

1. Verwaltungsgericht

2204

Öffentliches Personalrecht. Kündigungsbeschränkung im Krankheitsfall.

Nach Art. 36 Abs. 1 der kantonalen Angestelltenverordnung (AVO, bGS 142.211) kann das öffentlich-rechtliche Angestelltenverhältnis gegenseitig unter Einhaltung der Kündigungsfristen in Abs. 2 durch ordentliche Kündigung aufgelöst werden. Durch schriftliche Vereinbarung kann die Kündigungsfrist auf sechs Monate verlängert werden (Abs. 3). Die Kündigung ist auf Monatsende auszusprechen (Abs. 4). Einem Rechtsmittel gegen eine Kündigung durch den Arbeitgeber kommt keine aufschiebende Wirkung zu (Abs. 5). Abgesehen von der hier nicht interessierenden fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 38) sind darüberhinaus weder in der AVO noch in den vom Regierungsrat erlassenen Ausführungsbestimmungen zur AVO Sperrfristen oder vergleichbare Kündigungsbeschränkungen enthalten. Dem kantonalen öffentlichen Dienstrecht sind jedoch solche Kündigungsbeschränkungen nicht völlig unbekannt. In der nur für öffentlich-rechtliche Angestellte der kantonalen Spitäler geltenden, die AVO ergänzenden Dienst- und Besoldungsverordnung der Spitäler (vom 16. Dezember 1997, bGS 812.111.1, fortan Spital-DBO) sieht Art. 29 ausdrücklich solche Kündigungsbeschränkungen vor. Dabei wurde auf eine eigenständige Regelung verzichtet und stattdessen sieht Art. 29 der Spital-DBO vor, dass die Kündigungsbeschränkungen (Kündigung zur Unzeit, missbräuchliche Kündigungsgründe etc.) sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes richten. Gemäss Fussnote in der Gesetzessammlung wird damit auf Art. 335 ff. OR (SR 220) und mit dem Begriff "Kündigung zur Unzeit" wird ausdrücklich auf Art. 336c OR verwiesen. Mit diesem Verweis werden diese OR-Bestimmungen zum Bestandteil des kantonalen öffentlichen

Rechts erhoben (vgl. dazu *H-J. Mosimann*, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand, ZBl 99/1998, 449 ff./457). Auch wenn der Verweis in Art. 29 Spital-DBO nicht direkt auf das streitige Angestelltenverhältnis in der kantonalen Verwaltung anwendbar war, wurde diese Bestimmung wie folgt zur Lückenfüllung herangezogen:

Für das privatrechtliche und nach dem Gesagten auch für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis im Spitalbereich sieht Art. 336c Abs. 1 lit. b OR vor, dass der Arbeitgeber nicht kündigen darf, 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 dem zweiten bis und mit dem fünften während 90 Tagen und ab dem sechsten während 180 Tagen.

a) Eine öffentlich-rechtlich Angestellte der Kantonalen Verwaltung liess geltend machen, zwar enthalte Art. 342 Abs. 1 lit. a OR einen Vorbehalt zugunsten der Kantone für abweichende Regelungen im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht. Der Vorbehalt könne aber keineswegs bedeuten, dass Lücken im kantonalen Dienstrecht immer als unechte Lücken bzw. als qualifiziertes Schweigen aufzufassen seien. Es sei nicht einzusehen, weshalb es eines mit den Sperrfristen des Privatrechts vergleichbaren Schutzes bei den öffentlich-rechtlichen Angestellten des Kantons nicht bedürfe. Der Regierungsrat hielt dem entgegen, die AVO sei abschliessend und der Kanton habe dort eine Regelung ohne solche Sperrfristen gewählt. Eine Lösung mit Sperrfristen sei auch verfassungsrechtlich nicht geboten. Das Bundesgericht sei in einem vergleichbaren Fall (BGE 124 II 53) auch zum Schluss gelangt, dass keine in Anlehnung der Sperrfristen des OR zu schliessende Lücke bestehe. Zwar sei auf den ersten Blick nur schwer verständlich, dass das öffentliche Personalrecht eine Beendigung einer Anstellung zulasse, die bei einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis geradezu nichtig wäre. Das öffentliche Personalrecht verwirkliche indessen den Schutz der Angestellten auf eine andere Weise als das Privatrecht, worauf auch im genannten Entscheid mit den Stichworten Lohnfortzahlungsgarantie, Erfordernis eines sachlichen Kündigungsgrundes und dem Rechtsschutz hingewiesen werde. So dann habe das Bundesgericht in einem den Kanton betreffenden Fall eines Arztes am 3. Juni 1994 festgestellt, dass für die Ausübung des Kündigungsrechts nach den massgeblichen kantonalen Rechtsgrundlagen abgesehen vom Willkürverbot keine weiteren Schranken be-

stunden. Daraus sei zu schliessen, das OR finde auf einen im Rahmen der kantonalen AVO Angestellten (generell) keine sinngemässe Anwendung. Selbst wenn man davon ausgehe, dass einzelne Regelungen des OR analog anwendbar seien, frage sich, nach welchen Kriterien dies zu geschehen habe. Darauf abzustellen, ob eine kantonalrechtliche Regelung angestelltenunfreundlicher sei, könne kein tauglicher Ansatz sein. Der (richtigen) Auffassung, dass keine Sperrfrist bestehe, stehe auch Art. 33 AVO nicht entgegen. Die dort vorgesehene Lohnfortzahlungspflicht könne allenfalls dann eine Rolle spielen, wenn wegen Krankheit oder Unfall gekündigt werde. Der Beschwerdeführerin sei jedoch nicht wegen Krankheit, sondern aus anderen, sachlichen Gründen gekündigt worden, weshalb diese Bestimmung keineswegs unterlaufen werde.

b) Die Rechtsprechung tendiert seit längerem dahin, die Verwaltungsgesetze in stärkerem Masse als nicht vollständig zu betrachten und Ergänzungen dort anzubringen, wo eine offensichtliche Notwendigkeit besteht, statt aus dem Fehlen von bestimmten Vorschriften auf eine Absicht des Gesetzgebers zu schliessen (*Imboden/Rhinow*, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 23 B/III.a). Statt von echten und unechten Lücken wird heute vermehrt von der Lücke als planwidrige Unvollständigkeit gesprochen (*Häfelin/Müller*, Grundriss des allg. Verwaltungsrechts, 3. Aufl., N 200f.). Auf ein qualifiziertes Schweigen eines Gesetzes kann oft nur geschlossen werden, wenn die Gesetzesmaterialien entsprechende Anhaltspunkte enthalten. Während namentlich in der steuerrechtlichen Praxis und auch in der übrigen Eingriffsverwaltung Lücken nur zurückhaltend angenommen werden, wird die Lückenhaftigkeit anderer Teile des Verwaltungsrechts häufiger bejaht. Im öffentlich-rechtlichen Personalrecht hat die Rechtsprechung namentlich das Dienstrecht der Gemeinden wiederholt als lückenhaft beurteilt (vgl. ZBI 102/2001, 94). Im öffentlichen Personalrecht wird von der Lehre eine Lücke namentlich dann bejaht, wenn etwas zum Kernbereich des Arbeitsvertragsrechtes gemäss OR gehört und das öffentlich-rechtliche Dienstrecht keine entsprechende Regelung (z.B. bezüglich des Anspruches auf ein Arbeitszeugnis) aufweist. Keine oder eine unechte Lücke ist aber anzunehmen, wenn die öffentlich-rechtliche Regelung insgesamt auch so dem OR-Minimum entspricht oder gar darüber hinausgeht. Unterschreitet hingegen die öffentlich-rechtliche Regelung das OR-Minimum, wird dies von Lehre und Rechtsprechung als Indiz für eine

zu füllende Lücke betrachtet, und zwar mit der überzeugenden Begründung, dass dem Staat als Arbeitgeber kaum weniger abverlangt werden könne als das, was der Staat allen privaten Arbeitgebern mit dem sog. OR-Minimum auferlegt (vgl. VwGer ZH, in: ZBI 102/2001, 94). Es kann indessen aus einer Unterschreitung des OR-Minimums in einem Einzelpunkt nicht schon auf eine planwidrige Lücke geschlossen werden. Vielmehr müssen die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, soweit sie inhaltlich zusammenhängen und dem gleichen Schutzzweck dienen, in ihrer Gesamtheit den durch das Obligationenrecht gewährten Schutz namhaft unterschreiten (vgl. *H.J. Mosimann*, a.a.O., ZBI 99/1998, 469/70). Im Ergebnis wendet das Bundesgericht diese Grundsätze auch im erwähnten BGE 124 II 53 an. Soweit der Regierungsrat darin allerdings ein Präjudiz für seinen Standpunkt sieht, kann dem nicht gefolgt werden. Er verkennet, dass die für jenen Entscheid massgebende gesetzliche Grundlage in einem wesentlichen Punkt nicht mit der kantonalen AVO zu vergleichen ist: Das Bundesgericht hatte über eine während einer krankheitsbedingten Absenz eines SBB-Angestellten ausgesprochene Kündigung zu befinden. Im Unterschied zur AVO kennt die Angestelltenordnung der SBB immerhin Sperrfristen für Kündigungen während dem Militär- und Zivildienst sowie während der Schwangerschaft, und deren Verletzung hat die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge. Weil Sperrfristen im Sinn von Art. 336c Abs. 1 lit. a und c OR bestanden, ging das Bundesgericht davon aus, dass der Gesetzgeber solche Kündigungsbeschränkungen nicht vergessen hat (so ausdrücklich die Personalrekurskommission als Vorinstanz des BGer, in: VPB-62-36, S. 302/3). Unter diesen Umständen lag es nahe, auf ein qualifiziertes Schweigen in Bezug auf weitergehende, auch den Krankheitsfall betreffende Sperrfristen zu schliessen. Demgegenüber kennt die kantonale AVO überhaupt keine mit Art. 336c OR vergleichbaren Sperrfristen, weshalb man es hier gemessen am OR-Minimum nicht nur mit einer weit gewichtigeren Lücke zu tun hat, sondern das gänzliche Fehlen von Sperrfristen lässt darauf schliessen, dass der Kantonsrat das Bestimmen angemessener Sperrfristen vergessen und somit durch sein Schweigen nichts vorbestimmt hat. Die kantonale AVO kennt selbst für den obligatorischen Militärdienst keine Sperrfrist, obwohl deren Fehlen gerade dort als besonders stossend erscheint und auch durchaus die Gefahr besteht, dass ohne Sperrfrist die über das OR-Minimum hinaus gewährte Lohnfortzahlungspflicht in Art. 29 AVO

umgangen wird. Es ist kaum anzunehmen, der Kantonsrat habe ausgerechnet bei den Dienstpflichtigen der kantonalen Verwaltung eine Kündigung während dem Militärdienst ermöglichen wollen, während eine solche bei den Angestellten der Privatwirtschaft ausgeschlossen ist. Auch den Materialien zur Totalrevision der AVO (Bericht und Antrag an den Kantonsrat vom 13.10.1992) sind keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf ein qualifiziertes Schweigen im Sinne eines durchgehenden Verzichts auf Kündigungssperrfristen hindeuten. Dem Regierungsrat ging es im Gegenteil darum, den überholtem Hoheitsdenken entspringenden Beamtenstatus stärker dem privatwirtschaftlichen Anstellungsverhältnis anzugleichen (S.2). Diese Zielsetzung der AVO-Revision lässt den Schluss zu, gerade eine Lückenfüllung durch OR-Bestimmungen entspreche den Intentionen des Verordnungsgebers. Keine Zweifel am Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit lässt die erwähnte, erst vor kurzem revidierte Spital-DBO (vom 16.12.1997), welche für die Angestellten der kantonalen Spitäler nicht ausschliesslich gilt, sondern die AVO lediglich ergänzt (Art. 1 Abs. 1 Spital-DBO). Mit Art. 29 der Spital-DBO hat der Regierungsrat offenkundig selber das Bestehen einer Lücke in Bezug auf die Sperrfristen bejaht und ergänzend zur AVO namentlich für eine Kündigung zur Unzeit integral die Bestimmungen des OR und damit Art. 336c OR als anwendbar erklärt. Dies hätte er nicht tun können, wenn er seiner vorliegend vertretenen Auffassung folgend von einem qualifizierten Schweigen der AVO ausgegangen wäre. Haltbare Gründe, die es rechtfertigen, das Bestehen einer planwidrigen Unvollständigkeit der AVO nur in Bezug auf die Spitalangestellten, nicht aber bezüglich der Angestellten der übrigen kantonalen Verwaltung zu bejahen, sind weder dargetan noch ersichtlich. Eine unterschiedliche Auslegung wäre mit dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren. In Würdigung der gesamten Umstände kommt das Gericht zum Schluss, dass in Bezug auf Sperrfristen für Kündigungen zur Unzeit nicht von einem qualifizierten Schweigen der AVO ausgegangen werden kann. Vielmehr stellt das Fehlen jeglicher Sperrfristen gemessen am OR-Minimum, an den Intentionen des Verordnungsgebers und am Gleichbehandlungsgebot eine planwidrige Unvollständigkeit der AVO dar, die es nun auch für die übrigen kantonalen Angestellten zu beheben gilt.

c) Hat der Verordnungsgeber zu den Sperrfristen planwidrig nichts bestimmt, ist diese echte Lücke nach Lehre und Rechtsprechung pri-

mär durch analoge Anwendung von Bestimmungen zu füllen, die das öffentliche Recht und subsidiär das Privatrecht für verwandte Fälle aufgestellt haben (*Imboden/Krähenmann*, a.a.O., Nr. 23 B/VI). Da mit der AVO eine Annäherung an das privatrechtliche Angestelltenverhältnis angestrebt wurde, liegt es nahe, diese Lücke durch eine analoge Anwendung von Art. 336c OR zu füllen. Da dieser Weg mit Art. 29 der Spital-DBO vorgezeichnet wurde, bleibt lückenfüllend nichts anderes übrig, als Art. 336c OR auch bei allen übrigen kantonalen Angestellten integral auf Kündigungen zur Unzeit anzuwenden.

VGer 27.6.2001

2205

Öffentliches Personalrecht: Belegarzt an einem kantonalen Spital - Anstellung durch Verfügung, durch Verwaltungsvertrag oder durch privatrechtlichen Arbeitsvertrag? Auswirkungen eines Verwaltungsvertrages auf die Kündigungsmodalitäten und deren Anfechtung.

Dr. med. A. war seit dem 29. Dezember 1997 am kantonalen Spital H. aufgrund eines von beiden Parteien unterzeichneten Vertrages als Belegarzt tätig. Die Spitalleitung kündigte diesen Vertrag am 5. Mai 1999 mit der Begründung, Dr. A. habe treuwidrig Patienten dazu bewogen, sich an einer anderen Klinik behandeln zu lassen, an der er ebenfalls tätig war. Dr. A. liess die Kündigung mit Rekurs bei der Gesundheitsdirektion anfechten, unter anderem mit der Begründung, das Vertragsverhältnis sei öffentlich-rechtlicher Natur, stelle somit eine Verfügung dar und sei daher anfechtbar. Mit Entscheid vom 30. Mai 2000 trat die Gesundheitsdirektion auf den Rekurs nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (VwGerG; bGS 143.6) zur Behandlung der Beschwerde gegen den angefochtenen Nichteintretensentscheid der Gesundheitsdirektion zuständig ist. Streitgegenstand ist die von der Vorinstanz zur Begründung des Nichteintretens getroffene Feststellung, die Kündigung sei