

2. Personalrecht

§§ 11 und 12 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist nichtig, wenn sie während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen wird.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Zuge einer Reorganisation kündigte die Direktion X. das Arbeitsverhältnis mit B. mit Verfügung vom 29. Oktober 2007 per 30. April 2008 und stellte ihn – bei Gehaltsfortzahlung bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses – mit sofortiger Wirkung frei: Wegen unverschuldeter Entlassung sprach sie B. gestützt auf §§ 24 und 25 des Personalgesetzes eine Abgangsentschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen zu. Gegen diese Verfügung beschwerte sich der betroffene Arbeitnehmer fristgerecht beim Verwaltungsgericht und machte geltend, die Kündigung sei als nichtig zu erklären, da er ab dem 21. September 2007 arbeitsunfähig gewesen und die Kündigung daher während einer Sperrfrist erfolgt sei.

Aus den Erwägungen:

2. Ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis endigt gemäss § 8 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG, BGS 154.21) durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters oder seitens des Kantons. Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis gemäss § 10 Abs. 1 PG unter Einhaltung der für den Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen. Vor der Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen wie Ermahnung, Verwarnung, Rüge, Verweis, Gehaltskürzungen, Aufschub oder Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, Zuweisung anderer Arbeit, Versetzung an eine andere Stelle (Funktionsänderung) oder Androhung der Entlassung (§ 10 Abs. 4 PG). Eine Kündigung ist, wenn sie während bestimmter Sperrfristen ausgesprochen wird, nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung (§§ 11 und 12 PG). Die Kündigung ist gemäss § 13 PG missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, insbesondere wenn sie ausgesprochen wird wegen einer persönlichen Eigenschaft oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, es sei denn, die Eigenschaft oder die Rechtsausübung beeinträchtigt wesentlich die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeiterinnen und Mit-

arbeitern (lit. a), oder wenn sie erfolgt, um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und deren Geltendmachung nach Treu und Glauben zu erschweren oder zu verunmöglichen (lit. b). Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, die sich nach der Anzahl der zurückgelegten Dienstjahre bemisst (§ 14 Abs. 1 und 2); ein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses kann aus einer missbräuchlichen Kündigung nicht abgeleitet werden und Beschwerden gegen eine solche Kündigung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 14 Abs. 3 PG). Wird bei Beschwerden gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rechtsverletzung festgestellt, so sind mit dem Feststellungsentscheid gleichzeitig die gemäss diesem Gesetz bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geschuldeten finanziellen Leistungen zuzusprechen; unter Vorbehalt der Nichtigkeit ist die Aufhebung der das Arbeitsverhältnis beendigenden Verfügung ausgeschlossen (§ 70 Abs. 3 PG).

Der Beschwerdeführer stellt sich vorab auf den Standpunkt, die Kündigung sei nichtig, weil sie während einer Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen worden sei. Die Beschwerdegegnerin räumt demgegenüber zwar ein, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung krank gewesen sei, ist aber der Ansicht, dass die in § 11 PG statuierte Sperrfrist nicht zum Tragen komme, da die Krankheit des Beschwerdeführers nur zu einer Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit dem bisherigen Arbeitsplatz geführt habe; bei Antritt einer neuen Stelle hätte keine Arbeitsunfähigkeit mehr vorgelegen. Im vorliegenden Verfahren ist damit zunächst zu prüfen, ob die von der Beschwerdegegnerin ausgesprochene Kündigung wegen Verletzung einer Sperrfrist nichtig ist.

3. Die Kündigung seitens des Kantons ist unter Vorbehalt einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung aus wichtigen Gründen nichtig, wenn sie während der folgenden – vorliegend interessierenden – Sperrfristen ausgesprochen wird: während 30 Tagen im 1. Dienstjahr, während 90 Tagen im 2. bis 5. Dienstjahr und während 180 Tagen ab dem 6. Dienstjahr im Falle unverschuldeter ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall (§ 11 Bst. c PG). Die Kündigung, die während einer Sperrfrist erklärt wird, entfaltet keine Rechtswirkung (§ 12 Abs. 1 PG).

Bei der Formulierung dieses Tatbestandes orientierte sich der Gesetzgeber erklärtermassen am Zivilrecht, da der Beamtenstatus abgeschafft und das Arbeitsrecht des kantonalen Personals dem Obligationenrecht angeglichen werden sollte. Die Regelung des Kündigungsschutzes bei Krankheit und Unfall ist denn auch praktisch identisch mit Art. 336 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR. Der Kündigungsschutz ist demnach absolut und bedeutet, dass eine während einer Sperrfrist ausgesprochene

Kündigung wirkungslos ist; der Mitarbeiter verbleibt am Arbeitsplatz. Eine während einer Sperrfrist verfügte Kündigung wird nach Ablauf dieser Frist auch nicht ohne weiteres wirksam; vielmehr müsste nach Ablauf der Frist eine neue ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Fristen und Termine erfolgen. Selbst bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Kündigung wird somit auf Personen mit erhöhtem Schutzbedürfnis besonders Rücksicht genommen (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Personalgesetz; Vorlage Nr. 130.4– 8257, S. 25 und 52 f.). Die Sperrfrist bei Krankheit und Unfall wird damit begründet, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers bei vernünftiger Betrachtungsweise seine Neuanstellung wegen der Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit als unwahrscheinlich erscheinen lasse (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich-Basel-Genf 2006, N 8 zu Art. 336c OR mit zahlreichen Hinweisen). Artikel 336c Abs. 1 lit. b OR wurde nicht eingeführt, weil der Gesundheitszustand den Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung daran hindert, eine andere Anstellung zu suchen, sondern weil eine Anstellung durch einen neuen Arbeitgeber nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist wegen der Unsicherheit in Bezug auf die Dauer und den Grad der Arbeitsunfähigkeit sehr unwahrscheinlich ist. Es geht im Übrigen nicht um die Frage, ob der Arbeitnehmer völlig arbeitsunfähig ist, weil Art. 336 Abs. 1 lit. b OR auch eine teilweise Arbeitsunfähigkeit meint. Diese Bestimmung ist im Krankheitsfall nur dann nicht anwendbar, wenn sich die Beeinträchtigung der Gesundheit als so unbedeutend erweist, dass sie kein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen (Pra 2002 S. 830 mit Hinweisen u.a. auf die Botschaft des Bundesrates vom 9. Mai 1984 in BBl 1984 II 551).

....

c) (Da die ärztlichen Angaben – einerseits des Facharztes Dr. Y., der den Beschwerdeführer behandelte und der damit nach allgemeiner Erfahrung wegen seiner auftragsrechtlichen Vertrauensstellung eher dazu neigt, zu Gunsten seines Patienten auszusagen (vgl. dazu BGE 125 V 353), und andererseits des Vertrauensarztes des Kantons, der allerdings keinen Facharztstitel in Psychiatrie/Psychotherapie führt – erheblich voneinander abwichen, sah sich das Gericht veranlasst, ein gerichtliches Gutachten einzuholen und damit Dr. med. W., Facharzt für Psychiatrie und Neurologie und zertifizierter forensischer Psychiater SGFP, zu beauftragen.)

In seinem Gutachten vom 17. Juli 2008 führt Dr. W. (auszugsweise wiedergegeben) u.a. zur Frage der Arbeitsfähigkeit für den Zeitraum vom 20. September 2007 bis zum Gutachtenszeitpunkt aus, dass beim Beschwerdeführer vom 21. September

2007 bis 30. April 2008 eine (generelle) Arbeitsunfähigkeit zu 100% bestanden habe. Ab dem 1. Mai 2008 betrage die Arbeitsfähigkeit 50% und ab 1. Juli 2008 80%. (...) Die Beurteilung einer «Arbeitsunfähigkeit» beziehe sich im Übrigen in aller Regel generell auf jede Arbeitstätigkeit. Eine differenziertere Einstufung spiele allenfalls bei der Beurteilung der aus dem Rentenversicherungswesen stammenden Begriffe der Erwerbs- oder Berufsfähigkeit eine Rolle, nach denen hier aber gar nicht gefragt sei.

d) Das psychiatrische Gutachten von Dr. W. ist in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden, leuchtet in den Zusammenhängen ein, ist in sich nachvollziehbar, widerspruchsfrei und beantwortet die gestellten Fragen erschöpfend. Es ist damit auch schlüssig und überzeugt, sodass darauf abgestellt werden kann. Die von der Beschwerdegegnerin dagegen erhobenen Beanstandungen vermögen hingegen nicht zu überzeugen, da sie in erster Linie Nebensächlichkeiten betreffen. (...) Auch bei den vereinzelt anzutreffenden Unklarheiten handelt es sich wohl um Flüchtigkeiten (des Sekretariats, welches das Gutachten niedergeschrieben hat, oder des Gutachters beim Durchlesen und Korrigieren des Gutachtens), die aber im Zusammenhang ohne weiteres und zwanglos ihrem richtigen Sinn entsprechend verstanden werden können. Die Beschwerdegegnerin weist im Übrigen darauf hin, dass der Gutachter den Ausführungen im Leitfaden «Zumutbare Arbeitstätigkeit nach Unfall und bei Krankheit», herausgegeben von der Interessengemeinschaft Versicherungsmedizin Schweiz, Swiss Insurance Medicine, widerspreche; in diesem Leitfaden werde nämlich ausgeführt, dass bei mittelgradig Depressiven die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt sein könne, während der Gutachter angebe, dass es sich bei einer mittelgradig depressiven Episode mit somatischem Syndrom um eine schwere psychische Erkrankung handle, die regelhaft mit der ärztlichen Verneinung der Arbeitsfähigkeit einhergehe. Die Beschwerdegegnerin übersieht, dass die Ausführungen im Leitfaden allgemein gehalten sind und darin die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit als abhängig von der Ausprägung der mittelgradig depressiven Erkrankung mit oder ohne somatische Komponente – d.h. abhängig von der konkreten Diagnose und der Schwere der Erkrankung im Einzelfall – beschrieben werden. Demgegenüber liegt gemäss gerichtlichem Gutachter bei der Diagnose einer mittelgradig depressiven Episode mit somatischem Syndrom, wie er sie für den Beschwerdeführer präzise gestellt hat, regelhaft eine Arbeitsunfähigkeit vor. Ein Widerspruch ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. An der Aussagekraft des Gutachtens von Dr. W. vermögen die Einwände der Beschwerdegegnerin insgesamt nichts zu ändern. Damit ist erstellt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung zu 100% arbeitsunfähig war und zwar sowohl am bisherigen wie an jedem anderen Arbeitsplatz.

e) War der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung somit zu 100% arbeitsunfähig, erfolgte die Kündigung während der Sperrfrist gemäss § 11 Bst. c PG; sie erweist sich demzufolge grundsätzlich als nichtig, es sei denn, die in § 11 PG genannten Vorbehalte wären anwendbar. Eine fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen, die auch während einer Sperrfrist zulässig wäre, hat die Beschwerdegegnerin nicht ausgesprochen und in der Kündigungsverfügung hat sie selbst explizit darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer die Entlassung nicht verschuldet habe. Im Weiteren ist nicht erkennbar und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, dass die Krankheit bzw. die Arbeitsunfähigkeit durch den Beschwerdeführer selbst verschuldet worden wäre. Damit ist keiner der beiden Vorbehalte, die eine Kündigung trotz Sperrfrist zulassen würden, erfüllt und es bleibt bei der Nichtigkeit der Kündigung. Auch der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 25. [recte: 21.] Dezember 2005 (PB.2005.00034) vermag daran nichts zu ändern. Abgesehen davon, dass dieser Entscheid für das Verwaltungsgericht ohnehin nicht verbindlich ist, lässt sich diesem Entscheid nichts zu Gunsten der Beschwerdegegnerin herleiten. Einerseits ist dem zitierten Entscheid nicht schlüssig zu entnehmen, ob eine gleiche oder gleichwertige ärztliche Diagnose gestellt wurde, sodass sich die beiden Fälle von vornherein nicht unbesehen vergleichen lassen. Andererseits haben die Ärzte, darunter der behandelnde Psychiater, festgehalten, dass der Beschwerdeführer in jenem Fall von der Arbeit zu dispensieren sei und dass es ihm unstrittig gesundheitlich möglich gewesen wäre, seine Tätigkeit in einer andern Funktion oder an einem anderen Arbeitsplatz weiterhin auszuüben. Gerade dies ist beim Beschwerdeführer indessen nicht der Fall; er war erwiesenermassen voll arbeitsunfähig und zwar auch für jede andere Tätigkeit, weshalb die gesetzlich vorgesehene Sperrfrist vollumfänglich zum Tragen kommt. Die Beschwerdegegnerin war zwar nicht verpflichtet, von sich aus eine psychiatrische Abklärung anzuordnen; wenn sie die Kündigung aber aussprach, obwohl ihr im Zeitpunkt der Kündigung die fachärztliche Bescheinigung einer vollen Arbeitsunfähigkeit vorlag, und sie sich vollumfänglich auf die Angaben ihres Vertrauensarztes, der nicht über einen Facharzttitel verfügt, verliess, so trug sie auch das Risiko, dass die Kündigung allenfalls wegen einer Sperrfrist nichtig sein könnte. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen worden ist und sie deshalb nichtig ist und keinerlei Rechtswirkungen entfaltet. Dies bedeutet, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer nach wie vor besteht und erst nach Ablauf von 180 Tagen – d.h. ab dem 18. März 2008 (in Berücksichtigung des Schaltjahres) – gekündigt werden kann, wobei bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall gemäss § 58 PG bestehen bleibt. Die Beschwerde erweist sich damit im Hauptpunkt als begründet und

muss gutgeheissen werden. Bei diesem Ausgang kann offen bleiben, ob die Kündigung auch als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 13 PG zu qualifizieren gewesen wäre.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2008

V 2007/154

3. Planungs- und Baurecht

§ 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt.

Aus dem Sachverhalt.

A. Am 25. Mai 2005 reichten die Stadt Zug, die AWZ Wohnbaugenossenschaft Zug und die GEWOBA Wohnbaugenossenschaft Zug ein Gesuch für den Bau der Wohnüberbauung Roost mit 110 Wohnungen ein. Gegen dieses Baugesuch gingen innert der Eingabefrist diverse Einsprachen ein. Am 26. Juni 2006 wurde ein abgeändertes Projekt mit 113 Wohnungen eingereicht. Die Einsprecher wurden über das abgeänderte Projekt in Kenntnis gesetzt und reichten auch gegen dieses Einsprache ein. Am 13. März 2007 erteilte der Stadtrat von Zug die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und wies gleichzeitig die Einsprachen ab. Gegen diesen Stadtratsbeschluss reichten diverse ehemalige Einsprecher beim Regierungsrat am 2. bzw. 3. April 2007 Verwaltungsbeschwerde ein und beantragten die Aufhebung der Baubewilligung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Am 23. August 2007 fand ein Augenschein statt. Mit Beschluss vom 29. April 2008 wies der Regierungsrat die Verwaltungsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer ab. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss liessen die Eigentümergemeinschaft Meisenbergstrasse 2 und 4, A. und B., C., D. und E. am 5. Juni 2008 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates betreffend die Baubewilligung für die Arealbebauung Roost auf dem GS Nr. 1482 vom 29. April 2008 sei aufzuheben, die Baubewilligung des Stadtrates Zug vom 13. März 2007 sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Verfahren zu Lasten der Beschwerdegegner. Mit Vernehmlassungen vom 3. Juli 2008, 14. Juli 2008 und 6. August 2008 lassen alle Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer beantragen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne.