

**44 Kündigung aufgrund mangelnder Eignung**

**Damit eine (psychische) Erkrankung als sachlicher Kündigungsgrund (mangelnde Eignung) angerufen werden kann, muss es sich um eine dauerhafte Erkrankung handeln, welche die Ausübung der bisherigen Funktion über einen längeren Zeitraum hinweg massgeblich beeinträchtigt, wofür der Arbeitgeber die Beweislast trägt. Eine Krankheitsabsenz von vier Monaten berechtigt nicht zur Kündigung mangels Eignung, wenn aufgrund der Einschätzung des behandelnden Arztes davon ausgegangen werden muss, dass ein stufenweiser Wiedereinstieg innert absehbarer Frist in Betracht kommt.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 19. Oktober 2016 in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2016.7).

*Aus den Erwägungen***II.****2.6.****2.6.1.**

Die Beklagte leitet die von ihr behauptete medizinische Unfähigkeit des Klägers, die Funktion des Betreibungsbeamten weiterhin ausüben zu können, nach ihrer Darstellung in der Klageantwort aus den folgenden Umständen ab: Bereits vor seinem Burnout habe sich gezeigt, dass er der psychischen Belastung, denen ein Betreibungsbeamter ausgesetzt sei, nicht gewachsen sei. Ausweislich der Statistik zu seinen Krankheitsabwesenheiten habe er im Zeitraum 2013 bis 31. Mai 2016 an nicht weniger als 227 Arbeitstagen krankheitshalber gefehlt. Beim Klinikbesuch vom 11. März 2016 habe die behandelnde Ärztin nach mehrfacher Nachfrage bestätigt, dass das von ihr diagnostizierte Burnout durch die Belastung am Arbeitsplatz (schwierige Schalterkundschaft, hohe Arbeitslast) hervorgerufen worden sei. Diese Arbeitsplatzsituation lasse sich jedoch nicht zum Wohle des Klägers verändern. Die schwierige Schalterkundschaft gehöre nun einmal zur Arbeit eines Betreibungsbeamten, dessen Arbeitsalltag zudem durch die Einhaltung von Fristen und strukturierten Abläufen

geprägt sei. Es sei auch nicht möglich, den Kläger vom Schalterdienst zu befreien. Dafür sei das Betreibungsamt schlicht zu klein. Die Arbeitslast werde nicht spürbar abnehmen. Der Stellenetat werde laufend an die Geschäftslast (Anzahl Zahlungsbefehle) angepasst. Bereits im Jahr 2015 hätten dem Betreibungsamt 300 Stellenprozente zur Verfügung gestanden; im Jahr 2016 sei auf 330 Stellenprozente aufgestockt worden. 240 oder noch weniger Stellenprozente seien es letztmals im Jahr 2001 gewesen. In einem kleinen Team wie demjenigen des Betreibungsamtes der Einwohnergemeinde B. würden fortwährende oder längere Krankheitsabsenzen des Klägers die Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs, wozu die Gemeinde gegenüber dem Kanton, den Gläubigern und den Schuldnern verpflichtet sei, ernsthaft gefährden. Abgesehen davon habe die behandelnde Ärztin geäußert, von seinem Wesen her sei der Kläger für sie nicht der "klassische" Betreibungsbeamte. Wenn sie aus einer bestimmten Anzahl von Männern den Typ "Betreibungsbeamter" eruieren müsste, fiel ihre Wahl zuletzt auf den Kläger. Und der Kläger selber habe beim Gespräch vom 11. März 2016 angegeben, er fühle sich sehr schlecht und bekomme Schweissausbrüche, wenn er nur daran denke, die Arbeit (zunächst mit einem kleinen Teilzeitpensum) wieder aufnehmen zu müssen.

#### 2.6.2.

Die letztgenannte, vom Kläger an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht nicht rundweg abgestrittene Aussage betreffend Schweissausbrüche steht zwar in einem gewissen Widerspruch zum Grundtenor der Klageschrift, worin die optimistische Haltung des Klägers zum Ausdruck kommt, er hätte ab Anfang Mai 2016 wieder ein kleines Teilzeitpensum übernehmen und dieses sukzessive ausbauen können, bis hin zur vollständigen Reintegration im Oktober 2016. Man muss jedoch diese isolierte Aussage im Kontext sehen – der Kläger war am 11. März 2016 noch rekonvaleszent – und darf sie nicht überbewerten. Daraus den Schluss zu ziehen, der Kläger sei aus medizinischen Gründen unfähig, je wieder als Betreibungsbeamter zu arbeiten, wäre verfehlt.

An medizinischem Datenmaterial, welches den Standpunkt der Beklagten, der Kläger könne die Funktion des Betreibungsbeamten

aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr (hinlänglich) ausüben, stützen könnte, ist wenig bis gar nichts vorhanden (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. August 2014 [A-6509/2013], wonach die Kündigung eines Anstellungsverhältnisses wegen mangelnder medizinischer Tauglichkeit sorgfältig begründet und dokumentiert sein muss). Es existierte im Kündigungszeitpunkt kein Arztbericht oder dergleichen, mit dem sich hätte belegen lassen, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers noch längerfristig andauern würde und an einen substanziellen beruflichen Wiedereinstieg auf absehbare Zeit nicht zu denken war. Aus dem Protokoll des Klinikbesuchs vom 11. März 2016 geht vielmehr hervor, dass die behandelnde Ärztin eine baldige Rückkehr des Klägers an den Arbeitsplatz für möglich hielt. Darin heisst es beispielsweise, dass der Kläger nun mit einer neuen Einstellung (hinsichtlich Verausgabungsbereitschaft, Perfektionismus, hoher Qualitätsanspruch an die eigenen Leistungen) an die Arbeit gehen werde. Wenn man erfolgsversprechend an Verhaltensmustern arbeite, sei die Prognose gut. Der Kläger sei noch jung und der Betrieb klein, was die Sache vereinfache. Es werde für den Kläger auch darum gehen, besser und regelmässiger zu entspannen. Der Kläger fühle sich grundsätzlich sehr wohl am Arbeitsplatz. Das Team sei gut. Heikel seien der Umgang mit schwierigen Klienten und die Geschäftslast. Gestützt auf diese und weitere Feststellungen skizzierte die behandelnde Ärztin den folgenden Ablauf für den Wiedereinstieg des Klägers: ab Anfang Mai 2016 ein Arbeitspensum von 20–30 % im Backoffice des Betreibungsamtes oder an einer anderen Stelle der Stadtverwaltung, bis der Kläger wieder stabiler und belastbarer sein würde; danach eine stufenweise Erhöhung des Pensums um jeweils 10–20 % alle zwei bis drei Wochen, gemäss Empfehlung des nachbetreuenden Arztes. Mit anderen Worten wurde dem Kläger eineinhalb Monate vor dem Kündigungszeitpunkt lediglich eine vorübergehende, regrediente Arbeitsunfähigkeit prognostiziert. In Anbetracht dieser günstigen Prognose sowie dessen, dass der Kläger im Kündigungszeitpunkt noch keine vier Monate krankgeschrieben war, war es nicht gerechtfertigt, bereits damals von einer dauerhaften, hochgradigen Arbeitsunfähigkeit infolge einer psychischen Erkrankung auszugehen (vgl. BVG 2007/34, Erw. 7.3.2, wo es

ebenfalls um die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit einer Burnout-Patientin ging). Dafür gab es schlechterdings keine genügenden Anhaltspunkte.

Darauf, dem Kläger einen Arbeitsversuch zu gewähren, und ihn dadurch einem Praxistest zu unterziehen, hat die Beklagte mit der kurz nach Ablauf der 90-tägigen Sperrfrist (vgl. § 50 GG i.V.m. § 7 PersG und Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) ausgesprochenen Kündigung des Anstellungsverhältnisses und mit der Freistellung des Klägers während der Kündigungsfrist bewusst verzichtet. Entsprechend gibt es keine Erfahrungswerte, welche die von der Beklagten behauptete medizinische Untauglichkeit des Klägers untermauern, die vertraglich vereinbarte Arbeit fortzuführen.

Aus der angeblichen, im Protokoll zum Klinikbesuch vom 11. März 2016 nicht protokollierten Aussage der behandelnden Ärztin, der Kläger entspreche nicht dem Bild, das sie von einem typischen Betreibungsbeamten habe, lässt sich gar nichts im Hinblick auf dessen Eignung für die Funktion eines Betreibungsbeamten ableiten. Wie ernst diese Aussage gemeint war, ist ohnehin fraglich. Aus Sicht des Verwaltungsgerichts gibt es jedenfalls keine uniformen Charaktermerkmale, die den typischen Betreibungsbeamten auszeichnen bzw. bei deren Fehlen auf eine mangelnde Eignung zu schliessen ist. Der Kläger war vor seiner aktuellen Erkrankung über dreieinhalb Jahre lang als Betreibungsbeamter tätig, ohne dass seine Eignung für diese Tätigkeit bis anhin jemals zur Diskussion gestanden hätte. Seine Leistungen waren allem Anschein nach tadellos. Zur Frage, ob eine Wiederaufnahme der Tätigkeit unter gesundheitlichen Gesichtspunkten in Frage kommt, hat sich die behandelnde Ärztin nach dem oben Ausgeführten unmissverständlich (zu Gunsten des Klägers) geäußert.

Was jeweils der Anlass für die früheren, meist nur kurzen Krankheitsabsenzen des Klägers war, ist nicht aktenkundig. Es fehlt somit an einem (hinreichenden) Beweis für eine bereits seit längerer Zeit bestehende Überforderung/Überlastung des Klägers. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger nicht an 227 Arbeitstagen krankheitshalber gefehlt hat. Die von der Beklagten angefertigte Sta-

tistik bezieht sich auf Kalendertage; Samstage und Sonntage wurden mitgerechnet.

Es leuchtet zwar ohne weiteres ein, dass die Beklagte zur Aufrechterhaltung eines geordneten Betriebs des Betreibungsamtes auf den uneingeschränkten Einsatz sämtlicher Mitarbeiter des kleinen Teams (mit bis dato maximal 330 Stellenprozenten) angewiesen ist und ein längerfristiger Ausfall des im Vollzeitpensum angestellten Stellvertreters der Leiterin des Betreibungsamtes für die übrigen Mitarbeiter nicht trag- und verkraftbar ist. Das ist jedoch ein organisatorisches Problem, dem nicht mittels Kündigung eines Angestellten mangels Eignung begegnet werden darf, der in Tat und Wahrheit nur vorübergehend (einige Monate) aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeitsverrichtung (teilweise) verhindert ist. Überdies weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass seine Freistellung während der gesamten Dauer der Kündigungsfrist schlecht zu der von der Beklagten monierten Überlastung der restlichen Teammitglieder passt. Die Stelle des Klägers wurde offenbar gegen Mitte April 2016 neu ausgeschrieben. Deshalb ist nicht zu erwarten, dass für die Zeit vor August 2016 ein Ersatz für den Kläger rekrutiert werden konnte. Zwei Monate später (ab Oktober 2016) wäre der Kläger unter Umständen wieder voll einsatzfähig gewesen.

### 2.6.3.

Als Zwischenergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Beklagte die mangelnde (gesundheitliche) Eignung des Klägers, sich auch zukünftig als Betreibungsbeamter zu betätigen, nicht nachzuweisen vermag. Ein anderer sachlich zureichender Kündigungsgrund im Sinne von § 10 des Reglements für das Personal der Einwohner- und Ortsbürgergemeinde der Stadt B. vom [...] (nachfolgend: Personalreglement) ist ebenso wenig ersichtlich.

Auf S. 4 der Klageantwort beschwert sich die Beklagte über ein mangelhaftes Engagement des Klägers. Trotz grossem Arbeitsanfall habe er per 31. Dezember 2015 einen negativen Gleitzeitsaldo von mehr als 18 Stunden ausgewiesen. Und beim Gespräch vom 5. April 2016 habe er sich in der Annahme, die Arbeit ab Anfang Mai 2016 wieder aufnehmen zu können, danach erkundigt, ob er im Mai 2016 zwei Wochen in die Ferien fahren könne. Es entspreche nicht den

Vorstellungen der Beklagten vom Pflichtbewusstsein einer Kaderperson, wenn jemand nach einer viermonatigen Krankheitsabsenz den Fokus auf die Ferienerholung lege und dabei ausblende, was seine Abwesenheit für seine Mitarbeiter bedeute.

Ob die genannten Vorfälle als mangelndes Engagement des Klägers verstanden werden können, kann dahingestellt bleiben. Mangelndes Engagement hat auf jeden Fall nichts mit mangelnder Eignung, sondern mit mangelnder Leistung, allenfalls einem Mangel im Verhalten zu tun. Eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten setzt gemäss § 10 Abs. 1 lit. c Personalreglement eine vorgängige Mahnung (mit schriftlich angesetzter Bewährungszeit) voraus. Daran fehlt es im vorliegenden Fall, womit eine Kündigung wegen Leistungs- oder Verhaltensmängeln ausser Betracht fällt.

Mangels Nachweis eines sachlich zureichenden Kündigungsgrundes erweist sich die gegenüber dem Kläger am 26. April 2016 ausgesprochene Kündigung somit auch unter materiellen Gesichtspunkten als widerrechtlich.

#### 45 Rückforderung von Weiterbildungskosten

**Die Rückforderung von Weiterbildungskosten ist im Streitfall im Klageverfahren vor Verwaltungsgericht geltend zu machen, wenn ein (öffentlich-rechtliches) Anstellungsverhältnis vertraglicher Natur ist und die kommunalen Personalerlasse in Bezug auf die Regelung der Beteiligung an Weiterbildungskosten und deren Rückerstattung keine Verfügungskompetenz (der Anstellungsbehörde) vorsehen.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 2. November 2016 in Sachen A. gegen Gemeinderat B. (WBE.2016.357).

*Aus den Erwägungen*

II.