

der Weisung nachzuleben, höchstwahrscheinlich eine ordentliche Kündigung vorbereitet und in diesem Zusammenhang eine (kurze) Bewährungszeit angesetzt. Gestützt auf ihr Vertrauen wurde sie jedoch dieser Möglichkeit beraubt. Das Versäumte konnte die Beklagte nicht mehr nachholen, als sie Ende April 2010 erkannte, dass der Kläger an der einvernehmlichen Aufhebung des Anstellungsvertrages nicht (mehr) interessiert war (zum einen aufgrund der seit dem 1. Februar 2010 dauernden Freistellung und zum anderen aufgrund des Umstands, dass eine fristgerechte, ordentliche Kündigung auf Ende des Schuljahres 2009/2010 spätestens Ende April 2010 ausgesprochen werden musste). Insgesamt ist es missbräuchlich, wenn sich der Kläger angesichts seines unredlichen Verhaltens darauf beruft, die Kündigung sei mangels Ansetzens einer Bewährungszeit rechtswidrig, obwohl er das Ansetzen einer solchen treuwidrig vereitelt hat. Es ist daher auch aus diesem Grund nicht zu beanstanden, dass die Beklagte dem Kläger im April 2010 keine Bewährungszeit angesetzt hat.

10.10.

Insgesamt ergibt sich, dass die Weigerung des Klägers, pro Schuljahr an zehn Anlässen nach 17.00 Uhr teilzunehmen, einen sachlichen Kündigungsgrund darstellt und die Beklagte angesichts der Äusserungen bzw. des Verhaltens des Klägers und seines Vertreters zulässigerweise auf das Ansetzen einer Bewährungszeit verzichtet hat.

## **92 Kommunales Dienstverhältnis. Rechtliches Gehör.**

- Der Anspruch, vor einer Kündigung angehört zu werden, ist aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen; im öffentlichen Dienstrecht kann auch eine relativ informelle Äusserungsmöglichkeit genügen; das rechtliche Gehör darf jedoch nicht nur pro forma gewährt werden (Erw. II/2.2 und 2.3).
- Selbst wenn die vorgängige Anhörung den Anforderungen des rechtlichen Gehörs nicht genügt hätte, hätte dies in concreto nicht die Nichtigkeit der Kündigung bewirkt (Erw. II/2.4).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 14. Juni 2011 i.S. S. gegen Einwohnergemeinde M. (2-KL.2010.10).

*Aus den Erwägungen*

II.

2.

2.1.

Im vorliegenden Fall ist sodann zu prüfen, ob die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf vorgängige Anhörung verletzt hat und welche Rechtsfolgen eine solche Gehörsverletzung gegebenenfalls nach sich zieht.

2.2.

2.2.1.

Als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin ist die Beklagte an die allgemeinen Grundsätze staatlichen Handelns gebunden, so auch an den in Art. 29 Abs. 2 BV statuierten Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. AGVE 2003 S. 436 ff., Erw. II/1/a; PRGE vom 31. August 2010, 2-KL.2009.4, Erw. II/2.1). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, anderseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern (vgl. statt vieler BGE 132 V 368 ff., Erw. 3.1 mit Hinweisen).

2.2.2.

In Art. 7 Abs. 2 des Personalreglements (PR) ist zudem ausdrücklich festgehalten, dass die betroffene Person vor Erlass einer Kündigung anzuhören ist. Es ist nicht ersichtlich, dass der kommunale Gesetzgeber mit dieser Bestimmung einen über den verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch hinausgehenden Schutz der Mitarbeitenden hätte vorsehen wollen. Vielmehr ist aufgrund des Wortlauts von Art. 7 Abs. 2 PR davon auszugehen, dass es sich dabei nur um eine explizite Erwähnung dieses wichtigen Teilaspekts des ohne-

hin bestehenden verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör handelt.

#### 2.2.3.

Wie weit das Recht auf vorgängige Anhörung geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände und Interessenlagen beurteilen. Einerseits kann das zu gewährende rechtliche Gehör seinen Zweck nur dann richtig erfüllen, wenn die Betroffenen nicht bloss die ihnen zur Last gelegten Tatsachen kennen, sondern darüber hinaus wissen oder wissen müssen, dass gegen sie eine Massnahme mit einer bestimmten Stossrichtung in Erwägung gezogen wird. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass im öffentlichen Dienstrecht auch eine relativ informelle Äusserungsmöglichkeit vor der Kündigung dem Gehörsanspruch genügen kann, sofern für die Betroffenen klar gewesen war, dass sie mit einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatten (Urteil des Bundesgerichts 2P.233/2000 vom 22. März 2001, Erw. 2/c/bb; PRGE vom 8. September 2008, 2-BE.2007.6, Erw. II/2.3.2 mit Hinweis).

#### 2.2.4.

Eine Anhörung darf nicht nur pro forma erfolgen. Damit ein faires Verfahren gewährleistet bleibt, muss die betroffene Person in der Lage sein, sich zu den vorgesehenen Massnahmen fundiert und wirksam äussern zu können. Dies bedingt, dass ihr ein gewisses Mass an Bedenk- und Vorbereitungszeit eingeräumt wird. Insbesondere darf dabei auch die Möglichkeit, sich beraten zu lassen, nicht unterlaufen werden. Diesen Erfordernissen kann mit der Einräumung der Gelegenheit zur schriftlichen Äusserung in aller Regel problemlos Genüge getan werden, dies selbst bei Ansetzung einer vergleichsweise kurzen Frist. Wo die Anhörung indes - in gesetzlich zulässiger Weise - mündlich erfolgt, bedarf es besonderer Rücksichtnahme, indem die betroffene Person frühzeitig über den Gegenstand des Gesprächs ins Bild gesetzt wird. Denn dort, wo sie sich völlig unvermittelt mit bestimmten Vorhaltungen oder Rechtsfolgen konfrontiert sieht, besteht für eine wirksame Mitwirkung keine Gewähr (vgl. LGVE 2005 II 2, Erw. 3/b, publiziert in: Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 687 ff.; LGVE 2004 II 4, Erw. 5 mit Hinweisen; AGVE 1994, S. 206 ff., Erw. 3/a).

## 2.3.

## 2.3.1.

Die Klägerin wurde am 20. August 2010 unmittelbar vor der Aushändigung des Kündigungsschreibens ausdrücklich mit der beabsichtigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses konfrontiert. Aus den seitens der Beklagten erstellten Aktennotizen zu den vier Mitarbeitergesprächen vom 7. August 2009, 23. November 2009, 14. April 2010 und 21. Juni 2010 geht demgegenüber nicht hervor, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin je konkreter Gegenstand dieser Gespräche gewesen wäre. Effektiv wird dies von der Beklagten auch gar nicht behauptet.

## 2.3.2.

Die erstmalige ausdrückliche Konfrontation der Klägerin mit der durch die Beklagte beabsichtigten Kündigung zu Beginn des Gesprächs, an welchem anschliessend das Kündigungsschreiben ausgehändigt wurde, vermag dem Anspruch auf vorgängige Anhörung nur dann zu genügen, wenn der Klägerin aufgrund anderer Umstände bereits zuvor bewusst gewesen sein musste, dass ihr die Kündigung drohte (vgl. Erw. II/2.2.3).

## 2.3.3.

In der Klage wird diesbezüglich geltend gemacht, dass die Klägerin und die Beklagte sich im Kündigungszeitpunkt mitten in einem Mediationsprozess befunden hätten. Am 3. und 17. August 2010 seien zwei Mediationssitzungen durchgeführt worden und die nächste sei auf den 31. August 2010 angesetzt gewesen. Am 18. August 2010 habe die Vorgesetzte der Klägerin eröffnet, dass sie nicht mehr mit ihr zusammenarbeiten wolle. Daraufhin habe die Klägerin um ein Gespräch mit dem Abteilungsleiter gebeten. Dieses sei auf den 20. August 2010 vereinbart worden. Offenbar sei für die Beklagte seit der zweiten Mediationssitzung klar gewesen, dass sie kündigen werde. Dies habe sie jedoch der Klägerin nicht kommuniziert. Sie habe daher vor dem Gespräch vom 20. August 2010 nicht mit einer Kündigung durch die Beklagte rechnen müssen.

## 2.3.4.

Dieser Argumentation der Klägerin kann nicht gefolgt werden, da konkrete Indizien vorliegen, dass die Klägerin spätestens ab dem

29. Juli 2010 um die drohende Auflösung des Arbeitsverhältnisses wissen musste. An besagtem Tag lud der Gemeindeschreiber (bzw. Abteilungsleiter Kanzlei und Dienste) die Klägerin und deren direkte Vorgesetzte zu einem ersten Gespräch mit einem externen Mediator ein. Auslöser für diese Mediation waren offenbar insbesondere die als fachlich ungenügend beurteilten Arbeitsleistungen der Klägerin sowie die zunehmenden Spannungen innerhalb des Sozialdienstes. Dies war für die Klägerin aufgrund der vorangegangenen Gespräche im Zeitraum von April bis Juli 2010 ohne weiteres erkennbar. Die Klägerin erklärte denn auch anlässlich der Verhandlung, dass sie, als am 29. Juli 2010 das E-Mail gekommen sei, gemerkt habe, dass sich der vorbestehende Konflikt verhärtet habe. In dieser Situation musste die Klägerin damit rechnen, dass je nach Verlauf der Mediation auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht gezogen werden könnte. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin anlässlich der Verhandlung ausdrücklich bestätigte, die Einladung zur Mediation als "letzten Versuch" verstanden zu haben.

#### 2.3.5.

Dass der Klägerin womöglich eine Kündigung drohen könnte, trat am zweiten Mediationsgespräch vom 17. August 2010 noch deutlicher zutage. Anlässlich dieses Gesprächs, an dem neben der direkten Vorgesetzten und der Klägerin auch der Gemeindeschreiber und die zweite Sozialarbeiterin teilnahmen, wurde es offenbar "massiv". Gemäss den durch die Klägerin im Wesentlichen bestätigten Aussagen der direkten Vorgesetzten legten diese und die zweite Sozialarbeiterin deutlich dar, dass sie an der Grenze ihrer Belastbarkeit angekommen seien. Es sei nichts mehr gegangen; sie hätten alles auffangen müssen. Falls die Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt noch irgendwelche Zweifel an der drohenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses hatte, musste sie spätestens jetzt realisieren, dass sie gravierende personalrechtliche Konsequenzen, eventuell auch eine Kündigung, zu befürchten hatte. Die Klägerin räumte an der Verhandlung denn auch ein, dass sie, als sie nach dem Gespräch ins Büro zurückgekehrt sei, gemerkt habe, dass "etwas passiert" sei. Gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien erschien die Klägerin am nächsten Morgen sehr bedrückt zur Arbeit, woraufhin ihr die direkte Vor-

gesetzte eröffnete, dass sie keine Lust habe, mit ihr auf diese Art und Weise weiter zusammenzuarbeiten. Auch wenn die direkte Vorgesetzte diese Aussage gar nicht als (implizite) Kündigungsandrohung verstanden wissen wollte, wurde sie von der Klägerin offenbar als solche aufgefasst. Somit wusste sie um die Möglichkeit einer baldigen Kündigung. Diese Schlussfolgerung wird nicht zuletzt auch dadurch gestützt, dass sich die Klägerin am Vormittag des 19. August 2010 von zu Hause aus telefonisch an den Gemeindeschreiber wandte und ein Gespräch mit ihm wünschte. Dieses Gespräch sollte nach den Vorstellungen der Klägerin offenbar dazu dienen, nach einer "anderen Lösung" zu suchen, wobei ihr in erster Linie die Versetzung an eine andere Stelle innerhalb der Gemeinde vorschwebte. Indem die Klägerin im Nachgang zum zweiten Mediationsgespräch selber Gesprächsbedarf anmeldete, erscheint es unter den gegebenen Umständen unzweifelhaft, dass sie sich zu diesem Zeitpunkt durchaus bewusst war, an ihrer bisherigen Stelle nicht weiterarbeiten zu können. Im Übrigen durfte die Klägerin unter den gegebenen Umständen nicht ernsthaft damit rechnen, eine andere Stelle innerhalb der Gemeinde antreten zu können. Eine solche Möglichkeit war von Seiten der Beklagten zu keinem Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden. Zudem musste es auch für die Klägerin angesichts der Überschaubarkeit der Personalsituation in der Gemeindeverwaltung der Beklagten ohne weiteres erkennbar gewesen sein, dass im fraglichen Zeitraum gar keine geeignete Stelle frei war.

#### 2.3.6.

Bei dieser Sachlage ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin vom Inhalt des von ihr gewünschten Gesprächs vom 20. August 2010 völlig überrascht wurde. Dies gilt umso weniger, als ihr offenbar noch am Vorabend mitgeteilt worden war, dass der Gemeindeammann daran teilnehmen würde; die Arbeitsstreitigkeit sei jetzt auf einer Stufe angelangt, auf welcher der Gemeindeschreiber ein solches Gespräch nicht mehr alleine führen könne; es stehe ihr (der Klägerin) frei, eine Person ihres Vertrauens beizuziehen. Der besonderen Bedeutung des Mitarbeitergesprächs vom 20. August 2010 war sich die Klägerin offenbar auch tatsächlich bewusst. Gemäss ihren eigenen Angaben bereitete sie sich gut auf dieses Gespräch vor und

listete all die Punkte, die sie zur Sprache bringen wollte, schriftlich auf. Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage der Klägerin, wonach sie zwar "etwas" erwartet habe, aber nicht eine Kündigung, bei objektiver Betrachtungsweise nur schwer nachvollziehbar.

#### 2.3.7.

Mithin ist davon auszugehen, dass die Klägerin bereits vor dem Gespräch vom 20. August 2010 wusste, welche konkreten Mängel ihr von Seiten der Beklagten zur Last gelegt wurden, und auch wissen musste, dass ihr aufgrund dieser Beanstandungen eine Kündigung drohte. Zudem hat sie nach der Vororientierung vom 19. August 2010 offenbar darauf verzichtet, eine Verschiebung des Gesprächstermins zu beantragen. Unter diesen Umständen genügte die der Klägerin gewährte Möglichkeit, sich unmittelbar vor der Aushändigung des Kündigungsschreibens zur beabsichtigten Kündigung mündlich zu äussern, den gesetzlichen Anforderungen an den Anspruch auf rechtliches Gehör.

#### 2.3.8.

An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass das Kündigungsschreiben sowie die als integrierender Bestandteil dieses Schreibens bezeichnete "Aktennotiz zur Anhörung" offenbar bereits vor dem Gespräch vom 20. August 2010 verfasst wurden. Diesbezüglich ist vorweg festzuhalten, dass Arbeitgeber grundsätzlich ein legitimes Interesse daran haben, eine allfällige Kündigung im Anschluss an eine ergebnislos verlaufene Gewährung des rechtlichen Gehörs ohne zeitliche Verzögerung aussprechen zu können. Zudem erscheint vorliegend wesentlich, dass das Kündigungsschreiben zu Beginn der Anhörung noch nicht offen auf dem Tisch lag. Die am Gespräch beteiligten Vertreter der Beklagten hätten aufgrund ihrer im vorliegenden Fall bestehenden Kompetenz zum Erlass personalrechtlicher Entscheide ohne weiteres auf das Aussprechen der Kündigung verzichten können, wenn die Anhörung neue Erkenntnisse ergeben hätte. Ein solcher Verzicht auf die Kündigung wäre wohl insbesondere dann in Betracht gezogen worden, wenn sich die Klägerin doch noch mit dem am 21. Juni 2010 durch die Beklagte unterbreiteten Vorschlag einverstanden erklärt hätte, ihr Arbeitspensum wieder auf 50 % zu reduzieren und sich aufgrund ihrer Konzentrationsschwie-

rigkeiten für die restlichen 20 % krank schreiben zu lassen. Ein Indiz dafür, dass die Vertreter der Beklagten gegebenenfalls auch tatsächlich davon abgesehen hätten, der Klägerin die Kündigung zu eröffnen, kann unter anderem darin erblickt werden, dass offenbar beabsichtigt war, im Falle neuer wesentlicher Tatsachen zumindest noch das bereits vereinbarte dritte Mediationsgespräch durchzuführen. Die Vertreter der Beklagten legten anlässlich der Verhandlung vor dem Personalrekursgericht schliesslich glaubhaft dar, dass man der Klägerin effektiv Gelegenheit geben wollte, ihre Argumente vorzubringen, die sie - für die anderen Gesprächsteilnehmer erkennbar - auf einem A4-Blatt aufgelistet hatte. Die Klägerin habe am Gespräch vom 20. August 2010 erklärt, dass sie selber wisse, dass sie im Sozialdienst nicht weiterarbeiten könne. Trotzdem sei die Anhörung fortgeführt worden. Als dann jedoch von Seiten der Klägerin nichts mehr gekommen sei, sei das Gespräch nach zehnminütigem Warten abgebrochen worden. Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, die mündliche Anhörung der Klägerin unmittelbar vor dem Aussprechen der Kündigung sei lediglich pro forma erfolgt.

#### 2.3.9.

Nach dem Gesagten hat die Beklagte den Anspruch der Klägerin auf vorgängige Anhörung nicht verletzt und erfüllte die Anhörung vom 20. August 2010 im Lichte der vorangegangenen Mitarbeiter- und Mediationsgespräche die Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Dies nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im Personalrecht - wie bereits erwähnt (vgl. Erw. II/2.2.3) - auch eine relativ informelle Äusserungsmöglichkeit dem Anspruch auf vorgängige Anhörung zu genügen vermag.

#### 2.4.

##### 2.4.1.

Auch wenn das Gericht zum Schluss gekommen wäre, dass die Klägerin nicht in rechtsgenügender Weise zur beabsichtigten Kündigung angehört worden sei, hätte dies nicht zur Folge gehabt, dass die Kündigung deswegen als nichtig zu betrachten wäre.

##### 2.4.2.

Die Fehlerhaftigkeit einer Verfügung führt in der Regel zu deren Anfechtbarkeit. Der fehlerhafte Entscheid ist an sich gültig, die



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).**