

I. Auflösung Anstellungsverhältnis

55 Kündigung des Anstellungsverhältnisses

- Die Verwirkung einer Forderung ist im Personalrecht von Amtes wegen zu berücksichtigen (Erw. II/1).
- In Bezug auf die Zustellung von Kündigungen bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverträgen nach PersG sowie nach GAL ist auf die Rechtsprechung betreffend behördliche Sendungen bzw. auf die sog. eingeschränkte Empfangstheorie abzustellen (Erw. II/2).
- Konkrete Anwendung der eingeschränkten Empfangstheorie (Erw. II/3-5).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 11. September 2012 i.S. B.S. gegen Kanton Aargau (2-KL.2011.1)

Aus den Erwägungen

II.

1.

1.1.

Vorab ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls wann die Kündigung des Anstellungsverhältnisses mit der Klägerin erfolgt ist. Die Klägerin beantragt die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Kündigung vom 11. Juni 2010 und verlangt gestützt darauf eine Entschädigung; gleichzeitig macht sie in der Klage geltend, das Anstellungsverhältnis sei "bis heute noch nicht beendet worden". Demgegenüber bringt der Beklagte unter anderem vor, das Anstellungsverhältnis sei mit Kündigung vom 20. Dezember 2009 per 31. März 2010 beendet worden.

1.2.

1.2.1.

Der Beklagte kündigte das Anstellungsverhältnis mit der Klägerin ein erstes Mal mit Schreiben vom 20. Dezember 2009 (Versand am 16. Dezember 2009). Die Klägerin nahm die eingeschriebene Sendung nicht in Empfang. Die Kündigung wurde ihr in Kopie am 21. Januar 2010 erneut zugestellt. In der Folge gelangte die Klägerin mit Eingabe vom 30. März 2010 an die Schlichtungskommission.

1.2.2.

Gemäss § 37 Abs. 1 PersG ist die Schlichtungskommission bei Verfügungen und Vertragsauflösungen innert einer Frist von 30 Tagen nach Zustellung anzurufen. Solche gesetzliche Fristen sind in der Regel Verwirkungsfristen. Verwirkung bedeutet, dass ein Recht untergeht, wenn der Berechtigte bzw. Verpflichtete eine Handlung nicht innerhalb der Frist vornimmt (vgl. BGE 125 V 262, Erw. 5/a). Sofern ein Anspruch verwirkt ist, ist das diesbezügliche Rechtsbegehren abzuweisen (Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, Rz. 7.75).

Bei der dreissigtägigen Frist zur Anrufung der Schlichtungskommission handelt es sich klarerweise um eine Verwirkungsfrist. Dafür spricht zum einen der Umstand, dass eine gesetzliche Normierung vorliegt (§ 37 Abs. 1 PersG), und zum anderen, dass sich der Gesetzgeber mit dieser Norm an die Beschwerdefrist des Verwaltungsrechtspflegegesetzes anlehnte, welche eine Verwirkungsfrist darstellt (Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 16. Februar 2000, Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG), Bericht und Entwurf zur zweiten Beratung, S. 20; Protokoll der Sitzung des Grossen Rates vom 16. Mai 2000, S. 3057 f.; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Kommentar zu den §§ 38-72 VRPG, Zürich 1998, § 40 N 6).

1.2.3.

Auf dem Gebiet des Privatrechts führt die Verwirkung zum völligen Untergang des Rechts, ohne dass eine sog. Naturalobligation bestehen bliebe. Die Forderung erlischt, wenn die zu ihrer Erhaltung

nötige Handlung innert der Verwirkungsfrist nicht vorgenommen wird. Die Verwirkung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Diese Prinzipien gelten grundsätzlich auch im öffentlichen Recht (BGE 131 II 65, Erw. 1.3; BGE 116 Ib 386, Erw. 3/c/aa und Erw. 3/c/bb; VPB 60.44, Erw. 4.1).

Dem Grundsatz der Berücksichtigung der Verwirkung von Amtes wegen wird allerdings in der Rechtsprechung des öffentlichen Rechts keine absolute Bedeutung zugemessen. Dies wird damit begründet, dass nebst den allgemeinen Grundsätzen stets berücksichtigt werden müsse, welchen Zweck der Gesetzgeber im fraglichen Rechtsgebiet mit der Verwirkungsfolge anstrebte. Zudem müsse den im konkreten Fall gegebenen Umständen Rechnung getragen werden; die Einrede der Verwirkung dürfe dann nicht von Amtes wegen beachtet werden, wenn sie als rechtsmissbräuchlich bzw. unvereinbar mit dem Gebot von Treu und Glauben erscheine (BGE 131 II 65 ff., Erw. 1.3; BGE 116 Ib 386, Erw. 3/c). So hat das Bundesgericht bei Verantwortlichkeitsprozessen davon abgesehen, die Verwirkung von Amtes wegen zu berücksichtigen, sofern sich der Staat als Beklagter bzw. als potenzieller Schuldner ohne irgendwelchen Vorbehalt auf die Sache eingelassen hatte (BGE 131 II 65, Erw. 1.3; BGE 116 Ib 386, Erw. 3/c/bb; BGE 106 Ib 364, Erw. 3/a; VPB 66.52, Erw. 4/b; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 795 ff.). Diese Auffassung lässt sich damit begründen, dass der Staat durch sein eigenes Handeln darauf verzichten kann, sich auf die Verwirkung zu berufen (BGE 131 II 65, Regeste und Erw. 1.3; VPB 66.52, Erw. 4/b).

1.2.4.

1.2.4.1.

Der Beklagte machte vorliegend die Verwirkung nicht geltend. Es stellt sich somit die Frage, ob das Personalrekursgericht eine all-fällige Verwirkung der Ansprüche der Klägerin von Amtes wegen zu berücksichtigen hat.

1.2.4.2.

Vorab ist wesentlich, dass in concreto eine prozessuale (und keine materielle) Verwirkungsfrist verpasst wurde. Eine derartige

Verwirkung ist stets von Amtes wegen zu beachten. Selbst nach der dargestellten Praxis (Erw. II/1.2.2) besteht keine Grundlage, um je nach Verfahren von unterschiedlichen Verwirkungsfolgen auszugehen.

1.2.4.3.

Im Weiteren gilt es zu beachten, dass die Rechtsprechung, wonach eine Verwirkung mangels Einrede unberücksichtigt bleibt, zu einem gutheissenden Urteil führen kann, obwohl die Forderung - im Gegensatz zur Verjährung - vollständig untergegangen ist. Sie steht somit im Widerspruch zum allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach bei einem Leistungsurteil eine entsprechende Anspruchsgrundlage vorliegen muss. Bereits gestützt darauf drängt es sich auf, die in Bezug auf Staatshaftungsprozessen entwickelte Rechtsprechung bloss restriktiv anzuwenden bzw. nur zurückhaltend auf weitere Rechtsgebiete auszudehnen. Zudem ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber in Bezug auf personalrechtliche Streitigkeiten von den grundsätzlichen Verwirkungsfolgen hätte abweichen wollen. Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen den Parteien ein vertragliches Verhältnis vorliegt. Der verwaltungsrechtliche Vertrag unterscheidet sich von der Verfügung insbesondere durch seine Zweiseitigkeit (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1053) und die Gleichberechtigung der Parteien (Bernhard Waldmann in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Isabelle Häner, Bernhard Waldmann (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2007, S. 4). Dies führt dazu, dass dem Arbeitgeber - neben der Einhaltung der gesetzlichen sowie der vertraglichen Regelungen - keine zusätzlichen Pflichten oder Obliegenheiten aufgrund seiner (gleichzeitigen) Funktion als Hoheitsträger zukommen. Vielmehr ist er grundsätzlich dem Arbeitnehmer gleichgestellt. Gestützt darauf ergibt sich, dass sich der Arbeitgeber gleich wie der Private nicht auf die Verwirkung einer Forderung berufen muss, sondern das Gericht den Untergang der Ansprüche von Amtes wegen zu beachten hat. Dies gilt jedenfalls dort, wo - wie im vorliegenden Fall - die Berücksichtigung der Verwirkung keinen Rechtsmissbrauch bzw. keinen Verstoß gegen das Verbot von Treu und Glauben darstellt (vgl. dazu auch Erw. II/4 und (...)).

1.2.5.

Sofern die Kündigung vom 20. Dezember 2009 - wie vom Beklagten geltend gemacht (vgl. Erw. II/1.1) - gültig erfolgt ist, wäre somit die Eingabe an die Schlichtungskommission verspätet gewesen (§ 37 Abs. 1 PersG). Als Folge daraus wären die Ansprüche der Klägerin betreffend Vertragsauflösung bzw. Kündigung (Feststellung / Entschädigung) verwirkt und es müsste eine Abweisung dieses Rechtsbegehrens erfolgen. Aufgrund dessen ist somit zu prüfen, ob die Kündigung vom 20. Dezember 2009 gültig erfolgt ist.

2.

2.1.

Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unter anderem nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen (§ 7 PersG in Verbindung mit Art. 336c OR). Bei diesen Sperrfristen handelt es sich um Kalender- und nicht um Arbeitstage (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336c N 8). Sofern die Kündigung während der Sperrfrist erfolgt, ist sie nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR).

Die Sperrfrist für die Klägerin betrug ab Mitte September 2009 90 Tage. Da die Klägerin vom 22. September 2009 an arbeitsunfähig war, dauerte die Sperrfrist bis zum 20. Dezember 2009. Zu prüfen ist daher, ob die auf den 20. Dezember 2009 datierte, jedoch bereits am 16. Dezember 2009 versandte Kündigung innerhalb der Sperrfrist erfolgte oder nicht; je nachdem ist sie als nichtig oder als rechtsgültig zu qualifizieren.

2.2.

2.2.1.

Ob die Kündigung in eine Sperrfrist fällt und damit nichtig ist, bestimmt sich nach dem Zugang der Kündigung (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336c N 10; Wolfgang Portmann in:

Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), 4. Auflage, Basel 2007, Art. 336c N 10). Vorliegend ist insbesondere umstritten, in welchem Zeitpunkt die Kündigung der Klägerin zugegangen ist. Die Klägerin bringt vor, es gelte hinsichtlich einer eingeschriebenen versandten Kündigung, bei welcher der Empfänger nicht angetroffen wurde, die allgemeine Empfangstheorie bezüglich privatrechtlicher Willenserklärungen.

2.2.2.

Das Personalrekursgericht hat sich zur Frage, in welchem Zeitpunkt eine Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes als zugestellt gilt, wenn der Empfänger nicht angetroffen und eine Abholeinladung in den Briefkasten gelegt wird, noch nie in einem Urteil geäußert.

2.2.3.

2.2.3.1.

Gemäss dem für privatrechtliche Willenserklärungen grundsätzlich geltenden Zugangsprinzip (Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Heinz Rey, OR Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 196; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, Rz. 27.22 f.) wird vorausgesetzt, dass die Erklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt und nach der Verkehrssitte die begründete Erwartung besteht, er werde von ihr tatsächlich Kenntnis nehmen. Erfolgt die Erklärung mittels eingeschriebener Sendung und wird der Adressat nicht angetroffen, so ist grundsätzlich der Zeitpunkt entscheidend, in welchem die Sendung bei der Post abgeholt wird. In Bezug auf den Sachverhalt, bei welchem die Kündigung nicht innert der von der Post angegebenen Abholfrist entgegengenommen wird, gehen die Meinungen in der Lehre auseinander. Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass (im Falle einer eingeschriebenen Sendung mit Abholungseinladung) die Erklärung dann als zugegangen gilt, wenn der Brief auf dem Postamt zur Abholung bereitliegt und die Abholung zumutbar ist, also in der Regel an dem auf den erfolglosen Zustellversuch folgenden Tag ("klassische" Empfangstheorie: Wolfgang Portmann in: Basler Kommentar, a.a.O., Art., 335 N 19; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O.,

Art. 335 N 5; Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2002, S. 235 ff.). Zum anderen wird die Meinung vertreten, die Sendung gelte als empfangen, wenn der Empfänger den Brief bei der Post tatsächlich abholt, spätestens am letzten Tag der sieben-tägigen Abholungsfrist ("eingeschränkte" Empfangstheorie: Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Basel 2005, Art. 335 N 9; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319-343 OR; 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1996, Art. 335 N 3).

2.2.3.2.

Zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestand ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis. Dieses richtet sich grundsätzlich nicht nach den Bestimmungen des Obligationenrechts, sondern nach dem kantonalen Personalrecht. Im Gegensatz zum Bundespersonalrecht (Art. 6 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1); AJP 2004, S. 248) enthält das Personalgesetz des Kantons Aargau keinen generellen Verweis auf das Obligationenrecht. Zwar trifft es zu, dass § 7 PersG in Bezug auf den Abschluss eines Anstellungsverhältnisses, die Probezeit, die ordentliche Auflösung, die fristlose Auflösung, den Kündigungsschutz und das Verfahren bei Entlassung ganzer Gruppen subsidiär auf die entsprechenden Bestimmungen des Obligationenrechts verweist bzw. der Gesetzgeber insofern eine Anlehnung an das Obligationenrecht wollte. Daraus lässt sich jedoch nicht schliessen, dass eine der Empfangstheorien (klassische oder eingeschränkte; vgl. Erw. II/2.2.3.1) direkt anwendbar wären. Die klassische Empfangstheorie wird zwar grundsätzlich von der privatrechtlichen Rechtsprechung anerkannt, jedoch weder in den vom Verweis in § 7 PersG erfassten Artikeln noch vom Obligationenrecht selber explizit erwähnt. Der Schluss, dass der kantonale Gesetzgeber durch den Verweis von § 7 PersG eine bestimmte Empfangstheorie für anwendbar erklärt hätte, kann somit nicht gezogen werden. Entsprechend lässt sich festgehalten, dass die klassische Empfangstheorie im Anwendungsbereich des kantonalen Personalrechts - anders als von der Klägerin vorgebracht wird - nicht die allgemeine Regel darstellt bzw. direkt zur Anwendung gelangt. Es

trifft somit auch nicht zu, dass in concreto unter Berufung auf Treu und Glauben "eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel" angewandt werden soll.

2.2.4.

2.2.4.1.

Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau lehnt sich bezüglich der Zustellung von behördlichen Sendungen (Entscheide) an die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts an (vgl. VGE vom 20. November 2006, WBE.2006.219, Erw. I/3.2; BGE 130 III 396, Erw. 1.2.3). Entsprechend gilt eine behördliche, eingeschriebene Sendung - sofern sie trotz Abholschein nicht bei der Post abgeholt wird - als am letzten Tag der Abholfrist von sieben Tagen zugestellt.

2.2.4.2.

Bei der Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages handelt es sich nicht um eine Verfügung, sondern um die Ausübung eines (rechtsaufhebenden) Gestaltungsrechts und damit um eine Willenserklärung des Vertragspartners (ZBl 2001, S. 566 f.). Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stellt somit nach dem kantonalen Personalrecht keine behördliche Sendung dar. Die erwähnte Rechtsprechung lässt sich somit nicht direkt auf Kündigungen öffentlich-rechtlicher Verträge übertragen.

2.2.5.

Das einschlägige kantonale Verwaltungsrecht (Personalrecht / Verwaltungsrechtspflegegesetz) beantwortet die Frage nicht, in welchem Zeitpunkt die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages mittels eingeschriebenen Briefes zugegangen ist, wenn der Empfänger nicht angetroffen und eine Abholeinladung in den Briefkasten gelegt wird (vgl. Erw. II/2.2.3 und Erw. II/2.2.4). Entsprechend liegt eine Lücke vor. Eine Lücke im öffentlichen Recht ist primär durch analoge Anwendung von öffentlich-rechtlichen Normen zu füllen, d.h. es ist auf Normen abzustellen, die das öffentliche Recht für verwandte Fälle bereithält. Erst wenn sich im öffentlichen Recht keine analog anwendbare Bestimmung findet bzw. sich keine Möglichkeit zur Schliessung der Lücke bietet, ist - sekundär - auf ähnliche Regelungen im Privatrecht zurückzugreifen (BGE 105 Ia

207, Erw. 2/c; BGE 122 I 328, Erw. 7/b; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 233 und Rz. 305; Thomas Müller-Tschumi in: Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, a.a.O., S. 58 f.).

2.2.6.

2.2.6.1.

Vorliegend geht es um den Zugang einer eingeschriebenen nicht-behördlichen Sendung, falls der Adressat sie nicht innert der siebentägigen Abholfrist bei der Post abholt. Die diesbezüglich vorhandene Lücke (vgl. Erw. II/2.2.4.2 und Erw. II/2.2.5) lässt sich mit Hilfe der analogen Anwendung der Rechtsprechung betreffend behördliche Sendungen schliessen. Diese Lösung erscheint sachgerecht. Damit wird dem Grundsatz Rechnung getragen, wonach eine Lücke im öffentlichen Recht in der Regel durch das Verwaltungsrecht - wozu grundsätzlich auch die einschlägige Rechtsprechung zählt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 212) - zu schliessen ist (vgl. Erw. II/2.2.5). Es mag zwar zutreffen, dass das System der absoluten Empfangstheorie den unterschiedlichen vertragsrechtlichen Interessen des Absenders und des Empfängers bzw. dem Prinzip des Risikoausgleichs im Vertragsrecht eher entspricht. Dies kann vorliegend jedoch nicht ausschlaggebend sein.

Mit dem Abstellen auf die eingeschränkte Empfangstheorie wird eine einheitliche Praxis des Personalrekursgerichts erreicht, indem sowohl für die mit verwaltungsrechtlichem Vertrag als auch für die mit Verfügung angestellten Mitarbeitenden jeweils dieselbe Zustellfiktion zur Anwendung gelangt. Damit trägt die Anwendung der eingeschränkten Empfangstheorie der Klarheit und Einheitlichkeit des Rechts und damit der Rechtssicherheit angemessen Rechnung (vgl. auch Erw. II/2.2.3.1). Hinzu kommt, dass auch der Schutz der als schwächer empfundenen Partei des Arbeitnehmers in der Regel besser gewährleistet wird (Tobias Bartels, Die Fristwahrung im Mietrecht - insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, in: Mietrecht aktuell (MRA) 2002, S. 134). Demgegenüber ist objektiv betrachtet kein ernsthafter Grund ersichtlich, die Rechtsprechung betreffend privatrechtliche Willensäußerungen zu bevorzugen bzw. die Normen des Verwaltungsrechts bzw. die entsprechende Praxis nicht anzuwenden (Erw. II/2.2.5). Im Übrigen kann festge-

halten werden, dass sich sowohl die privatrechtliche als auch die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung betreffend Zugang einer eingeschriebenen Sendung zur Hauptsache auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützt.

2.2.6.2.

Insgesamt ergibt sich, dass in Bezug auf die Zustellung von Kündigungen bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverträgen auf die Rechtsprechung betreffend behördliche Sendungen bzw. auf die eingeschränkte Empfangstheorie (vgl. Erw. II/2.2.3.1 und Erw. II/2.2.4.1) abzustellen ist.

3.

3.1.

Die Klägerin bringt vor, sie sei aufgrund der Dauer der Sperrfrist bis zum 20. Dezember 2009 davon ausgegangen, dass der früheste Termin für eine Kündigung der 21. Dezember 2009 sei. Mit dem Zugang der Kündigung vor dem 22. Dezember 2009 habe sie somit nicht rechnen müssen. Sinngemäss macht die Klägerin damit geltend, sie habe aufgrund der laufenden Sperrfrist nach Treu und Glauben nicht mit der Zustellung einer Kündigung vor dem 22. Dezember 2009 rechnen müssen.

3.2.

Die Rechtsprechung betreffend behördliche Sendungen beruht auf der Überlegung, dass die Beteiligten aufgrund der konkreten Situation nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dafür zu sorgen haben, dass behördliche Akte sie erreichen können. In concreto muss dies umso mehr gelten, als die Treuepflicht der Arbeitnehmenden gegenüber dem Arbeitgeber gesetzlich normiert ist (§ 22 Abs. 1 PersG) und sie im Übrigen auch während einer Freistellung andauert (Alfred Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 409 ff.). Der Grundsatz von Treu und Glauben kann allerdings nur insoweit herangezogen werden, als mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines Aktes gerechnet werden muss (vgl. zur Zustellfiktion: BGE 130 III 396, Erw. 1.2.3).

Diese Voraussetzung ist vorliegend zu bejahen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass gestützt auf die Freistellung vom 14. Ok-

tober 2009 und den anschliessenden E-Mail-Verkehr zwischen der Klägerin und dem Rektor im fraglichen Zeitraum mit der Zustellung einer Postsendung des Beklagten gerechnet werden musste (z.B. Aufforderung einen Vertrauensarzt aufzusuchen, Aufforderung Passwörter offenzulegen etc.). Entsprechend war die Klägerin dazu verpflichtet, dafür zu sorgen, dass ihr während der erfolgten Freistellung Postsendungen zugestellt werden konnten. Aufgrund dieser allgemeinen Pflicht, die Postzustellung zu gewährleisten, kann es in concreto keine Rolle spielen, ob die Klägerin auch mit der Zustellung der Kündigung rechnen musste oder nicht.

Im Übrigen würde sich die Frage stellen, ob die Klägerin gestützt auf die erwähnte Treuepflicht der Arbeitnehmerin bzw. den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nicht gehalten gewesen wäre, nach Kenntnisnahme des Abholscheins mit dem Vorgesetzten innert nützlicher Frist Kontakt aufzunehmen und anzuzeigen, weshalb das Schreiben nicht abgeholt werden konnte und dass die Zustellung daher als nicht erfolgt betrachtet werde. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin - wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Erw. II/4.4) - damit rechnen musste, dass das Schreiben die Kündigung enthielt.

3.3.

Gestützt auf den vorliegenden Sachverhalt musste die Klägerin folglich mit Postzustellungen seitens des Arbeitgebers rechnen und deren Zustellbarkeit, somit auch die Zustellbarkeit der Kündigung, sicherstellen.

4.

4.1.

Die Klägerin macht geltend, der Arbeitgeber habe versucht, den Zugang der Kündigung innert der siebentägigen Abholfrist treuwidrig zu vereiteln.

4.2.

4.2.1.

Die Klägerin rügt zunächst, der Rektor habe mit dem Versand der Kündigung am 16. Dezember 2009 im Wissen um die Ferienabwesenheit der Klägerin bewusst verhindert, dass sie die Kündigung innert der siebentägigen Abholfrist in Empfang hätte nehmen kön-

nen. Dagegen wendet der Beklagte ein, dass der Rektor um die Ferienabwesenheit der Klägerin weder wusste noch wissen musste.

4.2.2.

Es gehörte grundsätzlich in den Verantwortungsbereich und die Risikosphäre der Klägerin, auch über die Weihnachtsfeiertage die Zustellung von Postsendungen zu gewährleisten (Erw. II/3.2; vgl. auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 5; Wolfgang Portmann in: Basler Kommentar, a.a.O., Art. 335 N 15). Allerdings gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben, dass bei einer in der Ferienabwesenheit an die Wohnadresse zugestellte Kündigung die eingeschränkte Empfangstheorie nicht greift (vgl. zur privatrechtlichen Regelung: Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 5). Dies darf allerdings nur unter der Voraussetzung gelten, dass der Arbeitgeber um die Ferien weiss, weil er sie selber angeordnet oder bewilligt hat. Diese Auffassung wird damit begründet, dass der Absender unter diesen Umständen nicht mit dem Empfang der Kündigung rechnen darf (Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt vom 12. Januar 2004 in Sachen A.).

4.2.3.

Es versteht sich von selbst, dass auch krankgeschriebene Mitarbeitende aufgrund der ihnen obliegenden Treupflicht die Arbeitgeberschaft über allfällige Ortsabwesenheiten, deren Dauer und die Erreichbarkeit zu informieren haben. Vorliegend wird jedoch weder geltend gemacht noch lässt sich den Akten ein Hinweis darauf entnehmen, dass die Klägerin ihre Abwesenheit dem Arbeitgeber gemeldet hätte. Da eine solche Meldung der Ferienabwesenheit der Klägerin ohne Weiteres zumutbar gewesen wäre, rechtfertigt es sich nicht, die Klägerin leichtfertig von ihrer Meldeobligenheit zu entbinden. Entsprechend ändern auch die Vorbringen der Klägerin nichts daran, dass sie die Zustellung der Kündigung hätte gewährleisten müssen. Es mag zwar zutreffen, dass eine alleinstehende Person das Weihnachtsfest in der Regel mit Verwandten oder Freunden verbringt. Inwiefern der Arbeitgeber gestützt darauf auf eine (mehrtägige) Abwesenheit der Klägerin und damit auf ein Zustellungshindernis hätte schliessen müssen, ist jedoch nicht ersichtlich. Ebenso musste der Arbeitgeber gestützt auf den Umstand, dass die

Klägerin im Vorjahr während der Weihnachtszeit ferienabwesend gewesen war, nicht auf eine entsprechende Abwesenheit im Jahr 2009 schliessen.

4.2.4.

Insgesamt ist nicht ersichtlich, inwiefern der Arbeitgeber um die Abwesenheit der Klägerin vor und während der Weihnachtstage wusste bzw. hätte wissen müssen. Entsprechend hat die ferienbedingte Abwesenheit der Klägerin keine Auswirkungen auf die Frage, wann ihr die Kündigung rechtsgültig zugegangen ist. Da die Rügen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Versand der Kündigung am 16. Dezember 2009 darauf aufbauen, dass der Rektor um die Ferienabwesenheit wusste bzw. hätte wissen müssen, zielen auch diese Vorbringen ins Leere.

4.3.

Der Umstand, dass die Kündigung nach dem erfolglosen Zustellversuch im Dezember 2009 der Klägerin erst am 21. Januar 2010 mittels B-Post und in Kopie ein zweites Mal zugesandt wurde, ändert an der Gültigkeit der Kündigung nichts. Dies gilt umso mehr, als der Absender bei Anwendung der Empfangstheorien bzw. der Rechtsprechung betreffend die Zustellung behördlicher Sendungen nicht verpflichtet ist, die Sendung nochmals zu verschicken (unpubliziertes Bundesgerichtsurteil vom 13. August 2010, 6B_511/2010, Erw. 3; Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden (AbR) 2004/2005, Nr. 9, Erw. 2/b). Es ist somit weder rechtsmissbräuchlich, dass der Arbeitgeber das Kündigungsschreiben im Dezember 2009 nicht gleichzeitig mit eingeschriebener und mit normaler Post verschickt hat, noch dass er nach Retournierung des Kündigungsschreibens dieses der Klägerin nicht umgehend nochmals mit normaler Post zugestellt hat. Im Übrigen wurde die Kündigung nicht neu erstellt bzw. datiert, sondern es wurde der Klägerin im Januar 2010 ein blosses Kopie des ursprünglichen Schreibens zugesandt. Eine allfällige Vertrauensgrundlage dafür, dass die Rechtsmittelfrist neu zu laufen beginnen würde, ist gestützt darauf nicht ersichtlich.

4.4.

Der Vollständigkeit halber ist überdies festzuhalten, dass auch die Klägerin - entgegen ihren Ausführungen anlässlich der Verhandlung vor dem Personalrekursgericht - davon ausging, dass die mit dem Abholschein avisierte Postsendung die Kündigung enthielt. Sie selber hielt im Gesuch um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vom 30. März 2010 fest, sie sei "am 26. Dezember 2009 extra von einem Weihnachtsbesuch" zurückgekehrt, "weil sie mit dem Kündigungsschreiben" gerechnet habe. Gestützt darauf ist es unglaublich, dass die Klägerin, als sie den Abholschein zur Kenntnis nahm, nicht gewusst haben will, dass es sich beim betreffenden Schreiben um die Kündigung handelte.

4.5.

Somit ergibt sich, dass kein treuwidriges Verhalten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Zustellung der Kündigung ersichtlich ist.

5.

Zusammenfassend gilt die Kündigung vom 20. Dezember 2009 (versandt am 16. Dezember 2009) mit Ablauf der Abholfrist von sieben Tagen am 24. Dezember 2009 als der Klägerin zugestellt. Damit erfolgte die Kündigung nicht während der Sperrfrist.

Gestützt darauf kann offengelassen werden, ob die Kündigung eines kantonalen, öffentlich-rechtlichen Anstellungsvertrages auch formlos erfolgen darf und daher in concreto - unabhängig von der vorliegend anzuwendenden Empfangstheorie - die Wirkungen der Kündigung allenfalls durch die Kenntnisnahme der Abholungseinladung am 26. Dezember 2009 eingetreten sind.

56 Auflösung eines kommunalen Anstellungsverhältnisses aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen

- Die Pflicht des Arbeitgebers, dem Betroffenen nach Möglichkeit eine andere zumutbare Stelle anzubieten, besteht bloss im Zeitpunkt der Kündigung und nicht auch während der Kündigungsfrist (Erw. II/7.4)