

02
23**legalis brief**
Fachdienst
Arbeitsrecht
Urteil des Monats**Fristlose Kündigung im öffentlichen Personalrecht wegen Verweigerung der Maskentragung und des vertrauensärztlichen Untersuchs****BGer 8C_271/2023 vom 19.06.2023**

§ 18 PG/ZH , Art. 21 PR/ZH , Art. 84 PR/ZH , Art. 182 AB PR/ZH , Art. 337 OR

Gerechtfertigte fristlose Kündigung im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis nach verweigertem vertrauensärztlichem Untersuch und Verweigerung der Maskentragung: eine Betriebspsychologin der Stadt Zürich verweigerte die Maskentragung am Arbeitsplatz trotz anderweitiger Anordnung. Sie stützte sich dabei auf ein mehrere Monate zuvor ausgestelltes Arztzeugnis, wonach sie aus gesundheitlichen Gründen im öffentlichen Verkehr keine Maske tragen könne. Das Bundesgericht erwog, dass die Arbeitgeberin bei einem solchen Arztzeugnis berechtigt einen vertrauensärztlichen Untersuch anordnen durfte. Die Verweigerung desselben und gleichzeitig der weisungsgemässen Umsetzung der Arbeit (mit Maske) trotz Abmahnung stellen schwere Verletzungen der Dienst- und Treuepflichten dar. Mindestens im Rahmen des Entscheides des Bundesgerichts nicht weiter geprüft wurde die Rechtmässigkeit der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Weisung, am Arbeitsplatz die Maske zu tragen (von deren Rechtmässigkeit aber offenbar auszugehen war).

A war ab dem 15. September 2015 als Betriebspsychologin bei der Stadt Zürich tätig. Ab dem 26. Oktober 2020 galt aufgrund der Covidmassnahmen für Mitarbeitende in den Räumlichkeiten der Stadtverwaltung eine Maskentragpflicht. A gab unter Berufung auf ein ärztliches Zeugnis vom 16. Juli 2020 an, aus medizinischen Gründen keine Maske tragen zu können. Das Arztzeugnis beschränkte sich auf die Feststellung, A sei aus medizinischem Grund von der Maskentragpflicht für öffentliche Verkehrsmittel entbunden.

A widersetzte sich trotz wiederholter Aufforderung und einer Mahnung der Arbeitgeberin nach § 18 PG der Durchführung einer vertrauensärztlichen Untersuchung. Die Stadt Zürich löste das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 20. Januar 2021 fristlos auf. Zuvor war A auch im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Absicht der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nochmals (vergeblich) die Möglichkeit geboten worden, die Ermächtigung zur vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterzeichnen.

Der Bezirksrat Zürich wies den gegen die Auflösungsverfügung erhobenen Rekurs am 28. April 2022 ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 2. März 2023 ab. Im erwähnten Entscheid wies auch das Bundesgericht die Beschwerde unter Kostenfolgen ab.

Erwägungen

Die allfällige Verletzung von kantonalem und kommunalem Recht als solchem bildet grundsätzlich keinen Beschwerdegrund vor Bundesgericht. Überprüft werden kann insoweit nur, ob der angefochtene Entscheid auf willkürlicher Gesetzesanwendung beruht oder ob das Gesetz oder seine Anwendung sonstwie gegen übergeordnetes Recht verstossen (E. 2.1.).

Anwendbar ist das Personalrecht der Stadt Zürich, Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals, vom 6. Februar 2002 (PR; AS 177.100) sowie die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen vom 27. März 2002 (AB PR; AS 177.101). Das Arbeitsverhältnis kann gemäss **Art. 21 Abs. 1 PR** aus wichtigen Gründen beidseits ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden. Als wichtiger Grund gilt dabei jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (**Art. 21 Abs. 2 PR**). **Art. 21 Abs. 3 PR** verweist sodann betreffend Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung ergänzend auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (E. 3.3.), vorliegend also **Art. 337 OR**.

Die Vorinstanz hatte festgestellt, dass A ihre Dienst- und Treuepflicht verletzte, indem sie sowohl die weisungskonforme Ausführung ihrer Aufgaben wie auch die vertrauensärztliche Untersuchung verweigert habe. In Anbetracht der ihr aufgrund ihrer Stellung und Aufgaben als Betriebspsychologin bei der Stadt Zürich zukommenden Vorbildfunktion und grossen Verantwortung sei ihr Verhalten untragbar (E. 4.2.).

Gemäss **Art. 84 PR** können die Angestellten in begründeten Fällen verpflichtet werden, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Eine solche ist gemäss **Art. 182 Abs. 1 lit. b AB PR** unter anderem dann vorzunehmen, wenn Zweifel an einer behaupteten oder bescheinigten Arbeitsunfähigkeit oder reduzierten Leistungsfähigkeit bestehen. Das von A eingereichte Attest war mehrere Monate zuvor und einzig hinsichtlich der Maskentragpflicht für öffentliche Verkehrsmittel ausgestellt worden, so dass die Arbeitgeberin berechtigt daran zweifeln durfte, dass A am Arbeitsplatz aus gesundheitlichen Gründen keine Maske tragen könne. Das wiederum kann als begründeter Fall im Sinne von **Art. 84 PR** qualifiziert werden (E. 5.2.).

Daraus folgt, dass in der Verweigerung des vertrauensärztlichen Untersuchs durch A eine Pflichtverletzung gesehen werden muss und mithin in der Folge auch eine unberechtigte Weigerung der weisungskonformen Ausführung ihrer Aufgaben (mit Maske) vorlagen, demnach schwere Verletzungen der Dienst- und Treuepflicht. Vorzuhalten ist A auch deren Uneinsichtigkeit. Das kantonale Gericht durfte bei dieser Ausgangslage, ohne in Willkür zu verfallen, von einem wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und von deren Verhältnismässigkeit ausgehen (E. 5.3.).

Schliesslich ist mit Blick auf die Rüge der Verwirkung eines allfälligen Rechts zur (gerechtfertigten) fristlosen Kündigung darauf hinzuweisen, dass dem Arbeitgeber öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse für die betreffende Massnahme rechtsprechungsgemäss eine längere Reaktionszeit zugebilligt wird (E. 5.4.).

Kommentierung

Der vorliegende Entscheid ist rechtlich betrachtet zweistufig, wobei zumindest vor Bundesgericht nur die *zweite* Stufe geprüft wurde: Der Beschwerdeführerin wird im Wesentlichen vorgehalten, dass sie eine vertrauensärztliche Untersuchung mehrfach und beständig verweigerte, obwohl deren Arztzeugnis zum einen quasi veraltet war und sich überdies nicht auf die Arbeitstätigkeit bezog, sondern auf die Maskentragung im öffentlichen Verkehr. Im Hinblick auf das Datum des Arztzeugnisses liesse sich fragen, ob sich eine gesundheitlich bedingte Unzumutbarkeit der Maskentragung wieder ändern kann, was sicherlich je nach Ursache der Fall sein wird. Umgekehrt ist schwerlich erkennbar, weswegen die Maskentragung im öffentlichen Verkehr gesundheitlich unmöglich, am Arbeitsplatz aber möglich wäre. Immerhin aber mag sich zudem der Verdacht ergeben, dass sich die das Arztzeugnis ausstellende Ärztin dafürhalten liess, A von der Maskentragung im öffentlichen Verkehr zu befreien, da dies als «minder» relevante Bestätigung gewertet werden mag, dies für den Arbeitsplatz aber gegebenenfalls nicht getan hätte (es ist nicht bekannt, weswegen A kein aktualisiertes und für den Arbeitsplatz geltendes Arztzeugnis vorlegen konnte oder wollte). Insofern ist den fallbefassten Gerichten zuzustimmen, dass trotz Vorliegen des fraglichen Arztzeugnisses ein ausreichender Anlass zum vertrauensärztlichen Untersuch bestanden hat.

Die Verweigerung des Untersuchs per se wäre indessen für sich genommen wohl keine schwerwiegende Treuepflichtverletzung, sofern der abzuklärende Gesundheitszustand gar nicht weiter entscheidend wäre. Zu einer schwerwiegenden Treuepflichtverletzung wird dies erst – aber immerhin – dann, wenn die Arbeitnehmerin wegen der nicht

überprüfbaren angeblichen gesundheitlichen Einschränkungen die Arbeitsleistung oder die weisungsgemässe Arbeitsleistung *unberechtigt* verweigert. Das Bundesgericht befasste sich indessen nicht weiter mit der quasi Vorfrage (erste Stufe der rechtlichen Würdigung) nach der Berechtigung der Weisung, wonach am Arbeitsplatz die Maske zu tragen war. Eine Betriebspsychologin kommt wohl nicht um den persönlichen Kontakt herum und hat im Übrigen zweifelsohne auch eine gewisse Vorbildfunktion resp. sollte zumindest nicht selber Angriffsfläche bieten, da sie in ihrer Arbeit auf ein Vertrauensverhältnis angewiesen ist. Mithin ist davon auszugehen, dass die Weisung an sich, am Arbeitsplatz die Maske zu tragen, im vorliegenden Falle berechtigt war – ohne dass dies das Bundesgericht überhaupt prüfte (mit der Formulierung: *«Die Vorinstanz zeigte überzeugend auf, dass die Beschwerdeführerin durch die wiederholte Verweigerung sowohl der weisungskonformen Ausführung ihrer Aufgaben als auch der Aufforderung, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, ihre Dienst- und Treuepflicht schwerwiegend verletzte»*).

Insofern ist das Urteil nicht als solches über die Maskentragpflichten zu verstehen – was indessen zwischenzeitlich auch Gegenstand anderer Urteile bildete –, sondern im Wesentlichen als Bestätigung der Praxis zur fristlosen Kündigung bei Verweigerung des vertrauensärztlichen Untersuchs trotz Berechtigung zur Aufforderung zum Untersuch und erfolgter Abmahnung (vgl. bspw. bereits BGer in JAR 1998 S. 217).

Marco Kamber