

Vertrauen der Bevölkerung in die staatlichen Institutionen Schaden nimmt, im Übrigen durch eine Freistellung/Beurlaubung des Klägers begegnen können. Gleichwohl entschied sich die Beklagte bewusst für eine Verdachtskündigung, ohne alternative Beschäftigungsmöglichkeiten zumindest bis zum Abschluss des Strafverfahrens je ernsthaft geprüft zu haben.

Somit ist antragsgemäss (...) festzustellen, dass die fristlose Kündigung (...) ungerechtfertigt erfolgt ist.

- 42 Konversion; Gehörsanspruch bei vertraglicher Kündigungserklärung, bei Mahnung; Mängel nach Ablauf der Bewährungsfrist; Fürsorgepflicht bei älteren Arbeitnehmern; vertrauensärztliche Untersuchung**
- Umwandlung einer Beschwerde in eine Klage in Personalsachen (E. I/2)
  - Anspruch auf rechtliches Gehör bei der Kündigung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisses mittels vertraglicher Erklärung (E. II/1.2.1)
  - Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer Mahnung sowie Abgrenzung der Mahnung von Disziplinar massnahmen (E. II/1.2.2)
  - Anforderungen an eine Kündigung aufgrund von Mängeln, die nach Ablauf einer Bewährungsfrist auftreten (E. II/3.1 f.), Dauer der Mahnwirkung (E. II/3.3), Berücksichtigung früherer Mängel nach Ablauf der Bewährungsfrist (E. II/3.4 f.)
  - Erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber älteren Arbeitnehmern (E. II/3.6)
  - Das Versäumnis des Arbeitgebers, bei einer psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit zeitnah eine vertrauensärztliche Untersuchung zu veranlassen, darf dem betroffenen Arbeitnehmer nicht zum Nachteil gereichen (E. II/6.2.3-6.3.1).

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 13. Oktober 2020 in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2019.12).

*Sachverhalt*

Der anwaltlich vertretene Kläger gelangte nach Ablauf der Beschwerdefrist von § 48 Abs. 2 PersG mit einer als "Beschwerde" bezeichneten Eingabe ans Verwaltungsgericht und beantragte insbesondere die Feststellung der Nichtigkeit, eventualiter der Widerrechtlichkeit der Kündigung des vertraglich begründeten öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses sowie eine Entschädigung, Genugtuung und Lohnnachzahlung. Die Beklagte beantragte, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten bzw. eventualiter, sie sei abzuweisen.

*Aus den Erwägungen*

- I.
- 2.

Eine Umwandlung des unrichtigen in das zutreffende Rechtsmittel ist möglich, wenn bezüglich des jeweils statthaften Rechtsbehelfs sämtliche Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2016.17 vom 18. Oktober 2017 E. I/1; BGE 129 IV 276 E. 1.1.4; Urteil des Bundesgerichts 5A\_221/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.3.1). Das ist vorliegend der Fall. Bereits das Personalrekursgericht hat praxisgemäss Klagen als solche entgegengenommen, selbst wenn sie fälschlicherweise als "Beschwerden" bezeichnet wurden (vgl. etwa Entscheide des Personalrekursgerichts 2-BE.2008.9 vom 3. November 2009 E. I/4.2; 2-BE.2009.4 vom 26. Mai 2010 E. I/2.5). Diese vom Verwaltungsgericht in Personalsachen weitergeführte Praxis gilt auch bei anwaltlicher Vertretung, wobei nicht unterschieden wird, ob die Eingabe versehentlich falsch bezeichnet wurde oder ob bewusst eine "Beschwerde" eingereicht wurde, etwa um die Frist von § 48 Abs. 2 PersG zu wahren (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2017.8 vom 3. Mai 2018 E. I/2). Tatsächlich würde ein Nichteintreten in solchen Fällen regelmässig zur Neueinreichung derselben Begehren im Rahmen einer Klage und damit zu einem

prozessual nicht gerechtfertigten Leerlauf führen. Soweit die Beklagte vorbringt, mit der Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung werde eindeutig eine Rechtsfolge beantragt, welche hauptsächlich im Rahmen einer Beschwerde eingereicht werden könne, verkennt sie, dass auch bei vertraglichen Erklärungen für das Kündigungsverfahren und die Kündigung gewisse formelle Anforderungen gelten, wie sie im Verfahren auf Erlass einer Verfügung und bei der Eröffnung einer Verfügung zu beachten sind, bei deren Verletzung als Rechtsfolge grundsätzlich auch im Klageverfahren die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung infrage kommen kann (vgl. Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2010.14 vom 25. Oktober 2011 E. II/3.1.1; 2-KL.2010.10 vom 14. Juni 2011 E. II/2.4.2; Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2016.7 vom 19. Oktober 2016 E. II/1.2.1). Die Eingabe kann somit als Klage entgegengenommen werden.

## II.

### 1.

#### 1.1. (...)

#### 1.2.

##### 1.2.1.

(...) Bei der Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers [handelt es sich] nicht um eine Verfügung, sondern um eine vertragliche Erklärung. Gleichwohl gelten für das Kündigungsverfahren und die Kündigung gewisse formelle Anforderungen, wie sie im Verfahren auf Erlass einer Verfügung und bei der Eröffnung einer Verfügung zu beachten sind.

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und § 22 Abs. 1 KV) dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (BGE 140 I 99 E. 3.4; 136 V 351 E. 4.4; 132 V 368 E. 3.1; 129 I 232 E. 3.2, je mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/

GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1001). Dieser Gehörsanspruch ist nicht nur bei den Kündigungen mittels Verfügung, sondern auch bei denjenigen mittels vertraglicher

Erklärung gewährleistet (Entscheide des Verwaltungsgerichts WKL.2016.7 vom 19. Oktober 2016 E. II/1.2.1; WKL.2015.3 vom 10. November 2015 E. II/2.2; Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2012.1 vom 23. November 2012 E. II/2.2; 2-KL.2007.3 vom 30. Mai 2008 E. II/7.2). Dem Personalreglement der Beklagten ist denn auch explizit zu entnehmen, dass den Mitarbeitenden das rechtliche Gehör gewährt werden muss, bevor die Kündigung ausgesprochen werden kann (§ 7 Abs. 2 Personalreglement). Wesentlicher Teilgehalt des Gehörsanspruchs ist das Recht auf vorgängige Anhörung (vgl. § 21 Abs. 1 VRPG). Die Behörden müssen die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinandersetzen (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1010). Die Anhörung kann nur ausnahmsweise unterbleiben, wenn Gefahr in Verzug ist oder eine vorgängige Anhörung den Zweck der behördlichen Anordnung vereiteln würde (§ 21 Abs. 2 VRPG; vgl. auch BGE 140 I 99 E. 3.4).

(...)

#### 1.2.2.

Soweit die Mahnung nicht über die gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben hinausgeht und neue Pflichten begründet, sondern lediglich daran erinnert bzw. diese näher ausführt, werden durch sie keine schutzwürdigen Interessen tangiert (AGVE 2015, S. 245, E. 6.3.3). Insbesondere gelten für eine Mahnung nicht die gleichen (rechtsstaatlichen) Verfahrensgarantien wie für die Kündigung des Anstellungsverhältnisses, welche durch die unmittelbare Beendigung des Anstellungsverhältnisses den weit schwerwiegenderen Eingriff in existenzielle Interessen des betroffenen Vertragspartners beinhaltet (vgl. dazu Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2015.19 vom 10. November 2016 E. II/2.2). Entsprechend kommt der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör respektive das daraus fliessende Recht auf vorgängige Anhörung im Kontext einer Mahnung nicht oder höchstens beschränkt zum Tragen. Vom Arbeitgeber kann namentlich nicht verlangt werden, dass er dem Arbeitnehmer schon im Vorfeld

der Mahnung bekanntgibt, welche Mängel er zu rügen gedenkt (AGVE 2017, S. 214, E. 3.3.1). Die Mahnung ist von Disziplinar-massnahmen wie dem Verweis (teilweise auch als Verwarnung bezeichnet) abzugrenzen. Disziplinar-massnahmen haben auch Strafcharakter und müssen daher (bei einseitigem Erlass) auf dem Wege der Verfügung angeordnet werden (PETER HELBLING, in: WOLFGANG PORTMANN/FELIX UHLMANN [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], Bern 2013, Art. 25 N 12, 29, 31 und 50 f. sowie Art. 34 N 63), wobei grundsätzlich eine vorgängige Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich ist (Helbling, a.a.O., Art. 34 N 74 ff.).

1.2.3. (...)

1.3. - 1.6. (...)

2. (...)

3.

3.1.

Wie bereits dem Kündigungsschreiben zu entnehmen ist, führt die Beklagte Mängel im Verhalten des Klägers sowie einen Vertrauensverlust als Kündigungsgründe an.

Gemäss § 7 Abs. 1 Personalreglement bedarf es für eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses sachlich zureichende Gründe, welche im Rahmen des Qualifikationsgespräches schriftlich festgehalten wurden, namentlich Mängel im Verhalten, die sich trotz schriftlicher Mahnung während einer schriftlich angesetzten Bewährungszeit fortsetzen (lit. c.). Auch in § 10 Abs. 1 lit. c PersG wird für eine Kündigung wegen Mängeln im Verhalten eine vorgängige Mahnung vorausgesetzt, mit welcher dem betroffenen Arbeitnehmer eine Bewährungszeit eingeräumt wurde.

Mängel im Verhalten eines Arbeitnehmenden taugen als Kündigungsgrund nur dann, wenn sie auch für Dritte nachvollziehbar sind. Das Verhalten des Arbeitnehmenden muss zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinem Vorgesetzten erschüttern. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt in einem Fall von Vertrauensverlust grundsätzlich im öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung (Urteil des Bundesgerichts 8C\_995/2012 vom 27. Mai 2013 E. 3.3). Auch zeitlich

zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle können zusammen mit einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall eine (sogar fristlose) Kündigung rechtfertigen; sie bilden gleichsam den Tropfen, der das volle Fass zum Überlaufen bringt. Notwendig ist jedoch grundsätzlich, dass der Kündigende auf die früheren Verfehlungen mit einer Mahnung oder Verwarnung reagiert hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2012 vom 13. August 2012 E. 6.3.2). Sofern die kündigungswillige Anstellungsbehörde nach Ablauf der angesetzten Bewährungsfrist nicht reagiert, fällt die Mahnwirkung grundsätzlich dahin und es bedarf einer neuen schriftlichen Mahnung mit Ansetzung einer neuen Bewährungszeit, damit eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten ausgesprochen werden kann. Bei zwiespältigem Verlauf ist auch eine Verlängerung der Bewährungszeit denkbar (vgl. AGVE 2007, S. 363, E. 3.1).

Liegen sachliche Kündigungsgründe vor, ist zusätzlich zu prüfen, ob nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel geführt hätten und ob sich die Kündigung aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Anliegen rechtfertigen lässt. Namentlich ist das Interesse der Verwaltung an einer störungsfreien und geordneten Arbeitserfüllung gegen das Interesse des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin an einer Weiterbeschäftigung abzuwägen (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2015.11 vom 10. November 2015 E. II/3.2; Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2006.6 vom 30. April 2007 E. II/2.1; KL.2003.50005 vom 29. Juni 2004 E. II/1.a).

### 3.2.

Bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten darf grundsätzlich nur dann auf eine vorgängige Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit verzichtet werden, wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss § 2 Abs. 4 Personalreglement i.V.m. Art. 337 OR oder § 11 PersG erfüllt sind, mithin die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheint, wenn ein bestimmter Vorfall derart schwer wiegt, dass selbst ein einwandfreies Verhalten während der Bewährungszeit nicht genügen würde, um das Vertrauen seitens

des Arbeitgebers wiederherzustellen (vgl. Entscheid des Personalrekursgerichts 2-KL.2011.5 vom 12. März 2012 E. II/6.4; 2-KL.2007.3 vom 30. Mai 2008 E. II/4.2.3 mit Hinweis), oder wenn ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis aus anderen, objektiv nachvollziehbaren Gründen (beispielsweise bei nicht tolerierbarem Verhalten oder unüberbrückbaren Auffassungen über Kompetenzen) als nicht wiederherstellbar eingeschätzt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_280/2018 vom 22. Januar 2019 E. 3.2.4 und 3.4). Demzufolge ist es möglich, dass ein Fehlverhalten ohne Mahnung und ohne Ansetzung einer Bewährungsfrist zu einer gerechtfertigten ordentlichen Kündigung (infolge Vertrauensverlust) führen kann (AGVE 2008, S. 438, E. 4.3.3). Entsprechendes muss auch möglich sein, wenn bereits früher eine Mahnung mit Bewährungsfrist erfolgt ist, das beanstandete Verhalten jedoch erst nach Ablauf der Bewährungsfrist wieder auftritt. Damit ohne vorgängige mildere Massnahme direkt die Kündigung ausgesprochen werden darf, muss – für Dritte nachvollziehbar – der Arbeitnehmer für die Anstellungsbehörde aufgrund des Vorgefallenen in seiner Funktion nicht mehr tragbar sein. Bei der Prüfung, ob (erneut) eine Bewährungsfrist angesetzt werden muss oder nicht, ist namentlich auch darauf abzustellen, ob ein positives Verhalten in dieser Zeit überhaupt geeignet wäre, das Vertrauensverhältnis wieder ins Lot zu bringen (AGVE 2008, S. 438, E. 4.3.4.). Von einer Bewährungsfrist kann auch abgesehen werden, wenn aus dem konkreten Verhalten des Beschäftigten hervorgeht, dass sich die Ansetzung einer Bewährungszeit als unnütz erweisen würde, da er unzweideutig erklärt oder auf andere Weise zu verstehen gibt, das bemängelte Verhalten nicht ändern zu wollen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2018.4 vom 20. Februar 2019 E. 3.3; Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2010.14 vom 25. Oktober 2011 E. II/6.2; 2-KL.2009.3 vom 11. November 2010 E. II/6.2.1).

3.3.

(...)

(...) Während auch eine Mahnung ohne Ansetzung einer bestimmten Bewährungszeit grundsätzlich wirksam ist, muss deren

zeitliche Wirksamkeit gleichwohl angemessen limitiert werden, um zu gewährleisten, dass sich der Arbeitnehmer in Bezug auf die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht unzumutbar lange in Ungewissheit befindet (vgl. Entscheide des Verwaltungsgerichts WKL.2015.8 vom 30. September 2015 E. 3.2.2; WKL.2013.20 vom 4. Juni 2014 E. 4.3.1). Entsprechend wird in manchen Personalgesetzbüchern die Bewährungsfrist auf längstens sechs Monate begrenzt (vgl. § 19 Abs. 1 des Personalgesetzes des Kantons Zürich vom 27. September 1998; Art. 18 Abs. 1 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals der Stadt Zürich vom 6. Februar 2002; Art. 10 Abs. 2 lit. b des Personalreglements der Gemeinde Schöffland vom 1. Januar 2002; Art. 10 Abs. 2 lit. b des Personalreglements der Gemeinde Oberrüti vom 21. November 2003; § 23 Abs. 1 des Personalreglements der Gemeinde Kaiseraugst vom 1. Januar 2008; Art. 16 des Personalreglements der Römisch-Katholischen Landeskirche des Kantons Aargau vom 1. Januar 2015).

[Frage offen gelassen, ob die Bewährungsfrist verlängert wurde, da auch bis zum Ablauf der allenfalls verlängerten Bewährungsfrist keine für die Aussprache einer Kündigung genügenden Verhaltensmängel aufgetreten waren und die Bewährungsfrist nicht weiter verlängert wurde.] (...) Die wiederum rund fünf Monate später ausgesprochene Kündigung erfolgte somit nicht rechtzeitig nach Ablauf der Bewährungsfrist und wurde überdies nicht durch einen während der Bewährungsfrist gezeigten Verhaltensmangel ausgelöst, weshalb die ausgesprochene Kündigung nicht auf § 7 Abs. 1 lit. c Personalreglement gestützt werden kann. Es bleibt zu prüfen, ob andere sachlich zureichende Gründe für die Kündigung des Anstellungsverhältnisses vorlagen.

3.4.

3.4.1. (...)

3.4.2.

Der Arbeitnehmer hat die Weisungen des Arbeitgebers nach Treu und Glauben zu befolgen, sofern die geforderte Handlung durch die Arbeits- und Treuepflicht zumutbar und nicht schikanös ist. Anordnungen, die das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen,



müssen sich auf den unmittelbaren Zusammenhang mit der Arbeitsleistung beschränken (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3551/2009 vom 22. April 2010 E. 12.7; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019, Rz. 329, 337). Was die Treuepflicht betrifft, sind an das Verhalten von Kadermitgliedern in Anbetracht des besonderen Vertrauensverhältnisses und der Verantwortung, die ihre Funktion im Betrieb mit sich bringt, strengere Massstäbe anzulegen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_32/2008 vom 20. Mai 2008 E. 3.1). Da ihre Funktion ihnen im Unternehmen eine erhöhte Glaubwürdigkeit und Verantwortung verleiht, darf von ihnen erwartet werden, dass sie eine höhere Sozialkompetenz im Umgang mit Vorgesetzten, Mitarbeitenden und Kunden an den Tag legen und sich mit negativen Äusserungen über den Arbeitgeber zurückhalten (STEFAN ETTER, Der Charakter des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund, Bern 2017, N 115 mit Hinweisen). Eine Beleidigung oder Beschimpfung des Vorgesetzten ist fraglos ein pflichtwidriges Verhalten, welche das Arbeitsklima erheblich stört. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Beschimpfung eines Vorgesetzten in der Regel als Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wobei jedoch auch Ausnahmen denkbar sind. So zum Beispiel, wenn sich der Arbeitnehmer in einer aussergewöhnlichen Situation in verständlicher Erregung befand (Urteil des Bundesgerichts 4C.400/2005 vom 24. März 2006 E. 2.1).

### 3.4.3.

[Die Beklagte hatte den Kläger seit der rund ein Jahr zuvor erfolgten Mahnung auch nach Ablauf der Bewährungsfrist wiederholt auf die ausgemachten Verhaltensmängel hingewiesen.] (...) Nachdem der Kläger (...) dem Gemeinderat gleichwohl erneut eine unzulässige Einmischung ins operative Geschäft vorwarf und zu schimpfen begann, durfte die Anstellungsbehörde davon ausgehen, dass der Kläger nicht willens oder in der Lage war, das bemängelte Verhalten zu ändern, sich eine erneute Bewährungsfrist somit als unnütz erwiesen hätte. (...) Aufgrund des inadäquaten und auch im Kontext des Gesprächs in keiner Weise nachvollziehbaren Verhaltens ist verständlich, dass die Beklagte von einem nicht wiederherstellbar

zerrütteten Vertrauensverhältnis ausging, womit ein sachlich zureichender Kündigungsgrund vorlag.

Unabhängig von der Frage, ob derartige Äusserungen ein Strafverfahren nach sich ziehen, stellt die Betitelung von Vorgesetzten als "Waschlappen" ein grobes Fehlverhalten dar, welches in Rahmen eines Anstellungsverhältnisses nicht geduldet werden muss. Hinzu kommt, dass der Kläger mit seinem Verhalten ein ausgesprochenes Unverständnis gegenüber Hierarchien und Zuständigkeiten zum Ausdruck brachte, die für einen langjährigen Kadermitarbeiter einer Gemeindeverwaltung eigentlich eine Selbstverständlichkeit darstellen sollten. Befremdlich erscheint insbesondere, dass er als Kadermitarbeiter kompetenzgemässe Beschlüsse des Gemeinderats als unzulässige Einmischung in "sein" operatives Geschäft empfand und dies als ungerechtfertigten Angriff gegen seine Person wertete. Selbstverständlich steht es im pflichtgemässen Ermessen des Gemeinderats und nicht des [Abteilungsleiters] (...) über die Schalteröffnungszeiten oder personelle Ressourcen einer Abteilung zu entscheiden. Die wiederholt und mit teilweise scharfen (und unangemessenen) Worten vorgebrachte Kritik des Klägers zeigt aber auch eine grosse Unzufriedenheit eines Kadermitarbeiters mit dem Arbeitsumfeld, die im konkreten Fall ebenfalls als unüberbrückbar erscheint. Der Vollständigkeit halber ist schliesslich festzuhalten, dass vormalige Mahnungen bei der Würdigung des Kündigungsgrunds nicht allein deshalb ausser Betracht fallen dürfen, weil sich der Arbeitnehmer innerhalb einer ihm zuvor angesetzten Frist bewährt hat. Eine Bewährung hat lediglich zur Folge, dass ein Arbeitnehmer bei minder schweren Leistungs- oder Verhaltensmängel erneut gemahnt werden muss, bevor ihm ordentlich gekündigt wird. Sie bewirkt hingegen nicht, dass das frühere Fehlverhalten bei einer Würdigung neuerlicher Leistungs- oder Verhaltensmängeln im Hinblick auf eine Kündigung unberücksichtigt bleiben müsste. Auch zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher gemahnte Vorfälle können zusammen mit einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall eine (sogar fristlose) Kündigung rechtfertigen (vgl.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2012 vom 13. August 2012 E. 6.3.2). (...)

3.5.

Zusammenfassend wurde das Vertrauensverhältnis durch das schwere Fehlverhalten des Klägers anlässlich des Gesprächs (...) im Kontext der vorbestehenden, bereits zuvor in verschiedener Form durch die Beklagte wiederholt beanstandeten Verhaltensmängel derart schwer beeinträchtigt, dass auch ohne erneute Mahnung und Ansetzung einer Bewährungsfrist von einem sachlich zureichenden Grund für eine ordentliche Kündigung ausgegangen werden konnte.

3.6.

Es bleibt zu prüfen, ob nicht auch mildere Massnahmen zum Ziel geführt hätten und ob sich die Kündigung aufgrund einer Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Anliegen als verhältnismässig erweist. Diesbezüglich ist zu beachten, dass bei Arbeitnehmern mit fortgeschrittenem Alter und langer Dienstzeit für den Arbeitgeber eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. Daraus fliesst insbesondere die Verpflichtung, den Arbeitnehmer rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und ihn anzuhören sowie vor der Aussprache einer Kündigung nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Das bedeutet, dass vorgängig ein entsprechendes Gespräch zu führen, der Arbeitnehmer nachdrücklich auf die Folgen seiner Unterlassung hinzuweisen und ihm mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine letzte Chance zu geben ist, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 5.2). Dieser besondere Schutz hat indes nicht zur Folge, dass ein absoluter Kündigungsschutz für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter besteht (BGE 132 III 115 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E. 4.2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5665/2014 vom 29. September 2015 E. 5.2). Welchen Umfang die Fürsorgepflicht einnimmt, ist anhand der konkreten Umstände im Einzelfall sowie gestützt auf Treu und Glauben festzulegen. Der Entscheid, was dem Arbeitgeber zuzumuten ist und wo sein eigener Persönlichkeitsschutz überwiegt, setzt eine Interessenabwägung

voraus, die nach den Regeln der Billigkeit vorzunehmen ist (vgl. Art. 328 Abs. 2 OR; zudem BGE 132 III 257 E. 5.4 und E. 6; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3006/2017 vom 4. Dezember 2018 E. 4.2; A-546/2014 vom 16. Juni 2014 E. 4.6).

### 3.6.2.

Der Kläger [ist] (...) zweifellos als "älterer Arbeitnehmer" einzuordnen (...), gegenüber denen der Art und Weise der Kündigung besondere Beachtung zu schenken ist (vgl. DENIS G. HUMBERT/ANDRÉ LERCH, Kündigungsschutz, in: WOLFGANG PORTMANN/ADRIAN VON KAENEL [Hrsg.], Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, Rz. 11.90 ff.; DENIS G. HUMBERT, Die Alterskündigung, AJP 2015 S. 868, 872 ff.). Somit stellt sich die Frage, ob die Beklagte trotz des erheblich beeinträchtigten Vertrauensverhältnisses aufgrund des bei älteren Arbeitnehmern besonders bedeutsamen Gebots der schonenden Rechtsausübung verpflichtet gewesen wäre, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht hätten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2014 vom 12. November 2014 E 4.2.2.).

### 3.6.3

Wie erwähnt, zeigten sich über mehrere Jahre hinweg wiederholt Mängel im Verhalten des Klägers (emotionale Durchbrüche/Überreaktionen, mangelnde Empathie, Gelassenheit und Überlegtheit in Stresssituationen, unzureichende Selbstreflexion, fehlende Kundenfreundlichkeit, unberechtigte Einmischung in fremde Angelegenheiten, mangelnder Respekt im Umgang mit dem Gemeinderat und Arbeitskollegen), welche die Beklagte seit geraumer Zeit in den Mitarbeiterbeurteilungen immer wieder beanstandet hatte. Aufgrund des Verhaltens des Klägers, der damals wiederholt zum Ausdruck gebracht hatte, das Vertrauen in den Gemeindeammann und Gemeindeschreiber verloren zu haben und das bisherige Arbeitsverhältnis definitiv nicht mehr aufrechterhalten zu wollen, hatte die Beklagte dem Kläger bereits 2011 (erfolglos) die Kündigung nahegelegt. Gleichwohl war es aufgrund dieser persistierenden Verhaltensmängel wiederholt zu Konflikten gekommen, welche sich seit Ende 2017 zusehends zugespitzt und im

März 2018 zu einer schriftlichen Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungsfrist geführt hatten, nachdem der Kläger den Behördenmitgliedern der Beklagten bereits im Rahmen der Mitarbeiterbeurteilung 2017 unprofessionelles Verhalten und Mobbing vorgeworfen, gegenüber dem Gemeinderat unsachlich Kritik geübt und jenem unter Androhung einer Dienstaufsichtsbeschwerde vorgeworfen hatte, seit Jahren zu versuchen, ihn (den Kläger) als Person zu diskreditieren und sein loyales Verhalten gegenüber der Gemeinde zu untergraben. Einen Gemeinderat beschuldigte der Kläger des Amtsmissbrauchs sowie einer Verletzung der Schweigepflicht und warf ihm vor, er würde seine Kompetenzen überschreiten, sich zu Unrecht in das Tagesgeschäft der Verwaltung einmischen, mit seiner suggestiven Vorgehensweise die Verwaltung spalten und im Besonderen den Kläger diskriminieren. Teilweise weigerte sich der Kläger auch, Anweisungen der vorgesetzten Stelle zu befolgen. So kritisierte er die seitens des Gemeinderats im Hinblick auf die Finanzplanung gestellten Fragen ausführlich und verweigerte partiell deren Beantwortung.

Demgegenüber hatte die Beklagte nebst zahlreichen Gesprächsversuchen dem Kläger wiederholt Unterstützung angeboten, um seinen Defiziten in der Selbst- und Sozialkompetenz beizukommen. Der Kläger hat dieses Angebot (insbesondere Vermittlungshilfe bei der Organisation von professioneller Hilfe) jedoch jahrelang abgelehnt. Erst nachdem der Kläger zum Ausdruck gebracht hatte, er habe das Vertrauen in den Gemeindeammann, den Gemeindeschreiber und den Gemeinderat verloren, stimmte er schliesslich einem durch die Beklagte finanzierten Coaching durch eine durch den Kläger vorgeschlagene Person zu. Nachdem der Kläger jedoch während des Coachings bekundete, das Arbeitsverhältnis nicht länger aufrechterhalten zu wollen, diesbezüglich jedoch die angebotene Hilfestellung der Gemeinde und des Coachs verweigerte, wurde das Coaching abgebrochen und der Kläger begab sich in stationäre Behandlung. Daraufhin versuchte es die Beklagte mit einem Mediationsgespräch, welches offenbar lediglich vorübergehend eine Verbesserung nach sich zog. Auch im

Nachgang zur Mahnung im März 2018 organisierte die Beklagte erneut ein Coaching für den Kläger. Allerdings zeigte auch diese Massnahme keine nachhaltige Wirkung, fiel doch der Kläger schon nach kurzer Zeit in alte Verhaltensmuster zurück. Wiederholt äusserte er erneut in unsachlicher Weise Kritik am (vermeintlichen) Vorgehen des Gemeinderats und des Gemeindeammanns und suchte diese gegenüber anderen Gemeindemitarbeitenden zu diskreditieren. Jegliche (berechtigte) Kritik an seinem eigenen Verhalten wies er dagegen vehement zurück und schritt zum Gegenangriff. Kompetenzgemässe Beschlüsse des Gemeinderats empfand er als unzulässige Einmischung in "sein" operatives Geschäft und übte solange Druck aus, bis man einlenkte. Das klägerische Verhalten hatte sich somit trotz der umfassenden Bemühungen der Beklagten nicht nachhaltig verbessert (vgl. auch E. 3.4 vorne).

Insgesamt war der Beklagten nicht zuzumuten, das schwere Fehlverhalten des Klägers zu dulden, der unsachliche Kritik äusserte, sich den legitimen Anweisungen des Arbeitgebers widersetzte und seine Vorgesetzten beleidigte bzw. beschimpfte. In Anbetracht der über Jahre erbrachten umfassenden Bemühungen der Arbeitgeberin zur Entspannung der durch das Verhalten des Arbeitnehmers verursachten Konfliktsituation (wiederholte Gespräche, Coaching/Mediation bzw. Case Management) wog das Interesse der Verwaltung an einer störungsfreien und geordneten Arbeitserfüllung im vorliegenden Fall schwerer als das Interesse des Klägers an der Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses. Die Kündigung erweist sich auch im Lichte der besonderen Fürsorgepflicht für ältere Arbeitnehmer als verhältnismässig.

4. - 5. (...)

6.

6.1. (...)

6.2.

6.2.1. - 6.2.2. (...)

6.2.3

Die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit [im Hinblick auf eine Verletzung der Sperrfrist] liegt auch im öffentlichen Dienstrecht grundsätzlich beim Arbeitnehmer (Urteil des Bundesgerichts

8C\_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1). Von den Parteien eingereichte ärztliche Auskünfte erbringen keinen unmittelbaren Beweis für den Gesundheitszustand einer Person, taugen aber immerhin als Indizien (STEPHAN HARTMANN, Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, AJP 2018, S. 1339 ff., S. 1351). Arbeitnehmer sind verpflichtet, ihre Arbeitsverhinderung unverzüglich der Arbeitgeberin zu melden (§ 20 Abs. 1 Personalreglement), wobei ein Arztzeugnis eingereicht werden muss, sofern die insbesondere durch Krankheit bedingte Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage dauert (§ 20 Abs. 3 Personalreglement). Auf begründeten Anlass hin kann die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer zudem verpflichten, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen (§ 20 Abs. 3 Personalreglement). Das ist insbesondere der Fall, wenn die Arbeitgeberin begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses hat (Urteil des Bundesgerichts 1C\_64/2008 vom 13. April 2008 E. 3.2.1).

6.3.

6.3.1.

Wie der Kläger anlässlich der Verhandlung (...) ausführte, reichte er jeweils die von seiner Psychiaterin Dr. med. D. ausgestellten Arztzeugnisse bei der Beklagten ein. Entsprechend führten der damalige Gemeindeammann und Gemeindeschreiber im Rahmen der Zeugenbefragung übereinstimmend aus, der Kläger habe die entsprechenden Arztzeugnisse abgegeben. Die zuständige HR-Verantwortliche bestätigte ebenfalls, dass der Kläger die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse im Nachgang zur Kündigung eingereicht habe. Seitens der Beklagten war man sich also bewusst, dass der Kläger nach Aussprache der Kündigung krankgeschrieben war. [Der Kläger brachte verschiedene Arztzeugnisse bei, die seine Arbeitsunfähigkeit im interessierenden Zeitraum bescheinigten. Aus mehreren beigebrachten Arztzeugnissen ergab sich das Vorliegen einer depressiven Symptomatik.]

Die Beklagte verzichtete jedoch bewusst darauf, den Kläger zu verpflichten, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Zumal es sich, wie bereits aus den Berichten von Dr. med. E. und Dr. med. D. hervorgeht, um eine psychische

Problematik handelt, welche, anders als etwa bei einem Beinbruch oder ähnlichen, auch länger nachweisbaren gesundheitlichen Beschwerden (MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen 2014, S. 202), rückwirkend nur sehr beschränkt noch objektiviert werden kann, hat es die Beklagte durch den Verzicht auf eine zeitnahe Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung versäumt, die von ihr erstmals im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers rechtzeitig auszuräumen. Dieses Versäumnis der Beklagten darf nicht zuungunsten des Klägers gewertet werden, der seinerseits seinen Pflichten gemäss § 20 Abs. 1 und 2 Personalreglement vollumfänglich nachgekommen ist. Bei der vorliegenden Ausgangslage wären im Übrigen auch von der Einholung eines Gutachtens keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten, da sich diese aufgrund des Zeitablaufs nur noch auf die Akten stützen könnten. Nach der Rechtsprechung bedarf es zu einer überzeugenden psychiatrischen Exploration aber in aller Regel eines Gesprächs mit dem Patienten, ist doch gerade im Rahmen der Psychiatrie der persönliche Eindruck von ausschlaggebender Bedeutung. Aktengutachten sind dabei nur beweistauglich, sofern es im Wesentlichen lediglich um die Beurteilung eines bereits feststehenden medizinischen Sachverhalts geht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_721/2014 vom 27. April 2015 E. 7.3 mit Hinweisen), was vorliegend nicht der Fall ist.



## XII. Anwalts- und Notariatsrecht

### 43 **Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin; Gegenrechtsvorbehalt (§ 8 Abs. 2 lit. c BeurG)**

**Eine Voraussetzung für die Anerkennung eines ausserkantonalen Fähigkeitsausweises als Notarin oder Notar bildet, dass der andere Kanton Gegenrecht hält. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn der andere Kanton den aargauischen Fähigkeitsausweis als Notarin oder Notar als grundsätzlich gleichwertig einstuft und ohne das Erfordernis von (praktischen) Zusatzausbildungen und Nachprüfungen anerkennt.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 11. Februar 2020, in Sachen A. gegen Notariatskommission (WBE.2019.231).

### *Aus den Erwägungen*

1.

Die Vorinstanz verweigerte der Beschwerdeführerin die Anerkennung des bernischen Fähigkeitsausweises als Notarin mit der Begründung, der Kanton Bern halte kein Gegenrecht im Sinne von § 8 Abs. 2 lit. c BeurG.

Für die Beschwerdeführerin verletzt die Nichtanerkennung ihres bernischen Fähigkeitsausweises als Notarin das Gesetzmässigkeits- bzw. Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), indem die Vorinstanz § 8 Abs. 2 lit. c BeurG falsch auslege. Mit dem darin verankerten Vorbehalt des Gegenrechts sei nicht gemeint, dass der andere Kanton die Gleichwertigkeit des aargauischen Fähigkeitsausweises als Notarin oder Notar in jedem Fall, gewissermassen generell-abstrakt anerkenne. Es genüge, dass der andere Kanton ausserkantonale Fähigkeitsausweise als Notarin oder Notar unter den gleichen oder ähnlichen Voraussetzungen wie der Kanton Aargau anerkenne, was der Fall sei. Zudem erblickt die Beschwerdeführerin in der Nichtanerkennung