

2281

Öffentliches Personalrecht. Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer missbräuchlichen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während der Probezeit.

Sachverhalt:

Die vom Gemeinderat gewählte Gemeindeangestellte B. trat ihre Stelle am 16. Juni 2008 an. Mit Schreiben vom 24. Juli 2008 (unterzeichnet vom Gemeindeschreiber) wurde ihr unter Hinweis auf das gleichentags mit ihr geführte Probezeitgespräch per 8. August 2008 gekündigt mit der Begründung, dass die Zusammenarbeit im Team nicht zufriedenstellend funktioniert habe. Sie wurde ab 25. Juli 2008 freigestellt.

Aus den Erwägungen:

2. Für ihre Forderung aus missbräuchlicher Kündigung beruft sich Klägerin B. auf Art. 336 Abs. 1 lit. c OR. Weil in der Dienst- und Besoldungsordnung der Gemeinde A. (fortan DBO) das OR weder allgemein noch im Einzelfall als (subsidiär) anwendbares Recht erklärt wurde, geht die Beklagte zu Recht davon aus, dieses könne bestenfalls analog angewendet werden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes kann das OR lückenfüllend auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse angewandt werden, wenn die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren öffentlich-rechtlichen Bestimmungen in ihrer Gesamtheit den durch das OR für private Arbeitsverhältnisse gewährten Kündigungsschutz unterschreiten (vgl. AR GVP 13/2001, Nr. 2204 und 14/2002, Nr. 2219). In der DBO fehlen (mit Ausnahme der fristlosen Entlassung, vgl. Art. 6) für die ordentliche Kündigung Art. 336 OR nachgebildete, aber auch davon abweichende Bestimmungen zum Kündigungsschutz. In Art. 5 DBO sind lediglich die formellen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung geregelt und durch die Kann-Formulierung in Abs. 1 ist die Kündigung in das Ermessen der beklagten Gemeinde gestellt. Die materiellen Voraussetzungen einer ordentlichen Kündigung sind weder dort noch anderswo in der DBO näher bestimmt. Weil die ordentliche Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses in das pflichtgemässe Ermessen, aber aufgrund des Willkürverbots und der anderen Grundsätze des Verwaltungshandelns nicht in das Belieben des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers ge-

stellt sein kann, erweist sich die Kann-Bestimmung in Art. 5 Abs. 1 der kommunalen DBO als lückenhaft. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis – anders als beim privatrechtlichen – aus verfassungsrechtlichen Gründen keine unbeschränkte Kündigungsfreiheit. Eine ordentliche Kündigung durch einen staatlichen Arbeitgeber kann daher nur gestützt auf sachliche Gründe ausgesprochen werden. Bei der pflichtgemässen Ermessensausübung ist die beklagte Gemeinde gehalten, dem Willkürverbot, dem Rechtsgleichheitsgebot, dem Gebot der Verhältnismässigkeit sowie dem Gebot von Treu und Glauben Rechnung zu tragen. Die Tatsache, dass die kommunale DBO das Erfordernis des sachlichen Grundes nicht ausdrücklich voraussetzt, entbindet die für die ordentliche Kündigung zuständige Gemeindebehörde nicht davon, diese verfassungsrechtlichen Grundprinzipien einzuhalten (vgl. *Peter Hänni*, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. A., Zürich 2008, S. 549 ff; ferner Entscheid des Verwaltungsgerichtes OW vom 28.04.2000, Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden (OWVVG) XIV Nr. 35, E. 3.b, mit weiteren Hinweisen). Weil die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses einen Verwaltungsakt darstellt, ist dem Betroffenen auch vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren. Dass dies Art. 6 Abs. 3 DBO nur für die fristlose Kündigung ausdrücklich verlangt, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 2 BV nicht bedeuten, dass das Recht auf vorgängige Anhörung zur Sache bei der ordentlichen Kündigung nicht auch gegeben wäre (vgl. Urteil BGer 8C_158/2009, E. 5). Von einer vorgängigen Anhörung ist eine kommunale Wahlbehörde selbst dann nicht entbunden, wenn dadurch die Wahrung einer Kündigungsfrist in Frage steht (vgl. BGE 135 I 279). Ist eine Kollegialbehörde für Anstellung und Kündigung zuständig, kann das rechtliche Gehör verletzt sein, wenn Anhörung und Kündigung ohne hinreichende Rechtsgrundlage an ein einzelnes Mitglied delegiert wird. Dieser Mangel wiegt gegebenenfalls so schwer, dass eine Heilung durch die mit eingeschränkter Kognition erkennende Beschwerdeinstanz ausgeschlossen ist (vgl. *Hänni*, a.a.O., S. 562 mit Hinweis auf VGer BE, Bernische Verwaltungsrechtssprechung [BVR] 2006, 529). Hat eine Kollegialbehörde die Kündigung bereits beschlossen, aber noch nicht eröffnet, so bleibt das rechtliche Gehör verletzt, wenn der Arbeitnehmer danach einzig noch von der Präsidentin angehört wird, und die zuvor beschlossene Kündigung

danach unbesehen der Anhörung eröffnet wird. Denn die zuständige (Kollegial-)Behörde darf erst nach Kenntnisnahme der gesamten Sachlage und mithin nach Anhörung des Betroffenen zu einer Entscheidung gelangen (Urteil BGer 8C_158/2009, E. 6.5).

2.1 Diese Grundsätze für die Beendigung der Anstellung im festen Dienstverhältnis können auch bei der Beendigung des Probeverhältnisses herangezogen werden, sofern dafür keine spezielle Regelung vorgesehen ist (*Hänni*, a.a.O., S. 631 ff.). Die Kündigung während der Probezeit soll den Parteien indessen ermöglichen, aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse den Entscheid über eine langfristige Bindung noch in Frage zu stellen (vgl. BGE 134 III 108, E. 7.1.1), weshalb auch im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis an die Kündigungsgründe keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind (*Hänni*, a.a.O., S. 630 und dort zit. SOG 2003, 23). Andererseits gilt selbst nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung (BGE 134 III 108, E. 7.1) eine Kündigung während der Probezeit als missbräuchlich, wenn diese ausgesprochen wird, um Ansprüche des Arbeitnehmers zu vereiteln oder wenn sie als Reaktion auf in guten Treuen erhobene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis erfolgt, oder auch, wenn die Kündigung nicht auf Erkenntnissen gründet, die erst aufgrund der Arbeit während der Probezeit gewonnen wurden (a.a.O., E. 7.1.2). Ferner entbindet die Probezeit den für die Kündigung zuständigen öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber nicht davon, den Arbeitnehmer vorgängig zu den in dieser Zeit festgestellten Leistungs- oder Verhaltensmängeln anzuhören (vgl. *Hänni*, a.a.O., S. 634, und dort zit. *Entscheid aus Revue de droit Administratif et de droit Fiscal [RDAF] 2000, I 60*). Im öffentlich-rechtlichen Personalrecht ist deshalb das im Privatrecht tolerierte Nachschieben von Kündigungsgründen nahezu ausgeschlossen.

2.2 Den von der beklagten Gemeinde als vollständig anerkannten klägerischen Akten kann entnommen werden (act. 1: Kündigung aufgrund Probezeitgespräch, act. 2: Mail des Gemeindeschreibers an div. Gemeindemitarbeiter, an den Gemeindepräsidenten, an Gemeinderätin H. und an die Leiterin der sozialen Dienste), dass am Probezeitgespräch vom 24. Juli 2008 neben der Klägerin einzig der Gemeindeschreiber, Gemeinderätin H. und die Leiterin der Sozialen Dienste teilgenommen haben. Aus einem weiteren Mail ergibt sich sodann, dass der Gemeindeschreiber sich für zuständig hielt, der Klägerin

selbständig zu kündigen und tatsächlich war er es, der die Kündigung – nach Anhörung der Klägerin am 24. Juli 2008 – noch gleichentags der Klägerin eröffnet hat. Damit steht fest, dass der Gemeinderat von A. als Kollegialbehörde weder selber die Klägerin vorgängig angehört hat noch hat er selber über die am 24. Juli 2008 eröffnete Kündigung Beschluss gefasst. Da auch kein Protokoll des an diesem Tag im Beisein von Gemeinderätin H. durchgeführten Probezeitgesprächs aktenkundig ist und der Klägerin offenbar auch nie ein solches zur allfälligen Berichtigung vorgelegt wurde, steht fest, dass die erforderliche Anhörung durch den Gemeinderat als Kollegialbehörde auch nicht aufgrund eines ihm vorgelegten Gesprächsprotokolls erfolgt sein kann. Diese Vorgehensweise ist im Lichte der kommunalen DBO, der Gemeindeordnung und des verfassungsrechtlich gegebenen Gehörsanspruches wie folgt zu würdigen:

2.3 Nach Art. 19 Abs. 1 der vom Stimmbürger erlassenen Gemeindeordnung (nachfolgend GO) ist der Gemeinderat das leitende, planende und vollziehende Organ der Gemeinde, und übt alle Befugnisse aus, die nicht ausdrücklich den Stimmberechtigten vorbehalten oder einem anderen Organ übertragen sind (Kompetenzvermutung zugunsten des Gemeinderates). Nach Art. 19 Abs. 2 lit. e GO bestellt er insbesondere Einzelbeamtungen, und nach Art. 3 der gemeinderätlichen DBO werden die Arbeitnehmenden mit festem Anstellungsverhältnis mit zwei hier nicht interessierenden Ausnahmen entsprechend denn auch vom Gemeinderat gewählt. Nach Art. 24 GO nimmt der Gemeindeschreiber an den Gemeinderatssitzungen mit beratender Stimme teil und leitet die Gemeindekanzlei und die Gemeindeverwaltung nach Massgabe der Organisationsverordnung des Gemeinderates. Weil die Wahl der festen Angestellten dem Gemeinderat vorbehalten ist (Art. 19 Abs. 1 lit. e GO i.V.m. Art. 3 DBO), kann die dem Gemeindeschreiber vorbehaltene Leitung der Gemeindeverwaltung jedenfalls die Wahlkompetenz nicht mit umfassen. Auf Anfrage der Gerichtsleitung liess die Gemeinde A. ferner mitteilen, dass bis heute keine Organisationsverordnung erlassen worden sei. Das heisst, die Wahlkompetenz des Gemeinderates ist bislang nicht auf dem Verordnungsweg an den Gemeindeschreiber delegiert worden. Weil nach Art. 6 DBO der Gemeinderat auch die fristlose Entlassung der Arbeitnehmenden verfügt, kann in Verbindung mit der Kompetenzvermutung in Art. 19 Abs. 1 GO nicht zweifelhaft sein, dass – mangels einer Delegation auf dem Verordnungsweg – auch die ordentliche Kündi-

gung der Dienstverhältnisse nach wie vor in die Zuständigkeit des Gemeinderates als Kollegialbehörde fällt. Dass der Gemeinderat in Art. 5 Abs. 1 und 4 DBO (ordentliche Kündigung und Kündigung während der Probezeit) nicht ausdrücklich als dafür zuständiges Organ bezeichnet wurde, ändert nichts, denn diese Lücke wird durch die vom Stimmbürger erlassene Kompetenzvermutung in Art. 19 Abs. 1 GO allemal zugunsten des Gemeinderates geschlossen. Für eine einzelfallweise Zuweisung der Wahl- oder Kündigungskompetenz an den Gemeindeschreiber bleibt unter diesen Umständen kein Raum. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass im Anstellungsvertrag die Klägerin dem Gemeindeschreiber in administrativer Hinsicht unterstellt wurde. Die vom Gemeindeschreiber ausgesprochene Kündigung erging somit von einem unzuständigen Gemeindeorgan, und erweist sich schon deshalb als rechtswidrig. Weil die Klägerin auch einzig vom Gemeindeschreiber und einer Gemeinderätin angehört wurde, aber nie zuhänden des Gemeinderates als Kollegialbehörde zum Kündigungsgrund (mangelnde Teamfähigkeit) zu Protokoll oder direkt Stellung nehmen konnte, steht fest, dass auch ihr Gehörsanspruch verletzt wurde. Diese beiden Verfahrensmängel wiegen schwer. Da diese einen Bereich pflichtgemässen Ermessens des Gemeinderates betreffen, wären diese Mängel vor dem mit eingeschränkter Kognition erkennenden Verwaltungsgericht auch nachträglich nicht heilbar. Zum gleichen Ergebnis führt die materielle Überlegung, dass nach den Akten durchaus offen ist, ob der Gemeinderat in Kenntnis der klägerischen Gegenargumente die vom Gemeindeschreiber als Beteiligter behauptete mangelhafte Teamfähigkeit als gegeben erachtet oder gegebenenfalls gleich gewichtet hätte; aus den Akten ist ersichtlich, dass jedenfalls für die Leiterin der Sozialen Dienste, der die Klägerin fachlich unterstellt war, eine Verlängerung der Probezeit in Frage gekommen wäre. Durch die Verletzung des Gehörsanspruches der Klägerin und die fehlende Zuständigkeit des Gemeindeschreibers erweist sich die kurz vor Ablauf der Probezeit erfolgte Kündigung öffentlich-rechtlich als rechtswidrig; das heisst, die Missbräuchlichkeit der Kündigung steht auch ohne Rückgriff auf die Bestimmungen im OR fest. Dazu kommt, dass die zweimonatige Probezeit spätestens am 16. August 2008 geendet hat. Die beklagte Gemeinde bzw. ihr Gemeindeschreiber hat es offenkundig nur dank der Missachtung der Verfahrensrechte der Klägerin geschafft, noch vor Ablauf dieser Probezeit zu kündigen. Denn die korrekte Gewährung des rechtlichen

Gehörs und die Beschlussfassung durch den Gemeinderat hätte die Kündigung während den Sommerferien noch um einige Zeit verzögert. Daraus erhellt, dass die Gemeinde die Kündigung bei einem korrekten Vorgehen erst nach Ablauf der Probezeit hätte eröffnen können, mit der Folge, dass die Kündigung korrekt nur unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten hätte erfolgen können. Dadurch hätte die Klägerin zusätzlich einen Anspruch auf drei Monatslöhne erworben. Durch diese Umstände ist erstellt, dass mit der Kündigung durch den Gemeindeschreiber auch weitergehende Lohnansprüche der Klägerin vereitelt wurden. Deshalb ist der Missbrauchstatbestand nach Art. 336 Abs. 1 lit. c OR vorliegend ebenfalls erfüllt ist. Da sich die Kündigung somit als rechtswidrig und missbräuchlich erweist, bleibt zu prüfen, welche Rechtsfolge dies öffentlich-rechtlich noch haben kann.

3. Da die Klagebegehren alle auf einen Ausgleich der durch die missbräuchliche Kündigung erlittenen finanziellen Nachteile abzielen, und das Gericht an diese Anträge gebunden ist (Art. 58 Abs. 2 VRPG), steht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses als solche und die Weiterbeschäftigung der Klägerin nicht mehr in Frage.

3.1 Die vermögensrechtlichen Folgen einer rechtswidrig und missbräuchlich erfolgten Kündigung sind in der DBO nicht geregelt. Dass die Gemeinde A. ihre Angestellten in diesem Bereich generell schlechter stellen wollte oder will, als die Angestellten in der Privatwirtschaft oder die Angestellten der anderen Gemeinden im Kanton, welche in ihren Dienst- und Besoldungsordnungen dafür auf die Bestimmungen in Art. 336 und 336a OR verweisen, ist nicht anzunehmen. Der Gemeinderat A. hat in seiner Klageantwort nämlich einer analogen Anwendung von Art. 336 und 336a OR grundsätzlich nicht opponiert, sondern lediglich und nach dem Gesagten zu Unrecht bestreiten lassen, dass ein Missbrauchstatbestand gegeben sei. Dazu kommt, dass durch das neue kantonale Personalgesetz (PG; bGS 142.21), welches am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, die zivilrechtlichen Missbrauchstatbestände und die dafür in Art. 336a OR vorgesehene Entschädigung im Umfang von höchstens sechs Monatslöhnen ohne Abstriche als Art. 28 und Art. 30 Abs. 4 ins kantonale Personalrecht übernommen worden sind, so dass dieser privatrechtliche Minimalstandard nun auch auf kantonaler Ebene durchwegs gilt. Nach Art. 30 Abs. 4 PG haben nun alle Kantonsangestellten wie folgt Anspruch auf eine Entschädigung: Erweist sich eine Kündigung nach-

träglich als rechtswidrig, oder wurde ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz grob verletzt, so hat die oder der Angestellte Anspruch auf Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen, sofern keine Weiter- oder Wiederbeschäftigung erfolgte. Ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der Gemeinderat A. in der DBO ohne Schlechterstellungsabsicht und damit eigentlich planwidrig nichts zu den Folgen einer missbräuchlich oder rechtswidrig ausgesprochenen Kündigung bestimmt hat, so ist diese echte Lücke im kommunalen Personalrecht nach Lehre und Rechtsprechung primär durch die analoge Anwendung von Bestimmungen zu füllen, die das öffentliche Recht und subsidiär das Privatrecht für verwandte Fälle aufgestellt haben (vgl. AR GVP 13/2001, Nr. 2204, E. c). Da mit Art. 30 Abs. 4 PG nun eine öffentlich-rechtliche Bestimmung im Personalrecht des Kantons besteht, welche diesen Sachverhalt regelt, ist diese Bestimmung lückenfüllend auf das kommunale Arbeitsverhältnis und das aus missbräuchlicher Kündigung abgeleitete Begehren der Klägerin anzuwenden.

3.2 Die Klägerin beantragt in Ziff. 4, es sei ihr für die missbräuchliche und nach dem Gesagten unter grober Verletzung öffentlich-rechtlicher Verfahrensgrundsätze ergangenen Kündigung eine Entschädigung in der Höhe eines Monatsgehaltes zuzusprechen. Mit diesem Begehren bewegt sich die Klägerin am unteren Rand des in Art. 50 Abs. 4 PG vorgesehenen Entschädigungsrahmens von bis zu sechs Monatslöhnen. Angesichts der Schwere der von der Gemeinde während der Probezeit begangenen Verfahrensfehler und Gehörsverletzung und der Nachteile, welche der Klägerin durch die im Ergebnis zu Unrecht noch während der Probezeit eröffnete Kündigung erwachsen sind, erscheint dem Gericht eine Entschädigung mindestens in der beantragten Höhe eines Monatslohnes als angemessen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Monatslohn zu bezahlen. Weil das Gericht im Klageverfahren an die Anträge der Parteien gebunden ist (Art. 58 Abs. 2 VRPG), verbietet sich die Zusprache einer Entschädigung höher als beantragt.

VGer, 26.08.2009