

mann auf eine Äusserung explizit verzichtet, sich mithin von vornherein keinerlei neue Erkenntnisse hinsichtlich der entscheidrelevanten Sachlage ergeben. Dies würde jedoch voraussetzen, dass die betroffene Person vorgängig in die Lage versetzt wird, sich anlässlich der Anhörung fundiert und wirksam zu der drohenden Kündigung zu äussern, um ihren Anspruch auf rechtliches Gehörs wirksam wahrnehmen zu können. Zumal dem Kläger dies, wie vorstehend ausgeführt, nicht möglich war, da er nicht frühzeitig über den Gegenstand des Gesprächs in Kenntnis gesetzt wurde, kann diese Frage im vorliegenden Fall indes offenbleiben.

29 Weisungsrecht des Arbeitgebers; Kündigungsgrund

Eine Weisung des Arbeitgebers, wonach der erkrankte Arbeitnehmer durch ein auf eigene Kosten zu veranlassendes Gutachten die vollständige Wiedererlangung seiner Arbeitsfähigkeit zu belegen hat, ist unzulässig (Erw. 3.6.2). Ein Weisungsbruch des Arbeitnehmers bildet in diesem Fall keinen sachlich zureichenden Grund für eine Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch den Arbeitgeber (Erw. 3.6.3).

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 3. Mai 2018, in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2017.8).

Aus den Erwägungen

II.

3.6.2

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers bzw. die Befolgungspflicht des Arbeitnehmers ist begriffswesentlicher Inhalt des Arbeitsverhältnisses und ein Ausfluss des typischen Subordinationsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Ausübung des Weisungsrechts konkretisiert die Arbeits- und Treuepflicht des Arbeitnehmers und gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit, durch Weisungen auf die Ausführung

der Arbeit Einfluss zu nehmen. 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 (THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. Auflage, Bern 2015, N 329, 337).

Grundsätzlich müssen rechts- oder sittenwidrige Weisungen nicht befolgt werden (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 321d N 3). Das Weisungsrecht findet seine Grenzen dort, wo die Rechtmässigkeit der angeordneten Massnahmen überschritten wird (BGE 132 III 115, Erw. 5.2). Der Arbeitnehmer darf und muss sich ihnen widersetzen (JÜRGEN BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319-343 OR*, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 321d N 5). Zur Frage, wie es sich in Grenzfällen verhält, in denen die Rechtmässigkeit der Weisung unklar ist, werden dagegen unterschiedliche Auffassungen vertreten. Zum einen wird vorgebracht, der Arbeitnehmer sei zur Nichtbefolgung von Weisungen lediglich dann berechtigt (und auch verpflichtet), wenn schwere und offenkundige, d.h. leicht erkennbare Fehler ihre Unverbindlichkeit bewirken (vgl. WALTER HINTERBERGER, *Disziplinarfehler und Disziplinarmassnahmen im Recht des öffentlichen Dienstes*, Diss. St. Gallen 1986, S. 178). Letzteres betreffe insbesondere Weisungen, welche inhaltlich offensichtlich rechtswidrig sind oder in erkennbarer Weise gegen höherstehende Weisungen verstossen (Entscheid des Erziehungsrates St. Gallen, St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis [GVP] 2011, Nr. 100, Erw. 6.a; Entscheid des Kantonsgerichts Baselland vom 29. Juni 2016 [810 15 238], Erw. 9.1). Zum andern wird vertreten, auch in Grenzfällen, bei denen die Rechtmässigkeit unklar sei, könne die Befolgung der betreffenden Weisung nicht verlangt werden (vgl. MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR*, Bern 2010, Art. 321d N 46; RENÉ HIRSIGER, *Die Zielvereinbarung im Einzel-*

arbeitsverhältnis – Gleichzeitig ein Beitrag zu erfolgs- und leistungsabhängigen Vergütungssystemen und Bonuszahlungen im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. St. Gallen 2011, S. 123). Überschreite der Arbeitgeber seine Weisungsbefugnisse, unterstehe der Arbeitnehmer nicht der Befolgungspflicht. Die Nichtbefolgung könne daher durch den Arbeitgeber nicht sanktioniert werden (MICHÈLE SCHNIDER, Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck, Diss. Bern 2016, ASR 823, 118 f. mit weiteren Hinweisen).

Auslagen, die die Ausführung der Arbeit ermöglichen, liegen im Interesse des Arbeitgebers und sind deshalb von ihm zu tragen (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 327a N 12; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts [Der Arbeitsvertrag] vom 25. August 1967, BBl 1967 II 341). Die Pflicht des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit erschöpft sich in der Vorlage eines einfachen Arztzeugnisses (vgl. § 28 Personalreglement [der Einwohnergemeinde B.]). Erachtet der Arbeitgeber eine weitergehende Begutachtung, namentlich eine vertrauensärztliche Untersuchung, als erforderlich, hat er hierfür die Kosten zu übernehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2015 [8C_619/2014], Erw. 3.2.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 12). Vertragliche Abreden, wonach der Arbeitgeber die Kosten einer vertrauensärztlichen Untersuchung auf den Arbeitnehmer abwälzen kann, sind als nichtig zu qualifizieren (MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen 2014, S. 246).

3.6.3

Spätestens aufgrund ihrer Präzisierung vom 14. Februar 2017 war klar, dass die Beklagte eine Bestätigung der behandelnden Psychiaterin, mithin ein einfaches Arztzeugnis, nicht genügen lassen wollte. Dass die Beibringung "zu eigenen Lasten", mithin auf Kosten des Klägers gefordert war, geht aus dem Gemeinderatsbeschluss vom 31. Januar 2017 hervor. Zur Beibringung eines weitergehenden Gutachtens auf seine eigenen Kosten war der Kläger jedoch nicht verpflichtet. Ein solches Gutachten wäre von der Beklagten auf deren

Kosten anzuordnen gewesen. Die Weisung, wonach der Kläger zu seinen Lasten ein fachärztliches Gutachten beizubringen habe, erweist sich damit als unzulässig. (...)

Insgesamt kann in der Nichtbeachtung der unzulässigen Weisung auch im Gesamtkontext des übrigen Verhaltens des Klägers kein zureichender sachlicher Kündigungsgrund (...) erblickt werden. (...)

**30 Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses
Zulässigkeit einer Änderungskündigung im öffentlichen Personalrecht
auch ohne explizite gesetzliche Grundlage**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 29. Oktober 2018, in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2017.19).

Aus den Erwägungen

II.

2.

Die Änderungskündigung ist eine Unterform der bedingten Kündigung oder zumindest mit dieser verwandt. Zwar ist die Kündigung als einseitige Gestaltungserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich. Gestattet sind aber Bedingungen, über deren Eintritt der Erklärungsempfänger allein entscheiden kann (Potestativbedingungen), somit auch diejenige, dass das Arbeitsverhältnis im Fall der Ablehnung einer Vertragsänderungs-offerte gekündigt wird (ULLIN STREIFF/ADRIAN VAN KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335 N 3; MARCO KAMBER, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 2014, S. 37). Eine Erscheinungsform der Änderungskündigung ist die aufschiebend bedingte Änderungskündigung im engeren Sinn, bei welcher die initia-