

# **SO\_GERICHTE VWKLA.2002.15 vom 26. Mai 2003**

SO Obergericht, 2003-05-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VWKLA.2002.15](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWKLA.2002.15)

FR: SO\_GERICHTE VWKLA.2002.15 du 26 mai 2003

IT: SO\_GERICHTE VWKLA.2002.15 del 26 maggio 2003

## **Regeste**

Personalrecht. Forderung wegen missbräuchlicher Kündigung. Abgrenzung des Klageverfahrens vom Beschwerdeweg. Keine analoge Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen. Rückzahlungspflicht für Ausbildungskosten.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Kläger macht geltend, die Arbeitgeberin habe das Dienstverhältnis missbräuchlich gekündigt. In analoger Anwendung von Art. 336 a OR habe er daher Anspruch auf eine Entschädigung von 3 Monatslöhnen.

a) Eine Kündigung ist als rechtswidrig zu qualifizieren, wenn sie materielle oder formelle Bestimmungen des Kündigungsschutzes verletzt. Eingeschlossen sind dabei sämtliche Vorschriften des zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutzes sowie die Verfahrensgarantien (Michel, a.a.O., S. 310). Abgesehen vom Fall der Kündigung zur Unzeit sind fehlerhafte Kündigungen gültig, aber anfechtbar (Michel, a.a.O., S. 311). Diese Anfechtbarkeit ist die normale Rechtsfolge fehlerhafter Verwaltungsakte (Imboden/Rhinow: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, S. 239 ff.; Rhinow/Krähenmann: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 264 f., 294 f.). Das bedeutet, dass eine rechtswidrige Kündigung gültig bleibt, wenn sie nicht angefochten wird. Nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts sind rechtswidrige Verfügungen auf Anfechtung hin aufzuheben (Michel, a.a.O., S. 311; BGE 111 Ib 77). Wird demnach eine rechtswidrige Kündigungsverfügung aufgehoben, so hat dies den Fortbestand des Dienstverhältnisses zur Folge. Einige neuere Personalgesetze haben indes die obligationenrechtliche Lösung übernommen: Das Dienstverhältnis wird trotz rechtswidriger Kündigung aufgelöst, wobei ein Anspruch auf eine finanzielle Abgeltung besteht. Prozessual stellt die Rechtsmittelinstanz die Rechtswidrigkeit der Kündigung fest und bestimmt die dem Betroffenen zukommende Entschädigung, was entweder sofort geschieht, oder erst, nachdem der Behörde die Möglichkeit eingeräumt wurde, den Betroffenen wieder einzustellen (Michel, a.a.O., S. 314). So sieht auch das Staatspersonalgesetz (BGS 126.1) vor, dass der Arbeitgeber - sofern der gekündigte Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung überhaupt wünscht - primär alle Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung zu prüfen hat. Erst wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft sind, dem betroffenen Arbeitnehmer eine zumutbare andere Arbeit anzubieten, stellt sich subsidiär die Frage der Entschädigung (§ 33 StPG; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates vom 4.7.2000, RRB Nr. 1435, S. 35, 37). Dem Gemeinwesen wird dadurch verunmöglicht, eine Kündigung durch Leistung einer Entschädigung einfach zu erkaufen. Vielmehr kommt auf diese Weise eine finanzielle

Abgeltung nur als ultima ratio in Frage. Ist demnach ein Konsens mit dem Arbeitnehmer über die Weiterbeschäftigung bzw. über die finanzielle Abgeltung nicht möglich, entscheidet schliesslich das Gericht über den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses oder die Abgeltung (Michel, a.a.O., S. 321).

b) Die Übernahme des obligationenrechtlichen Modells, wonach das Dienstverhältnis trotz rechtswidriger Kündigung aufgelöst wird und ein Anspruch auf eine finanzielle Abgeltung besteht, widerspricht der an sich systemgerechten Rechtsfolge im öffentlichen Recht, wonach rechtswidrige Kündigungen aufgehoben werden (Michel, a.a.O., S. 311 u. 314). Wegen dieser einschneidenden Wirkung, die vom generellen verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Aufhebung rechtswidriger Kündigungen abweicht, muss diese Rechtsfolge ausdrücklich gesetzlich verankert sein, zumindest durch eine ausdrückliche Verweisung auf das Obligationenrecht. Es würde somit nicht genügen, über den Weg der Lückenfüllung die Lösungen des Obligationenrechts analog zu übernehmen und bei rechtsmissbräuchlicher Kündigung bloss eine Entschädigung zuzusprechen (Michel, a.a.O., S. 314; BGE 111 Ib 78). Art. 336 a OR wurde mit der Gesetzesnovelle vom 18.3.1988 (Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht) neu eingefügt. Die nach dieser Bestimmung zugesprochene Entschädigung ist weder Schadenersatz noch Genugtuung, sondern eine Rechtsverletzungsbusse eigener Art, die der Gesetzgeber als Sanktion für missbräuchliche Kündigungen im Sinn von Art. 336 OR eingeführt hat; sie setzt demnach weder den Nachweis eines Schadens noch eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung voraus; es geht vielmehr um eine Strafe für die rechtswidrige Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die abschreckend wirken soll (Manfred Rehbindler, in: Berner Kommentar, 1992, N1 zu Art. 336 OR). Angesichts dieser Entstehungsgeschichte der Bestimmung und ihrer Rechtsnatur kann nicht angenommen werden, ihr Fehlen im öffentlichen Personalrecht bedeute eine echte Lücke, die vom Richter auszufüllen sei (Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 594, in: ZBl 1995, S. 382). Für eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung muss eine Rechtsgrundlage bestehen. Fehlt im öffentlichen Dienstrecht eine dem privaten Arbeitsrecht entsprechende Regelung, so darf nicht leichthin auf eine Lücke geschlossen werden (Hänni, a.a.O., S. 596). Die Praxis neigt dazu, bei gut ausgebauten, eingehenden öffentlich-rechtlichen Personalerlassen das Vorliegen einer Lücke zu verneinen und von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen (Thomas Poledna in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Hrsg. Peter Helbling, Bern 1999, S. 234; BGE 124 II 53 E. 2).

c) Die Personalordnung (PO) der Stadt regelt im Abschnitt VIII. die Beendigung des Dienstverhältnisses. § 69 PO regelt die Auflösung des Dienstverhältnisses und die Pensionierung, § 70 die Demission, § 71 die freiwillige vorzeitige Pensionierung, § 72 die vorläufige Amtseinstellung, § 73 die Kündigung durch die Stadt, § 73bis die Aufhebung der Stelle und § 74 die unverschuldete Nichtwiederwahl. Ein genereller Verweis auf das Obligationenrecht zur allfälligen Lückenfüllung fehlt in der Personalordnung. § 73bis PO enthält einen speziellen Verweis auf Art. 336 c OR bezüglich der Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber. Entgegen der Auffassung des Klägers kann angesichts dieser Situation keine Lücke im Gesetz angenommen werden. Die Personalordnung wurde am 26.6.1990 in einem Zeitpunkt erlassen, als im Privatrecht der Kündigungsschutz und insbesondere die Strafzahlung bei missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336 a OR längst bestand. Damit ist auszuschliessen, dass beim Erlass der Personalordnung diese Problematik übersehen wurde, zumal sich inhaltlich keine Regelungslücke erkennen lässt.

Das Dienstverhältnis kann - anders als ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis - während einer Amtsperiode nur aus disziplinarischen Gründen oder aus wichtigen Gründen beendet werden, bei deren Vorhandensein in der Person des Arbeitnehmers der Wahlbehörde die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (§ 73 Abs. 1 und 2 PO). Die Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen kann zudem nur nach vorausgegangener Untersuchung und Anhörung des Arbeitnehmers auf 3 Monate hin erfolgen (§ 73 Abs. 3 PO). Der öffentlich-rechtliche Angestellte ist insofern deutlich besser gegen Kündigung geschützt als der privatrechtliche, dessen Arbeitsverhältnis ohne Weiteres aufgelöst werden kann. Demnach erscheint eine analoge Anwendung der privatrechtlichen Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung, insbesondere über die Strafzahlung durch den Arbeitgeber, nicht angezeigt.

d) Zusammenfassend ist die Klage in diesem Punkt mangels gesetzlicher Grundlage abzuweisen.

### **E. 3**

Der Kläger verlangt, dass die Rückzahlungspflicht für Ausbildungskosten aufzuheben sei und ihm die Stadt - in Aufhebung der Verrechnung - noch Lohn in der Höhe von Fr. 4'489.65 ausbezahlen habe.

a) Gemäss Wahlmitteilung und Anstellungsbedingungen waren die von der Stadt übernommenen Ausbildungskosten bei einem allfälligen Austritt innert 3 Jahren von M. zurückzuerstatten, wobei für jedes geleistete Dienstjahr 1/3 dieser Kosten verfallen sollten. Die von der Stadt in Form der Rückzahlung an die vormalige Arbeitgeberin von M. übernommenen Ausbildungskosten beliefen sich auf Fr. 6'734.50. Die von der Stadt als Rückzahlung geltend gemachte Summe betrug Fr. 4'489.65 und wurde je zur Hälfte mit dem Juni- bzw. Julilohn verrechnet. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, dass ihm aus vorgeschobenen und unzulässigen Gründen gekündigt worden sei, die ihm nicht anzulasten seien. Er habe davon ausgehen dürfen, dass die Übernahme der Ausbildungskosten durch die Stadt bei einer Kündigung durch das Gemeinwesen nicht hinfällig würde. Andernfalls hätte er sich das Risiko zwei Mal überlegt, seine vormalige Arbeitgeberin - die Einwohnergemeinde X. - zu verlassen und ihr Ausbildungskosten rückerstatten zu müssen. Gestützt auf den Vertrauensschutz habe er davon ausgehen können, dass bei einer Kündigung durch die Stadt keine Ausbildungskosten zurückzuerstatten seien.

b) Aus dem Vertrauensgrundsatz kann der Kläger entgegen seinen Ausführungen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass der Bürger Anspruch darauf hat, in seinem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Häfelin/Müller: Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, Rz 627).

Der Vertrauensschutz setzt ein Verhalten oder eine Äusserung der Behörde voraus, die gegenüber einer bestimmten Person eine Vertrauensgrundlage schafft. Im Vertrauen auf das behördliche Verhalten handelt der Private in einer Art und Weise, die sich für ihn schädigend oder nachteilig auswirkt, weil er z.B. ein Rechtsmittel zu spät einreicht und dadurch eine Frist verpasst (Jörg Paul Müller: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 489). Nach der Praxis (BGE 121 II 479 E. 2c; 121 V 66 f.), der die Lehre im Wesentlichen folgt, können unrichtige individuelle Zusicherungen oder Auskünfte Rechtswirkungen entfalten, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen handelte, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft bzw. Zusicherung

zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, er im Vertrauen auf die Zusicherung bzw. Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Ausserdem braucht es einen Kausalzusammenhang zwischen dem behördlichen Verhalten und den Dispositionen (Christoph Rohner in: Ehrenzeller, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 2002, N 52 zu Art. 9 BV; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, Basel und Stuttgart 1976, S. 462 ff.). Während Auskünfte Seinsaussagen enthalten, beinhalten Zusicherungen Sollensaussagen: Eine Auskunft enthält Informationen über Tatsachen oder Meinungen, mit einer Zusicherung erhält dagegen der Empfänger ein Versprechen (Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli / Regina Kiener: Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 116).

c) Bevor M. die Stelle bei der Stadt antrat, war er für die Einwohnergemeinde X. tätig. Diese hatte für ihn die Kosten der Ausbildung an der Polizeiaspirantenschule Neuenburg übernommen, welche von Jan. bis Mai 2000 dauerte, und ihm für die Ausbildung Arbeitszeit zur Verfügung gestellt. Über die Rückerstattung dieser Leistungen bestand offenbar eine Weisung, gestützt auf welche die Einwohnergemeinde X. M. 17.5/36 der effektiven Auslagen (Fr. 10'101.70) als zurückzuerstattenden Betrag in Rechnung stellte, weil dieser das Arbeitsverhältnis per 30.9.2001 gekündigt hatte.

M. hatte sich am 12.4.2001 um die Stelle bei der Stadt beworben und nach erfolgreicher Wahl als Rettungssanitäter und Stadtpolizist in das Arbeitsverhältnis bei der Einwohnergemeinde X. im Hinblick auf die Stelle bei der Stadt gekündigt. Gemäss Ziff. 6 der Anstellungsverfügung vom 28.6.2001 erklärte sich die Stadt als neue Arbeitgeberin bereit, 2/3 der zur Rückzahlung anfallenden Kosten (Fr. 6'734.50) zu übernehmen. Ziff. 6 Abs. 2 der Anstellungsverfügung enthielt für diese Auslagen ebenfalls eine Rückzahlungsklausel: bei einem Austritt innert 3 Jahren sollte eine Rückzahlungspflicht entstehen, wobei für jedes geleistete Dienstjahr 1/3 der Kosten verfallen sollten. Obwohl M. bei Beendigung des Dienstverhältnisses noch kein volles Dienstjahr absolviert hatte, betrachtete die Stadt 1/3 der Kosten als verfallen und stellte ihm noch 2/3 (Fr. 4'489.65) in Rechnung.

d) Die Rückzahlungsbestimmung bezüglich der übernommenen Kosten enthält keinerlei Zusicherung an M.. Die Stelle bei der Einwohnergemeinde X. hatte er aus eigenem Antrieb und auf eigenes Risiko im Bewusstsein der dadurch ausgelösten Rückzahlungspflicht gekündigt. Dass sich die von der Stadt getroffene Rückzahlungsregelung nur realisieren sollte, wenn er als Arbeitnehmer kündigen sollte, durfte M. nicht annehmen. Es musste ihm bewusst sein, dass die betreffende Regelung auch zum Tragen käme, wenn er der Arbeitgeberin einen Grund gäbe, das Dienstverhältnis mit ihm aufzulösen, zumal die Stadt als neue Arbeitgeberin nicht verpflichtet war, einen Teil der Rückzahlung an die Einwohnergemeinde X. zu übernehmen, sondern ihm damit entgegen kommen wollte. Dass die Anstellungsverfügung diesbezüglich unklar gewesen sei, kann in guten Treuen nicht gesagt werden, und es wäre eine verfehlte Auslegung des Rückzahlungspassus, dass dieser nur zum Tragen käme, wenn der Arbeitnehmer auf eigenes Begehren aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden sollte. Im Extremfall hätte M. vorsätzlich durch mangelnde Leistung oder mangelhaftes Verhalten eine Kündigung provozieren können, um so der Rückzahlungspflicht zu entgehen.

4.a) Die Personalordnung der Stadt äussert sich nicht zur Rückerstattung vom Arbeitgeber übernommener Ausbildungskosten. Im vorliegenden Fall wurde eine entsprechende Verpflichtung individuell in der Anstellungsverfügung geregelt, wobei zu bemerken ist, dass es sich nicht typischerweise um vom Arbeitgeber bewilligte und übernommene Ausbildungskosten handelte, sondern um bei einer vormaligen Arbeitgeberin zurückzuerstattende Kosten.

b) Die Anstellungsverfügung enthält eine Resolutivbedingung. Die Rechtswirksamkeit der Übernahme der zurückzuzahlenden Kosten sollte mit dem Eintritt der Bedingung enden (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 907; Hans Merz, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, die Obligationen, Basel 1984, S. 162 f.). Die Bedingung sollte erfüllt sein beim ■Austritt innert 3 Jahren■, also vor Ablauf von 3 Jahren seit Stellenantritt. Als Austritt in diesem Sinne hat sowohl die Demission bzw. Kündigung durch den Arbeitnehmer im Sinn von § 70 Abs. 1 bzw. 2 PO als auch die Kündigung durch die Stadt im Sinne von § 73 bzw. 70 Abs. 2 PO zu gelten. In beiden Fällen liegt die Ursache für die Beendigung des Dienstverhältnisses beim Arbeitnehmer: wenn er kündigt bzw. demissioniert in seinem freien Willen, wenn ihm seitens der Arbeitgeberin gekündigt wird darin, dass er durch seine Eignung, seine Leistung oder sein Verhalten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Frage gestellt hat, weil die Arbeitgeberin definitiv gewählte Arbeitnehmer nur disziplinarisch oder aus wichtigem Grund entlassen (§ 73 Abs. 1 PO) und auch die Kündigung in der Probezeit nur aus einem triftigen Grund vornehmen kann (Peter Hänni: Das öffentliche Dienstrecht in der Schweiz, Zürich 2002, S. 570 ff.). Hätte die Stadt als Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Schori ohne wichtigen bzw. triftigen Grund gekündigt, so hätte sie gegen Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung herbeigeführt, dass nämlich innerhalb von 3 Jahren ab Stellenantritt M. von sich aus kündigt oder der Arbeitgeberin Grund gibt, ihm zu kündigen. Art. 156 OR sieht für diesen Fall vor, dass dann die Bedingung als nicht eingetreten gelten soll. Damit handelt es sich um den Anwendungsfall einer Regel von allgemeiner Bedeutung: wo unredliches Verhalten einem behaupteten Rechtserwerb zugrunde liegt, wird die Rechtsausübung unzulässig (Hans Merz, a.a.O., S. 164/165; Guhl/Merz/Koller, a.a.O., S. 56). Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob die Stadt M. aus triftigem Grund gekündigt hat oder nicht.

c) M. trat seine Stelle bei der Stadt am 1.10.2001 an, so dass er sich bei Beendigung des Dienstverhältnisses per 31.7.2002 noch in der gemäss § 9 PO 1 Jahr dauernden Probezeit befand.

(...)

f) Das Ergebnis der Befragungen und die in den Akten befindlichen Unterlagen zeigen auf, dass die Vertrauensbasis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestört war. M. übte bereits nach kurzer Anstellungszeit Kritik an den bestehenden Strukturen und den Kompetenzzuteilungen, was insbesondere bei seinem Vorgesetzten Schättin auf wenig Verständnis stiess. Aus der Befragung und den Akten geht hervor, dass zu Beginn des Jahres 2002 im Team ein personeller Engpass entstand, weil der Rettungsdienstleiter ausfiel und gleichzeitig überdurchschnittlich viele Einsätze anfielen. Dass M. in dieser Phase nur beschränkt mit anpackte und die Anzahl seiner Pikettdienste deutlich unter dem Durchschnitt lag, trug nicht dazu bei, das Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber zu verstärken. Zu einer Verunsicherung des Arbeitgebers führte sicher auch das relativ bald von M. geäusserte Interesse an einem länger dauernden Einsatz im Ausland. In diesem Zusammenhang nicht ganz bedeutungslos ist der Umstand, dass sich der Kläger bei der Stadt für eine Stelle mit 80 % Polizeiarbeit und 20 % Rettungssanitäter bewarb, wogegen

die Arbeitgeberin eine Stelle mit 80 % Rettungssanität und 20 % Polizeiarbeit anzubieten hatte, was M. anlässlich der offiziellen Bewerbungsgespräche am 21. und 28.6.2001 auch mitgeteilt wurde. Trotz dieser unterschiedlichen Vorstellungen wählte die Stadt M., welcher die Wahl und damit die Gewichtung der Arbeitsschwerpunkte annahm, sich aber relativ rasch danach erkundigte, wann mit einem Ausbau seiner polizeilichen Tätigkeit zu rechnen sei. Die unterschiedlichen Vorstellungen über die Arbeitsschwerpunkte erklären wohl auch, weshalb es dem Kläger am nötigen Willen zur Einordnung in den Rettungssanitätärdienst fehlte.

(...)

g) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass hinreichende sachliche Gründe vorlagen, M. in der Probezeit zu kündigen. Unter den gegebenen Umständen konnte nicht damit gerechnet werden, dass sich das für ein Dienstverhältnis unabdingbare Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer noch einstellen werde. M. setzte triftige Gründe für eine Kündigung durch die Arbeitgeberin. Damit verwirklichte sich durch den kündigungsbedingten Austritt aus dem Dienstverhältnis die Resolutivbedingung und die in Ziff. 6 der Anstellungsverfügung vom 28.6.2001 festgehaltene Rückzahlungsverpflichtung von M. kam zum Tragen. Dies führt dazu, dass die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

Verwaltungsgericht; Urteil vom 26. Mai 2003 (VWKLA.2002.15)

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