

21.008 Einsprache gegen Kündigung und Freistellung

Entscheid der Beschwerdekommision vom 23. Mai 2022

- Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. (E. 3.1)
- Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten bekannt gegeben werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt werden soll. Denn es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. (E. 3.2)
- Gemäss Ziff. 1.3 GAV FHNW gelten im Falle, dass im konkreten Anwendungsfall weder dem Staatsvertrag noch dem GAV FHNW eine Vorschrift entnommen werden kann, sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und des Mitwirkungsgesetzes, weshalb für die Frage nach den Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung, wozu sich Ziff. 3.10 GAV FHNW nicht äussert, einzig die Bestimmungen des Obligationenrechts massgebend sind. (E. 4)

II. Erwägungen

Materielles

...

3.

3.1

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch ist formeller Natur. Stellt eine Rechtsmittelinstanz eine Verletzung fest, ist der angefochtene Hoheitsakt aufzuheben, ohne Rücksicht darauf, ob die Gehörsverletzung für den Ausgang des Verfahrens relevant ist (BGE 135 I 187 E. 2.2). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser

Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4). Folglich ist vorliegend vorab zu prüfen, ob der Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt wurde und ob dieser gegebenenfalls im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann.

3.2

Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisansprüchen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Ziff. 3.1 Abs. 1 des Gesamtarbeitsvertrages [GAV] FHNW zur öffentlich-rechtlichen Natur der Arbeitsverhältnisse zwischen den Mitarbeitenden und der FHNW). Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidungsrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer Entscheidung gelangen. Der Anspruch ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (BGer 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2 mit Hinweisen). Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten bekannt gegeben werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt werden soll. Denn es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Das Akteneinsichtsrecht ist somit eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, gleichsam dessen Vorbedingung. Der Betroffene kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich somit auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (BGer 8C_199/2010 vom 23. März 2011 E. 5.2). Wenn die Einsichtnahme in ein Aktenstück zur Wahrung schutzwürdiger privater Interessen verweigert und zum Nachteil einer Partei darauf

abgestellt wird, ist ihr der belastende Inhalt derselben mitzuteilen und Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern (§ 22 Abs. 2 und 3 VRPG AG).

3.3

...

3.4

Vorliegend ist nicht erwiesen, welche Sachverhaltsdarstellung zutrifft. Im Ergebnis kann aber offenbleiben, welche Schilderung des Sachverhalts zutrifft, ebenso die Frage, ob eine allfällige diesbezügliche Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren geheilt wurde bzw. hätte geheilt werden können, da der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör auf andere Weise verletzt wurde, welche sich im Verfahren vor der BK FHNW auch nicht heilen lässt. So moniert der Beschwerdeführer zu Recht, dass die FHNW sich im angefochtenen Entscheid (S. 2) sowie auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren (Stellungnahme der FHNW S. 3) auf den Standpunkt stellt, die Schilderung der Studentin sei „insbesondere“ deshalb glaubwürdig, weil gemäss der Vertrauensperson bereits Ende April 2021 weitere Beobachtungen und Hinweise von anderen Studentinnen der Hochschule X. FHNW zu grenzüberschreitendem Verhalten des Beschwerdeführers gemeldet worden seien. In ihrer Stellungnahme verweist die FHNW zudem auf eine Aktennotiz von Frau A. vom 24. Juni 2021, welche das Gespräch zwischen ihr und den Betroffenen festhalten würde. Allerdings versäumt es die FHNW, die Behauptung betreffend die Vertrauensperson oder die von ihr als Beweismittel aufgeführte Aktennotiz von Frau A. in das Verfahren einzubringen. Beilage 9 der Stellungnahme der FHNW stellt keine Aktennotiz von Frau A. dar und datiert auch nicht wie angegeben vom 24. Juni 2021, sondern vom 6. Mai 2021. In der eingereichten Aktennotiz geht es wiederum um den möglichen Vorfall vom 6. Mai 2021 und nicht um die behaupteten weiteren früheren Vorfälle. Folglich stützt sich die FHNW in ihrem Entscheid wesentlich auf Unterlagen ab, welche sie weder dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gab, noch in das vorliegende Beschwerdeverfahren einbrachte. Dies stellt eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, welche nicht geheilt werden kann, da die FHNW die entsprechende Aktennotiz nicht eingereicht hat, obschon dies vom Beschwerdeführer moniert wurde. Unter diesen Umständen ist der Entscheid der Vorinstanz aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

4.

Selbst wenn keine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen würde, wäre im Ergebnis nicht anders zu entscheiden.

4.1

Wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt, hat im Zeitpunkt der Kündigung eine Sperrfrist bestanden. Der GAV FHNW enthält zwar keine entsprechende Regelung. Allerdings hat die BK FHNW insbesondere bereits in ihrem Entscheid BK 13.016 vom 20. August 2014

festgehalten, dass gemäss Ziff. 1.3 GAV FHNW im Falle, dass im konkreten Anwendungsfall weder dem Staatsvertrag noch dem GAV FHNW eine Vorschrift entnommen werden kann, sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 319 ff. OR, SR 220), des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11) und des Mitwirkungsgesetzes (MitwG, SR 822.14) gelten, weshalb für die Frage nach den Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung, wozu sich Ziff. 3.10 GAV FHNW nicht äussert, einzig die Bestimmungen des Obligationenrechts massgebend sind. Gleiches gilt sinngemäss für eine ordentliche, in eine Sperrfrist fallende Kündigung. Da Ziff. 3.10 GAV FHNW sich auch nicht zu den Rechtsfolgen dieser Konstellation äussert, sind auch hier die Bestimmungen des Obligationenrechts, konkret Art. 336c OR, massgebend.

4.2

Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR).

Vorliegend wurde der Beschwerdeführer am 6. Mai 2021 rückwirkend ab dem 3. Mai 2021 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben (Beschwerdebeilage 5). Die am 7. Mai 2021 ausgesprochene Kündigung ist dem Beschwerdeführer somit während der Sperrfrist zugegangen, weshalb diese als nichtig zu qualifizieren ist. Die von der FHNW hiergegen erhobenen Einwände verfangen nicht. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer am 5. und 6. Mai 2021 noch regulär Unterricht in Basel erteilt und sich im Z-campus aufgehalten hat. Das für sich allein genommen vermag die geltend gemachte und attestierte Arbeitsunfähigkeit jedoch nicht in Zweifel zu ziehen, zumal rechtsprechungsgemäss auch derjenige durch die Sperrfrist vor einer Kündigung geschützt ist, der krankgeschrieben ist und dennoch arbeiten geht, denn der gesetzliche Schutz setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer um seine Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist (BGer 1C_296/2008 und 1C_310/2008 vom 5. März 2009 E. 2.1). Vorliegend ist den Akten zu entnehmen, dass die FHNW selbst davon ausging, dass der Beschwerdeführer an einer Krankheit bzw. unter gesundheitlichen Problemen leidet bzw. litt. ...

Diesbezüglich ist zudem (auch für die Zukunft) Ziff. 8.5 GAV FHNW zu beachten. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ist die FHNW berechtigt, erkrankte oder verunfallte Angestellte durch einen Vertrauensarzt oder eine Vertrauensärztin der FHNW untersuchen zu lassen. Dies hätte die Hochschule X. FHNW, die offenbar seit einiger Zeit Zweifel am Gesundheitszustand des Beschwerdeführers hegte, veranlassen können, allenfalls sogar müssen, wenn sie wie vorliegend keine fristlose Kündigung ausspricht, zumal die gegenüber dem Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe zu gravierenden Fragen Anlass geben. Diese

unter Wahrung der Verfahrensgarantien und unter Einsatz der im GAV FHNW verankerten Instrumente zu untersuchen gehört nach wie vor zur Aufgabe der FHNW.

5.

Bei dieser Ausgangslage wird das Eventualbegehren 3 betreffend Entschädigung wegen nicht gerechtfertigter ordentlicher Kündigung hinfällig. Zu prüfen bleibt allerdings die mit Rechtsbegehren 2 geltend gemachte Genugtuung in Höhe von CHF XY.–.

5.1

Der Beschwerdeführer begehrt eine Genugtuung von CHF XY.–. Es stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer überhaupt berechtigt ist, im Beschwerdeverfahren eine Genugtuung geltend zu machen, zumal eine solche in der Einsprache nicht beantragt wurde. Das anwendbare VRPG AG regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Es bestimmt lediglich Folgendes: Die Verwaltungsbehörden sind an die Beschwerdebegehren nicht gebunden. Zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei können sie aber den angefochtenen Entscheid nur ändern, wenn dies in den Beschwerdebegehren verlangt wird, die Voraussetzungen des Widerrufs gegeben sind oder andere Vorschriften dies vorsehen. Die Betroffenen sind vorher anzuhören (§ 48 Abs. 1 VRPG AG). Demgegenüber dürfen die Verwaltungsjustizbehörden über die Beschwerdebegehren nicht hinausgehen (Abs. 2). Zudem bestimmt § 17 Abs. 1 VRPG AG, dass die Behörden den Sachverhalt, unter Beachtung der Vorbringen der Parteien, von Amtes wegen ermitteln.

In der Bundesrechtspflege hat das Bundesverwaltungsgericht Folgendes entschieden: Das Anfechtungsobjekt, das heisst die Verfügung beziehungsweise der Entscheid der unteren Instanz, bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die obere Instanz nicht beurteilen, da sie sonst in die funktionelle Zuständigkeit der Vorinstanz eingreifen würde. Ein Antrag, der über das hinausgeht, was von der Vorinstanz entschieden wurde, oder der mit dem Gegenstand der angefochtenen Verfügung nichts zu tun hat, ist ungültig. Ausnahmsweise werden Antragsänderungen und -erweiterungen, die im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen, aus prozessökonomischen Gründen jedoch zugelassen. Voraussetzung dafür ist, dass einerseits ein sehr enger Bezug zum bisherigen Streitgegenstand besteht und andererseits die Verwaltung im Laufe des Verfahrens Gelegenheit hatte, sich zu dieser neuen Streitfrage zu äussern (BVGE 2009/37 E. 1.3.1). Dies entspricht im Wesentlichen auch der Lehre zum ehemaligen aargauischen VRPG vom 9. Juli 1968, welche auch unter der Geltung des aktuell anwendbaren VRPG AG zu berücksichtigen ist, da sich der vorliegend interessierende § 48 Abs. 1 des aktuellen VRPG AG mit dem § 43 Abs. 1 des ehemaligen VRPG AG im Wesentlichen deckt. So führt MICHAEL MERKER aus, dass

Beschwerdeänderungen, d.h. Veränderungen des Streitgegenstands, im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren grundsätzlich unzulässig seien, während Erweiterungen der Beschwerdebegehren, soweit sie sich an den durch den Streitgegenstand abgesteckten Rahmen halten, hingegen zulässig seien. Dies sei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anders, Beschwerdeerweiterungen seien dort unzulässig. Der Unterschied rechtfertige sich einerseits dadurch, dass die Verwaltungsbehörden gemäss § 43 Abs. 1 [des ehemaligen] VRPG AG an die Beschwerdeanträge der Parteien nicht gebunden seien und gleiches Recht für beide Parteien gelten müsse. Zum anderen verbieten prozessökonomische Gründe eine übertriebene Formalisierung des Beschwerdeverfahrens; der Verwaltungsprozess diene mehr noch als das Verfahren vor Verwaltungsgericht der materiellen Wahrheitsfindung und möglichst umfassenden Streitbeilegung, weshalb den verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen eine gewisse Freiheit bei der Bestimmung des Prozessthemas zugestanden werden könne. Der Schutz Dritter, die Rechtssicherheit und wiederum verfahrensökonomische Gründe stünden der freizügigen Zulassung neuer Begehren entgegen; der Beschwerdeführer solle möglichst früh darlegen, was er gestützt auf welchen Sachverhalt beantragt (MICHAEL MERKER, Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 9. Juli 1968, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, S. 142 Rz. 22 f.). Es ist folglich festzuhalten, dass im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren, in dem sich der Beschwerdeführer aktuell befindet, neue Rechtsbegehren als zulässig zu betrachten sind, sofern sie sich an den durch den Streitgegenstand abgesteckten Rahmen halten und die FHNW im Laufe des Verfahrens Gelegenheit hatte, sich zu der neuen Streitfrage zu äussern.

5.2

Der Beschwerdeführer begründet die Genugtuung mit einer Persönlichkeitsverletzung. In der Begründung der Einsprache wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer fühle sich persönlich verletzt und gemobbt. Damit fusst das neue Rechtsbegehren 2 auf dem bereits in der Einsprache geschilderten Lebensvorgang. Die im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Genugtuung hält sich somit an den durch den Streitgegenstand abgesteckten Rahmen. Da sich die FHNW im Beschwerdeverfahren zur geltend gemachten Genugtuung äussern konnte und auch geäussert hat, ist das neue Rechtsbegehren 2 zuzulassen.

5.3

Es ist jedoch fraglich, ob die BK FHNW überhaupt zur Beurteilung der geltend gemachten Genugtuung zuständig ist (vgl. den Entscheid der BK 20.003 vom 9. Juli 2021 E. 2.2.4 oder den Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) Basel-Stadt vom 15. März 2004, PRK Fall Nr. 37, Ziffer 4). Im Ergebnis kann dies aber offenbleiben, da der Antrag des Beschwerdeführers auf Zusprechung einer Genugtuung ohnehin abzuweisen wäre.

Die Zusprechung einer Genugtuung setzt nach der Rechtsprechung insbesondere voraus, dass eine Persönlichkeitsverletzung nicht nur als objektiv schwer zu gewichten ist, sondern

vom Verletzten auch subjektiv als seelischer Schmerz schwer empfunden wird. Ob eine Persönlichkeitsverletzung hinreichend schwer wiegt, um die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung zu rechtfertigen, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab. Damit die Schwere der Verletzung bejaht werden kann, bedarf es in objektiver Hinsicht einer aussergewöhnlichen Kränkung. Es genügt dafür z.B. nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (BGer 8C_539/2015 vom 13. November 2015 E. 2.2). Damit sich das Gericht überhaupt ein Bild von der Entstehung und Wirkung einer allfälligen Verletzung machen kann, hat der Gesuchsteller die Umstände darzutun, die auf sein subjektiv schweres Empfinden schliessen lassen (z.B. BGE 120 II 97, 99). Der Gesuchsteller hat unter anderem zu beweisen und die Umstände nachzuweisen, die auf eine objektiv schwere und subjektiv als seelischer Schmerz empfundene Verletzung schliessen lassen (BGer 8C_539/2015 vom 13.11.2015 E. 4.2).

5.4

Der Beschwerdeführer begründet die geltend gemachte Genugtuung mit den gesamten Umständen des Falles, dem Umgang mit dem Beschwerdeführer und [...]. Basierend auf den Aussagen der Schulleitung sei der Beschwerdeführer schwer in seiner Persönlichkeit verletzt worden. Er werde nur noch erschwert eine neue Stelle finden können und auch betreffend weiterer Engagements als W. eingeschränkt sein (Beschwerde Rz. 38).

[...]

5.5

Wie zuvor dargelegt, hätte der Beschwerdeführer zu beweisen und die Umstände nachzuweisen, die auf eine objektiv schwere und subjektiv als seelischer Schmerz empfundene Verletzung schliessen lassen. Es reicht nicht, lediglich zu behaupten, man sei in seiner Persönlichkeit schwer verletzt worden, sondern es ist konkret darzulegen, worin diese Verletzung besteht. Diesen Substantiierungsanforderungen ist der Beschwerdeführer nicht nachgekommen; es genügt nicht, pauschal auf die „gesamten Umstände des Falls“ sowie auf [...] zu verweisen. Der Beschwerdeführer hätte insbesondere darzulegen und zu beweisen gehabt, wie die FHNW ihn in seiner Persönlichkeit objektiv schwer verletzt hat und dass er diese Verletzung auch subjektiv als seelischen Schmerz empfunden hat, abgesehen von den weiteren Genugtuungsvoraussetzungen. Letzteres wird vom Beschwerdeführer soweit ersichtlich nicht einmal behauptet. Es ist folglich festzuhalten, dass der Antrag des Beschwerdeführers auf Zusprechung einer Genugtuung abzuweisen wäre, soweit darauf einzutreten ist.