

A1 13 279

URTEIL VOM 12. JULI 2013

**KANTONGERICHT Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Kantonsrichter Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner sowie Gerichtsschreiberin Nadja Schwery

in Sachen

X _____, vertreten durch Rechtsanwalt A _____

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS

(Beamtenrecht)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 22. Mai 2013.

Sachverhalt

A. X_____ wurde am 7. Dezember 2011 vom Staatsrat zum Vorsteher des Amtes A_____ befördert. Er trat das Amt am 1. Januar 2012 an. Im ersten Trimester 2012 hatte er ausserdem das Amt B_____ zu unterstützen, wo X_____ bis zu seiner Beförderung als Substitut tätig gewesen war. Am 12. Februar 2012 wurde bei X_____ die Krankheit C_____ diagnostiziert.

B. In seiner Funktion als Amtsvorsteher erliess er am 19. Juni bzw. 10. Juli 2012 Weisungen an die Angestellten des Amtes A_____. In der Folge kam es insbesondere zwischen X_____ und D_____, der als Substitut ebenfalls auf dem Amt A_____ arbeitete, zu Unstimmigkeiten und Differenzen hinsichtlich der jeweiligen Kompetenzen und Verantwortung. Mit Schreiben vom 21. November 2012 kündigte D_____ seine Anstellung als Substitut auf dem Amt A_____, wobei er X_____ vorwarf, keine Ahnung davon zu haben, wie man mit Menschen umgehe bzw. wie man Mitarbeiter führe - er sei in seinen Augen völlig überfordert.

C. In der Folge mandatierte E_____, Delegierter für F_____, den Arbeitspsychologen G_____, um „*apporter un appui à votre office et rétablir un bon climat de travail*“ (gemäss Schreiben von E_____ an X_____ vom 21. Dezember 2012). G_____ befragte sodann die Mitarbeiter des Amtes A_____ im Rahmen eines Audits, dessen Resultate den Betroffenen am 27. Februar 2013 mittels einer Power-Point-Präsentation dargelegt wurden. Ausserdem wurden Verbesserungsvorschläge, Auflagen an das Amt A_____ und das weitere Vorgehen festgehalten. Am 13. März 2013 fand eine Sitzung zwischen X_____, E_____ und G_____ statt, in deren Rahmen X_____ die speziell an ihn gerichteten Auflagen und Verbesserungsmassnahmen präsentiert wurden. X_____ soll diese Sitzung abrupt und lautstark beendet haben. Am 15. März 2013 informierte E_____ die Mitarbeiter darüber, dass die Massnahmen zur Verbesserung des Arbeitsklimas, die an der Sitzung vom 27. Februar 2013 vorgestellt worden seien, vorläufig verschoben würden, da zurzeit mehrere Mitarbeiter/innen des Amtes A_____ krankheitsbedingt abwesend seien. Am 20. März 2013 entschuldigte sich X_____ für sein Verhalten anlässlich der Sitzung vom 13. März 2013 und lud G_____ und E_____ zu einer gemeinsamen Sitzung ins Amt ein, um mit den Mitarbeitern reinen Tisch zu machen. E_____ forderte X_____ auf, vorgängig die beschlossenen Verbesserungsmassnahmen zu unterzeichnen. Mit Schreiben vom 25. Mai 2013 antwortete X_____, dass er mit dem Inhalt des Protokolls der Sitzung vom 13. März 2013 nicht einverstanden sei. Überdies sei ihm das rechtliche Gehör nicht gewährt worden. Er würde es sehr begrüssen, wenn E_____ und G_____ an der Besprechung vom 26. März 2013 teilnehmen würden, um die aktuelle Betriebsorganisation zu analysieren und entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen (E-Mail von X_____ an E_____ (mit Kopie an G_____)) vom 25. März 2013). Daraufhin lud die Vorsteherin des Departementes H_____ mit Schreiben vom 28. März 2013

X_____, E_____ sowie G_____ für den 8. April 2013 zu einer Sitzung ein.

D. Anlässlich der Sitzung vom 8. April 2013 wurde X_____ insbesondere vorgeworfen, dass er die ihm auferlegten Auflagen und Verbesserungsmassnahmen nicht habe akzeptieren wollen. Diese wären aber für das weitere Vorgehen wichtig gewesen, weshalb auch die Erfolgsaussichten in den nachfolgenden 6 Monaten gering seien. Die Departementvorsteherin stellte X_____ deshalb vor die Wahl, entweder einen Transfer in eine Funktion als I_____ mit der Lohnklasse eines Substituten eines mittleren Amtes zu akzeptieren oder man werde dem Staatsrat im Falle der Ablehnung des Vorschlages die Massnahme einer ordentlichen Kündigung des Dienstverhältnisses gemäss Art. 58 des Gesetzes über das Personal des Staates Wallis vom 19. November 2010 (PersonalG; SGS/VS 172.2) unterbreiten. X_____ wurde ausserdem eine Frist von 10 Tagen zur Einreichung einer Stellungnahme gewährt, welche dieser mit Eingabe vom 24. April 2013 wahrnahm und geltend machte, die anlässlich der Sitzung vom 8. April 2013 formulierten Massnahmen seien aufzuheben und er verbleibe in der Funktion als Amtsvorsteher des Amtes A_____. Subsidiär brachte er vor, ein Transfer in die Funktion als I_____ stehe nur bei gleichbleibendem Lohnniveau zur Diskussion. Im Übrigen seien die Ergebnisse des Audits aufzuarbeiten und die Gründe für das angespannte Arbeitsklima neutral zu ermitteln.

Mit E-Mail vom 17. April 2013 an die Departementvorsteherin und den Delegierten übermittelte X_____ ein Arztzeugnis, welches ihm für den Zeitraum vom 16. April bis zum 1. Mai 2013 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierte. Ein weiteres Arztzeugnis, geltend für den 1. Mai bis zum 31. Mai 2013, reichte X_____ mit Schreiben vom 2. Mai 2013 ein. Schliesslich hinterlegte er im Verwaltungsgerichtsverfahren ein weiteres Arztzeugnis, welches eine Arbeitsunfähigkeit für den Monat Juni (1. Juni 2013 bis 30. Juni 2013) bestätigte.

E. Mit Staatsratsentscheid vom 22. Mai 2013 verfügte der Staatsrat die ordentliche Kündigung des Dienstverhältnisses von X_____ auf den 31. August 2013. Als vorsorgliche Massnahme wurde ihm seine Führungsverantwortung für das Amt per sofort und bis zum Ende des Dienstverhältnisses entzogen. Gleich verhielt es sich in Bezug auf die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde. Der Staatsrat attestierte X_____ eine mangelnde Eignung oder Fähigkeit, die mit der Funktion verbundenen Aufgaben zu erfüllen.

F. Dagegen erhob X_____ (Beschwerdeführer) am 3. Juni 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- „1. Die vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffer 2 des Entscheides vom 22.05.2013 werden sofort aufgehoben.
2. Ziffer 4 des Entscheides wird aufgehoben und der vorliegenden Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung erteilt.
3. Es wird festgestellt, dass die Kündigung nichtig ist und sie wird aufgehoben.

4. Dem Beschwerdeführer ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
5. Die Kosten von Verfahren und Entscheid trägt der Staat Wallis.“

Am 10. Juni 2013 reichte der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

„A. Primär

1. Gestützt auf Art. 125 ZPO, welches in diesem Verfahren ebenfalls Anwendung findet (Art. 81 VVRG), ist vorgängig über die Gültigkeit der während der Krankheit ausgesprochenen Kündigung zu befinden. Es ist festzustellen, dass diese Kündigung nichtig ist.
2. Bei Feststellung der Nichtigkeit der während der Krankheit ausgesprochenen Kündigung sind die vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziffer 2 des Entscheides vom 22. Mai 2013 aufzuheben.
3. Dem Beschwerdeführer ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Die Kosten von Verfahren und Entscheid trägt der Staat Wallis.

B. Sekundär

1. Über die Rechtsbegehren um sofortige Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen (Ziff. II/1, Verwaltungsgerichtsbeschwerde) und um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Ziff. II/2, Verwaltungsgerichtsbeschwerde) wird sofort befunden.
2. Dem Beschwerdeführer ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.
3. Die Kosten von Verfahren und Entscheid trägt der Staat Wallis.“

Der Beschwerdeführer machte geltend, die Kündigung durch den Staatsrat sei während der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]) ausgesprochen worden und damit nichtig. Art. 336c OR sei zum Schutz des Arbeitnehmers erlassen worden und deshalb vom Arbeitgeber zwingend zu berücksichtigen. Eine Sperrfrist fehle im PersonalG, weshalb eine solche in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 PersonalG anzunehmen sei. Es handle sich hierbei um eine Gesetzeslücke. Des Weiteren stelle sich sogar die Frage, ob Art. 59 Abs. 1 PersonalG nicht auf sämtliche Fälle von nicht bleibend arbeitsunfähigen Angestellten anzuwenden sei, denen gekündigt werde. Dies mit der Folge, dass immer eine Sperrfrist von 15 Monaten gelte.

G. Mit Schreiben vom 19. Juni 2013 reichte der Staatsrat eine Stellungnahme ein, mit der er die folgenden Anträge stellte:

- „1. Die Beschwerde sei kostenpflichtig abzuweisen.
2. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen.
3. Das Gesuch um Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen.“

Der Staatsrat stellte sich insbesondere auf den Standpunkt, dass der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1

lit. b OR auf das vorliegend umstrittene öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis keine Anwendung finde. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 58 PersonalG seien erfüllt, weshalb sich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nur rechtfertige, sondern regelrecht aufdränge.

Erwägungen

1. Der angefochtene Entscheid des Staatsrats, mit welchem das Dienstverhältnis von X_____ ordentlich gekündigt wurde, unterliegt gemäss Art. 65 Abs. 2 PersonalG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Kantonsgericht. Der Beschwerdeführer ist als Adressat des für ihn negativen Staatsratsentscheids durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung, so dass er gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

2. Der Beschwerdeführer verlangt sowohl in seiner Beschwerde vom 3. Juni 2013 als auch in der Stellungnahme vom 10. Juni 2013 die Abnahme diverser Beweismittel. Wie aufzuzeigen sein wird, sind diese in Bezug auf die sich nachfolgend stellende Rechtsfrage nicht von Bedeutung, weshalb das Kantonsgericht auf deren Abnahme verzichtet.

3. Der Beschwerdeführer ist seit dem 16. April 2013 zu 100 % arbeitsunfähig. Mit Entscheid vom 22. Mai 2013 hat der Staatsrat das Anstellungsverhältnis mit dem Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf Art. 58 PersonalG auf den 31. August 2013 gekündigt. Zu beurteilen ist die Frage, ob die vom Staatsrat gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochene Kündigung gültig ist. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Kündigung sei nichtig, da sie während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgesprochen worden ist. Die Sperrfristen, die Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für Kündigungen während der krankheitsbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers vorsieht, würden auch im öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnis ihre Wirkung entfalten. Den Umstand, dass die Kündigung während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ausgesprochen worden ist, bestreitet der Staatsrat nicht. Er stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass ein Arbeitsverhältnis auch während der krankheitsbedingten Abwesenheit des Beschwerdeführers gekündigt werden könne, wenn und soweit die Voraussetzungen von Art. 58 PersonalG erfüllt seien. Das Kantonsgericht wird zunächst die Grundlagen für eine Kündigung nach dem PersonalG darlegen (E. 4), bevor es prüft, ob die Kündigung gestützt auf Art. 58 PersonalG oder widrigenfalls gestützt auf Art. 59 PersonalG legitimiert werden kann (E. 5).

4. Das PersonalG unterscheidet grundsätzlich zwischen der Beendigung des Dienstverhältnisses ohne (Art. 55 PersonalG) oder mit Kündigung (Art. 56 ff. PersonalG). Vorliegend steht die Beendigung eines Dienstverhältnisses mit Kündigung im Fokus des Interesses. In casu interessiert bloss die Kündigung durch den Arbeitgeber. Das PersonalG sieht hierbei die folgenden Szenarien vor (vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts A1 11 228 respektive A1 11 255 vom 12. April 2012 E. M.):

4.1 Art. 56 PersonalG normiert die Kündigung der Anstellung während der Probezeit. Da sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung nachgewiesenermassen nicht mehr in der Probezeit befunden hat, erübrigt sich eine eingehende Auseinandersetzung mit Art. 56 PersonalG.

4.2 Art. 58 PersonalG regelt die ordentliche Kündigung einer unbefristeten Anstellung durch den Arbeitgeber und hat folgenden Wortlaut:

- „1. Nach der Probezeit kann die zuständige Behörde eine unbefristete Anstellung unter Wahrung einer Frist von drei Monaten auf Ende eines Monats und bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes kündigen.
2. Ein solcher Kündigungsgrund besteht insbesondere in folgenden Fällen:
 - a. wiederholte oder dauerhafte Mängel in der Leistung und/oder im Verhalten;
 - b. mangelnde Eignung oder Fähigkeit, die mit der Funktion verbundenen Aufgaben zu erfüllen;
 - c. Wegfall einer der Anstellungsbedingungen gemäss Gesetz oder Anstellungsverfügung.“

Der Staatsrat sieht insbesondere Art. 58 Abs. 2 Ziff. b PersonalG erfüllt, da er dem Beschwerdeführer ungenügende Fähigkeiten oder Kapazitäten vorwirft, um der in seiner Verantwortung liegenden Führung des Amtes gebührend nachzukommen. Nachfolgend wird zunächst die Frage zu beantworten sein, ob Art. 58 PersonalG vorliegend überhaupt zur Anwendung gelangt. Würde das Kantonsgericht diese Frage bejahen, so hätte es in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 58 Abs. 2 lit. b PersonalG in casu erfüllt sind.

4.3 Bei bleibender Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber das unbefristete Anstellungsverhältnis in Anwendung von Art. 59 PersonalG kündigen. Art. 59 PersonalG sieht vor was folgt:

- „1. Bei bleibender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall kündigt die zuständige Behörde die Anstellung auf das Datum, welches dem Erlöschen des Gehaltsanspruches entspricht.
2. Vorbehalten bleibt gegebenenfalls die allfällige gänzliche oder teilweise Wiederanstellung bei gänzlicher oder teilweiser Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit, sofern eine dem Anforderungsprofil des Angestellten entsprechende Stelle frei ist.“

Angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer seit dem 16. April 2013 100 % arbeitsunfähig ist (Arztzeugnisse vom 15. April 2013, vom 29. April 2013 und vom 27. Mai 2013), wird nachfolgend der Anwendungsbereich von Art. 59 PersonalG zu prüfen sein. Im Zusammenhang mit Art. 59 PersonalG hat man sich Art. 12 des Gesetzes betreffend die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis vom 12. November 1982 (BesG; SGS/VS 172.4) vor Augen zu halten der besagt:

- „1. Jede krankheitsbedingte Abwesenheit des Angestellten ist durch eine Krankheitsmeldung (ab dem 3. Tag durch ein ärztliches Zeugnis) zu rechtfertigen.
2. Für den Angestellten, der seit wenigstens drei Jahren im Dienste steht, tritt keine Kürzung der Besoldung ein, wenn die Krankheit, Samstage, Sonntage und Feiertage inbegriffen, höchstens zwölf Monate dauert. Nach Ablauf dieser Zeit wird die Besoldung um die Hälfte gekürzt und noch während drei Monaten ausgerichtet. Nach einem Jahr und drei Monaten oder nach dreizehneinhalb Monaten entfällt jeder Besoldungsanspruch.
3. In allen anderen Fällen gelten folgende Vergütungen:
 - a. für das erste Jahr: vollständige Besoldung während sechs Monaten;
 - b. für das zweite Jahr: während acht Monaten;
 - c. für das dritte Jahr: während zwölf Monaten.
4. Nach Ablauf der in den Absätzen 2 und 3 gewährten Lohnleistungen kommen die einschlägigen Bestimmungen der Vorsorgekasse zur Anwendung.“

4.4 Von einer vertieften Auseinandersetzung mit den Art. 60, 61 und 63 PersonalG wird das Kantonsgericht absehen. Es handelt sich hierbei um die Versetzung in den Ruhestand (Art. 60 PersonalG), um die Aufhebung und Änderung der Funktion (Art. 61 PersonalG) sowie um die Kündigung einer befristeten Anstellung (Art. 63 PersonalG). In casu sind keine der genannten Voraussetzungen erfüllt, weshalb das Kantonsgericht nicht näher auf Art. 60, 61 und 63 PersonalG eingehen wird.

4.5 Schliesslich regelt Art. 62 PersonalG noch die fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen:

- „1. Aus wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde die Anstellung jederzeit auflösen.
2. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.
3. Das Verfahren zur Kündigung aus wichtigen Gründen kann anstelle des Disziplinarverfahrens angewandt werden.“

5. Der Staatsrat stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Kündigung gestützt auf Art. 58 PersonalG jederzeit möglich sei, falls der Nachweis der Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen gelinge (Kündigung des Staatsrats vom 22. Mai 2012 S. 6; Stellungnahme des Staatsrats vom 19. Juni 2013 S. 10 Ziff. III./3). Dies gelte nach Ansicht des Staatsrats unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer im Allgemeinen respektive der Beschwerdeführer im Besonderen im Zeitpunkt der Kündigung gesund an seinem Arbeitsplatz tätig oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen sei. Damit geht der Staatsrat fehl und zwar aus den folgenden Gründen:

5.1 Der privatrechtliche Arbeitsvertrag kann grundsätzlich frei gekündigt werden (Art. 335 OR; vgl. auch LGVE 2004 II Nr. 3 E. 2b/bb; Agnes Dormann, Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, AJP 2011 S. 1069 f.). Dieser Grundsatz wird bloss von zwei Ausnahmen durchbrochen: Die Kündigung darf nicht missbräuchlich sein (Art. 336 OR) und sie darf nicht zur Unzeit erfolgen (Art. 336c OR; vgl. auch BGE 124 II 53 E. 2b). Im öffentlichen Dienstrecht verhält es sich jedoch anders: Das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis darf nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes aufgelöst werden (Art. 58 Abs. 2 lit. a - c PersonalG; BGE 124 II 53 E. 2b; Agnes

Dormann, a.a.O., S. 1072; Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., S. 545 f.; Hermann Schroff/David Gerber, Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen, N 102 ff.). Der Umstand, dass die Aufzählung in Art. 58 Abs. 2 lit. a - c PersonalG nicht abschliessender, sondern exemplarischer Natur ist, ändert hieran nichts. Der Angestellte im öffentlichen Dienstrecht ist also grundsätzlich besser vor Kündigungen geschützt als der Arbeitnehmer im Rahmen des OR (BGE 124 II 53 E. 2b) und das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis kann und darf bloss bei Vorliegen eines sachlichen Grundes aufgelöst werden (Art. 58 PersonalG).

5.2 In casu sind (bloss) zwei Fälle im PersonalG explizit geregelt: Die ordentliche Kündigung im Sinne von Art. 58 PersonalG sowie die Kündigung wegen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit des Angestellten auf Grund von Art. 59 PersonalG. Was aber bei bloss vorübergehender Arbeitsunfähigkeit des Angestellten geschieht, scheint das Gesetz nicht (oder zumindest nicht explizit) zu bestimmen. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, in casu liege eine Gesetzeslücke vor, die es im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zu schliessen gelte mit dem Ergebnis, dass die Kündigung nichtig sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2013 S. 21 f.; Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 10. Juni 2013 S. 4). Subsidiär müsse für ihn dasselbe gelten wie bei der Kündigung eines bleibend Arbeitsunfähigen gemäss Art. 59 Abs. 1 PersonalG. Nach Ansicht des Kantonsgerichts ist es nicht notwendig, Art. 336c OR als ergänzendes kantonales Recht heranzuziehen. Zur Begründung ist festzuhalten was folgt:

5.2.1 Art. 6 Abs. 2 PersonalG bestimmt unter dem Titel „Anwendbares Recht“:

- „1. Die Dienstverhältnisse des Personals werden durch das öffentliche Recht geregelt.
2. Die Bestimmungen des Obligationenrechts und die nicht zwingenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit vom 13. März 1964 sind bei ausdrücklichem Verweis oder einer Gesetzeslücke als ergänzendes kantonales öffentliches Recht anwendbar.
3. Vorbehalten bleiben die zwingenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit.“

Im Zusammenhang mit der ordentlichen Kündigung respektive der Kündigung wegen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers sieht das PersonalG keinen ausdrücklichen Verweis auf das OR vor. Unter dem Vorbehalt einer Gesetzeslücke (die hiernach unter E. 5.2.2 verneint wird) regelt mithin das öffentliche Recht (und nicht das OR) die Dienstverhältnisse des Personals. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer Streitigkeit betreffend das Personalreglement der Öffentlichen Verkehrsbetriebe Genf ebenfalls ausgeführt (BGE 138 I 232 E. 6.1): „Les rapports de travail de droit public ne sont en principe pas soumis aux dispositions du code des obligations, à l'exception des art. 331 al. 5 et 331aa à 331e CO [...]. Les règles relatives au contrat de travail sont seulement applicables à titre subsidiaire, en cas de lacunes dans la réglementation ou si celle-ci le prévoit. [...] Pour que cette disposition [du CO] soit applicable, il faudrait que le règlement présente une lacune qu'il conviendrait de combler en l'appliquant à titre de droit cantonal supplétif en vertu de la clause générale de renvoi au code des obligations. Par ailleurs, l'application du droit privé à titre de droit cantonal supplétif n'oblige en principe pas le juge administratif à interpréter les normes concernées comme elles le sont en droit privé ; il peut tenir

compte des spécificités du droit public (arrêt 2C_860/2008 du 20 novembre 2009 consid. 3.2).“ Damit ist also erstellt, dass Art. 336c OR im Personalrecht nicht per se zur Anwendung gelangt, ausser es läge eine Gesetzeslücke vor, die es auszufüllen gälte (vgl. dazu sogleich E. 5.2.2).

5.2.2 Gemäss Lehre und Rechtsprechung liegt eine Gesetzeslücke vor, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind (dazu und zum Folgenden vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 N. 7; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N. 243): 1. Die gesetzliche Regelung erweist sich als unvollständig oder unrichtig. 2. Die Unvollständigkeit stellt kein qualifiziertes Schweigen dar. Und 3. die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit lässt sich nicht mit den Mitteln der Auslegung überbrücken. An dieser dritten und letzten Voraussetzung gebricht es nach Ansicht des Kantonsgerichts: Die Unvollständigkeit zwischen Art. 58 und Art. 59 PersonalG (vgl. dazu E. 5.2) lässt sich ohne Weiteres mit den Mitteln der Auslegung durch erlaubten Analogieschluss ausglätten. Als Massstab gelten hierbei die dem Gesetz zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Unvollständigkeit beheben (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., N. 243), was das Kantonsgericht nachfolgend tun wird.

5.3 Auch wenn Art. 336c OR nicht unmittelbar als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung gelangt, so spricht doch nichts dagegen, die gesetzliche Wertung, die Art. 336c OR zugrunde liegt, auch im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des PersonalG zur Anwendung zu bringen:

5.3.1 Wie bereits ausgeführt sieht Art. 336c Abs. 1 lit. b OR Sperrfristen für Kündigungen zur Unzeit vor, worunter auch die Kündigung während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers fällt. Im ersten Dienstjahr ist der Arbeitnehmer während 30 Tagen geschützt, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen. Es handelt sich hierbei um Kalender- und nicht um Arbeitstage (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 8 zu Art. 336c OR). Kündigungen, die während dieser Sperrfrist ausgesprochen werden, beschlägt Art. 336c Abs. 2 OR mit Nichtigkeit. Der Zweck hinter dieser gesetzlichen Regelung ist der folgende: Art. 336c Abs. 1 und 2 OR wollen den Arbeitnehmer in einer Periode, in der er in aller Regel keine Chance bei der Stellensuche hat und von einem Arbeitgeber in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nicht angestellt würde, vor dem Verlust seiner Arbeit schützen (Botschaft Kündigungsschutz in BBl 1984 II 605; BGE 128 III 212 E. 2c; ZR 1980 Nr. 56 (Zürcher Obergericht); Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 336c OR S. 1072). Der Gesetzgeber erachtete dies als so grundlegend, dass er Art. 336c OR einseitig zwingend ausgestaltet hat (Art. 336c OR i.V.m. Art. 362 OR) - Art. 336c OR kann und darf mithin nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Der Kündigungsschutz des Art. 336c OR geht dabei der ordentlichen (nicht aber der fristlosen) Kündigung vor (LGVE 2004 II Nr. 3

E. 2b/bb; Denis G. Humbert/Alfons Volken, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, AJP 2004 S. 572).

5.3.2 Der Grundsatz, dass eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint, gilt nicht nur im Bundesprivatrecht, sondern auch im öffentlichen Dienstrecht. Deshalb darf dem Angestellten im öffentlichen Dienstrecht während seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nicht gekündigt werden. In casu war der Beschwerdeführer infolge seiner Erkrankung seit dem 16. April 2013 zu 100 % arbeitsunfähig. Die Kündigung durch den Staatsrat erfolgte mit Entscheid vom 22. Mai 2013 (also während der Zeit der Erkrankung des Beschwerdeführers), mithin rund 5 Wochen, nachdem der Beschwerdeführer zu 100 % krankgeschrieben worden ist. Zu jenem Zeitpunkt war nicht einmal annähernd erstellt, ob die Erkrankung des Beschwerdeführers zu einer bloss vorübergehenden oder zu einer fortdauernden Arbeitsunfähigkeit führen würde. Deshalb mussten alle Beteiligten davon ausgehen, dass es dem Beschwerdeführer kaum möglich sein würde, auf das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist eine neue Anstellung zu finden. Die Kündigung des Staatsrats gestützt auf Art. 58 PersonalG rechtfertigt sich deshalb nicht - sie ist rechtswidrig, da sie (bloss) fünf Wochen, nachdem der Beschwerdeführer erkrankt und zu 100 % arbeitsunfähig geworden ist, ausgesprochen worden ist.

5.3.3 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass selbst während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers grundsätzlich eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist, in casu also in Anwendung von Art. 62 PersonalG, weil Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes üblicherweise aufgelöst werden können. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes, das die Kündigung in Anwendung von Art. 62 PersonalG gerechtfertigt hätte, wurde aber vom Staatsrat nicht ins Feld geführt und ergibt sich auch nicht aus den Akten, weshalb darauf nicht näher eingegangen wird.

5.4 Schliesslich gilt es festzuhalten, dass das Kantonsgericht erst kürzlich in dieselbe Richtung entschieden hat und der Staatsrat keine Gründe darzulegen vermochte, die das Kantonsgericht davon überzeugt hätten, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Im Kantonsgerichtsurteil A1 11 228/255 vom 12. April 2012 hatte sich das Kantonsgericht zum Verhältnis der Bestimmungen von Art. 58 und Art. 59 PersonalG geäussert. Damals war unter anderem streitig, ob der Staat Wallis einem seit sieben Monaten arbeitsunfähigen Angestellten mit bleibender Arbeitsunfähigkeit ordentlich kündigen durfte, da Ersterer entsprechende Gründe i.S.v. Art. 58 Abs. 2 lit. a – c PersonalG als gegeben erachtete. Bereits in diesem Urteil hielt das Kantonsgericht unter Ziff. N fest, dass der Auffassung des Staates Wallis, wonach einem Angestellten immer ordentlich gekündigt werden könne, nicht zu folgen sei, da *„l'interprétation que l'autorité attaquée donne des art. 58 et 59 LcPers méconnaît la volonté du législateur d'attribuer à un employé en incapacité durable de travail le droit de percevoir son traitement plus longtemps qu'un employé qui, indépendamment de son état de santé, ne rend plus les services que l'on peut légitimement attendre de lui. Les corollaires de*

cet élargissement des droits de l'employé durablement incapable de travailler sont l'obligation de l'employeur de le rétribuer jusqu'au terme du délai de l'art. 12 al. 2 LTrE et son obligation de calculer le délai de résiliation de manière que l'employé puisse être payé jusqu'à cette date (cf. art. 59 al. 1 LcPers), et non pas simplement durant les trois mois évoqués à l'art. 58 al. 1 LcPers.“ Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht mit Urteil 8C_428/2012 vom 14. November 2012 bestätigt. Das Kantonsgericht sieht keinen Grund, von seiner durch das Bundesgericht bestätigten Rechtsprechung abzuweichen.

5.5 Damit ist erstellt, dass die Anstellungsbehörde im öffentlichen Dienstrecht während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Angestellten grundsätzlich keine Kündigung gestützt auf Art. 58 PersonalG aussprechen darf, weil der Angestellte in dieser Zeitperiode vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes zu schützen ist. Es wäre dem Angestellten nämlich nicht möglich, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist des Art. 58 PersonalG eine neue Stelle zu finden. Vorbehalten bleiben wichtige Gründe im Sinne von Art. 62 PersonalG, die in casu jedoch offensichtlich nicht zum Tragen kommen. Gemünzt auf den konkreten Fall heisst das: Die Kündigung gestützt auf Art. 58 PersonalG ist ungültig. Will die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer kündigen, so hat sie in erster Linie abzuwarten und abzuklären, ob die Erkrankung des Beschwerdeführers zu einer bloss vorübergehenden oder dauernden Arbeitsunfähigkeit führen wird. Handelt es sich um eine bloss vorübergehende Arbeitsunfähigkeit, so hat die Anstellungsbehörde sich zu gedulden, bis der Beschwerdeführer wieder genesen ist und zur Arbeit zurückkehrt. Erst dann kann das Anstellungsverhältnis mit dem Beschwerdeführer gekündigt werden - jedoch auch hier nur unter der Voraussetzung, dass der Nachweis eines sachlichen Grundes zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses im Sinne von Art. 58 PersonalG gelingt.

5.6 Sollte der Beschwerdeführer während längerer Zeit nicht mehr zur Arbeit kommen, hat die Anstellungsbehörde die notwendigen Schritte einzuleiten, um die Frage beantworten zu können, ob die Erkrankung des Beschwerdeführers aller Voraussicht nach zu einer bloss vorübergehenden oder zu einer dauernden Arbeitsunfähigkeit führen wird. Hierfür ist unter anderem die Zeitperiode in Erwägung zu ziehen, während welcher der Beschwerdeführer bereits krankgeschrieben ist. In casu hat der Staatsrat die Kündigung rund fünf Wochen nach der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ausgesprochen - zu diesem Zeitpunkt kann nach Ansicht des Kantonsgerichts in der Regel noch nicht von einer dauernden Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Dem Kantonsgericht erscheint sogar zweifelhaft, ob die Zeitperiode von der Erkrankung des Beschwerdeführers bis zum vorliegenden Urteil für sich allein genügen würde, um eine Kündigung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit auszusprechen. Da an die Kündigung auf Grund von Art. 59 PersonalG sowohl für die Anstellungsbehörde als auch für den Beschwerdeführer weitreichende Folgen anknüpfen, sind an die Erfüllung ihrer Voraussetzungen hohe Anforderungen zu stellen. Die Anstellungsbehörde hat diesbezüglich Abklärungen vorzunehmen, mit dem Beschwerdeführer Rücksprache zu halten und medizinische (unter Umständen auch vertrauensärztliche) Untersuchungen zu veranlassen. In den Akten ist nirgends belegt, dass die Anstellungsbehörde Schritte in diese Richtung unternommen hätte. Die Anstellungsbehörde hat nicht das

Allergeringste vorgekehrt, um die Frage zu klären, ob der Beschwerdeführer aller Voraussicht nach bloss vorübergehend oder dauernd arbeitsunfähig sein wird. Im Gegenteil: In den Akten findet sich gar ein Schreiben von Prof. J. _____ (Schreiben vom 28. Mai 2013), in dem festgehalten wird: „Sa capacité de travail [gemeint ist die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers], pour des raisons médicales, sera certainement diminuée à 50 % avec une demande d’AI en cours.“ In diesem ärztlichen Schreiben war also nicht die Rede von einer dauernden Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers zu 100 %, sondern der behandelnde Arzt attestierte ihm eine zukünftige Arbeitsfähigkeit von zumindest 50 %. Die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Handelns nach Treu und Glauben hätten von der Anstellungsbehörde verlangt, alle sinnvollen Möglichkeiten einer zumutbaren Weiterbeschäftigung für den Beschwerdeführer auszuschöpfen (so auch Art. 19 Abs. 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 [BPG; SR 172.220.1]; vgl. auch Agnes Dormann, a.a.O., S. 1072), was die Anstellungsbehörde eben gerade nicht getan hat. Die Kündigung verdient deshalb nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Art. 58 PersonalG, sondern auch im Lichte des Art. 59 PersonalG keinen Schutz.

5.7 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass es sich auch aus gesetzessystematischen Gründen rechtfertigt, die Anforderungen an die Erfüllung von Art. 59 PersonalG hoch zu schrauben: Kündigungen auf Grund von Art. 59 PersonalG können ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne von Art. 58 PersonalG ausgesprochen werden. Der Nachweis der dauernden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers genügt. Wollte man der Anstellungsbehörde nun die Möglichkeit einräumen, bereits nach wenigen Wochen krankheitsbedingter Abwesenheit des Angestellten eine Kündigung wegen fortdauernder Arbeitsunfähigkeit auszusprechen, ohne eben diese fortdauernde Arbeitsunfähigkeit eingehend mit dem Angestellten und ärztlicher Hilfe abgeklärt zu haben, so würde man der Anstellungsbehörde allzu leicht den Weg öffnen, die Voraussetzungen für eine ordentliche Kündigung zu umgehen und den Gehalt des Art. 58 PersonalG auszuhöhlen. Das liegt weder im Sinne des Gesetzgebers noch im Sinne der rechtsanwendenden Behörden. Leichtfertiger Berufung auf Art. 59 PersonalG ist deshalb ein Riegel vorzuschieben. Die Anstellungsbehörde darf sich grundsätzlich nur dann auf Art. 59 PersonalG berufen, wenn sie die Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen nach eingehenden Abklärungen und Untersuchungen nachgewiesen hat - nach bloss wenigen Wochen wird dieser Nachweis üblicherweise nicht gelingen, da sich die Arbeitsunfähigkeit in vielen Fällen hinsichtlich ihrer Dauer und Endgültigkeit nicht im Voraus festlegen lässt.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kündigung vom 22. Mai 2013 gestützt auf Art. 58 PersonalG ungültig ist, weil sie während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ausgesprochen worden ist. Die Kündigung verdient auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 59 PersonalG keinen Schutz, da zum heutigen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden kann, ob die Erkrankung des Beschwerdeführers tatsächlich in einer dauernden oder nicht doch in einer bloss vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit münden wird. Die Anstellungsbehörde muss sich vorhalten lassen, nicht die geringsten Anstrengungen unternommen zu haben, um diese entscheidende Frage abzuklären. Das Kantonsgericht gelangt deshalb zum Schluss, dass die Kündigung rechtswidrig und - da sie fristgerecht angefochten wurde -

aufzuheben ist. Mit der Kündigung fallen auch die vorsorglichen Massnahmen dahin, die der Staatsrat in seiner Entscheidung vom 22. Mai 2013 angeordnet hat. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheidung des Staatsrats vom 22. Mai 2013 wird aufgehoben.

7. Dieser Ausgang des Verfahrens, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Staatsrats vom 22. Mai 2013 aufzuheben ist, zeitigt seine Folgen in der Verlegung der Gerichtskosten und in der Festsetzung der Parteientschädigung. Im Einzelnen:

7.1 Im vorliegenden Verfahren gilt der Beschwerdeführer als obsiegend, da er mit seinem Primärbegehren in der Sache durchdringt. Demgegenüber gilt der Staatsrat als unterliegend, weshalb er grundsätzlich die Gerichtskosten zu tragen hätte (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel jedoch keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). In casu liegen keine Gründe vor, von dieser Regel abzuweichen. Deshalb werden vorliegend keine Gerichtskosten erhoben.

7.2 Als obsiegende Partei hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Die Parteientschädigung ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie die Kosten des Rechtsbeistands (Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS/VS 173.8), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Bei der Beurteilung des Arbeits- und des Zeitaufwands darf beachtet werden, dass das administrative Verfahren im Unterschied zum Zivilprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in zahlreichen Fällen die Tätigkeit des Anwalts erleichtert wird. Ferner wird die Tätigkeit des Rechtsvertreters in casu nur insoweit berücksichtigt, als er sich bei der Erfüllung seiner Aufgabe an einen vernünftigen Rahmen hält. In Würdigung der gesamten Umstände, insbesondere der Bedeutung, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls sowie des geschätzten Aufwands rechtfertigt es sich, dem Beschwerdeführer zu Lasten des Staates eine Parteientschädigung von Fr. 2 400.-- zuzusprechen.

erkennt:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 3. Juni 2013 wird gutgeheissen und der Entscheid des Staatsrats vom 22. Mai 2013 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung von Fr. 2 400.-- zugesprochen, die dem Staat auferlegt wird.
4. Dieser Entscheid ist dem Beschwerdeführer und dem Staatsrat schriftlich mitzuteilen.

Sitten, 12. Juli 2013