

rechtlich unverbindlich zu betrachten. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage Zürich 1998, Rz. 768).

Die Frage, ob in Bezug auf die Behauptung, die Nichtwiederwahl- bzw. Entlassungsverfügung sei nichtig, auf die Beschwerde einzutreten ist, kann indessen im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da eine Nichtigkeit der strittigen Nichtwiederwahl ohnehin zu verneinen ist.

### 138 Nichtwiederwahl.

- **An der Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Nichtwiederwahl besteht ein berechtigtes Interesse. Auf ein entsprechendes Feststellungsbegehren ist neben einem gleichzeitig eingereichten Begehren um Entschädigung einzutreten (Erw. I/3).**
- **Gründe für die Rechtmässigkeit der Nichtwiederwahl. Der Beamte muss grundsätzlich vorgängig ermahnt worden sein (Erw. II/2/a).**
- **Erfordernis der Verhältnismässigkeit der Nichtwiederwahl. Interessenabwägung (Erw. II/5).**
- **Kriterien für die Bemessung der Entschädigung (Erw. II/6).**

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 27. Mai 2002 in Sachen X. gegen den Entscheid des Regierungsrats vom 17. Oktober 2001 (BE.2001.50003).

### *Aus den Erwägungen*

I. 3. Der Beschwerdeführer verlangt im vorliegenden Verfahren einerseits die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Nichtwiederwahl und anderseits eine Entschädigung analog § 12 PersG.

a) § 12 PersG legt fest, dass Mitarbeitenden, denen widerrechtlich gekündigt wurde, ein Anspruch auf Entschädigung zusteht; diese bemisst sich nach den Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung des Schweizerischen Obligationenrechts. Die Bestimmung bezieht sich in erster Linie auf Mitarbeitende, deren Arbeitsverhältnis

auf einem öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrag beruht. Das Personalrekursgericht hat indessen bereits in anderem Zusammenhang entschieden, dass § 12 PersG auf die nicht vom Volk oder vom Grossen Rat gewählten, aber dennoch mit Verfügung angestellten kantonalen Mitarbeitenden analog anzuwenden und die entsprechende Forderung im Beschwerdeverfahren geltend zu machen ist (AGVE 2001, S. 526 ff.). Auf das Entschädigungsbegehren ist folglich einzutreten.

b) Eine Feststellungsverfügung ist zu erlassen, wenn der Betroffene ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines konkreten öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses nachweisen kann und keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Ein rechtlich geschütztes Interesse ist nicht vorausgesetzt; rein tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen genügen, soweit sie nur vernünftig und durch die Unklarheit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses gerechtfertigt sind. Das Interesse muss aktuell sein; dies ist nur dann der Fall, wenn der Bürger bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr läuft, Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen mit der Folge, dass ihm dadurch Nachteile entstehen könnten (Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1998, § 38 N 27). Negative Voraussetzung des Feststellungsanspruchs ist die fehlende Möglichkeit, alternativ den Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung durchzusetzen, da die Feststellungsverfügung subsidiärer Natur ist (Merker, a.a.O., § 38 N 28 und 34; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 43, je mit Hinweisen).

Bezogen auf die finanziellen Konsequenzen kommt dem Feststellungsbegehren bloss eine subsidiäre Bedeutung zu. Im Hinblick auf das berufliche Fortkommen besteht indessen regelmässig ein eigenständiges, spezifisches Interesse der betroffenen Person an der Feststellung einer allfälligen Widerrechtlichkeit der Nichtwiederwahl. § 80 Abs. 2 des zürcherischen Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai 1959 (Fassung vom 8. Juni 1997) legt denn auch ausdrücklich fest: "Hält das Verwaltungsgericht eine

Kündigung, Nichtwiederwahl, Einstellung im Amt oder vorzeitige Entlassung für nicht gerechtfertigt, stellt es dies fest und bestimmt die Entschädigung, welche das Gemeinwesen zu entrichten hat." Damit wird im gleichen Verfahren sowohl ein Feststellungsentscheid getroffen als auch (soweit nötig) über die sich daraus ergebenden vermögensrechtlichen Folgen entschieden, d.h. es wird implizit davon ausgegangen, dass ein selbständiges, gegenüber dem Begehren auf Leistung von Entschädigung oder Schadenersatz unabhängiges Feststellungsinteresse besteht. Gemäss dem mit Inkrafttreten des Personalgesetzes aufgehobenen § 59 VRPG wurde in zwei separaten Verfahren ein Feststellungsentscheid betreffend der Widerrechtlichkeit einer disziplinarischen Entlassung getroffen und gegebenenfalls eine Entschädigung festgesetzt; d.h. auch hier wurde der Feststellung der Widerrechtlichkeit eine eigenständige Bedeutung zugemessen.

Aufgrund dieser Erwägungen rechtfertigt es sich, ein eigenständiges, von der Entschädigungsforderung unabhängiges Feststellungsinteresse zu bejahen. Auf das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Feststellungsbegehren ist demzufolge ebenfalls einzutreten. (...)

II. 2. a) (...) Als Gründe für eine (rechtmässige) Nichtwiederwahl werden in der Literatur namentlich die Aufhebung des Amtes oder die Untauglichkeit des Beamten angeführt. Wer dem Amt nicht genügt, mithin nicht alles erbringt, was seine Tätigkeit erheischt, wessen fachliches Können, Gesundheit, Vertrauenswürdigkeit oder persönliche Lebensverhältnisse zu ernststen Klagen Anlass geben, muss nicht wiedergewählt werden. Nebst der Tauglichkeit ist also das Verhalten, und zwar das gesamte verschuldete und unverschuldete Verhalten des Beamten in der vergangenen Amtsperiode, zu überprüfen und in einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob der Beamte den Anforderungen des Amtes weiterhin genügen wird. Als konkrete triftige Gründe, welche einen Beamten als untauglich erscheinen lassen und eine Nichtwiederwahl rechtfertigen, werden von der Lehre namentlich etwa Unpünktlichkeit, übermässige krankheitsbedingte Absenzen und eigenmächtiger Ferienbezug, fehlender Wille zur Zusammenarbeit, ungenügende Leistung und Rechtswidrigkeiten erwähnt. In einer Interessenabwägung muss alsdann das

Verwaltungsinteresse an einer störungsfreien und geordneten Dienstverfüllung gegen das Interesse des Beamten an einer Weiterbeschäftigung abgewogen werden. Im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips kommt dem Erfordernis der Ermahnung wesentliche Bedeutung zu: Auch im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses durch Nichtwiederwahl muss der Beamte grundsätzlich vorgängig ermahnt und ihm Gelegenheit geboten worden sein, sich zu bessern (vgl. zum Ganzen: Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 20. September 1993, zitiert in: Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 491 f., mit Hinweisen). (...)

5. Den erheblichen Bedenken gegenüber der Unterrichtsqualität des Beschwerdeführers sowie seinen Schwächen in der Kommunikation mit der Schulleitung steht somit das private Interesse an einer Weiterbeschäftigung gegenüber.

a) Das Gutachten von Dr. M. sowie die Eindrücke des Ausschusses der Aufsichtskommission belegen, dass die Unterrichtsqualität des Beschwerdeführers jedenfalls für die Gymnasialstufe ungenügend war. Obwohl der Gutachter nicht ausschliesst, dass eine fachlich-didaktische Weiterbildung die erforderliche Besserung bringen könnte, muss – unabhängig von Qualifikationen des Beschwerdeführers in anderen Bereichen – die festgestellte Untauglichkeit grundsätzlich als genügender sachlicher Grund gewertet werden, welcher eine Nichtwiederwahl zu rechtfertigen vermag. Dies gilt umso mehr, als der Gutachter die Entwicklungsfähigkeit des Beschwerdeführers für schwer beurteilbar hält. Die Schwächen in der Kommunikation mit der Schulleitung erscheinen demgegenüber von deutlich untergeordneter Bedeutung.

b) aa) Wie gesehen (vgl. Erw. 2/a hievor), kommt im Rahmen der Interessenabwägung dem Erfordernis der Ermahnung eine wesentliche Bedeutung zu: Der Betroffene muss grundsätzlich vorgängig der Nichtwiederwahl auf sein Ungenügen hingewiesen und ihm Gelegenheit geboten worden sein, sich zu bessern (vgl. zusätzlich: BJM 1994, S. 101, mit zahlreichen Hinweisen). Von diesem Erfordernis, welches sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt, sind lediglich Fälle ausgenommen, in denen sich der Beamte völlig untragbar gemacht oder in denen er eine Dienstauffassung an den

Tag gelegt hat, welche der wohlverstandenen Dienstpflicht völlig zuwiderläuft, so dass eine Ermahnung nach allgemeiner Lebenserfahrung als untaugliche Massnahme erscheint. Eine Ermahnung kann auch dann unterbleiben, wenn es sich um ein Verhalten kurz vor der Wiederwahl handelt und deshalb die für eine Bewährung erforderliche Zeit fehlt (BJM 1994, S. 101 mit Hinweisen).

bb) Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, vom Erfordernis einer Ermahnung und gleichzeitigen Einräumung einer Bewährungsmöglichkeit abzusehen. Dies gilt um so mehr, als – wie erwähnt – die privaten Interessen des Beschwerdeführers sehr hoch einzustufen sind. Es kann keine Rede davon sein, dass er sich völlig untragbar gemacht oder eine inakzeptable Dienstauffassung an den Tag gelegt hätte. Hinzu kommt, dass der Gutachter nicht ausschloss, dass der Beschwerdeführer mit entsprechender Weiterbildung das notwendige Kompetenzprofil erreichen könnte; es lässt sich daher nicht argumentieren, eine Besserung sei ohnehin nicht zu erwarten gewesen. Schliesslich hätte selbst nach Vorliegen des Gutachtens genügend Zeit bestanden, um dem Beschwerdeführer noch vor dem Wiederwahltermin eine Bewährungschance einzuräumen; jedenfalls wäre es durchaus möglich gewesen, nach erfolgter Pensenreduktion seitens der Schulleitung einen Antrag auf Nichtwiederwahl zu stellen und diesen unter den Vorbehalt wesentlicher Besserungen zu stellen, im Folgenden die Unterrichtstätigkeit des Beschwerdeführers bis Ende 2001 weiter zu überprüfen und anschliessend den Antrag entsprechend zu ergänzen. Es wäre allenfalls auch denkbar gewesen, den Beschwerdeführer bloss provisorisch wiederzuwählen (BGE 119 Ib 101 mit Hinweisen) und seine längerfristige Beschäftigung von der Qualität des Unterrichts abhängig zu machen.

cc) Mit Beschluss des Regierungsrats vom 21. Juni 2000 wurde für das Schuljahr 2000/2001 das Pensum des Beschwerdeführers auf 12 Lektionen pro Woche festgelegt und ihm gleichzeitig die Auflage erteilt, innert Jahresfrist eine Weiterbildung zu absolvieren. Rückblickend muss festgehalten werden, dass ihm mit diesem Beschluss keine Chance zur Besserung eingeräumt wurde: Gemäss Aussage des Rektors der Kantonsschule Y. wurde die Unterrichtsführung im Schuljahr 2000/2001 gar nicht mehr überprüft, da ohnehin eine

Nichtwiederwahl beantragt wurde. Der Beschluss betreffend Pensensreduktion stellt somit keine Ermahnung dar, mit welcher dem Beschwerdeführer die Möglichkeit geboten worden wäre, sich zu bewähren. Dies gilt auch in Bezug auf die Zustellung des Gutachtens verbunden mit der Ankündigung, dass das Pensum reduziert werde; nach diesem Zeitpunkt fand keine Überprüfung der Unterrichtsführung mehr statt.

Weitere schriftliche Erklärungen, welche als Ermahnung des Beschwerdeführers betreffend seiner Unterrichtstätigkeit interpretiert werden könnten, sind nicht erkennbar. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf das Schreiben vom 10. Mai 1999: Die Unterrichtsführung ist darin nur von sekundärer Bedeutung (in erster Linie geht es um den Vorwurf des Alkoholmissbrauchs); die Kritik, welche sich auf zwei Sätze beschränkt ("Anlass zur Kritik gab auch verschiedentlich Deine Unterrichtsführung: Die Studierenden haben von Langeweile gesprochen, auch davon, dass Du hin und wieder aus der Stunde gehst"), ist bloss indirekt formuliert und wenig konkret. Schliesslich wurde im erwähnten Schreiben nur eine genauere Unterrichtsüberprüfung angeordnet bzw. keine eigentliche Beanstandung vorgenommen.

Der Beschwerdeführer wurde am 21. Juni 2000 durch K.W. und B.D. über die Resultate der Schulbesuche des Ausschusses der Aufsichtskommission orientiert; zuvor erfolgten keine Feed-backs. Da – wie erwähnt – im Schuljahr 2000/2001 keine Überprüfung der Unterrichtstätigkeit des Beschwerdeführers mehr erfolgte, war es ihm unmöglich, sich aufgrund der geäusserten Beanstandungen zu verbessern und zu bewähren. Die Unterredung kann somit ebenfalls nicht als Ermahnung einschliesslich der Einräumung einer Besserungschance angesehen werden. Dasselbe ergibt sich in Bezug auf die 1999 und früher erfolgten Gespräche zwischen dem Rektor der Kantonsschule Z. und dem Beschwerdeführer. Einerseits ist deren Inhalt weitgehend umstritten, anderseits waren sie – analog zum erwähnten Schreiben vom 10. Mai 1999 – geprägt von (noch) nicht objektivierten Aussagen Dritter. Der Rektor selber hat denn auch anlässlich der Verhandlung die Frage, ob der Beschwerdeführer je formell ermahnt worden sei, verneint.

dd) Somit ergibt sich, dass in Bezug auf den Hauptvorwurf, nämlich die ungenügende Unterrichtsführung, der Beschwerdeführer nie rechtsgenügend ermahnt bzw. ihm nie eine echte Gelegenheit zur Besserung eingeräumt wurde. Dieselbe Beurteilung ergibt sich auch im Zusammenhang mit dem Vorwurf mangelhafter Kommunikation, welche aber für sich allein kaum eine Nichtwiederwahl zu rechtfertigen vermöchte. Die beanstandete Nichtwiederwahl des Beschwerdeführers erweist sich dementsprechend als unverhältnismässig und damit als ungerechtfertigt.

6. a) Die Entschädigung gemäss § 12 PersG "bemisst sich nach den Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung des Schweizerischen Obligationenrechts". Die Entschädigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung wird vom Richter "unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für 6 Monate entspricht" (336a Abs. 2 Satz 1 OR). Bei der Bemessung der Entschädigung ist in erster Linie die objektive Schwere der Rechtsverletzung massgebend, die ihrerseits abhängt von der Enge der arbeitsvertraglichen Beziehungen, dem Zeitpunkt der Kündigung, der Art, wie die Kündigung erteilt wurde und der Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten. Zu berücksichtigen ist auch das subjektive Verschulden und die soziale und wirtschaftliche Lage des Kündigenden; unmassgeblich sind demgegenüber die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Gekündigten und die wirtschaftlichen Auswirkungen bei demselben (Adrian Stähelin, Zürcher Kommentar, Art. 319 – 362 OR, Bern 1985, Art. 336a N 6 f. mit Hinweisen). Uneinheitlich ist die Rechtsprechung zur Frage, ob sich die Dauer des Arbeitsverhältnisses direkt auf die Höhe der Entschädigung auswirken kann; jedenfalls darf eine besonders kurze Dauer nicht als Argument für eine Kürzung der Entschädigung dienen (BGE 123 III 256 mit Hinweisen). In der Praxis werden vorwiegend Entschädigungen von höchstens ein bis drei Monatslöhnen ausgesprochen (Stähelin, a.a.O., Art. 336a N 6; Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319 – 343 OR, 2. Auflage, Bern 1996, Art. 336a N 2; je mit Hinweisen). Massgebend für die Berechnung der Entschädigung ist der Bruttolohn ohne Sozialabzüge; die nur ein- oder zweimal zahlbaren

Zulagen, z.B. Gratifikationen, sind anteilmässig zuzurechnen (Stähelin, a.a.O., 336a N 6).

b) Vorab ist wesentlich, dass sachliche Gründe vorlagen, welche grundsätzlich geeignet waren, eine Nichtwiederwahl des Beschwerdeführers zu rechtfertigen. Trotz fehlender Ermahnung bzw. trotz fehlender Gelegenheit zur Besserung ist daher die Entschädigung eher tief anzusetzen. Dies gilt um so mehr, als es sich um eine Nichtwiederwahl am Ende der Amtsperiode und nicht um eine Entlassung während derselben handelte und daher der Eingriff in die Persönlichkeit des Beschwerdeführers als eher gering anzusehen ist. Erschwerend kommt höchstens die langjährige Dauer des Arbeitsverhältnisses hinzu.

Der Beschwerdeführer begründet sein Begehren auf eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen mit dem "unfairen Vorgehen der Behörden", dem "ausserordentlich langwierigen und (...) belastenden Verfahren", dem "widersprüchlichen Verhalten" des Regierungsrates und dessen "fehlender Bereitschaft, auf angeblich frühere Vergleichsangebote (Sabbat-Jahr)" zurückzukommen. Der pauschale Vorwurf des unfairen Vorgehens ist indessen in keiner Art und Weise belegt und daher unbeachtlich. Dasselbe gilt im Übrigen auch für den Vorwurf der Verletzung der Rechtsgleichheit, lagen doch sachliche Gründe für eine Nichtwiederwahl vor; vergleichbare Fälle, in denen es zu einer Wiederwahl gekommen wäre, werden vom Beschwerdeführer nicht dargetan und sind nicht erkennbar. Ebenso wenig nachvollziehbar ist der Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens; entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers kann im Beschluss betreffend Pensenreduktion keine Zusicherung einer Wiederwahl erblickt werden. Ein eigentliches "Sabbat-Jahr" wurde dem Beschwerdeführer nie angeboten; die Behauptung, es habe an der Bereitschaft gefehlt, auf das entsprechende Angebot zurückzukommen, erweist sich somit als haltlos. Schliesslich ist wesentlich, dass ein Verfahren betreffend Nichtwiederwahl per se langwierig und belastend ist; zusätzliche Erschwernisse sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

Insgesamt erscheint die Zusprechung einer Entschädigung in der Höhe eines Monatslohnes, inkl. dem entsprechenden Anteil am



13. Monatslohn, als angemessen. Dabei rechtfertigt es sich, vom Lohn auszugehen, welcher der Beschwerdeführer in seinem letzten Schuljahr mit einem Pensum von 12 Lektionen/Woche erhielt.



## 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-