

## **VGE vom 8. November 2011 zu PRK-Fall 92**

Kurzfassung des Verwaltungsgerichtsurteils vom 8. November 2011 bezüglich Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit gestützt auf § 38 Personalgesetz (PG).

### **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprobleme	Welche Themen betrifft dieser Entscheid?	S. 1
Sachverhalt	Kurze Schilderung der Geschehnisse	S. 1
Rechtliche Erwägungen	Begründung der Personalrekurskommission	S. 2
Urteil u. Rechtskraft	Entscheid der Personalrekurskommission	S. 13
Schlussfolgerungen d. ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können	S. 13
Relevante Rechtsnormen	Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid?	S. 14

### **I. Rechtsprobleme**

1. Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs? (E. 3.1)
2. Was sind die Voraussetzungen für eine Kündigung während der Probezeit? (E. 5.1)
3. Wann liegt eine missbräuchliche Kündigung vor? (E. 5.1)

### **II. Sachverhalt**

A. wurde mit Arbeitsvertrag vom 25. Februar und mit Wirkung ab dem 1. August 2009 als Aspirant bei der Kantonspolizei Basel-Stadt mit einem befristeten Anstellungsverhältnis bis zum 5. Dezember 2010 und einer Probezeit von 12 Monaten angestellt. Mit Verfügung der Kantonspolizei vom 11. Mai 2010 erfolgte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni resp. 31. Juli 2010 und die sofortige Freistellung von A. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass er den Eignungsanforderungen für einen Polizisten nicht entspreche und sein ungenügendes Verhalten gegen eine Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses spreche.

Gegen diese Verfügung liess der anwaltschaftlich vertretene A. Rekurs an die Personalrekurskommission erheben, mit dem er einerseits die Feststellung beantragte, die ausgesprochene Kündigung sei missbräuchlich, und andererseits eine Entschädigung von 3 Monatslöhnen inkl. 13. Monatslohn, insgesamt CHF 14'641.20 zuzüglich 5% Zins seit dem 14. Mai 2010, verlangte. Zudem wurde die Verpflichtung der Kantonspolizei beantragt, ihn erneut ins Polizeikorps aufzunehmen und ihm die Beendigung der Ausbildung zu ermöglichen. Mit Entscheid vom 27. September 2010 wies die Personalrekurskommission diesen Rekurs ab, ohne Kosten zu erheben oder zuzusprechen.

Gegen diesen Entscheid hat A. mit Eingaben vom 1. und 27. Oktober 2010 Rekurs erheben und begründen lassen. Nach Vorliegen der schriftlichen Begründung des angefochtenen Entscheids hat der Rekurrent mit Datum vom 22. Februar 2011 eine ergänzende Rekursbegründung eingereicht. Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Feststellung der Nichtigkeit seiner Kündigung vom 11. Mai 2010 und hält weiter am vorinstanzlichen Entschädigungsbegehren fest. Die Personalrekurskommission beantragt mit Eingabe vom 22. März 2011 die Abweisung des Rekurses, soweit auf diesen einzutreten sei. Die Kantonspolizei beantragt die vollumfängliche, kosten- und entschädigungsfällige Abweisung des Rekurses. Mit Eingabe vom 16. August 2011 führt der Rekurrent Noven ins Verfahren ein. Sowohl der Rekurrent wie auch die Kantonspolizei beantragen die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und die Anhörung von Zeugen. Diese Anträge wurden vom Instruktionsrichter mit Verfügung vom 31. August 2011 - unter Vorbehalt eines anderslautenden Entscheids des Ausschusses - aufgrund der bisherigen Abklärungen in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen.

An der Hauptverhandlung des Appellationsgerichts vom 8. November 2011 ist der Rekurrent befragt worden und sind sein Parteivertreter sowie die Vertreterin der Kantonspolizei zum Vortrag gelangt. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

### **III. Rechtliche Erwägungen**

Gemäss §40 Abs. 1 des Personalgesetzes (PG; SG 162.100) können Verfügungen betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Deren Entscheid unterliegt gemäss § 40 Abs. 1 i.V.m. § 43 PG dem Rekurs an das Verwaltungsgericht.

Gemäss § 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100), welches nach § 40 Abs. 5 PG mangels spezieller personalgesetzlicher Regelung

vorliegend anwendbar ist, gilt im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Voraussetzung, dass der Rekurrent an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung ein aktuelles schutzwürdiges Interesse hat. Zwar ist der Rekurrent inzwischen offenbar bei der Regionalpolizei S. angestellt (vgl. dazu unten E. 4.3.6), jedoch ist genügend glaubhaft, dass der Rekurrent in seiner beruflichen Zukunft durch die besagte Kündigung betroffen ist (vgl. dazu zweitinstanzliches Protokoll S. 2), sodass - entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Stellungnahme der Vorinstanz Ziff. 1, act. 8) - nach wie vor ein aktuelles Interesse besteht. Ob bezüglich der formellen Rügen überhaupt ein aktuelles Interesse notwendig ist, kann somit offen gelassen werden.

Auf den frist- und formgerecht eingereichten und begründeten Rekurs ist daher einzutreten.

**1.2** Das Verwaltungsgericht entscheidet mit drei Mitgliedern in einem einfachen und raschen Verfahren über den Rekurs (§ 43 Abs. 2 PG). In Bezug auf die Kognition enthält das Personalgesetz ebenfalls keine besonderen Vorschriften. Es findet daher § 8 des VRPG Anwendung (§ 40 Abs. 5 PG). Danach ist im Folgenden zu prüfen, ob die Personalrekurskommission öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten hat. Wie das Bundesgericht erst kürzlich festgestellt hat (BGer 8C\_818/2010 vom 2. August 2011, E. 3.4) hat selbst eine Rechtsmittelbehörde, der volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Verwaltung zu respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen (vgl. BGE 127 II 238 E. 3b/aa S. 242; 123 II 210 E. 2c S. 212 f., vgl. HANGARTNER, Behördenrechtliche Kognitionsbeschränkungen in der Verwaltungsrechtspflege, in: Melanges Pierre Moor, Bern 2005, S. 319 ff.). Die Beurteilung der Frage, ob ein Angestellter genügende Leistungen erbringt, ist in allererster Linie Sache der unmittelbaren Vorgesetzten (BGE 118 Ib 164 E. 4b S. 166; BGer 8C\_818/2010 vom 2. August 2011, E. 3.4; 2A.656/2006 vom 15. Oktober 2007 E. 3.4). Die Rechtsmittelbehörden würden bei der notwendigerweise punktuellen Überprüfung der über eine längere Zeit erbrachten Arbeitsleistungen an ihre Grenzen stossen. Zudem lassen sich die innerbetrieblichen Auswirkungen personalrechtlicher Entscheide durch Aussenstehende oft nur schwer abschätzen (vgl. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Habil. Zürich 2010, N. 520). 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 Bediensteten, um verwaltungsorganisatorische Fragen oder um Probleme der betriebsinternen Zusammenarbeit und des Vertrauensverhältnisses geht (BVerwGer A-4284/2007 vom 4. November 2007, E. 7.2). Dies entspricht dem Grundsatz, dass die Rechtsmittelbehörde ihre Kognition entsprechend einschränken darf und muss, soweit der Gesetzgeber

mit einer offenen Normierung der verfügenden Behörde eine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte (BGE 132 II 257 E. 3.2 S. 262; 127 II 184 E. 5a/aa S. 191; 8C\_818/2010 vom 2. August 2011, E. 3.4), und muss um so mehr gelten, wenn der Rechtsmittelinstanz - wie dem Verwaltungsgericht - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen, keine Angemessenheitskontrolle zusteht.

**1.3** Soweit der Rekurrent mit seinem Rekurs geltend macht, seine Freistellung leide an gravierenden Mängeln und sei nichtig, ist festzuhalten, dass die Freistellung nicht Gegenstand der Verfügung vom 11. Mai 2010 und damit auch nicht des vorliegenden Verfahrens ist. Daran ändert auch nichts, dass im Protokoll betreffend die Wahrung des rechtlichen Gehörs vom 10. Mai 2010 auf die Freistellung hingewiesen worden ist. Der Rekurrent wehrte sich gegen seine Freistellung nicht und verlangte auch nie eine förmliche Verfügung (zweitinstanzliches Protokoll S. 2), die er dann ebenfalls hätte anfechten können, wobei dies auch nicht vom 4 Tage nach dem Gespräch mandatierten Anwalt getan worden ist. Auf die entsprechenden Rügen ist daher nicht einzutreten. Insbesondere kann offen gelassen werden, ob der Rekurrent hierzu vor der zu Beginn der Anhörung direkt erfolgten Eröffnung der Freistellung hätte angehört werden müssen. Im Übrigen besteht bezüglich der Freistellung - im Unterschied zur Kündigung - auch kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr.

**2.** Sowohl die Kantonspolizei als auch der Rekurrent haben die Befragung diverser Zeugen beantragt (vgl. ergänzende Rekursbegründung S. 2; Vernehmlassung der Kantonspolizei S. 2). Aufgrund der Aktenlage und des vorinstanzlichen Beweisverfahrens bedarf es unter Berücksichtigung des geschützten Ermessensspielraums der Anstellungsbehörde jedoch nicht mehr der Einvernahme weiterer Zeugen. Auf die Anhörung des von beiden Parteien beantragten Zeugen W. wie auch der weiteren von der Anstellungsbehörde beantragten Zeugen kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

**3.1** In formeller Hinsicht macht der Rekurrent geltend, dass die Kündigung bereits aufgrund einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs nichtig sei. Darin kann ihm zum vornherein nicht gefolgt werden. Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs zieht nicht ohne Weiteres und nur in Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 970). Dies gilt umso mehr, als Verletzungen des rechtlichen Gehörs nach ständiger Rechtsprechung im weiteren Verfahren geheilt werden können (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1709).

**3.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör richtet sich nach § 38 Abs. 2 Organisationsgesetz Basel-Stadt (OG, SG153.100), § 10 der Verordnung zum Personalgesetz vom 27. Juni 2000 (Vo PG, SG 162.110) und insbesondere nach

Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung sowie § 12 lit. b der Kantonsverfassung. Die von einer Verfügung betroffene Person soll zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen können, bevor der Entscheid gefällt wird. Die Behörde hat dabei nicht ihre gesamte Begründung den Betroffenen vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 485 E. 3.4 S. 495, 132 II 257 E. 4.2 S. 267).

**3.3** Unbestritten ist, dass dem Rekurrenten am 10. Mai 2010 an einer Sitzung mit Oberleutnant U., Polizeikommandant R. und Oberleutnant S. seine Freistellung mitgeteilt und die beabsichtigte Kündigung während der Probezeit in Aussicht gestellt worden ist. In der Folge wurde er mit den diesbezüglich massgebenden Feststellungen der Anstellungsbehörde konfrontiert und es wurde ihm Gelegenheit gegeben, sich dazu zu äussern.

**3.3.1** Der Rekurrent rügt, dass er zu dieser Anhörung formlos aufgeboten worden sei, ohne dass ihm vorgängig gesagt worden wäre, es gehe um die Kündigung seines Arbeitsvertrages oder überhaupt um seine Zukunft. Es sei ihm lediglich die bereits beschlossene und damit schon feststehende Kündigung eröffnet worden. Bei der Anhörung habe es sich daher um eine reine Farce gehandelt und seine anlässlich dieser vorgebrachten Äusserungen hätten gar keine Auswirkungen mehr gehabt (Rekursbegründung II 1b, S. 4).

Mit der letztgenannten Rüge verkennt der Rekurrent die Natur des Gehörsanspruchs. Die Anhörung setzt immer einen von der Behörde bereits in Aussicht genommenen Entscheid voraus. Sie erfolgt daher begriffsnotwendig nicht „im offenen Feld“. Im Übrigen ist nicht erkennbar, in welcher Weise die protokollierten Äusserungen des Rekurrenten anlässlich seiner Anhörung einen Einfluss auf den Entscheid hätten haben sollen. Falsch ist schliesslich auch der Vorhalt, die Anhörung sei in Verletzung von § 10 Abs. 1 Vo PG erfolgt, verlange diese Bestimmung doch eine Anhörung *bevor* Massnahmen getroffen würden. Vielmehr ist die Anhörung am 10. Mai 2010 erfolgt, während die Kündigung erst am Tag darauf ausgesprochen und eröffnet worden ist. Zutreffend ist einzig, dass schon mit Datum vom 4. Mai 2010 Polizeikommandant R., Leitung Grundausbildung, und Oberleutnant U., Ausbildungschef, mit ihrem Bericht an Oberleutnant M. die Kündigung beantragt haben. Diese wurde aber nicht von ihnen, sondern vom Kommandanten der Kantonspolizei, lic. iur. G., ausgesprochen. Schliesslich erscheint aufgrund der Natur des in Aussicht genommenen Entscheids auch eine vorgängige Information über den Inhalt der zur Wahrung des rechtlichen Gehörs einberufenen Besprechung verfassungsrechtlich nicht geboten. Eine solche mag zwar in den meisten Fällen wünschbar sein, im vorliegenden Fall hat die Kantonspolizei aber nachvollziehbar dargelegt, dass eine vorgängige Information des dienstlich bewaffneten Rekurrenten aufgrund seiner Persönlichkeit nicht ratsam gewesen ist. Nur so habe die

psychische Reaktion des Rekurrenten auf die Eröffnung der in Aussicht genommenen Kündigung beobachtet und gegebenenfalls ein „Auffangnetz“ bereitgestellt werden können. Schliesslich ist festzustellen, dass der in Aussicht genommene Entscheid und dessen Begründung an sich nicht komplex gewesen ist, sodass dem Rekurrenten auch ohne vorgängige Information eine Äusserung dazu anlässlich der Besprechung möglich gewesen ist. Zudem hatte der Rekurrent Unbestrittenermassen bereits am 30. April 2010 ein Führungsgespräch mit Polizeikommandant R. Wenn er diesbezüglich ausführen lässt, dass nicht bekannt sei, was damals besprochen worden sei, da ein Protokoll nicht existiere (Rekursbegründung II 5b, S. 9), so verkennt er, dass ihm selbst dies sehr wohl bekannt sein muss, hat er daran doch teilgenommen. Er unterlässt es aber gänzlich, diesbezügliche Ausführungen zu machen. Unbestritten ist schliesslich auch, dass bereits im August 2009 ein Gespräch mit dem Rekurrenten bezüglich seiner in Frage gestellten Eignung als Polizist geführt worden ist. Aus all diesen Gründen kann ausgeschlossen werden, dass die Konfrontation mit der Kündigungsabsicht den Rekurrenten gänzlich unvorbereitet getroffen hat. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die fehlende Information des Rekurrenten bezüglich des Gegenstands der Besprechung nicht zu beanstanden ist.

**3.3.2** Weiter rügt der Rekurrent, dass ihm in Verletzung von § 10 Abs. 3 Vo PG die Möglichkeit verwehrt worden sei, eine Vertrauensperson zu diesem Gespräch beizuziehen (Rekursbegründung II 1c, S. 4). Dies wird von der Kantonspolizei in ihrer Vernehmlassung anerkannt. Festzustellen ist aber, dass der Rekurrent weder anlässlich dieses Gesprächs selber noch in dessen Anschluss den Beizug einer solchen Person gewünscht hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass selbst eine diesbezüglich bestehende Gehörsverletzung durch die Nachholung der Gewährung des Rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann, wenn dieses eine Prüfung im gleichen Umfang erlaubt (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1709 ff.). Auch wenn bereits die Personalrekurskommission implizit den Ermessensspielraum der Anstellungsbehörde bei einer Kündigung während der Probezeit zu beachten hatte, trifft dies hier grundsätzlich und mit Blick auf die Art der Gehörsverletzung zu. Der Mangel, dass der Rekurrent keine Vertrauensperson zum Kündigungsgespräch mitnehmen konnte, ist daher durch die Verhandlung vor der Personalrekurskommission, an welcher der vier Tage nach der Kündigung mandatierte Vertreter des Rekurrenten teilnahm, geheilt worden.

**4.1** Der Rekurrent macht geltend, die Kündigung leide auch an inhaltlichen Mängeln. So sei in der Begründung der Kündigungsverfügung davon die Rede, das Arbeitsverhältnis werde „erst per 31. Juli 2010“ aufgelöst, während das Dispositiv die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 30. Juni 2010 nenne. Diese Unstimmigkeit in der Kündigungsverfügung ist zwar tatsächlich bedauerlich. Es handelt sich aber um ein offensichtliches Versehen, das berichtigt werden kann. In der Begründung der Verfügung wird darauf

hingewiesen, dass das „Anstellungsverhältnis als Aspirant bei der Kantonspolizei mittels ordentlicher Kündigung während der Probezeit auf den 31. Juli 2010“ beendet werde. Wörtlich hält die Verfügung fest: „Obwohl bereits eine Kündigung per 30. Juni 2010 möglich wäre, tragen wir Ihrer speziellen Situation Rechnung und lösen das Arbeitsverhältnis formell erst per 31. Juli 2010 auf (Rekursbegründung II 2b, S. 5). Vor diesem Hintergrund ist offensichtlich, dass die im Dispositiv der Verfügung enthaltene Kündigung auf den 30. Juni 2010 einen eindeutigen Verschrieb bedeutet. Dieser Mangel ist zu korrigieren. Er hat aber keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Verfügung.

**4.2** Das Gleiche gilt für die Rüge, die Erwägungen der Vorinstanz enthielten bezüglich gewisser Datumsangaben Ungenauigkeiten bzw. Mängel (ergänzende Rekursbegründung II 4b, S.7). Auch dies mag zwar zutreffen, berührt aber die Gültigkeit des vorinstanzlichen Urteils nicht. Der Rekurrent unterlässt es denn auch gänzlich, ausführen zu lassen, inwieweit diese angeblichen Mängel einen Einfluss auf den Entscheid gehabt haben sollen. Es ist deshalb vorliegend nicht weiter darauf einzugehen.

**5.** Der Rekurrent macht des Weiteren geltend, die Kündigung sei auch inhaltlich unbegründet und damit missbräuchlich erfolgt und der Kanton zur Ausrichtung einer Entschädigung in Höhe von drei Monatslöhnen zu verpflichten.

**5.1** Gemäss § 30 Abs. 2 PG kann das Arbeitsverhältnis von der Anstellungsbehörde nach Ablauf der Probezeit gekündigt werden, wenn bestimmte, im Einzelnen enumerierte Gründe erfüllt sind. Daraus folgt *e contrario*, dass es während der Probezeit des Vorliegens solcher besonderer Kündigungsgründe gerade *nicht* bedarf. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, hat der basel-städtische Gesetzgeber den Mitarbeitenden für die Dauer der Probezeit damit nicht den gleichen Kündigungsschutz einräumen wollen wie nach deren Ablauf. Dies entspricht denn auch dem Zweck einer Probezeit, dient eine solche doch der Anstellungsbehörde dazu, die Fähigkeiten und die Eignung eines Arbeitnehmers zu prüfen. Die Vertragsparteien sollen deshalb das Arbeitsverhältnis während der Probezeit leichter auflösen können, als dies nach deren Ablauf möglich wäre (Ratschlag zum Personalgesetz, S. 18; VGE 754/2002 vom 16. April 2003). Auch nach der Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sind an die Gründe, aus denen das während der Probezeit noch lockere Arbeitsverhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Nach der Praxis zum Recht des Bundes ist eine Kündigung während der Probezeit durch die Verwaltung bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit und Eignung nicht erbracht sei und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden könne. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen (BGE 120 Ib 134, E. 2a S. 135, BGE 108 Ib 209 E. 2 S. 211; BVerwGer A-4284/2007 vom 4. November 2007, E. 7.2). So genügt etwa die

begründete Feststellung, dass der sich in der Probezeit befindende Mitarbeiter dem Stellenprofil nicht entspreche, aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion unbedingt nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden könne oder auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erschienen (BVerwGer A-4284/2007 vom 4. November 2007, E. 7.2). Beim Entscheid darüber urteilt die Behörde nach pflichtgemäsem Ermessen, bei dessen Überprüfung sich die Rechtsmittelinstanzen gemäss den obigen Ausführungen Zurückhaltung aufzuerlegen haben (siehe dazu vorne E. '1.2). Es muss daher genügen, 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 (BGE 108 Ib 209 E. 2 S. 210). Schliesslich erscheint eine Kündigung wie im privatrechtlichen Arbeitsrecht aufgrund der Geltung des Willkürverbots und des Grundsatzes von Treu und Glauben dann als missbräuchlich, wenn sie ohne sachlich schutzwürdigen Grund ausgesprochen worden ist. Die Aufzählung der im öffentlichen Personalrecht analog anwendbaren Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist dabei nicht abschliessend (BGE 123 III 246, E. 3b S. 251). Die Kündigung darf somit nicht aus einem beliebigen Grund ausgesprochen werden, sondern es muss ihr ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen (VGE 754/2002 vom 16. April 2003 m.H. auf NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. Basel 1998, S. 75; MEYER, Staatspersonal, in: Buser, Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 690).

**5.2** Mit seiner Rekursbegründung macht der Rekurrent zunächst geltend, dass vorliegend ein auf die Dauer von 16 Monaten befristeter Arbeitsvertrag mit einer Probezeit von 12 Monaten gekündet worden ist. Er wirft die Frage auf, ob mit dieser Dauer der Probezeit nicht der Kündigungsschutz umgangen werde. Die Probezeit sei unverhältnismässig lange und Verstösse gegen die Grundsätze des kantonalen Personalgesetzes (Rekursbegründung II 5a, S. 7).

Gemäss § 11 Abs. 1 PG gilt im befristeten Arbeitsverhältnis eine Probezeit nur dann, wenn sie schriftlich vereinbart worden ist. Mit einer solchen schriftlichen Vereinbarung kann die Probezeit über die bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen grundsätzlich geltende Dauer von drei Monaten hinaus verlängert werden, wobei sie höchstens zwölf Monate betragen darf. Auf eine solche Dauer soll die Probezeit allerdings nur dann verlängert werden, wenn dies notwendig erscheint, um den Stelleninhaber oder die Stelleninhaberin beurteilen zu können. Dies kann etwa bei Funktionen im oberen Kaderbereich, bei periodisch anfallenden Aufgaben oder bei solchen, deren Beurteilung insgesamt erst nach einer längeren Zeit möglich ist, der Fall sein (Ratschlag Nr. 8941 zum Erlass des Personalgesetzes vom 7. September 1999, 46; MEYER, Staatspersonal, in: Buser,

Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 675).

Solche Gründe sind vorliegend gegeben. Der Rekurrent wurde als Polizeiaspirant in einer Funktion angestellt, in der es darum ging, ihn auszubilden. Dies bedingt zum vornherein einen längeren Zeitraum zur Abklärung der Eignung, soll die Anstellungsbehörde doch nicht zu einem vorschnellen Entscheid zu Beginn dieser Ausbildung verpflichtet werden. Wie die Kantonspolizei in ihrer Vernehmlassung ausführt, geht es darum, die Anwärter gut zu beobachten und auf ihre Sozialkompetenz und ihre psychischen Kompetenzen hin zu testen. Dies bedingt einen längeren Zeitraum als bei der Beurteilung eines Angestellten, der die für die Ausübung seiner Funktion erforderlichen Voraussetzungen mitzubringen und grundsätzlich von Beginn an zu erfüllen hat. Damit ist die vom Rekurrenten gerügte Probezeit weder unverhältnismässig lange, noch verstösst sie gegen das Personalgesetz.

**5.3** Im Folgenden sind daher die Voraussetzungen für eine Kündigung während der Probezeit zu prüfen.

**5.3.1** Die Kantonspolizei hat die Kündigung in ihrer Verfügung vom 11. Mai 2010 damit begründet, dass man in den neun Monaten, in denen man den Rekurrenten nun kennengelernt habe, wiederholt habe feststellen müssen, dass sein Verhalten und seine Leistungen nicht den Erwartungen an einen Aspiranten der Kantonspolizei entsprochen hätten. So habe er während der Einführungswoche sowohl den 12-Minuten-Lauf als auch die Schwimmprüfung nicht erfüllt. Er habe darauf sehr aufgebracht reagiert und erst durch seine Mitschüler beruhigt werden können. Auf diese Verhaltensauffälligkeiten und die Notwendigkeit einer entsprechenden Anpassung sei er an einem Gespräch vom 5. August 2009 hingewiesen worden. Anlässlich der Schnupperwoche von Ende August 2009 habe man sodann die Rückmeldung erhalten, dass das Verhalten des Rekurrenten gegenüber Kolleginnen und Kollegen als nicht immer angemessen beurteilt worden sei. So habe er nicht am OC-Selbsterfahrungstest teilnehmen wollen, in der Folge mit einem Weinkampf und einem Asthmaanfall reagiert und schliesslich in abgeschwächter Form beübt werden müssen. Nicht zuletzt seien von Seiten der Instruktoren und der Mitschüler immer wieder Hinweise gekommen, dass er in einer unangenehmen Art entweder eine sozial überangepasste Haltung oder im Gegenteil eine emotional aufbrausende Erscheinungsweise an den Tag gelegt habe. Dies sei in Gesprächen vom 25. Februar und 30. April 2010 und in einem Gespräch mit dem Betriebspsychologischen Dienst mit ihm thematisiert worden (Kündigung vom 11. Mai 2010, Beilage 4 zur Rekursbegründung).

**5.3.2** Der Rekurrent macht geltend, die Mitte Mai 2010 ausgesprochene Kündigung sei ausschliesslich mit Vorkommnissen begründet worden, die sich

„allesamt im Jahr 2009" ereignet hätten. Zudem habe er die vorausgesetzte Zeit beim Schwimmtest nicht um 30 Sekunden, sondern nur um 5 Sekunden verfehlt, im zweiten Anlauf habe er sodann sowohl den Schwimmtest als auch den 12-Minuten-Lauf bestanden. Auch das ihm sonst vorgeworfene Verhalten habe sich bereits im Jahr 2009 zugetragen. Mit dem langen Zuwarten sei die Kündigung insgesamt unverhältnismässig geworden (Rekursbegründung II 5b, S. 8).

**5.3.2.1** Dieser Argumentation des Rekurrenten kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid festhält, ist es auch Mitte April 2010 - also entgegen den Behauptungen des Rekurrenten nicht nur im Jahr 2009 - zu einer Überreaktion seinerseits gekommen, nämlich als er auf die Frage der Lehrperson, wessen Arbeit mit einer ungenügenden Note bewertet worden sei, aufgestreckt und den Unterricht mit dem Kommentar verlassen habe, er sei scheinbar der Einzige. Der Rekurrent rügt in diesem Zusammenhang, er sei dadurch von der Lehrperson blossgestellt worden, wofür überhaupt kein Anlass bestanden habe. Das Verhalten derselben sei eine ganz offensichtlich unnötige Schikane gewesen und habe die Grenze zur Mobbing-Handlung klar überschritten (ergänzende Rekursbegründung II 5d, S. 9).

Es ist nicht Sache des Gerichts, die pädagogischen Methoden in der Polizistenausbildung zu bewerten. Jedenfalls ist festzustellen, dass Polizistinnen und Polizisten in vielen Situationen in ihrem Berufsleben ausgesprochen exponiert sind und auch auf persönliche Provokationen hin besonnen und zurückhaltend zu reagieren haben. Das proaktive Verhalten des Rekurrenten entspricht diesen Anforderungen offensichtlich nicht. Selbst wenn daher das Verhalten der Lehrperson als inadäquat qualifiziert werden müsste, dürfte die Anstellungsbehörde im Rahmen ihres Ermessens die Reaktion des Rekurrenten in ihre Entscheidungsfindung mit einfließen lassen.

**5.3.2.2** Abschliessend ist festzuhalten, dass die Anstellungsbehörde ihr Kündigungsrecht während der Probezeit entgegen der Ansicht des Rekurrenten nicht verwirkt, wenn sie nach einem für sie hierfür wesentlichen Ereignis mit der Kündigung noch zuwartet, etwa um dem Mitarbeiter die Möglichkeit zu geben, das Geschehene durch die weitere Erfahrung mit ihm vergessen zu lassen. Darin unterscheidet sich die Rechtslage von jener bezüglich einer fristlosen Kündigung (§ 32 PG). Der Rekurrent geht daher fehl, wenn er geltend macht, die Kündigung sei verspätet erfolgt und damit unverhältnismässig geworden.

**5.3.3** Wenn der Rekurrent weiter ausführen lässt, dass die Anstellungsbehörde dem Ungenügen beim Sporttest und dem nur teilweise durchgeführten OC-Selbsterfahrungstest „offenbar keine Bedeutung beigemessen" habe (ergänzende Rekursbegründung II 5b, S. 8), so setzt er sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der Anstellungsbehörde. Ohne Belang ist schliesslich, ob er die Schwimmprüfung ursprünglich um 30 oder nur um 5 Sekunden nicht

bestanden hat. Wesentlich erscheint, dass der Anstellungsbehörde bei der Beurteilung der Erfüllung des Anforderungsprofils einer Stelle und der von den Mitarbeitern für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit verlangten Eigenschaften ein weites Ermessen zukommt. Gemäss den obigen Ausführungen hat sich die Anstellungsbehörde diesbezüglich nicht auf sachfremde oder unzutreffende Sachverhaltselemente gestützt. Sie hat diese einzig anders gewürdigt, als es dem Rekurrenten richtig erscheinen mag. Darauf kann es aber nicht ankommen, da das Verwaltungsgericht, wie bereits ausgeführt (vgl. vorne E. 1.2), in den diesbezüglichen Ermessenbereich der Verwaltung nicht einzugreifen befugt ist.

**5.3.4** Schliesslich rügt der Rekurrent, dass die Stellungnahme des Betriebspsychologen lic.phil. K. erfolgt sei, ohne dass dieser mit ihm gesprochen habe (ergänzende Rekursbegründung II 5e, S. 9/10). Dies ist jedoch gar nie behauptet worden. Vielmehr erwägt die Vorinstanz, lic.phil. K. habe anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung ausgeführt, dass er die Stellungnahme aufgrund seiner Wahrnehmungen des Rekurrenten während dessen Probezeit verfasst habe (Entscheid der Vorinstanz Ziff. 3.1, S. 4). Er habe ihn während dieser Monate mehrfach gesehen, mit ihm gesprochen und somit genügend Hinweise für seine Stellungnahme gehabt. Mit seinem Rekurs kritisiert der Rekurrent, dass die Stellungnahme des Psychologen aufgrund nicht hinterfragter Äusserungen von Mitschülern erfolgt sei und seine Beobachtungen nicht näher substantiiert würden. Eine seriöse Interpretation aus psychologischer Sicht habe gar nicht vorgenommen werden können (ergänzende Rekursbegründung, a.a.O.).

Dabei geht der Rekurrent jedoch mit keinem Wort darauf ein, dass mehrfach direkte Gespräche des Psychologen mit ihm im Rahmen des Schwimmunterrichts erfolgt sind. Aufgrund dieser Beobachtungen und der Berichte der Mitschülerinnen und Mitschüler des Rekurrenten beschreibt lic.phil. K. diesen als sehr akzentuierte Persönlichkeit. Er führt aus, dessen Verhaltensweisen und Persönlichkeitseigenschaften würden sehr hohe Anforderungen an das soziale Umfeld stellen und könnten zu erheblichen Spannungen und Leistungsdefiziten am Arbeitsplatz führen (Stellungnahme K., Beilage 7 zur Rekursbegründung). Weiter hält er fest, die im Rahmen der Eignungsabklärung erhobene, hohe Anzahl an Verhaltensbandbreiten in der Persönlichkeitsstruktur des Rekurrenten schienen sich gegenwärtig eher ungünstig zu entwickeln, so dass sich die Eignung für den Polizeiberuf als nur bedingt tauglich bis untauglich erweise und dringender Handlungsbedarf bestehe (Stellungnahme K., a.a.O.).

Mit diesen Ausführungen des Polizeipsychologen setzt sich der Rekurrent inhaltlich nicht auseinander. Im Übrigen verkennt er die Voraussetzungen für die Begründung einer Kündigung während der Probezeit, ist hier doch keineswegs eine gutachterliche Expertise als Grundlage erforderlich. Zusammengefasst ist der Rekurrent daher mit seiner Argumentation, die Stellungnahme des Psychologen basiere auf ungenügenden Grundlagen, nicht zu hören.

**5.3.5** Der Rekurrent bestreitet nicht, dass er im Klassenverband eher als Einzelgänger empfunden wurde und sich diesbezüglich nur vorübergehend eine gewisse Verbesserung eingestellt hat. Die Vorinstanz hat zur Abklärung der Situation eine umfangreiche Erhebung in Form der Anhörung von Oberleutnant W., dem Betriebspsychologen lic.phil. K., sowie den beiden Aspiranten D. und E. einerseits und der Befragung des Rekurrenten andererseits getätigt. Gerade in einem Polizeikorps, wo eine enge Zusammenarbeit unter den Mitgliedern auch in schwierigen Situationen notwendig ist, durfte die Anstellungsbehörde diese Defizite und Probleme des Rekurrenten im Klassenverband stark für ihren Entscheid gewichten. Es kann dazu auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (E. 3.1 i.f.) verwiesen werden. Dabei erscheint irrelevant, ob die Gründe für die Unstimmigkeiten einzig durch den Rekurrenten gesetzt worden sind oder ob hierfür auch gewisse Mitschüler und Mitschülerinnen massgebend waren. Der Rekurrent legt im Übrigen das Bestehen einer eigentlichen Mobbing-Situation, der die Anstellungsbehörde in Verletzung ihrer Fürsorgepflicht nicht adäquat begegnet wäre, nicht substantiiert dar. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Kündigung wie bereits dargelegt kein Verschulden des Rekurrenten voraussetzt. Mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz (vorinstanzlicher Entscheid E. 5) setzt sich dieser jedoch in der Rekursbegründung überhaupt nicht auseinander.

**5.3.6** Aufgrund all dieser Umstände erseht es irrelevant, dass die rein schulischen Leistungen des Rekurrenten offenbar nie Anlass zu Beanstandungen gegeben haben, was im Übrigen bereits von der Vorinstanz so festgestellt worden ist und was der Rekurrent meint betonen zu müssen (ergänzende Rekursbegründung II 6, S. 11). Ebenso irrelevant ist, dass der Rekurrent zwischenzeitlich die Polizeischule in H. erfolgreich bestanden und eine Anstellung bei der Regionalpolizei S. gefunden hat, wobei die Probezeit nun abgelaufen ist (vgl. Eingabe vom 16. August 2011; zweitinstanzliches Protokoll S. 2). Für die Beurteilung der Kündigung ist allein die Situation massgebend, wie sie sich für die hiesige Anstellungsbehörde im damaligen Zeitpunkt präsentierte. Wenn der Rekurrent heute vom Psychologen O. zuhanden der Regionalpolizei S. aufgrund seiner Abklärung als „eher entspannt, gelassen, ruhig, ausgeglichen“ beurteilt wird, der „nichts so leicht übel“ nehme, „optimistisch, zuversichtlich, kontrolliert, selbstbewusst“ sei und „kühlen Kopf bewahre (Beurteilung vom 12. Juli 2011, act. 12), so widerlegt dies die eigenen Erfahrungen der Anstellungsbehörde aufgrund ihrer sehr viel längeren Auseinandersetzung mit der Persönlichkeit des Rekurrenten im damaligen Polizeialltag nicht.

**5.4** Gemäss den obigen Ausführungen hat die Vorinstanz zu Recht angenommen, dass die Kündigung im Rahmen des der Anstellungsbehörde zustehenden weiten Ermessens sachlich begründet und daher auch nicht missbräuchlich ist. Damit fehlt auch jede Grundlage für die geltend gemachte Entschädigung. Der Rekurs ist somit abzuweisen.

#### **IV. Urteil u. Rechtskraft**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 38 PG erfüllt sind. Der Rekurs von A. gegen die Kündigungsverfügung vom 11. Mai 2010 ist abzuweisen und der Entscheid der Personalrekurskommission ist zu bestätigen.

Das Urteil ist rechtskräftig.

#### **V. Schlussfolgerungen des ZPD**

- Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs ist, der von einer Verfügung betroffenen Person Gelegenheit einzuräumen zu den wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können, bevor der Entscheid gefällt wird.
- Die Behörde hat dabei nicht ihre gesamte Begründung der Betroffenen bzw. dem Betroffenen vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten; es genügt, dass sich die Parteien zu den wesentlichen Punkten des Entscheids vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können.
- Die Probezeit dient der Anstellungsbehörde dazu, die Fähigkeiten und die Eignung einer Mitarbeiterin bzw. eines Mitarbeiters zu prüfen.
- Eine Kündigung während der Probezeit hat sachlich begründet zu sein. Der sachliche Grund muss aus der in der Verfügung enthaltenen Begründung ersichtlich sein.
- Die Auflösung während der Probezeit muss von der Betroffenen bzw. vom Betroffenen nicht verschuldet sein und muss sich auch auf sachliche Gründe stützen.
- Eine Kündigung kann missbräuchlich sein, wenn aufgrund einer Mobbing-situation die Leistungen einer Mitarbeiterin bzw. eines Mitarbeiters nachlassen und ihr bzw. ihm deswegen gekündigt wird.
- Mobbing ist nach einer vom Bundesgericht verwendeten Definition ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll.

## **VI. Relevante Rechtsnormen**

§ 38 PG

Art. 336 OR