

Nr. 37 Personalrecht. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Art. 64 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 VRPV. Art. 15 Abs. 6, Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d PV. Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses. Es ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung lediglich die Vollziehbarkeit oder aber auch die Wirksamkeit einer Verfügung hemmt. Unterschiedliche Rechtsfolgen. In concreto Aufschub der Wirksamkeit der angefochtenen Kündigungsverfügung und damit Verschiebung des Kündigungstermins bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Beschwerdeentscheids. Bis zu diesem Zeitpunkt muss der Beschwerdeführer den bezogenen Lohn nicht zurückerstatten. Ist ein Arbeitnehmer wegen Krankheiten oder Unfällen, die untereinander in keinem Zusammenhang stehen, arbeitsunfähig, so löst jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall eine neue gesetzliche Schutzfrist aus, während welcher der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht gültig kündigen kann. Auch die nur teilweise Verhinderung an der Arbeitsleistung löst den zeitlichen Kündigungsschutz aus. Dieser gilt für das ganze Arbeitspensum und nicht nur im Umfang der Arbeitsunfähigkeit. Nach Ablauf der Sperrfrist kann für das ganze Arbeitspensum die Kündigung ausgesprochen werden und nicht nur im Umfang der bisherigen teilweisen Arbeitsunfähigkeit. In casu löste die Verschlimmerung der Krankheit keine neue Sperrfrist aus. Die Kündigung war deshalb nicht nichtig. Bejahung eines sachlich zureichenden Kündigungsgrundes gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. d PV bei einem Angestellten, der die vorgesetzte Person gegenüber deren Vorgesetzten ohne ausreichende Gründe strafrechtlich relevanter Verfehlungen (Unterschlagung von Bussgeldern, Bestechlichkeit) bezichtigt.

Obergericht, 23. Mai 2005, OG V 05 3

Aus den Erwägungen:

2. Zwischen dem Beschwerdeführer und der Vorinstanz ist streitig, was die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde für die Lohnfortzahlung an den Beschwerdeführer bedeutet.

a) Die aufschiebende Wirkung verhindert einerseits den sofortigen Vollzug einer Anordnung; andererseits wird dadurch nach herrschender Lehre auch deren Wirksamkeit überhaupt aufgeschoben (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 25 N. 1 m.H. auf die Lehre). Nach Ansicht des Bundesgerichts ist dagegen von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die aufschiebende Wirkung

lediglich die Vollziehbarkeit oder aber auch die Wirksamkeit einer Verfügung hemme (BGE 112 V 76 E. 2a, 106 Ia 159 E. 5). Die aufschiebende Wirkung soll verhindern, dass durch den vorzeitigen Vollzug einer Anordnung rechtliche und tatsächliche Präjudizien geschaffen werden, welche den Entscheid in der Hauptsache vorwegnehmen. Die aufschiebende Wirkung schützt mithin sowohl die Interessen des einzelnen Rechtsmittelinlegers als auch jene der entscheidberufenen Rechtsmittelbehörde (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 25 N. 2 m.H.).

b) Als Hauptbegehren beantragt der Beschwerdeführer die Nichtigklärung der angefochtenen Verfügung. Ist die Kündigung nichtig, dauert das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer fort. Die aufschiebende Wirkung verhindert zumindest die sofortige Vollziehbarkeit der angefochtenen Kündigungsverfügung. Deshalb gilt während des laufenden Verfahrens das Arbeitsverhältnis als weiter bestehend und muss solange der Lohn ausbezahlt werden. Die unterschiedlichen Arten der aufschiebenden Wirkung sind erst für die Frage von Bedeutung, ob nach einem Beschwerdeentscheid, der die angefochtene Verfügung bestätigt, der Beschwerdeführer die während des Beschwerdeverfahrens empfangenen Lohnzahlungen zurückzuerstatten hat. Würde die aufschiebende Wirkung nur den Vollzug der Verfügung hemmen, würde nach deren Bestätigung im Beschwerdeentscheid die Kündigung ab dem in der angefochtenen Verfügung gesetzten Kündigungstermin gelten. Die danach empfangenen Lohnzahlungen wären also zurückzuerstatten. Würde dagegen auch die Wirksamkeit der angefochtenen Verfügung aufgeschoben, würde der Kündigungstermin bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Beschwerdeentscheids verschoben. Der Beschwerdeführer müsste bis zu diesem Zeitpunkt den Lohn nicht zurückbezahlen.

c) Ein unterliegender Beschwerdeführer soll aus der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum Schaden der Gegenpartei keinen Vorteil ziehen (BGE 117 V 77 E. 2b; Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 25 N. 43). Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bedeutet aber auch, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitsleistung weiter erbringen muss. Solange hat er Anspruch auf Lohn. Im vorliegenden Fall konnte der Beschwerdeführer zwar nicht arbeiten, weil er krankgeschrieben war und weiterhin ist. Ob während krankheitsbedingter Absenz der Lohn zu bezahlen ist, richtet sich aber nicht nach der aufschiebenden Wirkung eines ergriffenen Rechtsmittels, sondern nach den Bestimmungen über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Auch wenn die Vorinstanz trotz aufschiebender Wirkung der Beschwerde bei verbliebener Arbeitsfähigkeit auf einer Freistellung beharrt hätte, wäre sie lohnpflichtig geblieben. Der Beschwerdeführer hätte sich nur anrechnen lassen müssen, was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hätte (vgl. Staehelin/Vischer, in Zürcher Kommentar, 1996, N. 29 zu Art. 335 OR), was vorliegend wegen Krankheit nicht möglich gewesen wäre.

d) Anders hätte es sich dann verhalten, wenn der Beschwerdeführer nur wie im Eventualbegehren die Feststellung beantragt hätte, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer in ungerechtfertigter Weise aufgelöst wurde. Denn hält das Obergericht eine angefochtene Auflösung des Arbeitsverhältnisses für ungerechtfertigt, hat es nach Art. 72 Abs. 1 PV nur einen entsprechenden Feststellungsentscheid zu treffen. Im Anschluss daran hat gemäss Art. 72 Abs. 2 PV der Regierungsrat zu entscheiden, ob er trotz des Gerichtsurteils an der Auflösungsverfügung festhält (In diesem Fall hat der Entlassene einen Schadenersatzanspruch). Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses liegt insoweit allein in der Kompetenz des Regierungsrats. Das Gericht kann nicht die Kündigungsverfügung aufheben und den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses anordnen. Dann kann aber auch die aufschiebende Wirkung nicht den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bewirken. Denn soweit das Obergericht zu einem Entscheid nicht berechtigt ist, wird durch die sofortige Vollziehbarkeit der angefochtenen Verfügung der Entscheid des Obergerichts nicht vorweggenommen. Das hätte im vorliegenden Fall bedeutet, dass die durch die Kündigung bewirkte Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die formell angeordnete aufschiebende Wirkung nicht verhindert oder verzögert worden wäre. Das Arbeitsverhältnis wäre auf jeden Fall auf den Kündigungstermin, den 31. März 2005, hin beendet gewesen. Nur bis zu diesem Termin hätte der Kanton den Lohn zu entrichten gehabt.