

# **SO\_GERICHTE VWBES.2017.201 vom 2. November 2017**

SO Obergericht, 2017-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2017.201](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2017.201)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2017.201 du 2 novembre 2017

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2017.201 del 2 novembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A.\_\_\_\_ war ab dem 1. Dezember 2016 als Abteilungsleiter mit einem vollen Pensum bei der Ausgleichskasse des Kantons Solothurns in Zuchwil tätig. Die im Anstellungsvertrag vorgesehene Probezeit von drei Monaten wurde im Rahmen eines Mitarbeitergesprächs am 8. Februar 2017 im gegenseitigen Einverständnis bis zum 30. Mai 2017 verlängert. Ab dem 13. Februar 2017 war A.\_\_\_\_ wegen Krankheit 100 % arbeitsunfähig.

### **E. 1.1**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist das gegen Verfügungen von kantonalen Behörden zulässige Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung zuständig (§§ 49/50 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12; § 53 Staatspersonalgesetz, StPG, BGS 126.1). A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführer genannt) ist durch den angefochtenen Regierungsratsbeschluss beschwert und damit zur Beschwerdelegitimiert. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten, jedenfalls soweit es nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit geht (dazu sogleich).

### **E. 1.2**

Beim Anstellungsvertrag zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kanton Solothurn, vertreten durch das Personalamt, geht es um ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis, worüber sich die Parteien einig sind. Über Anstände aus dem Anstellungsvertrag, die nicht vermögensrechtlicher Natur sind, erlässt die Anstellungsbehörde eine Verfügung, welche beim Regierungsrat angefochten werden kann. Der Beschluss des Regierungsrates kann beim Verwaltungsgericht angefochten werden (§ 53 Abs. 1 StPG). Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur aus dem Anstellungsverhältnis sind im Klageverfahren geltend zu machen (§ 48 Abs. 1 lit. b GO).

Nach ständiger Praxis, die auch im Grundsatzentscheid SOG 2013 Nr. 16 nicht in Zweifel gezogen wurde, sind Kündigungen durch Verfügung auszusprechen. Streitigkeiten um die Beendigung des Dienstverhältnisses unterliegen deshalb der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege im Beschwerdeverfahren (vgl. auch § 200 Gemeindegesetz, BGS 131.1).

### **E. 1.3**

Folglich ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde das zulässige Rechtsmittel zur Anfechtung der Kündigung und auf die Beschwerde ist diesbezüglich einzutreten.

### **E. 1.4**

Für die geltend gemachten Lohnforderungen hätte der Beschwerdeführer demgegenüber den Klageweg zu beschreiten. Sie sind Folge (der Dauer) des Anstellungsverhältnisses. Entsprechend kann auf Ziffer 3 der Rechtsbegehren im vorliegenden Beschwerdeverfahren

nicht eingetreten werden.

### **E. 1.5**

Nicht eingetreten werden kann mangels eines separaten Feststellungsinteresses auf Ziffer 2 der Rechtsbegehren. Wenn die Kündigung aufgehoben wird, besteht je nach Situation entweder das Arbeitsverhältnis weiter oder es entsteht allenfalls ein Ersatzanspruch.

2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer die Beiladung der Visana Services AG und der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Bern in das vorliegende Verfahren. Im Streit liegt ausschliesslich die gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochene Kündigung. Die Leistungspflicht der genannten

Versicherungseinrichtungen sind nicht vom Streitgegenstand erfasst. Ein schützenswertes eigenes Interesse am Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist weder für die Visana Services AG noch für die öffentliche Arbeitslosenkasse ersichtlich.

Streitverkündung und Nebenintervention sind zudem gesetzlich nicht vorgesehen und dem Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich fremd (vgl. z.B. schon SOG 1976 Nr. 34; Urteil vom 14. Juli 2015 i.S. G. betreffend Nichtwiederwahl). Der Antrag auf Beiladung der Visana Services AG und der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Bern ist daher abzuweisen.

3. Der Beschwerdeführer beantragt eine öffentliche Gerichtsverhandlung mit Publikums- und Presseanwesenheit. Nach § 71 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, BGS 124.11) finden mündliche Verhandlungen nur bei Disziplinarbeschwerden statt. In allen übrigen Fällen entscheiden die Verwaltungsgerichtsbehörden aufgrund der Akten; sie können jedoch, auf Antrag oder von Amtes wegen, eine Verhandlung anordnen, sofern dies Sinn macht. Vorliegend geht der für das Verfahren relevante Sachverhalt genügend klar aus den Akten hervor. Es stellt sich eine reine Rechtsfrage. Es ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen relevanten Erkenntnisse das Gericht anlässlich einer Verhandlung gewinnen könnte. Ein Anspruch nach Art. 6 Ziff. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) besteht ebenfalls nicht, geht es doch weder um eine strafrechtliche Anklage noch um zivilrechtliche Ansprüche. Der Beschwerdeführer bekleidete als Abteilungsleiter eine Funktion, welche ihn zum Entscheidungsträger machte, welcher mit staatlicher Autorität ausgestattet ist und über Ansprüche von Bürgern verbindlich entschied. Der entsprechende Antrag des Beschwerdeführers ist nach dem Gesagten abzuweisen.

4. Die rechtlichen Grundlagen des im Streit liegenden Anstellungsvertrages finden sich im Staatspersonalgesetz und im Gesamtarbeitsvertrag (GAV, BGS 126.3), wie auch aus Ziffer 1 des Anstellungsvertrages vom 1. Dezember 2016 hervorgeht.

### **E. 2**

Mit Schreiben vom 20. Februar 2017 beantragten die Vorgesetzten von A.\_\_\_\_ beim Personalamt die Auflösung des Anstellungsverhältnisses während der Probezeit unter Einhaltung der einmonatigen Kündigungsfrist. Gleichzeitig ersuchten sie um sofortige Freistellung von A.\_\_\_\_.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, A.\_\_\_\_ habe seine Vorgesetzte am 15. Februar 2017 mündlich informiert, dass er die Aufgaben und Pflichten als Abteilungsleiter aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr wahrnehmen können. Es habe ihn eine überwunden geglaubte Krankheit wieder eingeholt. Die Parteien hätten sich

darauffhin am 16. Februar 2017 telefonisch geeinigt, dass der Mitarbeitende seine Anstellung am 20. Februar 2017 innerhalb der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von einem Monat kündigen werde. Leider habe sich der Mitarbeitende nicht an diese Abmachung gehalten. Daher sähen sie sich veranlasst, hiermit die Kündigung des Anstellungsverhältnisses von A.\_\_\_\_ zu beantragen. Eine Beschäftigung während der Kündigungsfrist sei aus ihrer Sicht nicht verantwortbar, weshalb sie gleichzeitig die sofortige Freistellung des Mitarbeitenden beantragen würden.

### **E. 3**

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs löste das Personalamt das Anstellungsverhältnis mit Verfügung vom 8. März 2017 während der Probezeit per 15. April 2017 auf.

### **E. 4**

Die dagegen erhobene Beschwerde von A.\_\_\_\_ an den Regierungsrat blieb ohne Erfolg. Im Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 2017/850 vom 16. Mai 2017 wurde namentlich ausgeführt, das Personalamt habe dem Beschwerdeführer das Anstellungsverhältnis während der Probezeit künden dürfen; Sperrfristen wegen Krankheit oder Unfall würden erst nach Ablauf der Probezeit greifen. Dass das Arbeitsverhältnis während der Probezeit selbst dann gekündigt werden dürfe, wenn der Arbeitnehmende wegen Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig sei, decke sich im Übrigen mit der gesetzlichen Regelung des Obligationenrechts für privatrechtliche Anstellungsverhältnisse. Die Kündigung des Personalamtes sei damit rechtmässig erfolgt. Mit dem Ende des Anstellungsverhältnisses ende auch die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung. Der Beschwerdeführer habe keinen Anspruch auf eine Lohnfortzahlung über den Kündigungstermin hinaus. Die Beschwerde sei deshalb vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 4.1**

Gemäss § 18bisStPG gelten die ersten drei Monate der unbefristeten Anstellung als Probezeit (Abs. 1 erster Satz). Die Probezeit kann vertraglich um höchstens drei Monate verlängert werden (Abs. 2). Während der Probezeit kann das Anstellungsverhältnis beidseitig jederzeit mit einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt werden. Die Anstellungsbehörde hat die Kündigung zu begründen (Abs. 4). Nichts anderes ergibt sich aus § 41 Abs. 1 Gesamtarbeitsvertrag (GAV, BGS 126.3). § 39 Abs. 2 GAV regelt zudem, dass die Probezeit während einer Arbeitsverhinderung, insbesondere infolge Krankheit oder Unfall, unterbrochen und mit Wiederaufnahme der Arbeit fortgesetzt wird.

#### **E. 4.2**

Das Staatspersonalgesetz regelt in § 27 die ordentliche Kündigung nach der Probezeit. Die Anstellungsbehörde kann das Anstellungsverhältnis nach Ablauf der Probezeit kündigen, wenn wesentliche Gründe diesen Schritt rechtfertigen (Abs. 3). Wesentliche Gründe für eine Kündigung liegen nach § 27 Abs. 4 vor, wenn die Arbeitsstelle aufgehoben wird und die Zuweisung eines andern Arbeitsbereiches nicht möglich ist (lit. a), der oder die Angestellte wegen mangelnder Eignung (Fach-, Führungs- oder Sozialkompetenz) nicht in der Lage ist, seine oder ihre Aufgaben zu erfüllen oder wenn er oder sie ungenügende Leistungen erbringt oder sein oder ihr Verhalten zu berechtigten Klagen Anlass gibt (lit. b) oder wenn der oder die Angestellte eine strafbare Handlung begangen hat, die nach Treu und Glauben mit der korrekten Aufgabenerfüllung nicht vereinbar ist (lit. c). Nach Ablauf der Probezeit gilt bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von zwölf Monaten. Im Übrigen sind die Bestimmungen des Obligationenrechts über die

Kündigung zur Unzeit sinngemäss anzuwenden (§ 27bisStPG). Jede Kündigung ohne wesentlichen Grund ist missbräuchlich (§ 27terStPG).

#### **E. 4.3**

Die Kündigung des vorliegenden Anstellungsverhältnisses erfolgte unbestritten innerhalb der Probezeit, weshalb die dargestellten Regeln zu den Kündigungsgründen nicht unbesehen Geltung erlangen. Weil das Probeverhältnis dazu dient, die Fähigkeit und Eignung eines Bediensteten zu prüfen, sind an die Gründe, aus denen dieses schon seiner Natur nach lockere Verhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen: Die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung ist bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe wie z.B. eine Krankheit stützen (BGE 120 Ib 134, E. 2.a) mit Hinweisen sowie Urteil des Bundesgerichts 8C\_649/2012 vom 14. Dezember 2012, E. 8.2).

#### **E. 4.4**

Das Personalamt sprach dem Beschwerdeführers aufgrund seiner Krankheit dessen Eignung als Abteilungsleiter ab. Der Beschwerdeführer teilte nie ausdrücklich mit, woran er erkrankt ist. Aus dem aktenkundigen Schreiben der Pensionskasse Kanton Solothurn vom 15. Februar 2017 an den Beschwerdeführer geht allerdings hervor, dass im Zusammenhang mit Leistungen der Pensionskasse der Vorbehalt «für depressive Erkrankung» angebracht wurde. Mit Blick darauf stellt sich zunächst die Frage, ob die Kündigung zulässig war.

#### **E. 4.5**

Eine akute Erkrankung ist als Kündigungsgrund nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie ganz oder teilweise an der Erfüllung der Arbeitspflicht hindert und dadurch einen unmittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis hat (vgl. zum Zivilrecht Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar zum OR, Bern 2014, N 16 zu Art. 336 OR). Die Parteien sind sich einig, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt, als er das Kündigungsschreiben vom 8. März 2017 in Empfang genommen hatte, 100% arbeitsunfähig war. Dies geht aus dem einzigen vorhandenen Arztzeugnis vom 17. Februar 2017 indes nicht eindeutig hervor. Im heutigen Zeitpunkt ist der Beschwerdeführer gemäss seinen eigenen Angaben zu 80% arbeitsunfähig (BS 6 der Beschwerde). Es steht damit ausser Frage, dass zumindest eine teilweise Arbeitsunfähigkeit vorlag bzw. vorliegt. Die Kündigung aufgrund der Krankheit erweist sich demnach als sachlich gerechtfertigt.

#### **E. 4.6**

Die Probezeit war im gegenseitigen Einverständnis bis 30. Mai 2017 verlängert worden, wie aus der Mitarbeiterbeurteilung vom 8. Februar 2017 hervorgeht. Da der Beschwerdeführer während der Probezeit erkrankte und daher nicht zur Arbeit erschien, verlängerte sich die Probezeit (§ 39 Abs. 2 GAV). Grund für diese Regelung ist, dass der Arbeitgeber die vereinbarte Zeit, welche er zur Prüfung, ob er ein unbefristetes Arbeitsverhältnis tatsächlich eingehen will, effektiv zur Verfügung hat. Diese Regelung sagt aber nichts aus zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder zur Lohnfortzahlungspflicht.

#### **E. 4.7**

Der zeitliche Kündigungsschutz, die Sperrfrist von 12 Monaten gemäss § 27bisStPG, greift während der Probezeit nicht. Sie gilt nach expliziter Gesetzesvorschrift erst nach Ablauf der Probezeit. Das Personalamt beendete das Arbeitsverhältnis gemäss den in E. 4.1 hievorgenannten Gesetzesbestimmungen zu Recht mit einer Kündigungsfrist von einem Monat. Gemäss § 41 Abs. 7 GAV ist während der Probezeit kein Kündigungstermin vorgesehen, weshalb das vorliegende Arbeitsverhältnis auf den 15. April 2017 gültig aufgelöst worden ist.

5. Der Beschwerdeführer macht geltend, weil er seit dem 13. Februar 2017 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben sei, müsse die Lohnfortzahlungspflicht infolge Krankheit bis am 15. August 2017 ■ also während sechs Monaten gemäss § 47 Abs. 1 lit. a StPG und § 174 Abs. 1 lit. a GAV andauern.

In der Kündigungsverfügung des Personalamtes wurde nicht über die Lohnfortzahlung bzw. über allfällige Krankentaggelder entschieden, weshalb darüber im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch nicht befunden werden könnte, wenn das im Beschwerdeverfahren überhaupt möglich wäre. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die in § 47 Abs. 1 lit a StPG sowie in § 174 Abs. 1 lit. a GAV statuierte Lohnfortzahlungspflicht jedenfalls mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses per 15. April 2017 untergegangen ist. Der Wortlaut von § 174 Abs. 2 GAV lässt keinen anderen Schluss zu. Der Beschwerdeführer lässt mit seiner Argumentation ausser Acht, dass sich die im Einzelarbeitsvertrag vorgesehene Regelung auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis bezieht, hier jedoch von einem rechtmässig gekündigten auszugehen ist.

6. Nach dem Gesagten hat der Regierungsrat die Verfügung des Personalamtes vom 8. März 2017 zu Recht geschützt und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als rechters qualifiziert. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Bei diesem Ausgang hat A.\_\_\_\_ die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht zu bezahlen, die einschliesslich der Entscheidgebür auf CHF 1'000.00 festzusetzen sind.

Demnach widerkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. A.\_\_\_\_ hat die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 1'000.00 zu tragen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Gottesman

**E. 5**

Mit Beschwerde vom 29. Mai 2017 wandte sich A.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Rémy Wyssmann, an das Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

**E. 6**

Der Regierungsrat, vertreten durch das Finanzdepartement, und das Personalamt schlossen mit Stellungnahmen vom 8. Juni 2017 bzw. 20. Juni 2017 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

**E. 7**

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 22. Juni 2017 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

**E. 8**

Mit Eingaben vom 9. Juni 2017 bzw. 18. August 2017 liess sich der Beschwerdeführer erneut vernehmen.

**II.**

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