

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.22 vom 1. September 2017

BS Appellationsgericht, 2017-09-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.22

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.22 du 1 septembre 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.22 del 1 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Nach § 23 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG, SG 331.100) kann gegen Verfügungen der Organe und Organisationseinheiten der in der Form selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten öffentlichen Spitäler gemäss dem Organisationsgesetz Rekurs an den Verwaltungsrat erhoben werden. Ein solches öffentliches Spital ist gemäss § 1 Abs. 1 ÖSpG auch das Universitätsspital. Die Entscheide des Verwaltungsrates unterliegen gemäss § 23 Abs. 3 ÖSpG dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Daraus folgt die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses gegen den Entscheid des Verwaltungsrates des Universitätsspitals vom 12. Januar 2017 betreffend Arbeitszeugnis. Der Rekurrent ist als Verfügungsadressat zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs ist somit einzutreten.

E. 2

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist primär der Inhalt des vom Universitätsspital ausgestellten Arbeitszeugnisses des Rekurrenten für seine dortige Beschäftigung vom [...] bis zum [...].

2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, richtet sich der Zeugnisanspruch des Rekurrenten nach dem Personalgesetz des Kantons (PG, SG 162.100), da für dieses Anstellungsverhältnis der auf den 1. Januar 2016 in Kraft getretene Gesamtarbeitsvertrag USB/FPS/UPK noch keine Anwendung findet (vgl. E. 2 des angefochtenen Entscheids, Aktenbeilage 1).

2.2 Der Anspruch auf die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses ist im öffentlich-rechtlichen Arbeitsrecht des Kantons Basel-Stadt und namentlich im Personalgesetz nicht geregelt. Es kommt daher gemäss § 4 PG die Regelung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 319-362 des Obligationenrechts (OR, SR 220) als subsidiär geltendes kantonales öffentliches Recht zur Anwendung.

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Dieser als nachwirkende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bestehende Zeugnisanspruch dient der Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Verlangt der Arbeitnehmer die Ausstellung eines Vollzeugnisses, so hat sich dieses zwingend mit seinen Leistungen und seinem Verhalten auseinanderzusetzen. Für dessen Ausstellung gelten die Wahrheitspflicht, das Verhältnismässigkeitsprinzip und der

Grundsatz von Treu und Glauben. Aus den Grundsätzen der Wahrheit und Vollständigkeit des Arbeitszeugnisses folgt, dass das Vollzeugnis über alle in Art. 330a Abs. 1 OR aufgeführten Punkte, d.h. über die Art und die Dauer der Anstellung sowie über die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers Auskunft geben muss (BGE 129 III 177 E. 3.2 S. 179f.). Zudem sind die Anforderungen der Erleichterung des beruflichen Fortkommens des Arbeitnehmers und der Lieferung eines getreuen Abbildes von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers in Balance zu bringen. Das Wohlwollen des Arbeitgebers findet daher seine Grenze an der Wahrheitspflicht (Streiff/von Känel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage Zürich 2012, Art. 330a N 3a). Dem Arbeitgeber kommt im Rahmen der geforderten Klarheit und Verkehrsüblichkeit aber bei der Formulierung des Zeugnisses ein breites Ermessen zu. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen (Streiff/von Känel/Rudolph, a.a.O., Art. 330a N 3b).

E. 2.3

2.3.1 Die Vorinstanz hält den Abänderungsanträgen des Rekurrenten entgegen, dass keine im vorliegenden Verfahren verlangten Änderungen mit seinen Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren übereinstimme. Der Rekurrent halte offenbar an seinen bisher gestellten Anträgen nicht fest und fordere mit den neu gestellten Anträgen eine Formulierung des Arbeitszeugnisses, die bisher noch gar nicht verlangt worden sei. Sie seien daher gar nicht mehr Teil des vorliegenden Streitgegenstands, weshalb auf den Rekurs nicht einzutreten sei.

2.3.2 Der Streitgegenstand ist das in der angefochtenen Verfügung geregelte oder zu regelnde Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand wird durch das Anfechtungsobjekt begrenzt. Der Rekursinstanz ist es nicht erlaubt, Gegenstände zu beurteilen, welche die Vorinstanz nicht entschieden hat und auch nicht entscheiden musste (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kanton Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435 ff., 444; vgl. Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277 ff., 285). Der Streitgegenstand kann sich im Verlauf des Verfahrens nur verengen, nie aber erweitern (VGE VD.2016.76 vom 18. Januar 2017 E. 2.2 m.H. auf Auer, in: Auer et al. [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Zürich 2008, Art. 12 N 10).

2.3.3 In seinem Rekurs verlangt der Rekurrent mit dem Rechtsbegehren I.1 zunächst die Streichung des Absatzes: ■ Er wurde zu Beginn 6 Wochen in der [...] und [...] sowie im Anschluss 6 Wochen in der [...] eingeteilt. Unter aktiver Ausübung und Anleitung war es das Ziel, die Befähigung zur eigenständigen Abdeckung der Notfalluntersuchung im Bereich [...] und [...] [...] zu erlangen■. Im Rekursverfahren vor dem Verwaltungsrat USB verlangte der Rekurrent zwar schon eine Abänderung dieses Absatzes. So sollte der Satz mit dem Hinweis eröffnet werden, ■ Neben seiner Tätigkeit für die IT-Abteilung wurde er ■ und es sollten die arabischen Ziffern ■ 6 ■ als ■ sechs ■ ausgeschrieben werden. Diese Abänderungsanträge haben aber keinen Zusammenhang zu der nun erstmals verlangten Streichung des gesamten Absatzes. Der Streichungsantrag war daher nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Beurteilung, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

Im Übrigen ist auch aus der Rekursbegründung nicht ersichtlich, warum die Aussage im Zeugnis falsch sein soll. Der Rekurrent bestreitet nicht, im entsprechenden Bereich tätig

gewesen zu sein. Er macht zudem geltend, dort überdurchschnittlich gute Leistungen erbracht zu haben. Es ergibt sich aber aus der eigenen Rekursbegründung des Rekurrenten, dass er die für die Facharztausbildung notwendige Anzahl von [...] bei weitem noch nicht erreicht hat.

2.3.4 Weiter beantragt der Rekurrent mit seinem Rekursbegehren I.2, dass der Satz ■ Herr A____ verstand es, seine IT-Kenntnisse in den Arbeitsprozess einzubringen■, abzuändern sei in den Satz: ■ Wir haben Herrn A____ auch aufgrund seiner IT-Kenntnisse angestellt. Herr A____ hat im Anstellungszeitraum neben der täglichen klinischen Tätigkeit mehrere IT-Projekte zusätzlich betreut■.

2.3.4.1 Auch diese Formulierung ist neu. Dies gilt insbesondere für die darin enthaltene Aussage, dass das USB den Rekurrenten wegen seiner IT-Kenntnisse angestellt haben soll. Demgegenüber hat der Rekurrent bereits im vorinstanzlichen Verfahren einen Hinweis auf eine Tätigkeit für die IT-Abteilung in seinem Arbeitszeugnis gefordert (vgl. oben E. 2.3.3.).

2.3.4.2 Dazu hat die Vorinstanz erwogen, dass zwar vorgesehen gewesen sei, den Rekurrenten neben seinem Einsatz in der [...] mit ■ IT-Themen■ zu beschäftigen. Tatsächlich habe sich der Rekurrent aber gemäss den Angaben der Vorinstanz nur an einem einzigen IT-Auftrag während kurzer Dauer betätigt, wobei dies nicht zur Zufriedenheit des Vorgesetzten erfolgt sei. Der Rekurrent habe seine Behauptung, an drei verschiedenen IT-Projekten involviert gewesen zu sein, nicht belegt.

An der Verhandlung vor Appellationsgericht führte sein ehemaliger Vorgesetzter und Leiter des Departements [...], Prof. Dr. B____ aus, dass die Bewerbungsunterlagen mit den Computerkenntnissen des Rekurrenten zwar vielversprechend gewesen seien, da in der [...] IT-Kenntnisse unabdingbar seien. Das erste Anstellungsjahr diene jedoch dazu, die Dienstfähigkeit zu erlangen, d.h. dass die Assistenzärzte selbständig den Nachtdienst bestreiten können. Dies erkläre eben auch, weshalb der Rekurrent in den ersten drei Monaten mehrheitlich in die klinische Routine integriert worden sei, auch wenn geplant gewesen sei, ihn mittelfristig in IT-Projekte einzubinden (Verhandlungsprotokoll S. 6, 4).

2.3.4.3 Für seinen Standpunkt vermag sich der Rekurrent allein auf eine E-Mail von Prof. Dr. B____ vom [...] und den Beurteilungsbogen vom [...] zu berufen. Während mit dem ersten Dokument allein die mit der Anstellung verfolgte Absicht belegt wird, kann aus dem Beurteilungsbogen unter der Rubrik ■ besondere Bemerkungen, spezielle Punkte der Bewertung■ nur der Hinweis ■ IT-Projekte zusätzlich betreut■ entnommen werden. Dem stehen die Abklärungen des USB bei Dr. C____ gegenüber, bei dem die behaupteten IT-Leistungen erbracht worden sind. Nachgewiesen ist dabei, dass der Rekurrent diesem am [...] geschrieben hat, er habe trotz seiner ■ aktuell sehr stressigen Zeit■ einmal versucht, das Thema ■ [...] am USB■ wie versprochen ■ ein wenig anzukratzen■. Er schickte ihm diesbezüglich eine Aufnahme der kurz- bis langfristigen zu erreichenden Ziele. Er stellte in Aussicht, dass die Auswahl der richtigen Softwarepakete eine wichtige strategische Entscheidung darstelle und eine genaue Analyse erfordere. Er schlage deshalb vor, im April verschiedene Möglichkeiten mit dem RIS/PACS Support zu testen. Man könne dann die Sache nochmals durchgehen, wenn er ■ wirklich Zeit dafür habe■. Gemäss Aussage von Dr. C____ habe der Rekurrent diesbezüglich die festgesetzte Deadline mit der genannten Antwort um ca. 6 bis 8 Wochen überschritten. Die Antwort selber fasse eine Recherche von 10 Minuten zusammen. Inhaltlich habe der Rekurrent nichts geleistet. Gemäss Dr. C____ sei dies ■ der gesamte output seiner IT-Tätigkeit bei ihm■ gewesen (E-Mail Prof. Dr.

D_____ vom [...], Rekursantwortbeilage 17 im vorinstanzlichen Verfahren, Aktenbeilage 8).

Mit seiner Rekursbegründung legt der Rekurrent neue Belege ins Recht. Der E-Mailwechsel des Rekurrenten mit Dr. C_____ vom [...] bezieht sich auf [...] (Beilage 4 zur Rekursbegründung, Aktenbeilage 4). Der Rekurrent schreibt dabei, mit einem Praktikanten in der [...] ein ■paar Sachen■ an den [...] ■ausprobiert■ zu haben. Er erkundigt sich dabei nach der genauen Typenbezeichnung des [...], welche ihm von Dr. C_____ geschickt worden ist. Gleichzeitig wies ihn dieser darauf hin, wenn seine ■Zeit im [...]■ eine Beschäftigung mit dem Gerät nicht zulassen sollte, so wäre dies kein Problem, er würde dann warten, bis er bei ihnen sei. Weder belegt das E-Mail damit die weitere Beschäftigung mit der Sache während der Anstellung auf der [...] und [...] des Universitätsspitals, noch bezieht es sich auf den Zeitraum dieser Anstellung. Das dokumentierte E-Mail von Herrn E_____ von der Firma [...] vom [...] (Beilage 6 zur Rekursbegründung, Aktenbeilage 4) ist in Kopie an Prof. Dr. [...] und Dr. [...] gegangen. Es handelt sich um den Chefarzt und einen Fachassistenten der [...]. E_____ sandte dabei dem Rekurrenten eine ■Projektplanung zur Umsetzung der [...]. Es fehlt somit ein Bezug zur [...] und [...] wie auch ein Beleg einer weiteren Beschäftigung des Rekurrenten selber mit diesem Projekt. Mit einem weiteren E-Mail vom [...] erkundigte sich E_____ nach dem Projektablauf und stellte Testing Termine in Aussicht, die ■für Euch■ allein massgeblich seien. Darauf informierte der Rekurrent E_____, dass es immer noch stressig sei, die in Aussicht gestellten Termine aber passen sollten. Auch hier fehlt ein Beleg, dass der Rekurrent in diesem Zusammenhang wirklich am IT-Projekt gearbeitet hat, nachdem er seine Arbeit kurz darauf krankheitsbedingt niederlegen musste. Das Gleiche gilt für den E-Mailverkehr zwischen dem Rekurrenten und [...] vom [...] (Beilage 7 zur Rekursbegründung, Aktenbeilage 4). Thema war eine Offerte für [...] Lizenzen, die der Rekurrent für ■tendenziell zu teuer■ einstufte. Eine Arbeit an IT-Projekten wird mit dieser Anfrage nicht belegt. Schliesslich datiert der ins Recht gelegte E-Mailverkehr von Dr. C_____ mit dem Rekurrenten (Beilage 8 zur Rekursbegründung, Aktenbeilage 4) vom [...] und damit offensichtlich nicht vom für das Arbeitszeugnis relevanten Zeitabschnitt.

Andere Beweise für die von ihm behauptete Tätigkeit an IT-Projekten nennt der Rekurrent nicht. Seine entsprechenden, nicht belegten Behauptungen bleiben zudem diffus und unsubstantiiert. Obwohl er ■mehrere Aufträge für IT-Projekte von der [...] erhalten■ haben will und ■während des gesamten Anstellungsverhältnisses immense Zeitaufwände für die [...], die Spital-Informatik und das Universitätsspital in diesem Zusammenhang aufgebracht■ haben will, vermag er die ausgeführten Aufträge nicht näher zu beschreiben oder im Einzelnen darzulegen. Er macht allein geltend, es habe sich um interne Tätigkeiten wie ■Tests, Führungen, Besuche bei anderen Abteilungen, Absprachen, Machbarkeitstests und vieles weitere■ gehandelt.

2.3.4.4 Mit den Erwägungen der Vorinstanz ist festzustellen, dass der Rekurrent die Beweislast für die von ihm beantragte Zeugnisänderung trägt. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Arbeitnehmer Umstände, welche die Abänderung des Arbeitszeugnisses rechtfertigen, beweisen muss (BGer 4A_270/2014 vom 18. September 2014 E. 3.2.1). Der Arbeitgeber hat zwar beim Verfahren mitzuhelfen, indem er die Tatsachen begründet, welche seiner Einschätzung zu Grunde liegen. Wenn er sich weigert oder seine Ansicht nicht begründen kann, könnte der Richter zum Schluss kommen, dass das Änderungsgesuch begründet ist (BGer 4A_117/2007 vom 13. September 2007 E. 7.1).

Wie oben unter E. 2.3.4.3 ausgeführt, konnte der Rekurrent die behauptete Tätigkeit an IT-Projekten nicht rechtsgenügend belegen. Der Antrag ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.3.5 Mit seinem Rekursbegehren Ziff. I.3 verlangt der Rekurrent die Streichung des Satzes: ■Die kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses und die Tatsache, dass die Erst-Rotation ins Fach [...] und [...] aufgrund der intensiven Arbeitsbelastung eine besondere Herausforderung darstellt, ermöglicht keine abschliessende fachliche Beurteilung von Herrn A_____ als Assistenzarzt■. Dieser Satz wird gefolgt von der Feststellung, dass er aber die Erwartungen des USB erfüllt habe. Dieser Satz ist vom Rekurrenten im vorinstanzlichen Verfahren in keiner Weise beanstandet worden. Er ist daher nicht mehr Streitgegenstand des vorliegenden Gerichtsverfahrens. Auf den Antrag ist daher nicht einzutreten (vgl. E. 2.3.2). Im Übrigen ist nicht ansatzweise erkennbar, inwiefern die beanstandete Passage den Grundsätzen für die Ausfertigung eines Zeugnisses widersprechen sollte (vgl. E. 2.2).

2.3.6 Schliesslich verlangt der Rekurrent mit dem Rechtsbegehren I.4 die Aufnahme des Satzes, ■Herr A_____ hat unsere Erwartungen insbesondere in quantitativer Hinsicht in sehr guter Weise erfüllt■. Ein entsprechender Antrag ist bereits vor der Vorinstanz gestellt worden, weshalb darauf einzutreten ist.

Zur Begründung macht der Rekurrent geltend, seine überdurchschnittlich hohe Arbeitsleistung pro Zeit ergebe sich objektiv aus dem Auszug aus dem [...] Informationssystem und dem Vergleich mit der Arbeitsleistung anderer Assistenzärzte. Er habe in der Zeit vom [...] bis zum [...] in 5% der Gesamtausbildungsdauer der Facharztausbildung 16,28% der erforderlichen [...] ■befundet■. Dies entspreche mehr als 300% der geforderten Anzahl von zu erstellenden Befunden. Dazu hat die Vorinstanz erwogen, gemäss dem USB habe der Rekurrent im Vergleich zu anderen Assistenzärzten mit gleichem Ausbildungsstand und während einer vergleichbaren Periode deutlich weniger, sogar nur halb so viele Diagnosen erstellt (S. 7 des angefochtenen Entscheids, Aktenbeilage 1). Sie bezieht sich damit auf die Rekursantwortbeilage 18 des USB im vorinstanzlichen Verfahren (Aktenbeilage 8). Es handelt sich dabei um einen Vergleich der Fallzahlen des Rekurrenten mit jenen eines anonymisierten Vergleichsarztes. Diese sind tatsächlich in den meisten Fällen deutlich tiefer. Der Departementsleiter und ehemalige Vorgesetzte bestätigte diese Aussage an der Gerichtsverhandlung, wenn er ausführt, dass die Zahlen aus seiner Sicht im Quervergleich mit anderen Assistenten in der 25., maximal 50. Perzentile einzuordnen seien. Er betont im Weiteren, dass die qualitative Beurteilung natürlich mindestens genauso wichtig, wenn nicht noch wichtiger sei. Jeder könne Befunde erstellen, wenn jeder für sich genommen schlecht sei, dann sei das einfach schneller (Verhandlungsprotokoll S. 9). Dem Rekurrenten gelingt damit der Beweis der von ihm verlangten Zeugnisänderung nicht, weshalb der Antrag abzuweisen ist (vgl. E. 2.3.4.4).

E. 3

Mit seinem Rekurs verlangt der Rekurrent mit Bezug auf Ziff. 5 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids weiter eine ■höhere und angemessenere Entschädigung■. Mit dieser Ziffer ist dem Rekurrenten aufgrund der teilweisen Gutheissung des vor-instanzlichen Rekurses eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von CHF 300.■ zugesprochen worden. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, dass der Rekurrent mit einem einzigen seiner Änderungsanträge im Arbeitszeugnis durchgedrungen sei, sein Rekurs im Übrigen aber habe abgewiesen werden müssen. Es sei daher von einem

mehrheitlichen Unterliegen auszugehen. Ein besonderer Fall liege nicht vor. Der Aufwand für die anwaltliche Vertretung sei zudem mit zwei Eingaben, die mit 4 resp. 6 Seiten nicht allzu lang gewesen seien, nicht erheblich ausgefallen. Vor diesem Hintergrund erscheine eine Parteientschädigung von CHF 300.■ inkl. Auslagen und MWSt angemessen.

Dem hält der Rekurrent entgegen, anstelle der reduzierten Entschädigung sei eine höhere und angemessenere Entschädigung für zwei Jahre Rechtsstreitigkeiten und Einkommensverlust durch nicht zustande gekommene Arbeitsverträge in der [...] -Branche zu zahlen. Zum Schutze seiner Privatsphäre wolle er dazu aber ■möglichst keinen Schriftverkehr vorlegen müssen■.

Damit verkennt der Rekurrent, dass mit dem vorinstanzlichen Entscheid allein eine Entschädigung für seine Vertretungskosten durch einen Advokaten im Verfahren vor dem Verwaltungsrat des USB zur Disposition standen. Im verwaltungsinternen Verfahren ist der Anspruch auf eine Parteientschädigung denn auch auf das Rekursverfahren beschränkt (VGE VD.2013.58 m.H.Schwank, a.a.O., S. 471). Der Rekurrent macht nicht geltend, weshalb die aufgrund seines überwiegenden Unterliegens bloss reduzierte Entschädigung für diese Kosten unangemessen sein sollen. Soweit der Rekurrent eine Entschädigung für Einkommensverluste geltend macht, ist er auf einen Haftungsprozess gegen das USB zu verweisen (§ 21 ÖSpG).

E. 4

Der Rekurs ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Verfahrenskosten werden keine erhoben, auch wenn das Verhalten des Rekurrenten an der Grenze zur Trölerei einzustufen ist.

Das Verfahren ist aufgrund der praxisgemäss in Verfahren betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse erfolgenden analogen Anwendung von Art. 114 lit. c der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) kostenlos, da der in Zeugnisstreitigkeiten jeweils auf einen Monatslohn zu veranlagende Streitwert der Sache den Betrag von CHF 30■000.■ nicht übersteigt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist § 40 Abs. 4 PG auf die vorliegende Streitsache nicht direkt anwendbar.

Der Antrag des Verwaltungsrates des USB auf Ausrichtung einer Parteientschädigung wird abgewiesen, da gemäss § 30 Abs. 1 VRPG zu Gunsten der Vorinstanz und der ursprünglich verfügenden Behörde keine Parteientschädigungen zugesprochen werden.

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