

# GR\_GERICHTE U 2021 95 vom 16. August 2022

GR Gerichte, 2022-08-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2021\\_95](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2021_95)

FR: GR\_GERICHTE U 2021 95 du 16 août 2022

IT: GR\_GERICHTE U 2021 95 del 16 agosto 2022

## Regeste

Kündigung / Lohnfortzahlung | Personalrecht

## Erwägungen

### E. 1

Mit Arbeitsvertrag vom 22. Januar 2015 (Arbeitsbeginn 1. Februar 2015) stellten die Psychiatrischen Dienste Graubünden (nachfolgend PDGR) A.\_\_\_\_\_ als Betreuer ein. Der Arbeitsvertrag, befristet bis 30. November 2015, wurde am 9. November 2015 bis auf weiteres unbefristet fortgesetzt.

### E. 2

Mit ansteigendem Verlauf der Ansteckungszahlen des Coronavirus hat der Regierungsrat des Kantons Graubünden mit Beschluss vom 7. September 2021 (Prot. Nr. 806/2021) in Ergänzung zu den Massnahmen des Bundesrates ab dem 13. September 2021 bis 30. November 2021 eine Testpflicht im Gesundheitswesen für ungeimpfte und nicht genesene Mitarbeiter vorgeschrieben. In Anbetracht der damaligen epidemiologischen Lage wurde die Testpflicht bis zum 28. Februar 2022 verlängert.

### E. 3

Die PDGR setzte diese Testvorgaben für ihre Mitarbeitenden des Gesundheits- und Behindertenbereichs um. Ungeimpfte und nicht genesene Mitarbeitende waren ab dem 20. September 2021 verpflichtet, sich mindestens zwei Mal pro Woche mittels Speicheltest (sog. Betriebstestungen) testen zu lassen. Im Infoflash der PDGR wurde angekündigt, dass wer die regelmässigen Testungen verweigere und somit dem Schutzkonzept nicht Folge leiste, mit personalrechtlichen Massnahmen zu rechnen habe. Mit E-Mail vom 19. September 2021 wurde dies für die Mitarbeiter der B.\_\_\_\_\_, der geschützten Arbeitsstätte der PDGR, weiter konkretisiert.

### E. 4

Am 20. September 2021 teilte C.\_\_\_\_\_, Leiter B.\_\_\_\_\_, dem HR (Human Resources) der PDGR mit, dass A.\_\_\_\_\_ nach einem Gespräch mit seinem direkten Vorgesetzten und C.\_\_\_\_\_ selbst (beides gleichentags) die Betriebstestung verweigere. Bei den Gesprächen wurde A.\_\_\_\_\_ auf

- 3 - die Konsequenzen hingewiesen, die offerierte Bedenkzeit lehnte er jedoch ab.

### E. 5

A.\_\_\_\_\_ erhielt mit Schreiben vom 21. September 2021 eine Abmahnung aufgrund der Verweigerung der Betriebstestung. Dabei wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass sein Verhalten weiterführende arbeitsrechtliche Konsequenzen habe als bisher und auch eine

ordentliche Kündigung rechtfertige bzw. dort, wo Mitarbeitende mit direktem physischen Patientenkontakt betraut sind, sogar eine fristlose Kündigung. A.\_\_\_\_\_ erhielt bis am 27. September 2021 Frist zur schriftlichen Stellungnahme.

#### **E. 6**

Mit E-Mail vom 24. September 2021 nahm A.\_\_\_\_\_ Bezug auf die Abmahnung und teilte mit, dass ihm der Regierungsbeschluss 806/2021 nur als Auszug vorliege und er auf Rückmeldung der Einsicht beim "Ministerium" für Justiz, Sicherheit und Gesundheit warte. Er verlangte daher eine Fristverlängerung. Mit E-Mail vom 24. September 2021 sendete ihm D.\_\_\_\_\_, Mitarbeitende HR der PDGR, den Regierungsbeschluss zu. Die PDGR gewährte ihm zusätzliche 24 Stunden für eine Stellungnahme (Frist bis 28. September 2021 um 12.00 Uhr). Daneben verlangte die PDGR von A.\_\_\_\_\_, dass er ab Montag, 27. September 2021 (ursprüngliche Frist), von der Arbeit aufgrund der Testverweigerung fernbleibe.

#### **E. 7**

Mit Schreiben vom 27. September 2021 nahm A.\_\_\_\_\_ Stellung zur Abmahnung vom 22. September 2021. Darin schrieb er, dass die PDGR sowie auch er selbst immer noch die Pflicht habe abzuklären, ob man sich mit dem Regierungsbeschluss 806/2021 noch im rechtlichen Rahmen bewege. Unter Bezugnahme auf verschiedene wissenschaftliche Studien stellt er die Sinnhaftigkeit und Aussagekraft des Spucktests in Frage. A.\_\_\_\_\_ unterstellte in seiner Stellungnahme dem Regierungsbeschluss 806/2021 einen schweren Grundrechtseingriff, eine fehlende gesetzliche

- 4 - Grundlage sowie Unverhältnismässigkeit. Dabei wies er die PDGR darauf hin, dass sie sich der Nötigung nach Art. 181 StGB strafbar mache. Zum Schluss gab er an, dass er gerne bereit sei, seine Arbeit unter Einhaltung des geltenden Rechts auszuführen.

#### **E. 8**

Mit Schreiben vom 29. September 2021 nahm die PDGR Bezug auf die schriftliche Stellungnahme in Folge der Abmahnung vom 21. September 2021. Die Stellungnahme habe keine neuen Erkenntnisse gebracht und daher seien sie zum Schluss gekommen, dass sie, wie im Schreiben vom 21. September 2021 angekündigt, die ordentliche Kündigung per 31. Januar 2022 mit sofortiger Freistellung ohne Lohnfortzahlung aussprechen. Am 30. September 2021 sendete die PDGR das Kündigungsschreiben (zuvor mündliche Mitteilung am gleichen Tag) per Post A.\_\_\_\_\_ zu, da er den Erhalt beim persönlichen Gespräch gleichentags nicht bestätigen wollte.

#### **E. 9**

Mit Schreiben vom 7. Oktober 2021 nahm A.\_\_\_\_\_ auf eben genannte Kündigung Bezug und führte aus, dass diese einer fristlosen Entlassung gleichkomme. Er akzeptiere diese Freistellung ohne Lohnfortzahlung nicht und biete seine Dienste weiterhin an. Seine Abklärungen hätten ergeben, dass diese Testpflicht nicht zulässig und als unrechtmässiger Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte zu qualifizieren sei. Er sei nach wie vor gewillt bei der PDGR zu arbeiten, jedoch ohne Testpflicht und bei Symptomen werde er zu Hause bleiben und sich einem Test unterziehen. Man solle seine Kündigung nochmals überprüfen und allenfalls eine anfechtbare Verfügung erlassen.

#### **E. 10**

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2021 bestätigte die PDGR den Eingang der Einsprache. Sie führte aus, dass eine Weiterbeschäftigung aufgrund des erwähnten Regierungsbeschlusses 806/2021 nach wie vor nicht möglich sei, da A.\_\_\_\_\_ explizit nur ohne Testpflicht weiterarbeiten würde.

- 5 - Somit sei die Arbeitsverhinderung selbstverschuldet und sie würden an ihrer Kündigung festhalten.

#### **E. 11**

A.\_\_\_\_\_ schrieb die PDGR am 28. Oktober 2021 wiederum an und verlangte die Zustellung einer anfechtbaren Verfügung oder die Aufklärung über den Rechtsweg für die Anfechtung der Kündigung. Am 8. November nahm die PDGR schriftlich Stellung und wies darauf hin, dass die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber eine anfechtbare Verfügung darstelle, gegen welche innert 60 Tag seit deren Mitteilung Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden erhoben werden kann.

#### **E. 12**

Folgend reichte A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 29. November 2021 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ein. Dabei beantragte er, dass die PDGR zu verpflichten sei, dem Beschwerdeführer den Lohn vom 1. Oktober 2021 bis 31. Januar 2022 von CHF 5'650.00 brutto pro Monat, d.h. insgesamt CHF 22'600.00 sowie den 13. Monatslohn pro rata temporis von CHF 1'883.30, d.h. total CHF 24'483.30 brutto zu bezahlen. Weiter sei die PDGR zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen wegen unrechtmässiger/missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die Freistellung nur unter Lohnfortzahlung erfolgen könne, da die Arbeitsverhinderung nicht aufgrund seines Verschuldens vorliege. Er habe seine Arbeitskraft nach der Kündigung angeboten, welche aber von Seiten der PDGR nicht angenommen worden sei. Weiter wirke sich die Freistellung ohne Lohnfortzahlung wie eine fristlose Kündigung aus. Der Beschwerdeführer machte eine missbräuchliche und ungerechtfertigte Kündigung geltend. Die PDGR halte zu Unrecht den Regierungsbeschluss 806/2021 für eine öffentlich-rechtliche Grundlage für die Betriebstestungen. Dabei gehe die PDGR davon aus, dass nicht nur ein Weisungsrecht, sondern eine

- 6 - Weisungspflicht bestehe, was nicht zutreffend sei. Weiter sei die Verweigerung der Testpflicht durch den Beschwerdeführer keine Verletzung einer gesetzlichen Pflicht gemäss Art 9 Abs. 2 lit. b PG und folglich kein Kündigungsgrund, da der Regierungsbeschluss nicht für Mitarbeitende im Bereich der Arbeitsagogik gelte. Selbst wenn die Bestimmungen für den Beschwerdeführer gelten würden, so verstosse der Regierungsbeschluss gegen die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung. Weiter machte der Beschwerdeführer geltend, dass mangels einer formell- gesetzliche Grundlage für den Speicheltest keine Rechtfertigung für den Eingriff in die persönliche Freiheit vorhanden sei und somit kein Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht vorliegen könne. Auch ein Verstoß gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts macht der Beschwerdeführer geltend. Es handle sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, welches es untersagt, obligatorische präventive Massentests durchzuführen. Somit sei es den Kantonen verwehrt, gesetzgeberisch aktiv zu werden. Der Beschwerdeführer rügte, dass die Testpflicht für Mitarbeiter ohne Zertifikat die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verletze und gegen das Datenschutzgesetz

verstosse. Laut dem Beschwerdeführer sei es gerechtfertigt, dass die rechtswidrige, diskriminierende und missbräuchliche Kündigung eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen nach sich ziehe.

### **E. 13**

Am 31. Januar 2022 reichte die PDGR (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Vernehmlassung zur Beschwerde ein. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Dies unter gesetzlicher Kostenfolge zulasten des Klägers. Die Beschwerdegegnerin bestritt dabei sämtliche Ausführungen. Sie führte aus, dass klar sei, dass eine Weiterbeschäftigung aufgrund des Regierungsbeschlusses bei einer Verweigerung des Tests nicht in Frage komme. Es läge kein Annahmeverzug seitens der Beschwerdegegnerin vor, denn sie würden die Arbeit des Beschwerdeführers gerne annehmen,

- 7 - soweit er die öffentlich-rechtlichen Voraussetzung (Testpflicht) erfülle. Somit bestehe eine objektive Unmöglichkeit seitens der Beschwerdegegnerin. Eine Lohnfortzahlung sei hier zu verneinen, da der Arbeitnehmer selbst verschuldeterweise an seiner Arbeitsleistung verhindert sei. Die Beschwerdegegnerin bestritt weiter die Rechtswidrigkeit der Kündigung aufgrund Fehlens eines sachlichen Grundes, da das Verhalten des Beschwerdeführers alle Voraussetzungen gemäss Art. 9 PG erfülle. Somit sei die Kündigung laut Beschwerdegegnerin rechtmässig erfolgt. Weiter sei die Aussage des Beschwerdeführers, dass die Kündigung mit der Freistellung ohne Lohnfortzahlung einer fristlosen Entlassung gleichkäme falsch. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung sei laut Beschwerdegegnerin, dass der Beschwerdeführer als Arbeitnehmer ohne nachvollziehbaren Grund eine notwendige Vorbereitungshandlung und Arbeitsvoraussetzung verweigere, wobei er in Kauf nahm, dass er somit nicht mehr eingesetzt werden könne. Es bestehe auf Seiten der Arbeitgeberin jedoch keine Pflicht, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes immer und ausnahmslos eine fristlose Kündigung auszusprechen. Weiter stimme es nicht, dass faktisch eine fristlose Kündigung vorliege, denn dies treffe schon aufgrund versicherungsrechtlichen Gründen nicht zu sowie auch nicht betreffend das Arbeitszeugnis. Auch die Behauptung des Beschwerdeführers, dass die Verweigerung des Tests die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar mache, sei für die Beschwerdegegnerin nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerin bestritt die Auslegung des Art. 14 PG durch den Beschwerdeführer, der darin eine teilweise Lohnfortzahlungspflicht erblickte. Denn ein Wegfall der Lohnfortzahlungspflicht sei durch Art. 14 PG laut Beschwerdeführer nicht möglich. Ob eine Lohnfortzahlung bestehe oder nicht, ergebe sich auch bei Freistellung einzig nach dem Obligationenrecht und nicht aus der Botschaft zum Personalgesetz. Dabei entfalle die Lohnfortzahlung ganz und nicht nur teilweise. Nachfolgend bestritt die Beschwerdegegnerin

- 8 - auch die Behauptung, dass die Bewohner der Wohnheime E. \_\_\_\_\_ sowie der B. \_\_\_\_\_ nicht unter den im Regierungsbeschluss 806/2021 erfassten Personenkreis fallen würden. Diese Bewohner hätten aufgrund ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung genau dieselben Ansprüche, gegen das Virus geschützt zu werden, wie andere stationäre Patienten der PDGR. Gleichzeitig führte die Beschwerdegegnerin aus, dass die Rüge des Grundsatzes der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung des Beschwerdeführers wohl mit einer Verfassungsbeschwerde ans Verwaltungsgericht zu rügen seien. Dabei sei fraglich, ob die erhobenen Rechtsbegehren den Anforderungen einer Verfassungsbeschwerde genügen. Inhaltlich sei diese Rüge laut Beschwerdegegnerin ohnehin abzuweisen. Für die Rüge der

Ungleichbehandlung von Geimpften und nicht-Geimpften verweist die Beschwerdegegnerin auf zwei Dokumente der Task Force Covid-19, wonach diese Ungleichbehandlung sachlich und sinnvoll sei. Weiter sei auch die Rüge des Fehlens einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn unbegründet, da es sich nur um einen leichten Grundrechtseingriff handelte. Die Beschwerdegegnerin erachtet die Behauptung des Verstosses gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts in Bezugnahme auf Art. 40 Abs. 2 EpG als falsch. Sie verweist auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, wonach es den Entscheid, eine Schülerin vom Unterricht aufgrund der Verweigerung des Spucktests auszuschliessen, schützte. Weiter sei der Verstoß gegen das Datenschutzgesetz dadurch widerlegt, dass eine Testpflicht nach geltendem Recht zulässig sei. Die Forderung einer Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung des Beschwerdeführers in Höhe von sechs Monatslöhnen, zeige laut der Beschwerdegegnerin, dass für ihn selbst nur ein mittelschwerer Verstoß vorliege. Die Beschwerdegegnerin beantragte somit die vollständige Abweisung der Beschwerde.

- 9 -

#### **E. 14**

Am 7. März 2022 reichte der Beschwerdeführer die Replik ein und hielt an seinen Ausführungen in der Beschwerdeschrift fest und führte diese weiter aus. Dabei verwies er auf einen Artikel von F.\_\_\_\_\_ ("selektive Covid- Testpflicht und arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz", Jus Letter vom 28. Februar 2022) wonach vor dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot einzig "testen für alle oder niemanden" standhielte. Weiter verlangte der Beschwerdeführer ein Sachverständigengutachten.

#### **E. 15**

Die Beschwerdegegnerin hielt am 19. April 2022 duplizierend an den Rechtsbegehren in der Vernehmlassung fest. Dabei bestritt sie sämtliche Rechts- und Sachverhaltsausführungen des Beschwerdeführers. Die Beschwerdegegnerin betonte dabei, dass eine Testpflicht für alle einer verhältnismässigen Anwendung der Fürsorgepflicht und den Testkapazitäten der Testzentren nicht standhalten würden. Auch führte die Beschwerdegegnerin aus, dass der Artikel von F.\_\_\_\_\_ nichts an der Rechtslage ändern würde, da es eine einzelne Meinung eines Juristen sei, der erst gerade den Masterabschluss absolvierte, und im Februar 2022 geschrieben wurde und somit unter anderen Pandemiebedingungen als zur Zeit der Kündigung. Auch sei der vom Beschwerdeführer erwähnte Art. 25 Abs. 4 der Covid-19-Verordnung besondere Lage zum Zeitpunkt der Kündigung noch gar nicht in Kraft gewesen; vielmehr sei im Zeitraum vom 13. September 2021 bis zum 24. Januar 2022 Art. 25 Abs. 2bis Covid- 19-Verordnung anwendbar gewesen, welcher die Beschwerdegegnerin zur Überprüfung des Vorliegens eines Zertifikats der Arbeitnehmer berechtigt habe. Die Beschwerdegegnerin verlangte weiter die vollständige Abweisung der Beschwerde. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften, die angefochtene Verfügung sowie die eingereichten Beweismittel wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

- 10 - II. Das Gericht zieht in Erwägung:

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