

# **SO\_GERICHTE VWBES.2020.29 vom 9. März 2020**

SO Obergericht, 2020-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWBES.2020.29\\_d20200309](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2020.29_d20200309)

FR: SO\_GERICHTE VWBES.2020.29 du 9 mars 2020

IT: SO\_GERICHTE VWBES.2020.29 del 9 marzo 2020

## **Regeste**

Kündigung des Anstellungsverhältnisses während der Probezeit / aufschiebende Wirkung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A.\_\_\_\_ (nachfolgend Beschwerdeführerin) wurde vom 25. April 2019 bis 31. Juli 2020 befristet als Primarlehrerin im Schulhaus «[...]» in der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ angestellt. Das Pensum betrug im Schuljahr 2018/2019 26.4 Lektionen und im Schuljahr 2019/2020 23.4 Lektionen.

### **E. 2**

Die im Anstellungsvertrag vorgesehene Probezeit von drei Monaten wurde am 19. Juni 2019 im gegenseitigen Einvernehmen bis zum 25. Oktober 2019 verlängert.

### **E. 3**

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2019 löste die Primarschule C.\_\_\_\_ das Anstellungsverhältnis mit der Beschwerdeführerin per 22. November 2019 auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, aufgrund mangelnder Kooperationsbereitschaft und unkollegialem Verhalten im Team sei die Beschwerdeführerin zur Ausübung der Lehrtätigkeit an der Primarschule C.\_\_\_\_ nicht geeignet. Die von der Schulleiterin und einer Gemeinderätin unterzeichnete Kündigung wurde der Beschwerdeführerin im Rahmen eines Gesprächs am 22. Oktober 2019 übergeben. Die am Ende des Kündigungsschreibens enthaltene Empfangsbestätigung unterschrieb die Beschwerdeführerin nicht. Das Kündigungsschreiben wurde der Beschwerdeführerin am 23. Oktober 2019 zudem mit Einschreiben zugestellt.

### **E. 4**

Mit Beschwerde vom 4. November 2019 wandte sich die Beschwerdeführerin, v.d. Rechtsanwalt David Lüthi, an den Regierungsrat des Kantons Solothurn und stellte folgende Rechtsbegehren:

Weiter stellte sie folgende Verfahrensanhträge:

### **E. 5**

Mit Eingabe vom 20. November 2019 erklärte sich die Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_, v.d. Rechtsanwalt Daniel von Arx, mit einer Sistierung des Verfahrens bis Mitte Januar 2020 einverstanden. Gleichzeitig beantragte sie, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

### **E. 6**

Mit Stellungnahme vom 11. Dezember 2019 beantragte die Beschwerdeführerin, der Antrag der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ vom 20. November 2019, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen sei, sei abzuweisen.

### **E. 6.1**

Die Gewährung oder der Entzug der aufschiebenden Wirkung beruht auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (Urteil des Bundesgerichts 1C\_121/2016 vom 27. April 2016, E. 4.2). Das Gesetz enthält keine Kriterien für die Beurteilung, ob die aufschiebende Wirkung zu entziehen sei. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich aufgrund einer Abwägung im Einzelfall, ob der Suspensiveffekt zu belassen oder zu entziehen ist. Es ist zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung sprechen; dabei steht der zuständigen Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. Hansjörg Seiler, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 55 N 92).

### **E. 6.2**

Nach der Rechtsprechung kann auch der vermutliche Ausgang des Verfahrens in der Sache selber in der Interessenabwägung berücksichtigt werden, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind (vgl. BGE 130 II 149, E. 2.2). Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist das sogar das primäre Kriterium. Das rechtfertigt sich, um zu vermeiden, dass mehr oder weniger aussichtslose Beschwerden allein schon um eines Verzögerungserfolgs willen erhoben werden. Auch wenn die Erfolgchancen gering sind, ist aber eine Interessenabwägung erforderlich, wenn es um wesentliche Eingriffe geht. Ist die Beschwerde nicht offensichtlich aussichtslos, so können die mutmasslichen Erfolgchancen ein Kriterium nebst anderen im Rahmen der Interessenabwägung sein (vgl. Hansjörg Seiler, a.a.O., Art. 55 N 98).

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz hat primär auf die Hauptsachenprognose abgestellt. Sowohl in Bezug auf die materielle Korrektheit der Kündigung als auch betreffend das Kündigungsverfahren bestehen vorliegend noch Unklarheiten. So bedarf der Vorhalt der Gehörsverletzung im Kündigungsverfahren der eingehenden Prüfung (vgl. VWBES.2017.121). Jedenfalls können mit Blick auf den derzeitigen Verfahrensstand die Prozessaussichten nicht als alleiniges Kriterium für den Entzug der aufschiebenden Wirkung herangezogen werden. Allerdings sprechen andere überzeugende Gründe für die sofortige Wirksamkeit der Verfügung.

### **E. 6.4**

Zu beachten ist, dass vorliegend eine Kündigung während der Probezeit zur Diskussion steht. Weil das Probeverhältnis dazu dient, die Fähigkeit und Eignung eines Bediensteten zu prüfen (vgl. BGE 134 III 108 E. 7.1.1 S. 111), 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 (so schon BGE 108 Ib 209 E. 2 S. 211). Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um

eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheinen (BGE 120 Ib 134, E. 2.a) m.w.H.). Im Gegensatz zur Kündigung nach Ablauf der Probezeit sind gerade keine wesentlichen Gründe erforderlich, damit die Anstellungsbehörde kündigen kann (vgl. § 27 Abs. 3 Gesetz über das Staatspersonal [StPG, BGS 126.1] und § 42 Abs. 3 Gesamtarbeitsvertrag [GAV, BGS 126.3]). Nach dem Gesagten gilt während der Probezeit grundsätzlich ein weniger strenger Massstab für die Voraussetzungen einer Kündigung. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss hier regelmässig zulässig sein, wenn die Kündigung nicht offensichtlich missbräuchlich erscheint. Letzteres ist aufgrund einer ersten summarischen Prüfung des Sachverhalts zu verneinen. Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihren Eingaben auf Rechtsprechung, welche mehrheitlich Anstellungsverhältnisse nach Ablauf der Probezeit betrifft. Diese gilt nicht unbesehen für ein Arbeitsverhältnis in der Probezeit, wie es hier vorliegt, weshalb die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Sodann ist zu bedenken, dass ein Anstellungsverhältnis im Streit liegt, welches bis am 31. Juli 2020 befristet wurde. Eine Weiterbeschäftigung steht nicht zur Diskussion, da die Stelle der Beschwerdeführerin bereits neu besetzt wurde und die Beschwerdeführerin auch nicht ausdrücklich das Begehren stellt, wieder am bisherigen Arbeitsplatz eingesetzt zu werden. Das Interesse der Gemeinde an der Aufrechterhaltung eines geregelten Schulbetriebes überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerin, die Situation bis zum Beschwerdeentscheid in der Schwebe und damit das Anstellungsverhältnis andauern zu lassen. Eine finanzielle Schadloshaltung der Beschwerdeführerin wäre im Falle einer Gutheissung in der Hauptsache nachträglich problemlos möglich. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung erweist sich nach dem Gesagten als sachgerecht, weshalb der angefochtene Entscheid im Ergebnis nicht zu beanstanden ist.

7. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Kosten des Verfahrens von CHF 600.00 vor Verwaltungsgericht zu bezahlen. Zuzugewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege trägt der Staat die Kosten; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald die Beschwerdeführerin zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]).

## **E. 7**

Mit verfahrensleitender Verfügung des Finanzdepartements vom 9. Januar 2020 wurde das Verfahren bis am 20. Januar 2020 sistiert.

### **E. 7.1**

Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, Rechtsanwalt David Lüthi, wird gemäss der eingereichten Honorarnote, die zu keinen Bemerkungen Anlass gibt, auf CHF 1'580.60 (Honorar: CHF 1'305.00 [7.25 h à CHF 180.00], Auslagen: 162.60, MWST: 113.00) festgesetzt und ist infolge unentgeltlicher Rechtspflege vom Staat zu bezahlen; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während zehn Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch von Rechtsanwalt David Lüthi im Umfang von CHF 507.50 (Differenz zu vollem Honorar von CHF 250.00/h), zuzüglich MWST, sobald die

Beschwerdeführerin zur Nachzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).

## **E. 7.2**

Den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden werden in der Regel keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen. Eine Ausnahme wird für kleinere und mittlere Gemeinden gemacht, die weniger als 10'000 Einwohner aufweisen und daher wohl über keinen eigenen Rechtsdienst verfügen und sich in komplexeren Angelegenheiten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen (vgl. SOG 2010 Nr. 20; Urteile des Bundesgerichts 1P.651/2004 vom 17. Januar 2004, E. 6 und 1P.297/2002 vom 26. November 2002, E. 6). Eine solche Ausnahme liegt hier vor. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Verwaltungsverfahren die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung einer allfälligen Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei befreit. Nach dem Gesagten ist der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche von der Beschwerdeführerin zu tragen ist.

Die Parteientschädigung der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ ist entsprechend der von Rechtsanwalt Daniel von Arx eingereichten Honorarnote, die angemessen ist, auf total CHF 1'372.95 (5 h à CHF 250.00 nebst CHF 24.80 Auslagen und CHF 98.15 MWST) festzusetzen und von der Beschwerdeführerin zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 600.00 werden A.\_\_\_\_ zur Bezahlung auferlegt, sind aber infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege durch den Staat Solothurn zu übernehmen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A.\_\_\_\_ zur Rückzahlung in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO).
4. A.\_\_\_\_ hat der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von CHF 1'372.95 (inkl. Auslagen und MWST) auszurichten.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen 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. 8**

Mit Zwischenverfügung des Regierungsrats des Kantons Solothurn vom 15. Januar 2020 wurde der Antrag der Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, gutgeheissen.

## **E. 9**

Mit Beschwerde vom 27. Januar 2020 wandte sich die Beschwerdeführerin, v.d. Rechtsanwalt David Lüthi, an das Verwaltungsgericht und stellte folgende Rechtsbegehren:

Zudem stellte sie folgende Verfahrensanträge:

## **E. 10**

Mit Stellungnahme vom 5. Februar 2020 liess sich die Einwohnergemeinde C.\_\_\_\_, v.d. Rechtsanwalt Daniel von Arx, zur Beschwerde vernehmen und beantragte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; es sei nach richterlichem Ermessen über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

## **E. 11**

Mit Eingabe vom 7. Februar 2020 nahm der Regierungsrat des Kantons Solothurn, v.d. das Finanzdepartement, Stellung zur Beschwerde und beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, unter Kostenfolge.

## **E. 12**

Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2020 wurden der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsanwalt David Lüthi als unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt.

## **II.**

1. Angefochten ist eine Zwischenverfügung, mit welcher über einen Antrag um Entzug der aufschiebenden Wirkung entschieden worden ist. Zwischenentscheide sind Hauptentscheiden gleichgestellt, wenn sie entweder präjudizierlich oder für eine Partei von erheblichem Nachteil sind (§ 66 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG, BGS 124.11]). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung hat bei der vorliegenden Beschwerde gegen eine Kündigung zur Folge, dass die Beschwerdeführerin während der Dauer des Verfahrens keinen Lohn erhält. Die Beschwerdeführerin bringt vor, während der Dauer des Verfahrens Sozialhilfe beziehen zu müssen, da ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschöpft sei und sie über kein Vermögen verfüge. Selbst wenn dies zutreffen sollte, blendet sie aus, dass im Falle der Gutheissung der Beschwerde der Lohn rückwirkend ausbezahlt würde. Die erlittene Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin würde demnach ohne Weiteres rückgängig gemacht. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob ein erheblicher Nachteil i.S.v. § 66 VRG vorliegt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erweist sich die Beschwerde ohnehin als unbegründet.

2. Der Streitgegenstand beschränkt sich im vorliegenden Rechtsmittelverfahren auf die Frage, ob die Vorinstanz der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu Recht entzogen hat.

3. Gemäss § 36 VRG kommt im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden einer Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu (Abs. 1). Aus wichtigen Gründen, insbesondere bei Dringlichkeit, kann die verfügende oder entscheidende Behörde die Verfügung oder den Entscheid sofort in Kraft setzen (Abs. 2). Wird Beschwerde eingereicht, so hat die Beschwerdeinstanz, bei Kollegialbehörden ihr Vorsitzender, unter den gleichen Voraussetzungen über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden (Abs. 3). Nach Einreichung der Beschwerde kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf

Begehren andere vorsorgliche Massnahmen anordnen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten. Können vorsorgliche Massnahmen einen erheblichen Schaden bewirken, so kann die Partei, die das Begehren gestellt hat, unter Androhung des Nichteintretens verpflichtet werden, innert angemessener Frist Sicherheiten zu leisten (Abs. 4).

4. Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, was als wichtiger Grund für die Ausnahmeregelung gemäss § 36 Abs. 2 VRG zu gelten habe, definiere das Gesetz nicht näher. Angenommen werden könne jedoch, dass eine gewisse zeitliche und sachliche Dringlichkeit für die sofortige Wirksamkeit ausreichen. Die Einwohnergemeinde begründe ihren Antrag zum Entzug der aufschiebenden Wirkung aber weder mit sachlicher noch zeitlicher Dringlichkeit und die angeführten monetären Interessen reichten nicht aus für einen Entzug. Entscheidend seien für die Einwohnergemeinde aber die schlechten Prozessaussichten im Rahmen der antizipierten Beweiswürdigung. Die Einwohnergemeinde habe die Kündigung materiell begründet und auch in formeller Hinsicht seien nicht offensichtliche Fehler seitens der Einwohnergemeinde erkennbar. Das Verhalten der Beschwerdeführerin im Team und gegenüber anderen Lehrpersonen sei mehrfach beanstandet worden und Thema verschiedener Gespräche gewesen. Anlässlich dieser Gespräche sei zwei Mal eine Kündigungsandrohung ausgesprochen worden, sollte es der Beschwerdeführerin nicht gelingen, ihr Verhalten den Abmachungen entsprechend zu ändern. Selbst wenn die Beschwerdebeurteilung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ergeben würde, könnte eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, weil der Regierungsrat im vorliegenden Beschwerdeverfahren volle Kognition habe. Auch bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs würde von einer Rückweisung an die Verwaltung abgesehen werden, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde. Ohne den Ausgang des Beschwerdeverfahrens vorwegzunehmen, müssten die Erfolgsaussichten der Beschwerde unter diesen Umständen als gering beurteilt werden.

5. Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, es sei zwar korrekt, dass nach der Rechtsprechung auch der vermutliche Ausgang des Verfahrens in der Sache selber in der Interessenabwägung berücksichtigt werden könne. Dies allerdings nur, sofern die Prozessaussichten eindeutig seien. Damit solle vermieden werden, dass mehr oder weniger aussichtslose Beschwerden allein schon um eines Verzögerungserfolgs willen erhoben würden. Auch wenn die Erfolgchancen gering seien, sei aber eine Interessenabwägung erforderlich, wenn es um wesentliche Eingriffe gehe. Sei die Beschwerde nicht offensichtlich aussichtslos, so könnten die mutmasslichen Erfolgchancen nebst anderen im Rahmen der Interessenabwägung sein. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die Prozessaussichten der Einwohnergemeinde besser zu werten seien als die der Beschwerdeführerin, bedeute dies keinesfalls, dass die Prozessaussichten eindeutig oder die Beschwerde aussichtslos sei. Die Prozesschancen dürften nicht als allein ausschlaggebendes Kriterium, sondern nur als Hilfskriterium nebst anderen berücksichtigt werden. Solche weiteren Kriterien wie insbesondere sachliche und zeitliche Dringlichkeit würden aber weder von der Vorinstanz noch von der Einwohnergemeinde geltend gemacht. Zudem sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin in grober Art und Weise verletzt worden, was nicht geheilt werden könne und dürfe.

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