

# **BGer 8C\_469/2019 vom 30. Oktober 2019**

Bundesgericht, 2019-10-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_469\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_469_2019)

FR: TF 8C\_469/2019 du 30 octobre 2019

IT: TF 8C\_469/2019 del 30 ottobre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt, da die Beschwerde unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und Form ( Art. 42 BGG ) von einer durch die Entscheidung besonders berührten Partei mit einem schutzwürdigen Interesse an deren Aufhebung oder Änderung ( Art. 89 Abs. 1 BGG ) eingereicht wurde und sich das Rechtsmittel gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG ) gefällten Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts ( Art. 82 lit. a BGG ) richtet, keine der in Art. 83 BGG erwähnten Ausnahmen greift und angesichts der beantragten Entschädigung auch der Streitwert von Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG erfüllt ist.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

Die beschwerdeführende Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substantiiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG, insbesondere wegen Verletzung von Bundesrecht ( Art. 95 lit. a BGG ), erhoben werden. Die Verletzung kantonaler Bestimmungen bildet - abgesehen von den hier nicht gegebenen Fällen gemäss Art. 95 lit. c-e BGG - nur dann einen zulässigen Beschwerdegrund, wenn eine derartige Rechtsverletzung einen Verstoß gegen Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG oder gegen Völkerrecht im Sinne von Art. 95 lit. b BGG zur Folge hat ( BGE 140 I 320 E. 3.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2.3**

Eine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch dessen Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheinen mag, genügt nicht ( BGE 141 I 70 E. 2.2 S. 72 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Streitig ist, ob die Vorinstanz zu Recht die gegen die Beschwerdeführerin ausgesprochene Kündigung weder als missbräuchlich noch als diskriminierend qualifiziert und eine entsprechende Entschädigung verneint hat.

### **E. 4**

Die Vorinstanz erwog, der Hauptantrag auf Rückweisung an den Regierungsrat zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Aktenvervollständigung sei abzuweisen. Denn das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) sehe als Spezialgesetz selbst bei Verfahrensmängeln vor, dass ein Arbeitsverhältnis mit erfolgter Kündigung definitiv aufgelöst werde. Aus dem schriftlich dokumentierten Sachverhalt sei keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erkennbar. Die Beschwerdeführerin sei konkret informiert worden, auf welchen exemplarisch bezeichneten Fällen die ihr vorgehaltenen Defizite gründeten. Sie habe bis zu ihrer Freistellung uneingeschränkter Zugang zu den Akten gehabt und sei in der Lage gewesen, auf die konkreten Vorhaltungen zu reagieren. Zusammenfassend liege keine Missbräuchlichkeit der Kündigung infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, namentlich des rechtlichen Gehörs, vor. Weiter führte die Vorinstanz aus, nach der gesetzlichen Regelung sei die Amtsleiterin gegenüber der Beschwerdeführerin weisungsbefugt und deren Vorgesetzte gewesen. In Würdigung der Akten und der Aussagen vor Gericht sei festzustellen, dass die in Lit. J des Regierungsratsbeschlusses vom 21. November 2017 gezogenen Schlüsse nachvollziehbar und gestützt auf die sieben eingereichten Dossiers belegt seien. Die Beschwerdeführerin sei schon ab Mai 2017 klar und konkret mit Fällen und deren mangelhafter Verfahrensführung konfrontiert worden. Es mache den Eindruck, dass sie ab Juli 2017 auf Zeit gespielt und sich der Kritik verweigert habe. Im Schreiben vom 15. Mai 2017 seien arbeitsrechtliche Massnahmen thematisiert und bei deren Scheitern eine Kündigung in Betracht gezogen worden. Aus den Akten ergebe sich nicht, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihren Defiziten auseinandersetzt habe; vielmehr habe sie die ihr vorgehaltenen Mängel verworfen und ihre Vorgesetzte mit Vorwürfen eingedeckt. Angesichts der dokumentierten Vorgänge könne ihr der Vorwurf der fehlenden Selbstkritik nicht erspart bleiben. Die Prüfung von mildereren Massnahmen liege im Ermessen des Regierungsrates. Dessen Erwägungen seien einleuchtend und eine pflichtwidrige Einschätzung nicht ersichtlich. Zusammenfassend ergebe sich ein sachlicher Grund für die Kündigung. Dies stehe nicht in Widerspruch zu den vorgängig guten Beurteilungen, da der Beschwerdeführerin nicht nur schlechte Arbeitsleistungen vorgeworfen würden, sondern auch ihre Weigerung der Anerkennung und Behebung ihrer Defizite. Ein reibungsloses Funktionieren der anspruchsvollen Aufgabe der Abteilung B.\_\_\_\_\_ sei nicht mehr gewährleistet gewesen. Bezüglich der geltend gemachten Missbräuchlichkeit der Kündigung nach Arbeits- und Gleichstellungsgesetz führte die

Vorinstanz aus, der Vorwurf, die Amtsleiterin habe die Beschwerdeführerin loshaben wollen, weil sie Mutter sei, sei unbelegt. Es gelinge der Beschwerdeführerin nicht, auch nur annähernd eine Diskriminierung wegen ihrer Mutterschaft glaubhaft zu machen. Weiter lehnte die Vorinstanz einen Anspruch auf eine Entschädigung für das ausserhalb der Arbeitszeit absolvierte CAS gestützt auf die Bestimmungen des Personalgesetzes über Weiterbildungen der kantonalen Mitarbeiter ab. Schliesslich wies sie die Beweisanträge der Beschwerdeführerin im Rahmen der antizipierten Beweiswürdigung ab.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt verschiedentlich eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Allerdings ist ihrer Beschwerde nicht zu entnehmen, inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen willkürlich sein sollen ( BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; E. 2.1). Soweit sie vereinzelt geltend macht, die Sachverhaltsfeststellung des kantonalen Gerichts sei aktenwidrig bzw. widersprüchlich, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn dabei legt sie ihrer Auslegung der entsprechenden Dokumente stets ihre nicht weiter belegten Behauptungen zugrunde.

## **E. 6.1**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids ( BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197). Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann ( BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.; 135 II 286 E. 5.1 S. 293).

Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden ( BGE 141 I 60 E. 3.3 S. 64 ; 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen ( BGE 111 Ia 273 E. 2b S. 274; Urteil 8C\_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 I 39 ). Entscheidend ist, ob der betroffenen Person ermöglicht wurde, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen ( BGE 136 I 265 E. 3.2 S. 272; 135 II 286 E. 5.1 S. 293; 132 II 485 E. 3.2 S. 494; Urteil 2C\_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.2.1). Im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte (Urteil 8C\_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2; vgl. zum Ganzen BGE 144 I 11 E. 5.3 S. 17 f.).

## **E. 6.2**

Die Vorinstanz zeigt in ihrem Entscheid einlässlich und in nicht zu beanstandender Weise auf, dass der Beschwerdeführerin mehrfach die Gelegenheit zur mündlichen und schriftlichen Stellungnahme gewährt worden war. Entgegen der Ansicht der

Beschwerdeführerin waren die gegen sie erhobenen Vorwürfe auch hinreichend klar und konkret. Zumindest mit dem 17 Seiten umfassenden Schreiben vom 12. Juni 2017 nahm sie detailliert Stellung zu den gemachten Vorhalten, verzichtete aber im Übrigen darauf, sich anlässlich der Gespräche oder in einer (weiteren) schriftlichen Eingabe zur Sache zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist demnach nicht gegeben. Auch aus dem Bundesgesetz vom 24. März 1994 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) ergibt sich kein über den in Art. 29 Abs. 2 BV oder einschlägigem kantonalem Recht statuierten Umfang hinausgehender Anspruch (vgl. Kathrin Arioli, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, N. 19 zu Art. 13 GIG ). Schliesslich bestehen keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass das Personaldossier bzw. die Verfahrensakten nicht vollständig sind. Eine Rückweisung zur Sachverhaltsergänzung resp. Gewährung des rechtlichen Gehörs steht damit ausser Frage.

### **E. 7.1**

Der Regierungsrat begründete die Kündigung der Beschwerdeführerin mit der Verletzung ihrer Arbeitnehmerpflicht zur beförderlichen Bearbeitung der ihr zugeteilten Fälle, was z.B. in drei der zwölf aufgeführten Dossiers (Fälle 8-10) dazu führte, dass ein Erstgespräch erst drei Monate nach Eingang der Gefährdungsmeldung erfolgte. Auch zu weiteren Fällen wurden klare Pflichtverletzungen in der Verfahrensführung benannt. Ferner wurde festgehalten, die Beschwerdeführerin lasse es bisweilen an einem adäquaten Umgangston gegenüber Verfahrensbeteiligten und Dritten missen. Da die anfänglich getroffenen Massnahmen wegen mangelnder Bereitschaft der Beschwerdeführerin zur Selbstreflexion und ihrer völligen Uneinsichtigkeit in ihre fachlichen Defizite gescheitert seien, seien sie nicht mehr zielführend. Die Beschwerdeführerin spreche ihrer Vorgesetzten jede Weisungsbefugnis ab und habe gegen diese schwere Vorwürfe erhoben, so dass es am Vertrauen in eine konstruktive Weiterarbeit fehle. Da sich keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit biete, komme eine Versetzung innerhalb der kantonalen Verwaltung nicht in Betracht. Damit seien mindere Massnahmen als die Kündigung weder zielführend noch möglich. Die Vorinstanz bestätigte das Vorliegen sachlicher Gründe zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie die pflichtkonforme ermessensweise Prüfung milderer Massnahmen.

### **E. 7.2**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde die Kündigung mit den ungenügenden Arbeitsleistungen im Sinne fachlicher Defizite, namentlich der Pflichtverletzungen in der Verfahrensführung, begründet. Die mangelnde Selbstreflexion und Uneinsichtigkeit der Beschwerdeführerin wurde insofern angeführt, als sie die Durchführung milderer Massnahmen als der Kündigung, etwa in Form eines Coachings, verunmöglichten. Darin liegt keine Bundesrechtswidrigkeit. Der Kündigungsgrund der ungenügenden Arbeitsleistungen im Sinne der mangelhaften Verfahrensführung ist gestützt auf den massgebenden vorinstanzlichen Sachverhalt, der auf den sich bei den Akten befindenden von der Beschwerdeführerin geführten Verfahren basiert, willkürfrei ausgewiesen. Es ist denn auch nicht widersprüchlich, dass vorgängig gute Leistungen attestiert wurden, diese Beurteilung sich aber im Laufe der Zeit und gestützt auf die sich erwiesenermassen verschlepten Verfahren änderte, handelt es sich doch bei diesen Verfehlungen um schwerwiegende Mängel. Ebenso unbehelflich ist der von der Beschwerdeführerin geforderte direkte Vergleich ihrer Arbeit mit jener ihrer Teamkollegen. Für eine Kündigung infolge Verletzung der Arbeitspflichten genügt es, dass - wie hier - ein Fehlverhalten der

konkret betroffenen Person ausgewiesen ist. Dazu bedarf es keines Quervergleichs mit der Leistung der übrigen Arbeitnehmer. Die Feststellung eines sachlichen Kündigungsgrundes durch die Vorinstanz ist unter diesen Umständen weder willkürlich noch sonstwie bundesrechtswidrig. Daran vermag auch die geltend gemachte fehlende Einarbeitung nichts zu ändern, da dieser Einwand - wie die Vorinstanz korrekt feststellte - in den Akten keine Stütze findet.

### **E. 8.1**

Das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. a auf Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden nicht anwendbar. Art. 3a ArG statuiert, dass die Vorschriften über den Gesundheitsschutz gemäss Art. 6, 35 und 36a ArG dennoch für die genannten Verwaltungen massgebend sind; diese Aufzählung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz ist abschliessend (BB1 1994 II 176; Urteil 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002 E. 4.3.1; Roland Bachmann, in: Arbeitsgesetz, 2018, N. 6 zu Art. 3a ArG ). Die Vorschriften der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (ArGV 3; SR 822.113) stellen eine Konkretisierung von Art. 6 ArG dar, weshalb sie auch vom Verweis in Art. 3a ArG erfasst werden (Bachmann, a.a.O., N. 7 zu Art. 3a ArG ). Die Konkretisierungen von Art. 35 ArG erfolgen in Art. 61-65 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1; SR 822.111), in der Verordnung vom 20. März 2001 über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung; SR 822.111.52) und in Art. 34 ArGV 3 (Angela Hensch, in: Arbeitsgesetz, 2018, N. 1 zu Art. 35 ArG und Stéphanie Perrenoud, *La protection de la maternité*, 2015, S. 714 f.; vgl. aber Bachmann, a.a.O., N. 7 zu Art. 3a ArG , wonach die Rechtslage diesbezüglich nicht eindeutig ist). Nicht erfasst werden die Bestimmungen bei Mutterschaft zur Regelung der Beschäftigung nach Art. 35a ArG (Bachmann, a.a.O., N. 8 zu Art. 3a ArG ). Zeitlich umfasst der Schutz nach Art. 35 ArG die Zeit der Schwangerschaft sowie während der Stillzeit im ersten Lebensjahr des Kindes ( Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 ; vgl. auch Perrenoud, a.a.O., S. 1081; a.M. Hensch, a.a.O., N. 4 zu Art. 35 ArG ).

### **E. 8.2**

Zusammengefasst wirft die Beschwerdeführerin der Amtsleiterin resp. ihrem Arbeitgeber vor, man habe während ihrer Schwangerschaft und Stillzeit zu wenig Rücksicht auf sie genommen und ihr den nach Arbeitsgesetz zustehenden Schutz nicht gewährt.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin hat am 24. März 2014 ihre Tochter geboren. Somit erstreckt sich die Schutzwirkung nach Art. 35 ArG längstens bis zum 24. März 2015. Die von der Amtsleiterin konkret benannten Umstände, die zu Beanstandungen in der Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin und letztlich zur Kündigung führten, beziehen sich auf den Zeitraum danach. So führte die Amtsleiterin in ihrem Schreiben vom 7. Juli 2017 aus, dass die anfänglich guten Beurteilungen der Arbeitsleistung ein Abweichen davon bei einer neuerlichen Beurteilung nicht ausschliesse und dass mit zunehmender Beschäftigungszeit auch die Erwartungen an die Leistungen steigen würden; weiter fügte sie an, dass die "in letzter Zeit erfolgten Rückmeldungen Dritter" eine vertiefte Überprüfung erzwingen würden. Mit anderen Worten bezieht sich der Vorwurf der ungenügenden Leistungen resp. der Verfehlungen nicht auf die seit Beginn der Anstellung erfolgte Tätigkeit, sondern auf

die zuletzt vor der Abmahnung und Kündigung erbrachte Arbeit (vgl. namentlich die Fälle 2-12 gemäss Schreiben vom 7. Juli 2017). In diesem Zusammenhang ist denn auch eine der gewichtigsten der Beschwerdeführerin zur Last gelegten Unterlassungen zu sehen, nämlich der fehlenden beförderlichen Erledigung resp. der Verschleppung von Verfahren. Unter diesen Umständen entbehren die Vorwürfe der Beschwerdeführerin, die (hier einzig zu beurteilende) Kündigung sei unter Verletzung der Bestimmungen des ArG ergangen, jeglicher Grundlage, da sie sich nicht auf ein Verhalten während der durch das ArG geschützten Zeit (Schwangerschaft, Niederkunft oder Stillzeit) stützt.

#### **E. 9.1**

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe zu Unrecht darauf geschlossen, dass sie auf eine Wiederanstellung verzichtet und keinen Anspruch auf Entschädigung infolge diskriminierender Kündigung habe. Weiter macht sie geltend, die Kündigung sei diskriminierend im Sinne des Gleichstellungsgesetzes, da die Amtsleiterin über lange Zeit ihre Fürsorgepflicht verletzt sowie mehrfach gegen die Vorschriften zum Schutz der Integrität der Arbeitnehmerin sowie der Schwangeren und Stillenden verletzt bzw. die Amtsleiterin sie wegen ihrer familiären Situation, insbesondere während der Schwangerschaft und Stillzeit, benachteiligt habe.

#### **E. 9.2**

Soweit die Beschwerdeführerin sich auf eine diskriminierende Kündigung infolge ihrer Schwangerschaft und Stillzeit beruft, kann auf die Ausführungen unter E. 8.3 verwiesen werden, wonach weder ein zeitlicher noch ein kausaler Zusammenhang zwischen der Kündigung und ihrer Mutterschaft besteht. Weiter wird nicht dargelegt, inwiefern die Amtsleiterin - abgesehen von den in Bezug auf die Mutterschaft erhobenen Vorwürfe - ihre Fürsorgepflicht als Arbeitgeberin oder die persönliche Integrität der Beschwerdeführerin verletzt haben soll.

#### **E. 10**

Nachdem das kantonale Gericht dem Bundesgericht die vorinstanzlichen Akten erst nach Fällung seines Entscheids bezüglich des von der Beschwerdeführerin ebenfalls angefochtenen Arbeitszeugnisses zugestellt hat, ist der Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin gegenstandslos.

#### **E. 11**

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Angesichts des offensichtlich fehlenden Zusammenhangs zwischen der Mutterschaft der Beschwerdeführerin und dem kündigungsrelevanten Verhalten sind die Gerichtskosten nicht gestützt auf Art. 65 Abs. 4 lit. b BGG , sondern nach den üblichen Grundsätzen festzulegen ( Art. 65 Abs. 2 und 3 BGG ).

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