

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00476 vom 19. März 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00476](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00476)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00476 du 19 mars 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00476 del 19 marzo 2015

## Regeste

Kündigung | [Kündigung zur Unzeit] Zuständigkeit der Kammer (E. 2). Die Beendigung durch Kündigung wird in den §§ 18–23 des Personalstatuts der Beschwerdegegnerin (PST) näher geregelt. Nach § 21 Abs. 1 PST richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Die Kündigungssperrfristen von Art. 336c Abs. 1 OR kommen daher auch im Bereich öffentlichrechtlicher Anstellungsverhältnisse der Beschwerdegegnerin zur Anwendung. Danach darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit unter anderem nicht kündigen, während die arbeitnehmende Person für eine bestimmte Frist ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Wird die Kündigung während der Sperrfrist ausgesprochen, ist sie nichtig, das heisst, sie entfaltet keinerlei Wirkungen und muss wiederholt werden (E. 4.1.1). Von der Kündigung im Sinn von § 17 lit. a PST ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität gemäss § 17 lit. e in Verbindung mit § 25 PST zu unterscheiden. Die Gesetzessystematik legt nahe, dass § 21 PST – und damit die Sperrfrist nach Art. 336c OR – nur bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, nicht aber bei der Auflösung invaliditätshalber zur Anwendung gelangen soll (E. 4.1.2). Die Beschwerdegegnerin beendete das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin gestützt auf die Bestimmungen über die Auflösung invaliditätshalber (§ 25 PST, § 12 der Vollzugsverordnung zum PST); die Auflösung eines Anstellungsverhältnisses nach § 25 PST setzt voraus, dass bei der betroffenen Person eine Berufs- oder Erwerbsinvalidität im Sinn von Art. 21 des Vorsorgereglements der Pensionskasse der Stadt Winterthur vorliegt (E. 4.2 f.). Der Beschwerdeführerin wurde vertrauensärztlich keine invalidisierende gesundheitliche Beeinträchtigung attestiert, sondern lediglich eine primär auf psychosoziale Faktoren zurückzuführende, vorübergehende Arbeitsunfähigkeit. Mangels vertrauensärztlich diagnostizierter, bis auf Weiteres andauernder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit durfte die Beschwerdegegnerin das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin daher nicht invaliditätshalber auflösen (E. 4.3.2). Auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin gelangen somit die Kündigungsvorschriften zur Anwendung (E. 4.4). Die Auflösung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin erfolgte während einer Sperrfrist, sodass sich die Ausgangsverfügung gemäss § 21 Abs. 1 PST in Verbindung mit Art. 336c Abs. 2 OR als nichtig erweist (E. 5). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die am 22. Januar 2015 verfügte "Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der verlängerten Lohnfortzahlung" sei während einer

Sperrfrist im Sinn von Art. 336c Abs. 1 lit. b des Obligationenrechts (OR, SR 220) in Verbindung mit § 21 Abs. 1 PST ausgesprochen worden, was die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge habe. Die Beschwerdegegnerin vertritt demgegenüber die Auffassung, dass bei einer Auflösung des Anstellungsverhältnisses gestützt auf § 25 PST in Verbindung mit § 12 VVPST die Sperrfrist nicht gelte.

#### **E. 4.1**

Nach § 17 PST ist bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses namentlich zwischen der Auflösung durch Kündigung (lit. a) und der Auflösung invaliditätshalber (lit. e) zu unterscheiden.

##### **E. 4.1.1**

Die Beendigung durch Kündigung wird in den §§ 18–23 PST näher geregelt. Nach § 21 Abs. 1 PST richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Die Kündigungssperrfristen von Art. 336c Abs. 1 OR kommen daher auch im Bereich öffentlichrechtlicher Anstellungsverhältnisse der Beschwerdegegnerin zur Anwendung. Danach darf der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit unter anderem nicht kündigen, während der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder 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 dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Eine Kündigung, die während dieser Sperrfrist ausgesprochen wird, ist nichtig, das heisst, sie entfaltet auch nach Ablauf der Sperrfrist keinerlei Wirkungen und muss wiederholt werden (BGr, 5. März 2009, 1C\_296/2008 E. 2.1; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 336c N. 10 S. 1089). Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einer arbeitnehmenden Person, die wegen untereinander in keinem Zusammenhang stehender Krankheiten oder Unfälle die Arbeit aussetzen muss, jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall eine neue gesetzliche Schutzfrist auslöst, während welcher der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nicht gültig kündigen kann (BGE 120 II 124 E. 3). Ein Rückfall oder eine klare Folgeerscheinung lösen dagegen keine neue Sperrfrist aus (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336c N. 4 S. 1076).

##### **E. 4.1.2**

Von der Kündigung im Sinn von § 17 lit. a PST ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität gemäss § 17 lit. e in Verbindung mit § 25 PST zu unterscheiden. Nach § 25 Abs. 1 PST regelt der Stadtrat das Verfahren bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität. Die Leistungen bei Invalidität richten sich nach den Bestimmungen über die Pensionskasse der Stadt Winterthur (vgl. § 25 Abs. 2 Satz 1 PST). Gestützt auf § 25 Abs. 1 PST erliess der Stadtrat in § 12 VVPST unter dem Titel "Invalidität (§ 25 PST)" folgende Regelung: "1 Dauert eine Arbeitsaussetzung wegen Krankheit oder Unfall länger als zwei Monate und ist der Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeit ungewiss, erstattet der Bereich der Departementsleitung schriftlich Bericht unter Beilage der bisherigen ärztlichen Zeugnisse. 1bis Die Anstellungsinstanz kann eine vertrauensärztliche Untersuchung durch die Pensionskasse veranlassen. Bei einer Arbeitsunfähigkeit, welche acht Monate ohne Unterbruch angedauert hat, muss eine vertrauensärztliche Untersuchung durch die Anstellungsinstanz angeordnet werden. 2 Ergibt sich aus dem vertrauensärztlichen Bericht, dass die betroffene Person voraussichtlich

die volle Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit nicht wieder erlangt, stellt die Anstellungsinstanz in Absprache mit der Pensionskasse die ganze oder teilweise Auflösung des Arbeitsverhältnisses je nach dem Grad der festgestellten Invalidität fest. 3 Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Erschöpfung der Lohnfortzahlung infolge Krankheit oder Unfall erfolgt in der Regel auf das Ende der Lohnfortzahlung gemäss § 41. Sie ist der betroffenen Person mindestens einen vollen Monat im Voraus mitzuteilen. Wenn kein Anspruch auf eine Invaliditätsrente der Pensionskasse besteht, ist die Kündigungsfrist einzuhalten." Die Gesetzessystematik legt nahe, dass § 21 PST – und damit die Sperrfrist nach Art. 336c OR – nur bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, nicht aber bei der Auflösung invaliditätshalber zur Anwendung gelangen soll (vgl. zu dieser Thematik bereits für das damals geltende Stadtzürcher Personalrecht mit praktisch identischer Systematik VGr, 7. September 2011, VB.2011.00057, E. 3.2.2). Ob eine solche Regelung zulässig ist (vgl. BGE 124 II 53 E. 2b/aa ff.; BGr, 20. März 2015, 8C\_910/2014, E. 5, und 22. Mai 2001, 2A.71/2001, E. 2), kann, wie sich sogleich zeigen wird, offengelassen werden.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin beendete das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin gestützt auf die Bestimmungen über die Auflösung invaliditätshalber (§ 25 PST, § 12 VVPST).

#### **E. 4.3**

Die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses § 25 PST setzt nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung voraus, dass bei der von der Auflösung des Anstellungsverhältnisses betroffenen Person eine Invalidität vorliegt. Der Stadtrat darf nach § 25 Abs. 1 PST nur das Verfahren, nicht aber die Voraussetzungen der Invalidität näher regeln. Das Vorliegen einer Invalidität richtet sich gemäss § 25 Abs. 2 Satz 1 PST nach den Bestimmungen über die Pensionskasse der Stadt Winterthur. Das Vorsorgereglement der Pensionskasse der Stadt Winterthur vom 1. Januar 2014 (Vorsorgereglement, abrufbar unter [www.stadt.winterthur.ch](http://www.stadt.winterthur.ch) > Themen > Die Stadt > Pensionskasse Stadt Winterthur > Grundlagen und Merkblätter) unterscheidet zwischen der Berufsinvalidität und der Erwerbsinvalidität (Art. 21 Vorsorgereglement). Eine Berufsinvalidität liegt nach Art. 21 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 Vorsorgereglement vor, wenn eine versicherte Person infolge Krankheit oder Unfall ihre bisherigen Aufgaben während mindestens eines Jahres nicht mehr oder nicht mehr voll erfüllen kann. Die Pensionskasse beschliesst die Berufsinvalidität aufgrund eines vertrauensärztlichen Zeugnisses und setzt den Invaliditätsgrad fest (Art. 21 Abs. 5 Satz 1 Vorsorgereglement). Ein Rentenanspruch besteht allerdings selbst bei einer vertrauensärztlich festgestellten Berufsinvalidität nur dann, wenn die versicherte Person bei Anspruchsbeginn eine Karenzfrist von mindestens vier Jahren bei der Pensionskasse aufweist und das 53. Altersjahr vollendet hat (Art. 21 Abs. 2 Vorsorgereglement). Im Bereich der Erwerbsinvalidität wird demgegenüber der Entscheid der Invalidenversicherung übernommen (Art. 21 Abs. 5 Satz 2 Vorsorgereglement), weshalb zur Begriffsbestimmung auf die diesbezügliche Gesetzgebung abzustellen ist. Die Auflösung eines Anstellungsverhältnisses nach § 25 PST setzt daher voraus, dass bei der betroffenen Person eine Berufs- oder Erwerbsinvalidität vorliegt. Damit erfolgt eine Koordination zwischen den personalrechtlichen Bestimmungen zur Auflösung invaliditätshalber und den Bestimmungen zu den Leistungen bei Invalidität, wie es dem Regelungszweck von § 25 PST entspricht. Besteht trotz Vorliegen einer

Berufsinvalidität kein Rentenanspruch (vgl. Art. 21 Abs. 2 Vorsorgereglement), ist nach § 12 Abs. 3 Satz 3 VVPST immerhin die Kündigungsfrist einzuhalten. Eine weiter gehende Bedeutung kommt der letztgenannten Bestimmung nicht zu. Der Stadtrat darf keinen eigenständigen Beendigungsgrund statuieren, der nicht an das Vorliegen einer Invalidität anknüpft. Eine solche Auslegung von § 12 Abs. 3 VVPST widerspricht § 25 PST (vorn 4.2).

#### **E. 4.3.1**

Bei der Beschwerdeführerin wurde im Juni 2013 ein bösartiges B-Zell-Lymphom diagnostiziert. In der Folge war sie vom 17. Juni bis zum 7. Juli 2013 sowie vom 15. Juli 2013 bis zum 9. Februar 2014 vollständig arbeitsunfähig. Nach erfolgreichem Durchlaufen einer Chemotherapie sowie einer fünfwöchigen stationären Rehabilitation in der Klinik C konnte sie am 10. Februar 2014 ihre Arbeitstätigkeit wiederaufnehmen und ihr Pensum in den Folgemonaten von anfänglich 20 % bis auf 70 % im August 2014 steigern. Noch vor Wiederaufnahme ihres regulären Pensums erlitt die Beschwerdeführerin Ende September 2014 einen Zusammenbruch, sodass sie sich – ab dem 1. Oktober 2014 krankgeschrieben – am 22. Oktober 2014 zur stationären Behandlung in die Klinik D begeben musste. Vor dem Hintergrund des sich bereits abzeichnenden längeren krankheitsbedingten Ausfalls der Beschwerdeführerin veranlasste die Beschwerdegegnerin darauf gestützt auf § 12 Abs. 1 bis VVPST eine vertrauensärztliche Untersuchung durch die Pensionskasse der Stadt Winterthur. Aus dem von der Beschwerdegegnerin bei der städtischen Pensionskasse eingeholten Bericht der vertrauensärztlichen Untersuchung der Beschwerdeführerin vom 4. Dezember 2014 geht dabei hervor, dass bei dieser im Beurteilungszeitpunkt zwei Krankheitsbilder vorlägen, welche gesondert zu betrachten seien. So leide sie einerseits immer noch an den Folgen ihrer Krebserkrankung und bestehe andererseits eine Depression, die sich reaktiv im Sinn einer Burn-out-Symptomatik bei massiver Belastung am Arbeitsplatz und den eingeschränkten Ressourcen infolge des Lymphoms entwickelt habe. Die jetzige 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit jedenfalls bestehe aufgrund der psychischen Beeinträchtigung und habe im Oktober 2014 begonnen. Falls ein Wechsel des Arbeitsplatzes in einer gleichwertigen Funktion möglich wäre, wäre die Beschwerdeführerin innerhalb der nächsten zwei bis drei Monate wieder voll arbeitsfähig. Aufgrund des onkologischen Krankheitsbilds wiederum bestehe eine Arbeitsunfähigkeit, die deutlich geringer sei und mit grosser Wahrscheinlichkeit noch weiter reduziert werden könne. Es könne mithin mit einem Erreichen der vollen Arbeitsfähigkeit in drei bis vier Monaten gerechnet werden.

#### **E. 4.3.2**

Der vertrauensärztliche Bericht attestierte der Beschwerdeführerin demzufolge keine invalidisierende gesundheitliche Beeinträchtigung; er ging vielmehr lediglich von einer primär auf psychosoziale Faktoren zurückzuführenden, vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin aus. Aus medizinischer Sicht wäre Letztere dem vertrauensärztlichen Bericht vom 4. Dezember 2014 zufolge deshalb spätestens im April 2015 und damit in absehbarer Zeit in ihrem bisherigen Beruf bzw. ihrer bisherigen Funktion wieder voll arbeitsfähig gewesen, wenn auch nicht an ihrem angestammten Arbeitsplatz. Mangels vertrauensärztlich diagnostizierter, bis auf Weiteres andauernder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit durfte die Beschwerdegegnerin daher im Januar 2015 das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin nicht invaliditätshalber auflösen. Bei der Beschwerdeführerin liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin und der

Vorinstanz keine Berufsinvalidität vor.

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beendigung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin die Kündigungsvorschriften zur Anwendung gelangen und die Beschwerdegegnerin daher nach § 21 Abs. 1 PST grundsätzlich die Kündigungssperrfristen von Art. 336c Abs. 1 OR zu beachten hatte. Zu prüfen bleibt damit, ob eine nichtigkeitsbegründende Sperrfristverletzung vorliegt.

#### **E. 5.1**

Bei Eröffnung der Verfügung vom 22. Januar 2015 befand sich die Beschwerdeführerin immer noch in stationärer Behandlung in der Klinik D (oben 4.3.1). Insbesondere infolge einer Erschöpfungsdepression war sie seit dem 29. September 2014 vollständig (100 %) arbeitsunfähig, wobei entgegen der Beschwerdegegnerin diesbezüglich nicht von einer Folgeerscheinung der überwundenen Krebserkrankung gesprochen werden kann, sondern die psychische Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin dem vertrauensärztlichen Bericht vom 4. Dezember 2014 zufolge im Wesentlichen auf ein angespanntes Arbeitsverhältnis respektive ungünstiges Arbeitsklima zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Vorgesetzten zurückzuführen war. Auch lag jedenfalls im Kündigungszeitpunkt kein typischer Fall einer rein arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit vor, bei welcher die Sperrfrist nach Rechtsprechung und Lehre ausnahmsweise nicht spielen soll, weil die arbeitnehmende Person wohl an der korrekten Arbeitsverrichtung verhindert, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig ist und insbesondere ihre Anstellungschancen bei einem neuen Arbeitgeber oder einer neuen Arbeitgeberin nicht beeinträchtigt sind (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 336c N. 8 S. 1083; VGr, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 4.3; hierzu auch Roger Rudolph/Adrian von Kaenel, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit: Entgegnung zum Beitrag von Luginbühl/Brühlmann in Jusletter vom 19. August 2013, Jusletter vom 9. September 2013 ). So konnte die Beschwerdeführerin erst Mitte Februar 2015 wieder aus der Klinik D entlassen werden. Die (Neu-)Erkrankung der Beschwerdeführerin Ende September 2014 hatte demnach eine neue – mit Blick auf die Dauer ihrer Anstellung – 180-tägige Sperrfrist im Sinn von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ausgelöst, welche am 22. Januar 2015 noch nicht abgelaufen war.

#### **E. 5.2**

Damit erfolgte die Auflösung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin während einer Sperrfrist und erweist sich die Ausgangsverfügung vom 22. Januar 2015 als nichtig (§ 21 Abs. 1 PST in Verbindung mit Art. 336c Abs. 2 OR).

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Beschluss der Vorinstanz vom 17. Juni 2016 ist aufzuheben und antragsgemäss festzustellen, dass die Kündigung der Beschwerdegegnerin vom 22. Januar 2015 nichtig ist.

#### **E. 7**

Bei personalrechtlichen Angelegenheiten ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.- kostenfrei (§ 65a Abs. 3 Satz 1 VRG). Dieser Schwellenwert wird hier bei Weitem überschritten (vgl. oben 2.2), weshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren Kosten zu erheben sind. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und ist diese zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für

das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie § 17 Abs. 2 VRG). Für das Einspracheverfahren vor dem Stadtrat steht der Beschwerdeführerin – ungeachtet des integralen Verweises auf die Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes über den Rekurs im kommunalen Recht – gemäss § 17 Abs. 1 VRG keine Parteientschädigung zu (vgl. VGr, 19. März 2015, VB.2014.00636, E. 4 [nicht auf [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch) publiziert]; RB 2000 Nr. 5; Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 10).

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