

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00656 vom 9. März 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-03-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00656

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00656 du 9 mars 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00656 del 9 marzo 2016

Regeste

Kündigung während der Probezeit | [Die Beschwerdeführerin leidet an einer schubförmig verlaufenden Multiplen Sklerose. Nachdem die Beschwerdegegnerin davon Kenntnis erhalten hatte, löste sie das Anstellungsverhältnis während der Probezeit auf.] Zuständigkeit der Kammer (E. 2). Die Kündigung wegen einer Krankheit ist dann missbräuchlich, wenn der oder die Angestellte deswegen nicht an der Arbeitsleistung verhindert ist und dadurch die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigt wird; Kündigungen wegen nicht oder nur unter besonderen Umständen übertragbarer Krankheiten im Latenzstadium sind in der Regel missbräuchlich (E. 4.2). Während der Probezeit gelten grundsätzlich geringere Anforderungen an die Begründung einer Kündigung (E. 4.3). Da der Beschwerdeführerin ärztlich eine vollständige Diensttauglichkeit bescheinigt wurde, besteht vorliegend kein ausreichender Zusammenhang zwischen Krankheit und Anstellungsverhältnis (E. 4.4). Die Kündigung wegen einer nicht im Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis stehenden Krankheit ist auch während der Probezeit missbräuchlich (E. 4.5). Entschädigungshöhe (E. 5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 4.1

Gemäss § 72 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (GG, LS 131.1) ist das Arbeitsverhältnis des Personals von Gemeinden öffentlichrechtlich. Es ist ihnen freigestellt, ein eigenes Personalrecht zu erlassen; subsidiär gelten die Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes vom 27. September 1998 (LS 177.10) sinngemäss (§ 72 Abs. 2 GG). Die Beschwerdegegnerin hat in diesem Sinn eine Personalverordnung erlassen.

E. 4.2

Nach der kommunalen Personalverordnung wird das Arbeitsverhältnis in der Regel unbefristet mit der Möglichkeit der Kündigung begründet; dabei gelten die ersten drei Monate als Probezeit, während der die Kündigungsfrist beidseitig sieben Tage beträgt. Die Kündigung durch den Arbeitgeber darf nach der Verordnung nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220) sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Eine Kündigung ist unter anderem missbräuchlich im Sinn von Art. 336 OR, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Abs. 1 lit. a). In diesem Sinn ist die Kündigung wegen einer Krankheit dann missbräuchlich, wenn der oder die Angestellte deswegen nicht an der Arbeitsleistung verhindert ist und dadurch die Zusammenarbeit im Betrieb – etwa wegen

der Ansteckungsgefahr – nicht wesentlich beeinträchtigt wird; Kündigungen wegen nicht oder nur unter besonderen Umständen übertragbarer Krankheiten im Latenzstadium sind deshalb in aller Regel missbräuchlich (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel 1998, S. 88 ff.; Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, 2014, Art. 336 OR N. 15; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 2014, Art. 336 OR N. 17). Bei konkurrierenden Motiven, von denen nicht alle missbräuchlich sind, ist eine Kündigung immer dann missbräuchlich, wenn der verpönte Grund unmittelbaren Anlass zur Kündigung gab oder mindestens derart wesentlich war, dass ohne sein Vorliegen eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre. Der Kündigende hat dann nachzuweisen, dass er auch ohne Vorliegen des verpönten Grundes gekündigt hätte (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 336 N. 20 mit Hinweisen; Staehelin, Art. 336 N. 8).

E. 4.3

Vorliegend haftet der Kündigung der Beschwerdegegnerin die Besonderheit an, dass sie noch innerhalb der Probezeit von drei Monaten erfolgte, sodass das hiervor Gesagte nicht gleichermassen Geltung erlangt. Die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung ist bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus (zum Ganzen BGE 120 Ib 134 E. 2a mit Hinweisen). Dies hat seinen Grund darin, dass die Probezeit den Parteien die Möglichkeit bieten soll, einander möglichst zwanglos kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben (zum Ganzen BGr, 16. Mai 2011, 4A_11/2011, E. 1.3 mit Hinweis).

E. 4.4

Die Beschwerdeführerin leidet an Multipler Sklerose. Dabei handelt es sich um eine chronisch fortschreitende neurologische Erkrankung, deren Verlauf indes nur schwer vorherzusagen ist. Der Beschwerdegegnerin lag im Zeitpunkt der Kündigung ein ärztliches Attest vor, das der Beschwerdeführerin trotz Krankheit eine volle Arbeitsfähigkeit bescheinigte; gemäss aktuellem ärztlichem Zeugnis ist sie auch zum heutigen Zeitpunkt voll arbeitsfähig. Die Beschwerdegegnerin anerkannte in der Ausgangsverfügung, dass die Beschwerdeführerin voll diensttauglich sei. Sie stellte dann aber eigene Überlegungen zum weiteren Krankheitsverlauf an und kam gestützt darauf zum Schluss, "dass der Dienst mit der Waffe und im Streifenfahrzeug früher oder später nicht mehr verantwortbar sein wird". Dass eine Angestellte in einem unbekanntem Zeitpunkt allenfalls nicht mehr diensttauglich sein könnte, stellt indes jedenfalls dann keinen genügenden Zusammenhang zum Anstellungsverhältnis her, wenn dieser Zeitpunkt nicht in absehbarer Zukunft liegt. Dass sich in diesem Sinn eine drohende Dienstunfähigkeit der Beschwerdeführerin bereits konkretisiert hätte, macht die Beschwerdegegnerin nicht geltend. Im Übrigen beruhen ihre

Überlegungen nicht auf einer medizinischen Expertise, sondern auf laienhaften Annahmen; sie eignen sich schon aus diesem Grund nicht dazu, eine Kündigung aus gesundheitlichen Gründen zu rechtfertigen. Hätte die Beschwerdegegnerin nicht auf das eingereichte ärztliche Attest abstellen wollen, wäre sie vielmehr gehalten gewesen, die Beschwerdeführerin gestützt auf die kommunale Personalverordnung vertrauensärztlich untersuchen zu lassen.

E. 4.5

Das Anstellungsverhältnis wurde hier während der Probezeit aufgelöst, in der grundsätzlich geringere Anforderungen an den Kündigungsgrund gelten. Weil indes kein Zusammenhang zwischen Krankheit und Anstellungsverhältnis besteht, kann die Beschwerdegegnerin aus diesem Umstand nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es widerspräche dem Schutzzweck von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, wenn die Kündigung während der Probezeit wegen einer die Arbeitsfähigkeit aktuell nicht beeinträchtigenden Krankheit zulässig bliebe. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin ihre Krankheit gegenüber der Beschwerdegegnerin nicht offenbaren musste, solange diese keinen Einfluss auf ihre Arbeitsleistung hatte (vgl. hierzu Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328b N. 11 S. 606 f.). Die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang deshalb zu Unrecht ein treuwidriges Verhalten vor.

E. 4.6

Die Beschwerdegegnerin begründete die Auflösung des Anstellungsverhältnisses in der Ausgangsverfügung primär mit der Krankheit der Beschwerdeführerin. Sie hatte der Beschwerdeführerin zuvor auch nur zu diesem Kündigungsgrund das rechtliche Gehör gewährt und bezeichnete zudem gegenüber der Arbeitslosenversicherung die Krankheit der Beschwerdeführerin als ausschliesslichen Kündigungsgrund. Die in der Ausgangsverfügung erwähnten und erst im Rekursverfahren teilweise konkretisierten Vorwürfe betreffend unbeabsichtigte Schussabgabe sowie fehlende Schadenmeldung erscheinen vor diesem Hintergrund von untergeordneter Natur und vermögen deshalb an der Missbräuchlichkeit der Kündigung nichts zu ändern. Im Übrigen erwiese sich die Kündigung wegen dieser Vorfälle schon aufgrund der Gehörsverletzung als rechtswidrig.

E. 5.1

Erweist sich die Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt und wird die entlassene Person nicht wieder eingestellt, bemisst sich die Entschädigung gemäss kommunaler Personalverordnung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung. Nach Art. 336a Abs. 2 OR ist die Entschädigung durch das Gericht in Würdigung aller Umstände festzusetzen und darf den Betrag von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen (vgl. zur Höhe der Entschädigung und dem diesbezüglichen richterlichen Ermessen Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336a N. 3 f.). Diese Bestimmung dient sowohl der Bestrafung als auch der Wiedergutmachung und ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein mit der Konventionalstrafe vergleichbares Rechtsinstitut eigener Art (BGE 123 III 391 E. 3c).

E. 5.2

Im Rahmen der ermessensweisen Festsetzung der Entschädigungshöhe sind sowohl die pönale Komponente als auch die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die pönale Komponente sind die Schwere der Verfehlung der arbeitgebenden Partei sowie deren wirtschaftliche Verhältnisse und die Schwere des

Eingriffs in die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden zu berücksichtigen. Das Verschulden bemisst sich dabei insbesondere nach dem Anlass der Kündigung, allfälligem Mitverschulden der Arbeitnehmenden, dem Vorgehen bei der Kündigung und der Art des Arbeitsverhältnisses. Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion sind sodann die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung für die Arbeitnehmenden zu berücksichtigen, namentlich deren Alter, berufliche Stellung, soziale Situation, die Schwierigkeiten einer Wiedereingliederung in das Arbeitsleben, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt und die Dauer des Arbeitsverhältnisses (vgl. zum Ganzen VGr, 17. Mai 2004, PB.2004.00002, E. 2.2).

E. 5.3

Dass die Beschwerdegegnerin vorliegend das Anstellungsverhältnis aus gesundheitlichen Gründen ohne weitere Abklärungen auflöste, obwohl die Beschwerdeführerin gemäss ärztlichem Attest voll arbeitsfähig war, wiegt schwer. Zu beachten ist sodann, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der kurzen Kündigungsfrist während der Probezeit kaum Zeit hatte, um eine neue Arbeitsstelle zu suchen. Mit Blick auf die kurze Dauer der Anstellung und weil die Beschwerdeführerin keine Unterstützungspflichten geltend macht, erscheint eine Entschädigung von zwei Bruttomonatslöhnen als angemessen. Unter einem Bruttomonatslohn ist ein Zwölftel des Bruttojahreslohns zu verstehen. Auf dieser Entschädigung sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (VGr, 18. März 2009, PB. 2008.00041, E. 5, und 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3b/bb; BGE 123 V 5).

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. I und III des Rekursentscheids sind aufzuheben, und es ist festzustellen, dass die Kündigung missbräuchlich war. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von zwei Bruttomonatslöhnen zu bezahlen.

E. 7.1

Da der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt, sind Gerichtskosten aufzuerlegen (§ 65a Abs. 3 Satz 1 VRG). Die Beschwerdeführerin erscheint im Ergebnis als obsiegend, weshalb die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen sind.

E. 7.2

Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.