

Inspektor O.: "Frau T. ist eine gute Lehrerin und jede Lehrerin kann sich entwickeln."

Die erwähnten Aspekte belegen überaus deutlich, dass von einer mangelnden Eignung der Klägerin, die vertraglich vereinbarte Arbeit auszuführen, keine Rede sein kann. Die punktuellen Kritiken der Beklagten an der Schulführung und dem Unterrichtsstil der Klägerin vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern ("zu spät erschienen", "keine Pausen", "überstelltes Zimmer", "forscher Ton", "z.T. unvorbereitet", "keine positive Lernatmosphäre", "viele Kinder scheinen/sind unmotiviert", "schwache Schüler werden nicht motiviert", "starke Schüler werden nicht gefördert", "z.T. Lehrmittel aus dem Jahre 1978", "gibt klar zum Ausdruck, dass bei gewissen Schülern [Name bekannt] eine 'Abneigung' vorliegt", "oftmals [werden] Schüler miteinander verglichen", "Kinder [werden] nicht individuell gefördert", "Notengebung [ist] oftmals widersprüchlich"). Zum einen sind die Vorwürfe kaum objektiviert (nur über einen einzigen Schulbesuch eines Schulpflegemitglieds besteht eine Aktennotiz!); zum andern lässt sich daraus allenfalls auf (verbesserungsfähige) Mängel in der Leistung und im Verhalten, nicht aber auf eine objektive Unfähigkeit der Klägerin als Lehrperson schliessen. Dasselbe gilt auch in Bezug auf den anlässlich der Verhandlung mehrmals geäusserten Vorwurf, die Klägerin sei nicht bereit, Kritik entgegenzunehmen und konstruktiv damit umzugehen. Im Übrigen widerspricht der Vorwurf diametral der Aussage im Bericht des Inspektorats Volksschule vom 16. September 2005, S. 6 ("T. ist an der Weiterentwicklung ihres Unterrichts interessiert, sie probiert aus, reflektiert und entwickelt ihre pädagogische Arbeit weiter"). Schliesslich ist wesentlich, dass keine Vorwürfe von Eltern aktenkundig sind, welche die Eignung der Klägerin als Lehrperson in Frage stellen würden.

102 Kommunales Dienstverhältnis. Angestellter der Gemeindepolizei.

- **Der Betroffene war nicht verpflichtet, im Rahmen der Bewerbung auf die bestehende Überschuldung hinzuweisen. Die offenen Verlustscheine und Betreibungen lassen nicht auf eine mangelnde Eignung im Sinne des Personalreglements schliessen (Erw. II/2).**

- **Im Falle einer Kündigungsabsicht hat die Anstellungsbehörde grundsätzlich in den letzten Tagen der Bewährungszeit bzw. unmittelbar danach zu reagieren (Erw. II/3.1 und 3.2).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 5. März 2007 in Sachen H. gegen Einwohnergemeinde W. (2-BE.2006.20).

Aus den Erwägungen

2.

2.1. Die Kündigung wurde durch die Beklagte unter anderem damit begründet, dass der Kläger "ein ansehnliches Register an offenen Verlustscheinen und Betreibungen aufweist". Die offenen Verlustscheine wurden auf Fr. 53'828.90 und die offenen Betreibungen auf Fr. 124'402.70 beziffert. Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Leumund des Klägers sei dadurch derart gravierend belastet, dass er als Polizist nicht mehr tragbar sei. Damit wird sinngemäss eine mangelnde Eignung geltend gemacht.

In der Klageantwort wurde ergänzend ausgeführt, zur Zeit der Anstellung sei bei der Beklagten über die finanziellen und persönlichen Verhältnisse des Klägers nichts aktenkundig gewesen. Es habe bisher nicht zu den Gepflogenheiten des Gemeinderates gehört, bei der Anstellung von Personal Betreibungsauszüge einzuverlangen. Die vorliegenden Auszüge würden nachweisen, dass im Zeitpunkt der Anstellung "nur" sieben Betreibungen mit einem Totalbetrag von gut Fr. 10'000.-- verzeichnet gewesen seien.

2.2. Im Zusammenhang mit der Bewerbung hat der potenzielle Arbeitnehmer von sich aus nur über solche Umstände Auskunft zu geben, die in einem unmittelbaren objektiven Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehen und nur, soweit die Eigenschaften dem Arbeitgeber nicht bekannt sind oder bekannt sein müssen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet eine Partei nicht, bei Vertragsverhandlungen auf Umstände hinzuweisen, von denen die Gegenpartei sich selber Kenntnis verschaffen kann (Ullin Streif/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 328b N 11

mit Hinweisen; Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005, S. 70 f. mit Hinweis).

Die Beklagte hat seinerzeit auf die Einholung eines Betreibungsregistrauszuges verzichtet, obwohl sie einen solchen ohne weiteres vom Kläger hätte einverlangen können. Entsprechend den obigen Darlegungen vermag daher die Beklagte aus dem Umstand, dass der Kläger sie nicht über die zur Zeit der Anstellung bestehenden Betreibungen gegen ihn orientierte, keine Ansprüche abzuleiten. Insbesondere kann die Unterlassung keine Kündigung rechtfertigen.

2.3.1. Mangelnde Eignung im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. b des kommunalen Personalreglements (PR) liegt vor, wenn ein Angestellter aus objektiven Gründen, die mit seiner Person in Zusammenhang stehen und einen Bezug zur Arbeit haben müssen, nicht oder nur ungenügend in der Lage ist, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu leisten (ungenügende Fach-, Führungs- oder Sozialkompetenz; vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2P.113/2005 vom 7. November 2005). Gesundheitliche Probleme, ungenügende Fachkompetenz, fehlende Integration und Dynamik sowie mangelnde Intelligenz sind deutliche Indizien einer bestehenden Ungeeignetheit. Die mangelnde Eignung kann von Anfang an bestehen oder sich im Laufe der Zeit manifestieren (zum Beispiel infolge eines gewandelten Umfeldes und gestiegenen Anforderungen [vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 69.57, Erw. 4/c] oder nach einer Erkrankung bzw. einem Unfall [vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2A.346/2005 vom 7. Oktober 2005]). Da der Arbeitgeber bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten eine Bewährungszeit vorgesehen hat und damit grundsätzlich von der Verbesserungsfähigkeit eines Arbeitnehmers ausgeht, ist der Begriff der mangelnden Eignung restriktiv auszulegen (vgl. zum Ganzen Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, Rz. 200 ff. mit Hinweisen).

2.3.2. Der Kläger hatte im Zeitpunkt der Anstellung offene Betreibungen in der Höhe von knapp Fr. 10'500.--. In der knapp dreijährigen Anstellungszeit erhöhte sich der Betrag von offenen Betreibungen und offenen Verlustscheinen auf ein Mehrfaches (die genaue Höhe ist umstritten).

Der Argumentation der Beklagten kann insofern beigespflichtet werden, als sich ein hoher Bestand an offenen Verlustscheinen und offenen Betreibungen zumindest längerfristig kaum mit der Funktion eines Polizisten vereinbaren lässt. Die finanziellen Probleme des Klägers dürfen daher keineswegs bagatellisiert werden. Andererseits darf ein angeschlagener finanzieller Leumund nicht leichthin zum Schluss verleiten lassen, die betroffene Person leide an charakterlichen Schwächen und sei daher für polizeiliche Aufgaben ungeeignet. Tatsächlich kann die Überschuldung auch auf anderen Gründen beruhen. Es bedarf daher zusätzlicher einschlägiger Indizien, damit von einer mangelnden Eignung auszugehen ist. Die entsprechende Voraussetzung ist insbesondere dann erfüllt, wenn die betroffene Person auf Aufforderung hin nicht in der Lage ist, innert angemessener Frist die Finanzen zu sanieren oder zumindest einen tauglichen Sanierungsplan vorzulegen.

Zusätzlich zur bestehenden Überschuldung bestehen vorliegend keine Indizien darauf, dass die Überschuldung des Klägers auf charakterliche Schwächen zurückzuführen und er aus diesem Grund für die Aufgabe als Polizist ungeeignet wäre. Dies gilt umso mehr, als er nie zur Sanierung seiner Finanzen aufgefordert wurde. Die Annahme, allein der Bestand an offenen Verlustscheinen und Betreibungen vermöchten die Kündigung zu rechtfertigen, verbietet sich in concreto umso mehr, als der Gemeinderat – wie gesehen (vgl. Erw. 2.2 hiervor) – darauf verzichtet hat, vor der Anstellung diesbezügliche Abklärungen vorzunehmen. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass er dem einwandfreien finanziellen Leumund nicht höchste Priorität einräumt.

3.

3.1. Mängel in der Leistung oder im Verhalten bilden nur dann einen hinreichenden sachlichen Kündigungsgrund, wenn sie sich trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen (§ 6 Abs. 1 lit. c PR). Weder das Personalreglement noch das kantonale Personalrecht regeln explizit, wie nach Ablauf der Bewährungszeit vorzugehen ist, sofern das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin aufgelöst werden soll (vgl. demgegenüber beispielsweise den Entscheid des Verwaltungs-

gerichts des Kantons Zürich vom 6. Juli 2005, PB.2005.00013, betreffend das Personalrecht der Stadt Winterthur). Unabhängig hiervon ist zu fordern, dass im Falle einer Kündigungsabsicht grundsätzlich in den letzten Tagen der Bewährungszeit bzw. unmittelbar danach reagiert wird. Andernfalls fällt die Mahnwirkung grundsätzlich dahin und es bedarf einer neuen schriftlichen Mahnung mit Ansetzung einer neuen Bewährungszeit, damit eine Kündigung wegen Mängel in der Leistung oder im Verhalten ausgesprochen werden kann. Bei zwiespältigem Verlauf ist auch eine Verlängerung der Bewährungszeit denkbar.

3.2. Am 28. Juli 2005 wurde der Kläger gemahnt; gleichzeitig wurde ihm eine Bewährungszeit von drei Monaten eingeräumt. Die angesetzte Bewährungszeit lief demzufolge Ende Oktober 2005 ab. Bis zum ordentlichen Mitarbeitergespräch, welches erst am 22. Dezember 2005 stattfand, wurde dem Kläger keine Rückmeldung in Bezug auf seine Leistungen während der Bewährungszeit gegeben.

Anlässlich der Verhandlung vor Personalrekursgericht brachte die Beklagte vor, grundsätzlich sei ein Gespräch unmittelbar nach Ablauf der Bewährungszeit auf Ende Oktober 2005 geplant gewesen. Aufgrund laufender Untersuchungsverfahren gegen den Kläger (das eine durch den Staatsschutz, das andere durch den Gemeinderat als Disziplinarbehörde) habe man aber einstweilen zugewartet und die Rückmeldung erst nach Abschluss der Verfahren nachgeholt. Der Kläger seinerseits machte vor Personalrekursgericht sinngemäss geltend, mangels Vorladung zu einem Gespräch nach Ablauf der Bewährungszeit sowie infolge von gelegentlichen positiven Aussagen der Vorgesetzten sei er davon ausgegangen, er habe die Bewährungszeit bestanden.

Aufgrund der laufenden Untersuchungen, welchen gewichtige Vorwürfe zugrunde lagen, erscheint es gerechtfertigt, dass die Beklagte mit dem Beurteilungsgespräch zuwartete. Zwar wäre es angezeigt gewesen, den Kläger entsprechend zu orientieren; effektiv durfte er jedoch aufgrund der laufenden Untersuchungen nicht davon ausgehen, dass mit der zeitlichen Verzögerung der Rückmeldung die Mahnwirkungen dahinfallen würden.

103 Kommunales Dienstverhältnis. Auflösung während der Probezeit.

- Die Anstellungsbehörde darf auch während der Probezeit eine Kündigung nur aussprechen, wenn sachliche Gründe vorliegen. An das Vorliegen sachlicher Gründe sind jedoch in diesem Fall keine strengen Anforderungen zu stellen (Erw. II/3).
- Im vorliegenden Fall erweist sich die Kündigung während der Probezeit als ungerechtfertigt, da die behaupteten Kündigungsgründe in keiner Art und Weise konkretisiert und objektiviert werden konnten (Erw. II/6 und 7).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 26. März 2007 in Sachen S. gegen Amtsvormundschaft X. (2-KL.2006.11).

Aus den Erwägungen

3.

3.1. § 7 PersG lautet wie folgt:

"Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten für den Abschluss eines befristeten oder unbefristeten Anstellungsverhältnisses, für die Probezeit, für die ordentliche Auflösung, für die fristlose Auflösung, für den Kündigungsschutz und für das Verfahren bei Entlassung ganzer Gruppen die Vorschriften von Art. 334-337d des Schweizerischen Obligationenrechts (...) als kantonales öffentliches Recht."

Das Personalgesetz enthält keine eigene Regelung darüber, aus welchen Gründen ein Anstellungsverhältnis während der Probezeit gekündigt werden darf. Entsprechend dem zitierten Verweis gelangt daher die einschlägige Regelung des OR in der Fassung vom 1. Januar 1998 zur Anwendung.

3.2. Gemäss Obligationenrecht ist die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer bereits während der Probezeit vor einer missbräuchlichen Kündigung geschützt. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass Art. 336 ff. OR eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen. Zum andern nimmt Art. 336 OR – im Gegensatz zu Art. 336c (zeitlicher Kündigungsschutz) – die Probezeit nicht aus (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel,