

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.80 vom 1. Dezember 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.80](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.80)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.80 du 1 décembre 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.80 del 1 dicembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Rekursgegnerin ist gemäss § 1 und 2 des Gesetzes über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG, SG 331.100) ein öffentliches Spital in der Form einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Rechtsstellung, Organisation und Aufgaben durch das genannte Gesetz geregelt werden. Nach § 23 Abs. 2 ÖSpG kann gegen Verfügungen der Organe und Organisationseinheiten der öffentlichen Spitäler gemäss dem Gesetz betreffend die Organisation des Regierungsrats und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, SG 153.100) beim Verwaltungsrat Rekurs erhoben werden. Die Entscheide des Verwaltungsrates unterliegen gemäss § 23 Abs. 3 ÖSpG dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Daraus folgt die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses (VGE VD.2013.153 vom 25. Oktober 2013 E. 1.1). Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheides von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Sie ist deshalb gemäss § 13 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100) zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig eingereichten und begründeten Rekurs ist einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach prüft das Verwaltungsgericht insbesondere, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat (vgl. statt vieler VGE VD.2011.72 vom 8. März 2012 E. 1.2 mit Hinweisen).

1.3 Die Rekurrentin hat auf die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung verzichtet. Der Entscheid ist demgemäss auf dem Zirkulationsweg ergangen (vgl. Art. 25 Abs. 2 und 3 VRPG).

### **E. 2**

2.1 Die Vorinstanz hat die gegenüber der Rekurrentin ausgesprochene Kündigung grundsätzlich geschützt. Zwar könne nicht von einer rechtsgültigen Verlängerung der Probezeit im Sinne von § 11 Abs. 2 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) ausgegangen werden. Das Schreiben betreffend Verlängerung der Probezeit vom 28. August 2014 könne aber als Abmahnung und als Einräumung einer angemessenen Bewährungsfrist im Sinne von § 30 Abs. 3 PG verstanden werden. Da die Leistungen der Rekurrentin auch in der Bewährungsfrist ungenügend gewesen seien, habe die Rekursgegnerin gemäss § 30 Abs. 2 lit. c PG die ordentliche Kündigung aussprechen können. Folglich liege keine

missbräuchliche Kündigung vor, weshalb der Antrag auf eine Entschädigungszahlung abgewiesen würde.

2.2 Die Rekurrentin macht in ihrer Rekursbegründung geltend, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid zu Recht festgehalten, dass die Voraussetzungen für eine einseitige Verlängerung der Probezeit gemäss § 11 Personalgesetz nicht erfüllt seien. Auch könne nicht von einem Einverständnis der Rekurrentin mit der Verlängerung der Probezeit ausgegangen werden. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Entscheid könne die Verlängerung der Probezeit aber auch nicht als Einräumung einer Bewährungsfrist im Sinne von § 30 Abs. 3 Personalgesetz interpretiert werden. Die Verlängerung der Probezeit sei explizit mit dem Hinweis geschehen, dass noch nicht genügend Konsultationen hätten vorgenommen werden können, um eine aussagekräftige Beurteilung vornehmen zu können. Eine Bewährungsfrist gemäss § 30 Abs. 3 Personalgesetz müsste einen klaren Endtermin haben und die beanstandeten Leistungen müssten hinreichend konkretisiert werden. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Die Verlängerung der Probezeit sei auch von keiner Seite als Einräumung einer Bewährungsfrist verstanden worden. Dementsprechend seien die Voraussetzungen für die Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 PG nicht erfüllt. Im Übrigen habe die Rekursgegnerin auch in keiner Weise aufzeigen können, dass sich die Leistungen der Rekurrentin nach dem Schreiben vom 28. August 2013 nicht verbessert hätten. Erstellt sei lediglich, dass im September 2013 ein Gespräch stattgefunden habe, bei welchem die Rekurrentin gefragt worden sei, ob sie selbst kündige. Die Rekurrentin bestreite, dass an diesem Gespräch ungenügende Leistungen der Rekurrentin thematisiert worden seien. Ohnehin habe dieses Gespräch bereits im September 2013 und nicht nach Ablauf der ■Bewährungsfrist■ stattgefunden, so dass die Leistung der Rekurrentin in diesem Zeitpunkt gar noch nicht beurteilt werden können. Zudem liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, da die Rekurrentin nie mit der Tatsache konfrontiert worden sei, dass beabsichtigt werde, ihr zu kündigen.

2.3 Die Rekursgegnerin führt in ihrer Rekursantwort vom 7. Juli 2014 aus, sie sei nach wie vor der Ansicht, dass die Probezeit rechtmässig verlängert worden sei. Sie habe lediglich aus prozessökonomischen Gründen auf eine eigene Anfechtung des Entscheides des Verwaltungsrats verzichtet. Am 28. August 2013 habe sie der Rekurrentin unter ausführlicher Erläuterung der Gründe eine Verlängerung der Probezeit um zwei Monate, bis zum 31. Oktober 2013, vorgeschlagen. Die Eignung der Rekurrentin für diese Stelle sei während der im Arbeitsvertrag vereinbarten Probezeit von ihren Vorgesetzten in Frage gestellt worden, da es einige Patientenbeschwerden über das Verhalten und die Behandlungsart der Rekurrentin gegeben habe. Die Vorgesetzten hätten der Rekurrentin jedoch noch eine Chance, d.h. eine Bewährungsmöglichkeit, geben wollen und ihr mitgeteilt, dass ihre Eignung für die Position eventuell noch nicht vollständig erwiesen sei und einige für die Anstellung wichtige Punkte noch nicht vollständig hätten beurteilt werden können. Die Rekursgegnerin habe bezüglich der Fachkenntnisse der Rekurrentin noch Zweifel gehabt, und ihre Vorstellung der Behandlung und Betreuung der kleinen Patienten und Patientinnen sowie ihrer Angehörigen und Vertrauenspersonen hätten nicht mit denjenigen der Rekurrentin überein gestimmt. Die Rekurrentin habe nicht dargelegt, dass die Gründe für die Verlängerung der Probezeit für sie nicht nachvollziehbar gewesen seien resp. dass sie mit der Verlängerung nicht einverstanden gewesen sei. Sie sei mit der Verlängerung der Probezeit implizit einverstanden gewesen. Es entspreche zudem einer Praxis im öffentlichen Dienstrecht, dass Probezeiten auch einseitig durch die

Anstellungsbehörden verlängert werden könnten, wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliege. Eventualiter sei die Verlängerung der Probezeit als die Ansetzung einer Bewährungsfrist zu sehen, da die Rekursgegnerin nachweislich mit den Leistungen der Rekurrentin nicht zufrieden gewesen sei und diese grundsätzlich als ungeeignet für die Stelle angesehen habe. Schliesslich sei die Probezeit per se eine "Bewährungsfrist", was auch der Rekurrentin sicherlich klar gewesen sei. Es könne der Rekursgegnerin nicht zum Nachteil angelastet werden, dass sie die für die Arbeitnehmerin weniger einschneidende Lösung der nochmaligen Bewährung gewählt habe, anstatt die Rekurrentin sofort in der Probezeit zu entlassen. Die Mängel, welche die Arbeit der Rekurrentin bis dahin aufgewiesen habe, seien ihr in den erwähnten Gesprächen detailliert dargelegt worden. Die Leistungen und das Verhalten der Rekurrentin hätten sich in der Folge nicht verbessert, weshalb es der Rekursgegnerin nicht weiter zumutbar gewesen sei, das Arbeitsverhältnis aufrecht zu erhalten. Dies habe sie der Rekurrentin im Gespräch vom 23. September 2013 mitgeteilt. Die Rekurrentin habe die Möglichkeit gehabt, ihre Sicht der Dinge zu schildern. Da sie die Kündigung trotz Kenntnis nicht abgeholt habe, sei ihr diese am 31. Oktober 2013 nochmals zugestellt worden. Der Lohn für den Monat November 2013 sei ihr überwiesen worden.

2.4 In ihrer Replik stellt sich die Rekurrentin auf den Standpunkt, dass die Verlängerung der Probezeit entgegen der Ausführungen der Rekursgegnerin nicht vorgeschlagen, sondern einseitig angeordnet worden sei. Die Rekurrentin habe weder mit der Unterzeichnung des Erhalts der Probezeitverlängerung noch auf andere Weise mit ihrem Verhalten quasi stillschweigend ihr Einverständnis zur Verlängerung der Probezeit zum Ausdruck gebracht. Es sei auch nicht nachgewiesen, dass man in der Folge der Rekurrentin die Kündigung angekündigt habe. Ebenso fehle es an irgendwelchen Unterlagen oder sonstigen Beweismitteln, die bekräftigen würden, dass sich die Leistungen und das Verhalten der Rekurrentin effektiv nicht verbessert hätten. Dies werde denn auch von Seiten der Rekurrentin klar bestritten. Es liege auch keine gültige Einräumung einer Bewährungsfrist vor, da keine Aufklärung der Rekurrentin über die wesentlichen ungenügenden Leistungen erfolgt sei, sodass diese auch gar keine Möglichkeit gehabt habe, zu wissen, wie sie sich bewähren könnte. Zudem sei das Gespräch mit der Rekurrentin zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu welchem noch gar nicht beurteilt werden können, ob sich die Rekurrentin bewähre.

### **E. 3**

3.1 Für Mitarbeitenden der Rekursgegnerin gilt gemäss der Übergangsvorschrift von § 28 ÖSpG das Personalgesetz, solange noch kein Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen worden ist (Meyer, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 2008, S. 672). In ihrem Entscheid vom 28. März 2014 hat die Vorinstanz festgehalten, dass die Voraussetzungen für eine einseitige Verlängerung der Probezeit gemäss § 11 PG nicht erfüllt seien. Ob sich die Rekursgegnerin nach diesem Entscheid ihres eigenen Verwaltungsrats noch auf eine andere Beurteilung berufen kann, muss als fraglich bezeichnet werden. Eine Änderung des angefochtenen Entscheids zu Ungunsten der Rekurrentin steht gemäss § 19 Abs. 1 VRPG ohnehin nicht zur Diskussion. Zudem ist nicht erkennbar, welche Voraussetzungen von § 11 Abs. 2 PG für eine einseitig verlängerte Probezeit erfüllt sein sollen. Eine Praxis, die bei Vorliegen von Gründen, welche nicht in § 11 Abs. 2 PG aufgeführt sind, die Rechtmässigkeit der einseitigen Anordnung der Verlängerung der Probezeit begründen würde, ist nicht bekannt und wäre mit dem Personalgesetz auch nicht vereinbar. Aus dem Verhalten der Rekurrentin, welche

den Erhalt der Anordnung der Verlängerung der Probezeit unterschriftlich bestätigt und sich nicht gegen die Verlängerung der Probezeit gewehrt hat, kann keine konkludente Zustimmung zu dieser abgeleitet werden. Die Rekursgegnerin hat auf der Unterschriftenzeile des Schreibens vom 28. August 2013, in welchem die Rekurrentin gebeten wurde, ■zur Kenntnis zu nehmen■, dass die Probezeit nicht am 31. August 2013 sondern am 31. Oktober 2013 enden werde, selbst angefügt: ■Erhalten■. Damit hat die Rekursgegnerin aufgezeigt, dass aus ihrer Sicht die Zustimmung der Rekurrentin gar nicht erforderlich ist und daher nicht abgefragt wird. Auch ein unverzüglicher schriftlicher Protest an die Arbeitgeberin war von der Rekurrentin nicht zu erwarten. Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr könnte ein solches Vorgehen allenfalls noch unter gleichgestellten Geschäftspartnern verlangt werden, nicht jedoch in einem Fall, wo ein starkes Gefälle zwischen den Positionen der Anstellungsbehörde und der Arbeitnehmerin besteht (vgl. VGE VD.2011.204 vom 13. März 2013, E. 3). Dies ist vorliegend bei einem öffentlich-rechtlichen Spital mit einer professionellen Personalabteilung auf der einen und einer Assistenzärztin mit einem befristeten Vertragsverhältnis auf der anderen Seite der Fall. Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass die Probezeit am 31. August 2013 geendet hat und dass eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach diesem Zeitpunkt nur unter den Voraussetzungen von § 30 PG möglich war. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nachfolgend zu prüfen.

3.2 Gemäss § 30 Abs. 2 lit. c PG kann ein Arbeitsverhältnis ordentlich gekündigt werden, wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter eine ungenügende Leistung erbringt. Voraussetzung für die Aussprechung der Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. c PG ist gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung die Einräumung einer Bewährungsfrist. § 14 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz (SG 162.110) präzisiert, dass diese Bewährungsfrist schriftlich und begründet zu erfolgen hat. Des Weiteren hat sie nebst einem genauen Endtermin auch klare Zielvorgaben zu enthalten (Meyer, a.a.O., S. 693). Im vorliegenden Fall wurde der Rekurrentin gemäss dem Wortlaut des Schreibens vom 28. August 2013 keine Bewährungsfrist im Sinne von § 30 Abs. 3 PG gewährt, sondern die Probezeit verlängert. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dieses Schreiben zu Recht als implizite Gewährung einer Bewährungsfrist umgedeutet hat. Das Schreiben erfüllt zunächst das Erfordernis der Schriftlichkeit. Es enthält einen Endtermin und eine Begründung. In Anbetracht der Tatsache, dass die ursprünglich vereinbarte Probezeit drei Monate dauern sollte (vom 1. Juni 2013 bis 31. August 2013) sowie des Umstandes, dass die Stelle befristet war, ist die Bewährungsfrist von zwei Monaten nicht zu beanstanden. Voraussetzung für die Einhaltung von § 30 Abs. 3 PG wäre aber auch, dass der Rekurrentin mit der Gewährung der Bewährungsfrist klare Ziele vorgegeben worden wären, deren Einhaltung in der Bewährungsfrist hätte überprüft werden können. Denn nur eine Aufklärung über die wesentlichen ungenügenden Leistungen gibt der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter die Möglichkeit, die beanstandeten Leistungen zu verbessern und sich somit zu bewähren (VGE 671/2006 vom 19. Januar 2007; Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt Nr. 78 vom 14. Dezember 2007). Von einer solchen Darstellung der ungenügenden Leistungen resp. der zu erreichenden Ziele in der Einräumung der Bewährungsfrist kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Zwar wird im Schreiben vom 28. August 2013 ausgeführt, dass es in den vergangenen zwei Wochen zu mehreren Beschwerden von Patientenseite gekommen sei. Dies wird jedoch mit dem Hinweis relativiert, dass zurzeit noch abgeklärt werde, inwieweit die Beschwerden mit der

Arbeitsweise der Rekurrentin und ihren fachlichen Voraussetzungen zusammenhängen oder ob andere Faktoren eine wesentliche Rolle spielten. Im Schreiben wurde somit nicht geklärt, welchen Bereich die Beschwerden seitens der Patienten betroffen haben und welche Pflichtverletzungen oder ungenügenden Leistungen der Rekurrentin vorgeworfen werden. Das Schreiben enthielt auch keine Zielvorgaben, welche die Rekurrentin in der Bewährungsfrist hätte erfüllen müssen. Dieser Mangel im Schreiben vom 28. August 2013, der damit erklärbar ist, dass die Rekursgegnerin eben keine Bewährungsfrist ansetzen, sondern lediglich die Probezeit verlängern wollte, lässt sich auch nicht durch eine entsprechende mündliche Mitteilung der Rekursgegnerin vor Erlass des Schreibens korrigieren. Einerseits lässt sich der Inhalt einer solchen mündlichen Erläuterung kaum noch mit der erforderlichen Sicherheit feststellen. Andererseits ergibt sich aus dem Erfordernis der Schriftlichkeit gerade, dass zumindest die wesentlichen Grundlagen für die Bewährungsfrist, die Beschreibung des Vorwurfes gegenüber der Rekurrentin und die zu erreichenden Zielvorgaben auch im schriftlichen Text erkennbar sind. Dies ist im vorliegenden Fall aber nicht gegeben. Das Schreiben vom 28. August 2013 kann somit nicht als Setzung einer Bewährungsfrist im Sinne von § 30 Abs. 3 PG interpretiert werden. Dementsprechend fehlt es an einer Voraussetzung für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung gemäss Art. 30 Abs. 2 PG.

3.3Es kann daher offen bleiben, ob der Rekursgegnerin der Nachweis der ungenügenden Leistung der Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 2 lit. c PG gelingt. Immerhin ist zu bemerken, dass die Mängel in der Leistungserbringung sowohl im angefochtenen Entscheid als auch in der Rekursantwort kaum substantiiert dargelegt werden. So werden zwar Zweifel an den Fachkenntnissen der Rekurrentin geäussert und ausgeführt, dass die Vorstellungen der Rekursgegnerin und diejenigen der Rekurrentin betreffend die Behandlung und Betreuung der kleinen Patienten und Patientinnen sowie ihrer Angehörigen und Vertrauenspersonen nicht übereinstimmten. Hinzu seien Beschwerden von Patienten und Patientinnen gekommen. Von einer substantiierten Beschreibung der Erfüllung der Voraussetzungen gemäss § 30 Abs. 2 PG kann aber keine Rede sein. Offen gelassen werden kann aufgrund der obigen Ausführungen auch, ob während einer laufenden Bewährungsfrist ohne Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung überhaupt eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden kann (ablehnend: VGE BL Nr. 149 vom 28.6.2000 i.S. X, E. 3.f.).

#### **E. 4**

Aufgrund der obigen Ausführungen sind der angefochtene Entscheid und die am 16. Oktober 2013 ausgesprochene ordentliche Kündigung aufzuheben. Damit verliert die Kündigungsverfügung ihre Rechtswirkung, was zur Weitergeltung des bisherigen Arbeitsverhältnisses führt (VGE VD.2010.271, E. 3.2, Birkhäuser, Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Stadt, in: BJM 2009 S. 24). Dementsprechend hatte die Rekurrentin als Arbeitnehmerin weiterhin Anspruch auf Lohnzahlung und die Rekursgegnerin Anspruch auf Arbeitsleistung. Da dem Rekurs an den Verwaltungsrat gemäss § 38 PG keine aufschiebende Wirkung zukam, war die Rekurrentin nicht verpflichtet, der Rekursgegnerin ihre Arbeitsleistung anzubieten. Aufgrund des befristeten Charakters des Vertrages hat das Arbeitsverhältnis aber auf jeden Fall per 31. Mai 2014 geendet. Im Einklang mit dem Hauptbegehren der Rekurrentin ist somit festzustellen, dass der Rekurrentin grundsätzlich der Lohn bis zum 31. Mai 2014 zusteht. Nicht Inhalt des vorinstanzlichen Verfahrens und somit auch nicht Inhalt des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens ist die Frage der Höhe des geschuldeten Lohnes resp. ob die Rekurrentin

sich allenfalls ein anderweitiges Einkommen anzurechnen hat.

#### **E. 5**

Da auf das Anstellungsverhältnis zwischen der Rekurrentin und der Rekursgegnerin gemäss § 28 Abs. 1 ÖSpG das Personalgesetz zur Anwendung kommt, ist das vorliegende Verfahren in Anwendung von § 40 Abs. 1 und 4 Personalgesetz kostenlos. Da die Rekurrentin mit ihrem Rekurs durchdringt, ist ihr eine Parteientschädigung für das verwaltungsgerichtliche und das vorinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Für das vorinstanzliche Verfahren ist im Einklang mit den Ausführungen im VGE VD.2014.38 vom 10. September 2014 von der Anwendbarkeit des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren vom 9. März 1972 (VGG, SG 153.800) resp. der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) auszugehen. Da bei einer Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrages für die betroffene Person zweifellos wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen, kommt in diesen Fällen gemäss der Rechtsprechung § 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 2 VGV zur Anwendung, so dass für die Bemessung der Parteientschädigung zumindest ein Rahmen bis CHF 3'500.00 besteht (VGE VD.2014.38 vom 10. September 2014; VD.2012.104 vom 31. Januar 2013 E. 4.3, VD.2012.40 vom 23. November 2012 E. 4.3). Für eine Überschreitung dieses Rahmens gemäss § 13 Abs. 3 VGV besteht im vorliegenden Fall kein Anlass, da die Sachverhalts- und Rechtsfragen, welche im vorinstanzlichen und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren behandelt werden mussten, weder als sehr kompliziert noch als umfangreich bezeichnet werden können. Da die Rechtsvertreterin der Rekurrentin weder für das vorinstanzliche Verfahren noch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine Honorarnote eingereicht hat, ist ihr angemessener Aufwand zu schätzen. Unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschriften und der Verhandlung vor der Vorinstanz ist von einem geschätzten angemessenen Aufwand von je 10 Stunden für das vorinstanzliche und das verwaltungsgerichtliche Verfahren auszugehen, welches praxisgemäss zum Überwälzungstarif von CHF 250.00 zuzüglich MWST entschädigt wird.

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