

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00444 vom 13. Juni 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-06-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00444](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00444)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00444 du 13 juin 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00444 del 13 giugno 2018

## Regeste

Kündigung des Anstellungsverhältnisses | [Der Beschwerdeführerin wurde im Februar 2016 seitens der Beschwerdegegnerin unmissverständlich kommuniziert, dass die Beendigung ihres Anstellungsverhältnisses beschlossen worden sei, und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt; gleichzeitig unterbreitete man ihr ein Angebot für eine Neuanstellung unter verschlechterten Anstellungsbedingungen; die Einigung auf die Neuanstellung hätte dabei Bestandteil eines Aufhebungsvertrags bilden sollen, welcher die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen festgestellt hätte. Nachdem die Beschwerdeführerin auf dieses "Angebot" nicht eingegangen war, kündigte ihr die Beschwerdegegnerin mit Beschluss vom 3./4. Oktober 2016, wobei die Kündigung damit begründet wird, dass schon gegen Ende 2015 bzw. Anfang 2016 keine Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit mehr bestanden haben soll.] Zuständigkeit (E. 1.1); Streitwert (E. 1.2). Entscheidbefugnis des Verwaltungsgerichts (E. 2). Das (in E. 4 geschilderte) Vorgehen der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der Auflösung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdeführerin erweist sich in krasser Weise als missbräuchlich und widersprüchlich: So ist es schlicht willkürlich, der Beschwerdeführerin ein zerstörtes Vertrauensverhältnis vorzuhalten und ihr zugleich ein Angebot für eine Neuanstellung zu unterbreiten; durch die Verknüpfung der Gehörgewährung zu den (vermeintlichen) Kündigungsgründen mit der Frist, das Angebot der Beschwerdegegnerin zu einer Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen anzunehmen, wurde die Beschwerdeführerin zudem faktisch in eine Zwangslage versetzt (E. 5.1). Das missbräuchliche und unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben krass widersprüchliche Verhalten der Beschwerdegegnerin erscheint umso gravierender, wenn man es der Dauer der Anstellung der Beschwerdeführerin und den von ihr während dieser Zeit erbrachten Leistungen sowie dem gezeigten Verhalten gegenüberstellt (E. 5.2). Gesamthaft betrachtet beruht diestreitgegenständliche Kündigung daher sowohl formell- wie auch materiellrechtlich betrachtet auf derart schwerwiegenden und offensichtlichen Mängeln, dass auf ihre Nichtigkeit zu schliessen ist. Gutheissung. Abweichende Meinung einer Kammerminderheit betreffend Nichtigkeit.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2017.00444 Urteil der 4. Kammer vom 13. Juni 2018 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde C, vertreten durch die Kirchenpflege C, diese vertreten durch RA D, Beschwerdegegnerin,

betreffend Kündigung des Anstellungsverhältnisses, hat sich ergeben: I. A war seit Mitte August 2003 bei der Evangelisch-reformierten Kirchgemeinde C in einem Teilzeitpensum als Kantorin angestellt. Mit Beschluss vom 3./4. Oktober 2016 sprach die Kirchgemeinde ihr gegenüber die Kündigung auf Ende Januar 2017 aus. II. Gegen den Kündigungsbeschluss liess A bei der Bezirkskirchenpflege E rekurrieren. Im Wesentlichen hiess diese den Rekurs mit Beschluss vom 7. Juni 2017 insoweit gut, als sie A je näher umschrieben eine Entschädigung in der Höhe von vier Bruttomonatslöhnen sowie eine Abfindung von einem Monatslohn zusprach (Dispositiv-Ziff. II.2); im Übrigen, namentlich in Bezug auf die geltend gemachte Nichtigkeit der Kündigung, wies sie den Rekurs ab (Dispositiv-Ziff. I) und schlug die beantragten Parteientschädigungen in Dispositiv-Ziff. IV wett. III. Am 10. Juli 2017 liess A dagegen beim Verwaltungsgericht Beschwerde erheben und Folgendes beantragen: "1. Es sei Ziff. I des angefochtenen Entscheids insofern aufzuheben, als darin die Feststellung der Nichtigkeit abgelehnt wird und es sei die Beschwerde-gegnerin zu verpflichten, den Lohn seit Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Januar 2017 nachzuzahlen, zuzüglich 5 % Verzugszins seit Fälligkeit des Februarlohnes 2017, und es sei die Weiteranstellung der Beschwerdeführerin anzuerkennen. 2. Eventualiter sei Ziff. II.2. insofern aufzuheben, als der Beschwerdeführerin fünf Bruttomonatslöhne Entschädigung zuzusprechen seien und sämtliche fünf entschädigungspflichtigen Bruttomonatslöhne von den Sozialversicherungsbeiträgen zu befreien seien. Sub-Eventualiter seien die vier zugesprochenen Monatslöhne von den Sozialversicherungsbeiträgen zu befreien und Dispositiv Ziff II.2. insofern zu korrigieren. Es seien 5 % Verzugszinsen auf den fünf bzw. auf den vier Monatslöhnen seit dem 3. November 2016 zu bezahlen. 3. Ziff. IV. des vorinstanzlichen Entscheids sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren die volle Parteient-schädigung zuzusprechen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beschwerdegegnerin." Die Bezirkskirchenpflege verzichtete am 2. August 2017 ausdrücklich auf Vernehmlassung. Die Evangelisch-reformierte Kirchgemeinde C liess mit Beschwerdeantwort vom 13. September 2017 Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge beantragen. A und die Kirchgemeinde machten abwechselnd am 5. Oktober, 3. sowie 30. November 2017, 18. Januar, 1. und 15. Februar sowie 1. und 15. März 2018 weitere ausführliche Eingaben, bis A am 28. März 2018 Verzicht auf weitere Äusserungen erklärte. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amts wegen (§ 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.20]). Für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide einer Bezirkskirchenpflege über Anordnungen auf dem Gebiet des Personalrechts ist das Verwaltungsgericht zuständig (§ 18a Abs. 2 des Kirchengesetzes vom 9. Juli 2007 [LS 180.1] in Verbindung mit Art. 228 Abs. 2 der Kirchenordnung der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich vom 17. März 2009 [LS 181.10] sowie §§ 42–44 e contrario VRG). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 1.2 Die Beschwerdeführerin verlangt mit ihrem Hauptantrag die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung bzw. ihre Weiterbeschäftigung. In solchen Fällen gelten als Streitwert grundsätzlich die Bruttobesoldungsansprüche bis zum Zeitpunkt der Hängigkeit beim Verwaltungsgericht zuzüglich der Ansprüche bis zur nächstmöglichen Auflösung des Dienstverhältnisses (VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00105, E. 1.2 mit Hinweis). Die Kündigungsfrist für die Beschwerdeführerin beträgt drei Monate (§ 29 Abs. 2 lit. b der Personalverordnung der Evangelisch-reformierten Landeskirche des Kantons Zürich vom

11. Mai 2010 [PVO, LS 181.40]), weshalb das Anstellungsverhältnis im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde frühestens auf Ende Oktober 2017 hätte aufgelöst werden können. Für die Streitwertberechnung ist damit der Zeitraum vom 1. Februar bis zum 31. Oktober 2017 massgebend. Gemäss Lohnabrechnung vom Januar 2017 erzielte die Beschwerdeführerin zuletzt einen Bruttomonatslohn von Fr. 5'412.70 (einschliesslich des Anteils am 13. Monatslohn), womit der Streitwert Fr. 48'714.30 beträgt. Über die Angelegenheit ist deshalb in Dreierbesetzung zu entscheiden (§ 38 Abs. 1 in Verbindung mit § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG). 2. Die Beschwerdeführerin beantragt die Feststellung der Nichtigkeit des Kündigungsbeschlusses vom 3./4. Oktober 2016, was im Ergebnis einer Weiterbeschäftigung entspricht. 2.1 Nach dem Wortlaut von § 63 Abs. 3 VRG, der nur auf § 27a Abs. 1 VRG verweist, kann allein die Rekursbehörde einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung beurteilen (§ 27a Abs. 2 VRG). Dem Verwaltungsgericht soll dies verwehrt sein; es soll in jedem Fall nur noch die Unrechtmässigkeit der Kündigung feststellen und eine Entschädigung zusprechen können (VGr, 5. März 2014, VB.2012.00792, E. 3.1). Sieht das anwendbare Personalrecht bei einer unrechtmässigen Kündigung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vor, muss das Verwaltungsgericht diese Rechtsfolge jedoch nach jüngerer Rechtsprechung aufgrund der Rechtsweggarantie ebenfalls anordnen können, wenn es zum Schluss kommt, die Kündigung sei unrechtmässig erfolgt (VGr, 8. November 2017, VB.2017.00300, E. 3 mit Hinweis [geschützt durch BGr, 12. Juni 2018, 8C\_903/2017]). Die Regelung im vorliegend anwendbaren Personalrecht (dazu hinten 3.2) orientiert sich insoweit im Grundsatz am kantonalen Recht: Gemäss Antrag und Bericht des Kirchenrats an die Kirchensynode betreffend die Personalverordnung der Landeskirche (S. 22 f.) sowie den Wortmeldungen bei der Beratung der Vorlage in der Synode (vgl. Protokoll der ausserordentlichen Synodenversammlung vom 13. April 2010, S. 44 f. [beide genannten Dokumente abrufbar unter [www.zhref.ch](http://www.zhref.ch) > Organisation & Medien > Landeskirche > Kirchensynode > Protokolle]) soll eine Wiedereinstellung durch die Rechtsmittelinstanzen mithin ausgeschlossen sein. 2.2 Die Beschränkung der Entscheidbefugnis nach § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG gilt von vornherein nicht, wenn sich die angefochtene Kündigungsverfügung als nichtig erweist: In diesen Fällen geht es nicht um die Frage, ob eine Kündigung ungerechtfertigt und deshalb eine Entschädigung zuzusprechen ist, sondern um die originäre Gültigkeit der Kündigung (VGr, 20. Februar 2013, VB.2012.00747, E. 2 mit Hinweis). Nichtige Verfügungen entfalten zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen, sie sind rechtlich inexistent; Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Sie ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amts wegen zu beachten (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 31 N. 14; BGE 136 II 415 E. 1.2). Ob Nichtigkeit vorliegt, bestimmt sich nach der Evidenztheorie: Es muss ein schwerwiegender Rechtsfehler vorhanden sein, der Fehler muss offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein, und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Nur qualifizierte Fehler vermögen somit Nichtigkeitsgründe zu setzen, weshalb fehlerhafte Verfügungen in der Regel lediglich anfechtbar sind (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 31 N. 16). Als Nichtigkeitsgründe fallen namentlich schwerwiegende Zuständigkeitsfehler, schwerwiegende Verfahrens- und Formfehler sowie in seltenen Ausnahmefällen ausserordentlich schwerwiegende inhaltliche Mängel in Betracht (BGr, 31. August 2010, 8C\_1065/2009, E. 4.2.3). Nichtigkeit darf nicht leichthin angenommen werden; die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist im

Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zu ziehen (VGr, 20. April 2005, PB.2004.00078, E. 4.1, und 23. August 2006, PB.2005.00066, E. 3.2 [je mit Hinweisen]). Die Nichtigkeit zur Folge haben beispielsweise Kündigungen, welche den Entlassenen während einer Sperrfrist im Sinn von Art. 336c Abs. 1 des Obligationenrechts (OR, SR 220) zugehen (Art. 336c Abs. 2 OR). 3. Nach § 26 PVO endet das Anstellungsverhältnis unter anderem durch Auflösung in gegenseitigem Einvernehmen (lit. a) oder Kündigung (lit. b). 3.1 Bei einer Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen kann nach § 28 Abs. 1 PVO von den Bestimmungen dieser Verordnung abgewichen werden. Das anwendbare Personalrecht lässt damit grundsätzlich Raum für den Aufhebungsvertrag. Die Praxis geht in diesem Sinn denn auch davon aus, die vertragliche Auflösung eines mit Verfügung begründeten Arbeitsverhältnisses sei zulässig (VGr, 20. Februar 2013, VB.2012.00747, E. 3.1 mit Hinweisen). Die Auflösung des Dienstverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen entspricht dem Aufhebungsvertrag des privaten Arbeitsrechts. Gemäss privatrechtlicher Lehre und Rechtsprechung dürfen durch einen Aufhebungsvertrag nicht ohne Grund, das heisst ohne gleichwertige oder substanzielle Zugeständnisse, zwingende Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmenden vor einer Kündigung umgangen werden. Falls der Aufhebungsvertrag eine Gesetzesumgehung darstellt, werden die umgangenen Schutzbestimmungen trotzdem angewandt und bleiben den betroffenen Arbeitnehmenden die umgangenen Ansprüche erhalten. Nach einem Teil der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zieht ein solcherart unzulässiger Aufhebungsvertrag gar die Nichtigkeit nach sich, womit die Parteien so gestellt werden, wie wenn die Vertragsauflösung nie erfolgt wäre (BGE 110 II 168 E. 3b; BGr, 12. Januar 2009, 4A\_495/2007, E. 4.3 – 30. September 2010, 4A\_376/2010, E. 2 f. – 2. Juni 2017, 4A\_699/2016, E. 2.2 [mit Hinweisen]; ferner zum Ganzen auch Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 335 N. 10 S. 908 ff.; Wolfgang Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Jusletter, 20. Januar 2003; Roger Rudolph, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag: Königsweg mit Absturzgefahr, in: plädoyer 01/2017, 30. Januar 2017, S. 32 ff. ). 3.2 Die Kündigung des Anstellungsverhältnisses durch die Anstellungsinstanz setzt gemäss § 32 Abs. 1 PVO einen sachlich zureichenden Grund voraus und darf nicht missbräuchlich sein nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Erweist sich die Kündigung als sachlich nicht gerechtfertigt oder missbräuchlich und erfolgt durch die Anstellungsinstanz keine Wiedereinstellung, so besteht Anspruch auf eine Entschädigung, die sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung bemisst (§ 33 PVO). § 34 PVO regelt sodann einlässlich die formellen Kündigungsschutzbestimmungen bei einer Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten der angestellten Person. Gemäss § 47 Abs. 1 PVO sind Angestellte grundsätzlich vor dem Erlass einer sie belastenden Anordnung anzuhören. Dies entspricht den Anforderungen an das rechtliche Gehör, wie sie sich bereits aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) ergeben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet einen Anspruch auf vorgängige Orientierung und Äusserung. Er besteht in allen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, die mit einer individuell-konkreten Anordnung ihren Abschluss finden (BGE 129 I 232 E. 3.2, 131 I 91 E. 3.1). Das rechtliche Gehör ist grundsätzlich vor Erlass einer Verfügung zu gewähren, und zwar zu einem Zeitpunkt, in welchem noch eine ausreichende Offenheit in der Entscheidung besteht und demnach die aus der Gewährung des rechtlichen Gehörs gewonnenen Erkenntnisse auch tatsächlich noch in den Entscheidungsprozess einfließen können (vgl. Isabelle Häner, Prozessieren im öffentlichen

Recht, Anwaltsrevue 2009, S. 174 ff., 176; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 259 ff., 279).

#### **E. 4.1**

Als Kantorin oblagen der Beschwerdeführerin während ihrer mehr als dreizehnjährigen Tätigkeit im Dienst der Beschwerdegegnerin die Gesamtleitung der Kantorei sowie die Leitung der Chöre und des Musikzirkels der Kirchengemeinde. Nach anfänglicher Kritik am Umfang ihrer Nebenbeschäftigungen und damit einhergehenden Leistungseinbussen bei der Chorleitung im Jahr 2005 gaben die Leistungen und das Verhalten der Beschwerdeführerin in den Folgejahren nie mehr Anlass zu Beanstandungen; im Gegenteil erhielt die Beschwerdeführerin im Rahmen der jährlich durchgeführten Beurteilungs- und Fördergespräche durchwegs gute Beurteilungen. Gemäss dem Protokoll des – soweit ersichtlich – letzten Beurteilungs- und Fördergesprächs vom 4. Juni 2015 wurden ihre Leistung und ihr Arbeitsverhalten zuletzt sogar als sehr gut qualifiziert, wobei insbesondere die Positionen "Erfüllung der Aufgaben gemäss Stellenbeschrieb" sowie "Einsatzbereitschaft" eine sehr gute Einzelbewertung erhalten hatten. Wenige Monate nach diesem Beurteilungs- und Fördergespräch trat der Präsident der Kantorei mit der Bitte an die Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Familienpflichten per 1. Januar 2016 etwas zu entlasten und ihr Pensum vorübergehend von 50 % auf 35 % zu reduzieren. Ende Oktober 2015 ersuchte die Beschwerdeführerin – diese Bitte aufgreifend – persönlich um (unbesoldete) Beurlaubung von der Leitung eines Chors während zweier Jahre, da ihre Rolle als Mutter dreier Kinder derzeit besonders in den Abendstunden nach ihrer häufigeren Anwesenheit im Familienhaushalt verlange; "[d]er Vollständigkeit halber" wies sie ergänzend darauf hin, bereits verschiedene (Neben-)Beschäftigungen in weiteren Gemeinden "definitiv auf Null reduziert" zu haben, was sie im Folgenden auch belegte. Am 27. November 2015 wurde der Beschwerdeführerin daraufhin anlässlich eines Gesprächs mit Vertreterinnen und Vertretern der Beschwerdegegnerin die Gelegenheit geboten, sich eingehender zu ihrem Gesuch zu äussern; daneben wurde sie aufgefordert, ihre Nebenbeschäftigungen und deren Umfang im Einzelnen anzugeben, sowie ihr der "Vorschlag für ein reduziertes Pflichtenheft bei nur noch zwei Chören mit reduziertem Jahreszeitpensum [...] ohne grössere Veränderungen in den Pflichten" unterbreitet. Bei Umsetzung dieses Vorschlags hätte die Beschwerdeführerin eigenen Angaben zufolge – trotz Pensumsreduktion und entsprechender Lohn einbussen – neu 18 statt wie bisher 10 Gottesdienste betreuen müssen und dafür anstelle von 5 nur noch 3 Stunden zur Vorbereitung zur Verfügung gehabt, sodass damit insgesamt keine Entlastung für sie einhergegangen wäre, weshalb sie den Vorschlag zwar – wie sie sagt – nicht "rundweg" ablehnte, sich hierzu aber insgesamt doch eher kritisch äusserte. Das Gespräch verlief insofern – in Bezug auf die Ausgestaltung der weiteren Beschäftigung der Beschwerdeführerin – ergebnislos.

#### **E. 4.2**

Mit E-Mail vom 23. Dezember 2015 informierte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin aufforderungsgemäss näher über ihre Nebenbeschäftigungen, worauf Letztere nicht weiter einging, sondern der Beschwerdeführerin vielmehr mit Schreiben vom 9. Januar 2016 vorhielt, die im Rahmen des Gesprächs vom 27. November 2015 angeforderten Unterlagen zu ihren Nebenbeschäftigungen "bis zum heutigen Tag nicht eingereicht" zu haben, weshalb sie aufgefordert sei, das beiliegende Formular "Auflistung

der Nebenbeschäftigungen [...] in den Jahren 2012–2016" wahrheitsgetreu auszufüllen und am 5. Februar 2016 zu einer "Folgesitzung" zu erscheinen; Nichterscheinen werde als Arbeitsverweigerung eingestuft. Nachdem die Beschwerdeführerin am 19. Januar 2016 das ausgefüllte Formular zu ihren Nebenbeschäftigungen (fristgerecht) eingereicht hatte, teilte ihr die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 5. Februar 2016 mit dem Betreff "Beendigung des Arbeitsverhältnisses" mit, dass die Kirchenpflege anlässlich einer am Vortag abgehaltenen Sitzung beschlossen habe, das Arbeitsverhältnis mit ihr auf Ende November 2016 zu beenden. Als Form werde die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen vorgeschlagen. Nach einer Besprechung Ende Februar 2016 teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin hierzu mit Schreiben vom 11. März 2016 mit, dass die Option "Neuanstellung als Chorleiterin" bestehe. "Diese Neuanstellung würde unmittelbar an die Auflösung des Arbeitsverhältnisses als Kantorin anschließen. Das Datum dieser Auflösung würde die Kirchenpflege vom 30.11.2016 auf den 31.12.2016 hinausschieben. Die Einigung auf die Neuanstellung wäre Bestandteil des Aufhebungsvertrags, welcher die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen feststellt." Die Beschwerdeführerin lehnte eine solche Neuanstellung insbesondere wegen des damit um praktisch die Hälfte reduzierten Anstellungspensums und der Herabsetzung um mehrere Lohnklassen ab. Darauf teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin am 1. April 2016 mit, dass sie deren Entschluss bedauere und sich unter diesen Umständen veranlasst sehe, an ihrem Entscheid vom 4. Februar 2016 festzuhalten und das Arbeitsverhältnis aus den auf der Folgeseite aufgeführten Gründen zu beenden. Das Angebot einer einvernehmlichen Auflösung des Anstellungsverhältnisses bleibe aber "[u]npräjudiziell" ebenso bestehen; "[s]ollte dies nicht möglich sein, [...] würde eine Kündigung unausweichlich." Zu beiden "Optionen", das heisst sowohl der Auflösung des Anstellungsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen als auch der (in Aussicht genommenen) Kündigung, wurde der Beschwerdeführerin eine Frist zur Stellungnahme angesetzt. Diese erfolgte mit Eingabe vom 25. April 2016, worin sie nochmals ihre "uneingeschränkte Bereitschaft und ihren Wunsch" bekundete, die bisherige Anstellung als Kantorin beizubehalten bei "gleichzeitiger Offenheit für eine Modifikation ihres Pflichtenhefts und Bereitschaft zu einer weiteren Herabsetzung ihrer bereits wesentlich reduzierten Nebentätigkeiten".

#### **E. 4.3**

Mit Beschluss vom 3./4. Oktober 2016 kündigte die Beschwerdegegnerin das Anstellungsverhältnis. In der Begründung wird ausgeführt, dass durch das Verhalten der Beschwerdeführerin bezüglich Meldepflicht und Offenlegung der Nebenbeschäftigungen das Vertrauen der Kirchenpflege in sie zerstört worden sei. Daher sei ihr eine einvernehmliche Trennung angeboten worden. Da die Beschwerdeführerin eine solche abgelehnt habe, sei ihr mit Schreiben vom 1. April 2016 das rechtliche Gehör gewährt worden.

#### **E. 5**

Dieses Vorgehen der Beschwerdegegnerin erweist sich in krasser Weise als missbräuchlich und widersprüchlich:

##### **E. 5.1**

Die Kündigung vom 3./4. Oktober 2016 wird damit begründet, dass schon gegen Ende 2015 bzw. Anfang 2016 keine Vertrauensgrundlage für eine weitere Zusammenarbeit mit der

Beschwerdeführerin mehr bestanden haben soll. Im Schreiben vom 5. Februar 2016 wird unmissverständlich kommuniziert, dass die Kirchenpflege die Beendigung des Anstellungsverhältnisses beschlossen habe. Die Bezugnahme auf die Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen meint mithin gar nicht die Beendigung des Anstellungsverhältnisses als solchen, sondern lediglich die Beendigungsmodalitäten. Das zeigt sich auch darin, dass mit Blick auf das Angebot für eine modifizierte Weiterbeschäftigung von einer Neuanstellung die Rede ist. In diesem Angebot offenbart sich zudem, dass das Vertrauensverhältnis gar nicht in einer Weise zerrüttet gewesen sein kann, um einen sachlichen Kündigungsgrund zu setzen. Es ist im Gegenteil schlicht willkürlich, der Beschwerdeführerin ein zerstörtes Vertrauensverhältnis vorzuhalten und ihr zugleich ein Angebot für eine Neuanstellung unter verschlechterten Anstellungsbedingungen hinsichtlich des Tätigkeitsfelds, des Pensums und derlohneinstufung zu unterbreiten (vgl. das Stellenangebot gemäss Schreiben vom 11. März 2016). Die von der Beschwerdegegnerin in den Raum gestellte Beendigung des Anstellungsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen war unter diesen Umständen einzig auf eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgerichtet. Im Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 1. April 2016 wiederum werden zwar Kündigungsgründe angeführt; dieses Schreiben bezieht sich aber ebenso auf das Angebot für eine Beendigung im gegenseitigen Einvernehmen nach den Vorstellungen der Beschwerdegegnerin. Die Gehörs-gewährung hatte damit gleichzeitig die Stellungnahme zu den vorgebrachten Kündigungsgründen wie auch die Einwilligung der Beschwerdeführerin in eine einvernehmliche Auflösung des Anstellungsverhältnisses zum Gegenstand. Darin manifestiert sich einerseits abermals der bereits gefällte Entscheid der Beschwerdegegnerin, das Anstellungsverhältnis auf jeden Fall zu beenden. Andererseits kann unter diesen Umständen von der Durchführung eines Kündigungsverfahrens keine Rede sein, da ein solches jedenfalls nicht dergestalt mit einem "Angebot" zu einer einvernehmlichen Auflösung des Anstellungsverhältnisses verknüpft werden kann bzw. darf; denn durch die vorliegend konkret vorgenommene Verknüpfung der Gehörs-gewährung zu den (vermeintlichen) Kündigungsgründen mit der Frist, das Angebot der Beschwerdegegnerin zu einer Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen anzunehmen, wurde die Beschwerdeführerin faktisch in eine Zwangslage versetzt: Entweder hätte sie das Angebot zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen gemäss den von der Beschwerdegegnerin im Schreiben vom 1. April 2016 diktierten Bedingungen annehmen müssen oder die Beschwerdegegnerin würde "an ihrem Entscheid vom 4. Februar 2016 festhalten, dass Arbeitsverhältnis [...] aus den unten angeführten Gründen zu beenden". Die Konstellation ähnelt insofern jener bei einer missbräuchlichen Änderungskündigung, wo die Kündigung ebenfalls nur als Druckmittel dient, um eine für die Gegenseite belastende Vertragsänderung herbeizuführen, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt (vgl. BGE 123 III 246 E. 3).

## **E. 5.2**

Das geschilderte missbräuchliche und unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben krass widersprüchliche Verhalten der Beschwerdegegnerin erscheint umso gravierender, wenn man es der Dauer der Anstellung der Beschwerdeführerin und den von ihr während dieser Zeit erbrachten Leistungen sowie dem gezeigten Verhalten gegenüberstellt. Wie oben dargelegt, erhielt die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit ausschliesslich gute bis sehr gute Mitarbeiterbeurteilungen, und ihre Leistungen als Chorleiterin wurden von der Beschwerdegegnerin sogar noch im Schreiben vom 1. April 2016 (Gehörs-gewährung)

positiv hervorgehoben ("die Aufführung [...] in jeder Beziehung optimal gelungen"). Die Beschwerdegegnerin hat nicht nur das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin und das Gebot von Treu und Glauben verletzt, sie übte auch unzulässig Druck auf diese aus und kündigte ihr – wie es das widersprüchliche Verhalten manifestiert – schliesslich ohne jeden Grund. Gesamthaft betrachtet beruhen damit das vorstehend dargelegte Vorgehen und der Kündigungsbeschluss der Beschwerdegegnerin vom 3./4. Oktober 2016 sowohl formell- wie auch materiellrechtlich betrachtet auf derart schwerwiegenden und offensichtlichen Mängeln, dass auf dessen Nichtigkeit zu schliessen ist.

#### **E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Beschluss der Vorinstanz vom 7. Juni 2017 ist aufzuheben und antragsgemäss festzustellen, dass die Kündigung der Beschwerdegegnerin vom 3./4. Oktober 2016 nichtig ist. Aufgrund der festgestellten Nichtigkeit der Kündigung bilden die aus der Kündigung abgeleiteten finanziellen Folgen nicht Verfahrensgegenstand; es wird Sache der Beschwerdegegnerin sein, diese zu beurteilen.

#### **E. 7**

Da der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt, ist das Verfahren kostenpflichtig (§ 65a Abs. 3 Satz 1 e contrario VRG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und ist diese zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie § 17 Abs. 2 VRG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.