

R-111-15

## Entscheid

I. Kammer

vom 23. August 2016

Mitwirkend: Vizepräsident Dr. G. Betschart (Vorsitz), Dr. W. Lüchinger,  
lic. iur. B. Niedermann, juristische Sekretärin Dr. R. Wallimann

In Sachen

**Römisch-katholische Kirchgemeinde X.,**

Rekurrentin

gegen

**A.,**

Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin B.

betreffend

Auflösung des Arbeitsverhältnisses

**Katholische Kirche im Kanton Zürich**

**Rekurskommission**  
Hirschengraben 72  
8001 Zürich  
www.zhkath.ch

Direktwahl 044 266 12 46  
Fax 044 266 12 47  
rekurskommission@zhkath.ch

**hat sich ergeben:**

1. Am 25. März 2013 schlossen A., Diakon und Pfarreibeauftragter der Römisch-katholischen Pfarrei X. (Rekursgegner) und die Kirchenpflege der Römisch-katholischen Kirchgemeinde X. (Rekurrentin) eine Vereinbarung betreffend die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2013. Vorausgegangen war die Trennung des Rekursgegners von seiner Ehefrau sowie das Eingehen einer Beziehung mit seiner Assistentin als neuer Lebenspartnerin. Die Arbeitgeberin warf dem Rekursgegner vor, die Kernkompetenzen der Sekretariate eigenmächtig an seine Assistentin übertragen zu haben. Zudem sei eine aussereheliche Partnerschaft nicht vereinbar mit den innerkirchlichen Vorgaben für ständige Diakone.

2. Mit Schreiben vom 21. Juli 2014 liess der Rekursgegner bei der Rekurrentin eine Schadenersatzforderung geltend machen mit der Begründung, der Aufhebungsvertrag sei unter den gegebenen Umständen nicht zulässig gewesen. Mit Eingabe vom 19. August 2014 stellte der Rekursgegner der Rekurrentin folgendes formelles Begehren:

- „1. Es sei die Römisch-Katholische Kirchenpflege X. zu verpflichten, Herrn A. CHF 43'014.90 brutto sowie CHF 10'183.25 netto nebst Zins zu 5% seit dem 24.1.2014 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Römisch-Katholischen Kirchenpflege X.“

Mit Verfügung vom 25. September 2014 wies die Kirchenpflege X. die Anträge des Rekursgegners vollumfänglich ab. Hiergegen erhob der Rekursgegner am 27. Oktober 2014 Rekurs beim Synodalrat mit den Anträgen:

- „1. Es sei die Katholische Kirchgemeinde X. zu verpflichten, dem Rekurrenten A. CHF 63'786.00 brutto sowie CHF 10'183.25 netto nebst Zins zu 5% seit dem 24.01.2014 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Katholische Kirchgemeinde X. zu verpflichten, dem Rekurrenten A. CHF 43'014.00 brutto sowie CHF 8'078.75 netto nebst Zins zu 5% seit dem 24.01.2014 zu bezahlen.
3. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Kirchenpflege der röm.-kath. Kirchgemeinde X.“

3. Mit Beschluss vom 28. September 2015 hiess der Synodalrat den Rekurs gut und verpflichtete die Rekurrentin, dem Rekursgegner fünf Monatslöhne plus 13. Monatslohn pro rata temporis bis Ende Mai 2014 (brutto) sowie die Differenz der durch die Frühpensionierung entstandenen Reduktion der monatlichen BVG-Rente, kapitalisiert um den Kapitalisierungsfaktor 13.25, abzüglich der vom Rekursgegner von November 2013 bis Mai 2014 bezogenen BVG-Rente sowie allfällige Drittleistungen an den Rekursgegner aus

Versicherungen im Zusammenhang mit der Auflösung des vorliegenden Arbeitsverhältnisses und/oder einer Neuanstellung (netto) nebst Zins zu 5% ab 24. Januar 2014 zu bezahlen. Zudem verpflichtete der Synodalrat die Rekurrentin zur Entrichtung einer Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'500.00 (inkl. MWST).

4. Hiergegen erhob die Rekurrentin am 2. November 2015 Rekurs mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei ersatzlos aufzuheben; eventualiter sei die Ersatzpflicht der Rekurrentin nach richterlichem Ermessen aufgrund des schwerwiegenden Mitverschuldens des Rekursgegners zu reduzieren, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Rekursgegners.

Am 11. November 2015 reichte die Vorinstanz der Rekurskommission die Akten ein und verzichtete auf eine Stellungnahme zum Rekurs.

Der Rekursgegner reichte seine Vernehmlassung innert erstreckter Frist am 15. Januar 2016 ein, mit dem Antrag, der Rekurs sei abzuweisen unter Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegenpartei.

Am 25. Januar 2016 und am 23. März 2016 reichten die Parteien je eine weitere Stellungnahme ein.

#### **Die Kammer zieht in Erwägung:**

##### **1.**

**1.1** Gemäss § 10 des Reglements über Organisation und Verfahren der Rekurskommission der Römisch-katholischen Körperschaft des Kantons Zürich vom 1. Oktober 2009 (LS 182.51, Organisationsreglement) entscheidet die Rekurskommission über Rekurse gegen Anordnungen kirchlich-körperschaftlicher Organe, die ihr durch die Kirchenordnung zur Entscheidung zugewiesen sind, wenn die Verletzung kirchlich-körperschaftlichen Rechts geltend gemacht wird. Gemäss Art. 47 lit. b der Kirchenordnung der Römisch-katholischen Körperschaft des Kantons Zürich vom 29. Januar 2009 (LS 182.10, KO) behandelt die Rekurskommission Rekurse gegen Entscheide des Synodalrats über Rekurse zu personalrechtlichen Anordnungen der Kirchgemeinden und Zweckverbände.

**1.2** Die römisch-katholische Körperschaft wendet das staatliche Recht sinngemäss als eigenes Recht an, wo sie keine eigenen Bestimmungen erlässt (Art. 6 KO). Für das Rekursverfahren vor der Rekurskommission finden die für das Verwaltungsgericht geltenden Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (LS 175.2, VRG) als subsidiäres Recht gemäss Art. 6 KO Anwendung (Art. 48 KO).

Die Rekurskommission ist zur Behandlung des vorliegenden Rekurses zuständig und die Rekurrentin ist durch den Entscheid der Vorinstanz offenkundig beschwert und zur Beschwerde legitimiert (vgl. § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 lit. a VRG). Auf den im Übrigen form- und fristgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

**2.** Nach dem angefochtenen Entscheid hatte der Rekursgegner kein vernünftiges Interesse am Abschluss eines Aufhebungsvertrages und sei durch diesen tatsächlich schlechter gestellt worden, als wenn ihm die Rekurrentin ordentlich gekündigt hätte. Die Sperrfrist nach Art. 336c lit. b des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 30. März 1911 (SR 220, OR) habe bis Ende Oktober 2013 angedauert, weshalb eine ordentliche Kündigung unter Berücksichtigung der ordentlichen Kündigungsfrist erst auf Ende Mai 2014 hätte ausgesprochen werden können; zeitgleich mit der ordentlichen Pensionierung des Rekursgegners. Dadurch hätte der Rekursgegner sowohl den vollständigen Lohn als auch eine lebenslange volle Rente beziehen können. Da beide Parteien das Arbeitsverhältnis offensichtlich beenden wollten, erscheine es als angemessen, nicht von der Nichtigkeit der Vereinbarung, sondern von der Unterbrechungswirkung der Sperrfrist auszugehen. Das Arbeitsverhältnis gelte als beendet, aber es seien die umgangenen Lohnfortzahlungs- und Kündigungsschutzbestimmungen zu beachten.

**3.** Der Abschluss eines subordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Vertrags ist zulässig, wenn das Gesetz Raum dafür lässt bzw. ihn nicht ausdrücklich ausschliesst und wenn er zum Erreichen des Gesetzeszwecks geeigneter erscheint als eine Verfügung (VGr, 25.2.2004, PB.2003.00040, E. 4.2.2). Gemäss § 14 Abs. 1 lit.c in Verbindung mit § 19 der Anstellungsordnung der Römisch-katholischen Körperschaft des Kantons Zürich vom 22. März 2007 (AO) kann das Arbeitsverhältnis mit schriftlicher Vereinbarung im gegenseitigen Einvernehmen abweichend von den Bestimmungen der AO beendet werden. Somit lässt das Gesetz grundsätzlich Raum für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mittels eines Aufhebungsvertrags.

Es muss jedoch ein Motiv für die Wahl der Vertragsform vorliegen und die Verfügung darf sich nicht als die angemessenere Handlungsform erweisen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 1310 ff., auch zum Folgenden). Motive können etwa sein: eine dauerhafte gegenseitige Bindung zu erreichen, wobei beide Parteien ein erhebliches Interesse an der vereinbarten Regelung haben oder den Privaten zu einer Handlung zu verpflichten, zu der er mittels Verfügung nicht gezwungen werden könnte. Weitere Motive können ein erheblicher Ermessensspielraum der Behörde bei der Begründung eines Rechtsverhältnisses oder die Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten durch eine Einigung darstellen.

Verwaltungsrechtliche Verträge sind grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Einer Willensäusserung ist demnach derjenige Sinn zu geben, den ihr der Empfänger auf-

grund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen in guten Treuen beimessen durfte. Verwaltungsrechtliche Verträge können etwa ursprünglich fehlerhaft sein, wenn sie gegen zwingende Rechtsnormen verstossen oder Willensmängel aufweisen.

#### 4.

**4.1** Die Auflösungsvereinbarung wurde von den Parteien am 25. März 2013 unterzeichnet. Sie beinhaltet die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einvernehmen per 31. Oktober 2013, unter Ausrichtung des vertraglichen Lohns inkl. Anteil 13. Monatslohn. Sodann verpflichtet sich die Arbeitgeberin, allfällige von der Arbeitslosenversicherung verfügte Einstelltage bis zur Anzahl von maximal sechzig zu übernehmen sowie zusätzlich zwei Monatslöhne auszurichten. Der Rekursgegner wurde weiter für den Zeitraum vom 1. Mai 2013 bis 31. Oktober 2013 von seiner Tätigkeit freigestellt.

Der Rekursgegner zog sich Mitte Januar 2013 einen Achillessehnenriss zu und musste operiert werden. Zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Auflösungsvereinbarung war der Rekursgegner noch zu 50% arbeitsunfähig geschrieben. Im Anschluss an die Krankschreibung wegen Unfalls wurde der Rekursgegner ab dem 3. April 2013 bis Ende Oktober 2013 aufgrund psychisch bedingter Arbeitsunfähigkeit zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Die Aufhebungsvereinbarung wurde somit während laufender Sperrfrist gemäss Art. 336c lit. b OR abgeschlossen.

Der Rekursgegner wurde in der Folge per 1. November 2013 vorzeitig pensioniert. Als ihm bewusst geworden war, dass er durch die vorzeitige Pensionierung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung verlustig gehen würde, versuchte der Rekursgegner, die vorzeitige Pensionierung rückgängig zu machen, was aber gemäss Pensionskasse nicht mehr möglich war. Am 21. November 2013 verfügte die Arbeitslosenkasse, der Rekursgegner habe ab dem 1. November 2013 keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da seine vorzeitige Pensionierung freiwillig erfolgt sei und daher die vor der Pensionierung ausgeübte beitragspflichtige Beschäftigung nicht als Beitragszeit angerechnet werden könne. Dieser Entscheid wurde mit Einspracheentscheid vom 26. März 2014 bestätigt. Der Rekursgegner erhielt demgemäss keine Arbeitslosenentschädigung und bezieht ab 1. November 2013 eine aufgrund der vorzeitigen Pensionierung reduzierte Altersrente.

**4.2** Die Rekurrentin macht geltend, der Schaden des Rekursgegners sei entstanden, weil er sich entgegen seiner mehrfach geäusserten Absicht nicht am Arbeitsmarkt um eine neue Stelle habe bemühen wollen, sondern sich bei der Pensionskasse für den vorzeitigen Rentenbezug angemeldet habe. Dadurch habe er sich die Ansprüche auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung verwirkt und eine lebenslänglich gekürzte Altersrente erwirkt. Eine vorzeitige Pensionierung sei jedoch bei Abschluss der Vereinbarung nie in Betracht gezogen worden,

weshalb diesbezüglich auch keine Aufklärungspflicht bestanden habe. Vielmehr habe der Rekursgegner kundgetan, dass er konkret auf der Suche nach einer neuen Stelle sei, weshalb auf seinen Wunsch eine zusätzliche Klausel betreffend einer Lohnzahlung von zwei Monaten als Ersatz für die Lohndifferenz beim Bezug von ALV-Leistungen eingefügt worden sei. Die Rekurrentin sei ihrer Fürsorgepflicht nachgekommen, indem sie einen schonenden und für den Rekursgegner gesichtswahrenden Weg zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesucht habe. Eine umfassende Planung der Pensionierung und der Altersvorsorge sei nicht Inhalt der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

In der Verfügung vom 25. September 2014 führte die Rekurrentin aus, der Rekursgegner habe sich erst am 1. November 2013 beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) gemeldet. Er habe jedoch gewusst, dass er sich unmittelbar nach der Unterzeichnung der Vereinbarung, d.h. spätestens nach dem 1. Mai 2013 beim RAV hätte melden müssen. Diesfalls wäre er auch vom RAV beraten worden. Der Schaden sei nur dadurch entstanden, dass sich der Rekursgegner nicht an die durch die Vereinbarung geregelte Vorgehensweise gehalten habe.

Zudem teilte die Rekurrentin am 25. Januar 2016 mit, der Rekursgegner arbeite seit längerer Zeit wieder in seiner früheren Arbeitsgemeinde U. und in seinem angestammten Beruf.

**4.3** Der Rekursgegner stellt sich auf den Standpunkt, aufgrund seiner Krankheit und der obligationenrechtlichen Sperrfristen hätte das Arbeitsverhältnis erst auf das Datum der ordentlichen Pensionierung am 31. Mai 2014 gekündigt werden können. Damit wäre er sowohl in den Genuss des Krankentaggelds als auch einer vollen Pensionskassenrente gekommen. Er habe somit am Aufhebungsvertrag kein vernünftiges Interesse gehabt und habe einseitig auf ihm von Gesetzes wegen zustehende Rechte verzichtet. Der ihm dadurch entstandene Schaden – entgangener Lohn bzw. entgangenes Krankentaggeld sowie die Einbusse bei der Rente – seien ihm von der Kirchgemeinde zu ersetzen.

Sodann macht der Rekursgegner geltend, es treffe nicht zu, dass er habe weiterarbeiten wollen und die vereinbarte Abgeltung lediglich die Nachteile einer vorübergehenden Arbeitslosigkeit abdecken sollte. Er sei davon ausgegangen, dass er sich trotz Bezug von Arbeitslosentaggeld mit 65 Jahren ordentlich pensionieren lassen und seine volle Rente erhalten könne.

## **5.**

**5.1** Mit der einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses kann rechtsgültig auf die Einhaltung von Kündigungs- und Sperrfristen sowie auf den Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist verzichtet werden, soweit der Vertrag nicht einzig dazu dient, den Arbeitnehmer seiner zwingenden Ansprüche aus Art. 324a OR zu berauben (Peter Münch/Adrian Hauri in:

Peter Münch/Markus Metz, Stellenwechsel und Entlassung, 2.A., Basel 2012, N. 1.100 f.). Ist ein übereinstimmender Wille, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erstellt, ist für die Gültigkeit einer derartigen Vereinbarung, soweit sie einen Verzicht auf Ansprüche aus zwingendem Recht bedeutet, zusätzlich vorausgesetzt, dass der Aufhebungsvertrag einen echten Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen (anstelle vieler BGer, 16.3.2010, 4A\_103/2010, E. 2.2 mit weiteren Hinweisen, BGer, 5. September 2011, 8C\_368/2011, E. 2.2). Von einer echten Konzession des Arbeitgebers kann nur dann gesprochen werden, wenn er auf ernsthafte Ansprüche mit greifbaren Erfolgsaussichten verzichtet (E. 2.3.3). Als Konzession des Arbeitnehmers wird dabei auch die Gefährdung arbeitslosenrechtlicher Ansprüche angesehen (BGer, 15.3.2005, 4C\_397/2004, E. 2.1). Liegen keine genügenden gegenseitigen Zugeständnisse vor, so liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Verstoss gegen Art. 362 OR vor, wonach durch Abrede nicht auf Ansprüche aus Art. 324a OR verzichtet werden kann. Rechtsfolge eines Mangels gegenseitiger Zugeständnisse ist die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kanel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 335 OR N. 10, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**5.2** Sodann besteht bei Arbeitnehmern, welche kurz vor der Pensionierung stehen, eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers insofern, als einem solchen Arbeitnehmenden nicht ohne Not gekündigt werden soll, wenn andere Massnahmen möglich sind. Insbesondere gehört dazu die Sorge dafür, einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses riefen (BGE 132 III 115, E. 5.3).

## **6.**

**6.1** Der Rekursgegner ist derzeit im Seelsorgeverband V. als Diakon aufgeführt (vgl. <http://www.kath-v>, zuletzt besucht am 27. Mai 2016).

**6.2** Mit E-Mail vom 22. Januar 2013 teilte F. dem Rekursgegner mit, er wolle ihm aus Gründen der Wirkung in der Öffentlichkeit nicht die kirchliche Beauftragung entziehen, und riet ihm, selber die Kündigung in die Wege zu leiten. Nachdem der Rekursgegner am 5. Februar 2013 mitgeteilt hatte, er werde nicht selber kündigen, wurde ihm geraten, in Zusammenarbeit mit den Personalverantwortlichen der Kantonalkirche eine einvernehmliche Lösung auszuarbeiten. Im Mailverkehr wurde mehrmals eine mögliche Karenzfrist der Arbeitslosenschädigung thematisiert. Die Vereinbarung wurde schliesslich in Zusammenarbeit mit der Kantonalkirche ausgearbeitet und am 25. März 2013 unterzeichnet.

**6.3** Der Rekursgegner teilte der Rekurrentin mit E-Mail vom 22. März 2013 mit, er sei dabei, sich für eine neue Stelle zu bewerben und verlangte deshalb ein Zwischenzeugnis.

Im Pfarrblatt für die Katholische Kirche im Kanton Zürich („forum“) xy/2013 wird unter dem Titel „Abschiedswort von A.“ festgehalten: „Nun steht aber bereits meine Pensionierung vor der Tür. Ich bin deshalb mit dem Bischof und mit der Kirchenpflege übereingekommen, dass es am besten ist, nach meiner Gesundung direkt in den Ruhestand überzutreten.“

Der Personalombudsman der Katholischen Kirche im Kanton Zürich hielt in seinem Bericht vom 24. Januar 2014 fest, der Rekursgegner sei bei Vertragsunterzeichnung davon ausgegangen, dass er die ihm fehlenden Monate bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters im Mai 2014 mit Stellensuche und dem Bezug von Arbeitslosengeld ausgleichen könne.

Der Rekursgegner macht sodann geltend, er habe einerseits gegenüber F. den Wunsch geäußert, dass dieser ihm die Missio entziehe, andererseits habe er auch angeboten, die Beziehung zu seiner damaligen Lebenspartnerin stillzulegen, um sein Arbeitsverhältnis bis zur Pensionierung weiterführen zu können.

**6.4** Die Abberufung von Diakonen richtet sich nach der kirchlichen Ordnung (Kapitel 3.2 der berufsbezogenen Bestimmungen für Priester und Diakone, Ziff. 7 Abs. 5). Eine aussereheliche Beziehung eines ständigen Diakons ist mit den innerkirchlichen Vorgaben nicht vereinbar (Can 1395 § 1 des Codex Iuris Canonici).

Es musste also bei Abschluss der Vereinbarung grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Rekursgegner – zumindest solange er nach der Trennung von seiner Ehefrau in einer neuen Beziehung lebte – keine neue kirchliche Beauftragung als Diakon bekommen würde. Diese Tatsache hat der Kirchenpflege bei Abschluss der Vereinbarung als Behörde einer katholischen Kirchgemeinde bewusst sein müssen. Zwar bestand für den Rekursgegner auch die Möglichkeit, seine neue Partnerschaft zu beenden und dauerhaft auf das Eingehen einer neuen Partnerschaft zu verzichten, womit wohl aus innerkirchlicher Sicht wieder die Möglichkeit bestanden hätte, eine kirchliche Beauftragung zu erhalten. Ob er dies inzwischen getan hat bzw. unter welchen Umständen er nunmehr eine Stelle als Diakon im Bistum D. erhalten hat, geht aus den Akten nicht hervor. Jedenfalls war der Rekursgegner im Zeitpunkt der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses mit der Rekurrentin aufgrund seiner privaten Verhältnisse grundsätzlich gar nicht in der Lage, eine Missio und damit eine mit der bisherigen Stelle vergleichbare Arbeit im kirchlichen Umfeld zu erhalten. Es ist daher – auch unter Berücksichtigung des fortgeschrittenen Alters des Rekursgegners – nicht nachvollziehbar, dass die Kirchenpflege ohne weiteres davon ausging, bzw. ausgehen durfte, dass der Rekursgegner weiterarbeiten würde bzw. könnte, selbst wenn dieser selber kundtat, auf der Suche nach einer neuen Stelle zu sein.

## **7.**

**7.1** Gemäss angefochtenem Entscheid musste sich der Rekursgegner durch das vorzeitige

Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis, welches gemäss Art. 29 Pensionskassenreglement auch den Austritt aus der Pensionskasse zur Folge hatte, entweder für eine frühzeitige Pensionierung mit der Möglichkeit einer lebenslangen Rente oder für die Überweisung seiner Freizügigkeitsleistung auf ein Freizügigkeitskonto, welches ihm bei Eintritt des Pensionsalters ausschliesslich den Kapitalbezug ermöglicht hätte, entscheiden. Für den Rekursgegner sei aus persönlichen Gründen ein Kapitalbezug nicht in Frage gekommen, weshalb er sich habe vorzeitig pensionieren lassen müssen und damit seines Anspruchs auf Arbeitslosengeld verlustig gegangen sei.

**7.2** Mit E-Mail vom 14. November 2013 teilte der Rekursgegner der Pensionskasse Q. mit, er wolle die Pension erst mit Beginn seines Pensionsalters, d.h. Anfang Juni 2014, beziehen. Er sei jedoch von der Pensionskasse darauf aufmerksam gemacht worden, dass dies nicht möglich sei, wenn kein neues Arbeitsverhältnis mit einer katholischen Kirchgemeinde bestehe. Aus dem E-Mail geht auch hervor, dass die Pensionskasse dem Rekursgegner mitgeteilt hatte, er müsse ein entsprechendes Formular zur vorzeitigen Pensionierung sofort unterschreiben, da es wegen des Jahresabschlusses bis zum 11. November eingereicht sein müsse. Am 22. November 2013 schrieb die Pensionskasse Q. an den Rekursgegner, er habe sich für eine vorzeitige Pensionierung entschieden und es wurde ihm mitgeteilt, dass ihm ab November 2013 die Altersrenten auf sein Konto überwiesen würden.

**7.3** Verlässt eine Person die Vorsorgestiftung vor Eintritt eines Vorsorgefalls – unter anderem weil das Arbeitsverhältnis aufgelöst wird – hat sie Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung (Art. 29 Abs. 1 des Vorsorgereglements der Pensionskasse Q.). Sodann besteht bei Ausscheiden aus der Stiftung zwischen dem vorzeitigen und dem ordentlichen Pensionierungsalter Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung, wenn die Person die Erwerbstätigkeit weiterführt oder als arbeitslos gemeldet ist. Tritt die versicherte Person in den Dienst eines anderen der Stiftung angeschlossenen Arbeitgebers, wird die Versicherung weitergeführt. Diese Bestimmung entspricht Art. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 17. Dezember 1993 (FZG, SR 831.42).

Die Freizügigkeitsleistung hätte somit bei Antritt einer neuen Stelle auf die neue Stiftung überwiesen werden können. Falls der Rekursgegner keine neue Stelle angetreten hätte, wäre sie letztlich bei Erreichen des Pensionsalters als Kapital ausbezahlt worden.

**7.4** Gemäss Art. 47 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) kann nach Ausscheiden des Versicherten aus der obligatorischen Versicherung die Vorsorge bei derselben Vorsorgeeinrichtung, wenn deren Reglement dies zulässt, oder bei einer Auffangeinrichtung weitergeführt werden. Hierzu äussert sich auch der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse vom 26. März 2014 klar. Danach

habe der Rekursgegner zwar die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht selbst herbeigeführt, er habe sich aber selber dazu entschieden, eine Altersleistung der beruflichen Vorsorge zu beziehen. Er sei weder aus wirtschaftlichen Gründen von der Arbeitgeberin entlassen noch aufgrund von zwingenden Regelungen im Rahmen der beruflichen Vorsorge pensioniert worden. Er sei auch nicht gezwungen gewesen, sich vorzeitig pensionieren zu lassen, um sich die Möglichkeiten eines Rentenbezugs aus der zweiten Säule zu erhalten, sondern hätte seine BVG-Vorsorge-Versicherung bei der Stiftung Auffangeinrichtung weiterführen können.

Bei Ausscheiden des Versicherten aus der obligatorischen Versicherung kann der Arbeitnehmer seine Versicherung bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG weiterführen (vgl. etwa Vorsorgeplan WG der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, gültig ab 01.01.2014, Art. 1). Versichert werden kann jedoch hierbei höchstens der maximale BVG-pflichtige Jahreslohn (Art. 3) und die gesamten Beiträge wären vom Versicherten zu tragen, was gegenüber einer ordentlichen Pensionierung ebenfalls zu einer finanziellen Einbusse führen kann.

**7.5** Somit bestanden für die Regelung der Vorsorge des Rekursgegners mehrere Varianten. Ohne finanzielle Einbusse hätte sich der Rekursgegner aufgrund der vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur dann pensionieren lassen können, wenn er eine neue Stelle angetreten hätte und seine Versicherung bei einer neuen Stiftung hätte weiterführen können. Bei einer Kapitalauszahlung wäre eine erhöhte Steuerlast sowie der Verlust der Rente zu tragen gewesen; bei der Weiterführung der Versicherung bei der Auffangeinrichtung hätte allenfalls ein kleinerer versicherter Lohn resultiert und der Rekursgegner hätte sämtliche Beiträge selber zahlen müssen.

## **8.**

**8.1** Auszugehen ist somit von der in E. 5 zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine Aufhebungsvereinbarung während der Sperrfrist nur zulässig ist, wenn von beiden Parteien echte Konzessionen gemacht werden.

Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ist somit in diesem personalrechtlichen Zusammenhang nicht in erster Linie massgebend, ob sie unter den konkreten Umständen verpflichtet gewesen wäre, den Rekursgegner über die vorsorgerechtlichen Risiken aufzuklären. Ebenso wenig ist entscheidend, ob dem Vertrag nach allgemeiner Vertragslehre ein Irrtum zugrunde liegt bzw. ob den Arbeitnehmer eine Mitverantwortung am eingetretenen Schaden trifft. Massgebend für das gültige Zustandekommen einer Aufhebungsvereinbarung während der Sperrfrist sind über die allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen eines Vertrages hinaus die von beiden Seiten eingegangenen Konzessionen bzw. konkret, ob auch der Arbeitgeber gegenüber einer ordentlichen Kündigung Einbussen auf sich genommen hat.

Bei einer ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist am 31. Oktober 2013 hätte die Arbeitgeberin während der sechsmonatigen Kündigungsfrist den vollen Lohn entrichten müssen. Gemäss der Vereinbarung entrichtete die Arbeitgeberin den Lohn bis zum 31. Oktober 2013 zuzüglich zwei Monatslöhnen und trug sodann das Risiko, entgangene Leistungen der ALV bis maximal 60 Einstelltage zu übernehmen. Somit war die Arbeitgeberin durch die Vereinbarung in jedem Fall finanziell besser gestellt als dies bei einer ordentlichen Kündigung der Fall gewesen wäre. Zudem ergab sich aufgrund der Aufhebungsvereinbarung für die Rekurrentin die Möglichkeit, die Stelle zu einem früheren Zeitpunkt neu zu besetzen, ohne doppelte Lohnzahlungen auf sich nehmen zu müssen.

Der Rekursgegner hingegen wäre aufgrund der Vereinbarung dann finanziell gleichgestellt gewesen wie bei einer ordentlichen Kündigung, wenn er sich nicht hätte vorzeitig pensionieren lassen und eine neue Stelle angetreten hätte, mit der Möglichkeit der Weiterführung seiner beruflichen Vorsorge. Damit waren für den Rekursgegner erhebliche Unsicherheiten verbunden: Einerseits die Frage, ob er tatsächlich einen neuen Arbeitsvertrag erhalten würde – selbst wenn eine neue Stelle zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits in Aussicht gestanden hätte –, andererseits das Ermessen der Arbeitslosenversicherung, der Pensionskasse sowie gegebenenfalls der Auffangeinrichtung bezüglich Regelung des Arbeitslosentaggelds und der Rentenauszahlung. Der Rekursgegner hatte am 22. März 2013 mitgeteilt, er habe eine neue Stelle in Aussicht. Die Vereinbarung wurde am 25. März 2013 unterzeichnet, somit stand zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, dass der Rekursgegner tatsächlich eine Anstellung erhalten würde. Sodann bestand auch immer noch die Möglichkeit, dass ihm aufgrund seiner ausserehelichen Beziehung von innerkirchlicher Seite her keine Missio erteilt würde. Selbst wenn die Rekurrentin davon ausging, dass der Rekursgegner eine neue Stelle antreten wollte und seine Altersvorsorge würde weiterführen können, durfte sie angesichts der vielen zu berücksichtigenden unsicheren Faktoren nicht ohne weiteres annehmen, dass dies in jedem Fall ohne finanzielle Einbussen des Rekursgegners umsetzbar wäre, auch unter Berücksichtigung der vereinbarten Übernahme von Einstelltagen der Arbeitslosenversicherung.

Hätte der Rekursgegner keine neue Stelle angetreten, so wäre er durch die Vereinbarung in jedem Fall schlechter gestellt gewesen als bei einer ordentlichen Kündigung (siehe E. 7). Der Rekursgegner hatte demgegenüber aufgrund der Aufhebungsvereinbarung lediglich den Vorteil, allenfalls auf einen früheren Zeitpunkt hin eine neue Stelle suchen zu können. Sodann führt die Rekurrentin aus, dem Rekursgegner sei die glaubwürdige Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ohnehin nicht möglich gewesen, weshalb die vorzeitige Beendigung auch für ihn ein Entgegenkommen gewesen sei. Hierzu ist festzuhalten, dass aus dem Mailverkehr des Rekursgegners und der Rekurrentin hervorgeht, dass auch seitens der innerkirchlichen Stellen erheblich darauf hingewirkt wurde, das Arbeitsverhältnis vorzeitig zu beenden, da auch diese um ihren Ruf besorgt waren. Somit muss die vorzeitige Beendigung unter Aus-

schluss der Öffentlichkeit bzw. unter Verzicht auf Entzug der Missio nicht nur als Wohltat für den Rekursgegner, sondern in erster Linie als starkes eigenes Interesse der Kirche und damit indirekt auch des Arbeitgebers angesehen werden.

Zusammenfassend war der Rekursgegner durch die Vereinbarung nur dann gleich gestellt wie durch eine ordentliche Kündigung wenn er innert nützlicher Frist eine neue Stelle antreten konnte, was aber im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung ungewiss war, während die Rekurrentin Vorteile aus der Vereinbarung ziehen konnte. Es kann somit aufgrund der Interessenlage von vornherein nicht von der Zulässigkeit einer Aufhebungsvereinbarung während der Sperrfrist ausgegangen werden.

Es war somit unter den vorliegenden Umständen nicht zulässig, eine Aufhebungsvereinbarung während der Sperrfrist abzuschliessen und diese ist im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als nichtig zu betrachten.

**8.2** Aufgrund dieses Ergebnisses ist die weitere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers unerheblich, insbesondere was eine allfällige Pflicht zur Beratung betreffend vorsorgerechtlichen Aspekten betrifft. Dennoch ist abschliessend auf Folgendes hinzuweisen: Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, kurz vor der Pensionierung stehenden Mitarbeitern die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne finanzielle Einbussen zu ermöglichen, durfte unter den gegebenen Umständen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer eine neue Stelle finden würde, selbst wenn dieser vorgängig seine diesbezügliche Absicht geäussert hatte. Daher hätte die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall ohnehin nicht darauf verzichten dürfen, zusammen mit dem Arbeitnehmer die offensichtlichen vorsorgerechtlichen Risiken abzuklären und zu erörtern. Die vom Rekursgegner allenfalls geäusserte Absicht, eine neue Stelle anzutreten, genügt unter Berücksichtigung der erhöhten Fürsorgepflicht vorliegend nicht, um die Rekurrentin von jeglicher Aufklärung betreffend Vorsorgerisiken zu entbinden, insbesondere da der Rekursgegner kurz vor der Pensionierung stand und daher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dafür Sorge zu tragen war, dass dies ohne finanzielle Einbussen möglich gewesen wäre.

Die von der Rekurrentin angeführte Mitwirkung der Kantonalkirche bei der Ausarbeitung der Vereinbarung bzw. die Frage, inwieweit sich die Rekurrentin darauf verlassen durfte, dass diese Umstände von den Personalverantwortlichen der Kantonalkirche genügend beachtet würden, betrifft das Verhältnis zwischen Rekurrentin und Kantonalkirche. Allfällige diesbezügliche Ansprüche der Rekurrentin gegenüber der Kantonalkirche sind vorliegend nicht zu behandeln. Sie können ohnehin dahingestellt bleiben, da die Rekurrentin die Renteneinbusse des Rekursgegners nicht zu tragen hat (vgl. E. 9 nachfolgend).

**9.**

**9.1** Gemäss § 14 Abs. 1 lit. f AO endet das Arbeitsverhältnis automatisch mit Eintritt der Rentenberechtigung AHV/IV. Diese Bestimmung ist jedoch nicht anwendbar für Priester und Diakone (Art. 16 Abs. 1 der berufsbezogenen Bestimmungen für Priester und Diakone). Da jedoch, wie die Vorinstanz bereits zu Recht festgestellt hat, der klare übereinstimmende Wille beider Parteien erkennbar war und ist, das Arbeitsverhältnis zu beenden, ist dieses gemäss ordentlicher Kündigungsfrist nach Ablauf der Sperrfrist auf den 31. Mai 2014 als beendet zu betrachten.

Der Entscheid der Vorinstanz erfolgte somit insoweit zu Recht, als sie die Rekurrentin verpflichtete, dem Rekursgegner fünf Monatslöhne zuzüglich 13. Monatslohn pro rata temporis bis Ende Mai 2014 zu bezahlen. Da es sich jedoch nicht um eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, sondern um eine ordentliche Lohnfortzahlung im ungekündigten Arbeitsverhältnis handelt – die Parteien somit in jeder Hinsicht so zu stellen sind, als sei der Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen bzw. das Arbeitsverhältnis erst auf den 31. Mai 2014 beendet worden – ist nicht der Brutto-, sondern der vereinbarte Nettolohn massgebend. Auf der Basis des Bruttolohns sind demgemäss auch Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten, da es sich um "massgebenden Lohn" im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG, SR 831.10) handelt.

Anzurechnen wäre ein allfälliges anderweitiges Einkommen des Rekursgegners während der Kündigungsfrist. Die Rekurrentin hatte bereits in ihrer Duplik vor der Vorinstanz geltend gemacht, der Rekursgegner habe eine neue Stelle angetreten. Die Vorinstanz hat sich mit dieser Aussage nicht auseinandergesetzt. Es ist nicht erstellt, seit wann der Rekursgegner an seiner derzeitigen Arbeitsstelle tätig ist bzw. ob er vorher noch eine weitere Stelle bekleidet hat. Der Rekursgegner hat daher der Rekurrentin seine Arbeitsverträge bzw. –verfügungen vorzulegen, soweit er vor dem 31. Mai 2014 eine Stelle angetreten hat.

**9.2** Betreffend die Übernahme der Renteneinbusse durch die Rekurrentin ist der Entscheid der Vorinstanz hingegen aufzuheben. Wie in E. 7 ausgeführt standen dem Rekursgegner betreffend der Regelung seiner Altersvorsorge zahlreiche Möglichkeiten offen, wobei die vorzeitige Pensionierung grundsätzlich auf dessen eigenem Entscheid beruhte und ohnehin mit Blick auf die Schadensminderungspflicht des Rekursgegners zu klären gewesen wäre, ob dieser nicht eine günstigere Variante hätte wählen müssen. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben:

Aufgrund der Nichtigkeit der Aufhebungsvereinbarung gilt der Rekursgegner als ordentlich beschäftigt bis zum Eintritt seines Pensionsalters am 31. Mai 2014. Somit kann auch die aufgrund einer nicht zustande gekommenen Kündigung eingeleitete vorzeitige Pensionierung

keine Wirksamkeit entfalten. Die Pensionskasse Q. ist daher einzuladen, die vorzeitige Pensionierung per 1. November 2013 aufzuheben und das Verfahren auf ordentliche Pensionierung per 1. Juni 2014 einzuleiten. Die von Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu leistenden Beiträge von 1. November 2013 bis 31. Mai 2014 wird sie dabei in Rechnung zu stellen haben.

Dem Rekursgegner wurde per 24. Januar 2014 letztmals sein Lohn ausbezahlt. Es ist somit ab diesem Datum ein Verzugszins von 5% geschuldet.

## **10.**

**10.1** Das Verfahren vor der Rekurskommission ist kostenlos (§ 14 Abs. 1 Organisationsreglement).

**10.2** Im Rekursverfahren kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden (§ 17 Abs. 2 VRG). Die Rekurrentin unterliegt im vorliegenden Verfahren weitgehend und es ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dem Rekursgegner ist nach Massgabe seines mehrheitlichen Obsiegens eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWST) zuzusprechen.

**10.3** Die Vorinstanz sprach dem Rekursgegner eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'500.-- (inkl. MWST) zu. In Anbetracht des überwiegenden Obsiegens des Rekursgegners im vorliegenden Verfahren erscheint diese Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren nach wie vor als angemessen und ist nicht aufzuheben.

### **Demnach erkennt die Kammer:**

1. Der Rekurs wird teilweise gutheissen. Ziff. I. des Beschlusses des Synodalrats vom 28. September 2015 wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass der Rekursgegner bis zum 31. Mai 2014 bei der Rekurrentin angestellt war.
3. Im Sinne der Erwägungen wird die Rekurrentin verpflichtet, dem Rekursgegner fünf Monatslöhne zuzüglich 13. Monatslohn pro rata temporis bis Ende Mai 2014 (netto) nebst Zins zu 5% ab 24. Januar 2014 zu bezahlen. Allfällige Drittleistungen aus Versicherungen im Zusammenhang mit der Auflösung des vorliegenden Arbeitsverhältnisses und/oder einer Neuanstellung sind abzuziehen. Der Rekursgegner wird verpflichtet, der

Rekurrentin sämtliche Anstellungsverträge oder –verfügungen ab 31. Oktober 2013 bis 31. Mai 2014 vorzulegen.

4. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.
5. Die Pensionskasse Q. wird eingeladen, die vorzeitige Pensionierung des Rekursgegners per 1. November 2013 aufzuheben und das Verfahren auf ordentliche Pensionierung per 1. Juni 2014 einzuleiten.
6. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
7. Die Rekurrentin wird verpflichtet, dem Rekursgegner eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWST) zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids.

[...]