

ordnete Rolle, soweit Art. 336c Abs. 2 OR als öffentliches Recht des Kantons Aargau zur Anwendung gelangt, steht doch hier dem erkrankten bzw. verunfallten Arbeitnehmer ein deutlich besserer Lohnfortzahlungsanspruch zu als nach dem Obligationenrecht (vgl. Erw. II/6). Zudem bewirkt in Fällen wie dem vorliegenden jede Verlängerung der Kündigungsfrist eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers, da eine Kündigung nur per Ende Schulhalbjahr zulässig ist. Der teleologischen Auslegung zugunsten des Arbeitnehmers kommt insofern ein deutlich geringeres Gewicht zu, als ihr allenfalls im Privatrecht zuzubilligen ist.

Daraus folgt, dass Art. 336c Abs. 2 OR jedenfalls insofern, als die Norm als öffentliches kantonales Recht zur Anwendung gelangt, primär anhand des Wortlauts auszulegen ist. Dieser legt es nahe, dass die Sperrfrist einheitlich stets mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginnt, und zwar unabhängig davon, ob die Kündigungsfrist bereits läuft oder nicht. Dies entspricht im Übrigen der herrschenden Lehre zu Art. 336c Abs. 2 OR. Konsequenterweise kann, sofern die Kündigung entsprechend vorzeitig erfolgt, unter Umständen die Sperrfrist bereits abgelaufen sein, bevor die Kündigungsfrist überhaupt zu laufen anfängt.

43 Referenzauskunft; Genugtuung

Im Bewerbungsverfahren dürfen keine (vom Stellenbewerber) nicht autorisierten Referenzauskünfte bei früheren Arbeitgebern eingeholt werden, solange kein besonderer Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt. Dieser Grundsatz gilt kraft des Verweises in § 4 Abs. 3 GAL i.V.m. Art. 328b OR auf Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG auch für im Kanton Aargau tätige Lehrpersonen, selbst wenn der Schutz des kantonalen Datenschutzes (IDAG) weniger weit reichen sollte. Für die Zusprechung einer Genugtuung wog jedoch die Persönlichkeitsverletzung im konkreten Fall zu wenig schwer.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 19. Oktober 2016 in Sachen A. gegen Kreisschule B. (WKL.2016.1).

Aus den Erwägungen

II.

3.

3.1.

Im Eventualpunkt möchte der Kläger eine Genugtuung dafür erhältlich machen, dass die Beklagte nach dem Vertragsabschluss ohne sein Einverständnis Referenzen bei früheren Arbeitgebern eingeholt hat.

3.2.

Gemäss § 16 Abs. 1 GAL achtet und schützt die Arbeitgeberin bzw. der Arbeitgeber die Persönlichkeit der Lehrpersonen. Die in dieser Norm zum Ausdruck kommende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gilt zwar im vorvertraglichen Stadium der Stellenbewerbung grundsätzlich nicht; sie gelangt erst ab (gültig) erfolgtem Vertragsabschluss, teilweise auch erst ab Stellenantritt zur Anwendung. Eine Vorwirkung der Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers besteht aber immerhin im Bereich der Datenbearbeitung (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328 N 21). Für den Umgang mit Personendaten verweist § 16 Abs. 4 GAL auf das IDAG. Das Einholen und Erteilen von Referenzen sind Datenbearbeitungen, die den Beschränkungen der Datenschutzgesetzgebung unterliegen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 8). Aus Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG, wonach besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile Dritten nicht ohne Rechtfertigungsgrund bekanntgegeben werden dürfen, wird abgeleitet, dass Referenzen nur noch mit Zustimmung des Arbeitnehmers eingeholt und erteilt werden dürfen, da sie in aller Regel eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit des Arbeitnehmers erlauben und damit ein Persönlichkeitsprofil des Arbeitnehmers darstellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a N 8). Ob das IDAG eine ver-

gleichbare Regelung enthält, ist nicht ganz klar, aufgrund des Wortlautes der §§ 8 Abs. 2, 13 Abs. 2 und 14 Abs. 2 jedoch anzunehmen. Auf jeden Fall ist über § 4 Abs. 3 GAL ("Die Minimalansprüche zum Schutz der Lehrpersonen entsprechen denjenigen des Schweizerischen Obligationenrechts und sind in jedem Fall einzuhalten. Vorbehalten bleiben Bestimmungen in diesem Gesetz.") und Art. 328b OR, der für die Bearbeitung von Personendaten auf das DSG verweist, sichergestellt, dass auch über im Kanton Aargau tätige Lehrpersonen, obwohl der persönliche Geltungsbereich des DSG auf Privatpersonen und Bundesorgane beschränkt ist (Art. 2 Abs. 1 DSG), keine unautorisierten Referenzen bei früheren Arbeitgebern eingeholt werden dürfen, solange kein besonderer Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt.

3.3.

Die Beklagte meint, die Einholung von Referenzen bei früheren Arbeitgebern des Klägers sei rechtens gewesen. Schliesslich sei sie vom BKS dazu angewiesen worden und verpflichtet, Anordnungen der vorgesetzten Stelle zu befolgen. Die Zeit habe sehr gedrängt. Die Weisung des BKS sei kurz vor Beginn der Stellvertretung erfolgt. Davon abgesehen müsse die Eignung von Lehrpersonen sorgfältig abgeklärt werden, um präventiv Probleme zu vermeiden. Die Referenzauskünfte hätten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag des Klägers gestanden. Keine der angefragten Stellen habe in irgendeiner Art verlauten lassen, dass der Erteilung von Referenzauskünften über die Gründe der Auflösung der Anstellungsverhältnisse mit dem Kläger etwas entgegenstehen könnte oder der Kläger seine Zustimmung zur Erteilung von Referenzauskünften verweigert habe. Die Beklagte habe deshalb davon ausgehen dürfen, dass ihr Vorgehen korrekt gewesen sei.

3.4.

Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Genau so wenig wie die Beklagte wäre das BKS befugt, ohne Einwilligung des Arbeitnehmers Referenzen bei früheren Arbeitgebern einzuholen oder Entsprechendes anzuordnen. Ob es sich bei der Feststellung in der E-Mail einer BKS-Mitarbeiterin vom 15. Januar 2015, "Ich habe die Order erhalten, dass wenn Sie Herrn A. anstellen möchten, unbedingt Refe-

renzen einholen oder sich mit (...) in Verbindung setzen", tatsächlich um eine Weisung, oder vielmehr um eine Empfehlung handelte, ist offen. Jedenfalls wurde die Beklagte nicht angewiesen, ohne Einwilligung des Klägers zu handeln. Auf Zeitmangel kann sich die Beklagte nicht berufen, nachdem sie es versäumt hat, noch vor Vertragsabschluss Referenzen über den Kläger einzuholen. Obendrein leuchtet nicht ein, weshalb es zu viel Zeit gekostet hätte, den Kläger um seine Einwilligung zu bitten. Hätte er diese verweigert, hätte die Beklagte immer noch ihr Interesse an der sorgfältigen Abklärung der Eignung des Klägers als Rechtfertigungsgrund für eine Datenbearbeitung anrufen können. Ihr klandestines Vorgehen war unter keinen Umständen angezeigt, zumal dem Kläger dadurch die Kontrolle über ihn betreffende, hochsensible und womöglich nicht einmal gesicherte Informationen vollständig entzogen war. Korrekterweise hätten sich die früheren Arbeitgeber des Klägers weigern müssen, ohne ausdrückliche und hinreichend dokumentierte Zustimmung des Klägers Referenzauskünfte zu erteilen. Dass sie es nicht getan haben, entband die Beklagte nicht davon, sich um die Zustimmung des Klägers zu bemühen. Es war ihre Aufgabe, nicht diejenige der angefragten Stellen, sich die Einholung und Erteilung von Referenzen vom Kläger autorisieren zu lassen. Weil sie dies unterlassen hat, hat sie durch eine unrechtmässige Datenbeschaffung den Kläger in seiner Persönlichkeit verletzt. Dem tut das fehlende Unrechtsbewusstsein bzw. die fehlende Rechtskenntnis der beklagten Vertreter kein Abbruch.

3.5.

Das Vorliegen einer (widerrechtlichen) Persönlichkeitsverletzung allein begründet jedoch noch keinen Genugtuungsanspruch nach Art. 49 OR. Ein solcher setzt zusätzlich objektiv eine gewisse Schwere der Persönlichkeitsverletzung und subjektiv beim Arbeitnehmer eine ausreichend starke moralische Unbill voraus, die es als legitim erscheinen lässt, dass sich die betroffene Person an den Richter wendet, um eine Genugtuung zu erhalten (vgl. Art. 49 Abs. 1 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328 N 19 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Vor allem an einer ausreichend starken moralischen Unbill fehlt es im vorliegenden Fall. Den Kläger mag es geschmerzt haben, dass und unter welchen

Umständen er die Stelle bei der Beklagten nicht antreten konnte. Relativierend ist anzumerken, dass eine eher kurze Stellvertretung von wenigen Wochen zur Diskussion steht. Auf eine neue Anstellung musste der Kläger nicht besonders lange warten. Per Mitte April 2015 konnte er bereits die Stellvertretung an der Kreisschule C. übernehmen. Im Lichte dessen kann nicht gesagt werden, das unautorisierte Einholen von Referenzen hätte das wirtschaftliche Fortkommen des Klägers nachhaltig erschwert und sein psychisches Wohlergehen erheblich beeinträchtigt. Das Verhalten der Beklagten war auch nicht dazu angetan, den Ruf des Klägers weiter zu schädigen bzw. den Kläger bei weiteren Personenkreisen in Verruf zu bringen. Sie kontaktierte ausschliesslich Stellen, die mit den Problemen des Klägers bezüglich Nähe/Distanz zu Schülerinnen schon vertraut waren. Dabei muss man sich auch vor Augen halten, dass der Kläger der Beklagten kaum hätte verbieten können, Referenzen bei früheren Arbeitgebern einzuholen, ohne dadurch in Erklärungsnotstand zu geraten und die Beklagte misstrauisch zu machen. Alles in allem wiegt deshalb die von der Beklagten gegenüber dem Kläger begangene Persönlichkeitsverletzung auch in objektiver Hinsicht nicht derart schwer, dass sich ein Schmerzensgeld aufdrängen würde. Es besteht folglich kein Anspruch auf Genugtuung, womit auch dem klägerischen Eventualantrag nicht stattgegeben werden kann.

Einen Schadenersatzanspruch aus Persönlichkeitsverletzung bzw. widerrechtlicher Datenbearbeitung macht der Kläger nicht geltend. Nebenbei bemerkt müsste ein solcher Anspruch damit begründet werden, dass dem Kläger ein Schaden durch das unautorisierte Einholen von Referenzen an sich (also nicht durch die Auflösung des Anstellungsvertrags) entstanden ist. Für das Erfüllungsinteresse (in Form von Lohn- und/oder Entschädigungszahlungen) bleibt deshalb auch hier kein Raum.

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