

## II. Kündigung

### 139 Kündigung.

- In vertraglich begründeten Dienstverhältnissen kommt dem Gemeinwesen grundsätzlich keine Verfügungsbefugnis zu (Erw. I/3).
- Eine Anstalt, welcher die einschlägigen gesetzlichen Regelungen keine Rechtspersönlichkeit zugestehen, ist nicht passivlegitimiert. Die Klage ist als gegen den Trägerverein gerichtet zu betrachten (Erw. I/5).
- Im Klageverfahren vor dem Personalrekursgericht gelangt die Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Erw. I/6).
- § 48 PersG schliesst zusätzliche kommunale Verfahrensbestimmungen analog Art. 336b OR aus (Erw. I/7a).
- Die Voraussetzungen, aufgrund derer auf eine stillschweigend vereinbarte Vertragsänderung geschlossen werden könnte, sind in concreto nicht erfüllt (Erw. II/1).
- Eine Kündigung eines vertraglichen Anstellungsverhältnisses ist lediglich dann unwirksam, wenn gegen Formvorschriften verstossen wird, denen Gültigkeitscharakter zukommt (Erw. II/2).
- Inhalt des Rechts auf vorgängige Anhörung. Unrechtmässigkeit der Kündigung bejaht mangels rechtsgenügender Anhörung (Erw. II/3).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 11. Februar 2003 in Sachen R. gegen Einwohnergemeinde O. (BE.2001.50005).

### *Aus den Erwägungen*

I. 3. a) Das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten beruhte nicht auf einer Verfügung, sondern unbestrittenermassen auf einem Vertrag.

Es ist umstritten, ob im Zusammenhang mit Dienstverhältnissen, welche durch Vertrag begründet worden sind, dem Gemeinwe-

sen die Kompetenz zukommt, eine Angelegenheit durch Verfügung zu regeln. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, dass auch dort, wo ein Rechtsverhältnis zulässigerweise durch öffentlichrechtlichen Vertrag geregelt worden sei, nicht ohne Weiteres auf mangelnde Verfügungsbefugnis geschlossen werden dürfe (Alfred Kölz/Jürg Bossart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 81 – 86 N 3, § 82 N 38, § 79 N 4; Markus Metz, Der direkte Verwaltungsprozess in der Bundesrechtspflege, Basel 1980, S. 66 f., 79 ff.), sehen andere in einer solchen Verfügungsbefugnis einen Widerspruch zur Rechtsnatur des Vertrages als Mittel der einvernehmlichen Regelung von Rechtsbeziehungen zwischen gleichgestellten Parteien (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 1993; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 12. November 1999, zitiert in: Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 33 mit Hinweisen).

Soweit es um den Rechtsschutz geht, eröffnet bei Vertragsverhältnissen die Klage jedenfalls das funktionsgerechtere Verfahren: Das Klageverfahren stellt die Parteien entsprechend ihrer Stellung als gleichgestellte Vertragspartner auf dieselbe Ebene; es verleiht anders als das Anfechtungsverfahren dem Gemeinwesen nicht das Recht, seine Prozesssituation durch den Erlass einer Verfügung zu verbessern (Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996, S. 96 f.). Das Personalgesetz stellt neben der gerichtlichen Beschwerde (§ 40) ausdrücklich die gerichtliche Klage (§ 39) zur Verfügung. Aufgrund dieser Konzeption sowie der erwähnten dogmatischen Überlegungen erscheint es folgerichtig, bei Streitigkeiten aus vertraglichen Anstellungsverhältnissen grundsätzlich (ausdrückliche abweichende Regelung vorbehalten) nur den Klageweg zuzulassen bzw. dem Gemeinwesen keine Verfügungskompetenz zuzugestehen. Der Klageweg würde seiner Funktion weitgehend beraubt, wenn entsprechende Streitigkeiten auch einseitig durch Verfügung entschieden und so generell zum Gegenstand von Anfechtungsverfahren gemacht werden könnten. Schliesslich ist wesentlich, dass die Gemeinwesen mit der Einführung der vertragli-

chen Begründung öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse regelmässig die materiellrechtliche Flexibilisierung und Angleichung an das private Arbeitsrecht anstreben (vgl. u.a. Botschaft des Regierungsrates vom 19. Mai 1999 zum Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts, S. 3 f.). In verfahrensmässiger Hinsicht bedeutet dies konsequenterweise, dass mit der Klage ein Verfahren zur Verfügung zu stellen ist, das den Parteien die Initiative zur Durchsetzung ihrer Ansprüche überlässt und in weiten Teilen dem in privatrechtlichen Arbeitsstreitigkeiten zu beschreitenden Zivilprozess entspricht (vgl. zum Ganzen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2000, PK.1999.00006, Erw. 1/a).

b) Das Personalreglement räumt der Anstellungsbehörde lediglich im Bereich des Disziplinarwesens die ausdrückliche Kompetenz ein, (beschwerdefähige) Verfügungen zu erlassen (§§ 43 – 47 des Personalreglements der Gemeinde O. vom 19./25. Juni 1997 [PersR]). Im Zusammenhang mit Funktions- und Lohnänderungen einerseits bzw. Kündigungen andererseits ist keine entsprechende Befugnis statuiert (vgl. auch § 10 Abs. 1 PersR, wonach Kündigungen schriftlich und "auf Verlangen begründet" zu erfolgen haben; eine Verfügungsform ist somit nicht vorgeschrieben). Aufgrund der obigen Erwägungen ergibt sich, dass entsprechende Streitigkeiten ausschliesslich im Klageverfahren abzuwandeln sind.

Die hängigen Begehren sind somit im Klageverfahren zu beurteilen. Das gemeindeinterne, auf Disziplinarfälle beschränkte Beschwerdeverfahren entfällt. (...)

5. Zur Klageeinreichung ist grundsätzlich befugt, wer einen öffentlichrechtlichen Anspruch in eigenem Namen behauptet. Die Aktivlegitimation der Klägerin ist offensichtlich gegeben.

Die Eingaben der Klägerin vom 4. bzw. 22. Dezember 2001 richten sich gemäss deren Wortlaut gegen das Alterszentrum Y. Dieses bildet eine Anstalt der Gemeinde O. (vgl. Ingress des Reglements der Gemeinde O. betreffend das Altersheim Y. vom 5. September 1983; im Folgenden: Reglement Y.). Eine gesetzliche Regelung, aufgrund derer das Altersheim als selbständige Anstalt zu betrachten wäre bzw. ihr eine eigene Rechtspersönlichkeit zukäme, ist nicht ersichtlich; insbesondere enthält auch das Reglement Y. keine ent-

sprechende Bestimmung. Folglich ist das Altersheim nicht rechts- und auch nicht parteifähig. Die Klage ist damit als gegen den Trägerverband gerichtet zu betrachten (René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss; Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes; Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 798; Bundesgerichtsentscheid [BGE] 93 I 660), d.h. gegen die Gemeinde O.

6. a) In Bezug auf das Personalrekursgericht sind für die Organisation und das Verfahren die für das Verwaltungsgericht geltenden Vorschriften anwendbar, soweit keine abweichenden Bestimmungen bestehen (§ 42 Abs. 2 PersG). Enthält das Verwaltungsrechtspflegengesetz selber keine spezifische Regelung, kommen im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren sinngemäss die Bestimmungen der Zivilprozessordnung zur Anwendung (§ 67 VRPG).

Weder das Personalgesetz noch das Verwaltungsrechtspflegengesetz enthalten eine Aussage darüber, ob im Klageverfahren die Untersuchungs- oder die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangen. § 75 Abs. 1 ZPO statuiert die sog. Verhandlungsmaxime, wonach die Parteien dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und ihre Beweismittel anzugeben haben. Abweichend hievon gilt gemäss § 380 Abs. 3 Satz 2 ZPO im Verfahren vor dem Arbeitsgericht die Untersuchungsmaxime, d.h. das Arbeitsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

b) §§ 354 ff. ZPO, insbesondere die Verfahrensbestimmungen von §§ 372 ff. ZPO, beinhalten spezifische Regelungen für die Arbeitsgerichte als besondere Zivilgerichte (vgl. § 98 Abs. 2 KV). Aufgrund des spezifischen Zuschnitts dieser Regelungen auf ein besonderes Zivilverfahren ist davon auszugehen, dass sie vom Verweis in § 42 Abs. 2 PersG bzw. § 67 VRPG nicht erfasst werden. Dies gilt umso mehr, als einerseits das privatrechtliche und das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis in verschiedenen Punkten ungleich ausgestaltet sind und andererseits das Verfahren gemäss Personalgesetz vom arbeitsgerichtlichen Verfahren zum Vornherein wesentlich verschieden ist. Insofern erscheint es nahe liegend, den spezifischen Rechtsschutz bei personalrechtlichen Streitigkeiten als im Personalgesetz abschliessend geregelt zu betrachten und subsidiär (d.h. nach Massgabe der entsprechenden Verweise) lediglich die allgemeinen

Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes bzw. der Zivilprozessordnung zur Anwendung zu bringen (a.M. Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, Vorbem. zu den §§ 60 – 67, N 10).

Unbesehen dieser restriktiven Auslegung der massgebenden Verweisnormen erweist sich die Anwendung der Untersuchungsmaxime als sachgerecht. Dies ergibt sich vorab aufgrund der historischen Auslegung. Vor Inkrafttreten des Personalgesetzes wurden grundsätzlich sämtliche öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisse mittels Verfügung begründet. Dementsprechend erfolgten auch Änderungen des Anstellungsverhältnisses mittels Verfügung; dagegen stand die Beschwerdemöglichkeit offen. Im Beschwerdeverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (§ 20 Abs. 1 VRPG). Überdies hat das Verwaltungsgericht auch im dienstrechtlichen Klageverfahren stets die Untersuchungsmaxime angewendet (Merker, a.a.O., § 67 N 62). Würde nunmehr aufgrund des Systemwechsels (Anstellung mittels Vertrag, Klageverfahren als ordentliches Rechtsmittel) neu die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangen, würde dies einen Abbau des Rechtsschutzes bedeuten. Der Gesetzgeber beabsichtigte indessen genau das Gegenteil: Als Gegenstück zu liberalen Regelungen wie Abschaffung des Beamtenstatus und Einführung des Leistungslohnes sollte mit dem neuen Personalrecht der Rechtsschutz ausgebaut werden (AGVE 2001, S. 534; vgl. stellvertretend für diverse Stellen in den Materialien die Aussagen von Regierungsrätin Stéfanie Mörikofer-Zwez an der Kommissionssitzung vom 17. März 2000, Kommissionsprotokoll, S. 544). Aufgrund der Materialien ergibt sich denn auch nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, dass mit dem neuen Personalrecht die Untersuchungsmaxime dahin fallen sollte.

Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass im kommunalen Recht die Wahl zwischen Verfügungs- und Vertragsform regelmässig rein aleatorisch ist. So ist es ohne Weiteres möglich, dass Streitigkeiten mit identischer Fragestellung von einer Gemeinde in ihrer Funktion als Arbeitgeberin mittels Verfügung geregelt werden (da auch die Anstellung mittels Verfügung erfolgte) und eine andere Gemeinde

(aufgrund der vertraglichen Anstellung) eine nicht in Verfügungsform gekleidete vertragliche Erklärung abgibt. Entsprechend steht im einen Fall der Beschwerde-, im anderen Fall demgegenüber der Klageweg offen. Es wäre stossend, wenn – allein gestützt auf die genannte Zufälligkeit – je nach Ausgestaltung des Rechtsschutzes in Bezug auf die Verantwortlichkeit für den Prozessstoff eine andere Maxime gelten würde.

Schliesslich erscheint es auch im Ergebnis als sachgerecht, wenn im dienstrechtlichen Klageverfahren wie im Verfahren vor Arbeitsgericht die Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt (vgl. Art. 343 Abs. 4 OR; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, Art. 343 N 21). Damit kann offen bleiben, ob die Untersuchungsmaxime in der Verwaltungsrechtspflege allgemein Vorrang vor der Verhandlungsmaxime hat (so Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 80a N 8 mit Hinweis; a.M. Michael Merker, Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 461 ff., 483).

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass im Klageverfahren vor dem Personalrekursgericht die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt.

7. a) § 10 Abs. 3 PersR verweist in Bezug auf den Kündigungsschutz auf Art. 336 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1991 (OR). Der Verweis bezieht sich formell auch auf Art. 336b OR. Gemäss dieser Bestimmung muss derjenige, welcher gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben. Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt.

Die erwähnte Regelung steht in Widerspruch zu § 48 PersG, wonach sich der Rechtsschutz für Personal von Gemeinden und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften nach §§ 39 und 40 PersG

richtet. Es stellt sich mithin die Frage, inwiefern § 48 PersG den Gemeinden gestattet, zusätzliche kommunale Verfahrensbestimmungen analog Art. 336b OR zu statuieren.

Das Verwaltungsrechtspflegegesetz regelt das Verfahren vor den Verwaltungs- und den Verwaltungsjustizbehörden im Kanton und in den Gemeinden (§ 1 Abs. 1 VRPG). Den Gemeinden ist es daher verwehrt, eigene Rechtsmittelverfahren mit spezifischer verfahrensmässiger Ausgestaltung vorzusehen. Dies schliesst nicht aus, dass vorgängig zum Klageverfahren ein verwaltungsinternes Verfahren vorgeschrieben wird, soweit dessen Ausgang – abgesehen vom Vergleich – für das Klageverfahren irrelevant ist (Merker, Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht, a.a.O., S. 482). Demgegenüber ist es unzulässig, den durch den kantonalen Gesetzgeber zugestandenen Rechtsschutz einzuschränken. Genau dies bewirkt indessen der Verweis auf Art. 336b OR, werden doch darin zusätzliche Voraussetzungen zur Klageerhebung statuiert und insbesondere zusätzliche Fristen festgelegt (gemäss kantonalem Recht gilt nur die Verjährungsfrist nach § 78a VRPG; aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung in § 48 PersG entfallen im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz für Personal von Gemeinden und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften das Schlichtungsverfahren gemäss § 37 PersG und damit auch die in dieser Bestimmung festgelegten Fristen). Der Verweis widerspricht folglich höherrangigem kantonalen Recht und ist daher nicht anwendbar. (...)

II. 1. a) Das Personalreglement enthält keine Formvorschriften in Bezug auf Vertragsänderungen. Massgeblich sind daher die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR, vgl. § 3 Abs. 2 PersR). Danach kann der Arbeitsvertrag, soweit für ihn die Schriftform gesetzlich nicht vorgesehen ist, nachträglich jederzeit formlos durch entsprechende Vereinbarung abgeändert werden (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1996, Art. 320 N 10 lit. a).

b) Gemäss Vertragsänderung vom 19. März 2001 wurde der Klägerin neu die Funktion einer Küchengehilfin (bisher: Köchin bzw. stellvertretende Küchenchefin) zugewiesen.

Die erwähnte Vertragsänderung wurde von der Klägerin unterschrieben. Gemäss ihren eigenen Aussagen akzeptierte sie die Änderung, weil keine Lohnreduktion damit verbunden und ihr letztlich egal war, welche konkrete Funktion ihr zukam; ein Willensmangel wird nicht geltend gemacht. Es ist daher nicht erkennbar, inwiefern die Vertragsänderung unrechtmässig gewesen sein soll. Dies gilt umso mehr, als keine Hinweise darauf bestehen, dass der Klägerin die Kündigung angedroht worden wäre; entgegen ihrer Darstellung liegt keine Änderungskündigung vor.

c) aa) Die "Vertragsänderung" vom 31. Mai 2001 (Reduktion der Besoldung auf brutto Fr. 39'000.--/Jahr) sowie insbesondere deren Modifikation mit "Vertrag" vom 19. Juli 2001 (Festlegung der Besoldung auf Fr. 42'900.--) wurden von der Klägerin nie unterschrieben. Es stellt sich folglich die Frage, ob die "Vertragsänderung" vom 31. Mai 2001 bzw. der "Vertrag" vom 19. Juli 2001 von der Klägerin stillschweigend akzeptiert wurden, wie dies seitens der Beklagten geltend gemacht wird, oder ob sie gar nicht rechtsgültig zustande kamen.

bb) Aufgrund der Akten ergibt sich, dass die Klägerin die "Vertragsänderung" vom 31. Mai 2001 nicht akzeptierte. In der Folge kam es offenbar zu je einer Besprechung zwischen dem Vertreter der Klägerin und S., Leiterin des Alterszentrums Y. bzw. M., Mitglied der Betriebskommission. Die Gespräche veranlassten die Leitung des Alterszentrums zu den im "Vertrag" vom 19. Juli 2001 enthaltenen Modifikationen; die Klägerin verweigerte aber wiederum die Unterschrift.

Entsprechend dem im "Vertrag" vom 19. Juli 2001 vorgesehenen Zeitpunkt des Inkrafttretens erfolgte per Ende September 2001 die erste reduzierte Lohnauszahlung. Unmittelbar darauf, am 1. Oktober 2001, wandte sich der Vertreter der Klägerin an den Gemeinderat O. und beanstandete die Lohnreduktion ("Wir halten fest, dass die neue Einreihung mangels gesetzlicher Grundlage ungültig ist und ersuchen Sie daher höflichst, unserem Mitglied fortan den Lohn der Besoldungsklasse 2 zu zahlen oder ansonsten zuständigerweise zu verfügen"). Mit Schreiben vom 16. Oktober 2001 teilte der Gemeinderat mit, dass das Schreiben zur Beantwortung zuständigkeitsge-



mäss der Leitung des Alterszentrums Y. weitergeleitet worden sei. In ihrem Schreiben vom 16. November 2001 hielt die Leiterin des Alterszentrums fest, dass sie gegenüber dem "Vertrag" vom 19. Juli 2001 zu keinem weiteren Entgegenkommen bereit sei. Knapp 20 Tage später wandte sich die Klägerin mit ihrer ersten Eingabe an das Personalrekursgericht und verlangte, es sei ihr weiterhin der ursprüngliche Lohn auszubezahlen.

Die Klägerin verweigerte somit nicht nur die Unterzeichnung der schriftlichen Vertragsofferte vom 19. Juli 2001, sondern intervenierte auch unmittelbar nach Auszahlung des reduzierten Gehalts (d.h. sofort nachdem sie Kenntnis davon erhalten hatte, dass die Heimleitung von einem gültigen Vertrag ausging) beim Gemeinderat. Damit hat sie ihre Opposition gegenüber der Lohnreduktion hinreichend zum Ausdruck gebracht, zumal als sie auch nach der negativen Antwort der Heimleitung vom 16. November 2001 innert angemessener Frist reagierte und an das Personalrekursgericht gelangte. Die Behauptung der Beklagten, dass die Klägerin ab September 2001 widerspruchslos zum neuen Jahreslohn von Fr. 42'900.-- gearbeitet und damit den "Vertrag" vom 19. Juli 2001 stillschweigend akzeptiert habe, erweist sich dementsprechend als unbegründet.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die "Vertragsänderung" vom 31. Mai 2001 bzw. der "Vertrag" vom 19. Juli 2001 nie zustande gekommen sind. Entsprechend hat die Klägerin Anspruch darauf, dass ihr bis zum Ende ihrer Anstellung das Gehalt gemäss der ursprünglichen Lohneinstufung, wie sie in der Vertragsänderung vom 19. März 2001 bestätigt wurde, ausbezahlt wird. (...)

2. a) In Bezug auf die Kündigung vom 13. Dezember 2001 macht die Klägerin vorab geltend, diese sei nichtig.

Gemäss § 10 Abs. 3 Satz 2 PersR kommen im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz Art. 336 ff. OR zur Anwendung. Gemäss Art. 336a Abs. 1 OR hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten; die Kündigung bleibt indessen trotz der Missbräuchlichkeit rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis (Brühwiler, a.a.O., Art. 336a N 1; Adrian Stähelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, Art. 336a N 2; Rehbinder, a.a.O., Art. 336a N 1). Dies entspricht der

Regelung in § 12 PersG. Von einer Unwirksamkeit der Kündigung ist lediglich dann auszugehen, wenn gegen Formvorschriften verstossen wurde, denen die Bedeutung einer Gültigkeitsvoraussetzung zukommt (Brühwiler, a.a.O., Art. 335 N 6; Stähelin, a.a.O., Art. 335 N 9; Rehbinden a.a.O., Art. 335 N 5).

b) Das Anstellungsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Alterszentrum Y. bzw. der Gemeinde O. beruhte auf einem Vertrag; der Leitung des Alterszentrums bzw. der Gemeinde O. kam in Bezug auf die Kündigung keine Verfügungskompetenz zu (vgl. Erw. I/3 hievor). Als vertragliche Erklärung musste die Kündigung nicht den Formvorschriften genügen, wie sie an eine Verfügung gestellt werden. Die in § 10 Abs. 1 PersR festgelegte Schriftlichkeit wurde eingehalten (wobei offen bleiben kann, ob sie eine Gültigkeitsvoraussetzung bildete oder nicht); die Gewährung des Anhörungsrechts gemäss § 10 Abs. 3 Satz 1 PersR stellt keine Gültigkeitsvoraussetzung dar (vgl. Erw. 3/d hienach). Es ist dementsprechend nicht ersichtlich, inwiefern die Kündigung einer zwingenden Formvorschrift widersprechen würde und daher als unwirksam betrachtet werden müsste.

3. a) Gemäss § 10 Ziff. 3 Satz 1 PersR steht dem von einer Kündigung betroffenen Personal ein Anhörungsrecht zu.

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 29 Abs. 2 BV) dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (BGE 127 I 56; 124 I 242 m.H.). Wesentlicher Teilgehalt des Anspruchs ist das Recht auf vorgängige Anhörung (BGE 122 II 286 m.H.). Analog hierzu lässt sich das Anhörungsrecht gemäss § 10 Ziff. 3 Satz 1 PersR nicht anders verstehen, als dass es ebenfalls vorgängig der Kündigung gewährt werden muss. Dies gilt umso mehr, als das Personalreglement kein Einspracheverfahren mit einem nachträglichen Anhörungsrecht bzw. keine nachträgliche Überprüfung der Kündigung durch die Anstellungsbehörde vorsieht (vgl. BGE 122 II 286 f.).

Wie weit das Anhörungsrecht 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 öffentlichrechtlichen Dienstrecht auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem Gehörsanspruch genügen können, sofern den Betroffenen klar war, dass sie mit einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen hatten (BGE vom 22. März 2001 m.H., publiziert in Hänni, a.a.O., S. 632).

b) aa) In der (beidseits unterzeichneten) Vertragsänderung vom 19. März 2001 wurde die Klägerin ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass bei weiteren ungenügenden Leistungen seitens der Beklagten eine Kündigung in Betracht gezogen werde. Diese Konsequenz wurde auch in den (von der Beklagten nicht unterschriebenen, ihr aber bekannten) Vertragsentwürfen vom 31. Mai und 19. Juli 2001 in Aussicht gestellt. Die Möglichkeit der Kündigung war dabei jedoch stets mit dem Vorbehalt verknüpft, dass die Leistungen der Klägerin weiterhin ungenügend bleiben würden; insofern musste sie (noch) nicht mit einer konkret bevorstehenden Kündigung rechnen. Folglich bestand kein Anlass zu einer diesbezüglichen Stellungnahme, zumal auch nie eine entsprechende Aufforderung erging.

Anlässlich der Mitarbeiterbeurteilung vom 24. Oktober 2001 wurde der Klägerin eröffnet, dass ihre Leistung mit der schlechtestmöglichen Beurteilung "A" bewertet wurde. Insofern liesse sich argumentieren, die Klägerin habe nunmehr um die drohende Kündigung wissen müssen und hätte insbesondere im Rahmen der Mitarbeiterbeurteilung hierzu Stellung nehmen können. Demgegenüber erscheint Folgendes wesentlich: Es besteht kein Hinweis darauf, dass im Rahmen des Beurteilungsgesprächs von einer allfälligen Kündigung gesprochen wurde. Vielmehr wurden neue Jahresziele formuliert und damit der Klägerin signalisiert, dass ihr weiterhin eine Chance zur Bewährung eingeräumt werde. In ihrem Schreiben vom 16. November 2001 an den damaligen Rechtsvertreter der Klägerin hielt die Leiterin des Alterszentrums ausdrücklich fest, von der Klägerin werde erwartet, dass sie sich entweder innert Kürze bezüglich

Leistung, Teamarbeit und Kooperation weiterentwickle oder eine andere Arbeitsstelle suche; von einer möglichen Kündigung durch die Beklagte war keine Rede. Die Klägerin wurde folglich zumindest bis zum 13. Dezember 2001 (vgl. lit. bb hienach) nie – weder ausdrücklich noch stillschweigend – damit konfrontiert, dass die Beklagte aufgrund der Leistungsentwicklung der Klägerin nunmehr konkret eine Kündigung erwog; erst recht wurde sie nie in irgendeiner Art und Weise zu einer Stellungnahme zu diesen Absichten aufgefordert. Die Auseinandersetzung zwischen den Parteien war in diesem Zeitraum auf die Frage der Lohneinstufung fokussiert.

bb) Fraglich erscheint höchstens, inwiefern das Gespräch vom 13. Dezember 2001 zwischen der Leiterin des Alterszentrums und dem damaligen Vertreter der Klägerin dem Anspruch auf vorgängige Anhörung genügte. Die Beklagte macht geltend, der Vertreter habe anlässlich dieser Unterredung zur bevorstehenden Kündigung Stellung nehmen können. Diese Sachverhaltsdarstellung ist indessen umstritten (Eingabe der Klägerin vom 9. Februar 2003 bzw. dazugehörige Ergänzung vom 10. Februar 2003) und in keiner Art und Weise, insbesondere weder durch ein Protokoll oder eine Aktennotiz des Gesprächs, belegt. Im Zusammenhang mit einer Kündigung ergibt sich zudem aus dem Zweck des Anhörungsrechts (vgl. lit. a hievor), dass der persönlichen Mitwirkung des Betroffenen ein grosser Stellenwert beizumessen ist. Die Verfahrensgarantie muss dementsprechend in concreto selbst nach der Sachverhaltsdarstellung der Beklagten als verletzt angesehen werden, da die Klägerin nicht selber an der Unterredung teilnahm bzw. es ihr mangels Vorausssehbarkeit (vgl. lit. aa hievor) nicht möglich war, den Vertreter in Bezug auf die Frage der Kündigung hinreichend zu instruieren. Schliesslich ist wesentlich, dass die Klägerin ihren Vertreter offensichtlich im Zusammenhang mit der Lohneinstufung beigezogen hatte (vgl. Vollmacht vom 9. September 2001: "Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis") und die Beklagte daher nicht davon ausgehen durfte, dass er bevollmächtigt sei, sie auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Kündigung zu vertreten.

In Bezug auf die mündliche Eröffnung der Kündigung am 13. Dezember 2001 besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Be-

klagte der Klägerin zunächst die Kündigung in Aussicht gestellt und ihr vorgängig des definitiven Entscheides die Gelegenheit zur Stellungnahme geboten hätte.

cc) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Klägerin das ihr zustehende Anhörungsrecht nicht gewährt worden ist.

c) Dem Personalrekursgericht ist es grundsätzlich versagt, die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses aufzuheben und eine Wiedereinstellung anzuordnen (AGVE 2001, S. 520 ff.). Es erfolgt somit keine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz, weshalb eine sog. "Heilung" der Verletzung des Anhörungsrechts zum Vorherein ausser Betracht fällt (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1710 f. m.H.).

d) Zusammenfassung ergibt sich, dass sich die Kündigung aus formellen Gründen als unrechtmässig erweist.

§ 10 Abs. 3 Satz 2 PersR verweist in Bezug auf die Folgen einer unrechtmässigen Kündigung auf Art. 336 ff. OR (vgl. Erw. 2/a hievon). Es besteht kein Anlass zur Annahme, dass der Verweis bei Verletzungen des (im gleichen Absatz geregelten) Anhörungsrechts nicht zum Zuge kommt bzw. dass die Gewährung des Anhörungsrechts eine Gültigkeitsvoraussetzung darstellt, deren Verletzung eine Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge hat. Dies gilt umso mehr, als eine gegenteilige Regelung zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen könnte, da Verletzungen des Anhörungsrechts – anders als z.B. die Verletzung der Schriftlichkeit – häufig nicht ohne Weiteres erkennbar sind.

Somit ergibt sich, dass die Kündigung trotz Verletzung des Anhörungsrechts rechtswirksam ist. Die Beklagte trifft indessen eine Entschädigungspflicht gemäss § 10 Abs. 3 PersR i.V. mit Art. 336a OR.



### III. Besoldung

#### 140 Lohngleichheit.

- Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung von Lohnverfügungen, die vor Inkrafttreten der Rechtsschutzbestimmungen des neuen Personalrechts ergangen sind (Erw. I/2).
- Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Richterliche Überprüfungsbefugnis (Erw. II/2).
- Eine unterschiedliche Ausbildung kann eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen (Erw. II/3).
- Bejahung von sachlichen Gründen für eine ungleiche Entlohnung von Reallehrpersonen mit und ohne SEREAL-Ausbildung (Erw. II/4).
- Verhältnismässigkeit der Lohndifferenz (Erw. II/5).
- Frage offen gelassen, ob eine ungleiche Entlohnung der auf gleicher Schulstufe unterrichtenden Lehrkräfte nach künftigem Besoldungsrecht dem Gleichbehandlungsgebot standhalten würde (Erw. II/6).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 21. Januar 2003 in Sachen W. gegen Verfügung des Vorstehers des Departements BKS vom 19. Juni 2002 (BE.2002.50005).

#### *Aus den Erwägungen*

I. 2. a) Das Personalgesetz trat am 1. April 2001 in Kraft; die massgebenden Rechtsschutzbestimmungen (§§ 37 ff. PersG) sind bereits am 1. November 2000 in Kraft gesetzt worden. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung stellt sich übergangsrechtlich die Frage, auf welchem Weg Lohnverfügungen, die vor dem 1. November 2000 ergingen, gerichtlich überprüfbar sind.

b) Der umstrittene Lohn für die Schuljahre 1999/2000 und 2000/2001 wurde seinerzeit mittels Verfügung festgesetzt. Dagegen