

Obergericht des Kantons Zürich

Verwaltungskommission



Geschäfts-Nr. VR180008-O/U

Mitwirkend: Der Obergerichtsvizepräsident lic. iur. M. Langmeier, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden so-
wie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Leu

Beschluss vom 21. Dezember 2018

in Sachen

A._____,
Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Bezirksgericht,
Rekursgegnerin

betreffend **Arbeitszeugnis - Rekurs**

Erwägungen:

I.

1. A._____ (nachfolgend: Rekurrentin) ist seit dem 1. April 2007 als Verwaltungssekretärin des Bezirksgerichts ... angestellt. Auf ihren Wunsch hin stellte ihr das Bezirksgericht ... (nachfolgend: Rekurgegnerin) am 20. August 2018 ein Zwischenzeugnis aus. Dieses enthielt unter anderem den Satz "Aus gesundheitlichen Gründen beträgt ihr Pensum seit 1. November 2014 75%.". Mit Schreiben vom 10. Oktober 2018 beanstandete der von der Rekurrentin mandatierte Rechtsvertreter beim Bezirksgericht diesen Passus und ersuchte um dessen Ersetzung durch den folgenden Wortlaut: "Seit dem 1. November 2014 beträgt ihr Pensum 75%." (act. 3/3). Am 12. Oktober 2018 teilte das Bezirksgericht ... dem Rechtsvertreter mit, dass es die gewünschte Anpassung nach Rücksprache mit dem Personalamt und dem Personaldienst des Obergerichts des Kantons Zürich nicht vornehmen könne und am aktuellen Wortlaut festhalte. Könne sich die Rekurrentin damit weiterhin nicht einverstanden erklären, stehe ihr die Möglichkeit zu, bei der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich eine Abänderung des Zwischenzeugnisses zu beantragen (act. 3/4).
2. Mit Eingabe vom 2. November 2018 gelangte die Rekurrentin daher an die Verwaltungskommission und liess den Antrag auf Abänderung des Zwischenzeugnisses stellen. Eventualiter liess sie darum ersuchen, das Bezirksgericht ... anzuhalten, eine rekursfähige Verfügung zu erlassen (act. 1).
3. In der Folge zog die Verwaltungskommission das massgebliche Personalossier beim Bezirksgericht ... bei (act. 5). Von der Durchführung eines Schriftenwechsels im Sinne von § 26b VRG sah sie ab (VRG Kommentar-Griffel, § 26b N 6).

II.

1. Das Bezirksgericht ... hielt in seinem Schreiben vom 12. Oktober 2018 fest, es stehe der Rekurrentin frei, sich an die Verwaltungskommission zu wenden, falls sie mit dem Bezirksgericht nicht einig gehe (act. 3/4). Es sah indes davon ab, eine rekursfähige formelle Verfügung zu erlassen. Dennoch kann dieses Schreiben als Anordnung bzw. Verfügung im Sinne von § 19 VRG qualifiziert werden. Denn für die Frage, ob eine solche vorliegt, ist nicht die Bezeichnung des Schreibens als Verfügung erforderlich, sondern der tatsächliche rechtliche Gehalt. So kann eine Verfügung zum Beispiel trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung gegeben sein. Auch bejahte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in der Vergangenheit in Bezug auf ein Arbeitszeugnis das Anfechtungsinteresse, wobei es die Weigerung, das Zeugnis auf Antrag der angestellten Person zu ändern, als Anfechtungsobjekt definierte (Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH vom 22. November 2000, Nr. PB.2000.00012, E. 2b; vgl. zum Ganzen auch VRG-Kommentar-Bosshart/Bertschi, § 19 N 13 mit weiterem Verweis; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 871 f.). Indem es das Bezirksgericht ... am 12. Oktober 2018 schriftlich abgelehnt hat, das Zwischenzeugnis den Wünschen der Rekurrentin entsprechend anzupassen, hat es sinngemäss eine negative Anordnung bzw. Verfügung erlassen. Diese ist mittels Rekurs anfechtbar (vgl. dazu auch Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH vom 1. September 2004, Nr. VB.2002.00326, E. 5.3. betr. Qualifikation eines entsprechenden Schreibens als Endentscheid im Sinne von § 19a Abs. 1 VRG). Eine Rückweisung der Angelegenheit ans Bezirksgericht ..., verbunden mit der Anweisung zum Erlass einer rekursfähigen Verfügung, wie dies die Rekurrentin eventualiter beantragt (act. 1), ist damit nicht notwendig.
2. Zuständig für die Ausstellung von Arbeitszeugnissen bzw. Zwischenzeugnissen für kaufmännische Mitarbeitende des Bezirksgerichts ... ist dieses selbst (§ 139 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz [LS 177.111]; Geschäftsordnung des Bezirksgerichts ..., insb. § 45 für Austrittszeugnisse,

abrufbar auf www.gerichte-zh.ch). Als Angelegenheit der Justizverwaltung ist dagegen der Rekurs an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zulässig (§ 18 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Organisation des Obergerichts vom 3. November 2010 [LS 212.51]; § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG, LS 175.2]). Die Verwaltungskommission ist daher zur Behandlung der Eingabe der Rekurrentin vom 2. November 2018 zuständig, welche als Rekurs entgegenzunehmen ist, zumal die Rekurrentin - wie dargelegt - eventualiter ohnehin um Erlass einer rekursfähigen Verfügung ersucht (act. 1).

III.

- 1.1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Inhalt des Zwischenzeugnisses, welches das Bezirksgericht ... am 20. August 2018 über die Rekurrentin ausgestellt hat. Die Rekurrentin beanstandet den Passus: "Aus gesundheitlichen Gründen beträgt ihr Pensum seit 1. November 2014 75%." und ersucht um dessen Abänderung in "Seit dem 1. November 2014 beträgt ihr Pensum 75%." (act. 1).

Zur Begründung ihres Standpunktes lässt die Rekurrentin vorbringen, bei Daten zur Gesundheit und gesundheitlichen Problemen handle es sich um höchst schützenswerte Personendaten. Diese gingen künftige Arbeitgeber nichts an. So bestehe denn im Rahmen von Bewerbungsgesprächen auch das Notwehrrecht der Lüge, wenn unzulässige Fragen zur Gesundheit gestellt würden. Die Rekurrentin werde durch die gewählte Formulierung gezwungen, sich gegenüber jedem Leser zu ihrem Gesundheitszustand zu offenbaren. Dies stelle eine beschlagende Behinderung ihres wirtschaftlichen Fortkommens dar. Dem Interesse der Rekurrentin stünden einzig die Interessen potentieller Arbeitgeber gegenüber. Jeder Arbeitgeber trage jedoch das Risiko, dass ein Arbeitnehmer irgendwann einmal die vereinbarte Arbeitstätigkeit nicht mehr ausführen könne. Vor diesem Risiko könne er sich nicht schützen. Künftige gesundheitliche Beeinträchtigungen stellten damit

das Risiko jedes Arbeitgebers dar. Diesem werde durch die beschränkte Lohnfortzahlungspflicht und die Kündigungsregelung Rechnung getragen. Es gebe keinen Grund, die Rekurrentin gegenüber anderen Bewerbern schlechter zu stellen. Die Erkrankung stelle ihre Aufgabenerfüllung im Rahmen des reduzierten Arbeitspensums von 75 Prozent nicht in Frage.

- 1.2. Das Bezirksgericht ... lehnt die Abänderung des strittigen Satzteils ab. Eine Weglassung des Hinweises auf den Gesundheitszustand der Rekurrentin komme aufgrund der Pflicht zur Einhaltung des Wahrheitsprinzips nicht in Frage (act. 3/4).
- 2.1. Nach § 46 Abs. 2 Personalgesetz (PG, LS 177.10) können die Angestellten jederzeit ein Zeugnis verlangen, das über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie ihre Leistungen und ihr Verhalten Auskunft gibt. Diese Formulierung entspricht derjenigen in Art. 330a OR, weshalb für Näheres auf die herrschende Lehre und Praxis zu Art. 330a OR abgestellt werden kann. Tatsachenangaben sowie Werturteile in Arbeitszeugnissen unterstehen der Wahrheitspflicht. Zeugnisse müssen daher objektiv richtig sein, wobei insbesondere bei Werturteilen für die objektive Richtigkeit ein Ermessensspielraum des Arbeitgebers besteht. Innerhalb des Beurteilungsermessens hat der Arbeitgeber zudem - als Folge der Fürsorgepflicht, die ihn verpflichtet, die Interessen des Arbeitnehmers in guten Treuen bestmöglichst zu wahren - wohlwollend zu entscheiden. Vereinzelt Vorfälle und geringfügige Verfehlungen dürfen daher in die Gesamtwürdigung des Arbeitnehmers keinen Eingang finden. Jedoch hat der Arbeitgeber auch für den Arbeitnehmer Ungünstiges im Zeugnis zu erwähnen. So gebietet es denn das Interesse von künftigen Arbeitgebern an der Zuverlässigkeit von Zeugnissen, dass der Massstab der wohlwollenden Beurteilung an der Wahrheitspflicht seine Grenze findet. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer nicht Anspruch auf ein gutes, sondern auf ein objektiv wahres und schonendes Zeugnis hat. Im Falle der Verletzung der Wahrheitspflicht durch Verschweigen wesentlicher Vorkommnisse kann der Arbeitgeber gegenüber neuen Arbeitgebern scha-

denersatzpflichtig werden (vgl. zum Ganzen BK-OR Rehbinder/Stöckli, Art. 330a N 14 mit weiterem Verweis auf BAG NJW 1970 2291).

- 2.2. Bereits vor längerer Zeit wurde in der kantonalen Rechtsprechung entschieden, dass eine Krankheit, welche die Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers in Frage stelle, im Arbeitszeugnis erwähnt werden dürfe (Arbeitsgericht ZH JAR 2004 598 ff. mit weiterem Verweis). In seiner neusten Rechtsprechung hält das Bundesgericht sodann im Anwendungsbereich des Obligationenrechts zur Frage, ob eine langandauernde Krankheit im Arbeitszeugnis zu erwähnen sei, fest (Entscheid des Bundesgerichts 8C_134/2018 vom 17. September 2018 E. 5.2.1): "Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Ein solches qualifiziertes Zeugnis bzw. Vollzeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat. Ein qualifiziertes Zeugnis darf und muss daher bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind. Dies trifft auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete. Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, darf dagegen nicht erwähnt werden. Längere Arbeitsunterbrüche sind - auch wenn sie krankheitsbedingt waren - in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls (BGE 136 III 510 E. 4.1, S. 511 f. mit Hinweisen; Urteil 4A_574/2017 vom 14. Mai 2018 E. 4)."

Im zitierten Urteil vom 14. Mai 2018 (Nr. 4A_574/2017) erwog das Bundesgericht ebenfalls, dass eine krankheitsbedingte Absenz bei Erheblichkeit im Arbeitszeugnis zu erwähnen sei. Dies sei dann der Fall, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht falle und ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung einen falschen Eindruck erwecken würde, namentlich, wenn die Krankheit sechs Monate und

das Arbeitsverhältnis neun Jahre gedauert habe (E. 4; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts A4_187/2010 vom 6. September 2010 und CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Emmel, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 330a N 2).

3. Zu prüfen ist, ob die Rekursgegnerin im Zwischenzeugnis vom 20. August 2018 zu Recht auf die Arbeitsreduktion aus gesundheitlichen Gründen hinweist oder ob ein solcher Hinweis unzulässig ist.
- 3.1. Der Eingabe der Rekurrentin vom 2. November 2018 (act. 1) sowie den beigezogenen Personalakten (act. 5) kann entnommen werden, dass bei der Rekurrentin im Dezember 2010 die Diagnose Multiple Sklerose festgestellt wurde und sie in der Folge immer wieder krank geschrieben war. Ab dem 1. November 2014 reduzierte sie sodann ihr Arbeitspensum von 100 Prozent auf 75 Prozent. Im Umfang von 25 Prozent wurde das Arbeitsverhältnis invaliditätshalber aufgelöst (act. 1 S. 2, act. 5). Während ihrer elfjährigen Tätigkeit am Bezirksgericht ... musste die Rekurrentin demnach das Pensum ihrer Arbeitstätigkeit aufgrund ihrer Erkrankung an Multipler Sklerose um einen Viertel senken. Die Erkrankung der Rekurrentin hatte damit einen massgeblichen Einfluss auf ihre Leistungsfähigkeit, da sie invaliditätshalber nicht mehr in der Lage war, die ihr zugeteilten Aufgaben - wie in der Vergangenheit - in einem Vollzeitpensum zu erfüllen. Dieser Umstand muss als erheblich im Sinne der obgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifiziert werden, welche auch für eine invaliditätsbedingte Arbeitsreduktion zur Anwendung gelangen muss. Kann der Arbeitnehmende aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls die Arbeit nur noch teilweise ausüben und ist dadurch seine Leistungsfähigkeit in Teilen massgeblich reduziert, ist dies im Arbeitszeugnis zu erwähnen (vgl. auch Vögeli Galli, Arbeitszeugnis Wahrheit geht über Wohlwollen, in personalSCHWEIZ Juli/August 2012, S. 12). Daran vermag auch der Hinweis der Rekurrentin, dass damit eine Behinderung ihres wirtschaftlichen Fortkommens einhergehe (act. 3/3 S. 2), nichts zu ändern, zumal das Bundesgericht mit der wiedergegebenen Praxis eine solche bewusst in Kauf genommen bzw. die Abwägung der Interessen der Arbeit-

nehmenden und Arbeitgebenden diesbezüglich bewusst zu Ungunsten der Arbeitnehmenden vorgenommen hat.

- 3.2. Dass die Rekurrentin weiterhin fähig ist, ihre Aufgaben im neu vereinbarten Pensum von 75 Prozent wahrzunehmen (vgl. act. 3/3 S. 2 unten), wird so dann nicht bestritten. Das Bezirksgericht ... nahm den Hinweis auf die gesundheitliche Beeinträchtigung der Rekurrentin denn auch im Zusammenhang mit seiner Begründung für die Reduktion der Vollzeiterwerbstätigkeit vor und nicht im Zusammenhang mit Ausführungen zur Fähigkeit der Rekurrentin, das neue Arbeitspensum von 75 Prozent zu erfüllen. Aufgrund der immer noch bestehenden Invalidität der Rekurrentin kann ferner auch nicht von einer "geheilten Krankheit" ausgegangen werden, welche einen Vermerk im Arbeitszeugnis nicht zulassen würde.
- 3.3. Im Weiteren ist der Rekurrentin zuzustimmen, dass es das Risiko jedes Arbeitgebers ist, dass Mitarbeitende im Laufe ihres Anstellungsverhältnisses gesundheitliche Beeinträchtigungen erleiden können (act. 3/3 S. 2). Jedoch geht es vorliegend nicht um solche allfälligen künftigen Beschwerden, sondern um eine aktuell bestehende Teilinvalidität, welche vorab zu einem längeren Ausfall (act. 5) und danach zu einer längerfristigen Reduktion der Arbeitstätigkeit der Rekurrentin führte. Die Erkrankung hatte demnach insoweit einen Einfluss auf die Leistungsfähigkeit der Rekurrentin, als sie den Beschäftigungsgrad anpassen musste. Würde man der Ansicht der Rekurrentin folgen, müssten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend zwar längere zeitlich begrenzte Arbeitsausfälle infolge Krankheit Eingang ins Zeugnis finden, jedoch längere, zeitlich nicht absehbare Ausfälle infolge einer Erkrankung, welche schliesslich zu einer Reduktion des Arbeitspensums führten, nicht. Dies erschiene wenig sinnvoll.
- 3.4. Damit ist abschliessend festzuhalten, dass der Satz "Aus gesundheitlichen Gründen beträgt ihr Pensum seit 1. November 2014 75%." dem Wahrheitsprinzip entspricht und die bundesgerichtliche Rechtsprechung befolgt, weshalb er nicht zu beanstanden ist, mit der Folge, dass der Rekurs abzuweisen ist.

IV.

1. Nach § 13 Abs. 3 Satz 1 VRG werden in Verfahren betreffend personalrechtliche Streitigkeiten keine Kosten erhoben.
2. Ausgangsgemäss ist der Rekurrentin keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).
3. Hinzuweisen ist sodann auf das Rechtsmittel der Beschwerde ans Bundesgericht (VRG Kommentar-Kiener, § 42 N 18).

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs (Haupt- und Eventualbegehren) wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen entrichtet.
4. Schriftliche Mitteilung, je gegen Empfangsschein, an:
 - den Rechtsvertreter der Rekurrentin, zweifach, für sich und die Rekurrentin,
 - die Rekursgegnerin, unter Beilage einer Kopie von act. 1 und Rücksendung der beigezogenen Akten (act. 5).
5. Rechtsmittel:

Eine allfällige **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist **innert 30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (ordentliche Beschwerde) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Zürich, 21. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich
Verwaltungskommission

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Leu

versandt am: