

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016

BS Appellationsgericht, 2016-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.54

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.54 du 16 décembre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.54 del 16 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

EMRK kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (BGE 134 I 331 E. 2.1 S. 333; VGE VD.2011.204 E. 1.2). Da die Parteien auch stillschweigend auf ihren Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung verzichten können, haben sie in jenen Verfahren, für die das anwendbare Prozessrecht eine solche nicht zwingend vorschreibt, einen dahingehenden Verfahrens Antrag zu stellen. Wenn sie dies unterlassen, wird angenommen, sie hätten auf ihren Anspruch verzichtet (BGE 134 I 331 E. 2.3 S. 333). Ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen öffentlichen Verhandlung ist in der Regel verspätet, wenn er nicht während des ordentlichen Schriftenwechsels gestellt wird (vgl. BGE 134 I 331 E. 2.3.2 S. 334 f.). Bei Rekursen gegen Entscheide der Personalrekurskommission findet in der Regel bloss ein einfacher Schriftenwechsel statt (§ 43 Abs. 2 PG). Die Rekurrentin und der Rekursgegner haben in ihrem Rekurs bzw. ihrer Vernehmlassung keine mündliche öffentliche Verhandlung beantragt. Damit haben sie auf ihren Anspruch auf Durchführung einer solchen stillschweigend verzichtet. Folglich kann der vorliegende Entscheid mittels Zirkulationsbeschluss herbeigeführt werden.

E. 2

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch umfasst insbesondere die folgenden Teilgehalte: Recht auf Orientierung über das Verfahren, Akteneinsichtsrecht, Recht, sich zu allen rechtserheblichen Punkten vor dem Entscheid zu äussern, Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formgerecht angebotenen sowie zum Beweis einer rechtserheblichen Tatsache tauglichen Beweismittel, Recht auf Vertretung und Verbeiständung, Recht auf Prüfung aller vorgebrachten rechtserheblichen Anträge und Stellungnahmen durch die entscheidende Instanz sowie Recht auf Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, N 1010 ff.; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 214 und 487 ff. und Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 317 ff.). Bevor eine Behörde einen Entscheid trifft, der in die Rechtsstellung eines Einzelnen eingreift, hat sie ihn davon in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zu geben, sich vorgängig zu äussern (BGE 126 V 130 E. 2b S. 131 f.). Um dem Betroffenen eine Stellungnahme zu ermöglichen, muss ihm die Verwaltungsbehörde zumindest die wesentlichen Elemente des voraussichtlichen Inhalts der Verfügung bekannt geben, sofern er diese nicht selbst beantragt hat oder deren Inhalt hat voraussehen können (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1011). Die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen müssen von der Behörde tatsächlich gehört, sorgfältig und

ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden (BGE 123 I 31 E. 2c S. 34; vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 524 und Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 328). Ein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht immer dann, wenn ein Hoheitsakt unmittelbar die Rechtsstellung eines Einzelnen berührt, d.h. dieser Partei eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens ist (BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236). Die Kündigung durch den Arbeitgeber erfolgt in Form einer begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Zuständig ist die Anstellungsbehörde (§ 29 Abs. 2 PG). Die Kündigung erfolgt somit im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, in dem die Anstellungsbehörde verpflichtet ist, dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren. Dementsprechend bestimmt § 10 Abs. 1 der Verordnung zum Personalgesetz (PV, SG 162.110), dass dem betroffenen Mitarbeiter Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, bevor Massnahmen angeordnet werden. Diese Bestimmung gilt auch für Kündigungen (vgl. § 9 PV).

2.2 Die Rekurrentin macht nicht geltend, dass sie den Rekursgegner vor dem Probezeitgespräch vom 30. September 2015 darüber informiert habe, dass sie eine Kündigung in Betracht ziehe. Folglich ist davon auszugehen, dass der voraussichtliche Inhalt der Verfügung dem Rekursgegner erst anlässlich dieses Gesprächs bekannt gegeben worden ist. Gemäss der eigenen Darstellung der Rekurrentin ist dem Rekursgegner anlässlich des Probezeitgesprächs vom 30. September 2015 als erstes eröffnet worden, ■dass sein Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufgelöst■ werde (Rekurs Ziff. II.B.2 S. 2 f.). Erst nach der Eröffnung der Kündigung hat die Rekurrentin dem Rekursgegner anlässlich des Gesprächs vom 30. September 2015 die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben (Rekurs Ziff. II.B.2 S. 3).

2.3 Die Rekurrentin behauptet in ihrem Rekurs, sie habe sich mit den Vorbringen des Rekursgegners auseinandergesetzt (Rekurs Ziff. II.B.b.2 S. 5). Eine nachträgliche Auseinandersetzung kann nicht ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf ihren Entscheid betreffend die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Rekursgegners hat sich die Rekurrentin aber nachweislich in keiner Art und Weise mit dessen Vorbringen auseinandergesetzt. Bereits vor der Stellungnahme des Rekursgegners hat die Rekurrentin ihm ein Schreiben ausgehändigt, gemäss dem sie das Arbeitsverhältnis mit ihm in der Probezeit auflöst (Protokoll zum rechtlichen Gehör betreffend ungenügender Arbeitsleistung und Ende der Probezeit vom 30. September 2015), und ihm gemäss ihrer eigenen Darstellung eröffnet, ■dass sein Arbeitsverhältnis in der Probezeit aufgelöst wird■ (Rekurs Ziff. II.B.2 S. 2 f.). Dies zeigt, dass der Entscheid der Rekurrentin, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, schon vor der Stellungnahme des Rekurrenten unverrückbar feststanden hatte, und dass sie von vornherein nicht gewillt gewesen ist, sich mit möglichen Argumenten des Rekursgegners auseinanderzusetzen. Gemäss den eigenen Angaben der Rekurrentin ist die Entscheidung, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ■einzig und alleine aufgrund der mangelhaften Arbeitsleistungen Herrn A____, welche sich bereits über einige Zeit manifestiert hatten, getroffen■ worden und ■waren allfällige Einwände von A____ angesichts der mangelhaften Arbeitsleistungen von Anfang an nicht geeignet, den getroffenen Entscheid, das Arbeitsverhältnis zu beenden, zu beeinflussen■, weshalb es geradezu überspitzt erscheine, wenn der Rekurrentin zum Vorwurf gemacht werde, ■dass diese quasi Tatsachen geschaffen habe, bevor A____ Gelegenheit erhalten hätte, sich zur Thematik zu äussern■ (Rekurs Ziff. II.B.b.2 S. 5 und Ziff. II.B.b.6 S. 6). Daraus ergibt sich, dass sich die Rekurrentin bereits vor der Anhörung des Rekursgegners definitiv entschieden

hatte und gar nicht geprüft hat, ob die vom Rekursgegner anlässlich des Gesprächs vorgebrachten Erklärungen für seine angeblich mangelhafte Arbeitsleistungen allenfalls geeignet sind, einen Verzicht auf eine Kündigung zu rechtfertigen. Über die materielle Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Kündigung ist vorliegend zwar nicht zu befinden. Im Hinblick auf die Prüfungspflicht der Rekurrentin ist aber festzustellen, dass die Argumente des Rekursgegners nicht von vornherein offensichtlich untauglich sind, den Entscheid über die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses in Frage zu stellen. Die Rekurrentin macht geltend, die Arbeitsleistungen des Rekursgegners seien trotz angemessener Einarbeitung mangelhaft gewesen. Insbesondere seien einzelne Aufträge nicht oder nur unvollständig erledigt, Korrekturen nicht übernommen und Anfragen erst nach mehrmaligem Nachhaken beantwortet worden. Zudem habe der Rekursgegner die ihm mehrmals angebotene Hilfestellung abgelehnt (vgl. Protokoll zum rechtlichen Gehör betreffend ungenügende Arbeitsleistungen und Ende der Probezeit vom 30. September 2015 und Rekurs Ziff. II.B.b.2 f. S. 5). Der Rekursgegner hat in seiner Stellungnahme unter anderem geltend gemacht, er sei von der Leitung Controlling nicht gemäss einem Arbeitsplan eingearbeitet worden, die Leiterin Controlling habe in der dreimonatigen Probezeit weniger als fünf Stunden für seine Einarbeitung aufgewendet und bei Aufträgen an ihn sei ein Tatbestand festgelegt worden, der nicht mehr habe diskutiert werden können, obwohl von ihm erwartet worden sei, dass er seine Expertise einbringe (Protokoll zum rechtlichen Gehör betreffend ungenügende Arbeitsleistungen und Ende der Probezeit vom 30. September 2015, S. 3). Solche konkreten und sachbezogenen Vorbringen hätten von der Rekurrentin vor ihrem definitiven Entscheid über die Kündigung sorgfältig und ernsthaft geprüft werden müssen. Indem die Rekurrentin die Vorbringen des Rekursgegners vor ihrem Entscheid betreffend die Kündigung weder entgegengenommen noch geprüft und damit eine wirksame Gewährung des rechtlichen Gehörs von vornherein ausgeschlossen hat, hat sie den Anspruch des Rekursgegners auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Art und Weise verletzt.

2.4 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über die gleiche Prüfungsbefugnis (Kognition) wie die Vorinstanz verfügt, zu äussern (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204, 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135 und 126 I 68 E. 2 S. 72 sowie Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1175; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548 und Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 271). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist eine Heilung dagegen nur anzunehmen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f., 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548). In keinem Fall darf der betroffenen Partei aus der Heilung ein Nachteil erwachsen (Sutter, in: Kommentar zum VwVG, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 29 N 21; vgl. BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135 und 126 I 68 E. 2 S. 72).

2.5 Wie vorstehend dargelegt worden ist, liegt eine schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Rekursgegners vor. Davon, dass eine Rückweisung an die Rekurrentin zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen

führen würde, die mit dem Interesse des Rekursgegners an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären, kann keine Rede sein. Eine Heilung ist damit bereits aufgrund der Schwere der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausgeschlossen.

E. 3

3.1 Dies ergibt sich auch aus einem anderen Grund: Beim Entscheid über eine Kündigung während der Probezeit verfügt die Anstellungsbehörde über einen weiten Ermessensspielraum (vgl. VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1 und 5.4 und 754/2002 vom 16. April 2003 E. 7). Eine Kündigung während der Probezeit ist bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeiten oder der Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Dafür reicht beispielsweise die begründete Feststellung, dass der sich in der Probezeit befindende Mitarbeiter dem Stellenprofil nicht entspricht, dass aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheinen (vgl. VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1; BGE 120 Ib 134 E. 2a S. 134 f. und BVGer A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 7.2). Mit anderen Worten genügt es, dass die Kündigung sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens hält und angesichts der Leistungen und des Verhaltens sowie der personellen und sonstigen betrieblichen Gegebenheiten als vertretbare Massnahme erscheint (vgl. BGE 108 Ib 209 E. 2 S. 210 und VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1). Eine Kündigung erscheint dann als missbräuchlich, wenn sie ohne schutzwürdigen sachlichen Grund ausgesprochen worden ist. Die Kündigung darf somit nicht aus einem beliebigen Grund ausgesprochen werden, sondern es muss ihr ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen (vgl. VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1 und 754/2002 vom 16. April 2003 E. 6).

3.2 Gemäss § 41 Abs. 4 PG entscheidet die Personalrekurskommission mit freier Kognition unter Einschluss der Angemessenheit. Nach der Rechtsprechung hat aber auch eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen den Entscheidungsspielraum der Verwaltung zu respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen. Die Beurteilung der Frage, ob ein Mitarbeiter genügende Leistungen erbringt, ist in allererster Linie Sache der unmittelbaren Vorgesetzten. Die Rechtsmittelbehörden stossen bei der notwendigerweise punktuellen Überprüfung der über eine längere Zeit erbrachten Arbeitsleistungen an ihre Grenzen. Zudem lassen sich die innerbetrieblichen Auswirkungen personalrechtlicher Entscheide durch Aussenstehende oft nur schwer abschätzen (BGer 8C_818/2010 vom 2. August 2011 E. 3.4; VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 1.2). Daher haben auch Rechtsmittelbehörden, die befugt sind, die Angemessenheit personalrechtlicher Entscheide zu überprüfen, sich diesbezüglich eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (BGer 8C_818/2010 vom 2. August 2011 E. 3.4). Die Rechtsmittelbehörden setzen ihr eigenes Ermessen nicht an Stelle desjenigen der Vorinstanz und entfernen sich im Zweifel nicht von deren Auffassung, soweit es um die Leistungsbeurteilung von Mitarbeitern, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht (VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 1.2; BVGer A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 7.1). Bei der

Überprüfung des Entscheids der Anstellungsbehörde über eine Kündigung während der Probezeit haben sich die Rechtsmittelinstanzen somit Zurückhaltung aufzuerlegen (VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1; vgl. BVGer A-4284/2007 vom 4. November 2007 E. 7.1).

3.3 Trotz grundsätzlich freier Kognition kann und darf die Personalrekurskommission also nicht umfassend prüfen, ob eine Kündigung während der Probezeit angemessen ist. Insbesondere bei der Beurteilung der Leistungen des Mitarbeiters hat sie sich Zurückhaltung aufzuerlegen und im Zweifel nicht von der Auffassung der Anstellungsbehörde abzuweichen, weil ihr eine umfassende Überprüfung der Arbeitsleistung nicht möglich ist. Die Rekurrentin hat das Arbeitsverhältnis gekündigt, weil der Rekursgegner trotz wiederholter Gespräche und schriftlicher Anweisungen keine nachweislichen Verbesserungen in der Arbeitsleistung erzielt habe, weshalb er die Anforderungen an die Funktion als [...] nicht erfülle (Rekurs Ziff. 2). Wenn die vom Rekursgegner gegen diese Kündigungsgründe erhobenen Einwände erstmals von der Personalrekurskommission geprüft würden, käme es folglich nie zu einer freien und umfassenden Prüfung der Leistungen des Rekursgegners sowie der Angemessenheit der Kündigung in Kenntnis der Vorbringen des Rekursgegners. Damit erlitt der Rekursgegner einen erheblichen Nachteil. Eine Heilung ist auch aus diesem Grund ausgeschlossen.

3.4 Während der Probezeit kann die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis leichter kündigen, weil der Gesetzgeber den Mitarbeitenden für die Dauer der Probezeit nicht den gleichen Kündigungsschutz hat einräumen wollen wie nach deren Ablauf (VGE VD.2010.230 vom 8. November 2011 E. 5.1). Daraus folgt, dass eine Kündigung unter den erleichterten Bedingungen nur zulässig ist, wenn der dafür massgebende Entscheid innerhalb der Probezeit getroffen und eröffnet wird. Die Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erfolgt dadurch, dass die Rechtsmittelinstanz die Gewährung des rechtlichen Gehörs umfassend nachholt und anschliessend mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz entscheidet (vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, a.a.O., N 271). Der massgebende, unter Wahrung der Verfahrensrechte des Betroffenen ergehende Entscheid wird damit erst von der Rechtsmittelbehörde getroffen. Folglich hat die Vorinstanz zu Recht erwogen, dass eine Heilung einer Kündigung während der Probezeit im Verfahren vor der Personalrekurskommission ausgeschlossen ist, wenn deren Entscheid erst nach Ablauf der Probezeit ergeht. Der Einwand der Rekurrentin, die Auffassung der Vorinstanz, eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre nur bis zum Ablauf der Probezeit möglich, würde dazu führen, dass Kündigungen in der Probezeit nur unter Wahrung einer derart langen Vorlaufzeit ausgesprochen werden könnten, dass eine Durchführung des Verfahrens vor der Personalrekurskommission noch in der Probezeit erfolgen könnte (Rekurs Ziff. II.B.b.7 f. S. 7), ist unbehelflich. Die Frage der Heilung stellt sich nur, weil es die Rekurrentin pflichtwidrig unterlassen hat, dem Rekursgegner vor der Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren. Wenn die Rekurrentin die minimalen rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verfahren beachtet hätte, bedürfte es von vornherein keiner Heilung der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

3.5 Wenn die Kündigung während der Probezeit erfolgt, endet das Arbeitsverhältnis gemäss § 38 Abs. 1 PG auf den Kündigungstermin und hat ein Rekurs keine aufschiebende Wirkung. Ist die Kündigung missbräuchlich, so kann nach § 38 Abs. 2 PG eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden. Aus dieser gesetzlichen Regelung ergibt sich, dass das Arbeitsverhältnis im Falle einer Kündigung

während der Probezeit auch dann endet, wenn die Kündigung in der Sache unzulässig ist. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Aufhebung der Kündigungsverfügung auch dann ausgeschlossen wäre, wenn die Anstellungsbehörde bei der Kündigung den Anspruch des Mitarbeiters auf rechtliches Gehör verletzt hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt deshalb unter Vorbehalt der Heilung ungeachtet der materiellen Richtigkeit des Entscheids und der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190 und Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548).

E. 4

Personalrechtliche Verfahren sind gemäss § 40 Abs. 4 PG kostenlos. Gemäss den Ausführungen unterliegt die Rekurrentin und hat dem Rekursgegner eine Parteientschädigung auszurichten. Mangels Einreichung einer Honorarnote ist der Aufwand des Rechtsvertreters des Rekursgegners zur Bemessung der Parteientschädigung praxisgemäss zu schätzen. Eine solche von knapp 16 Std. zu CHF 250.■ erscheinen vorliegend angemessen. Unter Mitberücksichtigung der notwendigen Auslagen ergibt dies eine Parteientschädigung von CHF 4■000.■ zuzüglich der Mehrwertsteuer.

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