



Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt

vom 24. Februar 2016

Kommission: lic. iur. Gabrielle Kremo (Präsidium),
lic. iur. Gabriela Zumsteg Klein, Gregor Stebler
Schreiberin: MLaw Rebecca Mühlebach

Aktenzeichen Nr. 10/2015:

Rekurs von X, vertreten durch R, Rechtsanwalt, betreffend die vom Departement D verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 38 des Personalgesetzes (PG)

I. Sachverhalt

1. Der Rekurrent, X, arbeitete ab Juli 2015 als Investitions- und Projektcontroller beim Departement D. Anlässlich des Probezeitgesprächs vom 30. September 2015 übergab das Departement D X ein vom gleichen Tag datiertes Schreiben, mit welchem ihm mitgeteilt wurde, dass sein Arbeitsverhältnis gestützt auf § 38 Personalgesetz während der Probezeit aufgelöst wird.
2. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 reichte der Rekurrent bei der Personalrekurskommission die Rekursanmeldung gegen die Kündigung vom 30. September 2015 ein.
3. In seiner Rekursbegründung vom 29. Oktober 2015 beantragte der Rekurrent die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis weder während der bis 30. September 2015 andauernden Probezeit noch später rechtsgültig gekündigt worden ist und dass das Arbeitsverhältnis [...] demzufolge weiterbesteht. Eventualiter sei eine Entschädigung von drei Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung zuzusprechen.
4. In ihrer Rekursantwort vom 3. Dezember 2014 beantragte die Anstellungsbehörde die vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge zu Lasten des Rekurrenten.
5. Mit Schreiben vom 11. Januar 2016 ersuchte R, Rechtsanwalt, die Personalrekurskommission, ihn zur Vertretung seines Mandanten zuzulassen.
6. Mit Verfügung vom 14. Januar 2016 bewilligte die zuständige Präsidentin der Personalrekurskommission die anwaltliche Vertretung.

In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 24. Februar 2016 sind der Rekurrent, sein Rechtsvertreter R sowie A und B als Vertreter der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

Für die Einzelheiten der Parteistandpunkte wird, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

II. Rechtliche Erwägungen

1. Nach § 40 PG können Kündigungen und fristlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist X von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 8. Oktober 2015 und die Rekursbegründung vom 29. Oktober 2015 hat der Rekurrent unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht.

2a. Gemäss § 38 PG kann die Anstellungsbehörde ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit beenden. Vorgängig ist der Mitarbeiterin oder dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. § 10 der Verordnung zum Personalgesetz vom 27. Juni 2000).

b. Für Kündigungen während der Probezeit enthält das Personalgesetz spezielle Bestimmungen, die von den übrigen Kündigungsbestimmungen des Personalgesetzes abweichen. Der baselstädtische Gesetzgeber wollte den Mitarbeitenden für die Dauer der Probezeit nicht den gleichen Kündigungsschutz einräumen wie bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit. Dies folgt e contrario aus § 30 Abs. 2 PG, wonach die Anstellungsbehörde nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nur aus einem in § 30 Abs. 2 lit. a bis lit. e PG genannten Grund kündigen kann. Zudem wird in § 38 Abs. 1 PG speziell geregelt, dass bei Kündigungen während der Probezeit das Arbeitsverhältnis auf den Kündigungstermin hin endet und dass einem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zukommt. Zudem besteht bei Gutheissung des Rekurses kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters. Ist eine Kündigung missbräuchlich, so kann gemäss § 38 Abs. 2 PG lediglich eine Entschädigung von maximal drei Monatslöhnen zugesprochen werden.

c. Das rechtliche Gehör ist das Recht jeder betroffenen Person, in einem von Verwaltungs- oder Justizbehörden geführten Verfahren angehört zu werden, Akten Einsicht zu nehmen und zu den für den Entscheid wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 1672). Dieses Recht ist eine Verfahrensgarantie, welche ein faires Verfahren gewährleistet. Es dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung andererseits stellt es Ausfluss des Mitwirkungsrechtes des Betroffenen dar.

d. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, das heisst, er besteht unabhängig vom Ausgang des materiellen Verfahrens. Dies hat zur Folge, dass die Missachtung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich als Verfahrensmangel gilt, welcher zur Aufhebung des beanstandeten Entscheides führt (vgl. Häfe-

lin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1709). Hingegen kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn das Versäumte in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, ohne dass der betroffenen Partei daraus ein wesentlicher Nachteil entsteht (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2P_352/2005 vom 24. April 2006). Die Personalrekurskommission verfügt über volle Kognition, so dass das rechtliche Gehör grundsätzlich in ihren Verfahren nachgeholt werden kann. Von der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung des Verfahrens zur korrekten Durchführung des rechtlichen Gehörs wird in der Regel abgesehen, da dies zu einem prozessualen Leerlauf führen würde. Von dieser Praxis ist aber unter anderem dann abzuweichen, wenn die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sich als systematisch erweist (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts I_321/99 vom 2. November 2000 E. 1e) oder wenn es sich um eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs handelt.

3a. Der Rekurrent beantragt, es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis weder während der bis 30. September 2015 andauernden Probezeit noch später rechtsgültig gekündigt worden sei und das Arbeitsverhältnis mit dem Departement D demzufolge weiterbestehe.

b. Zunächst ist festzuhalten, dass das Anfechtungsobjekt nicht den Anforderungen an eine Kündigung nach den massgeblichen Gesetzesvorschriften entspricht. Die schriftliche Mitteilung der Kündigung ist nicht als Verfügung bezeichnet, sondern mit „Protokoll zum rechtlichen Gehör betreffend ungenügender Arbeitsleistungen und Ende der Probezeit“ betitelt. Weiter entspricht die Form nicht einer Verfügung, so fehlt beispielsweise die Rechtsmittelbelehrung. Da der Rekurrent gleichwohl ein Rechtsmittel ergriffen hat und ihm somit die Formmängel nicht zum Nachteil gereicht haben, kann diese Missachtung der Formerfordernisse vorliegend unbeachtet bleiben.

c. Hingegen ist zu prüfen, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör vorliegend gewahrt wurde. Es ist erstellt, dass der Rekurrent am 28. September 2015, also zwei Tage vor Ablauf der Probezeit, explizit zu einem „Probezeitgespräch“ eingeladen wurde. Obwohl der Anstellungsbehörde bereits bei der Terminsetzung klar war, dass sie das Arbeitsverhältnis beenden wollte, hat sie dies dem Rekurrenten nicht mitgeteilt. Die Ankündigung eines Probezeitgesprächs liess im Gegenteil die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erwarten.

d. Am 30. September 2015, dem letzten Tag der Probezeit, fand nachmittags die als Probezeitgespräch bezeichnete Besprechung mit dem Rekurrenten statt. Wie den Akten und den anlässlich der Verhandlung der Personalrekurskommission übereinstimmend getätigten Aussagen der Beteiligten entnommen werden kann, wurde dem Rekurrenten eröffnet, dass man mit seinen Leistungen unzufrieden sei und sich deshalb von ihm trennen werde. Anschliessend wurde ihm ein mit „Protokoll zum rechtlichen Gehör betreffend ungenügender Arbeitsleistungen und Ende der Probezeit“ bezeichnetes Schreiben überreicht, demzufolge die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis mit ihm in der Probezeit auflöse. Der Rekurrent konnte im Anschluss schriftlich dazu Stellung nehmen und erhielt unverzüglich eine Kopie des Schreibens mitsamt seinen Anmerkungen. Entsprechend heisst es in diesem Schreiben, direkt unter der Mitteilung der Kündigung des Arbeitsvertrages, dass der Rekurrent „zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zur mündlichen

Stellungnahme, welche nachfolgend protokolliert wird“ erhalte. Eine separate Kündigungsverfügung wurde dem Rekurrenten nicht ausgehändigt.

Dieser Gesprächsablauf und das Kündigungsschreiben offenbaren, dass die Anstellungsbehörde sich nicht nur nicht mit möglichen Argumenten des Rekurrenten auseinandergesetzt hat, sondern auch nie die Absicht dazu hatte. Wenn aber einer Person zwar die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Stellungnahme zu verfassen. Diese aber nicht zur Kenntnis genommen, geschweige denn eine Auseinandersetzung damit stattfindet, so handelt es sich um eine Farce. Das rechtliche Gehör ist ein wesentlicher Grundsatz des staatlichen Handelns, an welchen die Anstellungsbehörde gebunden ist. Die betroffene Person soll **vor** Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides die Möglichkeit erhalten, ihren Standpunkt darzulegen und mögliche Einwände einzubringen. Selbstverständlich ist die Behörde nicht verpflichtet, die Sichtweise der betroffenen Person einzunehmen, doch muss sie sich im Rahmen der Entscheidungsfindung damit auseinandersetzen. Dies hat vorliegend die Anstellungsbehörde unterlassen und daher mit ihrem Vorgehen den Anspruch auf rechtliches Gehör grob missachtet. Die von der Anstellungsbehörde vorgebrachten Erklärungen rechtfertigen diese Verletzung in keiner Weise. Soweit sie anführt, sie habe bezüglich der Kündigung unter Zeitdruck gestanden, da sie ursprünglich die Probezeit verlängern wollte, hat sie sich diese Zeitnot selbst zuzuschreiben. Denn es liegt im Einflussbereich einer Arbeitgeberin bzw. ist die Aufgabe einer vorgesetzten Person, die notwendigen Gespräche rechtzeitig zu veranlassen. Auch wenn ursprünglich lediglich eine Verlängerung der Probezeit angestrebt wurde und der Anstellungsbehörde erst in der letzten Woche der Probezeit klar geworden sein sollte, dass eine Trennung vom Rekurrenten unabdingbar sei, wäre das Probezeitgespräch äusserst knapp angesetzt gewesen. Hätte der Rekurrent seine Zustimmung zur Probezeitverlängerung verweigert, so wäre der Anstellungsbehörde wiederum kaum Zeit geblieben, um eine formell korrekte Kündigung vorzunehmen.

e. Damit hat die Anstellungsbehörde das rechtliche Gehör grob verletzt. Wie oben ausgeführt, kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Personalrekurskommission geheilt werden. In besonderen Fällen ist dies jedoch nicht möglich.

Vorliegend handelt es sich um eine Kündigung während der Probezeit. In Abweichung von einer ordentlichen Kündigung muss hierfür kein sachlicher Kündigungsgrund vorliegen, die Kündigung darf sich einzig nicht als missbräuchlich erweisen. Mit Ablauf der Probezeit ändert sich dies. Da der betroffenen Person aus der Heilung des Gehörsanspruchs kein Rechtsnachteil erwachsen darf, können allfällige formelle Mängel einer Kündigung während der Probezeit nur bis zum Ablauf der Probezeit behoben werden. Denn der vom Gesetzgeber vorgesehene, eingeschränkte Kündigungsschutz gilt nur bis zu diesem Zeitpunkt. Vorliegend ist die Probezeit am 30. September 2015 abgelaufen und bis dann hat keine Heilung der Gehörsverletzung stattgefunden. Unbestrittenermassen hat die Anstellungsbehörde diesbezüglich auch keine weiteren Schritte unternommen, da den Vorgesetzten des Rekurrenten offensichtlich nicht klar war, welche Anforderungen hierfür gelten. Unter diesen Umständen spielt es auch keine Rolle, dass der Rekurrent seinen Arbeitsplatz am Nachmittag kurz nach dem zur Diskussion stehenden „Probezeitgespräch“ verlassen hat. Dementsprechend kann vorliegend keine Heilung des Verfahrens-

mangels stattfinden. Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist daher die Kündigung aufzuheben.

III. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall eine schwere Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör erfolgt ist, welche aus den dargelegten Gründen im Verfahren vor der Personalrekurskommission nicht geheilt werden kann. Der Rekurs von X gegen die Kündigung vom 30. September 2015 wird daher gutgeheissen und die entsprechende Verfügung aufgehoben.

IV. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

1.

Das Rekursverfahren ist gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos.

2.

Die Gebühren und Parteientschädigungen in verwaltungsinternen Rekursverfahren werden im Gesetz über die Verwaltungsgebühren sowie in der entsprechenden Ausführungsverordnung geregelt. Gemäss § 7 dieses Gesetzes kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Beschwerdeführer, dem Anwaltskosten entstanden sind, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. In verwaltungsinternen Rekursverfahren werden jedoch in der Regel nicht die effektiven Anwaltskosten als Parteientschädigungen zuerkannt, sondern diese werden im Rahmen der in §§ 11 bis 13 der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren geregelten Ansätze festgelegt.

Da der vorliegende Rekurs gutgeheissen wird, ist es gerechtfertigt, dem Rekurrenten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände wird dem Rekurrenten eine pauschale Parteientschädigung im Betrage von CHF 700.00 inkl. Auslagen, jedoch zuzügl. 8% MWSt. zugesprochen. Diese Parteientschädigung hat die Anstellungsbehörde auszurichten.

Demgemäss hat die Personalrekurskommission entschieden:

I.

://:1. In Gutheissung des Rekurses wird die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 38 Personalgesetz aufgehoben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Anstellungsbehörde hat dem Rechtsvertreter des Rekurrenten eine Parteientschädigung im Betrag von CHF 700.00 inkl. Auslagen zuzügl. CHF 56.00 Mehrwertsteuer auszurichten.

Ein Rekurs gegen diesen Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 abgewiesen.