

Kosten anzuordnen gewesen. Die Weisung, wonach der Kläger zu seinen Lasten ein fachärztliches Gutachten beizubringen habe, erweist sich damit als unzulässig. (...)

Insgesamt kann in der Nichtbeachtung der unzulässigen Weisung auch im Gesamtkontext des übrigen Verhaltens des Klägers kein zureichender sachlicher Kündigungsgrund (...) erblickt werden. (...)

**30 Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses
Zulässigkeit einer Änderungskündigung im öffentlichen Personalrecht
auch ohne explizite gesetzliche Grundlage**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 1. Kammer, vom 29. Oktober 2018, in Sachen A. gegen Einwohnergemeinde B. (WKL.2017.19).

Aus den Erwägungen

II.

2.

Die Änderungskündigung ist eine Unterform der bedingten Kündigung oder zumindest mit dieser verwandt. Zwar ist die Kündigung als einseitige Gestaltungserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich. Gestattet sind aber Bedingungen, über deren Eintritt der Erklärungsempfänger allein entscheiden kann (Potestativbedingungen), somit auch diejenige, dass das Arbeitsverhältnis im Fall der Ablehnung einer Vertragsänderungs-offerte gekündigt wird (ULLIN STREIFF/ADRIAN VAN KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335 N 3; MARCO KAMBER, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Diss. Bern 2014, S. 37). Eine Erscheinungsform der Änderungskündigung ist die aufschiebend bedingte Änderungskündigung im engeren Sinn, bei welcher die initia-

tive Partei dem Vertragspartner gegenüber erklärt, dass sie den Arbeitsvertrag kündigt, wobei die Wirksamkeit der Kündigungserklärung unter der Bedingung stehen soll, dass die gekündigte Partei eine gleichzeitig offerierte Vertragsänderung ausschlägt bzw. innert angesetzter Frist nicht annimmt (KAMBER, a.a.O., S. 35). Mit der Ablehnung oder Nichtannahme der Änderungsofferte tritt die Suspensivbedingung ein, unter welcher die Wirksamkeit der Kündigungserklärung steht. Entsprechend wird die Kündigung – in aller Regel rückwirkend auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung – rechtswirksam. Das Arbeitsverhältnis endet mit Ablauf der Kündigungsfrist (KAMBER, a.a.O., S. 125).

Ein solches Vorgehen wird im privaten Arbeitsrecht trotz der damit verbundenen Druckausübung als grundsätzlich zulässig erachtet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 3), obwohl es dafür im OR keine explizite gesetzliche Grundlage gibt. Weshalb es im öffentlichen Personalrecht anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Dem Umstand, dass die Kündigungsfreiheit im öffentlichen Dienstrecht eingeschränkt ist, indem der öffentliche, anders als der private Arbeitgeber an die Verfassungsprinzipien (Willkürverbot, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit) gebunden ist und eine Kündigung nur aus sachlichen Gründen aussprechen darf (VGE vom 20. Juni 2018 [WKL.2017.13], Erw. II/3.3.1; VGE vom 10. November 2015 [WKL.2015.11], Erw. II/3.1; VGE vom 28. April 2014 [WKL.2014.2], Erw. II/3.3.1; PRGE vom 23. November 2012 [2-KL.2012.1], Erw. II/3.2.3; PRGE vom 17. September 2009 [2-KL.2008.11], Erw. II/1.2; PRGE vom 16. April 2003 [2-KL.2002.50003], Erw. II/2/a mit Hinweis; LGVE 1999 II 3, Erw. 6/c), kann im Rahmen einer Änderungskündigung dadurch Rechnung getragen werden, dass die damit beabsichtigte Vertragsänderung – wie die Vertragsauflösung bei der Vollkündigung – einen sachlichen Grund voraussetzt. Ist ein sachlicher Grund für eine Vertragsänderung gegeben, muss es schon aus Verhältnismässigkeitsgründen möglich sein, anstatt zur (unbedingten) Vollkündigung des bisherigen Anstellungsverhältnisses zu schreiten (und die Stelle hernach neu auszuschreiben), der Gegenseite mit der Kündigung des bisherigen ein neues Anstellungsverhältnis zu veränderten Bedingun-

gen anzubieten. Ein öffentlich-rechtlich Angestellter, der sich als ungeeignet für die von ihm besetzte Stelle erweist, könnte beispielsweise nur davon profitieren, wenn man ihm eine andere Stelle mit einem passenderen Profil anbieten würde, anstatt ihn direkt ohne ein alternatives Stellenangebot zu entlassen.

(...)