

mit der Klägerin war somit nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht rechtmässig. Damit ist das Feststellungsbegehren der Klägerin abzuweisen und sie hat keinen Anspruch auf eine Entschädigung wegen widerrechtlicher Kündigung gemäss § 13 Abs. 1 GAL.

41 Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen; Durchsetzung des Zeugnisanspruchs; fristlose Kündigung (§ 11 PersG und Art. 337 OR)

- Das Anstellungsverhältnis zwischen einem Gemeindeverband und einem von einer anderen Trägerorganisation übernommenen Arbeitnehmer ist öffentlich-rechtlicher Natur, wenn die Satzungen des Gemeindeverbands nicht explizit regeln, dass er mit seinen Angestellten privatrechtliche Arbeitsverhältnisse abschliessen darf (Erw. I/1).
- Aus prozessökonomischen Gründen können der Anspruch auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und derjenige auf ein Zeugnis mit einem bestimmten Inhalt in einem einzigen Prozess geltend gemacht werden. Der Arbeitnehmer braucht nicht zuerst die Ausstellung eines Zeugnisses einzuklagen, um hernach in einem zweiten Prozess die Berichtigung des vom Arbeitgeber mittlerweile vorgelegten Zeugnisses verlangen zu können (Erw. I/8).
- Für die fristlose Kündigung eines bereits ordentlich gekündigten Arbeitsverhältnisses gelten erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Das gilt speziell dann, wenn der Arbeitnehmer freigestellt ist und zwischen den Parteien kaum mehr Berührungspunkte bestehen. Nur ein krass illoyales Verhalten des freigestellten Arbeitnehmers bildet einen wichtigen Grund für dessen fristlose Entlassung (Erw. II/2.2.2).

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 30. August 2017, i.S. A. gegen Gemeindeverband B. (WKL.2016.10)

Aus den Erwägungen

I.

1.

Gemäss § 48 Abs. 1 PersG gelten bei Streitigkeiten aus einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis zwischen Gemeinden, Gemeindeverbänden oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihren Mitarbeitenden die Bestimmungen über das gerichtliche Klage- und Beschwerdeverfahren nach den §§ 39 ff. PersG; das Schlichtungsverfahren nach § 37 PersG entfällt. § 39 Abs. 1 PersG sieht vor, dass das Verwaltungsgericht vertragliche Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis im Klageverfahren beurteilt.

Die Satzungen des Gemeindeverbands (nachfolgend: Satzungen) sind nach Zustimmung durch das DVI am 7. Januar 2016 per 1. Januar 2016 in Kraft getreten (§ 21 Abs. 1 Satzungen i.V.m. § 1 Abs. 1 lit. b DelV). Folglich ist der Gemeindeverband ab diesem Zeitpunkt in alle Rechtsverhältnisse öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art der bisherigen drei Vereine, Kindes- und Erwachsenenschutzdienst, Jugend- und Familienberatung, Mütter- und Väterberatung, entsprechend auch in das mit Vertrag vom 20. Oktober 2014 mit der Klägerin begründete Arbeitsverhältnis, eingetreten (§ 21 Abs. 2 Satzungen). Grundlage des Arbeitsvertrages vom 20. Oktober 2014 bildet das Personalreglement (...), wonach das Arbeitsverhältnis zwischen dem Personal der Jugend- und Familienberatungsstelle als Arbeitnehmer und dem Jugendfürsorgeverein des Bezirks C. auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag beruht (Art. 3).

Gemeinden oder Gemeindeverbände, die ihr Personal mit einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag anstellen bzw. einen solchen Vertrag übernehmen wollen, haben dafür eine ausdrückliche und unmissverständliche gesetzliche Grundlage (im Dienstreglement) vorzusehen (BGE 118 II 213 = Pra 81/1992 Nr. 238, Erw. 3; Urteile des Bundesgerichts vom 14. Februar 2013 [8C_467/2012], Erw. 5.4.1, und vom 19. Mai 2006 [2P.18/2006], Erw. 2.3; VGE I/204 vom 1. Dezember 2014 [WKL.2014.12], Erw. I/1.4). § 21 Abs. 2 Satzungen genügt diesen (Bestimmtheits-)Anforderungen insofern nicht, als darin nur

ganz allgemein auf (öffentlich-rechtliche und privatrechtliche) Rechtsverhältnisse (in die eingetreten wird), nicht hingegen spezifisch auf Anstellungsverhältnisse Bezug genommen wird. Entsprechend ist davon auszugehen, dass das Gemeindeverbandsrecht, namentlich was die Natur der Anstellungsverhältnisse des Verbandspersonals anbetrifft, in der Periode vom 1. Januar 2016 bis zum Inkrafttreten des Personalreglements des Beklagten per 1. Juli 2016 lückenhaft war.

Gemäss § 50 des Gesetzes über die Einwohnergemeinden vom 19. Dezember 1978 (Gemeindegesezt; SAR 171.100) ist in einem solchen Fall das kantonale Personalrecht sinngemäss anwendbar (AGVE 2010, S. 396 f.). Nach § 3 Abs. 1 PersG und § 8 Abs. 1 PLV wird das Anstellungsverhältnis durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet. Die Kündigung dieses Anstellungsverhältnisses stellt eine vertragliche Erklärung dar (§ 48 PLV). Zeugnisstreitigkeiten sind ebenfalls vertraglicher Natur. Das Verwaltungsgericht ist demnach zuständig, den vorliegenden Rechtsstreit integral im Klageverfahren zu beurteilen.

2.–7. (...)

8.

8.1.

Schliesslich beantragt die Klägerin, ihr sei innert zehn Tagen ab Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils ein Arbeitszeugnis auszustellen, und reicht einen Zeugnistext mit der von ihr gewünschten Formulierung ein.

8.2.

Bislang noch nicht explizit höchstrichterlich entschieden ist, ob beim gänzlichen Fehlen eines Zeugnisses nur dessen Ausstellung eingeklagt werden kann und der Arbeitnehmer mithin zu zwei Prozessen gezwungen ist, wenn er mit dem vom Arbeitgeber nach dem ersten Prozess ausgestellten Arbeitszeugnis nicht einverstanden ist, oder ob er seine Klage mit einem konkreten Zeugnistext verknüpfen kann. In BGE 129 III 177, Erw. 3.3, hielt das Bundesgericht fest, dass der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses mit einer Leistungsklage auf Ausstellung eines Zeugnisses durchsetzbar sei. Sei der Kläger nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung, dessen Inhalt sei unrichtig

oder unvollständig, könne er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben. Dieser Entscheid betraf eine Klage um Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, wobei der Kläger erstinstanzlich ein Zeugnis gemäss eingereichtem Entwurf verlangte, sich zweitinstanzlich und vor Bundesgericht jedoch auf die Forderung auf Ausstellung eines Zeugnisses beschränkte und darauf verzichtete, eine bestimmte Formulierung zu beantragen. Mit der Frage, ob der Kläger den konkreten Inhalt des Zeugnisses zum Klagegegenstand hätte erheben können, musste sich das Bundesgericht nicht auseinandersetzen. Auch das Verwaltungsgericht hat sich diesbezüglich bisher noch nie einlässlich äussern müssen. In der Lehre und kantonalen Praxis zum privatrechtlichen Arbeitsrecht werden verschiedene Meinungen vertreten (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 330a N 5 mit einer Übersicht). Grossmehrheitlich wird postuliert, dass der Arbeitnehmer zusammen mit der Ausstellung eines Zeugnisses auch einen bestimmten Zeugnistext zum Klagegegenstand erheben kann, dies aber nicht muss (WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Band I, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 330a N 10; ROLAND MÜLLER/PHILIPP THALMANN, Streitpunkt Arbeitszeugnis, 2. Auflage, Basel 2016, S. 109 f.; Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 1. Dezember 2009 [ZBO.2009.17], Erw. 3, in: Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat [RBOG] 2009, S. 79 f.; Arbeitsgericht des Kantons Bern vom 24. Mai 1989, in: SJZ 88/1992, S. 11 f.; BJM 2001, S. 77 ff. zur Praxis des ehemaligen Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt).

Bereits aus prozessökonomischen Gründen erscheint es wenig sinnvoll, nur die Klage auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses zuzulassen und den Kläger, sollte er mit dem im Anschluss an diesen Prozess vom Arbeitgeber ausgestellten Arbeitszeugnis nicht einverstanden sein, auf die Berichtigung und damit in einen zweiten Prozess zu verweisen. Dementsprechend ist es als zulässig zu erachten, einen bestimmten Zeugnistext zum Klagegegenstand zu erheben, auch ohne vorbestehendes Arbeitszeugnis des Arbeitgebers. Dies

rechtfertigt sich umso mehr, wenn der Arbeitgeber – wie im vorliegenden Fall – einen eigenen Zeugnistext in den Prozess einbringt.

II.

1.–2.2.1. (...)

2.2.2.

Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (vgl. BGE 130 III 213, Erw. 3.1 mit Hinweis; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 2). Ob ein wichtiger Grund vorliegt, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Es ist insbesondere auf die Stellung und Verantwortung des Mitarbeitenden, die Natur und die Dauer des Anstellungsverhältnisses, die Art, Häufung und Schwere der Vertrauensstörung sowie eine allenfalls vorausgegangene Verwarnung abzustellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 2). Ebenso ist in Betracht zu ziehen, wie lange der Kündigende andernfalls an das Arbeitsverhältnis gebunden sein würde. Je eher das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder durch ordentliche Kündigung enden würde, desto eher ist der Ausschluss einer fristlosen Kündigung durch Verneinung eines wichtigen Grundes zumutbar (Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 21. April 2009, Erw. 3, in: JAR 2010, S. 517 ff.). Mit anderen Worten sind im gekündigten Arbeitsverhältnis strengere Anforderungen zu stellen, bis die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angenommen wird. Das gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer bereits freigestellt ist, da sich das Verhalten des Arbeitnehmers nicht mehr direkt auf die Arbeitsleistung auswirken kann (BGE 129 III 380, Erw. 3.1 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2005 [4C.246/2005], Erw. 6). Die fristlose Kündigung ist die Ausnahme und darf nur mit grosser Zurückhaltung angewendet werden (BGE 130 III 28, Erw. 4.1 mit Hinweis).

2.2.3.

Die grobe Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, sonstige Unkorrektheiten am Arbeitsplatz oder Illoyalitäten gegenüber dem Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsplatzes können eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Oft ist die erforderliche Schwere der Pflichtverletzung bzw. der Unkorrektheit nur erreicht, wenn vorgängig eine Verwarnung erfolgte (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 5). Eine Verwarnung muss nicht notwendigerweise in jedem Fall die fristlose Entlassung ausdrücklich androhen. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer aber klar zu verstehen zu geben, dass er das beanstandete Verhalten als untragbar beurteilt und dass eine Wiederholung nicht sanktionslos hingenommen würde. Der Arbeitnehmer muss zudem klar wissen, welches Verhalten künftig nicht mehr toleriert wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 13).

2.3.

2.3.1.

Als die Klägerin die (aus Sicht des Beklagten für die fristlose Kündigung entscheidende) E-Mail vom 23. Mai 2016 an die Verbandsgemeinden versandte, befand sie sich bereits in gekündigter Stellung; sie hatte das Anstellungsverhältnis mit Schreiben vom 17. April 2016 auf den 31. Juli 2016 gekündigt. Am 28. April 2016 wurde die Klägerin, die seit dem 22. April 2016 zu 100 % arbeitsunfähig war, vom Präsidenten des Beklagten unter Bezugnahme auf ihr Schreiben an die Geschäftsführerin des Beklagten vom 21. April 2016 und unter Hinweis auf ein unwiderruflich zerrüttetes Arbeitsverhältnis ab sofort freigestellt. Gleichzeitig wurde die Klägerin aufgefordert, am 3. Mai 2016 ihr Büro zu räumen, den Schlüssel und geschäftliche Geräte abzugeben sowie dem Beklagten ihr Passwort für den Zugang zu seinem EDV-System mitzuteilen. (...)

2.3.2.

Die E-Mail der Klägerin vom 23. Mai 2016 an die Verbandsgemeinden weist – auszugsweise – den folgenden Inhalt auf:

(...)

Die Entwicklungen seit dem Zusammenschluss zu einem Gemeindeverband verunmöglichten mir ein weiteres professionelles Wirken

zum Wohle der betroffenen Personen. Zum einen konnte ich die neu anvisierten Wertvorstellungen wie -haltungen aus ethisch-moralischen Gründen nicht mehr mittragen. Zum anderen stiess ich bei der Zusammenarbeit mit Frau D. auf unüberwindbare, im Verhalten von Frau D. gründende Hürden, die eine vernünftige und wertschätzende Zusammenarbeit mit ihr als Vorgesetzte verunmöglichten.

(...)

2.4.

2.4.1.

Eine der grundlegendsten Pflichten des Arbeitnehmers besteht darin, die ihm übertragenen Arbeiten mit Sorgfalt auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. Auflage, Bern 2015, Rz. 348 f.; § 22 Abs. 1 PersG [vgl. auch Art. 10 Personalreglement]).

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers enthält verschiedene Aspekte und bedeutet insbesondere, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was dem Arbeitgeber schaden könnte. Dazu gehört beispielsweise die Diffamierung des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit (ALFRED BLESIG, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 413). Die eigenen berechtigten Interessen des Arbeitnehmers stellen die Grenzen der Treuepflicht dar (MANFRED REHBINDER/JEAN FRITZ STÖCKLI in: *Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag*, Art. 319–330b OR, Bern 2010 [REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319–330b OR], Art. 321a N 9).

Wie bereits erwähnt (siehe Erw. 2.2.2 vorne), können nur besonders schwere Verfehlungen eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers rechtfertigen. Dementsprechend taugt nur ein schwerer Verstoß gegen die Treuepflicht als Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319–330b OR, Art. 321a N 16). Die Sanktion richtet sich primär nicht nach dem durch die Verletzung dem Arbeitgeber erwachsenden Nachteil, sondern vor allem nach dem Mass der Treulosigkeit. Diese ist Ausfluss des erschütterten Vertrauens zwischen den Parteien, gilt also der Absicht, nicht dem Erfolg (REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319–330b OR,

Art. 321a N 16; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 8). Sachverhalte, die eine fristlose Entlassung eines freigestellten Arbeitnehmenden durch den Arbeitgeber rechtfertigen, sind eher selten, da die persönliche Konfrontation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer entfällt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH a.a.O., Art. 337 N 2). Dennoch sind solche denkbar. So etwa, wenn sich der Verdacht auf eine strafbare Handlung während der Freistellung erhärtet (BLESİ, a.a.O., Rz. 526) oder wenn sich die freigestellte Person gegenüber dem Arbeitgeber krass illoyal verhält (Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2010 [4A_558/2009], Erw. 4; Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 9. Januar 2003 [ZBR.2002.38], Erw. 3, in: RBOG 2003, S. 101 ff.).

2.4.2.

Die E-Mail der Klägerin an die Verbandsgemeinden mit dem hiervor auszugsweise wiedergegebenen Inhalt (siehe Erw. 2.3.2 vorne) ist entgegen der Auffassung der Klägerin geeignet, das Ansehen des Beklagten und dasjenige der Geschäftsführerin des Beklagten zu schmälern. In ihrer an alle 25 Verbandsgemeinden gerichteten (teils an bestimmte Gemeindevertreter, teils allgemein an die Gemeinde) adressierten E-Mail warf die Klägerin dem Beklagten sinngemäss mangelnde Professionalität und ethisch-moralische Missstände vor und setzte damit dessen Ansehen herab. Zudem diffamierte sie ihre Vorgesetzte, die Geschäftsführerin des Beklagten, deren Verhalten eine vernünftige und wertschätzende Zusammenarbeit verunmöglicht haben soll. Am rufschädigenden Charakter solcher Äusserungen ändern auch die von der Klägerin verwendete "Ich-Perspektive", die offenbar überwiegend positiven Reaktionen der Angesprochenen und das stellvertretend hierfür eingereichte E-Mail vom Leiter Soziale Dienste C. nichts. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Vorgehen teilweise auch kritisch gewürdigt wurde.

Eigenen Angaben zufolge verfasste die Klägerin die E-Mail an die Verbandsgemeinden, weil ihr durch den Präsidenten des Beklagten die Verabschiedung ihrer Klientinnen und Klienten verweigert worden ist. Ihr sei es – so die Klägerin an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht – nie um eine Diffamierung des Beklagten oder dessen Geschäftsführerin gegangen. Ihre E-Mail sei auch keine Reaktion

auf die E-Mail des Verbandspräsidenten vom 18. Mai 2016 gewesen, worin der krankgeschriebenen Klägerin unterstellt worden war, "blau zu machen".

Mit ihrem Verhalten hat die Klägerin dem Ruf des Beklagten und dessen Geschäftsführerin geschadet bzw. in Kauf genommen, dass dieser Schaden trägt. Die von ihr angeführten Beweggründe stellen keine (hinreichende) Rechtfertigung für ihr Vorgehen dar. Ihrem Wunsch, sich von ihren Klientinnen und Klienten persönlich verabschieden zu können, hätte sie problemlos auch ohne die an den Beklagten und dessen Geschäftsführerin gerichteten Anschuldigungen Nachdruck verleihen können. Diese waren im besagten Kontext völlig unnötig. Ob die Klägerin mit Bezug auf den Inhalt ihrer E-Mail bzw. dessen Brisanz falsch beraten worden war, kann dahingestellt bleiben. Die Klägerin erkannte durchaus, dass ihre Ausführungen im dritten Absatz ihrer E-Mail problematisch waren. Davon zeugt der Umstand, dass sie sich bei ihrem Berater rückversichern wollte, ob ihr die gewählte Formulierung nicht zum Nachteil gereichen könnte. Dass ihr die möglichen Konsequenzen ihres Handelns nicht voll bewusst waren, ist von untergeordneter Bedeutung. Die Klägerin hat den Beklagten und dessen Geschäftsführerin wissentlich, willentlich und ohne jede Notwendigkeit angeschwärzt. Damit hat sie sich gegenüber ihrem Arbeitgeber klarerweise illoyal verhalten und ihre Treuepflicht verletzt. Etwas relativiert wird diese Treuepflichtverletzung dadurch, dass sich der Präsident des Beklagten in der E-Mail vom 18. Mai 2016 seinerseits ehrverletzend über die Klägerin geäußert hatte.

Obschon das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bereits zuvor stark belastet war (siehe Erw. 2.3.1 vorne), war das Vorgehen der Klägerin grundsätzlich geeignet, die Vertrauensgrundlage zwischen ihr und dem Beklagten endgültig zu zerstören. Dabei spielt es keine Rolle, ob die E-Mail der Klägerin tatsächlich zu einer Verminderung des Ansehens des Beklagten und/oder dessen Geschäftsführerin geführt hat.

Vorliegend fällt allerdings ins Gewicht, dass der Beklagte im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung (28. Mai 2016) mit Rücksicht auf die ordentliche Beendigung des Anstellungsverhältnisses per 31. Juli

2016 nur noch rund zwei Monate an das Anstellungsverhältnis mit der Klägerin gebunden gewesen wäre. Zudem war die Klägerin seit dem 28. April 2016 freigestellt. Es wäre während dieser rund zwei Monate – mit Ausnahme einer allfälligen Büroräumung – nicht mehr zu persönlichen Begegnungen zwischen den Parteien gekommen. Auch wenn die Verfehlung der Klägerin keinesfalls als geringfügig eingestuft werden kann, handelt es sich im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis und mit Blick auf die vorbestehenden Anstände zwischen den Parteien nicht um ein derart krass illoyales Verhalten, dass dem Beklagten die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses mit allen daraus erwachsenden Pflichten, insbesondere der von ihm hervorgehobenen Lohnzahlungspflicht, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist schlechterdings nicht mehr zumutbar gewesen wäre. Dies gilt umso mehr, als sich die Klägerin mit ihrer Kritik am Beklagten und dessen Geschäftsführerin nicht an die Öffentlichkeit wandte, sondern sich auf die Verbandsgemeinden beschränkte. In Würdigung der gesamten Umstände lag kein (objektiv) wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Anstellungsverhältnisses im Sinne von § 11 PersG respektive Art. 337 OR vor.