

Juristische Fakultät, Universität Basel
10. März 2023 - 7. Basler Arbeitsrechtstagung
Aktuelle Fragen des Zusammenwirkens von Individualarbeitsrecht,
öffentlichem und kollektivem Arbeitsrecht

Recht aktuell



Weiterbildungsveranstaltungen
der Juristischen Fakultät der Universität Basel

Streifzug durch aktuelle Fälle des öffentlichen Personalrechts

Dr. iur. Christoph Meyer, LL.M.

Advokat und Lehrbeauftragter Universität Basel

Inhalt und Vorbemerkungen

Inhalt:

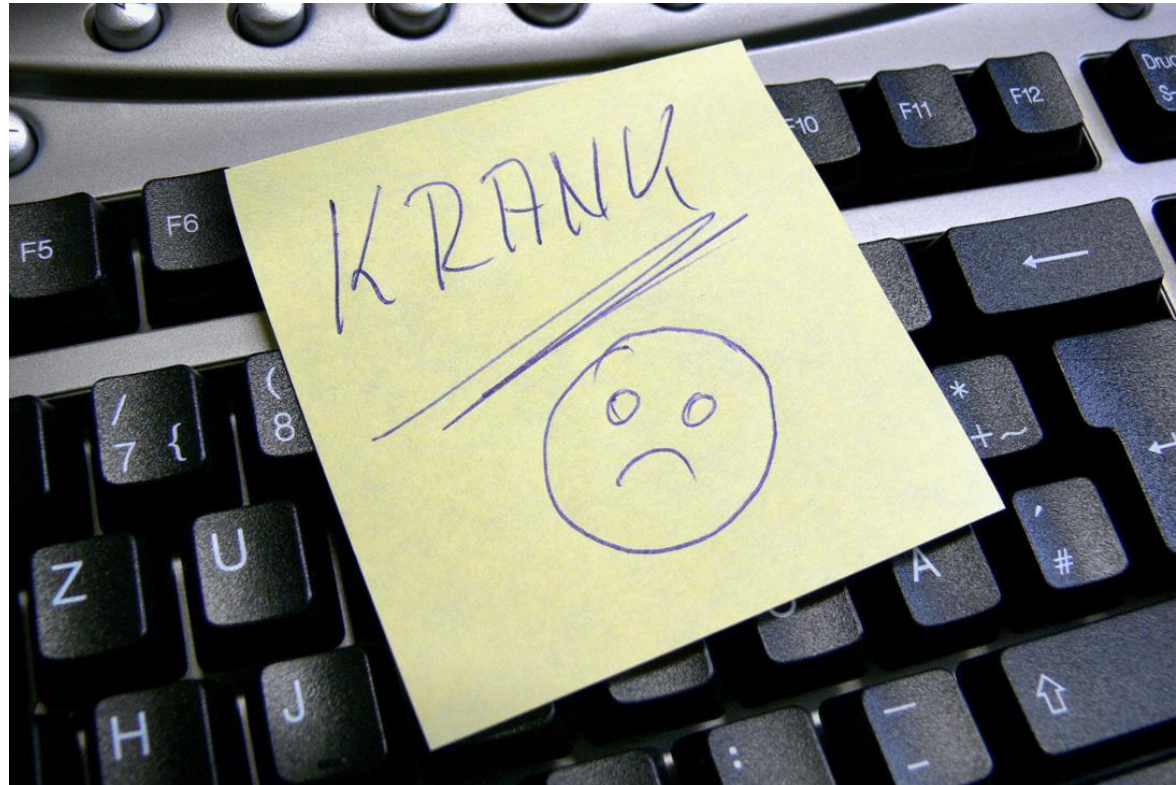
Aktuelle Fälle aus Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht und von kantonalen Instanzen.

Öffentliches Personalrecht:

- Verfügung als Handlungsform
- Kündigung braucht sachlichen Grund
- Rechtliches Gehör
- Weiterbeschäftigung versus Entschädigung

Achtung: Bei Folgerungen aus den (bundes-)gerichtlichen Erwägungen, Kognition berücksichtigen!

BVGer A-4470/2020, A-861/2021 vom 11. August 2022



Thematik

- A beschäftigt beim BIT. Seit Stellenantritt gesundheitliche Probleme.
- Ab Januar 2018 AUF (10 – 100%). Ab April 2019 in neuem Bereich tätig; Steigerung auf 70%, ab August 2020 wieder 100%
- 8. Juli 2020: Kündigung wegen mangelnder Eignung oder Tauglichkeit die vertraglich vereinbarte Arbeit zu verrichten (Art. 10 Abs. 3 Bst. c BPG).

Merkmale

- 31a Abs. 1 BPV: Auflösung frühestens auf Ende einer Frist von zwei Jahren nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit.
- Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass Bf **in absehbarer Zeit** nicht in der Lage sei, Pensum von 100% zu leisten.
- Massgebend Umstände im Zeitpunkt der Verfügung.
- Vgl. BGer 8C_122/2021 vom 26. Mai 2021; VGer BL vom 2. September 2020 [810 19 283]) sowie VGer BL vom 18. November 2015 [810 15 18].

VwGer AG vom 19. Oktober 2022 (WKL.2021.15)



Thematik

- Lehrer seit 2006 angestellt (Kanton Aargau)
- Kritik an Corona-Massnahmen als Redner an Veranstaltungen, Interviews an Medien, Sprecher einer anti-Covid-Regeln-Organisation.
- September 2020 abgemahnt.
- Danach: insbesondere Teilnahme an Kundgebung als Redner
Spricht dort «als Lehrer», «Papa Berset ist arrogant und krank», imitiert französischen Akzent.
- 2021: Kündigung und Freistellung (§ 11 Abs. 1 lit. c GAL).

Merkmale

- Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) versus Treuepflicht.
- Einschränkungen der MÄF restriktiv zu handhaben, wenn Äusserung im Rahmen einer öffentlichen Debatte über Fragen von generellem Interesse (E. 3.2).
- Treuepflicht: Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat darf nicht untergraben werden.
- Betreffend Art und Weise der öffentlichen Kritik ist gewisse Zurückhaltung nötig (E. 3.2). An Lehrer höchste Ansprüche betreffend Treuepflicht zu stellen (E. 3.3.4.2).
- Lehrer äusserte sich nicht mit der gebührenden Sachlichkeit und Zurückhaltung (3.3.4.3).

VwGer AG vom 19. Oktober 2022 (WKI.2021.15)



Thematik

- A seit 1. März 2019 Leiterin Finanzen bei Einwohnergemeinde Q. (100%)
- Arbeitspensum nach Mutterschaft wunschgemäss auf 50% reduziert (ab März 2021). B. übernahm 50%. Nach Kündigung von B. per Ende Dezember 2021 legt Gemeinderat die beiden 50% Stellen wieder zusammen.
- A lehnt das Stellenangebot für 80%-Stelle ab. Gemeinderat kündigte ihre Stelle.

Art. 5 Abs. 1 Personalreglement:

Als sachlicher Kündigungsgrund gilt die Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen. In diesen Fällen ist der betroffenen Person nach Möglichkeit eine andere zumutbare Stelle anzubieten, die ihren Fähigkeiten und Erfahrungen entspricht.

Merkmale

- Verwaltungsgericht akzeptierte die Zusammenlegung der Stellenprozente nicht als sachlichen Kündigungsgrund gemäss Art. 5 PG (E. 2.2.1).
- Betriebliches Bedürfnis: Wenn Tätigkeiten auf erheblich veränderte, vorteilhaftere Art und Weise ausgeübt werden sollen und dies mit den bisherigen Mitarbeitenden nicht oder nur erschwert möglich ist. Vorliegend Vorteile der Vollzeitstelle zu wenig plausibel dargetan (E. 2.2.5.1).
- Und: Keine Teilzeitarbeit für Kaderstelle. Gefahr der indirekten Diskriminierung!

BGer 8C_100/2021 vom 3. Juni 2022

Beschwerde gegen Urteil des App.Ger BS (VD.2020.117)



Thematik

- Wachtmeister Kantonspolizei. Heimliches Fotografieren und grobe Beleidigung einer Untersuchungsgefangenen.
- Disziplinarische Versetzung nach § 24 PG BS.
- Rückstufung um zwei Lohnklassen und Versetzung (Tourendienst Verkehrsabteilung)
- Zusätzlich: Bewährungsfrist (§ 14 VPG)

Merkmale

- BGer: Beschwerde offensichtlich unbegründet.
- § 24 PG ist klare Grundlage für disziplinarische Versetzung. Massnahme knüpft an persönlichen Vorwurf an. Mildere Massnahme als Kündigung.
- Verstoss gegen Treuepflicht. Massnahme verhältnismässig.
- Ansetzung von Bewährungsfrist (anzügliche Bemerkungen gegenüber Kollegen) schliesst Disziplinar-massnahme nicht aus (E. 6.5).
Pro memoria: Bewährung bzw. Verwarnung nicht anfechtbar (BGer).

Verordnung zum PG BS vom 30. März 2021 (Änderung)

- Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 (§ 13a VPG)
- Keine aufschiebende Wirkung bei fristlosen Kündigungen und Kündigungen aufgrund schwerer Pflichtverletzung (§ 15a VPG)
- Probezeit bei verwaltungsinternem Stellenwechsel und nach Eingliederungsmassnahmen (§§ 4a und 4b VPG)
- Kostenvorschuss für Anwaltskosten (§ 8c VPG)

Neu: Keine aufschiebende Wirkung (§ 15a VPG)

- Keine aufschiebende Wirkung bei **fristlosen Kündigungen** und **Kündigungen aufgrund schwerer Pflichtverletzung** (§ 15a VPG). Erstaunliche Regelung auf Verordnungsebene (§ 40 Abs. 5 PG)
- Konsequenz: Bei Rekurs Antrag betreffend aufschiebende Wirkung stellen.
- § 21 VPG: Wiederherstellung auf Antrag.
- Bisher bereits: § 47 Abs. 1 OG. Möglichkeit zum vorsorglichen Entzug.

Neu: § 13a VPG (Versetzung, Betriebliches Erfordernis)

- Konkretisierung von § 12 Abs. 3 PG (organisatorische Versetzung), insbesondere lit. d:
«Versetzung wegen eines gestörten Betriebsklimas, welches Sicherstellung des geordneten Vollzugs der Aufgabe beeinträchtigt.»
- Vgl. VD.2014.78 vom 20. Mai 2015 («Sanität»): Nicht bei «überwiegend disziplinarischen Vorwürfen».

BGer 8C_32/2022 vom 31. März 2022

Beschwerde gegen Urteil des VwGer ZH (VB.2020.00762)



Thematik

Kanton ZH, PG:

§ 18.

1 [...].

2 Die Kündigung durch den Kanton darf nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus.

- **Kündigungsbegründung:** Konflikt von Arzt mit Klinikdirektor. Tiefgreifende Störung des Vertrauensverhältnisses im Rahmen eines verhärteten Konflikts.

Merkmale

- Sachlicher Kündigungsgrund erfüllt (E. 5.2):
«Tiefgreifende Störung des Vertrauensverhältnisses. Öffentliches Interesse an Funktionieren der Institution. Arzt war massgeblicher Akteur im Konflikt.»
- § 18 PG ZH: Offen formuliert, grössere Flexibilität.
Konflikt kann sachlichen Kündigungsgrund sein unabhängig von Schuldfrage.
Aber:
Zunächst sämtliche zumutbaren Vorkehren zu treffen. Sodann den Gründen für das gestörte Betriebsklima vertieft nachzugehen (VGer, E. 4.2).

BGE 148 III 126 (BGer 8C_317/2021 vom 8. März 2022)



Thematik

- 16. März 2020: A tritt Stelle an. Probezeit: 3 Monate bis **16. Juni 2020**.
- 13. Juni 2020: Versand Kündigung durch SBB. Wird nicht in Empfang genommen.
- **15. bis 19. Juni 2020 (Freitag)** krank geschrieben.
- **22. Juni 2020 (Montag)** Arbeit wieder aufgenommen. SBB kündigte ihm sogleich Kündigung aus.

Merkmale

Art. 335b OR:

Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt eine entsprechende Verlängerung der Probezeit (Abs. 3)

- Verlängerung um Arbeitstage, an denen Arbeitnehmende verhindert war (E. 5.2.6)
- D.h.: 15. und 16. Juni sind als Probezeit-Tage nachzuholen.
- «Nachholen»: effektiv arbeiten. Samstag oder Sonntag lassen diese Nachhol-Tage nicht verstreichen.
- Probezeit hat somit erst am 23. Juni (Dienstag) geendet.

BVGer A-2913/2021 vom 24. Oktober 2022



Thematik

- SBB-Mitarbeiterin meldete sexuelle Belästigung durch A:
 - 1) Im Pausenraum von Bahnhof. Maske runtergezogen und versucht, Sie zu küssen
 - 2) Im Bahnhof (öffentlicher Bereich) auf Gesäss geschlagen
 - 3) Im Bahnhof abgefangen und sie an Gürtelschnalle festgehalten, als sie weglaufen wollte

A bestreitet Vorwürfe. 2) und 3) von drittem Mitarbeiter bestätigt.

Merkmale

- SBB löste Arbeitsverhältnis fristlos auf.
- 7 Tage für Wahrnehmung RG offensichtlich ausreichend (E. 3.4.2).
- Kein Teilnahmerecht von A an der Befragung (E 3.4.3).
- Keine Offenlegung der Identität der Auskunftsperson (E 3.4.5).
- Auch Kombination verschiedenartiger, für sich allein zu wenig schwerwiegender Verfehlungen kann zur fristlosen Kündigung berechtigen (E. 6.8)

BGer 8C_610/2021 vom 2. Februar 2022



Thematik

- A seit 2001 im Dienste des Kantons Genf.
- Mitarbeiterinnen D, F, E, G melden mehrfaches unangemessenes Verhalten.
Z.B. Vorschlag zu «relation extra-professionelle sentimentale».
- Januar 2021 Kündigung durch Kanton.
- VwGer Kanton Genf: Entlassung aufgehoben.

Merkmale

- Bundesgericht: Entlassung war notwendig. Kantonales Urteil willkürlich. E. 6.2:
 - Druck aufgrund Unterordnungsverhältnis möglich
 - Verhalten z.T. systematisch und wiederholt.
 - Auch wenn nicht jedes Verhalten schwerwiegend; Schwere ergibt sich aus Wiederholung.

BGer 8C_176/2022 vom 21.9.2022



Thematik

- A seit 1. September 2014 angestellt. Seit 1. Mai 2018 (Abteilungsleiter; Bundesbetrieb).
- 25. November 2020: Aufhebungsvereinbarung unterzeichnet. Beendigung 30. April 2021
- 30. November 2020: Gültigkeit der Aufhebungsvereinbarung bestritten. Er habe unter Zwang unterschrieben.

Merkmale

- Bedenkzeit vor Abschluss einer Vereinbarung. Kein Thema des Rechtlichen Gehörs (E. 4.4). Bedenkzeit, AN darf nicht überrumpelt werden (E. 5.1.1).
- Kein Verzicht auf zwingende Ansprüche. Zugeständnisse von vergleichbarer Bedeutung jeder Partei (E. 5.1.2).
- Verzicht auf Schutz bei AUF kein grosses Zugeständnis – trotz Herzinfarkt während Kündigungsfrist (E. 5.3.3).

Appellationsgericht BS vom 19.10.2022 (VD.2022.8)

- Universitätsspital kündigte Mitarbeiterin nach Auferlegung einer Bewährungsfrist (Ziffer 2.3.2 Abs. 3 GAV).
- Ziffer 2.3.6 GAV: Arbeitsverhältnis endet auch bei unrechtmässiger Kündigung. Z.B. Kündigung ohne sachlichen Grund oder Unverhältnismässigkeit. Stattdessen Entschädigung.

- AppGer:
Bei Verletzung des Rechtlichen Gehörs wird Kündigungsverfügung trotzdem aufgehoben. Nicht nur bei besonders schwerer (Nichtigkeit).
- Arbeitsverhältnis besteht demnach weiter (E. 1.2).
- Erstaunlich:
Widerspricht der Praxis des BVwGer zum PG zur selben Frage (A_2718/2016; A_4319/2015) und findet auch keine Stütze beim BGer (BGE 8C_620/2013, E 3.3.).

Das heisst:

- **Achtung** bei den Anträgen im Rekurs!
- Aufhebung der Kündigung verlangen. AppGer hebt die Kündigung wegen Verletzung des Rechtlichen Gehörs nicht von Amtes wegen auf.
- Ausser bei Nichtigkeit wegen besonders schwerer Verletzung.

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Christoph Meyer
Dr. iur., Advokat, LL.M.
NEOVIUS Advokatur & Notariat
christoph.meyer@neovius.ch

