

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00557 vom 6. Februar 2019**

ZH Verwaltungsgericht, 2019-02-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00557](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00557)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00557 du 6 février 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00557 del 6 febbraio 2019

## **Regeste**

Kündigung (während der Probezeit) | [Die Beschwerdeführerin war bei der Beschwerdegegnerin als Sportlehrerin angestellt. Aufgrund ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit wurde die Probezeit um zwölf Wochen verlängert. Während dieser Verlängerung kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis.] Die Verlängerung der Probezeit ergibt sich bei den personalgesetzlich vorgesehenen Gründen auch für lehrpersonalgesetzlich Angestellte aufgrund des allgemeinen Verweises auf das Personalgesetz. Es liegt im Lehrpersonalgesetz diesbezüglich kein qualifiziertes Schweigen vor (E. 4.1). Die Verlängerung der Probezeit ergibt sich von Gesetzes wegen automatisch bei Vorliegen der aufgezählten Gründe, und es bedarf dazu keiner Anordnung. Dies legt auch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nahe (E. 4.2.1). Die Rügen betreffend Zuständigkeit für eine Probezeitverlängerung und für die Auflösung des Anstellungsverhältnisses sind unbegründet (E. 4.2.2 und E. 4.3.1). Die gesundheitlichen und pädagogischen Schwierigkeiten der Beschwerdeführerin liessen ihre Eignung als Sportlehrerin zweifelhaft erscheinen. Angesichts dessen konnte sie von der Beschwerdegegnerin nicht verlangen, dass diese das Dienstverhältnis über die Probezeit hinaus fortsetzte und sich langfristig binde (E. 4.3.2). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Gemäss § 1 Abs. 1 LPG unterstehen diesem Gesetz die an der Volksschule tätigen Lehrpersonen, die im Lehrplan vorgesehene Fächer unterrichten; sie werden von den Gemeinden gemäss kantonalem Recht beschäftigt. Weiter gelten nach § 7a Abs. 1 LPG die ersten fünf Monate des Arbeitsverhältnisses der Lehrperson als Probezeit (Satz 1); während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis beidseitig unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sieben Tagen auf den letzten Schultag vor den Schulferien aufgelöst werden (Satz 2).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin moniert, dass die Verlängerung ihrer Probezeit widerrechtlich und deshalb ungültig sei. Die Vorinstanz stelle sich zu Unrecht auf den Standpunkt, für dem Lehrpersonalgesetz Unterstellte sei – aufgrund der Verweisung in § 2 LPG auf das für das übrige Staatspersonal anwendbare Recht – eine Verlängerung der Probezeit nach den Bestimmungen des Personalgesetzes möglich. Weil im Lehrpersonalgesetz eben gerade nur die Probezeit selbst und die Kündigung geregelt seien, es jedoch keine Bestimmung zur Frage der Probezeitverlängerung enthalte, handle es sich diesbezüglich um ein qualifiziertes Schweigen. Eine Lücke des Gesetzes liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als

unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, das heisst ein sogenannt qualifiziertes Schweigen darstellt (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 202). Ein qualifiziertes Schweigen liegt vor, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden hat. Alsdann bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 134 V 15 E. 2.3.1). Tatsächlich enthält das Lehrpersonalgesetz keine eigenständige Regelung zur Frage der Probezeitverlängerung, allerdings den generellen Verweis in § 2 LPG, wonach sich das Arbeitsverhältnis der Lehrpersonen nach den auf das übrige Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen richtet, soweit das Lehrpersonalgesetz selbst für eine Frage keine ausdrückliche Regelung vorsieht. Gemäss § 14 Abs. 3 PG wird bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht die Probezeit entsprechend verlängert. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich gewollt, dass für dem Lehrpersonalgesetz unterstellte Bedienstete keine Verlängerung der Probezeit nach den Bestimmungen des Personalgesetzes möglich sei, hätte er diese Frage von der allgemeinen Verweisung in § 2 LPG ausdrücklich ausnehmen müssen bzw. im Lehrpersonalgesetz selbst eine Regelung treffen müssen. Ein qualifiziertes Schweigen könnte überdies auch nur dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber eine Frage im Gesetz bewusst nicht geregelt hätte und sich dafür entweder in den Materialien, den Kommissionsdokumenten oder Ratsprotokollen Anhaltspunkte finden liessen. Keiner dieser Fälle liegt hier vor (vgl. ABI 2011, 665; ABI 2011, 2925; Prot. KR 2011–15, S. 2645). An diesem Befund ändert auch nichts, dass für Lehrpersonen eben eine fünfmonatige statt wie für dem Personalgesetz unterstellte Staatsangestellte eine (in der Regel) dreimonatige Probezeit gilt: Die gegenüber dem Personalgesetz längere Probezeit liegt in der Strukturierung des Schuljahrs begründet (vgl. ABI 2011, 671). Die Probezeit würde ihren Zweck nicht mehr erfüllen, könnte sie bei den gesetzlich vorgesehenen Gründen nicht verlängert werden, insbesondere wenn – wie hier – eine länger dauernde Arbeitsabsenz vorliegt. Im Übrigen bringt die Probezeit für beide Parteien gleiche Vor- und Nachteile. Während dieser können sich nämlich auch Arbeitnehmende auf die verkürzte Kündigungsfrist berufen und das Arbeitsverhältnis kündigen, sollte die Dienststelle nicht ihren Erwartungen entsprechen. § 14 Abs. 3 PG ist somit auch auf die dem Lehrpersonalgesetz unterstellten Arbeitsverhältnisse anwendbar.

## **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass die Verlängerung der Probezeit einerseits vom Schulleiter und nicht von der Schulpflege angeordnet worden sei und dass dies andererseits in einer formellen Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung hätte geschehen müssen.

### **E. 4.2.1**

Der Schulleiter der Beschwerdeführerin zeigte ihr mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 an, dass er die Probezeit aufgrund krankheitsbedingter Abwesenheit um zwölf Schulwochen verlängere. Damit erfolgte der Form nach eine schriftliche Anordnung mit Begründung im Sinn von § 10 VRG. Dass diese keine Rechtsmittelbelehrung enthielt, wie die Beschwerdeführerin beanstandet, ist gemäss dem nachfolgend Ausgeführten nicht von Relevanz. Nachdem das Lehrpersonalgesetz die Anordnung der Probezeit selbst regelt und

– im Gegensatz zum übrigen Personalrecht des Kantons – ihre Dauer fest bestimmt ist, kommt eine Verlängerung nur bei Vorliegen der gesetzlichen Gründe (Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht) und dadurch erfolgter effektiver Verkürzung der Probezeit in Frage. Der Gesetzeswortlaut von § 14 Abs. 3 PG ("Bei einer effektiven Verkürzung [...] wird die Probezeit entsprechend verlängert ") deutet auf eine automatische Verlängerung der Probezeit hin. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Probezeit gegenseitig gilt: Sowohl die öffentlichrechtlichen Arbeitgebenden als auch die im öffentlichen Dienst befindlichen Arbeitnehmenden können sich gleichermaßen darauf berufen. Würde keine automatische Verlängerung der Probezeit von Gesetzes wegen erfolgen, könnte im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis einzig die vorgesetzte Stelle bzw. die Anstellungsbehörde eine solche verfügen und stände den Angestellten keine Verlängerungsmöglichkeit offen, da im öffentlichen Personalrecht gerade keine (Arbeits-)Vertragsfreiheit existiert. Daher muss sich die im Personalgesetz vorgesehene Probezeitverlängerung automatisch als Rechtsfolge im Fall der Krankheit (oder der weiteren in § 14 Abs. 3 PG vorgesehen Gründe) ergeben und bedarf es dazu keiner Anordnung. Es handelt sich dabei um abschliessend aufgezählte Gründe, die eine Verlängerung der Probezeit – um die Dauer der eingetretenen Verkürzung – von Gesetzes wegen bewirken (vgl. auch PA-Info 51/577, Oktober 1999). Für diesen Schluss spricht auch, dass sich die Probezeit – zumindest was ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis anbelangt und sofern für ein solches keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde – bei Vorliegen der gesetzlichen Verlängerungsgründe automatisch verlängert und eine Verlängerung bereits ab einem einzigen Tag veränderter Arbeitsleistung eintritt (vgl. BGE 144 III 152 E. 4.4.3).

#### **E. 4.2.2**

Damit ist auch die Rüge der Beschwerdeführerin unbegründet, wonach die Zuständigkeit des Schulleiters für eine Probezeitverlängerung nicht gegeben und deswegen von der Ungültigkeit der Verlängerung auszugehen sei. Tritt die Verlängerung bei den gesetzlich vorgesehenen Gründen von selbst ein, ist eine Anordnung – wohl aber nicht eine entsprechende Information der Arbeitgebenden zu Händen der Arbeitnehmenden – überflüssig. Im Übrigen – sollte eine Probezeitverlängerung nicht von Gesetzes wegen eintreten und eine entsprechende Anordnung vonnöten sein – könnte die Verlängerung der Probezeit nicht als anfechtbare Verfügung aufgefasst werden. Ansonsten wäre sie als Zwischenverfügung nicht selbständig weiterziehbar (vgl. VGr, 6. Juli 2010, PB.2010.00019, E. 4 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

§ 8 LPG enthält weitere Bestimmungen zur Zuständigkeit bezüglich Kündigungen sowie zur Kündigungsfrist; jedoch werden – wie auch in der Lehrpersonalverordnung vom 19. Juli 2000 (LS 412.311) – Zulässigkeit und Verfahren der Kündigung nicht weiter geregelt. Damit kommen entsprechend § 2 LPG die auf das übrige Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen zur Anwendung.

#### **E. 4.3.1**

Vorab rügt die Beschwerdeführerin, dass für eine Kündigung nach § 8 LPG die Schulpflege zuständig sei. In ihrem Fall sei der Entscheid jedoch als Präsidialverfügung ergangen, weshalb diese als unzulässig zu qualifizieren und bereits daher ein Missbräuchlichkeitsgrund wegen Formmangels gegeben sei. Die Zuständigkeit der

Schulpflege für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich aus § 8 Abs. 1 LPG. Diese hat als Gemeindebehörde bezüglich ihrer Geschäftsführung die Bestimmungen von §§ 65 ff. des zum Zeitpunkt des Erlasses der streitgegenständlichen Verfügung geltenden Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (aGG, GS I 40 ff.) einzuhalten. Nach § 67 aGG können formelle Verfügungen und Verfügungen, die zwar materieller Natur, aber von geringer Bedeutung oder dringlich sind, in der Zeit zwischen zwei Sitzungen einer Behörde von dessen Präsidenten oder auf dem Zirkularweg getroffen werden. Die Aufhebung eines Anstellungsverhältnisses während der Probezeit darf ohne Weiteres als dringliche Angelegenheit angesehen werden, sofern ein Entscheid zur Fristwahrung in zeitlicher Hinsicht notwendig ist. Dies ergibt sich auch für den vorliegenden Fall, in dem die Kündigung durch den Präsidenten der Schulpflege noch zum Zeitpunkt vor den Frühlingsferien verfügt werden musste, um die (während der Probezeit verkürzte) Kündigungsfrist von sieben Tagen auf den letzten Tag vor den Schulferien einhalten zu können. Diese Lösung sieht auch das Merkblatt des Volksschulamts vom 22. November 2016 über die Probezeit von Lehrpersonen für eine derartige Situation vor: Ist die rechtzeitige Behandlung des Kündigungsantrags (während der Probezeit) durch die Schulpflege nicht möglich, kann die Schulpräsidentin oder der Schulpräsident an deren Stelle entscheiden. Bezüglich weiteren Vorgehens spricht das Merkblatt davon, dass der Kündigungsentscheid der Schulpflege anlässlich deren nächster Sitzung zur Kenntnis gebracht werden soll.

#### **E. 4.3.2**

Vorliegend haftet der Kündigung des Anstellungsverhältnisses die Besonderheit an, dass sie noch innerhalb der Probezeit erfolgte. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss von der betroffenen Person nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass die sich um eine definitive Anstellung bewerbende Person dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus (zum Ganzen auch BGE 120 Ib 134 E. 2a mit Hinweisen). Dies hat seinen Grund darin, dass die Probezeit den Parteien die Möglichkeit bieten soll, einander möglichst zwanglos kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben (VGr, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, E. 2.3 – 9. März 2016, VB.2015.00656, E. 4.3 – 29. März 2016, VB.2015.00697, E. 5.2 Abs. 1 – 29. März 2016, VB.2015.00734, E. 3.3 – 27. April 2016, VB.2015.00373, E. 2.4 – 8. März 2017, VB.2016.00777, E. 4.1.1 Abs. 3; zum Ganzen auch BGr, 16. Mai 2011, 4A\_11/2011, E. 1.3 mit Hinweis). Angesichts der sich bereits während der Probezeit offenbarenden gesundheitlichen Probleme der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem (körperlichen) Einsatz als Sportlehrerin und der damit verbundenen Gefahren konnte die Beschwerdeführerin nicht verlangen, dass die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis über die Probezeit hinaus fortsetze und sich langfristig binde. Die festgehaltenen und anlässlich mehrerer Mitarbeitergespräche besprochenen Schwächen gesundheitlicher und pädagogischer Art liessen die Eignung als Sportlehrperson zweifelhaft

erscheinen. Aus diesem Grund durfte die Beschwerdegegnerin auch von einem vertrauensärztlichen Untersuch absehen, nachdem sie sich überdies noch bereit erklärt hatte, den Sachverhalt mit den beiden Fachärzten der Beschwerdeführerin näher abzuklären, und Letztere offensichtlich die entsprechenden Vorkehrungen (Entbindung von Arztgeheimnis, Angabe der Kontaktdaten des Schulleiters zuhanden der Fachärzte für die Aufnahme eines Gesprächs) versäumt hatte. Der Entschluss der Beschwerdegegnerin, das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin noch in der Probezeit aufzulösen, ist legitim und entspricht gerade dem Zweck der Probezeit. Hier wirkt die Abschlussfreiheit nach, und diese räumt der Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin die Möglichkeit ein, das Dienstverhältnis aufzulösen, um eine Lehrperson zu suchen, welche die an eine Sportlehrperson gestellten Voraussetzungen besser erfüllt und sich für die Stelle eignet (vgl. VGr, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, E. 2.3 – 29. März 2016, VB.2015.00697, E. 5.2 Abs. 2 – 29. März 2016, VB.2015.00734, E. 3.4 – 27. April 2016, VB.2015.00373, E. 2.5 – 8. März 2017, VB.2016.00777, E. 4.1.2 f.).

## **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

## **E. 6.1**

Weil der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt, ist das Verfahren kostenpflichtig (§ 65a Abs. 3 Satz 1 e contrario VRG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und ist dieser keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

## **E. 6.2**

Die Beschwerdegegnerin beantragt ebenfalls eine Parteientschädigung. Eine Parteientschädigung an Gemeinwesen kommt nach gefestigter Praxis jedoch nur unter besonderen Umständen in Frage, namentlich wenn ausserordentliche Bemühungen notwendig waren (Plüss, § 17 N. 50 ff.). Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt hier nicht vor, weshalb auch der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

## **E. 7**

Weil der Streitwert mehr als Fr. 15'000.- beträgt, ist als Rechtsmittel auf die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu verweisen (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

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