Der Kündigungsschutz bei Arbeitsunfähigkeit

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juni 27, 2023

In der Schweiz kann eine Kündigung nicht jederzeit ausgesprochen werden. Der Arbeitnehmer ist während bestimmten Sperrfristen wie Krankheit, Unfall etc. vor einer Kündigung geschützt. Im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz stellen sich unterschiedliche Fragen wie z.B. ob sich dessen Dauer verlängert, wenn ein Arbeitnehmer mehrmals hintereinander arbeitsunfähig wird. Was geschieht, wenn ein Arbeitnehmer selber kündigt und während der Kündigungsfrist arbeitsunfähig wird? Diese und weitere Fragen werden im nachstehenden Beitrag beantwortet. Zeitlicher Kündigungsschutz in der kantonalen und kommunalen Personalgesetzgebung

Die Mehrheit der kantonalen und kommunalen Personalgesetze verweist für den Kündigungsschutz auf die Bestimmungen des Obligationenrechts. Vereinzelte Personalgesetze sehen im Gegensatz zum Obligationenrecht längere Sperrfristen vor. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht vor, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen darf, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Dauer des Kündigungsschutzes ist abhängig von den Dienstjahren. Der Kündigungsschutz setzt eine Arbeitgeberkündigung voraus. Die Sperrfristen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer selbst kündigt oder ein Aufhebungsvertrag geschlossen wurde.

Zweck des Sperrfristenschutzes

Die Kündigungsschutzbestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf

der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit hinsichtlich der Dauer der Krankheit und des Umfangs der Arbeitsunfähigkeit als sehr unwahrscheinlich erscheint. Der Kündigungsschutz bezweckt zudem, dem an der Arbeit verhinderten Arbeitnehmer mehr Zeit für die Stellensuche einzuräumen.

Keine Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen in der Probezeit, bei Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder fristloser Kündigung

Der Kündigungsschutz gilt erst nach Ablauf der Probezeit. Falls die Probezeit wegbedungen wurde, so besteht der Kündigungsschutz von Anfang an. Die Probezeit wird durch Krankheit, Unfall oder Erfüllung gesetzlicher Pflichten verlängert. In diesem Fall setzt der zeitliche Kündigungsschutz erst nachher ein. Der Kündigungsschutz gilt auch nicht bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Ablauf einer Befristung (mit Ausnahme der vorzeitigen Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses) oder fristloser Auflösung.

Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit Kündigung während einer Sperrfrist

Die Kündigung, die während der Sperrfrist erklärt wird, ist nichtig. Das Arbeitsverhältnis dauert somit fort. Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen, wenn er das Arbeitsverhältnis auflösen will. Zur Veranschaulichung die folgenden Beispiele: • Der Arbeitnehmer ist krankheitsbedingt vom 1. Februar 2023 bis 31. März 2023 arbeitsunfähig. Die Sperrfrist dauert 180 Tage. Der Arbeitgeber kündigt am 2. Februar 2023. Die Kündigung erfolgte während der Sperrfrist und ist somit nichtig. • Der Arbeitnehmer ist krankheitsbedingt vom 1. Februar 2023 bis 30. April 2023 arbeitsunfähig. Die Sperrfrist dauert 30 Tage. Der Arbeitgeber kündigt am 15. März 2023. Die Kündigung ist gültig, da die Sperrfrist lediglich 30 Tage dauert und nicht für die ganze Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis 30. April 2023

gilt.

Kündigung vor einer Sperrfrist

Ist die Kündigung vor Beginn einer Sperrfrist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird der Ablauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Die Kündigung ist wirksam. Bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist wird diese nur so lange unterbrochen und für so lange verlängert, als der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist bzw. die Sperrfrist dauert. Die Kündigungsfrist wird maximal um die Dauer der Sperrfrist verlängert, selbst wenn die Arbeitsunfähigkeit länger dauert. Die Kündigungsfrist beginnt nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, sondern ist vielmehr ab dem Kündigungstermin durch Rückrechnung zu bestimmen. Wird also z.B. am 2. Mai 2023 mit dreimonatiger Kündigungsfrist per Ende August 2023 gekündigt, so läuft die Kündigungsfrist vom 1. Juni – 31. August 2023. Eine Krankheit vom 2. – 31. Mai 2023 führt nicht zu einer Verlängerung der Kündigungsfrist. In der kantonalen und kommunalen Personalgesetzgebung ist im Regelfall als Kündigungstermin das Ende eines Monats vorgesehen. Wenn die Sperrfrist dazu führt, dass die Kündigungsfrist unter dem Monat abläuft, verlängert sich diese bis zum Ende des Monats. Zur Veranschaulichung das folgende Beispiel: • Der Arbeitgeber spricht die Kündigung mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten am 23. Mai 2023 per 31. August 2023 aus, da gemäss Gesetz Kündigungen auf das Ende eines Monats auszusprechen sind. Der Arbeitnehmer erkrankt vom 1. – 12. August 2023, d.h. während zwölf Tagen. Die Kündigungsfrist wird während dieser Zeit unterbrochen und läuft erst nach der Sperrfrist weiter. 61 Tage Kündigungsfrist laufen ab dem 1. Juni, die restlichen 31 Tage laufen ab dem 13. August 2023 bis 12. September 2023. Da die Kündigung lediglich per Ende eines Monats möglich ist, verlängert sich die Kündigungsfrist bis Ende September 2023. Zu beachten ist

jedoch, dass eine Arbeitsunfähigkeit während dieser Zusatzfrist vom 13. – 30. September 2023 keine neue Sperrfrist auslöst.

Kurzabsenzen
Ist ein Arbeitnehmer während der laufenden Kündigungsfrist auch nur ein paar Tage arbeitsunfähig, kann dies bereits zu einer einmonatigen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses führen. Der durch eine Kurzabsenz ausgelöste Kündigungsschutz nach erfolgter Kündigung kann sich dann besonders stossend auswirken, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit einer längeren als der vorgesehenen Kündigungsfrist kündigt, um dem Arbeitnehmer möglichst viel Zeit für die Stellensuche einzuräumen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das unbefriedigende Ergebnis nur über die Einrede des Rechtsmissbrauchs korrigiert werden, da Wortlaut und Absicht des Gesetzgebers auch Kurzabsenzen erfassen. Das Bundesgericht setzt die Hürde für die Annahme von Rechtsmissbrauch allerdings hoch an.

Mehrheit von Absenzen
Verunfallt ein Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist und erkrankt er anschliessend, löst dies eine neue Sperrfrist aus. Jeder auf einem neuen Grund beruhende Verhinderungsfall löst eine neue, eigene Sperrfrist aus. Ein Rückfall oder eine klare Folgeerscheinung löst demgegenüber keine neue Sperrfrist aus.



Abbildung: Berechnungsbeispiel mit Krankheit während der Kündigungsfrist

Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit?
Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit kann der

Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht erbringen, könnte aber in einem anderen Arbeitsumfeld, insbesondere bei einem anderen Arbeitgeber, ohne weiteres eingesetzt werden. Auch ist der Arbeitnehmer in seinem privaten Lebensbereich (Haushalt, Hobbies und Freizeit) nicht oder kaum eingeschränkt. Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist eine Folge psychischer Belastungen am Arbeitsplatz wie etwa Konflikte mit Arbeitskollegen oder Vorgesetzten, Mobbing etc. Der Zweck des Kündigungsschutzes legt nahe, dass die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit diesem Schutz nicht unterstellt ist. Bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit sind die Anstellungschancen des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt. Es besteht keine Unsicherheit in Bezug auf die Dauer der Krankheit oder den Umfang der Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer ist am neuen Arbeitsplatz sofort und uneingeschränkt einsetzbar. Die Rechtsprechung hat bereits entschieden, die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit falle nicht unter den Kündigungsschutz.

Teilzeitanstellung
Der Kündigungsschutz gilt mit gleicher Dauer auch bei einer Teilzeitanstellung und unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeit in die Arbeitszeit fällt oder nicht. Denn auch die Arbeitsunfähigkeit, welche zeitlich nicht in die Teilzeitanstellung fällt, verhindert in der Regel, dass der Arbeitnehmer durch einen anderen Arbeitgeber angestellt wird.

Teilweise Arbeitsverhinderung
Die Anstellungschancen des Arbeitnehmers können sowohl bei vollständiger als auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigt sein, weshalb der Kündigungsschutz auch bei Teilarbeitsunfähigkeit gilt. Die Sperrfrist verlängert sich nicht proportional bei Teilarbeitsunfähigkeit, sondern gilt im gleichen Umfang wie bei einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit.

Setzt Kündigungsschutz Kenntnis der Gesundheitsstörung voraus?

Nicht entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer von seiner Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist. Die unterlassene Information des Arbeitgebers über die Arbeitsunfähigkeit ändert an der Geltung des Kündigungsschutzes nichts. Allerdings kann die unterlassene Information des Arbeitgebers als Treuepflichtverletzung qualifiziert werden, welche unter Umständen einen Schadenersatzanspruch des Arbeitgebers zur Folge haben kann.

Geltung des Kündigungsschutzes bei Arbeitsleistung trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit?
Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich ein Arbeitnehmer auch dann auf den Kündigungsschutz berufen, wenn er trotz bescheinigter Arbeitsunfähigkeit zur Arbeit erscheint.

Mobbing und missbräuchliche Kündigung

geschrieben von Claudia Schnueriger | Juni 27, 2023
Der Begriff des Mobbings ist im schweizerischen Recht nicht definiert. Arbeitsplatzkonflikte oder feindselige Verhaltensweisen stellen nicht automatisch Mobbing dar. Unter welchen Umständen Mobbing vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung dadurch missbräuchlich wird, wird im vorliegenden Beitrag eingehend behandelt.

Allgemeines zum Mobbing
Bei Feindseligkeiten oder lang andauernden Unstimmigkeiten steht der Vorwurf von Mobbing bald einmal im Raum. Mobbing liegt aber nicht schon dann vor, wenn ein Arbeitskonflikt oder eine schlechte Arbeitsatmosphäre besteht. Im Gesetz wird allerdings nicht definiert, welches Verhalten als Mobbing

gilt. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird Mobbing als systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll, definiert. Das Erteilen von Weisungen, die sachlich nicht nachvollziehbar sind und lediglich als Schikane erscheinen, sind charakteristisch für Mobbing.

Die Definition von Mobbing durch die Rechtsprechung zeigt, dass Mobbing durch einen Zweck gekennzeichnet ist und lässt sich dadurch von einem allgemein schlechten Arbeitsklima abgrenzen. Mobbing liegt nur dann vor, wenn eine eindeutige Täter- / Opferbeziehung feststellbar ist. Ein wechselseitiger Konflikt ohne klare Täter- / Opferzuschreibung schliesst die Annahme von Mobbing in der Regel aus.

Mobbing kann insbesondere in fünf Formen vorkommen:

- Angriff auf die Möglichkeit, sich mitzuteilen: nicht ausreden lassen, unterbrechen, anschreien, Informationen vorenthalten.
- Angriff auf die sozialen Beziehungen: allgemeine Kontaktverweigerung, ignorieren, ausgrenzen, isolieren.
- Angriff auf das soziale Ansehen: lächerlich machen, Gerüchte streuen, Sticheleien, Beleidigungen, abschätzige Bemerkungen.
- Angriffe auf die Qualität der Berufs- und Lebenssituation: schikanöse und erniedrigende Arbeiten zuweisen, ungerechtfertigte Kritik, Entziehen von wichtigen Aufgaben.
- Angriffe auf die Gesundheit: Androhung von körperlicher Gewalt, Tätlichkeiten, sexuelle Belästigung.

Die folgenden Handlungen stellen kein Mobbing dar:

- Unangemessenes Führungsverhalten des Vorgesetzten nicht nur gegenüber einem einzelnen, sondern gegenüber

mehreren Arbeitnehmern
- Eindringliche Aufforderung gegenüber einem Arbeitnehmer unter Androhung arbeitsrechtlicher Konsequenzen, dass dieser seinen Arbeitspflichten nachzukommen hat
- Drucksituationen am Arbeitsplatz infolge Zielsetzungen oder Unterkapazitäten beim Personal
- Kritik an der Arbeitsleistung

Zeit als entscheidender Faktor
Das Opfer ist oft in einer Situation, wo jede Einzelhandlung unter Umständen als zulässig zu beurteilen ist, jedoch die Gesamtheit der Handlungen zu einer Destabilisierung des Opfers und bis zu dessen Entfernung vom Arbeitsplatz führen kann. Bei Mobbing geht es somit nicht um eine einzelne Handlung, sondern um eine Vielzahl von Einzelakten über einen längeren Zeitraum, die als Gesamtheit betrachtet als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren sind.

Schutz vor Mobbing als Fürsorgepflicht des Arbeitgebers
Art. 328 OR sieht die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers vor, die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu achten und zu schützen sowie auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Der in Art. 328 OR erwähnte Persönlichkeitsschutz umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung auch den Schutz vor Mobbing. Bei der Fürsorgepflicht handelt es sich nicht nur um eine Unterlassungspflicht, wonach der Arbeitgeber Mobbing selber zu unterlassen hat. Vielmehr ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen Arbeitnehmer vor persönlichkeitsverletzenden Eingriffen von Vorgesetzten, Arbeitskollegen und Dritten zu schützen. Der Arbeitgeber muss zum Schutz der Gesundheit und persönlichen Integrität des Arbeitnehmers alle notwendigen, angemessenen und ihm zumutbaren Schutzmassnahmen treffen. Solche Schutzmassnahmen können insbesondere sein:

- Aufstellen von Verhaltensregeln/Zielvereinbarungen
- Erteilen von Weisungen an den Mobbingtäter
- Interne oder externe Schlichtungsbemühungen

- Umstellen der Arbeitsabläufe
- Versetzungen
- Verwarnungen
- Aussprechen von Kündigungen

Sofern der Arbeitgeber notwendige, angemessene und ihm zumutbare Schutzmassnahmen unterlässt, verletzt er seine Fürsorgepflicht. Eine solche kann jedoch nur vorliegen, wenn der Arbeitgeber über das Mobbing informiert ist und keine Schutzmassnahmen ergreift.

Missbräuchliche Kündigung in Konfliktsituationen
Bei Kündigungen in einer Konfliktsituation ist Vorsicht geboten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Kündigung eines vom Konflikt betroffenen Arbeitnehmenden als missbräuchlich zu qualifizieren, wenn der Arbeitgeber zuvor nicht die notwendigen und zumutbaren Massnahmen zur Entschärfung des Konflikts ergriffen hat.

Missbräuchliche Kündigung bei Mobbing
Eine Kündigung des Arbeitgebers in einer Mobbingsituation kann unter gewissen Umständen missbräuchlich sein. Das Vorliegen von Mobbing bedeutet nicht automatisch, dass die Kündigung missbräuchlich ist. Es müssen stets die Folgen des Mobbings untersucht werden. Dies hat das Bundesgericht in einem aktuelleren Entscheid vom 23. August 2022 dargelegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_215/2022). In diesem Entscheid ging es um einen Arbeitnehmenden aus Kamerun, welcher von einem anderen Mitarbeiter immer wieder rassistisch angegangen wurde. Der Arbeitgeber hatte vom Mobbing Kenntnis und nichts dagegen unternommen. Der Arbeitnehmende wurde wegen des psychischen Drucks während mehrerer Monate arbeitsunfähig. Aufgrund dessen wurde ihm gekündigt. Die Kündigung wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich eingestuft.

Wenn das Mobbing beim Arbeitnehmer zu einem Leistungsabfall oder einem längeren krankheitsbedingten Ausfall führt und das Mobbing vom Arbeitgeber in Verletzung der Fürsorgepflicht nach

Art. 328 OR toleriert wurde, dürfen diese Mobbingfolgen nicht dem Arbeitnehmer angelastet werden und zur Kündigung führen. Denn der Leistungsabfall oder die Arbeitsunfähigkeit wurde durch den Arbeitgeber verschuldet, indem er keine Schutzmassnahmen getroffen hat und somit seiner Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR nicht nachgekommen ist. In diesem Fall liegt eine missbräuchliche Kündigung vor und dem Arbeitgeber droht eine Entschädigungszahlung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen. Zu beachten ist jedoch, dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn der Arbeitgeber vom Mobbing Kenntnis hatte und nichts dagegen unternommen hat.

Fazit
Eine Verletzung der Persönlichkeit eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist nicht zwingend als Mobbing im rechtlichen Sinne zu qualifizieren. Nicht jede Schikane und nicht jeder Konflikt sind Mobbing. Mobbing liegt erst bei einer systematischen Wiederholung über eine längere Zeit vor. Eine missbräuchliche Kündigung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber einem von Mobbing betroffenen Arbeitnehmenden aufgrund dessen Leistungsabfall oder krankheitsbedingter Abwesenheit trotz Kenntnis der Mobbingsituation kündigt.

Treuwidrigkeiten nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages

geschrieben von Goran Seferovic | Juni 27, 2023

Mit seinem Urteil 8C_75/2019 vom 17. Mai 2019 bestätigt das Bundesgericht seine strenge Praxis bei der Anerkennung eines Grundlagenirrtums bei Aufhebungsvereinbarungen, welche auch im

öffentlichen Personalrecht eine grosse Bedeutung haben. Demnach kann eine Arbeitgeberin keinen Grundlagenirrtum geltend machen, wenn sich der Arbeitnehmer nach Abschluss des Aufhebungsvertrages treuwidrig verhält.

Das Bundesgericht hatte sich mit dem Fall eines leitenden Angestellten einer überkommunalen Anstalt im Kanton Zürich zu beschäftigen. Kurz nach der Kündigung durch die Arbeitgeberin schlossen die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung, welche dem Arbeitnehmer unter anderem eine Entschädigung von Fr. 75’000 zusprach. Während der Kündigungsfrist warf die Anstalt dem Arbeitnehmer aber vor, grosse Mengen geschäftlicher Daten auf einen privaten USB-Stick kopiert zu haben. Nachdem die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer das rechtliche Gehör eingeräumt hatte, stellte sie diesen per sofort frei. Rund fünf Wochen später erliess sie zudem eine Verfügung, worin sie die Entschädigung zufolge Irrtums widerrief.

Der Bezirksrat wies den vom Arbeitnehmer eingereichten Rekurs ab, das Zürcher Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde des Arbeitnehmers hingegen gut (VB.2018.00368). Gegen diesen Entscheid gelangte wiederum die Arbeitgeberin mit Beschwerde ans Bundesgericht.

Aufhebungsverträge sind auch im Bereich des öffentlichen Personalrechts grundsätzlich zulässig, soweit das öffentliche Recht dafür Raum lässt. In Bezug auf allfällige Willensmängel sind solche verwaltungsrechtlichen Verträge nach den analog anwendbaren Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurteilen (Art. 23 ff. OR). Die Arbeitgeberin machte denn auch einen Grundlagenirrtum geltend: Sie hätte den Vertrag nicht abgeschlossen, wenn sie gewusst hätte, dass der Arbeitnehmer sich während der Kündigungsfrist treuwidrig verhalten würde. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr fehle es damit sowohl subjektiv als auch objektiv betrachtet an einer notwendigen Grundlage des Vertrags (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

Wie weit auch falsche Vorstellungen über zukünftige Sachverhalte einen Grundlagenirrtum begründen können, ist in der Lehre jedoch umstritten. Das Bundesgericht erachtet einen solchen Irrtum nur dann als wesentlich, wenn es sich nicht bloss um spekulative Erwartungen handelt, etwa die Vorstellung, eine Person bewähre sich in der ihr zugedachten Funktion. Entsprechend bestätigte das Bundesgericht auch den Entscheid der Vorinstanz. Wenn eine Arbeitgeberin davon ausgeht, ein Arbeitnehmer beachte in der restlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses seine Treuepflicht, so handle es sich dabei um eine unsichere Erwartung, welche nicht notwendigerweise einen Grundlagenirrtum begründen könne.

Mit der Bestätigung der strengen Anforderungen an die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums beim Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung bestärkt das Bundesgericht die auch in der Praxis des öffentlichen Personalrechts bedeutsamen Aufhebungsvereinbarungen. Beide Vertragsparteien sollten sich daher vor Abschluss einer solchen Vereinbarung über ihre Rechte und Pflichten bewusst sein, da die nachträgliche Berufung auf einen Grundlagenirrtum hohen Hürden unterliegt.

Ordentliche Kündigung eines Anstellungsverhältnisses

geschrieben von Sandra Wittich | Juni 27, 2023

Zwischen der Kantonspolizei Basel-Stadt und einem langjährigen Kaderpolizisten war die ordentliche Kündigung umstritten. Das Bundesgericht befand die Kündigung als zulässig. Das höchste Gericht bezog in diesem Zusammenhang zu zahlreichen personalrechtlichen Stolperfallen Stellung (u.a. res iudicata, Konversion einer fristlosen Kündigung in eine ordentliche

Kündigung, rechtliches Gehör, Bewährungsfrist) und präzisierte sowie bestätigte seine Rechtsprechung in anschaulicher Weise.

Sachverhalt

Ein Polizist, zuletzt mit Kaderfunktion, mit Jahrgang 1968 arbeitete seit 1993 bei der Kantonspolizei Basel-Stadt. Die Arbeitgeberin entliess ihn wegen unangebrachten Verhaltensweisen gegenüber Mitarbeitenden zunächst mit fristloser Kündigung vom 16. März 2015.

Die erstinstanzliche Behörde hob die fristlose Kündigung mit Entscheid vom 7. Dezember 2015 auf. Er erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Die Arbeitgeberin sprach jedoch aufgrund des gleichen Sachverhalts am 16. Dezember 2015 eine ordentliche Kündigung aus. Diese focht der Arbeitnehmer wiederum an. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz und schützte die Kündigung.

Zu den Erwägungen

Materielle Rechtskraft

In seinen Erwägungen hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass Anfechtungsgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur das Rechtsverhältnis bilde, zu dem die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig in Form einer Verfügung Stellung genommen habe. Die Verfügung der Kantonspolizei vom 16. März 2015 habe die Überschrift «Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 32 Personalgesetz» getragen. Gegenstand des Rekursentscheids bilde folglich die «fristlose Kündigung» und nicht generell die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Daraus schloss das Bundesgericht, dass die am 16. Dezember 2015 ausgesprochene, ordentliche Kündigung nicht von der Rechtskraft des Rekursentscheids vom 7. Dezember 2015 erfasst sei.

Folglich verneinte das Bundesgericht die Identität des

Streitgegenstandes betreffend die fristlose und ordentliche Kündigung und damit auch das Vorliegen einer res iudicata. Die materielle Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils, welches die fristlose Kündigung aufhob, steht damit dem Folgeverfahren der ordentlichen Kündigung nicht entgegen.

Konversion einer fristlosen in eine ordentliche Kündigung

Der Beschwerdeführer rügte, die Arbeitgeberin dürfe nach rechtskräftiger Aufhebung der fristlosen Kündigung gestützt auf denselben Sachverhalt keine ordentliche Kündigung auszusprechen.

Gestützt darauf fasst das Bundesgericht die privatrechtliche Praxis zusammen. Danach stellt die obligationenrechtliche Kündigung ein grundsätzlich unwiderrufliches Gestaltungsrecht dar. Der Arbeitgeber, der den Weg der ordentlichen Kündigung eingeschlagen hat, kann den Vertrag nicht gestützt auf denselben Umstand fristlos auflösen. Entscheidet er sich für eine fristlose Kündigung, verliert er definitiv das Recht auf eine ordentliche Kündigung. Der Richter kann eine solche Kündigung nicht in eine ordentliche Kündigung umwandeln.

Nach Auffassung des Bundesgerichts verhält es sich in Bezug auf die Kündigung eines Dienstverhältnisses mittels Verwaltungsverfügung jedoch anderes.
Begründet hat es dies damit, dass eine Kündigung mittels Verfügung weder auf einer Willenserklärung beruht noch aus der Ausübung eines Rechts fliesst. Die Verwaltung handle nicht aufgrund eines ihr zustehenden Rechts, sondern aufgrund einer ihr durch das Gesetz übertragenen Zuständigkeit. Die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers könne daher durch die Rechtsmittelinstanz insofern abgeändert werden, als eine Kündigung mit sofortiger Wirkung in eine Kündigung aus wichtigen Gründen mit einer Kündigungsfrist umgewandelt werde.

Zusammenfassend ist damit höchstrichterlich die Konversion

einer fristlosen in eine ordentliche Kündigungsverfügung durch die Rechtsmittelinstanz zulässig. Diese Befugnis gesteht das Bundesgericht auch der ursprünglich verfügenden Behörde zu. Eine rechtskräftige Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers über eine fristlose Kündigung, steht einer nachträglichen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf denselben Sachverhalt damit grundsätzlich nicht entgegen.

Der zivilrechtlichen Praxis, wonach die Kantonspolizei nach verlorenem Prozess bezüglich der verfügten fristlosen Kündigung wegen derselben Umstände keine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mehr hätte aussprechen dürfen, versagte das Bundesgericht die Anwendung.

Rechtliches Gehör bei Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses

In einem ersten Schritt verwies das Bundesgericht auf seine ständige Rechtsprechung, wonach im öffentlichen Personalrecht auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte.

Das Bundesgericht hielt fest, es habe dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme gewährt werden müssen. Denn die Parteien hätten sich wenige Tage vor der ordentlichen Kündigung im Verfahren betreffend fristlose Kündigung intensiv mit dem der Kündigung zugrundeliegenden Sachverhalt auseinandergesetzt. Dort habe die Arbeitgeberin denn auch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, es werde eine ordentliche Kündigung in Betracht gezogen und eine Weiterbeschäftigung werde abgelehnt. Anlässlich des Gesprächs, welches zur ordentlichen Kündigung geführt habe, sei dem Beschwerdeführer dann schliesslich mitgeteilt worden, dass eine ordentliche Kündigung mit sofortiger Freistellung in Betracht gezogen werde und es wurde ihm Gelegenheit geboten,

dazu mündlich Stellung zu nehmen und Einwände vorzutragen.

Gestützt auf den (relativierten) Anspruch erkannte das Bundesgericht keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es berücksichtigte insbesondere auch, dass der Betroffene im zur Kündigung führenden Verfahren beziehungsweise im Verfahren betreffend fristloser Kündigung seinen Standpunkt wirksam zur Geltung hat bringen können.

Schwere Pflichtverletzung als Kündigungsgrund

Der Beschwerdeführer unterliess es, die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz qualifiziert zu rügen. Entsprechend betrachtet das Bundesgericht die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen als verbindlich. Danach hat der betroffenen Polizist Arbeitskolleginnen und -kollegen wiederholt verbal und schriftlich (insbesondere mittels WhatsApp) bedroht, beschimpft, genötigt, beleidigt und belästigt, zur Etablierung des privaten Mitteilungsverkehrs rechtswidrig auf zum geschäftlichen Gebrauch hinterlegt Daten zurückgegriffen und mit jüngeren Mitarbeiterinnen Beziehungen angebahnt sowie bei erfolgter Rückweisung unangemessen reagiert. Sein Verhalten wurde gar als Stalking ähnliches Vorgehen bezeichnet.

Das Bundesgericht hob in seinen Schlussfolgerungen hervor, dass Angehörige des Polizeikorps «in hohem Ausmass» zu einem adäquaten Verhalten verpflichtet und gerade sie auf das Vorhandensein einer gegenseitigen Vertrauensbasis angewiesen seien. Dieser für eine reibungslose Aufgabenerfüllung notwendige vertrauensvolle Umgang mit den mit ihm im Einsatz stehenden Polizistinnen und Polizisten sei jedoch durch das Verhalten des Beschwerdeführers gefährdet worden. Dies sei umso gravierender als ihm innerhalb des Korps eine Führungsfunktion zu gekommen sei. Nicht überraschend qualifizierte das Bundesgericht die Verfehlungen des Beschwerdeführers als schwerwiegend. Dies insbesondere auch wegen der Betroffenheit der erforderlichen Vertrauensbasis im

Polizeikorps und der Kaderfunktion des entlassenen Polizisten.

Kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Bewährungsfrist bei schwerer Pflichtverletzung

Gemäss den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen musste die Arbeitgeberin aufgrund der festgestellten schweren Pflichtverletzungen keine Bewährungsfrist ansetzen, sondern durfte sogleich eine ordentliche Kündigung aussprechen.

Nichts Weiteres konnte das Bundesgericht aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ableiten. Es führte in Bestätigung seiner Rechtsprechung aus, bei diesem Grundsatz handle es sich nicht um ein verfassungsmässiges Recht, sondern bloss um ein verfassungsmässiges Prinzip, welches bei der Anwendung kantonalen Rechts im Grundsatz nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots angerufen werden kann. Anhaltspunkte für eine willkürliche vorinstanzliche Beurteilung sah das Bundesgericht jedoch nicht.

Fazit

Das bundesgerichtliche Urteil vermag zu überzeugen. In anschaulicher Weise bestätigt es seine Rechtsprechung zu diversen personalrechtlichen Dauerthemen. Hervorzuheben gilt es insbesondere, dass es eine Sperrwirkung (res iudicata) der vorgängig ausgesprochenen fristlosen Kündigung für das Folgeverfahren der ordentlichen Kündigung verneint und die Zulässigkeit der Konversion der fristlosen Kündigung in eine ordentliche Kündigung bejaht.

Beginn der Sperrfrist bei überlanger Kündigungsfrist

geschrieben von Sandra Wittich | Juni 27, 2023

Die Schulpflege der Gemeinde B. kündigte im Oktober 2013 das Anstellungsverhältnis mit der Lehrperson A. unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. Juli 2014. Ab November 2013 bis Juli 2014 war A. grösstenteils krankgeschrieben. In der Folge stellte sich die Lehrperson auf den Standpunkt, dass das Anstellungsverhältnis aufgrund der längeren Arbeitsunfähigkeit auf den nächsten Kündigungstermin zu erstrecken sei und stellte die entsprechenden Lohnforderungen. Das angerufene Verwaltungsgericht stützte jedoch die Auffassung der Schulpflege, im vorliegenden Fall sei die Sperrfrist bereits abgelaufen gewesen, als die Kündigungsfrist zu laufen begonnen habe und wies die Klage deshalb ab.

A. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau

1. Sachverhalt

A. war seit dem 1. Februar 2011 als Lehrperson an einer Sekundarschule im Kanton Aargau angestellt. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 kündigte die Schulpflege der Gemeinde B. aus organisatorischen Gründen das Anstellungsverhältnis mit A. unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 31. Juli 2014 (Ende Schulhalbjahr). Gemäss Anstellungsvertrag und Gesetz war eine Kündigung nur jeweils auf das Ende eines Schulhalbjahres möglich.

In der Folge war A. vom 28. November bis 20. Dezember 2013, vom 6. bis 20. Januar 2014 sowie vom 8. Februar bis 5. Juli 2014 vollumfänglich sowie vom 5. bis 18. Juli 2014 teilweise (60%) arbeitsunfähig. Ab dem 19. Juli 2014 war er wieder voll

arbeitsfähig.

A. stellte sich auf den Standpunkt, während der dreimonatigen Kündigungsfrist krank gewesen zu sein, weshalb die Kündigungsfrist durch die Arbeitsunfähigkeit unterbrochen worden sei. Die Kündigung sei deshalb erst auf den nächsten Kündigungstermin (31. Januar 2015) wirksam geworden.

Dementsprechend verlangte er Lohnfortzahlung bis zum 31. Januar 2015. Die Schulpflege argumentierte demgegenüber, dass das Anstellungsverhältnis per 31. Juli 2014 beendet worden sei; die durch Krankheit ausgelöste Sperrfrist von 90 Tagen habe bereits am 28. November 2013 zu laufen begonnen und Mitte April 2014 geendet. Die Sperrfrist sei somit zu Beginn der Kündigungsfrist bereits abgelaufen gewesen, weshalb sie keinen Einfluss auf die Kündigungsfrist gehabt habe.

Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren reichte A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau gegen die Gemeinde B. Klage ein.

2. Erwägungen

In seinen Erwägungen hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass die Kündigungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch Rückrechnung zu bestimmen sei. Die Kündigungsfrist beginne nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen, sondern sei durch Rückrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen (BGE 134 III 354, Erw. 2. F.). Die Schulpflege der Gemeinde B. habe das Anstellungsverhältnis mit A. mit Schreiben vom 28. Oktober 2013 auf den 31. Juli 2014 gekündigt, womit die dreimonatige Kündigungsfrist am 1. Mai 2014 zu laufen begann und am 31. Juli 2014 geendet habe (Erw. 2.3).

Als nächstes prüfte das Verwaltungsgericht den Beginn der Sperrfrist gemäss § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Anstellung von Lehrpersonen (GAL; SAR 411.200) vom 17. Dezember 2002 in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b des Schweizerischen

Obligationenrechts (OR; SR 220) vom 30. März 1911. Dabei kam das Gericht zum Ergebnis, dass die Sperrfrist nach dem Wortlaut von Art. 336c Abs. 2 OR mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit beginne. Diese Bestimmung diene jedoch in erster Linie dem Arbeiternehmerschutz, weshalb fraglich sei, ob die grammatikalische Auslegung von Art. 336c Abs. 2 OR tatsächlich dem rechtsverbindlichen Sinn der Bestimmung entspreche. Da Arbeitnehmer im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis aber nach Ansicht des Gerichts bereits über einen ausreichenden Schutz aufgrund guter Bedingungen betreffend Lohnfortzahlung bei Krankheit oder Unfall und betreffend Kündigungsterminen verfügen würden, sei die grammatikalische Auslegung von Art. 336c Abs. 2 OR auch mit dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung vereinbar. Eine Auslegung gegen den Wortlaut sei nicht angebracht.

Im vorliegenden Fall sei die Sperrfrist damit bereits abgelaufen, als die Kündigungsfrist zu laufen begonnen habe. Das Anstellungsverhältnis habe somit am 31. Juli 2014 geendet.

B. Bemerkungen

Das Verwaltungsgericht hatte im vorliegenden Fall bei der Entscheidfindung zwei Varianten zu prüfen:

1. Die Sperrfrist gemäss Art. 336c OR beginnt stets mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit unabhängig davon, ob die Kündigungsfrist bereits zu laufen begonnen hat oder nicht.
2. Die Sperrfrist gemäss Art. 336c OR beginnt mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit. Falls die Arbeitsunfähigkeit vor Beginn der Kündigungsfrist eingetreten ist, beginnt letztere erst mit der Kündigungsfrist.

Das Verwaltungsgericht hat sich schliesslich nach Auslegung von § 7 Abs. 1 GAL i.V.m. Art. 336c Abs. 2 OR für die Variante 1 entschieden. Die Auslegung hat das Ziel, den rechtsverbindlichen Sinn eines Rechtssatzes, über dessen

Tragweite Unklarheiten bestehen, zu ermitteln. Auslegung ist dort notwendig, wo der Gesetzeswortlaut nicht klar ist, oder wo Zweifel bestehen, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 175).

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm, ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 133 V 10 f.).

Verweist ein öffentlich-rechtliches Personalgesetz für einzelne Bereiche auf privatrechtliche Bestimmungen (wie beispielsweise § 7 GAL, wonach für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses die Bestimmungen des Obligationenrechts anwendbar sind), führt dies dazu, dass die privatrechtliche Norm als öffentliches Recht angewendet wird. Dies ist auch bei der Auslegung dieser Bestimmungen zu beachten.

Das Verwaltungsgericht wandte neben der grammatikalischen Auslegung auch die teleologische Auslegung (die Frage nach dem Sinn und Zweck einer Rechtsnorm) an. Gestützt darauf hielt es fest, dass das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung – wonach die Sperrfrist stets mit der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginne – im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmerschutz (Ergebnis der teleologischen Auslegung) vereinbar sei, da der Arbeitnehmerschutz bei

solchen Arbeitsverhältnissen durch andere Bestimmungen (besserer Lohnfortzahlungsanspruch) ausreichend gewährleistet wird. Bei einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis müsste sich das beurteilende Gericht von anderen Überlegungen leiten lassen. Diese sind jedoch nicht Teil des vorliegenden Urteils.

C. Fazit

Das besprochene Urteil ist im Ergebnis richtig. Ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer frühzeitig über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses informiert, soll nicht dadurch «bestraft» werden, dass dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Sperrfrist eingeräumt wird. Das Ergebnis kann für den Arbeitgeber zwar einen gewissen Anreiz darstellen, die Kündigung möglichst früh auszusprechen; dies ist aber hinzunehmen. Die frühzeitige Kündigung liegt auch regelmässig im Interesse des Arbeitnehmers, da ihm auf diese Weise mehr Zeit für die Stellensuche zur Verfügung steht.