zu fördern.

4.7 Zusammenfassend bildete die Krankheit des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall keinen sachlichen Kündigungsgrund. Zudem war die Kündigung angesichts der Fürsorgepflichten des Beschwerdegegners nicht verhältnismässig, weshalb sich die ausgesprochene Kündigung als rechtswidrig erweist. Damit kann offengelassen werden, ob die Kündigung (auch) als missbräuchliche Rache Kündigung zu qualifizieren ist und inwiefern das Verhalten des Beschwerdegegners kausal für die Krankheit des Beschwerdeführers war.