

I. Nichtwiederwahl

117 Nichtwiederwahl. Anspruch auf Entschädigung.

- Wird der Entscheid einer nach bisherigem Recht zuständigen Rechtsmittelinstanz nach Inkrafttreten des Personalgesetzes eröffnet, beurteilt sich die Zuständigkeit der nächsthöheren Instanz nach dem Personalgesetz (Erw. I/1/c).
- Dem Personalrekursgericht ist es verwehrt, eine Wiederwahl anzuordnen. Auf den entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin darf nicht eingetreten werden (Erw. I/2/a).
- Gemeindeangestellte, welche durch Verfügung angestellt sind, haben im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung oder Nichtwiederwahl einen Entschädigungsanspruch analog zu § 12 PersG (Erw. I/2/b/aa); das entsprechende Begehren muss im Beschwerdeverfahren gestellt werden (Erw. I/2/b/bb).
- Kognition des Personalrekursgerichtes; Ermessensüberprüfung bejaht (Erw. I/3).
- Im Beschwerde- und Klageverfahren vor Personalrekursgericht werden auch bei Streitwerten unter Fr. 30'000.-- Kosten erhoben; keine analoge Anwendung von Art. 343 OR und § 369 ZPO (Erw. III/1).

Aus dem Entscheid des Personalrekursgerichts vom 17. Dezember 2001 / 21. Januar 2002. in Sachen J.B. gegen den Entscheid des Departements des Innern des Kantons Aargau (Gemeindeabteilung) vom 27. Juni 2001 (BE.2001.50002).

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin wurde im Jahre 1998 im Alter von 68 Jahren als Blockflötenlehrerin für das Schuljahr 1998/1999 an die

Musikschule U. gewählt. Für die Schuljahre 1999/2000 und 2000/2001 erfolgte je eine Wiederwahl.

Am 22. Januar 2001 erliessen der Gemeinderat und die Schulpflege U. einen Beschluss betreffend Nichtwiederwahl. Dagegen liess die Beschwerdeführerin am 1. März 2001 Verwaltungsbeschwerde beim Departement des Innern führen. Mit Entscheid vom 27. Juni 2001 wies das Departement des Innern (Gemeindeabteilung) die Beschwerde ab.

Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin am 24. Juli 2001 fristgerecht Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Aargau einreichen und beantragen, die Verfügung des Gemeinderates U. sowie der Entscheid des Departementes des Innern des Kantons Aargau sei aufzuheben und sie sei als Musikschullehrerin wiederzuwählen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Anlässlich der Verhandlung vom 17. Dezember 2001 liess die Beschwerdeführerin subeventualiter beantragen, es sei festzustellen, dass ihre Nichtwiederwahl widerrechtlich gewesen sei und es sei ihr eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu bezahlen.

Aus den Erwägungen

I. 1. a) Der lehrplanmässige Instrumentalunterricht wird an der Oberstufe der Volksschule erteilt (§ 1 Verordnung über den Instrumentalunterricht vom 14. März 1988 [SAR 421.391]). Über den lehrplanmässigen Unterricht hinaus können die Gemeinden für die musikalische Grundschulung besondere Einrichtungen führen (§ 17 SchulG). Musikschulen für die Unter- und Mittelstufe sind somit kommunale Institutionen; deren Lehrkräfte werden folglich von der Gemeinde nach kommunalem Recht angestellt.

Gemäss (Wieder-) Wahlverfügung für das Schuljahr 2000/2001 wurde die Beschwerdeführerin gewählt für das Fach "Blockflöte US" (= Blockflöte Unterstufe). Entsprechend den obigen Ausführungen war sie somit Gemeindeangestellte. Dies ergibt sich auch daraus, dass sie nicht auf der kantonalen Lohnliste figuriert und die Wahlver-

fügung nicht vom Departement für Bildung, Kultur und Sport (BKS) bestätigt werden musste.

b) Es ist unbestritten, dass das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin mit der Gemeinde U. öffentlichrechtlicher Natur war und nicht auf Vertrag, sondern auf Verfügung basierte. Gemäss § 48 Abs. 1 PersG gelten bei Streitigkeiten aus einem öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis zwischen Gemeinden und ihren Mitarbeitenden die Bestimmungen über das gerichtliche Klage- und Beschwerdeverfahren gemäss §§ 39 und 40 PersG; das Schlichtungsverfahren nach § 37 PersG entfällt. Gegen die Verfügung des letztinstanzlich zuständigen Organs der Gemeinde kann somit direkt beim Personalrekursgericht Beschwerde geführt werden. Damit entfällt der bisherige Instanzenweg (1. Rechtsmittelinstanz: Departement des Innern, Gemeindeabteilung; 2. Rechtsmittelinstanz: Regierungsrat; vgl. § 109 GG).

c) Das Personalgesetz trat am 1. April 2001 in Kraft (Regierungsratsbeschluss vom 27. September 2000, AGS 2000, S. 248). Die Übergangsbestimmungen enthalten in Bezug auf den Rechtsschutz für das Personal von Gemeinden keine ausdrücklichen Vorschriften.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind neue Verfahrensvorschriften grundsätzlich sofort und uneingeschränkt anzuwenden, wenn die Kontinuität des materiellen Rechts dadurch nicht gefährdet wird und Übergangsbestimmungen nicht ausdrücklich etwas anderes vorsehen (BGE 115 II 101). In Bezug auf Rechtsmittelverfahren wird auf den Zeitpunkt der Eröffnung der anfechtbaren Verfügungen und Entscheide abgestellt: Findet die Eröffnung vor dem Inkrafttreten des neuen Prozessrechtes statt, so findet das alte, im andern Falle das neue Recht Anwendung (Alfred Kölz, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, in: ZSR 102 (1983) II, S. 222 ff. mit Hinweisen). Für die Zuständigkeitsfrage folgt daraus, dass die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts mit einem Rechtsmittel befasste Instanz zuständig bleibt, auch wenn das neue Recht die Zuständigkeit anders ordnet, und dass sich die Zuständigkeit der nächsthöheren Instanz jedenfalls dann nach Massgabe des neuen Rechts beurteilt, wenn dieses in Kraft getreten ist, bevor die Rechtsmittelfrist zu lau-

fen begonnen hat (BVR 1986, S. 263 mit Hinweisen). Diesen Darlegungen entspricht die Regelung in § 87 VRPG, wonach die beim Inkrafttreten des Verwaltungsrechtspflegegesetzes bereits angehobenen Verfahren nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden und sich für Verfügungen und Entscheide, die nach Inkrafttreten des Verwaltungsrechtspflegegesetzes eröffnet werden, die Weiterziehbarkeit und das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz nach neuem Recht bestimmt.

Es besteht kein Grund, im Zusammenhang mit den Rechtsschutzbestimmungen des Personalgesetzes von den dargelegten Grundsätzen bzw. der Regelung in § 87 VRPG abzuweichen. Die Weiterziehbarkeit des angefochtenen Entscheids des Departements des Innern richtet sich somit nach dem Personalgesetz, da er erst nach dessen Inkrafttreten eröffnet wurde.

d) Aufgrund der obigen Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin Gemeindeangestellte war und sich das Beschwerdeverfahren nunmehr, d.h. nach der Eröffnung des angefochtenen (Beschwerde-) Entscheids, nach dem Personalgesetz richtet. Dementsprechend ist das Personalrekursgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig.

2. a) Die Beschwerdeführerin verlangt im Hauptpunkt, sie sei für die Amtsperiode 2001/2002 wiederzuwählen bzw. es sei ihre entsprechende Wiederwahl durch die zuständigen Gemeindeorgane anzuordnen. Es ist zu prüfen, ob das Personalrekursgericht befugt ist, eine Wiederwahl anzuordnen bzw. selbst vorzunehmen, mithin, ob auf den Hauptantrag der Beschwerdeführerin eingetreten werden darf.

aa) Wie bereits ausgeführt, war die Beschwerdeführerin nach kommunalem Recht angestellt. Auf die an den Schulen von U. tätigen Musiklehrer findet das Reglement über das Anstellungsverhältnis der Musiklehrer und des Schulleiters der Musikschule U. vom 2. Dezember 1994 (RAM) Anwendung (§ 1). Sofern dieses Reglement eine Frage nicht regelt, ist das Dienst- und Besoldungsreglement der Gemeinde U. vom 23. November 1990 (DBR) anzuwenden (§ 2 RAM). Enthalten diese Reglemente Lücken, gelten nach § 50 GG sinngemäss die Bestimmungen des kantonalen

Personalrechts, d.h. insbesondere das Personalgesetz. Die Verordnung über das Verfahren zur Besetzung der Lehrstellen und zur Wahl der Lehrer an der Volksschule vom 14. September 1987 (Lehrerwahlverordnung; SAR 411.113), das Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an öffentlichen Schulen vom 24. November 1971 (Lehrerbesoldungsdekret I; SAR 411.110) und das Dekret über das Dienstverhältnis und die Besoldungen der Fachlehrer, Lehrbeauftragten und Stellvertreter, die Entschädigung für die Schulämter, den freiwilligen Schulsport und die Überstunden an öffentlichen Schulen vom 5. November 1991 (Lehrerbesoldungsdekret II; SAR 411.120) kommen hingegen nicht zur Anwendung, da sie sich ausschliesslich auf die Lehrerinnen und Lehrer an den öffentlichen Schulen des Kantons beziehen.

bb) Gemäss § 5 Ziff. 2 RAM besteht kein Anspruch auf Wiederwahl. Diese Formulierung ist Ausdruck der älteren Lehre und Rechtsprechung, wonach die Wahlbehörde völlig frei war, ob sie einen Beamten wiederwählen wolle oder nicht (Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 136). Seit längerer Zeit ist jedoch anerkannt, dass die Wahlbehörde das Willkürverbot nach Art. 9 BV (vgl. auch Art. 4 aBV) und den Grundsatz der Ausübung des pflichtgemässen Ermessens beachten muss. Eine Nichtwiederwahl darf somit nur aus einem sachlichen Grund erfolgen; ein wichtiger Grund oder gar ein Verschulden ist jedoch im Gegensatz zur vorzeitigen Entlassung während der Amtsdauer nicht erforderlich (AGVE 1989, S. 117, 1982, S. 485; Peter Köfer, Das Recht des Staatspersonals im Kanton Aargau, Zürcher Diss., Aarau 1980, S. 113; Peter Hänni, Beendigung öffentlicher Dienstverhältnisse, in: Thomas Geiser / Peter Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Basel / Frankfurt a.M. 1997, S. 179). Nach der neueren einhelligen Lehre ergibt sich daraus ein bedingter Anspruch auf Wiederwahl, sofern der Beamte dem Amt genügt und weiterhin genügen wird (Michel, a.a.O., S. 141; Köfer, a.a.O., S. 113; Evi Schwarzenbach Heusser, Das Personalrecht des Kantons Thurgau, Diss. Zürich 1998, S. 119, 138; Hänni, a.a.O., S. 180; Tobias Jaag, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 178; Michael Merker, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aar-

gausischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich 1998, § 55 N 31).

Die Gemeinden sind grundsätzlich frei in der Ausgestaltung ihres Personalrechts (§ 50 GG), jedoch nur im Rahmen des Bundes- und des kantonalen Rechts (Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage. Zürich 1998, Rz. 1101). Indem das kommunale Recht in § 5 Ziff. 2 RAM einen Anspruch auf Wiederwahl ausschliesst, widerspricht es verfassungsmässigen Grundsätzen, insbesondere dem Willkürverbot nach Art. 9 BV. Daher ist dieser Bestimmung die Anwendung zu versagen (vgl. Merker, a.a.O., § 68 N 54). Grundsätzlich haben somit auch die Beamtinnen und Beamten der Gemeinde U. einen bedingten Anspruch auf Wiederwahl.

cc) aaa) Die Konsequenz einer widerrechtlichen Nichtwiederwahl kann grundsätzlich darin bestehen, dass die Rechtsmittelinstanz entweder die Wiederwahl anordnet oder die Widerrechtlichkeit feststellt und eine finanzielle Abgeltung zuspricht (Michel, a.a.O., S. 311 ff.). Im Kanton Aargau liess sich bisher eine effektive Wiederwahl auf dem Rechtsmittelweg nicht durchsetzen. Vor Inkrafttreten des Personalgesetzes konnten grundsätzlich nur disziplinarische und administrative Entlassungen ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Dabei war das Verwaltungsgericht nicht befugt, die Entlassung aufzuheben; es konnte lediglich feststellen, ob die Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. Im zweiten Fall konnte im anschließenden Klageverfahren eine Entschädigung verlangt werden (§§ 52, 55, 59 Abs. 2, 63 Ziff. 3 der damals gültigen Fassung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes; AGVE 1982, S. 110 ff.; Merker, a.a.O., § 55 N 11 f. mit Hinweisen). Nichtwiederwahlverfügungen konnten vom Verwaltungsgericht nur auf formelle Fehler überprüft werden (§§ 52, 53 VRPG). Auch in diesen Fällen wurde in Anwendung von § 59 Abs. 2 VRPG eine Wiedereinstellung durch das Gericht als ausgeschlossen erachtet (AGVE 1989, S. 114, 1986, S. 141). Das Verwaltungsgericht hielt sich demnach in keinem Fall für zuständig, eine Entlassungs- bzw. Nichtwiederwahlverfügung aufzuheben, sondern stellte höchstens deren Widerrechtlichkeit fest. Die Verwaltungsbehörden waren zwar befugt, Nichtwiederwahlverfügungen

auch auf materielle Fehler zu überprüfen (§ 45 VRPG), sie wandten jedoch § 59 Abs. 2 VRPG analog an (AGVE 1993, S. 536 f. betreffend eine kommunale Angestellte). Die Rechtsprechung wurde in den genannten Entscheiden durchwegs damit begründet, dass mit Rücksicht auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer Behörde nicht zugemutet werden solle, einen entlassenen bzw. nicht wiedergewählten Beamten gegen ihren Willen weiter im Dienst zu behalten. (Anmerkung: Im Folgenden wird sowohl für Entlassungen als auch für Nichtwiederwahlen der Oberbegriff "Entlassung" verwendet.)

bbb) Gemäss Personalgesetz werden kantonale Mitarbeitende, sofern sie nicht vom Volk oder vom Grossen Rat auf Amtsdauer gewählt werden, ausschliesslich vertraglich angestellt (§ 3 PersG). Eine Kündigung erfolgt dementsprechend nicht in der Form einer Verfügung, sondern ist vertraglicher Natur (§ 48 Abs. 2 PLV). Vertragliche Streitigkeiten sind im Klageverfahren zu beurteilen (§ 39 lit. a PersG). Bereits aus dieser prozessualen Konzeption ergibt sich, dass grundsätzlich keine Aufhebung der Kündigung verlangt werden kann. Hinzu kommt die ausdrückliche materiell-rechtliche Bestimmung in § 12 PersG, wonach bei widerrechtlich erfolgter Kündigung dem Betroffenen lediglich ein Entschädigungsanspruch zusteht. Das vertraglich angestellte Personal besitzt somit auch nach neuem Personalgesetz im Falle einer widerrechtlichen Auflösung des Dienstverhältnisses keinen Anspruch auf eine Wiedereinstellung. Der Gesetzgeber begründete diese Lösung entsprechend der erwähnten früheren Rechtsprechung damit, dass es aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Praxis erfahrungsgemäss schwierig sei, den Betroffenen auf eine für alle Seiten befriedigende Art und Weise weiter zu beschäftigen (Botschaft des Regierungsrates vom 19. Mai 1999 zur 1. Beratung des Personalgesetzes [Botschaft I Personalgesetz], S. 21; Protokoll des Grossen Rates vom 19. Oktober 1999, S. 2252 f. und vom 16. Mai 2000, S. 3050 f.).

ccc) Die materiellen Bestimmungen des Personalgesetzes beziehen sich grundsätzlich nur auf kantonale Mitarbeitende. Es wird somit weiterhin Gemeindeangestellte geben, welche per Verfügung

angestellt bzw. gewählt und folgerichtig per Verfügung entlassen werden. Zudem ist bekannt, dass es zumindest zur Zeit auch kantonale Mitarbeitende gibt (z.B. Kantonsschullehrer, vgl. Verfügung des Präsidenten des Personalrekursgerichts vom 19. Juni 2001 i.S. A. K.), welche entgegen der Konzeption von § 3 PersG nicht vom Volk oder vom Grossen Rat auf Amtsdauer gewählt und dennoch mittels Verfügung und nicht mittels Vertrag angestellt sind.

Gemäss Personalgesetz können sämtliche personalrechtlichen Verfügungen der kantonalen Anstellungsbehörden (§§ 38 und 40 PersG) sowie der Gemeinden (§ 48 PersG) - somit auch Entlassungs- und Nichtwiederwahlverfügungen - mit Beschwerde an das Personalrekursgericht weitergezogen werden. § 59 VRPG wurde mit Inkrafttreten des Personalgesetzes aufgehoben (§ 50 Abs. 2 PersG); eine prozessrechtliche Bestimmung, welche die Aufhebung einer rechtswidrigen Entlassungsverfügung ausschliessen würde, existiert nicht mehr.

Obwohl nunmehr alle Verfügungen mit Beschwerde an das Personalrekursgericht weitergezogen werden können und keine ausdrückliche Einschränkung gemäss dem aufgehobenen § 59 VRPG mehr besteht, bleibt nach Auffassung einer Mehrheit des Gerichts die Anordnung der Wiedereinstellung von rechtswidrig entlassenen, mit Verfügung angestellten Mitarbeitenden ausgeschlossen. Massgebend für diese Beurteilung ist vorab, dass die prozessuale Konzeption nicht mit materiellrechtlichen Folgen verknüpft werden darf. Der Grundsatz, wonach sämtliche personalrechtlichen Verfügungen letztinstanzlich an das Personalrekursgericht weiterziehbar sind, ist unabhängig davon gewährleistet, ob das Gericht eine Wiedereinstellung vornehmen oder bloss die Widerrechtlichkeit feststellen kann (mit Entschädigungsfolge). Entsprechend ist aufgrund der generellen Beschwerdemöglichkeit nicht zwingend darauf zu schliessen, dass die Widerrechtlichkeit eine Aufhebung der Verfügung zur Folge haben muss. Dies gilt um so mehr, als sich aus den Materialien ergibt, dass §§ 55 und 59 VRPG nur deshalb gestrichen wurden, weil der Gesetzgeber auch Disziplinarfälle neu dem Personalrekursgericht unterstellen wollte (Botschaft I Personalgesetz, S. 32).

Das Personalgesetz enthält keinerlei Bestimmungen betreffend die materiell-rechtlichen Folgen einer erfolgreichen Beschwerde gegen eine widerrechtliche Entlassungsverfügung (betreffend die materiell-rechtlichen Folgen einer erfolgreichen Klage gegen eine widerrechtliche Kündigung vgl. demgegenüber § 12 PersG). Es liegt somit eine Gesetzeslücke vor (vgl. Häfelin / Müller, a.a.O., Rz. 200 f.; Hans Rudolf Schwarzenbach-Hanhart, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 11. Auflage, Bern 1997, S. 62 f.). Es besteht nicht der geringste Hinweis darauf, dass der kantonale Gesetzgeber den Grundsatz, dass in einem Rechtsmittelentscheid keine Wiedereinstellung angeordnet werden kann, hätte aufgeben bzw. nur auf vertraglich angestellte Mitarbeitende hätte beschränken wollen. Dies gilt um so mehr, als der massgebende Grundgedanke, wonach aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anordnung einer Weiterbeschäftigung nicht opportun ist (vgl. oben lit. bbb), in gleichem Masse für sämtliche, auf Vertrag oder auf Verfügung beruhende Anstellungsverhältnisse Geltung beansprucht. Entsprechend muss die erwähnte Gesetzeslücke dadurch geschlossen werden, dass es dem Personalrekursgericht grundsätzlich verwehrt ist, eine widerrechtliche Entlassungsverfügung aufzuheben und die Wiedereinstellung anzuordnen. Dabei kann vorliegend offen gelassen werden, ob sich eine Ausnahme rechtfertigt, wenn das kommunale Recht ausdrücklich statuiert, dass eine widerrechtliche Entlassung die Wiedereinstellung zur Folge habe. Ebenfalls offen bleiben kann, inwiefern eine (unechte) Ausnahme zu bejahen ist in Fällen, in denen die Verfügung nichtig ist (Merker, a.a.O., § 59 N 14; Verwaltungsgericht Zürich, in: ZBl 102 / 2001, S. 583 f.).

ddd) Eine Minderheit des Gerichts hält demgegenüber dafür, dass fehlerhafte Verfügungen nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts auf Anfechtung hin in der Regel aufzuheben sind (Michel, a.a.O., S. 311 mit Hinweisen). Wird eine rechtswidrige Verfügung, mit welcher das Dienstverhältnis beendet werden soll, aufgehoben, so hat dies den Fortbestand desselben zur Folge (vgl. Verwaltungsgericht Zürich, in: ZBl 102 / 2001, S. 611). Soll auf kommunaler Ebene von diesem Grundsatz abgewichen werden, muss

diese Rechtsfolge ausdrücklich gesetzlich verankert sein, zumindest durch eine explizite Verweisung auf § 12 PersG oder auf das Obligationenrecht (Michel, a.a.O., S. 314; Andreas Keiser, Das neue Personalrecht - eine Herausforderung für die Zürcher Gemeinden, in: ZBl 102 / 2001, S. 564, 568). Eine Bestimmung, wonach es der Verwaltungsverwaltung justiz verwehrt ist, die Entlassung aus dem Dienstverhältnis rückgängig zu machen, gibt es nach der Streichung von § 59 Abs. 2 VRPG nicht mehr. Von der Mehrheit des Gerichts wird diese Argumentation abgelehnt, weil sie eine explizite gesetzliche Ausnahmebestimmung als nicht zwingend notwendig erachtet.

dd) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es dem Personalrekursgericht gemäss dem klaren gesetzgeberischen Willen auch unter dem neuen Personalrecht grundsätzlich versagt ist, Entlassungsverfügungen aufzuheben und Wiedereinstellungen anzuordnen (vgl. vorstehend Erw. cc/ccc). Ebenso wenig kann das Personalrekursgericht eine Rückweisung an die Vorinstanz im Sinne von § 58 VRPG mit der Anweisung versehen, es sei eine Wiedereinstellung vorzunehmen, da ihm selber - wie gesehen - diese Befugnis nicht zusteht. Auf die Anträge der Beschwerdeführerin auf Wiederwahl bzw. auf Rückweisung zur Wiederwahl darf somit nicht eingetreten werden.

b) Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat erstmals an der Verhandlung als Subeventualbegehren beantragt, es sei festzustellen, dass die Nichtwiederwahl der Beschwerdeführerin widerrechtlich gewesen sei, und es sei der Beschwerdeführerin eine Entschädigung zuzusprechen. Es fragt sich, ob auf diese neuen Anträge der Beschwerdeführerin eingetreten werden darf.

aa) aaa) Wird einer Mitarbeiterin bzw. einem Mitarbeiter gekündigt und erweist sich die Kündigung nachträglich als widerrechtlich, besteht gemäss § 12 PersG ein Anspruch auf eine Entschädigung analog zu Art. 336a OR. Die §§ 7 - 13 PersG beziehen sich ausschliesslich auf Angestellte, d.h. auf Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren Arbeitsverhältnis durch öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag auf unbefristete oder befristete Dauer begründet wird. Der erwähnte Entschädigungsanspruch gemäss § 12 PersG gilt somit gemäss Gesetzeswortlaut nur für vertraglich angestellte Mitarbeitende des Kantons. Es stellt sich folglich die Frage, ob auch den an-

deren Personalkategorien des Kantons sowie dem Gemeindepersonal, dessen Anstellungsverhältnis auf Verfügung und nicht auf Vertrag beruht, ein Entschädigungsanspruch analog § 12 PersG zusteht.

bbb) Es kann vorliegend offen gelassen werden, inwieweit die Regelung von § 12 PersG analog auf kantonale Beamtinnen und Beamte im Sinne des neuen Personalrechts (§§ 32 ff. PersG) Anwendung findet, insbesondere bei einer ungerechtfertigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 35 PersG oder bei einer ungerechtfertigten Entlassung aus dem Amt gemäss § 36 PersG.

Die Kategorie der kantonalen Mitarbeitenden, welche nicht vom Volk oder vom Grossen Rat auf Amtsdauer gewählt wurden und deren Anstellungsverhältnis dennoch auf einer Verfügung beruht, ist - wie bereits erwähnt (lit. a/cc/cc) - im Personalgesetz nicht vorgesehen. Offensichtlich wurde ihre Existenz vom Gesetzgeber schlechterdings übersehen; vgl. Botschaft I Personalgesetz, S. 11: "Mit Ausnahme der vom Volk oder vom Grossen Rat gewählten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, bei welchen sich der Beamtenstatus notwendigerweise aufdrängt, wird in sämtlichen Personalgruppen und sämtlichen Dienstbereichen vollumfänglich auf das Angestelltenverhältnis übergegangen." Der Umstand, dass die erwähnte Personalkategorie übersehen wurde, zeigt, dass man sie nicht bewusst vom Entschädigungsanspruch nach § 12 PersG ausnehmen wollte. Effektiv ist kein Grund ersichtlich, weshalb dieser (quantitativ geringen) Kategorie von Angestellten im Falle einer ungerechtfertigten Auflösung des Dienstverhältnisses kein Entschädigungsanspruch zustehen sollte. Dies gilt um so mehr, als ihnen auch nach altem Recht gestützt auf § 59 Abs. 2 i.V.m. § 60 Ziff. 3 VRPG ein entsprechender Anspruch zustand. Schliesslich würde der Rechtsschutz in der Form der Beschwerdemöglichkeit gegen eine ungerechtfertigte Entlassung weitestgehend seines Sinnes beraubt, wenn das Gericht weder eine Wiedereinstellung vornehmen noch eine Entschädigung zusprechen könnte (vgl. lit. a/cc/cc hievor), sondern lediglich dazu befugt wäre, die Widerrechtlichkeit der Auflösung des Dienstverhältnisses festzustellen. Aus all diesen Gründen erscheint es zwingend, § 12 PersG auf die nicht vom Volk oder Grossen Rat auf

Amtsdauer gewählten, aber dennoch mit Verfügung angestellten kantonalen Mitarbeitenden analog anzuwenden.

Dieselben Überlegungen gelten auch in bezug auf Gemeindeangestellte, welche per Verfügung angestellt sind. Auch dieser Kategorie von Angestellten stand nach altem Recht im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung ein Entschädigungsanspruch zu (vgl. oben), und es besteht auch hier nicht das geringste Indiz dafür, dass der kantonale Gesetzgeber ihn hätte streichen wollen. Schliesslich würde auch hier der Rechtsschutz weitgehend inhaltsleer, wenn beschwerdeweise lediglich ein Feststellungsbegehren gestellt werden könnte. Bei Gemeindeangestellten, deren Anstellung auf Verfügung beruht und welche widerrechtlich entlassen werden, ist somit § 12 PersG ebenfalls analog anwendbar.

bb) Damit ist weiter zu prüfen, auf welchem Weg eine Entschädigung geltend gemacht werden muss. Vor Inkrafttreten des Personalgesetzes musste ein zu Unrecht entlassener Beamter zunächst Beschwerde erheben. Das Verwaltungsgericht stellte in seinem Entscheid lediglich fest, ob die Entlassung gerechtfertigt war oder nicht. Um eine Entschädigung zu erhalten, musste der Betroffene allenfalls zusätzlich Klage erheben (§ 59 Abs. 2, § 60 Ziff. 3 VRPG). Da § 59 VRPG mit dem neuen Personalgesetz aufgehoben wurde, fragt es sich, ob das Personalrekursgericht nur einen Feststellungsentscheid fällen oder zusätzlich eine Entschädigung zusprechen kann.

aaa) Nach dem Wortlaut von § 39 lit. a PersG ist das Klageverfahren ausgeschlossen, da ein Entschädigungsbegehren aufgrund einer unrechtmässigen Entlassungsverfügung nicht unter den Begriff der "vertraglichen Streitigkeit" fällt. Andererseits liegt keine separate Verfügung der Anstellungsbehörde vor, welche sich explizit über den Entschädigungsanspruch äussern würde.

Bei Entlassungsverfügungen ist die vermögensrechtliche Folge des Lohnverlustes für den Entlassenen automatisch in der entsprechenden Anordnung mit enthalten (Bea Rotach Tomschin, Die Revision des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes, in: ZBl 98/1997, S. 452 FN 82). Einer zusätzlichen Verfügung über die geltend gemachten Forderungen bedarf es daher nicht; vielmehr liegt mit der Entlassungsverfügung bereits auch ein Beschwerdeobjekt betreffend

Entschädigung vor. Daraus ergibt sich, dass die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Entlassung und die entsprechende Entschädigung gleichzeitig mit Beschwerde verlangt werden müssen (vgl. Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 79 N. 2). Es ist demnach ausgeschlossen, eine Entschädigungsforderung im Klageverfahren geltend zu machen oder diesbezüglich eine separate beschwerdefähige Verfügung zu verlangen.

bbb) Eine gleichzeitige Behandlung beider Begehren ist auch aus Gründen der Verfahrensökonomie angezeigt. Einzige Voraussetzung für eine Entschädigung ist die Widerrechtlichkeit einer Entlassung. Die Höhe der Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt (§ 12 PersG i.V.m. Art. 336 a OR). Die Festsetzung einer Entschädigung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die Entlassungsverfügung verursacht damit keinen erheblichen zusätzlichen Aufwand. Es würde sich daher nicht rechtfertigen, die Entschädigungsforderung analog zum früheren § 59 VRPG in ein nachfolgendes Klageverfahren zu verweisen. Die damalige Doppelspurigkeit des Verfahrens wurde denn auch in der Literatur kritisiert (Merker, a.a.O., § 59 N 19). Hingegen ist ein allfälliges Begehren um Schadenersatz aus Staatshaftung zwingend in einem separaten Verfahren zu beurteilen, da in diesem Falle neben der Widerrechtlichkeit der Entlassung abzuklären wäre, ob ein Schaden vorliegt.

ccc) Im Übrigen kann beispielsweise auch im Kanton Zürich das Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren nicht einen blossen Feststellungsentscheid treffen, sondern muss im gleichen Verfahren über die vermögensrechtlichen Folgen entscheiden (Kölz / Bosshart / Röhl, a.a.O., § 80 N 4).

ddd) Zusammenfassend ergibt sich, dass ein Feststellungsbegehren und eine Entschädigungsforderung gleichzeitig mit der Anfechtung der Entlassungsverfügung im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden müssen.

cc) Der Beschwerdeantrag kann nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr beliebig geändert werden. Dies ergibt sich aus der sog. Eventual- bzw. Konzentrationsmaxime, welche besagt, dass die

Parteien ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nur in dem dafür vorgesehenen Prozessabschnitt vorbringen können und später nicht mehr nachholen dürfen (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 67). Das Verwaltungsgericht leitet die Unzulässigkeit der Beschwerdeänderung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist insbesondere aus Sinn und Zweck von § 39 Abs. 2 Satz 1 VRPG ("Die Beschwerdeschrift muss einen Antrag [...] enthalten") ab; andernfalls hätte die Bestimmung kaum einen vernünftigen Sinn (AGVE 1976, S. 317).

Nach der herrschenden Lehre ist der Antrag auf Entschädigung im Antrag auf Wiederwahl nicht mitenthalten, sondern stellt etwas qualitativ Anderes, ein sog. "aliud", dar (Gygi, a.a.O., S. 253; Attilio Gadola, Die reformatio in peius vel melius in der Bundesverwaltungsrechtspflege - eine Übersicht der neuesten Rechtsprechung, in: AJP/PJA 1998, S. 60; René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel / Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1590; anderer Meinung: Andreas Keiser, Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht nach dem revidierten Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, in: ZBl 99 / 1998, S. 215). Insofern erscheint fraglich, ob das Subeventualbegehren, das erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gestellt wurde, zulässig ist bzw. ob darauf eingetreten werden darf. Die Frage kann indessen aufgrund der nachfolgenden Erwägungen im vorliegenden Fall offen bleiben.

dd) *(Aufgrund der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung im vorinstanzlichen Entscheid ist in concreto dennoch auf das Entschädigungsbegehren einzutreten.)*

3. Die Kognition umschreibt, in welcher Art und Weise der Richter die vorgebrachten Rügen zu beurteilen hat. Eine freie oder umfassende Kognition bedeutet, dass das Gericht umfassend prüfen und somit sein Ermessen an dasjenige der vorhergehenden Instanz setzen darf. Eine beschränkte Kognition besteht, wenn dem Gericht in gewissen Bereichen keine Überprüfungsbefugnis zukommt. Ist die Kognition auf die Sachverhalts- und Rechtskontrolle beschränkt, darf das Gericht die Ausübung des Ermessens, welches der Vorinstanz zukommt, nicht überprüfen (Andreas Keiser, Justiziabilität personal-

rechtlicher Entscheide, in: Peter Helbling / Tomas Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 511ff.; Walter Kälin, Das Verfahren der Staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Auflage, Bern 1994, S. 157 ff.).

a) Gemäss § 42 Abs. 2 PersG sind für die Organisation und das Verfahren vor Personalrekursgericht die für das Verwaltungsgericht geltenden Vorschriften anwendbar, soweit keine abweichenden Vorschriften bestehen. Das Personalgesetz enthält keine ausdrücklichen Vorschriften betreffend die Kognition des Personalrekursgerichts.

Die Kognition des Verwaltungsgerichts ist in § 56 VRPG umschrieben. Danach überprüft das Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren die Feststellung des Sachverhalts sowie Rechtsverletzungen (Abs. 1). Eine Überprüfung der Handhabung des Ermessens erfolgt nur, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist; die entsprechenden Fälle sind in § 56 Abs. 2 lit. a - 1 VRPG aufgelistet.

Aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Kognitionsbestimmung im Personalgesetz, des Verweises in § 42 Abs. 2 PersG sowie des Grundsatzes von § 56 Abs. 1 VRPG erscheint der Schluss naheliegend, dass das Personalrekursgericht lediglich befugt ist, die Feststellung des Sachverhaltes sowie Rechtsverletzungen zu überprüfen.

Es fällt indessen auf, dass das Einführungsgesetz zum Ausländerrecht einen umfassenden Verweis auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz enthält (§ 2 EGAR), die Einschränkung der Kognition des Ausländerrekursgerichts auf die Überprüfung von Sachverhaltsfeststellung sowie Rechtsverletzungen aber ausdrücklich statuiert (§ 9 Abs. 2 EGAR). Andererseits verweist das Landwirtschaftsgesetz ebenfalls auf die für das Verwaltungsgericht geltenden Bestimmungen (§ 40 Abs. 3 LwG-AG) und hält gleichzeitig fest, dass die landwirtschaftliche Rekurskommission auch das Ermessen überprüft. Der Gesetzgeber erachtete es somit als unumgänglich, trotz des Verweises auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz bzw. das verwaltungsgerichtliche Verfahren in den erwähnten Erlassen die Kognition der beiden (ebenfalls kantonal letztinstanzlichen) Spezialverwaltungsgerichte ausdrücklich zu regeln. Daraus lässt sich schliessen, dass die Frage der Kognition vom Verweis in § 42 Abs. 2 PersG nicht erfasst wird bzw. diesbezüglich - mangels expliziter Regelung im Personal-

gesetz - eine Gesetzeslücke vorliegt. Hierfür spricht auch der Umstand, dass § 56 VRPG insofern in sich geschlossen ist, als sich der Ausnahmekatalog von Abs. 2 ausdrücklich nur auf Fälle von § 52 VRPG bezieht, mithin ausschliesslich auf Fälle, welche vom Verwaltungsgericht beurteilt werden.

b) aa) In der Botschaft des Regierungsrats vom 16. Februar 2000 zur 2. Beratung des Personalgesetzes (Botschaft II Personalgesetz) wurde in Bezug auf die Kognition Folgendes festgehalten: "Im Zusammenhang mit der Schaffung des Personalrekursgerichtes wurde vereinzelt die Frage der Überprüfungsbefugnis aufgeworfen. Auf Grund der vorliegenden Konzeption wird das Personalrekursgericht über eine umfassende Kognition im Sinne der Ermessenskontrolle verfügen. Dies ist vor allem in denjenigen Fällen eine Selbstverständlichkeit, wo keine Rechtsmittelinstanz dem Personalrekursgericht vorgelagert ist (Klageweg). Der Aufwand der Rechtsmittelinstanzen für den einzelnen Fall wird damit erheblich sein. Das Gericht wird entscheiden, ob es sich in denjenigen Fällen, in welchen eine Vorinstanz mit voller Kognition prüft und entscheidet, Zurückhaltung bei der Prüfung des Ermessens auferlegen will" (S. 22).

Ebenfalls ausdrücklich bejaht wurde die Ermessenskognition durch das Personalrekursgericht im Begleitenden Bericht des Finanzdepartements zum Vernehmlassungsentwurf Lohndekret vom 16. Dezember 1998: "Die Rechtsmittelinstanz soll in der Lage sein, die Streitigkeiten sowohl im Hinblick auf die Sachverhaltsfeststellung, das Ermessen wie auch bezüglich der korrekten Rechtsanwendung zu überprüfen" (S. 15).

Im Rahmen der Beratung des Personalgesetzes in der nichtständigen Grossratskommission "Personalvorlagen" wurden seitens der Vertreter der Verwaltung zum Teil gegenteilige Angaben gemacht (vgl. die Aussagen des Chefs Rechtsdienst Regierungsrat anlässlich der 29./30. Sitzung vom 17. März 2000, Kommissions-Protokoll S. 545 f.). Insbesondere gegenüber dem erwähnten, unmissverständlich formulierten Botschaftstext (die Botschaften werden stets vom Gesamtregierungsrat verabschiedet und sämtlichen Grossrätinnen und Grossräten zugestellt) kann indessen den singulären gegenteli-

gen Aussagen in der zuständigen Grossratskommission zum Vornherein nur eine untergeordnete Bedeutung zugemessen werden.

bb) Im Klageverfahren stellt sich die Frage der Kognition des Gerichts nicht, da in diesem Bereich kein Verwaltungshandeln vorgeht, welches auf seine Rechtmässigkeit überprüft werden muss (Markus Metz, *Der direkte Verwaltungsprozess in der Bundesrechtspflege*, Basel 1980, S. 154; Michael Merker, *Rechtsschutzsysteme im neuen öffentlichen Personalrecht*, in: Helbling / Poledna, a.a.O., S. 485). Dem Personalrekursgericht kommt somit im Klageverfahren stets eine umfassende Kognition zu. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich in den Materialien keine Textstelle finden lässt, wonach die Kognition im Klageverfahren im Vergleich zum Beschwerdeverfahren unterschiedlich wäre. Vielmehr wurde von Regierungsrätin Stéphanie Mörikofer-Zweyzig vor der zuständigen Grossratskommission ausdrücklich festgehalten: "Die Frage, ob man mit einem Verfahren [scil.: dem Klage- oder dem Beschwerdeverfahren] eine Chance hat, hängt nicht vom gewählten Verfahren ab, sondern wir stellen hier lediglich die Weichen für den zu wählenden Rechtsweg. Die Grundfrage, ob jemand einen Anspruch hat, muss auf dem Klage- und Beschwerdeweg gleich zu beantworten sein" (31./32. Sitzung vom 4. April 2000, Kommissions-Protokoll S. 551). Auch insofern legen die Materialien den Schluss nahe, dass im Beschwerdeverfahren eine Ermessenskontrolle erfolgen soll.

cc) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Materialien für eine Ermessenskognition des Personalrekursgerichts im Beschwerdeverfahren sprechen. Ein besonderes Gewicht kommt dabei der Botschaft II zum Personalgesetz zu.

c) aa) Gemäss § 36 Abs. 1 PLV sind für die Lohnanpassungen innerhalb des sog. Leistungsbandes massgebend:

- " a) die für die Leistungshonorierung verfügbare Lohnsumme,
- b) die auf Grund des jährlichen Gesprächs erfolgte Beurteilung der Leistungen der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters,
- c) die aktuelle Lohnposition der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters innerhalb des Leistungsanteils,

d) das pflichtgemässe Ermessen der Anstellungsbehörde."

Aus der Bestimmung ergibt sich, dass bei der konkreten Lohnfestsetzung dem Ermessen der Anstellungsbehörde eine erhebliche Bedeutung zukommt. Dies gilt um so mehr, als die verfügbare Lohnsumme sowie die aktuelle Lohnposition im Voraus feststehen und die Leistungsbeurteilung anhand des DIALOG-Gesprächs nur eine sehr grobe Differenzierung ergibt (Beurteilungen A, B, C oder D). Insofern lässt sich in teleologischer Auslegung aus dem Umstand, dass der Leistungslohn für justiziabel erklärt wurde, darauf schliessen, dass dem Personalrekursgericht in diesem Bereich die Ermessenskognition zusteht; ansonsten würde der Grundsatz der Justiziabilität zu wesentlichen Teilen unterlaufen.

bb) Im Weiteren erscheint relevant, dass mit dem neuen Personalgesetz der Beamtenstatus abgeschafft und ein Leistungslohn mit einer Lohnspanne eingeführt wurde, welche mit 40% relativ gross ist. Als Gegenstück zu diesen liberalen Regelungen sollte der Rechtsschutz ausgebaut werden (vgl. stellvertretend für diverse Stellen in den Materialien die Aussagen von Regierungsrätin Stéfanie Mörikofer-Zwez an der Sitzung der nichtständigen Grossratskommission "Personalvorlagen" vom 17. März 2000, Kommissionsprotokoll S. 544).

Mit der Abschaffung des Beamtenstatus wurde grundsätzlich auch das Disziplinarrecht abgeschafft. "Der repressive verwaltungsrechtliche Sanktionszweck erscheint heute als obsolet, nachdem mit der Abschaffung der Amtsdauer die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Angestellten geändert wird. Das Vertragsrecht bietet diesbezüglich genügend Sanktionsmöglichkeiten" (Botschaft I Personalgesetz, S. 4). Nach altem Recht konnten disziplinarische Verfügungen betreffend vorzeitige Entlassung, Einstellung im Amt oder Versetzung ins Provisorium an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden; dieses nahm eine vollumfängliche Überprüfung inklusive Ermessenskognition vor (§ 56 Abs. 3 i.V. mit § 55 VRPG, welcher mit dem neuen Personalgesetz aufgehoben wurde).

Ausgehend davon, dass mit dem Personalgesetz der Rechtsschutz ausgebaut werden soll und dass bis anhin bezüglich einzelner Disziplinar massnahmen eine gerichtliche Überprüfung mit Ermes-

senskognition möglich war, ergibt sich, dass auch in Bezug auf die vertraglichen Sanktionsmöglichkeiten, welche anstelle der Disziplinar massnahmen treten (keine Lohnerrhöhung bzw. Lohnreduktion, Kündigung), eine Ermessenskontrolle durchzuführen ist. Ein Verzicht auf die Ermessensüberprüfung würde demgegenüber einen Abbau des Rechtsschutzes bedeuten.

cc) In Bezug auf die Gemeinden erscheint wesentlich, dass nach bisherigem Recht sowohl die erste (Departement des Innern, Gemeindeabteilung, § 109 GG) als auch die zweite Beschwerdeinstanz (Regierungsrat, § 109 GG) das Ermessen überprüfen (§ 49 VRPG). Es wäre auch aus diesem Grund ein deutlicher Abbau des Rechtsschutzes, wenn das Personalrekursgericht als nunmehr einzige (kantonale) Beschwerdeinstanz (§ 48 Abs. 1 PersG) keine Ermessensüberprüfung vornehmen würde.

dd) Zusammenfassend spricht die teleologische Auslegung dafür, dass dem Personalrekursgericht eine Ermessenskognition zusteht.

d) Ein Quervergleich zeigt, dass auf Bundesebene die Personalrekurskommission, welche ein Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK darstellt, das Ermessen überprüft (VPB 64.39, Erw. 3/a). In den Kantonen sind demgegenüber die Gerichte weitestgehend darauf beschränkt, die Feststellung des Sachverhalts sowie Rechtsverletzungen zu überprüfen (vgl. Michel, a.a.O., S. 342). Dabei erscheint indessen wesentlich, dass die Konzeptionen der einzelnen Personalgesetze sehr unterschiedlich sind (Beamtenstatus oder Vertragsverhältnis; Spanne des Leistungslohnes; mehr oder weniger ausgebaute Mitarbeiterbeurteilung u.a.).

In der Literatur wird die Ermessenskognition im Personalrecht sehr unterschiedlich beurteilt bzw. zum Teil befürwortet (vgl. u.a. Merker, Rechtsschutzsysteme, a.a.O., S. 480 f.), zum Teil abgelehnt (vgl. u.a. Peter Helbling, Rechtliche Aspekte der leistungsabhängigen Besoldung in: Leistungslohn im öffentlichen Dienst, Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften, Band 27, Bern 1994, S. 129 f.). Soweit in der Lehre darauf hingewiesen wird, dass der der Ermessenskontrolle zugängliche Leistungslohn auf einer regelmässig stattfindenden Mitarbeiterbeur-

teilung in der Verwaltung beruhen müsse (vgl. Felix Hafner, Öffentlicher Dienst im Wandel, in: ZBl 93 / 1992, S. 481 ff. S. 489), ist festzuhalten, dass diese Voraussetzung im Kanton Aargau neuerdings gegeben ist.

Dementsprechend lässt sich festhalten, dass sich im Hinblick auf die Frage, ob dem Personalrekursgericht eine Ermessensüberprüfung zustehen soll oder nicht, weder aus dem Quervergleich mit anderen Personalerlassen noch aus der Literatur relevante Aussagen ableiten lassen.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass die historische sowie die teleologische Auslegung dafür sprechen, dass dem Personalrekursgericht eine Ermessenskontrolle zustehen soll. Dies legt den Schluss nahe, dass der Verweis von § 42 Abs. 2 PersG auf die für das Verwaltungsgericht geltenden Vorschriften sich nicht auch auf § 56 VRPG bzw. die Frage der Kognition bezieht. Vielmehr ist von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes (sog. Lücke) auszugehen und diese derart zu füllen, dass dem Personalrekursgericht die Ermessenskognition zugestanden wird.

In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass die umfassende Überprüfung von (Personal-)Führungsentscheiden nicht unproblematisch ist. Das Personalrekursgericht wird sich daher im Rahmen der Ermessenskognition eine entsprechende Zurückhaltung auferlegen müssen (vgl. hierzu die Praxis der Personalrekurskommission des Bundes, dargestellt in: VPB 60.8, Erw. 3). Die Frage einer derartigen Zurückhaltung ist indessen erst in einem zweiten Schritt zu beantworten (vgl. nachstehend Erw. II/2/b) und darf die Prüfung nicht beeinflussen, ob dem Personalrekursgericht eine Ermessenskognition zusteht oder nicht.

(...)

III. 1. Gemäss § 41 PersG i.V.m. § 33 Abs. 2 VRPG sind im Beschwerdeverfahren in der Regel dem Unterliegenden Kosten aufzuerlegen. Es fragt sich allerdings, ob die Regelung von Art. 343 OR, wonach bei Streitwerten unter Fr. 30'000.-- keine Kosten auferlegt werden dürfen, analog anwendbar ist.

a) § 41 PersG erklärt das Schlichtungsverfahren gemäss § 37 PersG als kostenlos. Im Übrigen wird auf die Bestimmungen des

Verwaltungsrechtspflegegesetzes verwiesen. In Bezug auf die Kosten im Beschwerdeverfahren verweist § 33 Abs. 4 VRPG auf das Verfahrenskostendekret, welches die Bemessung der Gerichts- bzw. Staatsgebühr regelt. Bezüglich der Kosten im Klageverfahren verweist § 37 VRPG auf das Zivilrechtspflegegesetz, welches in § 100 Abs. 2 ebenfalls auf das Verfahrenskostendekret (§§ 7 ff.) verweist. Aufgrund dieser Bestimmungen ergibt sich, dass im Gegensatz zum Schlichtungsverfahren sowohl das Beschwerde- als auch das Klageverfahren grundsätzlich kostenpflichtig sind.

Die Materialien zum Personalgesetz geben bezüglich der Frage der Kostenpflicht nur knappe Hinweise. Gemäss Botschaft I Personalgesetz, S. 29, soll das Verfahren vor dem Personalrekursgericht nicht kostenlos sein und sich nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz richten. Gegenüber der grossrätlichen Kommission wurde seitens Dr. Ulrich Siegrist, Regierungsrat, erwähnt, dass das Verfahren nach der Schlichtungskommission kostenpflichtig sei (vgl. Kommissionsprotokoll vom 6. Juli 1999, S. 159: "Bis und mit der Schlichtungskommission ist es gratis, dann wird es kostenpflichtig."). Zusammenfassend kann aus den Materialien geschlossen werden, dass - in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut - grundsätzlich Verfahrenskosten zu erheben sind.

b) Art. 343 Abs. 3 OR bestimmt, dass in arbeitsrechtlichen Verfahren bis zur Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- den Parteien keine Gebühren oder Auslagen des Gerichts auferlegt werden dürfen. Weder das Personalgesetz noch das Verwaltungsrechtspflegegesetz enthalten eine entsprechende Regelung. Die Materialien geben ebenfalls keinen Hinweis darauf, dass die Streitwertgrenze gemäss Art. 343 Abs. 3 OR im Verfahren vor Personalrekursgericht anwendbar wäre. Ausgehend davon, dass das Beschwerde- sowie das Klageverfahren gemäss § 38 ff. PersG grundsätzlich kostenpflichtig sind, drängt sich der Schluss auf, dass im Unterschied zum arbeitsgerichtlichen Verfahren auch bei Verfahren mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.-- Verfahrenskosten erhoben werden müssen.

aa) Gemäss § 369 ZPO werden im arbeitsgerichtlichen Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.-- weder Gerichtskosten erhoben noch Parteikosten ersetzt (soweit ersichtlich wurde die

Streitwertgrenze noch nicht an die revidierte obligationenrechtliche Bestimmung angepasst). Das öffentliche Dienstrecht ist (auch) Arbeitsrecht. Insofern lässt sich argumentieren, aufgrund der Verweise in § 42 Abs. 2 PersG und § 37 VRPG auf die (Kosten-) Bestimmungen der Zivilprozessordnung gelange § 369 ZPO zur Anwendung; die darin vorgesehene Kostenbefreiung gelte somit auch im (Klage-) Verfahren vor Personalrekursgericht (vgl. Merker, a.a.O., § 67 N 60 ff.).

Das Verwaltungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zur Frage der Kostenbefreiung in personalrechtlichen Verfahren § 369 ZPO nie angewandt. Der entsprechende Verzicht wurde indessen nicht ausdrücklich begründet.

§ 369 ZPO befindet sich im Zweiten Teil der Zivilprozessordnung mit der Bezeichnung "Die besondere Zivilgerichtsbarkeit". Gemäss § 352 ZPO sind die Arbeitsgerichte besondere Zivilgerichte. §§ 354 ff. ZPO beinhalten somit spezifische Bestimmungen für das Arbeitsgericht als besonderes Zivilgericht. Hinzu kommt, dass (auch) das Rechtsschutzverfahren gemäss Personalgesetz spezifisch geregelt ist. Dieses Verfahren ist gegenüber demjenigen vor Arbeitsgericht wesentlich verschieden (vgl. insbesondere den unterschiedlichen Instanzenzug mit Zweiteilung Klage- / Beschwerdeverfahren sowie die spezielle Funktion der Schlichtungskommission). Aus diesen Gründen erscheint es naheliegend, 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. Dies gilt um so mehr, als im Rahmen der regierungsrätlichen Botschaften zum Personalgesetz als auch in den Beratungen in Kommission und Plenum des Grossen Rates nie von einer Analogie zum Verfahren vor Arbeitsgericht die Rede war. Daraus lässt sich schliessen, dass der Gesetzgeber sie auch nicht beabsichtigte.

bb) Wird Art. 343 OR im Bereich des öffentlichen Arbeitsrechts nicht angewandt, so ergibt sich daraus eine Schlechterstellung der öffentlichrechtlichen Angestellten im Verhältnis zu den privatrechtl-

chen. Es ist den öffentlichrechtlichen Angestellten verwehrt, ohne Kostenrisiko die Streitsache durch ein Gericht beurteilen zu lassen (die Schlichtungskommission stellt keine Gerichtsstanz dar, da sie keine Entscheidungsbefugnis hat, sondern lediglich Empfehlungen abgibt). Die Schlechterstellung erscheint stossend, da dem Staat gegenüber seinen Angestellten die selbe "Machtstellung" zukommt wie dem privaten Unternehmen gegenüber seinen Arbeitnehmern (Felix Hafner, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling / Poledna, a.a.O., S. 206). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts kamen denn auch bei Streitigkeiten aus dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis die Kostenregelungen für Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis per Analogie zur Anwendung. Das Verwaltungsgericht führte aus, dass aufgrund des verfassungsmässigen Gebots rechtsgleicher Behandlung die Kostenbefreiung gemäss Art. 343 OR auch bei öffentlichrechtlichen Personalstreitigkeiten gelten müsse (AGVE 1974, S. 163).

Demgegenüber erscheint wesentlich, dass das öffentlichrechtliche und das privatrechtliche Arbeitsverhältnis in verschiedenen Punkten ungleich ausgestaltet sind. Zudem sind - wie gesehen - die entsprechenden Rechtsschutzverfahren in mehreren Punkten unterschiedlich geregelt. Diese Unterschiede rechtfertigen Differenzierungen in Bezug auf die Verfahrenskosten, ohne dass dadurch das Gebot der Rechtsgleichheit verletzt wäre. Aus dem besagten Grundsatz kann somit nicht abgeleitet werden, dass es zwingend wäre, die Regelung von Art. 343 Abs. 2 OR im Verfahren vor Personalrekursgericht anzuwenden.

cc) Das Vorliegen einer Gesetzeslücke (planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes) im Zusammenhang mit der Frage der Kostenlosigkeit im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR muss insbesondere aus zwei Gründen verneint werden: Der Grosse Rat beschloss am 9. Mai 2000 (mithin eine Woche vor der Verabschiedung des Personalgesetzes) die Leitsätze zur Justiz- und Verwaltungsrechtspflege-reform (Projekt Justizreform 2, GR.99.343). Leitsatz 3 hält fest: "Rechtsmittelverfahren sollen in keinem Bereich stets uneingeschränkt kostenlos zur Verfügung stehen. Soweit diesem Leitsatz Bundesrecht entgegensteht, sind Bemühungen, dieses zu revidieren,

zu unterstützen." Entsprechend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Frage des kostenlosen Verfahrens während der Gesetzesberatung "vergessen gegangen" wäre; vielmehr erscheint naheliegend, dass bewusst keine Kostenbefreiung vorgesehen wurde. Weiter erklärte der Grosse Rat am 21. März 2000 die Standesinitiative "zur Einführung der Entgeltlichkeit der Verfahren im Bereich Arbeitsrecht" für erheblich. Auch daraus ist zu schliessen, dass im Personalgesetz bewusst keine Kostenbefreiung vorgesehen wurde.

Schliesslich besteht kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber einen zwingenden Konnex zwischen der Kostenregelung im arbeitsgerichtlichen Verfahren und demjenigen im Verfahren vor Personalrekursgericht gesehen hätte. Mit anderen Worten besteht kein Anlass zur Annahme, der Gesetzgeber hätte für die Dauer der Hängigkeit der Standesinitiative bzw. für den Fall ihres Misserfolges eine analoge Anwendung von Art. 343 Abs. 3 OR festlegen wollen. Dies ist insofern nachvollziehbar, als - wie gesehen - das arbeitsgerichtliche Verfahren und dasjenige vor Personalrekursgericht nicht rechtsgleich ausgestaltet sind.

dd) Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Rechtsnormen, die wegen ihrer allgemeinen Tragweite in allen Rechtsgebieten, im öffentlichen Recht wie im Privatrecht, Geltung haben. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind von den Verfassungsgrundsätzen zu unterscheiden. Sie stehen auf der Stufe der Gesetze. Der Gesetzgeber kann deshalb - anders als bei Verfassungsgrundsätzen - Einschränkungen und Modifikationen vorsehen. Sie dienen der Ausfüllung von Lücken des geschriebenen Rechts (Häfelin / Müller, a.a.O., Rz. 142 ff.).

Die Kostenbefreiung unterhalb der Streitwertgrenze von Art. 343 Abs. 3 OR gilt nicht nur für Streitigkeiten aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, sondern ist auch bei Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen verbreitet. Von der Personalrekurskommission des Bundes werden nach konstanter Praxis keine Kosten erhoben, wenn die Streitwertgrenze von Art. 343 Abs. 3 OR nicht erreicht ist; dieselbe Praxis verfolgte das Bundesgericht vor der Schaffung der Personalrekurskommission (vgl. VPB 60.73 Erw. 5, 59.2 Erw. 5; BGE 108 Ib 424). Auf die Praxis des Verwaltungsgerichts wurde bereits verwiesen. § 80b des zürcherischen Verwal-

tungsrechtspflegegesetzes schreibt explizit die Kostenbefreiung unterhalb der Streitwertgrenze von Fr. 20'000.-- vor. Andererseits besteht weder nach dem bernischen Verwaltungsrechtspflegegesetz noch nach der Praxis hierzu eine entsprechende Kostenbefreiung. In Rechtsprechung und Lehre lässt sich - soweit überschaubar - keine Aussage finden, wonach der Kostenbefreiung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR die Bedeutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zukommen würde.

Unabhängig davon, ob der umstrittenen Kostenbefreiung der Status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes beigemessen werden kann, ist wesentlich, dass eine Anwendung nur auf dem Wege der Lückenfüllung in Betracht käme; eine Lücke liegt aber - wie gesehen - nicht vor. Tatsächlich ergibt sich aber, dass der Regelung kaum der Status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes beigemessen werden kann. Ebensowenig kommt Art. 343 Abs. 3 OR eine derart prioritäre Bedeutung zu, dass gestützt darauf geschlossen werden müsste, der Gesetzgeber sei stillschweigend (sowie abweichend von den erwähnten Beschlussfassungen betreffend Leitsatz 3 des Projekts Justizreform 2 sowie betreffend Standesinitiative) von dessen Anwendbarkeit ausgegangen.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund des Gesetzeswortlauts sowie der Materialien, welche je keine gegenteiligen Aussagen enthalten, davon auszugehen ist, dass im Verfahren vor dem Personalrekursgericht keine Kostenbefreiung i.S. von Art. 343 OR zur Anwendung gelangt. § 369 ZPO bezieht sich ausschliesslich auf das arbeitsgerichtliche Verfahren und ist nicht anwendbar. Eine Gesetzeslücke liegt nicht vor. Aus dem Gebot der Rechtsgleichheit lässt sich keine analoge Anwendung der genannten obligationenrechtlichen Bestimmung ableiten, ebensowenig kommt ihr die Bedeutung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu. Somit sind auch bei Streitwerten von weniger als Fr. 30'000.-- Verfahrenskosten zu erheben.

Dieses Resultat mag stossend wirken. Insbesondere erscheint schwer verständlich, weshalb das neue Personalrecht eine breite Anlehnung an das Obligationenrecht sucht, in der Frage der Verfahrenskosten aber davon abweicht. Für die rechtsuchenden Mitarbeitenden muss dies brüskierend wirken. Zudem stellt nach breit abgestützter

Überzeugung die Aussicht, mit Gerichtskosten konfrontiert zu werden, vor allem für die schwächere Partei ein nicht zu unterschätzendes Hindernis dar, das im Widerspruch zu Sinn und Zweck der materiellen Sozialschutzbestimmungen - wozu auch das Arbeitsrecht gehört - steht (Parlamentarische Initiative Arbeitsrecht, Erhöhung der Streitwertgrenze für kostenlose Verfahren, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 8. Mai 2000, Punkt 4.1.1 Erläuterungen des Entwurfs [Kommissionsmehrheit]). Es ist zumindest fragwürdig, wenn in einem singulären Bereich von dieser Auffassung abgewichen wird. Soweit die massgebende obligationenrechtliche Regelung nicht geändert wird, erschiene folglich eine analoge Regelung naheliegend. Zuständig für deren Erlass wäre aber einzig der Gesetzgeber.

Verwaltungsbehörden

I. Gemeinderecht

118 Bestattungswesen; Gestaltung des Grabsteines; Gleichbehandlung.

Entscheid des Departements des Innern vom 22. März 2001 in Sachen H.M.-C. gegen den Gemeinderat K.

Sachverhalt

Der Beschwerdeführer stellte dem Gemeinderat ein Gesuch um das Aufstellen eines Grabmals für seine Mutter, Frau H.M.-H. Mit Verfügung vom 7. August 2000 wies der Gemeinderat das Gesuch ab, da das beabsichtigte Grabmal gegen § 21 Abs. 3 des Bestattungs- und Friedhofreglementes der Gemeinde K. vom 22. Januar 1990 verstosse.

Am 4. September 2000 reichte der Beschwerdeführer beim Departement des Innern Beschwerde ein mit dem Antrag, der gemeinderätliche Beschluss sei aufzuheben und das Grabmal zu bewilligen. Im Übrigen sei der Gemeinderat auf die fehlende Rechtsmittelbelehrung hinzuweisen. Die Aufhebung der angefochtenen Verfügung begründet der Beschwerdeführer hauptsächlich damit, dass die Nichtbewilligung für das Aufstellen des beabsichtigten Grabsteins insofern willkürlich erfolgt sei und gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstosse, weil in der Vergangenheit andere in Gestalt ähnliche Grabsteine ohne weiteres zugelassen worden seien bzw. gegenwärtig noch zugelassen würden.

Aus den Erwägungen

2. a) Die Verfassung des Kantons Aargau (KV) anerkennt in § 104 Abs. 1 den Bestand der Gemeinden als selbständige Körper-