

## 13.016 Unrechtmässige Kündigung

Entscheid der Beschwerdekommision FHNW vom 20. August 2014  
(publiziert in AGVE 2016 Nr. 41 S. 247)

- Wird die Unrechtmässigkeit einer Kündigung durch die FHNW festgestellt, führt dies nicht zu einem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses sondern es entsteht ein Recht auf Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 2 Obligationenrecht OR in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen.
- Der Entscheid ist vom Verwaltungsgericht des Kantons Aargau bestätigt worden (WBE.2015.314 Entscheid vom 23. März 2016), wobei vor Verwaltungsgericht die Frage der Rechtsfolgen einer unrechtmässigen Kündigung nicht mehr angefochten und somit nicht zu prüfen war.
- Hingegen hat das Verwaltungsgericht festgehalten, dass Entscheide der Beschwerdekommision über personalrechtliche Streitigkeiten vom Verwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren zu beurteilen sind (E. I/1; vgl. auch WBE.2014.387, Entscheid vom 16. Juli 2015, E. II/3.5.2, AGVE 2016 Nr. 41 S. 247).

### Aus den Erwägungen:

....

2.5.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass keine sachlichen Gründe für die erfolgte Änderungskündigung vorlagen und diese folglich nicht rechtmässig war.

3.

3.1.

Wird eine Kündigung als unrechtmässig auf dem Rechtsmittelweg angefochten und wird ihre Rechtswidrigkeit durch die zuständige Instanz festgestellt, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Es ist deshalb zu klären, ob die Kündigung damit ungültig ist, womit das Arbeitsverhältnis Fortbestand hat, oder ob die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung lediglich finanzielle Folgen (Entschädigungspflicht) nach sich zieht.

Der vorliegende GAV (der FHNW, Red.) hält lediglich im Zusammenhang mit der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Antwort bereit. Stellt die Rekursinstanz fest, dass die vorgebrachten Gründe zwar für eine Entlassung, nicht aber für eine fristlose Auflösung ausreichen, bleibt die Kündigung gültig, doch wird eine angemessene Entschädigung unter Berücksichtigung der nicht eingehaltenen Bewährungs- und Kündigungsfristen festgesetzt (Ziff. 3.11 Abs. 3 GAV). Ursprünglich war im GAV ein Anspruch vorgesehen gewesen auf "angemessene Weiterbeschäftigung an einem gleichwertigen Arbeitsplatz, wenn kein wichtiger Grund für die fristlose Auflösung durch die Anstellungsbehörde und auch kein Grund für eine ordentliche Kündigung vorliegt" (Entwurf vom 29. August 2006). Im Verlaufe der Verhandlungen wurde diese Bestimmung jedoch gestrichen und durch die genannte Regelung mit einem Entschädigungsanspruch ersetzt.

Demgegenüber schweigt sich Ziff. 3.10 GAV über die Rechtsfolgen aus, wenn sich im Anfechtungsverfahren herausstellen sollte, dass keine wesentlichen Gründe gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung für eine ordentliche Kündigung und/oder den Mitarbeitenden keine angemessene Bewährungsfrist gemäss Abs. 4 eingeräumt worden ist. Den Materialien zum GAV lassen sich die Gründe für dieses Schweigen nicht entnehmen.

Im öffentlichen Personalrecht gilt bei unrechtmässiger ordentlicher Kündigung gewöhnlich der Grundsatz "Weiterbeschäftigung vor Entschädigung" (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1558), wobei dieser Grundsatz in den Personalgesetzen der Kantone unterschiedliche Ausformungen erhalten hat (vgl. etwa § 33 des solothurnischen Gesetzes über das Staatspersonal [BSG 126.1], § 39 des basel-städtischen Personalgesetzes [SG 162.100] und § 20a des basellandschaftlichen Personalgesetzes [SGS 150]; anders jedoch § 12 des aargauischen Personalgesetzes [SAR 165.100], wonach nur ein Anspruch auf Entschädigung und nicht auf Wiedereinstellung besteht). Im Bereich des GAV FHNW verbietet sich indessen eine analoge Übernahme dieses Grundsatzes bzw. eine Anwendung der betreffenden Regelungen eines der involvierten Staatsvertragskantone.

Gemäss Ziff. 1.3 GAV gelten im Falle, dass im konkreten Anwendungsfall weder dem Staatsvertrag noch dem GAV eine Vorschrift entnommen werden kann, sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 319 ff. OR), des Arbeitsgesetzes (ArG) und des Mitwirkungsgesetzes (MitwG). Dies deckt sich mit den Absichten der kantonalen Gesetzgebungsorgane im Rahmen der Genehmigung des Staatsvertrags FHNW durch die kantonalen Parlamente zur Ausgestaltung der Anstellungsbedingungen. So wurde im Bericht der Regierungen der Trägerkantone zum Staatsvertrag vom 27. Oktober 2004 ([http://www.ag.ch/grossrat/temp/mcfcv9rfbp1elh84hmvqjpf4282453754014570\\_04038681.pdf](http://www.ag.ch/grossrat/temp/mcfcv9rfbp1elh84hmvqjpf4282453754014570_04038681.pdf)) auf S. 21 f. zwar ausgeführt, dass das Personal mit öffentlich-rechtlichen Verträgen angestellt werden sollte. Die FHNW sollte aber die Kompetenz erhalten, den Inhalt dieser Verträge und generell die Anstellungsbedingungen selbst festzulegen. Die Übernahme eines der bestehenden kantonalen Anstellungsrechte wurde dabei jedoch explizit ausgeschlossen. Die Sozialpartner sollten sich bei der Ausgestaltung des GAV nach gesetzgeberischer Auffassung an den Grundsätzen des Obligationenrechts orientieren.

Unter diesen Umständen sind für die Frage nach den Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung, wozu sich wie ausgeführt Ziff. 3.10 GAV nicht äussert, einzig die Bestimmungen des Obligationenrechts massgebend. Als Sanktion einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung nennt Art. 336a OR alleine den Anspruch der arbeitnehmenden Person auf eine Entschädigung. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist die Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände festzusetzen. Sie darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Diese Regelung bedeutet, dass eine nach Ziff. 3.10 Abs. 3 GAV ausgesprochene Kündigung gültig bleibt, auch

wenn sie sich nachträglich als unrechtmässig erweist. Eine Weiterbeschäftigung der gekündigten Person ist damit ausgeschlossen (vgl. Portmann, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar. Obligationenrecht 1, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 336a N 1).

### 3.2.

#### 3.2.1.

Nach dem unter Erw. 3.1 hiervoor Ausgeführten bleibt die von der FHNW ausgesprochene Änderungskündigung gültig und das Begehren der Klägerin, die Kündigung sei aufzuheben, ist somit abzuweisen. Ebenfalls abzuweisen ist nach dem Gesagten das Begehren der Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, sie auch nach dem 30. November 2013 weiterhin mit einem 80%-Pensum unbefristet zu beschäftigen. Der Klägerin ist jedoch eine Entschädigung zuzusprechen.

#### 3.2.2.

Die Entschädigung ist auf maximal sechs Monatslöhne des betroffenen Arbeitnehmers beschränkt (Art. 336a Abs. 2 OR). Rechtsprechungsgemäss ist wegen des Strafcharakters der Entschädigung bei Änderungskündigungen eine Entschädigung berechnet auf dem Monatslohn der bisherigen Beschäftigung zuzusprechen (BGE 123 III 246; 4A\_194/2011 vom 5. Juli 2011; 4C.177/2003 vom 21. Oktober 2003). Neben dem Grundlohn ist zudem der 13. Monatslohn pro rata zu berücksichtigen. Das Gericht hat bei der Bemessung der Höhe der Strafzahlung alle Umstände zu würdigen. Dabei steht ihm ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel; Der Arbeitsvertrag; 7. Auflage; N. 3 zu Art. 336a OR). Vorliegend sind dabei erhöhend nicht nur das Alter der Klägerin und die damit verbundene Schwierigkeit, eine neue Stelle zu finden, sondern auch ihre soziale Lage sowie die finanziellen Stärkeverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. Reduzierend muss demgegenüber der Grad der Missbräuchlichkeit einbezogen werden, hatte doch die FHNW plausible Gründe für die Änderungskündigung, auch wenn das Vorgehen der FHNW nicht korrekt bzw. zu wenig beweiskräftig belegt werden konnte. Ebenfalls reduzierend zu berücksichtigen ist das nicht von der Hand zu weisende Mitverschulden der Klägerin sowie die Bereitschaft der FHNW, das Arbeitsverhältnis zu 50% fortzusetzen. Entsprechend erscheint eine Entschädigung von drei Monatslöhnen der Situation und deren Umständen angebracht.