

Abs. 2 lit. e des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) stützen kann. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässigerweise in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und dass sie ihm mit der Gewichtung von lediglich 10% die in Lehre und Rechtsprechung postulierte untergeordnete Bedeutung zugemessen hat. Dass die Vorinstanz das zulässige Kriterium sodann rechtsgleich auf alle Bewerber angewendet hat, ist korrekt und nicht zu beanstanden.

VGP 03.02.2006

2258

Öffentliches Personalrecht. Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses auf veränderter vertraglicher Grundlage: Kommt keine einvernehmliche Vertragsänderung zustande, bedarf es einer Änderungskündigung.

Eine Spitalangestellte war gemäss Arbeitsvertrag als Teamleiterin eingesetzt. Im Herbst 2004 entschloss sich der Spitalverbund, sie von der Teamleitung zu entbinden und als Pflegefachfrau weiterzubeschäftigen. Der Angestellten wurde am 6. Oktober 2004 ein neuer Vertrag unterbreitet, den sie wegen einer zu tiefen Gehaltseinstufung nicht akzeptierte. Nachdem der Spitalverbund im Vertragsentwurf vom 15. Oktober 2004 das Gehalt auf monatlich Fr. an hob, unterzeichneten die Parteien den so geänderten Vertrag am 18. Oktober 2004. Weil die Angestellte in der Folge ein der Vertragsunterzeichnung vorangegangene Gespräch als "Überrumpelungsaktion" empfand, und ihr in einem länger zurückliegenden Mitarbeitergespräch eine gute Leistung als Teamleiterin attestiert worden war, gelangte sie mit Schreiben vom 24. Oktober 2004 an die Spitalleitung und zeigte dieser an, dass ihre Vertragsunterzeichnung an einem Willensmangel leide, weshalb sie die Änderung (Einstellung in der Teamleiterfunktion) nicht gegen sich gelten lasse und stattdessen am bestehenden Vertrag als Teamleiterin festhalten möchte. Am 29. Oktober 2004 fand ein Gespräch der Angestellten mit ihrer Vorgesetzten statt. In der Folge interpretierte die Spitalleitung das vorgenannte Schreiben als Kündigung, während die Angestellte dieser Auslegung wider-

sprach. Mit Schreiben vom 2. November 2004 hielt die Klägerin fest, dass ihr Schreiben vom 24. Oktober 2004 keine Kündigung darstelle; ferner teilte sie der Spitalleitung darin mit, dass sie nunmehr die Vertragsänderung vom 15. bzw. 18. Oktober 2004 akzeptiere, da sie durch das früher als zunächst angenommen geführte Gespräch sich irrtümlich unter Druck gefühlt habe. Mit Einschreiben vom 1. November 2004 hielt die Spitalleitung ihrerseits daran fest, dass sie das Schreiben vom 24. Oktober 2004 als Kündigung betrachte, und ferner, dass sie den am 29. Oktober 2004 geäusserten Wunsch der Angestellten, weiterhin als Pflegefachfrau tätig zu sein, als Offerte betrachte, welche sie nicht annehme. Das Angestelltenverhältnis laufe deshalb am 31. Januar 2005 aus. Die Spitalangestellte liess zunächst auf Feststellung des Arbeitsverhältnisses über den 31. Januar 2005 hinaus klagen, wofür ihr der Spitalverbund das monatliche Gehalt als Pflegefachfrau gemäss dem per 18. Oktober 2004 geänderten Vertrag zu entrichten habe. In der Klagereplik liess sie das Begehren dahingehend reduzieren, es sei festzustellen, dass das Angestelltenverhältnis über den 31. Januar hinaus bis am 31. Mai 2005 bestanden habe; auch das Leistungsbegehren reduzierte sie auf den bis dahin geschuldeten Lohn (Begründung: weil der Spitalverbund nicht zu einer weiteren Zusammenarbeit bereit sei, habe sie ab dem 2. Mai 2005 eine neue Stelle angetreten).

Aus den Erwägungen:

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt, dass das Verwaltungsgericht nach Art. 57 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1) zur Beurteilung von Klagen über vermögensrechtliche Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur zuständig ist, welche zwischen Privaten einerseits und öffentlich-rechtlichen Körperschaften anderseits anhängig gemacht werden (vgl. AR GVP 14/2002 Nr. 2220, 16/2004 Nr. 2245). Das von der Klägerin geltend gemachte Leistungsbegehren leitet sich aus einem gestützt auf Art. 1 ff. der kantonalen Angestelltenverordnung (AVO, bGS 142.211) und Art. 1 ff. der Verordnung über die Anstellungsverhältnisse an den kantonalen Spitälern (Dienst- und Besoldungsverordnung der Spitäler, fortan Spital-DBO, bGS 812.111.1) begründeten öffentlich-rechtlichen Angestelltenverhältnis ab, welches die Organe des kantonalen Spitalverbundes im Rahmen eines Arbeitsvertrages mit der Klägerin vereinbart

haben. Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht sachlich und örtlich zur Behandlung der Klage zuständig ist. Die Klägerin ist als öffentlich-rechtliche Angestellte zur Klageerhebung legitimiert und der durch den Spitalverbund handelnde Kanton Appenzell A.Rh. als Arbeitgeber passivlegitimiert. Da die Spitalorgane keine anfechtbare Verfügung erlassen haben, und eine Verpflichtung dazu aufgrund des vertraglich begründeten Arbeitsverhältnisses auch nicht anzunehmen ist (vgl. AR GVP 13/2001, Nr. 2205), steht den Parteien der Klageweg offen (Art. 57 Abs. 2 VRPG). Weil die Klageerhebung beim Verwaltungsgericht keine Vermittlung voraussetzt, ist auf die formgerecht erhobene Klage einzutreten (Art. 58 VRPG). Da das mit der Replik reduzierte Leistungsbegehren sich inhaltlich nun ebenfalls auf die Zeit bis am 31. Mai 2005 erstreckt, ist das Feststellungsbegehren gegenstandslos und kann als erledigt betrachtet werden.

2. Für das zwischen den Parteien im Jahre 2000 begründete öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis ist vorab der damals geschlossene Arbeitsvertrag massgebend, welcher in Ziff. 4 die kantonsrätliche AVO sowie die regierungsrätliche Spital-DBO als integrierenden Bestandteil des Vertrages erklärt. Für die umstrittene Frage, ob die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 24. Oktober 2004 nicht nur von der am 18. Oktober 2004 unterzeichneten Vertragsänderung zurücktrat, sondern damit auch das bisherige Arbeitsverhältnis gekündet habe, ist vorab auf die in den vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen enthaltenen Kündigungsmodalitäten abzustellen. Da weder der Arbeitsvertrag noch die am 18. Oktober 2004 vereinbarte Vertragsänderung dazu näheres bestimmen, kann das langjährige öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis nach Art. 36 Abs. 1 und 2 AVO gegenseitig auf drei Monate ordentlich gekündigt werden. Nach Art. 36 Abs. 4 AVO ist die ordentliche Kündigung auf Monatsende auszusprechen. Für Spitalangestellte präzisiert Art. 28 der Spital-DBO ferner, dass die ordentliche Kündigung schriftlich erfolgen muss und spätestens am letzten Werktag des Monats in den Händen der Gegenpartei sein muss. Nach Art. 38 AVO Abs. 1-3 können die Angestellten und die Wahlbehörde das Anstellungsverhältnis ferner aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen, wobei die fristlose Auflösung zu begründen ist, wenn die andere Vertragspartei dies verlangt. Das Recht auf Anhörung ist gewährleistet. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die

Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.

2.1 Weil der Arbeitsvertrag vom 24.2.2000 der Klägerin eine Teamleiter-Funktion zuwies und ein entsprechendes Gehalt vorsah, ist zwischen den Parteien zu Recht unbestritten, dass eine Rückstufung und Weiterbeschäftigung der Klägerin als Pflegefachfrau eine Vertragsänderung voraussetzt (vgl. *Thomas Geiser, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP/PJA 1/99, S. 60 ff., auch zum Folgenden*). Eine solche Vertragsänderung zur Weiterführung des Arbeitsverhältnisses auf veränderter vertraglicher Grundlage kommt nur zustande, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Wenn sich eine der Vertragsparteien dem Änderungswunsch widersetzt und die andere Partei unter keinen Umständen die Fortführung im bisherigen Rahmen will, steht dieser das Rechtsinstitut der Änderungskündigung zur Verfügung. Dabei kann einerseits eine *eigentliche* Änderungskündigung ausgesprochen werden, bei welcher der Änderungswunsch direkt mit der Kündigung verknüpft wird und die Kündigung ohne weiteres wirksam wird, falls die Vertragsänderung nicht zustande kommt. Bei der *bedingten* Kündigung wird eine Kündigung zwar ausgesprochen, soll aber nur gelten, wenn die andere Partei einer bestimmten Vertragsänderung nicht zustimmt. Bei der Kündigung *mit neuer Vertragsofferte* wird die Kündigung ausgesprochen, aber mit einer Offerte an die Gegenpartei zu einem neuen Vertragsabschluss mit geänderten Bedingungen verbunden. Von diesen beiden Formen der eigentlichen Änderungskündigung ist die *uneigentliche* Kündigung zu unterscheiden, welche sich dadurch auszeichnet, dass eine Vertragspartei der anderen zunächst eine Offerte für einen Änderungsvertrag vorlegt und erst anschliessend, wenn die Gegenpartei die Offerte nicht annimmt, eine Kündigung ausspricht. Solange diese zweite Handlung (Kündigung) nicht vorgenommen wurde und die Gegenpartei die Offerte nicht angenommen hat, gelten die alten Vertragsbedingungen weiter (*Th. Geiser, a.a.O., N 2.5 und 5.5*).

2.2 Dass im vorliegenden Fall die Initiative zur Entbindung der Klägerin von ihrer Teamleiterfunktion vorab vom Arbeitgeber ausging und auch vorab in dessen Interesse lag, ergibt sich daraus, dass es der Arbeitgeber war, welcher der Klägerin am 6. Oktober 2004 den ersten Entwurf eines neuen Arbeitsvertrages vorlegte und mit einer erheblichen Gehaltsreduktion verknüpfte. Nachdem die Klägerin diese Vertragsofferte wegen der vorgesehenen Gehaltseinstufung nicht

akzeptierte, war es wiederum der Arbeitgeber, welcher der Klägerin am 15. Oktober 2004 eine zweite Vertragsofferte mit einer modifizierten Gehaltseinstufung vorlegte. Weder die erste Vertragsofferte noch die zweite verknüpfte der beklagte Arbeitgeber indessen mit einer eigentlichen Änderungskündigung im vorstehend beschriebenen Sinn. Dass der Beklagte allenfalls mündlich eine Kündigungsdrohung ausgesprochen hat, wird nicht behauptet und wäre auch ohne Rechtsfolge geblieben, da Art. 28 der Spital-DBO dafür zwingend die Schriftform vorschreibt. Der Arbeitgeber hat vorliegend zwar zwei Offerten für eine Vertragsänderung vorgelegt, aber er hat diese weder von Anfang an mit einer Kündigung verknüpft noch hat er eine Kündigung nachträglich in der vorgeschriebenen Schriftform ausgesprochen, und zwar auch nicht, als die Klägerin seine Offerten wiederholt ablehnte. Als Zwischenergebnis steht damit fest, dass das Arbeitsverhältnis jedenfalls vom primär an einer Vertragsänderung interessierten Arbeitgeber nicht gültig gekündigt wurde.

2.3 Unbestritten ist, dass die Klägerin die erste Offerte nicht wegen ihrer Entbindung als Teamleiterin, sondern wegen der tieferen Gehalts-Einstufung nicht annahm. Unbestritten ist auch, dass sie in der Folge die zweite, gehaltsmässig zu ihren Gunsten verbesserte zweite Vertragsofferte am 18. Oktober 2004 unterzeichnet und damit akzeptiert hat. Damit steht fest, dass einvernehmlich und deshalb ohne Kündigung eine Änderung des Arbeitsvertrages gemäss Offerte vom 15. Oktober 2004 zustande gekommen ist. Demnach sollte die Klägerin künftig als Pflegefachfrau ohne Leitungsfunktion zu einem etwas tieferen Lohn weiterbeschäftigt werden.

2.4 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2004 an die Spitalleitung trat die Klägerin indessen vom zuvor akzeptierten Änderungsvertrag vom 15.10.04 zurück und teilte mit, dass sie stattdessen den bestehenden Vertrag als Teamleiterin aufrechterhalten möchte. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass sie durch ein vorangehendes Qualifikationsgespräch, welches eigentlich schon eine Anhörung gewesen sei, sich ungebührlich unter Druck gesetzt und hintergangen gefühlt habe. In der Folge fand am 29. Oktober 2004 eine von der Klägerin in ihrem Schreiben angeregte Aussprache mit ihrer unmittelbaren Vorgesetzten statt. Dass die Klägerin an dieser Aussprache zum Inhalt ihres Schreibens befragt wurde, ist unbestritten. Dass die Ausführungen der Klägerin ihre Vorgesetzte zur Annahme berechtigt haben soll, die Klägerin sei mit ihrem Schreiben vom 24.10.2004 nicht nur von der

Vertragsänderung zurückgetreten, sondern habe damit auch das bisherige Angestelltenverhältnis als Teamleiterin gekündigt, ist umstritten. Was an der mündlichen Aussprache letztlich gesagt wurde, kann indessen offen bleiben, da die vom Beklagten behauptete Kündigung der Klägerin nur in Schriftform gültig erklärt werden konnte (Art. 28 Spital-DBO). Was die Klägerin indessen formgerecht mit Schreiben vom 24. Oktober unter dem Titel "Vertragsänderung Frau A. vom 15. Oktober 2004" erklärt hat, kann aufgrund des an sich klaren Wortlautes keinesfalls als Kündigung des bisherigen Arbeitsvertrages verstanden werden. Die Klägerin hat damit lediglich ihren Rücktritt von der am 18.10.2004 unterschriebenen Vertragsänderung erklärt. Dass die Vertragsänderung durch die Unterschrift der Klägerin gültig zustande kam, bedeutet entgegen der Auffassung des Beklagten nicht, dass die einvernehmlich vereinbarte Vertragsänderung einzig noch durch eine Kündigung wieder in Frage stehen kann. Der Beklagte übersieht, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 24.10.2004 einen Willensmangel bei der Vertragsänderung geltend gemacht hat, wenn sie erklärte, dass sie sich durch die vorgängige Anhörung ungebührlich unter Druck gesetzt gefühlt habe (Art. 23 ff. OR). Bei Willensmängeln im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sind nämlich die Bestimmungen von Art. 23 ff. OR als öffentliches Recht sinngemäss anwendbar (*Tschannen/Zimmerli, Allg. Verwaltungsrecht, Bern 2005, N10 zu §35*). In der einseitigen Erklärung der Klägerin kann der Beklagte deshalb weder eine ordentliche noch fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses erblicken, zumal die Klägerin ja ausdrücklich und schriftlich erklärt hat, dass sie am bisherigen Arbeitsverhältnis als Teamleiterin festhalten möchte.

Die Anfechtungserklärung der Klägerin ist als rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht nach Lehre und Rechtsprechung indessen nur wirksam, wenn sich der Erklärende beim Vertragsschluss (hier der Vertragsänderung) tatsächlich in einem Irrtum befunden hat (vgl. *Schwenzer, Basler Kommentar zu Art. 28 OR, N 4 ff.* und BGE 128 III 75). Die Klägerin selber hat mit einem weiteren Schreiben (vom 2. Nov. 2004) erklärt, dass sie sich über den Zeitpunkt der von ihr als Druckausübung empfundenen Anhörung geirrt habe und deshalb nun doch bereit sei, die Vertragsänderung vom 15. bzw. 18. Oktober 2004 und damit ihre Einstufung als Pflegefachfrau ab 1. Februar 2005 wie vereinbart gegen sich gelten zu lassen. Diesen Widerruf der Anfechtungserklärung moniert der Beklagte als unzulässig. Solche Gestal-

tungserklärungen sind nach Lehre und Rechtsprechung zwar grundsätzlich unwiderruflich (*Schwenzer, a.a.O., N 8 zu Art. 28 OR*), jedoch namentlich dann nicht, wenn eine solche Erklärung ihrerseits wegen eines Willensmangels unwirksam ist (*BGE 128 III 75*). Genau dies macht die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 2. November 2004 geltend, wenn sie erklärt, sie habe sich hinsichtlich der zuvor als Druckausübung gerügten Anhörung geirrt. Hat somit die zuvor von der Klägerin behauptete Nötigung gar nicht in der zunächst angenommenen Art und Weise stattgefunden, wurde die Anfechtungserklärung der Klägerin vom 24.10.2004 gar nie wirksam und die Vertragsänderung blieb seit ihrer Unterzeichnung am 18. Oktober 2004 ohne Einschränkung rechtswirksam. Damit steht fest, dass die Klägerin bis Ende Januar 2005 als Teamleiterin zum bisherigen und ab 1. Februar 2005 zu einem tieferen Lohn als Pflegefachfrau angestellt blieb.

2.5 An der letztlich nun doch irrtumsfrei vereinbarten Vertragsänderung vermögen die nachträglich erhobenen Mobbingvorwürfe weder der einen noch der anderen Seite etwas zu ändern, weshalb darauf nicht weiter einzutreten ist.

2.6 Weil der Beklagte erklärtermassen das Arbeitsverhältnis beendet haben möchte, ohne aber je selber gekündigt zu haben, und ferner, weil die Klägerin durch den Antritt einer neuen Stelle das Arbeitsverhältnis faktisch per Ende April 2005 beendet und ihre Anträge entsprechend auf diesen Zeitpunkt hin reduziert hat, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien per Ende April 2005 konkludent auf eine Vertragsauflösung geeinigt haben (zu prüfen blieb, welche Lohnansprüche der Klägerin bis Ende April 2005 im Rahmen des per 1. Februar 2005 geänderten Arbeitsverhältnisses zustehen).

VGer 31.08.2005