

# **AG\_VERWALTUNGSGERICHT WKL.2020.17 vom 5. April 2022**

AG Verwaltungsgericht, 2022-04-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_verwaltungsgericht\\_WKL.2020.17](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_verwaltungsgericht_WKL.2020.17)

FR: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WKL.2020.17 du 5 avril 2022

IT: AG\_VERWALTUNGSGERICHT WKL.2020.17 del 5 aprile 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A. war seit 1. Juli 1990 als Bauamtsmitarbeiter mit einem Vollzeitpensum bei der Einwohnergemeinde X. angestellt. Das Anstellungsverhältnis wurde per 1. Januar 2002, mit Inkrafttreten des geltenden Personalreglements der Gemeinde X. (nachfolgend: Personalreglement), in ein vertragliches Verhältnis überführt. Daneben war A. seit 1. Februar 2004 jeweils am zweiten und vierten Samstag des Monats von 13.00 bis 15.00 Uhr als Betreuer der Abfallsammelstelle Werkhof im Nebenamt für die Einwohnergemeinde X. tätig.

#### **E. 1.1**

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 15'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2020 als Entschädigung wegen widerrechtlicher Kündigung seines Anstellungsverhältnisses zu bezahlen.

#### **E. 1.2**

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

- 29 - 2. Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten, bestehend aus einer Staatsgebühr von Fr. 3'000.00 sowie der Kanzleigebür und den Auslagen von Fr. 586.00, gesamthaft Fr. 3'586.00, sind je zur Hälfte mit Fr. 1'793.00 vom Kläger und von der Beklagten zu bezahlen. 3. Es werden keine Parteikosten ersetzt. Zustellung an: den Kläger (Vertreter) die Beklagte (Vertreter) Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht innert 30 Tagen seit der Zustellung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, angefochten werden. Die Beschwerde setzt voraus, dass der Streitwert mehr als Fr. 15'000.00 beträgt, sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder die Gleichstellung der Geschlechter betroffen ist. Die Frist steht still vom 7. Tag vor bis und mit 7. Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom

#### **E. 1.3**

Beim Gespräch vom 21. April 2020 wurden dem Kläger die Gründe für die in Aussicht gestellte Kündigung erläutert. In der dazugehörigen Aktennotiz (Klagebeilage 18) heisst es, der Kläger sei zu jeder der Vorhaltungen gefragt worden, ob er widerspreche oder Ergänzungen anbringen wolle, was der Kläger verneint habe. Sollte der Kläger tatsächlich – wie von ihm geltend gemacht – unvorbereitet zu diesem Gespräch erschienen sein, weil er nicht vorgängig über den Gesprächsinhalt orientiert wurde und nicht mit einer Kündigung

rechnete, erfüllte die mündliche Anhörung vom 21. April 2021 nicht die Anforderungen an eine wirksame Gehörs-gewährung. Es wäre in diesem Fall darauf abzustellen, dass sich der auf das Gespräch un-

- 7 - vorbereitete Kläger ausserstande sah, seine Interessen genügend zu wahren. Wohl hätte er die ihm vorgehaltenen Vorkommnisse abstreiten oder anerkennen können. Hingegen dürfte er mangels rechtlicher Beratung im Vorfeld kaum in der Lage gewesen sein, die Vorkommnisse im Hinblick auf die ihm in Aussicht gestellte Kündigung richtig einzuordnen und zu argumentieren, dass sich eine Kündigung seines Anstellungsverhältnisses unter den gegebenen Umständen nicht rechtfertigte. Der Beweis der vom Kläger bestrittenen Behauptung der Beklagten, der Kläger sei über das Thema der Besprechung bereits in der Kalenderwoche 15/2020 (6. bis 10. April 2020) informiert worden, sodass er sich darauf hätte vorbereiten können, ist der Beklagten nicht gelungen. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Klageantwort (S. 24 zu Rz. 35/2) sind denn auch nicht ohne weiteres klar und stimmig. Zudem bestätigte C. an der Parteibefragung vor Verwaltungsgericht die Darstellung des Klägers, wonach dieser erst am Vortag zum Gespräch mit B. und D. aufgeboten worden sei, ohne dass ihm dabei das Thema des Gesprächs explizit bekannt gegeben worden wäre. Offenbar will die Beklagte allein aus der Vorgeschichte und der personellen Besetzung des anberaumten Termins ableiten, dass dem Kläger dessen Dringlichkeit und damit auch die Möglichkeit einer Kündigung seines Anstellungsverhältnisses hätten bewusst sein müssen (Protokoll der Verhandlung vor Verwaltungsgericht vom 5. April 2022 [nachfolgend Protokoll], S. 21). Diese Annahme drängt sich indessen nicht ohne weiteres auf. Die Darstellung des Klägers, er habe zu jenem Zeitpunkt nicht mit einer Kündigung seines Anstellungsverhältnisses gerechnet, kann nicht schon deswegen als abwegig bezeichnet werden, weil ihm bei einem früheren Gespräch vom 21. Oktober 2019 klargemacht worden sein soll, dass ein weiteres Fehlverhalten seinerseits bzw. weitere Widerhandlungen gegen Weisungen und Bewährungsauflagen die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses nach sich ziehen würden, zumal auch der Inhalt jenes Gesprächs zwischen den Parteien umstritten und nirgends dokumentiert ist. Gemäss den Angaben des Klägers sei ihm damals mitgeteilt worden, dass er sich (seit der Verwarnung vom 13. Mai 2019) bewährt habe (vgl. auch Protokoll, S. 12). Ob und in welcher Deutlichkeit dem Kläger gegen Ende März 2020 allenfalls die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses angedroht wurde, ist ebenfalls nicht dokumentiert (vgl. dazu Protokoll, S. 21 f.). Vor diesem Hintergrund muss darauf abgestellt werden, dass sich der Kläger auf das Kündigungsgespräch vom 21. April 2020 nicht genügend vorbereiten konnte. Die dem Kläger im Anschluss an das Gespräch vom 21. April 2020 eingeräumte Frist zur Stellungnahme zur Kündigungsabsicht der Beklagten und die ihm angebotene "Freistellungsvereinbarung" war wiederum eindeutig zu kurz bemessen, um dem Gehörsanspruch des Klägers Genüge zu tun. Der Gemeinderat und die Vorgesetzten des Klägers durften in der gegeb-

- 8 - nen Situation – ohne Vorbereitung des Klägers auf das mündliche Kündigungsgespräch – nicht erwarten, dass dieser innerhalb von nur zwei Tagen eine fundierte Stellungnahme hätte abgeben können. Ob dafür eine Frist von zehn Tagen angemessen gewesen wäre oder auch eine Wochenfrist ausgereicht hätte, kann dahingestellt bleiben. Eine Frist von zwei Tagen machte eine wirksame Äusserungsmöglichkeit des Klägers jedenfalls illusorisch und es ist auch nicht einsehbar, weshalb die Zeit für die Beklagte dermassen gedrängt hätte. In Anbetracht dessen, dass der Gemeinderat bereits am 6. April

2020 beschlossen haben soll, mit dem Kläger über die Kündigung seines Anstellungsverhältnisses zu sprechen, hätte für eine Kündigung noch vor Ende April 2020 genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um dem Kläger in der gebotenen Weise vorgängig anzuhören, sei es an einem mündlichen Gespräch, auf das sich der Kläger durch Hinweis auf den Gesprächsinhalt angemessen hätte vorbereiten können, sei es durch eine längere Frist für eine Stellungnahme im Anschluss an das Gespräch. Dafür, dass der Kündigungsentschluss des Gemeinderats am 21. April 2020 schon unverrückbar feststand und der Kläger den Gemeinderat durch seine Äusserungen an diesem Termin oder im Nachgang dazu ohnehin nicht mehr hätte umstimmen können, gibt es hingegen keine genügenden Anhaltspunkte. Der Gemeindeammann widersprach dieser Darstellung des Klägers an der Parteibefragung vor Verwaltungsgericht glaubhaft (Protokoll, S. 22). Trotzdem wurde der Gehörsanspruch des Klägers – wie oben dargelegt – schon dadurch verletzt, dass er sich nicht angemessen auf das Kündigungsgespräch vom 21. April 2020 vorbereiten konnte und auch danach keine genügende Gelegenheit zur Stellungnahme zur Kündigungsabsicht der Beklagten erhielt. Infolgedessen ist die Kündigung mit formellen Mängeln behaftet, die sie widerrechtlich machen. Auf die Rechtsfolgen der (formellen) Widerrechtlichkeit der Kündigung wird weiter unten zurückzukommen sein (siehe Erw. 4 hinten). 2.

## **E. 2**

Am 21. August 2018 wurde A. von seinen Vorgesetzten verwarnt, weil er für private Unterhaltsarbeiten bei Dritten Fahrzeuge, Werkzeuge und Maschinen der Einwohnergemeinde X. verwendet sowie während seiner Arbeitszeit diverse Materialien (Aluminiumdosen, Edelstahl usw.) eingesammelt und diese später privat weiterverkauft haben soll. Eine weitere Verwarnung erfolgte bei einem Gespräch mit seinen Vorgesetzten vom 13. Mai 2019, schriftlich bestätigt am 27. Mai 2019. Neu hinzu kam der Vorwurf, A. habe den Tank seines privaten Fahrzeugs während der Arbeitszeit mit gemeindeeigenem Benzin (aus Kanistern) gefüllt.

### **E. 2.1**

In der Sache bringt der Kläger vor, die Kündigung sei missbräuchlich. Die Missbräuchlichkeit erblickt er einerseits darin, dass die von der Beklagten beanstandeten Verhaltensmängel nicht als hinreichende sachliche Kündigungsgründe zu qualifizieren seien. Es fehle schon an einer vorgängigen Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit. Zwar sei er im August 2018 und im Mai 2019 verwarnt worden, doch hätten diese Verwarnungen jeweils andere Verhaltensweisen betroffen, die mit den Verhaltensmängeln gemäss Kündigung in keinem Zusammenhang stünden. Entsprechend könne ihm kein Verstoss gegen Bewährungsauflagen vorgeworfen werden; er habe sich immer darangehalten. Im Übrigen wäre eine durch die Verwarnung vom Mai 2019 ausgelöste Bewährungszeit im Zeitpunkt der angebliebenen Widerhandlungen gegen Bewährungsauflagen längst abgelaufen gewesen; die Wirkung dieser Mahnung sei spätestens im Oktober 2019

- 9 - dahingefallen, was ihm beim Gespräch vom 21. Oktober 2019 auch so kommuniziert worden sei. Wäre die Bewährungszeit zu diesem Zeitpunkt verlängert worden, gäbe es dazu ein Schriftstück. Eine Verlängerung (bis Oktober 2020) wäre aber auch völlig unverhältnismässig und nicht mit der personalrechtlichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers vereinbar gewesen. Darüber hinaus stellten die ihm gemäss Kündigung vorgeworfenen

Verhaltensmängel keine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten dar. Einzig der Umstand, dass er in Überschreitung seiner Kompetenzen Kunden der J. AG Einlass auf deren Kompostierplatz gewährt habe, könne – wenn überhaupt – als geringfügige Pflichtverletzung gewertet werden. Andererseits bemängelt der Kläger die Verhältnismässigkeit der Kündigung. Angesichts seines fortgeschrittenen Alters und seiner dreissigjährigen Dienstzeit für die Beklagte wäre diese auch unter dem Gesichtspunkt der schonenden Rechtsausübung gehalten gewesen, allfällige Schwächen nicht überzubewerten und nach mildereren Massnahmen oder einer gemeinsamen Lösung unter Aufrechterhaltung des Anstellungsverhältnisses zu suchen. Dies gelte umso mehr, als die ihm vorgeworfenen Verfehlungen höchstens leicht wiegen würden. Es bestehe ein krasses Missverhältnis zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen der Parteien.

## **E. 2.2**

Der Gemeinderat begründete die Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers im Protokollauszug vom 27. April 2020 (Klagebeilage 4) im Wesentlichen mit "wiederholten Unregelmässigkeiten während der Bewährungszeit", aufgrund derer der Vertrauensverlust so gross geworden sei, dass die Beklagte den Kläger am 21. April 2021 freigestellt habe. Als solche Unregelmässigkeiten wurden in Übereinstimmung mit den Vorhaltungen beim Kündigungsgespräch vom 21. April 2021 (vgl. dazu Klagebeilage 18) die folgenden Vorkommnisse genannt: ■ Der Kläger habe sich aufgrund der Pandemielage ab dem 23. März 2020 in Selbstisolation begeben. Im Widerspruch zu dieser selbst verordneten Isolation habe er weiterhin Besorgungen im Supermarkt, in der Apotheke und der Poststelle getätigt und am 28. März 2020 einen freiwilligen, zusätzlich bezahlten Einsatz auf der Abfallsammelstelle Werkhof geleistet, obwohl dort der Sicherheitsabstand zu anderen Personen kaum habe eingehalten werden können. Im Gegensatz dazu sei er seiner Haupttätigkeit ab Montag, 30. März 2020, weiterhin ferngeblieben. Am Dienstagnachmittag, 31. März 2020, sei er zur Wiederaufnahme der Arbeit aufgefordert worden, unter Hinweis darauf, dass ihm ein im Sinne der (per 22. Juni 2020 aufgehobenen) Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24), Art. 10c Abs. 3 lit. a, sicherer Arbeitsplatz habe angeboten werden können.

- 10 - ■ Am 8. April 2020 habe der Kläger unter Missachtung der gegen ihn am 15. September 2015, 6. März 2018, 21. August 2018 und

## **E. 2.3.1**

Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c Personalreglement, der § 10 Abs. 1 lit. c PersG nachgebildet ist, darf die Kündigung durch den Gemeinderat nur ausgesprochen werden, wenn sachlich zureichende Gründe vorliegen, namentlich Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die sich trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen. Mängel im Verhalten eines Arbeitnehmenden taugen als Kündigungsgrund nur dann, wenn sie auch für Dritte nachvollziehbar sind. Das Verhalten des Arbeitnehmenden muss zu einer Störung des Betriebsablaufs führen oder das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und seinem Vorgesetzten erschüttern. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt in einem Fall von Vertrauensverlust grundsätzlich im öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung (Urteil des Bundesgerichts 8C\_995/2012 vom 27. Mai 2013, Erw. 3.3). Auch zeitlich zurückliegende, dem Kündigenden schon früher bekannte Vorfälle können zusammen mit

- 11 - einem für sich allein nicht ausreichenden neuen Vorfall eine (sogar fristlose) Kündigung rechtfertigen; sie bilden gleichsam den Tropfen, der das volle Fass zum Überlaufen bringt. Notwendig ist aber grundsätzlich, dass der Kündigende auf die früheren Verfehlungen mit einer Mahnung oder Verwarnung reagiert hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-897/2012 vom 13. August 2012, Erw. 6.3.2). Die für eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten vorausgesetzte vorgängige schriftliche Mahnung verliert in der Regel ihre Wirkung mit Ablauf der darin angesetzten Bewährungszeit, wenn sich der Arbeitnehmer in dieser Phase wohlverhält. Es bedarf daher einer neuen schriftlichen Mahnung mit Ansetzung einer neuen Bewährungszeit, damit eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten ausgesprochen werden kann. Bei zwispältigem Verlauf ist auch eine Verlängerung der Bewährungszeit denkbar (AGVE 2007, S. 363). Die Bewährungszeit muss befristet oder zumindest bestimmbar gemacht werden. Es geht unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns nicht an, einen Arbeitnehmer auf unbestimmte Zeit unter Beobachtung zu stellen und im Ungewissen darüber zu lassen, ob er die Voraussetzungen für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses erfüllt (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2019.17 vom 7. Mai 2020, Erw. II/2.4; Entscheid des Personalrekursgerichts 2-BE.2009.4 vom 26. Mai 2010, Erw. II/6.1). Enthält eine Mahnung keine bestimmte oder bestimmbare Bewährungszeit, ist sie deswegen aber nicht a priori ungültig. Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Arbeitnehmer in Bezug auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar lange in der Schwebe befinden darf, kann die Wirksamkeit einer Mahnung ohne bestimmte oder bestimmbare Bewährungszeit nachträglich (vom Gericht) limitiert werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber im Anschluss an die Mahnung regelmässig Rückmeldungen zu seiner Bewährung erhielt (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2015.8 vom 30. September 2015, Erw. II/3.2.2). Wie lange die Bewährungszeit maximal dauern darf, lässt sich nicht in allgemein gültiger Weise beantworten. Einerseits darf der Zeitraum nicht zu kurz sein, weil dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden muss, innerhalb der Bewährungszeit eine Reaktion zu zeigen. Zu lang darf jedoch der Zeitraum aufgrund der erwähnten Ungewissheit des Arbeitnehmers über die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses auch nicht sein (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2017.9 vom 26. April 2018, Erw. II/2.3.2, WKL.2015.8 vom 30. September 2015, Erw. II/3.2.1, WKL.2013.20 vom 4. Juni 2014, Erw. II/4.3). Üblich sind Bewährungszeiten von drei bis vier Monaten. Längere Bewährungszeiten dürften höchstens bei einer sehr engmaschigen Begleitung des Arbeitnehmers in Betracht fallen. Auf eine vorgängige Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit ganz verzichtet werden kann nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die strengen

- 12 - Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss § 7 Personalreglement i.V.m. Art. 337 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220) oder § 11 PersG erfüllt sind, mithin die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheint, wenn ein bestimmter Vorfall derart schwer wiegt, dass selbst ein einwandfreies Verhalten während der Bewährungszeit nicht genügen würde, um das Vertrauen seitens des Arbeitgebers wiederherzustellen (vgl. Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2011.5 vom 12. März 2012, Erw. II/6.4, und 2-KL.2007.3 vom 30. Mai 2008, Erw. II/4.2.3 mit Hinweis), oder wenn ein zerrüttetes

Vertrauensverhältnis aus anderen, objektiv nachvollziehbaren Gründen (beispielsweise bei nicht tolerierbarem Verhalten oder unüberbrückbaren Auffassungen über Kompetenzen) als nicht wiederherstellbar eingeschätzt wird (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 8C\_280/2018 vom 22. Januar 2019, Erw. 3.2.4 und 3.4). Demzufolge ist es grundsätzlich möglich, dass ein Fehlverhalten ohne Mahnung und ohne Ansetzung einer Bewährungsfrist zu einer gerechtfertigten ordentlichen Kündigung (infolge Vertrauensverlust) führt (AGVE 2008, S. 438). Entsprechendes muss auch gelten, wenn bereits früher eine Mahnung mit Bewährungszeit erfolgt ist, das beanstandete Verhalten jedoch erst nach Ablauf der Bewährungszeit wieder auftritt. Damit ohne vorgängige mildere Massnahme direkt die Kündigung ausgesprochen werden darf, muss – für Dritte nachvollziehbar – der Arbeitnehmer für die Anstellungsbehörde aufgrund des Vorgefallenen in seiner Funktion nicht mehr tragbar sein. Bei der Prüfung, ob (erneut) eine Bewährungsfrist angesetzt werden muss oder nicht, ist namentlich auch darauf abzustellen, ob ein positives Verhalten in dieser Zeit überhaupt geeignet wäre, das Vertrauensverhältnis wieder ins Lot zu bringen (AGVE 2008, S. 438, E. 4.3.4.). Von einer Bewährungszeit kann auch abgesehen werden, wenn aus dem konkreten Verhalten des Beschäftigten hervorgeht, dass sich die Ansetzung einer Bewährungszeit als unnütz erweisen würde, da er unzweideutig erklärt oder auf andere Weise zu verstehen gibt, das bemängelte Verhalten nicht ändern zu wollen (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2018.4 vom 20. Februar 2019, Erw. II/3.3; Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2010.14 vom 25. Oktober 2011, Erw. II/6.2, und 2-KL.2009.3 vom 11. November 2010, Erw. II/6.2.1).

#### **E. 2.3.2.1**

Der Kläger wurde am 21. August 2018 ein erstes Mal schriftlich verwahrt bzw. gemahnt (siehe Klagebeilage 14). Im betreffenden Mahnschreiben werden auch noch zwei mündliche Ermahnungen vom 15. September 2015 und 6. März 2018 erwähnt. Worum es dabei ging, ist jedoch nicht dokumentiert. Ohnehin erfüllten diese Mahnungen das Schriftformerfordernis

- 13 - nach § 6 Abs. 1 lit. c Personalreglement nicht und hätten somit nicht Grundlage für eine ordentliche Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers wegen Verhaltensmängeln bilden können. Anlass für die Mahnung vom 21. August 2018 war einerseits der Umstand, dass der Kläger wiederholt Fahrzeuge, Werkzeuge und Maschinen der Gemeinde für private Unterhaltsarbeiten (bei Dritten) verwendet haben soll. Andererseits wurde dem Kläger vorgeworfen, während der ordentlichen Arbeitszeit gesammelte Materialien (Aluminiumdosen, Edelstahl usw.) privat weiterverkauft zu haben. Ausgehend davon wurde der Kläger von seinen Vorgesetzten angewiesen, die Verwendung von gemeindeeigenen Fahrzeugen, Werkzeugen und Maschinen jeweils im Voraus zu melden und die mit den Fahrzeugen gefahrenen Kilometer in einem dafür vorgesehenen Formular zu erfassen. Gestattet wurde dem Kläger dabei nur eine Verwendung für den eigenen Gebrauch; die Verwendung für Unterhaltsarbeiten für Dritte wurde ihm explizit untersagt. Des Weiteren wurde dem Kläger verboten, von den Bauamtsmitarbeitern während der Arbeitszeit eingesammelte oder von der Bevölkerung abgegebene Materialien jeder Art privat weiterzuverkaufen, unter Hinweis darauf, dass diese der Gemeinde gehörten. Ausserdem wurde der Kläger angehalten, die auf dem Werkhofgelände deponierten Materialien unverzüglich zu entsorgen. Schliesslich wurden dem Kläger für den Fall weiterer Verfehlungen arbeitsrechtliche Schritte angedroht. Eine Bewährungszeit wurde ihm jedoch nicht angesetzt. Beim jährlichen Mitarbeitergespräch ("Bewertungs- und

Fördergespräch) vom 6. November 2018 bildeten die am 21. August 2018 gemahnten Verfehlungen des Klägers sowie dessen Bewährung im Anschluss an die Mahnung gemäss Beurteilungsformular 2018 (Klagebeilage 15) kein aktenkundiges Thema. Der vom Verwaltungsgericht als Zeuge befragte E. gab dazu an, es sei gut möglich, dass damals nicht über ein Fehlverhalten des Klägers gesprochen worden sei, mit Ausnahme seines privaten Lagers (deponierte Materialien) im Werkhof, das alljährlich thematisiert worden sei (Protokoll, S. 16). Dazu findet sich jedoch kein Hinweis im erwähnten Beurteilungsformular, sodass sich nicht beurteilen lässt, ob sich das Verhalten des Klägers in den gemahnten Punkten (zwischenzeitlich) verbesserte und ob er insbesondere der Anweisung zur Entsorgung der deponierten Materialien Folge leistete. D. sagte als Parteivertreter aus, dass der Kläger seine private Sammelstelle zwar zwischendurch abgebaut, sich der Zustand ("wilde Deponie") aber danach auch immer wieder mal verschlechtert habe. Irgendwann sei dann zumindest das sichtbare Lager weggeräumt gewesen. Ansonsten sei es so gewesen, dass sich das Verhalten des Klägers nicht verbessert habe, andernfalls er im Mai 2019 nicht ein weiteres Mal verwarnet worden wäre (Protokoll, S. 23). E. führte dagegen aus, der Kläger habe sein privates Lager bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unterhalten und bei der Räumung seines Arbeitsplatzes anhängungsweise Materialien abtransportiert (Protokoll, S. 4). Seiner Einschätzung nach hat sich das Verhalten des Klägers trotz der

- 14 - Verwarnung vom August 2018 in keiner Hinsicht verbessert. Er habe weiterhin mit Altmetall gehandelt und sich Werkzeuge, Fahrzeuge und Maschinen für Unterhaltsarbeiten bei Drittpersonen ausgeliehen (Protokoll, S. 6 f.).

#### **E. 2.3.2.2**

Bei einem Gespräch vom 13. Mai 2019, das zwei Wochen darauf (am 27. Mai 2019) verschriftlicht wurde (Klagebeilage 16), erging eine weitere Verwarnung bzw. Mahnung an den Kläger. Erneut wurde beanstandet, dass der Kläger für private Unterhaltsarbeiten bei Dritten Fahrzeuge, Werkzeuge und Maschinen der Gemeinde verwendet habe. Neu wurde gegen den Kläger zudem vorgebracht, er habe sein privates Fahrzeug mit Benzin-kanistern der Gemeinde getankt. Infolgedessen wurden die Weisungen vom 21. August 2018 betreffend die Nutzung von Fahrzeugen, Werkzeugen und Maschinen der Gemeinde wiederholt. Wiederholt wurde auch das Verbot des privaten Weiterverkaufs von während der Arbeitszeit gesammelten oder der Bevölkerung abgegebenen Materialien, was zur Annahme veranlasst, es sei in diesem Punkt zu erneuten Widerhandlungen des Klägers zwischen dem 21. August 2018 und dem 13. Mai 2019 gekommen, die damals schon bekannt waren. D. will von solchen Weiterverkäufen gehört haben, sagte aber nichts dazu, wann, von wem und in welchem Zusammenhang (Protokoll, S. 24). Der Zeuge E. wurde offenbar von einem Mitarbeiter des Werkhofs und einem der G. AG sowie weiteren Drittpersonen über den privaten Handel des Klägers mit Altmetall unterrichtet, und zwar schon vor der Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers. Eine nähere zeitliche Einordnung war ihm nicht mehr möglich (Protokoll, S. 4). Insofern lässt sich auch die Darstellung der Beklagten in der Klageantwort (S. 11 ff. und 31) nicht verifizieren, wonach die Verkäufe von Altmetall an die G. AG vom 13. März 2019, 5. April 2019 und

#### **E. 2.3.2.3**

Zum Gesprächsinhalt vom 21. Oktober 2019 bestehen unterschiedliche Parteidarstellungen. Der Kläger macht geltend, es sei ihm damals mitgeteilt worden, er habe sich in den

vergangenen Monaten bewährt. Gemeindeammann B. habe Gemeindeschreiber C. sogar noch damit beauftragt, ein Schreiben auf- zusetzen, um dies zu bestätigen. Das betreffende Protokoll sei E., D. und ihm (dem Kläger) zur Unterschrift vorgelegt worden. Die ihm versprochene Kopie davon habe er jedoch bis heute nicht erhalten (vgl. auch Protokoll, S. 12 und 17 f.). Derweil behauptet die Beklagte, dem Kläger sei beschieden worden, dass er durch sein zwischenzeitliches Verhalten nicht dazu beigetragen habe, das fehlende Vertrauen seiner Vorgesetzten und des Gemeinderats wiederherzustellen. Dabei seien die privaten Sammelaktivitäten von Recyclingmaterial und in Gärten von Drittpersonen vorgenommene Unterhaltsarbeiten des Klägers zur Sprache gekommen. Der Kläger habe die während der Arbeitszeit und mit dem Dienstfahrzeug gesammelten Recyclingmaterialien in seiner Garage zwischengelagert, bevor er sie entsorgt und den Erlös für sich vereinnahmt habe. Diese unerlaubte Nebenbeschäftigung habe er auch noch nach der Mahnung vom 13. Mai 2019 fortgeführt und einzig die Sicht auf die in seiner Garage zwischengelagerten Materialien mit einer Sichtschutzwand versperrt. Auch habe er es sich weiterhin nicht nehmen lassen, Gartenunterhaltsarbeiten für Dritte auszuführen. Am 21. Oktober 2019 sei ihm dringend angeraten worden, sein Verhalten nun

- 16 - endlich zu ändern; weitere Verfehlungen würden nicht mehr geduldet und zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen. Weil unter diesen Vorzeichen die Verlängerung der Bewährungszeit allen Beteiligten klar gewesen sei, sei davon abgesehen worden, besagte Massnahme schriftlich festzuhalten. Dem Kläger sei trotzdem bewusst gewesen, dass er fortan unter genauer Beobachtung stehen würde. Eigentlich hätte die Beklagte das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger bereits im Oktober 2019 kündigen können, jedoch aus sozialer Verantwortung davon Abstand genommen. In Anbetracht dessen, dass im Formular zum Bewertungs- und Förderungs- gespräch vom 7. November 2019 (Klagebeilage 17) im Rahmen der Gesamtbewertung festgehalten wurde, der Kläger habe ein schwieriges Jahr hinter sich, diverse Punkte (Materialdepot im Werkhof, private Sammlungen) seien von ihm bis jetzt nicht umgesetzt worden und man hoffe, dass diese Punkte bis Ende Jahr erledigt seien, sodass per Anfang 2020 ein Neustart möglich sei, gibt es gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass sich der Kläger aus Sicht der Beklagten bis Herbst 2019 nicht (vollständig) bewährt hat. Dieser Eindruck bestätigte sich an der Partei- und Zeugenbefragung vor Verwaltungsgericht, wo der Zeuge E. jegliche Veränderung (zum Besseren) verneinte (Protokoll, S. 8) und die Parteivertreter einhellig erklärten, es habe höchstens punktuelle Fortschritte, aber auch einen Bedarf an weiteren Verbesserungen gegeben (Protokoll, S. 24 f.). Daraus lässt sich jedoch nicht ohne weiteres schliessen, dass die mit der Mahnung vom 13. Mai 2019 angesetzte Bewährungszeit über das Jahr 2019 hinaus respektive – wie im Protokollauszug zur Kündigung vom 27. April 2019 (Klagebeilage 4) angedeutet – sogar bis Herbst 2020 verlängert wurde, was ohnehin unangemessen lang und damit wohl unzulässig gewesen wäre. Der Kläger wendet zu Recht ein, es widerspreche jeder Logik, dass ausgerechnet die angebliche Verlängerung der Bewährungszeit seitens der Beklagten nicht mehr dokumentiert worden sei, obwohl dem Kläger damit ultimativ die Chance gewährt worden sein soll, die angedrohte Kündigung seines Anstellungsverhältnisses dadurch abzuwenden, dass er sich von nun an keinerlei Fehlritte mehr leisten würde (sog. "Nulltoleranz- Devise"). Kommt hinzu, dass dem Kläger im Gegensatz zur Mahnung vom

#### **E. 2.3.2.4**

Die Beklagte durfte demnach das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger im April 2020 ohne neuerliche Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit nur auflösen, falls sich aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere der Schwere der als Kündigungsgründe angeführten neuen Verfehlungen, der Uneinsichtigkeit und Unverbesserlichkeit des Klägers und/oder eines objektiv nachvollziehbar irreversiblen und tiefgreifenden Vertrauensverlusts der Beklagten die Annahme rechtfertigt, eine (weitere) Mahnung mit Ansetzung einer Bewährungszeit sei (im Lichte der Vorgeschichte) entbehrlich gewesen. Ein solcher Mahnungsverzicht käme bei Verfehlungen, die keine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigten, allerdings von vornherein nur in Frage, falls diese im Verhältnis zu den früher gemahnten Verhaltensmängeln einen Zusammenhang aufweisen bzw. gleichartig waren. Ansonsten könnte nicht von Mängeln im Sinne von § 6 Abs. 1 lit. c Personalreglement gesprochen werden, die sich trotz schriftlicher Mahnung – hier nach Ablauf der Bewährungszeit – fortgesetzt haben (vgl. dazu auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2019.00342 vom 24. Juni 2020, Erw. 3.3).

- 18 - Die Gleichartigkeit mit früher gemahnten Verhaltensmängeln trifft auf die Selbstisolation des Klägers aufgrund der Pandemielage vom 23. bis 30. März 2020 eher nicht zu. Ein solches Verhalten zeugt, wenn überhaupt, von einer ungenügenden Arbeitsmoral. Es könnte jedoch auch echter Besorgnis des Klägers um seine Gesundheit entsprungen sein, zumal der Kläger von seinem Hausarzt als Person mit erhöhtem Risiko (für einen schweren Krankheitsverlauf) eingeschätzt worden war (vgl. Klagebeilage 28) und in dieser frühen Phase der Pandemie allgemein eine grosse Verunsicherung über die Infektions- und Gesundheitsrisiken herrschte. Dazu, dass sich der Kläger nicht konsequent selbst isolierte und weiterhin Einkäufe (im Supermarkt) erledigte, was er bestritt (Protokoll, S. 19), bestehen keine gesicherten Erkenntnisse. Mit den vormals gerügten Verhaltensmängeln, bei denen jeweils die Zweckentfremdung von Mitteln der Gemeinde sowie private Verrichtungen des Klägers während der Arbeitszeit im Vordergrund standen, hat diese Arbeitsverweigerung, gleichgültig ob sie in der gegebenen Situation berechtigt war oder nicht, indessen wenig zu tun. Hingegen ähneln die Vorwürfe, der Kläger habe sich am 8. April 2020 auf dem Kompostierplatz Q. der J. AG während der Arbeitszeit Humus zur privaten Verwendung besorgt und am 10. April 2020 gleichsam während der Arbeitszeit versucht, sich bei der K. AG Kies zur privaten Verwendung zu beschaffen, den früher gemahnten Verhaltensweisen, namentlich betreffend den privaten Recyclinghandel mit Sammeltätigkeit während der Arbeitszeit. Auch der Umstand, dass der Kläger am 8. April 2020 Kunden der J. AG ohne die Zustimmung der Betreiberin den Zutritt zur Kompostieranlage der J. AG gewährte, könnte in einem weit verstandenen Sinne als Verfehlung qualifiziert werden, die den früher gemahnten Verhaltensweisen (etwa der Zweckentfremdung von Geräten der Gemeinde) glich, weil sie – wie diese – Ausdruck von einer gewissen Eigenmacht und Neigung zu Kompetenzüberschreitungen des Klägers waren.

#### **E. 2.3.2.5**

Die Selbstisolation des Klägers in der Zeit vom 23. bis 30. März 2020 stellt jedenfalls keine gravierende Vertragsverletzung dar. In der Covid-19-Verordnung 2 war nicht von Anfang an klar und eindeutig geregelt, unter welchen Voraussetzungen besonders gefährdete Arbeitnehmer zur Arbeitstätigkeit am angestammten Arbeitsplatz verpflichtet werden konnten. In Art. 10c der Fassung vom 17. März 2020 hiess es, dass besonders gefährdete Arbeitnehmer ihre arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn immer möglich, von zu Hause aus

erledigen oder vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt werden sollten (Abs. 1). Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hatten ihre besondere Gefährdung ihrem Arbeitgeber durch eine persönliche Erklärung mitzuteilen, wobei der Arbeitgeber fallweise ein ärztliches Attest verlangen konnte (Abs. 2). In der Fassung vom 21. März 2020 sah Art. 10c Abs. 2 Covid-19-Verordnung 2 vor, dass Arbeitnehmerinnen und

- 19 - Arbeitnehmer bei Arbeitstätigkeiten, die aufgrund ihrer Art oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden können, zur Arbeit vor Ort erscheinen mussten, sofern der Arbeitgeber seiner Verpflichtung nachkam, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen. In der Fassung vom

#### **E. 2.3.2.6**

Weniger klar erscheint angesichts dessen, dass der Kläger schon früher angewiesen und gemahnt wurde, während der Arbeitszeit keine privaten Verrichtungen vorzunehmen (insbesondere mit Bezug auf das Sammeln und die Anlieferung von Recyclingmaterialien für den Weiterverkauf auf eigene Rechnung) und mit Fahrzeugen, Werkzeugen und Maschinen der Gemeinde nicht so zu verfahren, wie wenn sie ihm persönlich gehörten und umfassend für private Zwecke zur Verfügung stünden, ob es für die Vorfälle vom 8. und 10. bzw. 9. April 2020 (der 10. April 2020 fiel auf den Karfreitag; vgl. auch Protokoll, S. 20), als der Kläger während der Arbeitszeit Humus und Kies für die private Verwendung besorgt respektive einen entsprechenden Versuch unternommen sowie Kunden der J. AG ohne Zustimmung der Betreiberin auf deren Kompostieranlage eingelassen hat, vor Aussprache einer ordentlichen Kündigung eine nochmalige Mahnung brauchte. Das hängt davon ab, wie schwer insoweit allfällige Vertragsverletzungen seitens des Klägers wiegen und ob sie im Lichte des bislang Vorgefallenen objektiv geeignet waren, das Vertrauen der Beklagten in den Kläger und eine gut funktionierende Zusammenarbeit nachhaltig zu erschüttern oder definitiv zu zerstören.

#### **E. 2.3.2.7**

Gemäss Angaben des Klägers machte er am 8. April 2020 gegen Arbeitsschluss auf dem Rückweg von einem Einsatz zum Werkhof X. einen kurzen Umweg über die Kompostieranlage Q. der J. AG, um sich Kompost zu besorgen. Als er dort eingetroffen sei, hätten bereits fünf Kunden vor verschlossenen Toren, die um 16.00 Uhr hätten geöffnet werden sollen, sichtlich verärgert darauf gewartet, ihren Grünabfall abliefern zu dürfen. Es sei ihm (dem Kläger) in dieser Situation nur hilfsbereit und bürgerfreundlich erschienen, die ihm persönlich bekannten Kunden auf die Anlage zu lassen, denn für die Einwohner von S. sei die Entsorgung von Grüngut kostenlos. Es treffe auch nicht zu, dass die Vertreter der J. AG verärgert auf den Vorfall reagiert hätten und die Gemeinde deswegen einen Reputationsschaden erlitten habe. Die Mail der Mitarbeiterin der J. AG (Klagebeilage 29) sei in einem sachlichen Ton abgefasst gewesen. Am 10. April (richtig: 9. April) 2020 habe er in der Nähe der Kiesgrubenanlage der K. AG einen Robidog reinigen müssen. Dabei habe er einen Mitarbeiter der K. AG am ca. 20 Meter entfernten Eingang stehen sehen und diesen

- 21 - gefragt, ob sie Kies vorrätig hätten, das er (der Kläger) nach Arbeitsschluss abholen könnte, was dieser verneint habe. Der ganze Vorgang habe sich innerhalb weniger Minuten abgespielt (vgl. zum Ganzen auch Protokoll, S. 19 f.). Von einer privaten "Einkaufstour"

während der Arbeitszeit könne insoweit keine Rede sein. Es sei in der Literatur und Rechtsprechung unbestritten, dass zeitlich mässige Unterbrechungen der Arbeit zulässig seien und keine Pflichtverletzung darstellten. Was für ein kurzes privates Telefongespräch des Büropersonals gelte, sei auch ihm als Bauamtsmitarbeiter zuzugestehen. Für die Beklagte zeigen die beiden Vorfälle, dass der Kläger nach eigenem Gutdünken gehandelt, sich generell nicht an Regeln und Weisungen gehalten und nichts aus den Fehlern der Vergangenheit gelernt habe. Dabei sei ihm bewusst gewesen, dass er sich keine noch so kleine Verfehlung mehr zuschulden kommen lassen dürfte. Die Auswirkungen davon, dass er den Kunden der J. AG Zutritt zu deren Kompostieranlage gewährt habe, rede er klein. Tatsache sei, dass die J. AG wegen des eigenmächtigen Handelns des Klägers auf einem "Schaden" sitzen bleibe und deren Image gegenüber den Kunden gelitten habe. Dass er es gut gemeint habe, spiele keine Rolle. Mit seinem Vorsprechen bei der K. AG habe er einmal mehr gezeigt, ausserstande zu sein, Privates und Berufliches zu trennen, indem er mit dem Dienstfahrzeug auf Arbeitszeit Kies für die private Nutzung habe abholen wollen. Die Beklagte könne sich ein solches Verhalten auf Kosten der Allgemeinheit nicht leisten. Erschwerend komme hinzu, dass der Kläger Gemeindeammann B. in diesem Zusammenhang zunächst angelogen und seine Verfehlung erst auf die Nennung von Zeugen hin eingeräumt habe.

#### **E. 2.3.2.8**

Es ist bis zu einem gewissen Grad verständlich, dass die Geduld der Vertreter der Beklagten mit dem Kläger im Kündigungszeitpunkt erschöpft und das Vertrauen in den Kläger und seinen aufrichtigen Willen, die Weisungen seiner Vorgesetzten fortan zu befolgen und künftige Privatbesorgungen während der Arbeitszeit sowie die Zweckentfremdung von Arbeitsmitteln zu unterlassen, auf einem Tiefpunkt angelangt war. Dabei spielt auch keine Rolle, ob der Kläger andere Mitarbeiter der Beklagten zum Vorbild nahm und nachahmte, die sich (früher) in ähnlicher Weise gebärdeten und denen er dieses Verhalten abgeschaut hat. Spätestens aufgrund der schriftlichen Mahnungen im August 2018 und im Mai 2019 musste ihm klar sein, dass solches Verhalten vertragswidrig ist und von seinen Vorgesetzten nicht (mehr) akzeptiert würde. Mit Bezug auf den Vorfall vom 8. April 2020 bzw. dessen Qualifikation als unbeachtliche Bagatelle oder neuerliche ernstzunehmende Vertrags- bzw. Weisungsverletzung kommt es im Wesentlichen darauf an, wie lange sich der Kläger damals auf der Kompostieranlage der J. AG aufhielt, ob er diese Zeit in den Stundenrapporten als Arbeitszeit erfasste und welche Folgen es

- 22 - für die Beklagte hatte, dass er anderen Kunden ohne vorgängige Absprache mit Mitarbeitern der J. AG Zutritt zum Kompostierplatz gewährte. Die im Recht liegende Mail vom 27. April 2020 (Klagebeilage 29) ist diesbezüglich nicht sehr aufschlussreich. Namentlich lässt sich nicht ohne weiteres einschätzen, was der darin erwähnte "blinde Fleck" bezüglich der Herkunft des Komposts für die Beteiligten bedeutete. Die Humusbesorgung für private Zwecke dauerte den Angaben des Klägers an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht zufolge rund 15 Minuten. Der Kläger räumte zwar ein, dass er diese Privatbesorgung während der Arbeitszeit erledigt habe. Der Zeuge E. will sogar überprüft haben, dass dem so gewesen sei (Protokoll, S. 9). Daran bestehen dennoch gewisse Zweifel, weil der Kläger auch ausführte, er habe sich erst nach der Schliessung der Sammelstelle in S.-T., die an jenem Tag von 13.00 bis 16.00 Uhr geöffnet hatte, zur Kompostieranlage Q. der J. AG begeben. Im Wochenarbeitsrapport deklarierte der Kläger für jenen Mittwochnachmittag auf der Sammelstelle in S.-T. eine Arbeitszeit von drei Stunden (vgl.

dazu die Eingabe der Beklagten vom 12. November 2021), was exakt der Dauer der angegebenen Öffnungszeit der Sammelstelle entspricht. Verliess der Kläger die Sammelstelle mithin nicht vorzeitig, sondern wirklich erst um 16.00 Uhr, dürfte die Humusbesorgung beim nahegelegenen Kompostierplatz Q. nicht mehr auf Arbeitszeit erfolgt sein. Es wäre in dieser Konstellation auch nicht so, dass er die für die private Besorgung benötigte Zeit nicht von seinem Gleitzeitsaldo abgezogen (vgl. dazu Protokoll, S. 26), sondern gar nicht erst als Arbeitszeit erfasst hätte. Der der J. AG als Betreiberin des Kompostierplatzes durch den Einlass von Kunden entstandene (Image-)Schaden lässt sich mangels entsprechender Angaben der Beklagten nicht näher eingrenzen. Der Kläger will nur wenige Hausfrauen eingelassen haben, die das Kompostiergut ohnehin hätten kostenlos entsorgen können (Protokoll, S. 20). Dem hielten E. und der Werkdienstleiter D. entgegen, auch solche Entsorgungen hätte die J. AG der Gemeinde in Rechnung stellen können, was mangels Wägung des Kompostierguts nicht möglich gewesen sei (Protokoll, S. 9 und 26). Dennoch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der J. AG aus dem Vorfall ein grösserer finanzieller Schaden oder ein Reputationsverlust erwachsen sein könnte. Vor diesem Hintergrund hatte das pflichtwidrige Verhalten des Klägers eher Bagatelcharakter. Dasselbe gilt mit Bezug auf den Vorfall vom 9. April 2020 bei der K. AG, nachdem die Beklagte und deren Vertreter der Darstellung des Klägers, er habe sich lediglich während einer Dauer von wenigen Minuten nach dem Kiesvorrat erkundigt, den er nach Arbeitsschluss abgeholt hätte (Protokoll, S. 20), nicht substantiiert widersprochen haben (vgl. auch Protokoll, S. 9 und 26). Dass der Kläger für die Beklagte aufgrund der beiden geschilderten Vorfälle geradezu untragbar geworden sein könnte, ist zu wenig ersichtlich, auch

- 23 - wenn der Kläger den Vorfall vom 9. April 2020 gegenüber Gemeindeam- mann B. anfänglich abgestritten haben sollte. Der Hauptgrund für die Kündigung waren denn offenbar auch nicht diese beiden Vorfälle, sondern der Umstand bzw. der Eindruck, dass sich der Kläger nicht "wirklich verän- dert" habe (vgl. dazu Protokoll, S. 22). Für diesen Eindruck gibt es aller- dings für die Zeit nach dem Bewertungs- und Förderungsgespräch vom 7. November 2019 (Klagebeilage 17) keine fassbaren, konkreten und hin- reichend gravierenden Geschehnisse.

#### **E. 2.3.2.9**

Ungenügende Arbeitsleistungen werden zwar von der Beklagten behauptet, wurden vom Zeugen E. auch bestätigt (Protokoll, S. 10) und entbehren mit Rücksicht auf die Mitarbeiterbeurteilungen (Klagebeilagen 12, 15 und 17) nicht jeder Grundlage, bildeten jedoch nie Gegenstand einer schriftlichen Mahnung. Sollten ungenügende Arbeitsleistungen des Klägers den Kündigungsentschluss der Vertreter der Beklagten wesentlich mitbe- einflusst haben, so wäre dafür auf jeden Fall eine vorgängige schriftliche Mahnung erforderlich gewesen; dies umso mehr, als die behaupteten mündlichen Mahnungen vom 15. September 2015 und 6. März 2018, an denen ungenügende Leistungen des Klägers thematisiert worden sein sol- len (Duplik, S. 6 f.), im Kündigungszeitpunkt 4,5 Jahre bzw. über zwei Jahre zurücklagen.

#### **E. 2.3.3**

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die Beklagte am 27. April 2020, einige Zeit nach Ablauf einer früher angesetzten Bewährungszeit, keinen sachlich zureichenden Grund hatte, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger ohne eine weiterhin wirksame vorgängige

schriftliche Mahnung wegen Verhaltensmängeln/Pflichtverletzungen zu kündigen. Soweit es sich bei den angeführten Kündigungsgründen nicht ohnehin um Pflichtverletzungen handelte, die in ihrer Ausprägung neuartig waren und keinen Zusammenhang mit früher gemahnten Vorfällen aufwiesen (Selbstisolation), wogegen sie auch im Lichte der Vorgeschichte zu wenig schwer und hatten folglich ein zu geringes Potenzial, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart nachhaltig und tiefgreifend zu erschüttern, dass auf die im Vorfeld einer Kündigung wegen Verhaltensmängeln grundsätzlich erforderliche schriftliche Mahnung hätte verzichtet werden können. Dies gilt umso mehr, als sich der Kläger im Kündigungszeitpunkt mit seinen bald 57 Jahren in einem fortgeschrittenen Lebensalter befand, in dem sich die Stellensuche gerade in seinem Betätigungsfeld äusserst schwierig gestaltet, und er seit beinahe 30 Jahren für die Beklagte tätig war. Entsprechend erhöht war die Fürsorgepflicht der Beklagten und umso zurückhaltender hätte sie von ihrem Recht Gebrauch machen müssen, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger wegen Mängeln im Verhalten zu kündigen, speziell was eine Kündigung ohne vorgängige Mahnung anbelangt (zur erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitnehmers gegenüber älteren Arbeitnehmern vgl.

- 24 - BGE 132 III 115, Erw. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2014 vom 12. November 2014, Erw. 5.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5665/2014 vom 29. September 2015, Erw. 5.2; Entscheidung des Verwaltungsgerichts WKL.2019.12 vom 13. Oktober 2020, Erw. II/3.6.1; etwas relativierend aber das Urteil des Bundesgerichts 4A\_44/2021 vom 2. Juni 2021, Erw. 4.3). Die zwar wegen Verhaltensmängeln, aber ohne vorgängige, nach wie vor aktuelle schriftliche Mahnung ausgesprochene Kündigung war demgemäss auch materiell widerrechtlich. Eine Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 336 OR ist darüber hinaus jedoch nicht dargetan. Das Fehlen eines sachlich hinreichenden Kündigungsgrundes begründet für sich allein noch keine Missbräuchlichkeit der Kündigung (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 8C\_895/2015 vom 8. März 2016, Erw. 3.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7166/2016 vom 7. November 2017, Erw. 6.1). Eine solche kann auch nicht schon darin erkannt werden, dass dem Kläger vor der Kündigung seines Anstellungsverhältnisses eine unausgewogene Aufhebungsvereinbarung präsentiert wurde, die einer gerichtlichen Überprüfung nicht standgehalten hätte. Von einer Befragung weiterer Zeugen verspricht sich das Verwaltungsgericht im Übrigen keine neuen rechtserheblichen Erkenntnisse, weshalb in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung darauf verzichtet werden durfte (vgl. dazu statt vieler BGE 141 I 60, Erw. 3.3). Insbesondere erscheint eine Einvernahme von G. und H. entbehrlich, nachdem der langjährige private Altmetallhandel des Klägers an sich unbestritten ist und für die Zeit nach den Gesprächen vom 21. Oktober und 7. November 2019 als dem Kläger auch insoweit noch einmal eine Chance auf Bewährung eingeräumt wurde, keine weiteren Metallverkäufe mehr aktenkundig sind und die Kündigung auch nicht mit solchen (neuen) Vorfällen begründet wurde. Bezüglich des Zeugen I., dem der Kläger das kritisierte Verhalten abgeschaut haben will, ist eine Relevanz für das vorliegende Verfahren von vornherein nicht ersichtlich. 3.

### **E. 3**

An einem Gespräch mit dem Gemeindeamman, dem Gemeindeschreiber und dem Leiter des Werkdienstes vom 21. April 2020 wurde A. eröffnet, dass sein Anstellungsverhältnis wegen wiederholten Vertrauensbruchs während der laufenden Bewährungsfrist nicht weitergeführt werden könne. Gleichzeitig wurde A. eine "Freistellungsvereinbarung"

(Aufhebungsvereinbarung) ausgehändigt und Frist zur Stellungnahme bis 23. April 2020 angesetzt.

### **E. 3.1**

Erweist sich eine Kündigung nachträglich als widerrechtlich, hat der Mitarbeiter Anspruch auf Entschädigung. Diese bemisst sich nach den Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung des Schweizerischen Obligationenrechts (§ 8 Personalreglement). Damit wird auf Art. 336a OR verwiesen, wonach die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung den Betrag nicht übersteigen darf, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht (Abs. 2). Vorliegend liegt eine Entschädigung im Betrag von sechs Bruttomonatslöhnen (exkl. Anteil 13. Monatslohn) im Streit.

- 25 -

### **E. 3.2**

Die Entschädigung nach Art. 336a Abs. 2 OR hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch eine ungerechtfertigte Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Höhe der Entschädigung wird vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt und hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, der Dauer der Anstellung, dem Alter des Arbeitnehmers, den Auswirkungen der Kündigung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BGE 123 III 391; BGE 116 II 500 E. 5a; Urteile des Bundesgerichts 8C\_620/2013 vom 25. Februar 2014, Erw. 4.1, 4A\_660/2010 vom 11. März 2001, Erw. 3.2, 4C.253/2005 vom 16. November 2005, Erw. 2.1, und 4C.67/2003 vom 5. Mai 2003, Erw. 4.3; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336a N 3; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 336a N 6 f.; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 336a N 9 ff.). Massgebend für die Berechnung der Entschädigung ist der Bruttolohn ohne Sozialabzüge, da die Entschädigung ihrerseits solchen Abzügen nicht unterliegt, weil sie kein Erwerbseinkommen bildet; regelmässig ausgerichtete Zulagen, z.B. Gratifikationen und der 13. Monatslohn, sind zuzurechnen (STAEHELIN, a.a.O., Art. 336a N 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 3; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 336a N 10).

### **E. 3.3**

Der Kläger begründet die eingeklagte Entschädigungshöhe nahe des Maximalbetrages von sechs Bruttomonatslöhnen inklusive Anteil 13. Monatslohn mit seinem fortgeschrittenen Lebensalter, seiner langjährigen Tätigkeit für die Beklagte und seinen geringen Aussichten auf eine neue Stelle. Deswegen werde er auch mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen und mangels finanzieller Rücklagen mit einem wirtschaftlichen Abstieg zu rechnen haben. Diesen harten Folgen der Kündigung stünden keine schützenswerten Interessen der Beklagten gegenüber. Im Gegenteil habe sie sich aus wichtigen Gründen und leichtfertig über elementare Ansprüche wie das rechtliche Gehör, Treu und Glauben, die Verhältnismässigkeit und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

hinweggesetzt und ein krasses Missverhältnis der Interessen geschaffen. Der Beklagten sei ein erhebliches Fehlverhalten und ein eben solcher Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers anzulasten. Dem Straf- und Genugtuungszweck sei daher nur mit einer maximalen Pönale Genüge getan.

- 26 -

#### **E. 3.4**

Zuzustimmen ist dem Kläger darin, dass ihn die wirtschaftlichen Folgen der Kündigung hart treffen. Nichtsdestotrotz rechtfertigt sich eine Entschädigung nahe des Maximalbetrags aus anderen Gründen nicht. Im Gegensatz zum Kläger erscheint dem Verwaltungsgericht das Verhalten der Beklagten nicht ausgeprägt strafwürdig. Dementsprechend kann auch nicht von einem schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeit des Klägers ausgegangen werden. Schon gar nicht kann der Argumentation des Klägers gefolgt werden, die Beklagte habe aus "nichtigem Grund" elementare Ansprüche des Klägers verletzt. Die von der Beklagten im Vorfeld der Kündigung begangene Gehörsverletzung wiegt zwar nicht leicht. In der Sache erfolgte die Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers aber aus grundsätzlich achtenswerten Gründen, wengleich dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu wenig Rechnung getragen wurde. Den Kläger seinerseits trifft ein nicht unerhebliches Mitverschulden an der Kündigung. Er nahm die Weisung seiner Vorgesetzten, sich privaten Verrichtungen während der Arbeitszeit zu enthalten, trotz zwei schriftlicher "Verwarnungen" (Mahnungen) lange Zeit zu wenig ernst und befolgte diese nicht hinreichend konsequent. Von einem krassen Missverhältnis der Interessen kann vor diesem Hintergrund auch nicht gesprochen werden. Ansätze für eine mangelhafte Einsicht in sein fehlbares Verhalten waren beim Kläger durchaus spürbar, indem er sich wiederholt während der Arbeitszeit Privatangelegenheiten widmete und – so der berechtigt erscheinende Vorwurf der Beklagten – nicht sauber zwischen Beruflichem und Privaten zu trennen vermochte. Auch wenn es in der gegebenen Situation mildere Massnahmen als die ausgesprochene Kündigung gegeben hätte, wäre es auf jeden Fall herausfordernd gewesen, die weitere Zusammenarbeit auf beidseits befriedigende Weise auszugestalten, zumal das Vertrauen der Vertreter der Beklagten in den Kläger zu Recht angeschlagen war und der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit von seinen Vorgesetzten auch nicht permanent überwacht werden konnte. Unter Berücksichtigung aller Faktoren rechtfertigt sich eine Entschädigung in Höhe von knapp über zwei Bruttomonatslöhnen im Betrag von Fr. 15'000.00 (ein Bruttomonatslohn inkl. Anteil 13. Monatslohn belief sich zuletzt auf Fr. 7'010.25 [Fr. 6'741.00 x 13 / 12]). 4. Zusammenfassend schuldet die Beklagte dem Kläger wegen widerrechtlicher Kündigung seines Anstellungsverhältnisses eine Entschädigung in Höhe von Fr. 15'000.00. Auf diesem Betrag schuldet die Beklagte dem Kläger Verzugszins von 5 % p.a. (vgl. § 6 Abs. 1 VRPG). Wie im Privatrecht setzt die Verzugszinspflicht die Fälligkeit der Forderung und entweder eine Mahnung des Gläubigers (Art. 102 Abs. 1 OR) oder einen für die Erfüllung bestimmten Verfalltag

- 27 - (Art. 102 Abs. 2 OR) voraus (Entscheid des Verwaltungsgerichts WKL.2015.3 vom 10. November 2015, Erw. II/5.1). Nach Art. 339 Abs. 1 OR werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis mit dessen Beendigung fällig. Darunter fällt auch die Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 339 N 4). Per Analogieschluss wird Art. 339 Abs. 1 OR auch im öffentlichen Personalrecht angewendet (Entscheid des Personalrekursgerichts 2-KL.2009.4 vom 31.

August 2010, Erw. II/7.3.4), womit Ansprüche des Arbeitnehmers wegen widerrechtlicher Kündigung mit der Beendigung des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses per Kündigungstermin fällig werden. Wird das Anstellungsverhältnis durch Kündigung beendet, ist eine Mahnung entbehrlich. Der Kündigungstermin stellt einen Verfalltag dar, mit dessen Ablauf der säumige Arbeitgeber ohne weiteres in Verzug gerät (Entscheidung des Verwaltungsgerichts WKL.2016.17 vom 18. Oktober 2017, Erw. II/5; Entscheidung des Personalrekursgerichts 2-KL.2008.8 vom 2. Juli 2009, Erw. II/13.4; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336a N 2). Soweit die Fälligkeit einer Forderung aus Arbeitsvertrag schon früher eintrat, bleibt es aber bei dieser früheren Fälligkeit, die durch Art. 339 OR nicht modifiziert wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 339 N 2). Bei Strafzahlungen wegen missbräuchlicher Kündigung tritt die Fälligkeit schon mit dem Zugang der Kündigung ein (Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 19 136 vom 4. März 2020, Erw. 5.10; ROLAND MÜLLER, Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung, in: ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI/ ISABELLE WILDHABER [Hrsg.], Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 282; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. Art. 336a N 2). Mit einer darauf folgenden Mahnung wird sodann der Schuldnerverzug ausgelöst, allenfalls auch schon vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Indem der Kläger der Beklagten mit der vorliegenden Klage vom 20. Oktober 2020, S. 23, eine Zahlungsfrist bis Ende November 2020 ansetzte, geriet die Beklagte mit der Bezahlung der Entschädigung wegen widerrechtlicher Kündigung schon per 1. Dezember 2020 in Verzug, obwohl das Anstellungsverhältnis zufolge Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 12. Mai bis 2. November 2020 (vgl. Klagebeilage 27 und Protokoll, S. 21) und der dadurch bedingten Unterbrechung und Verlängerung der Kündigungsfrist (§ 2 Abs. 2 Personalreglement i.V.m. § 7 PersG i.V.m. Art. 336c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 OR) damals noch andauerte. Seit diesem Datum (1. Dezember 2020) hat der Kläger Anspruch auf 5 % Verzugszins. Somit ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger als Entschädigung wegen widerrechtlicher Kündigung seines Anstellungsverhältnisses Fr. 15'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2020 zu bezahlen.

- 28 - III. 1. Die Streitwertgrenze in § 41a Abs. 1 PersG von Fr. 30'000.00 ist mit dem eingeklagten Betrag von Fr. 38'826.00 überschritten, so dass für das verwaltungsgerichtliche Verfahren Kosten erhoben werden. Nach § 63 VRPG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) werden die Verfahrenskosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens verlegt, wenn – wie im vorliegenden Fall – keine Partei vollständig obsiegt. Vom Unterliegerprinzip kann abgewichen werden, wenn die Klage zwar grundsätzlich, aber nicht in der Höhe der Forderung gutgeheissen wurde und diese Höhe vom gerichtlichen Ermessen abhängig ist (§ 63 VRPG i.V.m. Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Kläger dringt mit seiner Forderung zu knapp 40% durch. Weil jedoch die Höhe der Entschädigung für die widerrechtliche Kündigung in starkem Masse auch vom Ermessen des Gerichts abhängt, sind die Verfahrenskosten in leichter Abweichung vom Unterliegerprinzip aus Billigkeitsgründen je zur Hälfte von beiden Parteien zu tragen. Parteikosten sind bei diesem Kostenverteilungsschlüssel aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Verrechnungspraxis (vgl. AGVE 2012, S. 223 ff.; 2011, S. 249 f.; 2009, S. 279 f.) keine zu ersetzen. Das Verwaltungsgericht erkennt: 1.

#### **E. 4**

Mit Verfügung des instruierenden Verwaltungsrichters vom 1. November 2021 wurden die Parteien auf den 20. Januar 2022 zu einer mündlichen Verhandlung mit Partei- und Zeugenbefragung vorgeladen. Zusätzlich wurden die Parteien über das Beweisthema der Befragungen und die Beweislastverteilung aufgeklärt. Die Beklagte wurde ausserdem aufgefordert, die Stundenrapporte des Klägers für den 8. und 10. April 2020 einzureichen, welcher Aufforderung die Beklagte mit Eingabe vom 12. November 2021 nachkam. C. Ander auf den 5. April 2022 verschobenen Verhandlung befragte das Verwaltungsgericht den Kläger und seitens der Beklagten B. (Gemeindeammann), C. (Gemeindeschreiber) und D. (Leiter Werkdienst) als Partei bzw. Parteivertreter. E. (Teamleiter Bauamt und direkter Vorgesetzter des Klägers) wurde als Zeuge angehört. Alsdann erhielten die Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis. Im Anschluss an die Verhandlung hat das Verwaltungsgericht den Fall beraten und entschieden. Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung: I. 1. Gemäss § 48 Abs. 1 des Gesetzes über die Grundzüge des Personalrechts vom 16. Mai 2000 (Personalgesetz, PersG; SAR 165.100) 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

- 4 - vor, dass das Verwaltungsgericht vertragliche Streitigkeiten aus dem Anstellungsverhältnis im Klageverfahren beurteilt. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des Personalreglements per 1. Januar 2002 hat die Beklagte mit dem Kläger betreffend sein Vollzeitpensum als Bauamtsmitarbeiter in Nachachtung von § 2 Abs. 1 Personalreglement im Dezember 2001 einen öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrag (Klagebeilage 2) abgeschlossen. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass auch die Kündigung dieses Anstellungsverhältnisses mangels anderweitiger expliziter Regelung im Personalreglement (oder in der gemäss § 2 Abs. 2 Personalreglement subsidiär anwendbaren kantonalen Personalgesetzgebung; vgl. dazu § 48 der Personal- und Lohnverordnung vom 25. September 2000 [PLV; SAR 165.111]) eine vertragliche Erklärung darstellt (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2008, S. 450, 2006, S. 429). Streitigkeiten betreffend die Rechtmässigkeit der Kündigung einschliesslich der daraus abgeleiteten vermögensrechtlichen Folgen (Entschädigung wegen widerrechtlicher bzw. missbräuchlicher Kündigung) sind insofern vertraglicher Natur. Das Verwaltungsgericht ist demnach zuständig, die vorliegende, aus der unrechtmässigen Kündigung des Anstellungsvertrags als Bauamtsmitarbeiter abgeleitete Entschädigungsforderung im Klageverfahren zu beurteilen. 2. Das in § 61 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 4. Dezember 2007 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.200) vorgeschriebene Vorverfahren wurde durchgeführt (vgl. dazu die Schreiben des Rechtsvertreters des Klägers vom 2. Juni 2020 [Klagebeilage 5] und

#### **E. 5**

Juni 2020 [Klagebeilage 6], wobei relativierend festzuhalten ist, dass die für den Fall der Nichtweiterbeschäftigung angekündigte Entschädigungsforderung des Klägers in den betreffenden Schreiben noch nicht beziffert wurde). Allerdings bildet das Vorverfahren nicht Sachurteilsvoraussetzung. Eine unterbliebene Mitteilung der klagenden Partei, mit

welcher die beklagte Partei um Stellungnahme zum Begehren innert angemessener Frist ersucht wird, darf lediglich bei der Kostenaufgabe berücksichtigt werden (§ 61 Abs. 2 VRPG). 3. Klagen betreffend Vertragsauflösungen sind gemäss § 48 Abs. 4 PersG innert sechs Monaten ab der Zustellung des Kündigungsschreibens einzureichen. Diese Klagefrist ist vorliegend auch ohne Berücksichtigung des Fristenstillstandes während der Sommergerichtsferien vom 15. Juli bis 15. August 2020 gewahrt (§§ 28 Abs. 1 und 63 VRPG i.V.m. Art. 142 Abs. 1 und 2, Art. 143 Abs. 1 und Art. 145 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272]). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Klage ist einzutreten.

- 5 - II. 1.

## **E. 8**

Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1001). Dieser Gehörsanspruch ist nicht nur bei den Kündigungen mittels Verfügung, sondern auch bei denjenigen mittels vertraglicher Erklärung gewährleistet (statt vieler: Entscheide des Verwaltungsgerichts WKL.2016.7 vom 19. Oktober 2016, Erw. II/1.2.1, und WKL.2015.3 vom 10. November 2015, Erw. II/2.2; Entscheide des Personalrekursgerichts 2-KL.2012.1 vom 23. November 2012, Erw. II/2.2, und 2-KL.2007.3 vom 30. Mai 2008, Erw. II/7.2). Wesentlicher Teilgehalt des Gehörsanspruchs ist das Recht auf vorgängige Anhörung (vgl. § 21 Abs. 1 VRPG). Dem Personalreglement der Beklagten ist denn auch explizit zu

- 6 - entnehmen, dass das betroffene Personal vor Erlass jeder Kündigung anzuhören ist (§ 6 Abs. 3 Personalreglement). Die Behörden müssen die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinandersetzen (BGE 136 I 184, Erw. 2.2.1; 123 I 31, Erw. 2c; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1010). Die Anhörung kann nur ausnahmsweise unterbleiben, wenn Gefahr in Verzug ist oder eine vorgängige Anhörung den Zweck der behördlichen Anordnung vereiteln würde (§ 21 Abs. 2 VRPG; vgl. auch BGE 140 I 99, Erw. 3.4). Im öffentlichen Dienstrecht kann auch eine relativ informelle Äusserungsmöglichkeit vor der Kündigung dem Gehörsanspruch genügen, sofern für den Betroffenen klar war, dass er mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatte (BGE 144 I 11, Erw. 5.3; Urteile des Bundesgerichts 8C\_176/2015 vom 9. Februar 2016, Erw. 2.2, 8C\_258/2014 vom 15. Dezember 2014, Erw. 7.2.4, und 2P.233/2000 vom 22. März 2001, Erw. 2c/bb; AGVE 2011, S. 395; 2003, S. 436 ff. mit Hinweis). Eine Anhörung darf nicht nur pro forma erfolgen. Damit ein faires Verfahren gewährleistet bleibt, muss die betroffene Person in der Lage sein, sich zu den vorgesehenen Massnahmen fundiert und wirksam äussern zu können. Dies bedingt, dass ihr ein gewisses Mass an Bedenk- und Vorbereitungszeit eingeräumt wird. Insbesondere darf dabei auch die Möglichkeit, sich beraten zu lassen, nicht unterlaufen werden. Diesen Erfordernissen kann mit der Einräumung der Gelegenheit zur schriftlichen Äusserung in aller Regel problemlos Genüge getan werden, dies selbst bei Ansetzung einer vergleichsweise kurzen Frist. Wo die Anhörung indes – in gesetzlich zulässiger Weise – mündlich erfolgt, bedarf es besonderer Rücksichtnahme, indem die betroffene Person frühzeitig über den Gegenstand des Gesprächs ins Bild gesetzt wird. Denn dort, wo sie sich völlig unvermittelt mit bestimmten Vorhaltungen oder Rechtsfolgen konfrontiert sieht, besteht für eine wirksame Mitwirkung keine Gewähr (AGVE 2011, S. 395; vgl. zur einer Anhörung lediglich pro forma auch die Urteile des Bundesgerichts 8C\_158/2009 vom 2. September 2009, in BGE 136 I 39 nicht publizierte Erw. 6.5).

### **E. 13**

Mai 2019 offenbar kein nächster Gesprächstermin mehr genannt wurde (vgl. Protokoll, S. 25), an welchem die Einhaltung der Zielvorgaben kontrolliert und mit ihm besprochen würde, was ebenfalls gegen eine Verlängerung der Bewährungszeit spricht. Ferner ist nicht aktenkundig, dass die Vorgesetzten des Klägers angehalten worden wären, die weitere Entwicklung an den Gemeinderat zu rapportieren. Damit erweist sich der Hinweis der Beklagten im Protokollauszug vom 27. April 2020, dem Kläger sei beim Bewertungs- und Fördergespräch vom 7. November 2019 mitgeteilt worden, er stehe bis zur nächsten Mitarbeiterbeurteilung im November 2020 unter Beobachtung, als reichlich unbestimmt und inhaltsleer. Eine derartige "Beobachtung" ist auch ohne Bewährungszeit respektive Verlängerung

- 17 - derselben denkbar. Mit anderen Worten gibt es keine genügenden Beweise dafür, dass die Wirkungen der Mahnung vom 13. Mai 2019 bis im März/April 2020 anhielten und der Kläger das ihm gemäss Kündigung vorgeworfene, allenfalls vertragswidrige Verhalten während laufender Bewährungszeit beging. Die im vorliegenden Prozess als Kündigungsgrund nachgeschobenen Altmetallverkäufe an die G. AG (Klageantwortbeilagen 4–6), zumindest derjenige vom 13. September 2019 erfolgte zwar während einer laufenden Bewährungszeit (ausgelöst durch die Mahnung vom 13. Mai 2019). Doch widerspricht die Beklagte mit der Behauptung, sie hätte das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger unverzüglich aufgelöst, wenn ihr diese Vorfälle schon vor der Kündigung im April 2020 bekannt gewesen wären (Klageantwort, S. 31), ihrer eigenen Darstellung an anderer Stelle, wonach die Bewährungszeit am 21. Oktober 2019 unter anderem wegen des privaten Recyclinghandels des Klägers verlängert worden sei. Das heisst, dass die Beklagte zu jenem Zeitpunkt dem Kläger trotz seines privaten Recyclinghandels noch einmal eine Chance geben und nicht direkt zur Kündigung schreiten wollte. Es ist insofern wenig überzeugend, dass gerade die allenfalls erst nach der Kündigung entdeckten Metallverkäufe an die G. AG im März, April und September 2019 an dieser Haltung etwas geändert hätten. Wären der Beklagten diese Verkäufe im Kündigungszeitpunkt schon bekannt gewesen oder hätten sie es sein müssen (vgl. dazu schon die Ausführungen in Erw. 2.3.2.2 vorne samt den dort zitierten Partei- und Zeugnisaussagen), dürften sie ohnehin nicht als Kündigungsgrund nachgeschoben werden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_109/2016 vom 11. August 2016, [in BGE 142 III 579 nicht publizierte" Erw. 5.1).

### **E. 17**

April 2020 wurde der Wortlaut von Art. 10c Covid-19-Verordnung 2 noch einmal angepasst und verdeutlicht. Seither hielt Abs. 3 lit. a fest, dass besonders gefährdete Arbeitnehmer in ihrer angestammten Tätigkeit vor Ort beschäftigt werden durften, wenn ihre Präsenz aus betrieblichen Gründen ganz oder teilweise unabdingbar war und der Arbeitsplatz so ausgestaltet werden konnte, dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen war, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von zwei Metern zur Verfügung gestellt wurde. Diese Voraussetzungen scheinen am Arbeitsplatz des Klägers unstreitig erfüllt gewesen zu sein. Mit Blick auf die dargestellte Entwicklung und Präzisierung der Rechtslage sowie darauf, dass der Kläger von seinem Hausarzt als Person mit erhöhtem Risiko eingeschätzt wurde (vgl. Klagebeilage 28), konnte es dem Kläger nicht grundsätzlich verübelt oder zumindest nicht als flagranter Verstoß gegen seine

arbeitsvertraglichen Pflichten ausgelegt werden, dass er sich am 23. März 2020 dazu entschloss, der Arbeit bis auf weiteres fernzubleiben. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, der Kläger sei von seinen Vorgesetzten schon vor dem 31. März 2020 aufgefordert worden, seine Arbeit wiederaufzunehmen, und er habe sich dieser Aufforderung widersetzt (vgl. auch Protokoll, S. 8 f. und 25). Die Beweggründe des Klägers für den Einsatz auf der Abfallsammelstelle Werkhof am Samstag, den 28. März 2020, mögen zwar diffus anmuten. Der Kläger behauptet, er habe dem Pensionär F., selbst Risikopatient, der seine Stellvertretung gehabt hätte, den Einsatz ersparen wollen, was die Beklagte unter Hinweis darauf bestreitet, dass E. oder D. den Einsatz anstelle des Klägers übernommen hätten, was sich allerdings an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht nicht bestätigte (Protokoll, S. 19 und 25). Auch isolierte und schützte sich der Kläger möglicherweise nicht konsequent vor einer Infektion mit dem Coronavirus, indem er weiterhin im Supermarkt einkaufen ging, was wohl auch andere Familienangehörige oder Bekannte hätten für ihn erledigen können. Nichtsdestotrotz rechtfertigte die Selbstisolation, die sich – wie erwähnt – von ihrem Charakter und Ausprägung her deutlich von früher gemahnten Verhaltensmängeln unterschied und aufgrund der gesamten Umstände höchstens als leichte Vertragsverletzung einzustufen ist, keine unmittelbare Kündigung ohne vorgängige Mahnung. Das würde selbst dann gelten, wenn der Kläger den nebenamtlichen Einsatz vom 28. März 2020 – wie ihm von der Beklagten unterstellt, aber kaum nachzuweisen – aus rein opportunistischen Gründen geleistet hätte, in der Annahme, die separate Entlohnung sei von seinem Erscheinen abhängig und es bestehe

- 20 - im Anwendungsbereich des Arbeitsvertrags als Betreuer der Abfallsammelstelle Werkhof (Klagebeilage 11) kein Lohnfortzahlungsanspruch für eine isolationsbedingte Absenz. Nicht nachweisen lässt sich dem Kläger auch die von E. an der Verhandlung vor Verwaltungsgericht erstmals geäußerte Vermutung, der Kläger habe während der Isolation bezahlte Arbeit für Dritte verrichtet, zumal er auch nicht näher ausführte, wer den Kläger dabei beobachtet haben will (vgl. dazu Protokoll, S. 8)

## **E. 18**

Dezember bis und mit 2. Januar. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie ein Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Verfassungsrecht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Aarau, 5. April 2022 Verwaltungsgericht des Kantons Aargau 1. Kammer  
Vorsitz: Gerichtsschreiberin: Cotti Ruchti

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.