

Anfechtung kann aber zu dessen Aufhebung oder Änderung führen. Nur ausnahmsweise ist Nichtigkeit (absolute Unwirksamkeit) gegeben. Sie tritt dann ein, wenn ein schwer wiegender Rechtsfehler vorliegt, der Fehler offenkundig oder zumindest leicht erkennbar ist und die Annahme der Nichtigkeit nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führt (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 956 ff.). Diese Kriterien gelten nicht nur für Verfügungen, sondern auch in Bezug auf vertragliche Erklärungen der Verwaltungsbehörden wie beispielsweise die Kündigung eines öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrages (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1131c). Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (BGE 132 II 342 Erw. 2.1 mit Hinweisen).

2.4.3.

Im vorliegenden Fall wurde der Klägerin am 20. August 2010 die Möglichkeit gewährt, vorgängig zur beabsichtigten Kündigung mündlich Stellung zu nehmen. Zudem hatten vor der Kündigung verschiedene Mitarbeitergespräche stattgefunden, welche die als ungenügend erachteten Arbeitsleistungen der Klägerin sowie deren Arbeitsverhalten zum Gegenstand hatten. Es bestehen daher keine Zweifel, dass der Klägerin vorgängig bekannt war, welche Mängel ihr seitens der Beklagten vorgeworfen wurden. Selbst wenn das von der Beklagten gewählte Vorgehen - insbesondere das Unterlassen, die Klägerin vorgängig ausdrücklich auf die drohende Kündigung hinzuweisen - nicht mit dem Anspruch auf vorgängige Anhörung vereinbar wäre, läge jedenfalls keine derart schwer wiegende Gehörsverletzung vor, welche die Nichtigkeit der Kündigung bewirken würde.

93 Kommunales Dienstverhältnis. Fehlendes Personalreglement. Arztzeugnis.

- **Besitzt eine Gemeinde kein eigenes Personalreglement, so kommt das kantonale Personalrecht sinngemäss zur Anwendung; der in einem Anstellungsvertrag enthaltene Verweis auf die Bestimmungen des Obligationenrechts ist diesfalls unbeachtlich (Erw. I/2).**

- **Die Ausstellung einer rückwirkenden ärztlichen Bestätigung kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, sofern ihr eine eingehende Untersuchung vorausgeht, die Rückwirkung eine Woche nicht überschreitet und keine sonstigen Umstände die Arbeitsunfähigkeit fraglich erscheinen lassen (Erw. II/1.4.1); in casu bestehen keine konkreten Zweifel an der Aussagekraft des vorgelegten Arztzeugnisses und behauptet auch die Arbeitgeberin nicht, dass die ärztliche Diagnose an sich falsch gewesen sei (Erw. II/1.4.2).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 25. Oktober 2011 i.S. P. gegen Einwohnergemeinde B. (2-KL.2010.14).

Aus den Erwägungen

- I.
- 2.
- 2.1.

Die Gemeindeordnung der Beklagten enthält keine Angaben darüber, ob die Anstellung von Mitarbeitenden mittels Verfügung, mittels privatrechtlichen Vertrag oder mittels öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgt. Ein Personalreglement besitzt die Beklagte nicht.

Der Anstellungsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten vom 6. April 2009 enthält unter Ziffer 15 die folgende Vereinbarung:

"Ergänzendes Recht zu diesem Arbeitsvertrag bilden die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) über den Arbeitsvertrag sowie die Bestimmungen der Personalgesetzgebung des Kantons Aargau und das öffentliche Dienstrecht. Wo zulässig, gehen die Bestimmungen des OR allen andern Bestimmungen vor, insbesondere den Bestimmungen des öffentlichen Dienstrechts und der aargauischen Personalgesetzgebung."

- 2.2.

§ 50 GG lautet wie folgt:

"Die Gemeinden können ein Dienst- und Besoldungsreglement erlassen. Fehlt ein solches oder enthält es Lücken, gelten sinngemäss die entsprechenden Bestimmungen des kantonalen Personalrechts."

Verzichtet eine Gemeinde darauf, im Bereich des Personalrechts selber zu legiferieren, so gelangt gemäss der zitierten Bestimmung stets das kantonale Personalrecht sinngemäss zur Anwendung. Wollen Gemeinden eine andere Lösung, so müssen sie entweder ein eigenes Dienst- und Besoldungsreglement erlassen oder auf Erlassstufe das Recht eines anderen Gemeinwesens oder das Obligationenrecht als anwendbar erklären. Ohne entsprechende Rechtsgrundlage besteht keine Möglichkeit, im Rahmen des Anstellungsvertrages oder der Anstellungsverfügung andere Rechtserlasse als diejenigen des kantonalen Personalrechts als massgebend zu erklären (PRGE vom 26. Mai 2010, 2-BE.2009.4, Erw. I/2.3).

§ 49 Abs. 2 GG, wonach den Gemeinden die Anstellung aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages vorbehalten bleibt, ändert an dieser Einschätzung nichts. Die Bestimmung bietet keine genügende gesetzliche Grundlage, um einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag direkt darauf abzustützen. Dies ergibt sich vorab aus dem Verhältnis zwischen § 49 und § 50 GG; da das kantonale Recht immer dann zur Anwendung gelangt, wenn auf kommunaler Ebene kein Dienst- und Besoldungsreglement besteht, muss auch ein allfälliger Verweis auf das Privatrecht auf Erlassstufe geregelt sein.

2.3.

Da die Beklagte - wie gesehen (Erw. I/2.1) - kein kommunales Dienst- und Besoldungsreglement erlassen hat, ergibt sich aus § 50 GG, dass das kantonale Personalrecht sinngemäss zur Anwendung gelangt. Dies gilt unabhängig von der abweichenden vertraglichen Bestimmung, wonach primär das Obligationenrecht anwendbar sein soll; mangels entsprechender Grundlage im kommunalen Recht besteht für eine derartige Vereinbarung kein Raum.

2.4.

§ 3 PersG unterscheidet zwischen Mitarbeitenden, deren Arbeitsverhältnis durch öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrag begründet wird (Regelfall), und Beamtinnen und Beamten, die vom Volk oder vom Grossen Rat auf Amtsdauer gewählt werden (Ausnahme). Das Anstellungsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten wurde mit Anstellungsvertrag vom 6. April 2009 begründet. Nach Massgabe des sinngemäss anwendbaren kantonalen Personal-

rechts (vgl. Erw. I/2.3) handelt es sich dabei um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Demnach ist das Personalrekursgericht für das vorliegende Verfahren zuständig (§ 48 Abs. 1 PersG); es hat die gestellten Begehren im Klageverfahren zu beurteilen (§ 39 lit. a PersG; § 48 Abs. 1 PLV e contrario; AGVE 2001, S. 517 ff., Erw. I/2a/cc/bbb).

II.

1.4.

1.4.1.

Gemäss Arztzeugnis vom 3. November 2010 war der Kläger ab dem 29. Oktober 2010 zu 100% arbeitsunfähig. Die Ausstellung einer solchen rückwirkenden ärztlichen Bestätigung kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, sofern ihr eine eingehende Untersuchung des Patienten vorausgeht, die Rückwirkungsdauer eine Woche nicht überschreitet und keine sonstigen Umstände vorliegen, welche die behauptete Arbeitsunfähigkeit fraglich erscheinen lassen (vgl. Roland Müller, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2/2010, S. 172).

1.4.2.

Der Umstand, dass die ärztliche Untersuchung "erst" am 3. November 2010 stattfand, kann dem Kläger nicht zum Vorwurf gemacht werden. Aufgrund des Wochenendes vom 30./31. Oktober 2010 sowie des anschliessenden Feiertages vom 1. November 2010 (Allerheiligen) erstaunt es nicht, dass der Kläger, der offenbar noch am Abend des 28. Oktober 2010 bei seinem Arzt angerufen hatte, keinen früheren Arzttermin vereinbaren konnte. Beim 3. November 2010 handelte es sich erst um den dritten Arbeitstag, an dem der Kläger gemäss eigenen Angaben bzw. gemäss Arztzeugnis krank war.

[...]

Der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Gespräch vom 28. Oktober 2010 und der anschliessenden Erkrankung des Klägers ist auffallend eng. Dies ist jedoch ebenfalls kein Beleg dafür, dass das vorgelegte Arztzeugnis falsch oder vom Kläger gar in rechtsmissbräuchlicher Absicht erwirkt worden wäre, um die Kündigung abzuwenden bzw. hinauszuzögern. Dies gilt umso mehr, als eine unerwartete Kündigung - wie die allgemeine Lebenserfahrung zeigt -

bei der betroffenen Person durchaus massive psychische Probleme auslösen kann. Der Kläger macht denn auch geltend, dass er nach dem Gespräch vom 28. Oktober 2010 einen "Nervenzusammenbruch" erlitten habe und sein Arzt das Vorliegen einer depressiven Phase diagnostiziert habe.

Bei dieser Sachlage bestehen keine konkreten Zweifel an der Aussagekraft des Arztzeugnisses vom 3. November 2010. Im Folgenden ist daher davon auszugehen, dass der Kläger effektiv ab dem 29. Oktober 2010 krankheitsbedingt an der Arbeitsleistung verhindert war, zumal auch die Beklagte zu keinem Zeitpunkt die Richtigkeit der ärztlichen Diagnose an sich in Zweifel zog und auch keine vertrauensärztliche Untersuchung des Klägers verlangte, sondern im Rahmen der Rechtsschriften lediglich in genereller Weise geltend machte, es liege eine unzulässige Rückdatierung vor.

II. Besoldung

94 Kantonale Anstellung. Inkonvenienzentschädigung für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit.

- Subsidiarität von Feststellungsbegehren (Erw. I/5.1 und 5.2.3).
- Auf ein Leistungsbegehren betreffend künftig fällig werdender periodischer Ansprüche darf nur eingetreten werden, wenn die Fälligkeit der Teilansprüche nur noch vom Zeitablauf abhängt und ein besonderes Rechtsschutzinteresse besteht (Erw. I/5.2.2).
- Es besteht kein kumulativer Anspruch auf Entschädigung von Nachtarbeit und Wochenend- bzw. Feiertagsarbeit (Erw. II/2).
- Die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über die Ausgleichsruhezeit kommen in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen nicht zur Anwendung (Erw. II/4).
- Mitarbeitende, die eigens zum Zweck der Nacht-, Wochenend- oder Feiertagsarbeit angestellt worden sind und bei denen die Kompensation im Lohn abgegolten wird, haben keinen Anspruch auf zusätzliche Entschädigung (Erw. II/5.1).
- Bei pauschaler Abgeltung der Nachtarbeit muss der Gesamtlohn zumindest annähernd die durchschnittliche Summe aus dem ordentlichen Lohn und der Entschädigung gemäss Inkonvenienzverordnung erreichen und muss der Zuschlag ein angemessenes Entgelt für die ausserordentlichen Belastungen darstellen (Erw. II/5.2).
- Eine Abgeltung von Zeitzuschlägen verstösst - anders als im Privatrecht - nicht gegen zwingendes Recht (Erw. II/5.3).
- Konkrete Prüfung, ob im Lohn eine pauschale Abgeltung für die Nachtarbeit enthalten ist (Erw. II/5.4). Die pauschale Abgeltung von Nachtarbeit über die Einreihung von Mitarbeitenden in eine höhere Lohnstufe ist unzulässig (Erw. II/5.4.6).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 16. August 2011 i. S. W.B. und A.B. gegen Kanton Aargau (2-BE.2010.7).