

3569

Öffentliches Personalrecht. Wird dem von einer Gemeinde angestellten Lehrer im Vorfeld der Kündigung das rechtliche Gehör verweigert, ist eine Heilung dieses Gehörmangels im Rekursverfahren vor dem Regierungsrat nur ausnahmsweise möglich.

Aus den Erwägungen:

4. Nach Art. 6 Abs. 3 der Verordnung über die Anstellung der Lehrenden an den Volksschulen (bGS 412.21; nachfolgend AVO-V) ist dem Lehrenden bei der Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren. Ist ein sofortiger Entscheid im öffentlichen Interesse notwendig, muss die Anhörung sobald als möglich nachgeholt werden.

4.1 *[Es wird festgestellt, dass nicht nur eine vorgängige, sondern auch eine nachträgliche Anhörung des Beschwerdeführers durch das Büro oder den Gemeinderat unterblieben ist. Die Anhörung durch den Schulleiter konnte diesen Mangel nicht beheben, weil dessen Gesprächsnotizen zwar dem Büro als Entscheidungsgrundlage vorlagen, aber darin kommt einzig der Arbeitgeberstandpunkt zum Ausdruck, wogegen allfällige Gegenbemerkungen des Beschwerdeführers nicht protokolliert sind; zur Anhörung durch eine Kollegialbehörde wird auf AR GVP 21/2009, Nr. 2281, E. 2 verwiesen.]* Damit steht entgegen den Feststellungen der Vorinstanz fest, dass das Kündigungsschreiben am 28. April 2010 unter Verletzung der Gehörsansprüche des Z. eröffnet wurde. Die Vorinstanz stellt sich – allerdings unter Verweis auf nicht personalrechtliche Rechtsprechung – auf den Standpunkt, dass allfällige Gehörsverletzungen durch das Rekursverfahren geheilt worden seien, zumal dem Regierungsrat volle Kognition zustehe und er in Kenntnis der im Rekursverfahren noch eingeholten Stellungnahmen des Beschwerdeführers entschieden habe.

4.2 Diesem Standpunkt kann nicht gefolgt werden. Nach der zu vergleichbaren personalrechtlichen Streitigkeiten ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der von einer Nichtwiederwahl (oder Kündigung) Betroffene aus Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch darauf, vor dem Erlass eines für ihn ungünstigen Entscheides angehört zu werden, und in Bezug auf Tatsachen, die geeignet sind, sich auf die in Aussicht stehende Massnahme auszuwirken, auch Beweise beizubringen, sowie an der Beweisabnahme teilzunehmen, davon Kenntnis zu erhalten und sich diesbezüglich zu äussern (BGE 135 I 279 E. 2.3 in: Pra 2010 Nr. 46, auch zum Folgenden). Je stärker der zu fällende Entscheid die Stellung des Betroffenen zu beeinträchtigen droht, desto eher muss im Allgemeinen der Anspruch auf rechtliches Gehör in weitem Ausmass gewährt und anerkannt werden. Darüber hinaus müssen gleichermassen die Garantien berücksichtigt werden, die das Verfahren dem Betroffenen zu seiner Verteidigung bietet; zwar sind an die strikte Beachtung des rechtlichen Gehörs weniger hohe Anforderungen zu stellen, wenn die Möglichkeit gegeben

ist, die Bestreitung einer Beschwerdeinstanz mit voller Kognition vorzutragen. Dies aber unter der Bedingung, dass die Verletzung nicht besonders schwer ist (BGE 135 I 279 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 126 I 68 E. 2). Das Bundesgericht hat auch präzisiert, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör ausschliesslich dann dem ihm eigenen Zweck korrekt erfüllen kann, wenn die betroffene Person klar weiss (oder wissen muss), dass ein Entscheid bestimmter Natur, der ihn betrifft, gefällt werden soll (BGE 135 I 279 E. 2.4). Eine Gehörsverletzung wird jedenfalls dann bejaht, wenn der betroffene Arbeitnehmer nicht im eigentlichen Sinne eingeladen worden ist, sich zur in Aussicht stehenden Massnahme zu äussern (E. 2.5.1). Dabei ist es Sache der für die Massnahme (Nichtwiederwahl, Kündigung) zuständigen Behörde (im Allgemeinen der Wahlbehörde), den Betroffenen – allenfalls auf relativ informelle Art – anzuhören. Fehlt es an einer notwendigen Kompetenzdelegation ist die zuständige Gemeindebehörde durch Gespräche eines Dritten mit dem Arbeitnehmer nicht von ihrer Pflicht entbunden, den Betroffenen vorweg noch selber anzuhören (BGE 135 I 279 E. 2.5.2). Hat eine Gemeinde unter solchen Umständen eine Gehörsverletzung begangen, ist eine Heilung bei der Rechtsmittelinstanz möglich, wenn diese über die gleiche Kognition verfügt, wie die zuständige Gemeindebehörde. Die Heilung des Mangels muss indessen und namentlich bei schweren Verletzungen, die Ausnahme bleiben, da die nachträgliche Einräumung des Anspruches auf rechtliches Gehör oft lediglich ein ungenügendes Surrogat der unterlassenen vorgängigen Anhörung darstellt. Eine Heilung kommt darüber hinaus nur in Betracht, wenn die betroffene Person durch die nachträgliche Gehörsgewährung und Heilung keinen Nachteil erleidet. Das Bundesgericht schliesst eine Heilung jedenfalls dann aus, wenn die Behörde durch eine Gehörsverletzung zu einem Ergebnis gelangt, das sie bei korrektem Vorgehen nie erhalten hätte (BGE 135 I 279 E. 2.6.1).

4.3 Dass die Vorinstanz über volle Kognition verfügt, ist unbestritten, aber bei einem Rekursentscheid über die Kündigung eines von einer Gemeinde angestellten Volksschullehrers ist die nachträgliche Anhörung durch den Regierungsrat ein bloss ungenügendes Surrogat für die sowohl vom Büro als auch vom eigentlich zuständigen Gemeinderat als Kollegialbehörde unterlassenen Anhörung ihres Angestellten. Denn der Regierungsrat ist mit den an das Personal der Gemeinde konkret gestellten Anforderungen und auch deren Personalführung naturgemäss wenig vertraut. Umso mehr wäre er auf vollständige Vorakten und die Wiedergabe auch mündlicher Stellungnahmen zu Protokoll angewiesen. Daran fehlt es vorliegend durchwegs, hat doch selbst der die Kündigung am 20. April 2010 erstmals in Aussicht stellende Schulleiter es unterlassen, in seinen Gesprächsnotizen die Stellungnahmen des Beschwerdeführers festzuhalten. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist auf Gemeindeebene somit vollständig unterblieben, und dies wiegt schwer. [...] Entscheidend kommt hinzu, dass der Beschwerdeführer durch die Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor dem zuständigen Gemeinderat auch

durchaus einen Nachteil erleidet. Denn bei korrekter Fristansetzung für die erforderliche Anhörung oder alternativ für eine schriftliche Stellungnahme, welche der Gemeinderat hätte veranlassen müssen, hätte die Zeit nicht mehr ausgereicht, um die Kündigung per Ende Juli 2010 bzw. per Semesterende auszusprechen, zumal der Gemeinderat erstmals am 29. April 2010 in dieser Sache tagte und er dem Beschwerdeführer die Kündigung spätestens am 30. April 2010 hätte eröffnen müssen. Der Gemeinderat (bzw. sein Büro) hat diesen Kündigungstermin somit nur unter Verletzung der Gehörsansprüche des Beschwerdeführers wahren können. Dies hat vorliegend einzig die Gemeinde und nicht der Beschwerdeführer zu vertreten, denn seinerseits sind keinerlei Indizien aktenkundig, die auf eine Verzögerung hindeuten. Nebst der an sich schon schweren Gehörsverletzung steht einer Heilung somit auch dieses einseitig unkorrekt erwirkte Ergebnis entgegen. Unter diesen Umständen ist eine Heilung der schwer wiegenden Gehörsverletzungen bei der Vorinstanz ausgeschlossen. [...]

4.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör, ist formeller Natur. Das bedeutet, dass die Rechtsmittelinstanz, die eine Verletzung dieses Anspruches feststellt, den angefochtenen Hoheitsakt aufheben muss, und zwar unbeschten davon, ob dies die Behörde zu einer Änderung des Entscheides veranlassen wird oder nicht (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St.Gallen 2010, N 1709). Da die strittige Kündigung indessen trotz der festgestellten Verfahrensmängel nicht als nichtig bzw. unwirksam bezeichnet werden konnte, wurde diese mit ihrer Eröffnung am 28. April 2010 nach Art. 9 Abs. 2 AVO-V verbindlich und das Arbeitsverhältnis gilt per Ende Juli 2010 als aufgelöst (zu einer ähnlichen Regelung vgl. VGer ZH, in: ZBl 11/2001, S. 581 ff., E. 9). Ein Anspruch auf Fortführung des bisherigen oder Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses besteht demnach nicht.

4.5 Wird eine gültig eröffnete Kündigung angefochten, so kann der Arbeitgeber nach Art. 9 Abs. 3 AVO-V dem Gekündigten die Weiterbeschäftigung oder eine andere zumutbare Arbeit anbieten. Erweist sich eine angefochtene Kündigung nachträglich als rechtswidrig oder wurde damit ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz grob verletzt, so hat die oder der Lehrende Anspruch auf Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen, sofern keine Weiter- oder Wiederbeschäftigung erfolgte (Art. 9 Abs. 4 AVO-V). Die Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheides infolge nicht heilbarer Gehörsverletzungen hat nach diesen kantonalen Bestimmungen somit nicht die Aufhebung der als formell gültig bzw. rechtswirksam erkannten Kündigung zur Folge, sondern einzig, dass die Sache an den zur Kündigung zuständigen Gemeinderat zurückzuweisen ist. Dieser ist gehalten, in Würdigung der gesamten, überwiegend erst im Rekursverfahren korrekt eingeholten Stellungnahmen des Beschwerdeführers darüber zu befinden, ob er dem Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 9 Abs. 4 AVO-V vorab eine Weiterbeschäftigung anbieten will. Falls keine Weiterbeschäftigung erfolgt, hat der Gemeinderat sodann

über die geltend gemachte Entschädigung mit bis zu sechs Monatslöhnen eine Verfügung zu erlassen, die der Beschwerdeführer aus den oben festgestellten Verletzungen diverser Verfahrensvorschriften ableitet (Gehörsverletzung, Form-, Begründungs- und Eröffnungsmängel bei der Beschlussfassung, sowie Beschlussfassung durch das als unzuständig erkannte Büro des Gemeinderates).

4.6 Da die Sache aus formellen Gründen zu neuem Entscheid an den Gemeinderat zurückzuweisen ist, kann und muss vorderhand offen bleiben, ob die Kündigung durch sachliche Gründe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 ff. und Art. 43 AVO-V gerechtfertigt erscheint. Dies wird der Gemeinderat in Würdigung der korrekt erst im Rekursverfahren beim Beschwerdeführer eingeholten Stellungnahmen zu prüfen und zu begründen haben. Allfällige Begründungsmängel können die formell als gültig erkannte Kündigung auch als rechtswidrig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 AVO-V erscheinen lassen. Soweit sich auch daraus ein Entschädigungsanspruch ergeben sollte, wäre dieser in die Entschädigungsbemessung für die einleitend festgestellten Verfahrensmängel einzubeziehen. Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über eine Entschädigung nicht einigen, so hat der Gemeinderat nach Art. 44 Abs. 1 AVO-V darüber in einer anfechtbaren Verfügung zu befinden.

5. Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerde im Sinne dieser Erwägungen gutzuheissen ist. Der angefochtenen Rekursentscheid ist aufzuheben und die Sache an den Gemeinderat A. zurückzuweisen, damit dieser über eine allfällige Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers befindet und widrigenfalls über dessen Anspruch auf Entschädigung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 und Art. 44 Abs. 1 AVO-V eine Verfügung erlasse.

OGer, 30.11.2011