

## **Beamtenrecht Fonction publique**

*KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 14 299 vom 9. September 2015*

### **Kündigung des Arbeitsverhältnisses**

- Eine Kündigung durch den Arbeitgeber bei bleibender Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 59 PersonalG kann gestützt auf Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auch bei Arbeitsunfähigkeit von weniger als 100 % erfolgen (E. 4.5).
- Art. 59 Abs. 2 PersonalG sieht ausdrücklich vor, dass eine Wiederanstellung nur dann vorbehalten ist, sofern eine entsprechende Stelle frei ist, was in casu jedoch nicht der Fall war (E. 6).

### **Résiliation des rapports de service**

- Une résiliation des rapports de service par l'employeur en raison d'une incapacité durable de travail peut aussi intervenir si celle-ci est inférieure à 100 % (art. 59 LPers, art. 336c al. 1 let. b CO ; consid. 4.5).
- Un éventuel réengagement n'entre en considération qu'à la condition qu'un poste correspondant au profil de l'employé soit disponible, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (art. 59 al. 2 LPers ; consid. 6).

## **Erwägungen**

(...)

**4.1** Der Beschwerdeführer führt an, dass der Staatsrat einen Teil des Arbeitsverhältnisses auf Grund von Art. 59 Abs. 1 PersonalG und den anderen Teil auf Grund eines anderen Artikels gekündigt habe. Dieses Vorgehen sei nicht zulässig, da der Anstellungsvertrag ein Ganzes sei. Eine Kündigung auf Grund von Art. 59 Abs. 1 PersonalG sei nur bei bleibender Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % möglich. Dies ergebe sich aus Art. 59 Abs. 2 PersonalG, wo es heisse „vorbehalten bleibt gegebenenfalls die allfällige gänzliche oder teilweise Wiederanstellung bei gänzlicher oder teilweiser Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit...“. Damit sei gesagt, dass auf Grund einer noch teilweise bestehenden Arbeitsfähigkeit nicht gestützt auf Art. 59 Abs. 1 PersonalG gekündigt werden dürfe. Da die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers aber gemäss bisherigen Arztzeugnissen 50 % betrage, könne ihm auf Grund des Art. 59 PersonalG nicht gekündigt werden. Falls dieser Artikel zur Anwendung käme, sei die Hürde für

die Anwendung hoch anzusetzen, wie dies das Kantonsgericht in seinem Urteil A1 13 279 vom 12. Juli 2013 festhalte. Es müsse somit der Grad der Arbeitsunfähigkeit verbindlich feststehen, was vorliegend keineswegs der Fall sei. Dass Art. 59 PersonalG nur bei bleibender Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % angewendet werden könne, ergebe sich auch aus den Weisungen vom 19. November 2011 zur Eingliederung von behinderten Personen und zur beruflichen Neuorientierung aus Gesundheitsgründen bei der Kantonsverwaltung, welche der Staat selber erlassen habe. Gemäss Ziffer 1 dieser Weisungen erachte der Staat Wallis als Arbeitgeber die Gesundheit seiner Mitarbeiter als grundlegend und möchte sie erhalten. Er fördere ausserdem den Verbleib in der Arbeitswelt sowie die Eingliederung und die Wiedereingliederung in die Arbeitswelt. Weiter führt der Beschwerdeführer aus, dass Art. 59 Abs. 2 PersonalG vorsehe, dass der Angestellte bei teilweiser Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit teilweise wieder anzustellen sei, sofern eine dem Anforderungsprofil des Angestellten entsprechende Stelle frei sei. Bei der Anwendung von Art. 59 Abs. 2 PersonalG müsse der Staat zudem nach den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität, des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots vorgehen, was er nicht getan habe. Der Beschwerdeführer arbeite seit 17 Jahren beim Staat, hätte noch am 20. November 2012 die besten Bewertungen erhalten, sei nun an Multiple Sklerose erkrankt, habe zwei sich in Ausbildung befindende Töchter und werde infolge seiner auf Konkurs- und Betreibungsrecht spezialisierten Tätigkeit als bald 49-Jähriger wohl kaum oder nur sehr schwer je eine neue Anstellung finden. Der Staat verletze die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität, des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots, wenn er sich auf Art. 59 Abs. 1 PersonalG berufe.

**4.2** Der Staatsrat hingegen stellt sich auf den Standpunkt, eine Kündigung nach Art. 59 Abs. 1 PersonalG sei nicht nur bei bleibender Arbeitsunfähigkeit zu 100 % möglich. Der Gesetzgeber habe in Art. 59 Abs. 1 PersonalG klar geregelt, dass bei bleibender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall nach dem Erlöschen des Gehaltsanspruchs das Arbeitsverhältnis gekündigt werde. Die Kündigung erfolge logischerweise entsprechend dem Prozentsatz der Arbeitsunfähigkeit, während das Arbeitsverhältnis für den Teil der Arbeitsfähigkeit bestehen bleiben könne. Der Staatsrat bringt weiter vor, dass wenn eine teilweise Kündigung nach Art. 59 Abs. 1 PersonalG nicht möglich sei, auch eine teilweise Wiederanstellung nach Art. 59 Abs. 2

PersonalG nicht möglich sei. Der Beschwerdeführer gehe auch fehl, wenn er mit dem Verweis auf die Weisungen vom 29. November 2011 zur Eingliederung von behinderten Personen und zur beruflichen Neuorientierung aus Gesundheitsgründen bei der Kantonsverwaltung behaupte, diese Weisungen würden eine teilweise Kündigung bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit verbieten. Auch wenn einem Angestellten nach 17 Jahren Staatsdienst auf Grund teilweise bleibender Arbeitsunfähigkeit zu 50 % gekündigt werden müsse, verletze der Staat damit noch keineswegs die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität, des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots. Die maximale Lohnfortzahlungspflicht sei gesetzlich vorgeschrieben, woran sich auch die Anstellungsbehörde zu halten habe. Betreffend die Dauer der Arbeitsunfähigkeit könne im vorliegenden Fall auf die sachverhältnismässigen Feststellungen und auf die Arztzeugnisse gemäss Belegen verwiesen werden. Es dürfe nicht bestritten werden, dass der Beschwerdeführer zu 50 % bleibend arbeitsunfähig sei, nachdem er seit dem 16. April 2013, d.h. bis dato 21 Monate, nachweislich zwischen 50 % und 100 % arbeitsunfähig war, mit Ausnahme einer Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 40 % vom 15. April 2014 bis 15. Mai 2014. Nachdem auch das letzte Arztzeugnis eine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 50 % attestierte, habe der Staatsrat nach 21 Monaten in guten Treuen von einer bleibenden Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausgehen können. Die Dauerhaftigkeit der Arbeitsunfähigkeit werde zudem auch dadurch untermauert, dass der Beschwerdeführer bei der IV ein entsprechendes Rentengesuch eingereicht habe. Der mittlerweile am 11. Februar 2015 ergangene Vorentscheid der kantonalen IV-Stelle Wallis ergebe zudem, dass der Beschwerdeführer seit dem 1. April 2014 auf Grund seiner Invalidität von 75 % einen Anspruch auf eine volle IV-Rente habe.

**4.3** Der vorliegend relevante Art. 59 PersonalG, der die Überschrift „Kündigung einer unbefristeten Anstellung durch den Arbeitgeber bei bleibender Arbeitsunfähigkeit“ trägt, lautet wie folgt:

*„1. Bei bleibender Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall kündigt die zuständige Behörde die Anstellung auf das Datum, welches dem Erlöschen des Gehaltsanspruchs 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.“*

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 die 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:*

- für das erste Jahr: vollständige Besoldung während sechs Monaten;*
- für das zweite Jahr: während acht Monaten;*
- 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.“*

Weder in Art. 59 PersonalG noch in Art. 12 BesG ist ausdrücklich geregelt, ob Art. 59 PersonalG nur bei einer bleibenden Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % zur Anwendung kommt oder ob ein geringerer Arbeitsunfähigkeitsgrad genügt. Gemäss Art. 6 Abs. 2 PersonalG sind die Bestimmungen des Obligationenrechts und die nicht zwingenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Arbeit vom 13. März 1964 bei ausdrücklichem Verweis oder einer Gesetzeslücke als ergänzendes kantonales öffentliches Recht analog anwendbar. Einen ausdrücklichen Verweis zu dieser Frage enthält das PersonalG nicht. Es ist folglich zu prüfen, ob eine Gesetzeslücke vorliegt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht eine Gesetzeslücke, wenn sich eine Regelung als unvollständig oder unrichtig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bun-

desgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Kurz umschrieben, der Gesetzgeber muss die Rechtsfrage übersehen oder verkannt haben (vgl. BGE 139 II 404 E. 4.2; vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 25 N. 7).

**4.4** Die erste Voraussetzung ist zweifelsohne erfüllt. Das Gesetz enthält keine Regelung betreffend des Grades der bleibenden Arbeitsunfähigkeit und ist in diesem Sinne unvollständig. Es ist des Weiteren auch kein Hinweis ersichtlich, dass es sich hierbei um ein qualifiziertes Schweigen handelt. Auch die dritte Voraussetzung ist erfüllt, da dem Gesetz die Antwort auf die Frage, zu welchem Grad jemand bleibend arbeitsunfähig sein muss, damit Art. 59 PersonalG zur Anwendung gelangt, weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Da folglich eine Gesetzeslücke vorhanden ist, kommt Art. 6 Abs. 2 PersonalG zur Anwendung und die Bestimmungen des Obligationenrechts sind als ergänzendes kantonales Recht analog anwendbar.

**4.5** Art. 336c Abs. 1 lit. b des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220) sieht vor, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen kann, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Es wird grundsätzlich keine Mindestarbeitsunfähigkeit in Grad und Dauer vorausgesetzt (Frank Emmel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, Art. 336c OR N. 3). Es geht nicht um die Frage, ob der Arbeitnehmer völlig arbeitsunfähig ist, weil Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auch eine teilweise Arbeitsunfähigkeit meint. Diese Bestimmung ist im Krankheitsfall nur dann nicht anwendbar, wenn sich die Beeinträchtigung der Gesundheit als so unbedeutend erweist, dass sie kein Hindernis darstellt, um eine neue Anstellung anzunehmen (vgl. BGE 128 III 212 E. 2.c [= Pra 2002 Nr. 153]; vgl. Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag,

4. A., Basel 2014, § 24 N. 126). Die Teilarbeitsunfähigkeit kann auch geringfügig sein. Doch ist sie der vollständigen Arbeitsunfähigkeit dem Sinne der Vorschrift nach nur dann gleichgestellt, wenn in Anbetracht des Ausmasses und der Dauer der Verhinderung ein künftiger Arbeitgeber den Betroffenen mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht einstellen würde (Manfred Rehbinder/ Jean-Fritz Stöckli, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Bern 2014, Art. 336c N. 3). Die Kündigung kann folglich nach Ablauf der Sperrfrist erfolgen, auch wenn die Arbeitsunfähigkeit nicht 100 % beträgt. Wendet man nun gemäss Art. 6 Abs. 2 PersonalG diese Bestimmung analog auf das Personalgesetz an, bedeutet dies, dass Art. 59 PersonalG auch zur Anwendung kommt, wenn der Arbeitnehmer weniger als 100 % arbeitsunfähig ist, da es auf den Grad der Arbeitsunfähigkeit nicht ankommt. Die Rüge des Beschwerdeführers, der Staatsrat hätte nicht kündigen dürfen, da es einer Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % bedürfe, geht somit fehl. Zudem wird an dieser Stelle erwähnt, dass wie bereits oben dargelegt, nach einem Jahr und drei Monaten oder nach dreizehneinhalb Monaten jeder Besoldungsanspruch entfällt. Der Beschwerdeführer hat nicht vorgebracht, dass er während der in Art. 12 Abs. 2 BesG genannten dreizehneinhalb Monaten den Lohn nicht ausbezahlt erhalten hat. Der Staatsrat hat Art. 59 PersonalG somit zu Recht angewendet.

**5.1** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Voraussetzung der bleibenden Arbeitsunfähigkeit, welche die Anwendung von Art. 59 PersonalG verlange, sei nicht erfüllt. Er führt diesbezüglich aus, seine Arbeitsfähigkeit betrage derzeit gemäss den bisherigen Arbeitszeugnissen 50 %. Definitiv und verbindlich sei dies noch nicht abgeklärt. Er sei sicher in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich sowie auch in anderen seinen Fähigkeiten und Kompetenzen entsprechenden Tätigkeiten im Rahmen seiner Arbeitsfähigkeit einsetzbar. Er habe immer wieder in diesem Rahmen arbeiten wollen, was der Staat wider Treu und Glauben nicht zugelassen habe. Von einer bleibenden (gemeint 100 %) Arbeitsunfähigkeit, wie dies der Sinn des Art. 59 PersonalG sei, könne somit keine Rede sein. Es könne somit nicht auf Grund dieses Artikels gekündigt werden.

**5.2** Wie der Staatsrat zu Recht vorbrachte, kann im vorliegenden Fall in guten Treuen von einer bleibenden Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 50 % ausgegangen werden. Gemäss den eigenen Angaben des Beschwerdeführers und den eingereichten Arztzeugnissen ist ersicht-

lich, dass der Beschwerdeführer seit dem 16. April 2013 ohne Unterbruch zu jeweils mindestens 50 % arbeitsunfähig war, abgesehen von der Zeitspanne zwischen dem 15. April 2014 bis zum 15. Mai 2014, in dem ihm eine Arbeitsunfähigkeit von 40 % attestiert wurde. Es kann folglich von einer bleibenden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden und der Art. 59 PersonalG wurde zu Recht angewendet. Wie bereits oben dargelegt, kommt es auf den Grad der Arbeitsunfähigkeit für die Anwendung von Art. 59 PersonalG nicht an.

**6.** Der Beschwerdeführer macht geltend, dass Art. 59 Abs. 2 PersonalG vorsehe, dass der Angestellte bei teilweiser Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit teilweise wieder anzustellen sei, sofern eine dem Anforderungsprofil des Angestellten entsprechende Stelle frei sei. Art. 59 Abs. 2 PersonalG lautet wie folgt: „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.“ Wie sich aus den Worten „vorbehalten“, „gegebenfalls“, „allfällige“ und „sofern“ entnehmen lässt, verleiht Art. 59 Abs. 2 PersonalG dem Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Wiederanstellung. Der Beschwerdeführer kann daher für sich nicht ableiten, der Staat hätte ihm zwingend eine Stelle anbieten müssen. Der Staat hat dem Beschwerdeführer diverse Stellenangebote unterbreitet, und somit sein Mögliches getan. Art. 59 Abs. 2 PersonalG sieht ausdrücklich vor, dass eine Wiederanstellung nur dann vorbehalten ist, sofern eine entsprechende Stelle frei ist. Dies war in casu jedoch nicht der Fall und der Beschwerdeführer hat keinen weitergehenden Anspruch, wie er dies behauptet. Die Rüge des Beschwerdeführers, dass er zwingend Anspruch auf eine Wiederanstellung gehabt hätte, zielt somit ins Leere und muss abgewiesen werden.