

Muss bei der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertragsverhältnisses das rechtliche Gehör gewährt werden?

Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht von Bund und Kantonen /
Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 2005 / 2P.104/2004

Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse können durch Wahl auf Amtsdauer (heute selten), durch (mitwirkungsbedürftige) Anstellungsverfügung oder durch (verwaltungsrechtlichen) Vertrag zustande kommen. Werden öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse verfügt, sind sie auch durch Verfügung wieder aufzulösen – und wer zum Nachteil eines Adressaten verfügt, hat diesen vorher anzuhören.

Gilt die Pflicht, einen öffentlich-rechtlich verpflichteten Arbeitnehmer anzuhören, auch

dann, wenn ein Vertragsverhältnis durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers (und damit nicht explizit durch eine Verfügung) aufgelöst wird?

Die Frage gibt im dienstrechtlichen Alltag häufig zur Diskussion Anlass und ist für die Arbeitnehmenden der öffentlichen Hand von einiger Bedeutung. Sie wurde durch das Bundesgericht bereits im Jahr 2004 entschieden; der höchstgerichtliche Entscheid ist aber vergleichsweise unbekannt geblieben.



RA Dr. Michael Merker
Lehrbeauftragter Uni St. Gallen

Sachverhalt

Arbeitnehmer X. stand seit 1972 im Dienst der Stadt Luzern. Seine ursprünglich als Beamtenverhältnis ausgestaltete Stellung wurde mit der Einführung des neuen Personalreglements der Stadt Luzern in ein durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründetes Dienstverhältnis umgewandelt.

Unter dem neuen Recht kündigte die Stadt Luzern dem X. und stellte ihn von seinen Dienstpflichten frei. Gegen die Kündigung erhob X. Klage beim Verwaltungsgericht des Kantons Luzern. Neben einer Entschädigung von rund Fr. 60 000 beantragte er, es sei die Nichtigkeit der Kündigung festzustellen, eventualiter verlangte er

eine Abgangsentschädigung von Fr. 1 229 000 sowie die Gewährung eines Kredits von Fr. 40 000 für eine Outplacement-Beratung und -Hilfe sowie eventuell eine Entschädigung von Fr. 66 000 wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hiess die Klage im Umfang von rund Fr. 36 000 gut, wies sie im Übrigen aber ab. Sowohl X. als auch die Stadt Luzern führten gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht. Die Stadt Luzern beantragt zur Hauptsache, das Urteil des Verwaltungsgerichts sei aufzuheben; sie rügt eine Verletzung ihrer Autonomie und macht geltend, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht angenommen, *die Stadt Luzern habe das rechtliche Gehör im Sinn von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung verletzt*. X. hingegen

ist der Auffassung, die Kündigung sei *nichtig, insbesondere wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil er vor der Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht angehört worden sei*.

Erwägungen des Bundesgerichts *Auffassung der Arbeitgeberin*

Das Bundesgericht erwog wie folgt: Die Stadt Luzern wirft dem Verwaltungsgericht vor, die Garantie des rechtlichen Gehörs zu Unrecht auf eine Vertragskündigung angewandt zu haben, da die Vertragskündigung keinen hoheitlichen Verwaltungsakt, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ohne Verfügungscharakter darstelle. Die erste hoheitliche Entscheidung treffe im Streitfall nicht die Verwaltung, sondern das Gericht. Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes



kämen hier nur in gewissen Punkten, nicht aber bezüglich des rechtlichen Gehörs zur Anwendung. Auch Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (Anspruch auf rechtliches Gehör) sei, was den Anspruch auf eine vorherige Äusserungsmöglichkeit anbelange, grundsätzlich nur in hoheitlichen Verwaltungs- und in Gerichtsverfahren anwendbar.

Die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichts, wonach die Verwaltung vor jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung, sei sie öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur, ein eigentliches formelles Verfahren (mit vorgängiger Orientierung und Stellungnahme sowie eventuellen weiteren Beweiserhebungen) durchzuführen hätte, wäre mit unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten verbunden. Die im Personalreglement gewählte Vertragskonstruktion beruhe auf der Gleichordnung von Staat und Privaten. Für eine «Sonderbehandlung des öffentlichen Personalrechts» bestehe kein Grund. Im Übrigen wäre die teilweise Gutheissung der Klage (Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR) selbst dann ungerechtfertigt, wenn die Stadt Luzern zur vorherigen Anhörung des Betroffenen verpflichtet gewesen wäre, denn die Verletzung des rechtlichen Gehörs sei im Verfahren vor Verwaltungsgericht, das über freie

Kognition verfügt habe, geheilt worden.

Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts

Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Dabei prüft das Bundesgericht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde die Anwendung kantonalen Gesetzesrechts nur auf Willkür hin. Unabhängig davon greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs. Ob diese missachtet worden sind, prüft das Bundesgericht frei.

Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 127 I 60 E. 5a S. 70).

Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist in der Regel auch bei Vertragsverhältnissen als Verfügung ausgestaltet

Das Verwaltungsgericht geht mit der Stadt Luzern davon aus, dass die Kündigung des als ver-

waltungsrechtlicher Vertrag konzipierten Dienstverhältnisses zwischen der Stadt Luzern und X. nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen von Stadt und Kanton Luzern nicht als «Entscheid» (d.h. als Verfügung), sondern als «andere behördliche Anordnung» im Sinne von § 8 Abs. 1 des luzernischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG/LU) zu treffen sei.

Die Stadt Luzern schliesst daraus, dass die Kündigung insoweit ein rechtsgeschäftlicher, nicht ein hoheitlicher Akt sei, weshalb gemäss § 8 Abs. 2 VRG/LU auch der in § 46 VRG/LU geregelte Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht anwendbar sei. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe bisher noch nie einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf vorgängige Anhörung in einem nicht hoheitlichen Verfahren statuiert.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne einer vorherigen Orientierung und Gewährung einer Äusserungsmöglichkeit gilt für Verfahren, die in eine (hoheitliche) Verfügung münden. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durch den öffentlichen Arbeitgeber ist nach den einschlägigen Rechtsordnungen selbst dann, wenn es auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruht, in der Regel als (anfechtbare) Verfügung

ausgestaltet, um dem Betroffenen entsprechende Verfahrensgarantien zu gewähren und ihm den Beschwerdeweg zu öffnen (vgl. etwa Art. 13 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000; Art. 22 f. des bernischen Gesetzes vom 5. November 1992 über das öffentliche Dienstrecht in Bezug auf das Angestelltenverhältnis; Art. 82 f. des St. Galler Staatsverwaltungsgesetzes vom 16. Juni 1994).

Der Betroffene hat in diesem Fall Anspruch auf vorherige Anhörung sowie auf Begründung der Kündigungsverfügung, und er kann durch erfolgreiche Anfechtung der Kündigung den Weiterbestand des Dienstverhältnisses oder Ersatzansprüche erwirken, während ihm bei rechtsgeschäftlicher Ausgestaltung zur Geltendmachung von Ansprüchen nur der weniger einfache Weg der Klage bleibt (vgl. dazu Minh Son Nguyen, La fin des rapports de service, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Hrsg. Peter Helbling/Tomas Poledna, Bern 1999, S. 457 ff.).

Grundsatz: Kein Anspruch auf rechtliches Gehör bei der Kündigung x-beliebiger Vertragsverhältnisse

Wohl ist das Gemeinwesen, selbst wenn es vertraglich oder privatrechtlich handelt, an die grundrechtlichen Schranken und an die Gebote rechtsstaatlichen Handelns gebunden (Art. 5 BV; BGE 127 I 84 E. 4c S. 90, mit Hinweisen). Wo es aber nach den einschlägigen Vorschriften zulässigerweise als Vertragspartner auftritt und Rechtsbeziehungen in den Formen des Vertrages ordnet, besteht grundsätzlich kein Anspruch des (privaten) Vertragspartners auf vorheriges rechtliches Gehör vor vertragsändernden oder -auflösenden Erklärungen des Gemeinwesens.





Ausnahme: Pflicht zur Gehörs-gewährung bei Kündigung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse

Eine besondere Sach- und Interessenlage besteht hingegen bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, deren Inhalt durch das Gemeinwesen selber hoheitlich normiert wird und die gleichzeitig formell als Vertragsverhältnis ausgestaltet werden. Das *Gemeinwesen tritt hier, trotz der an sich vertraglichen Grundlage des Dienstverhältnisses, als Hoheits-träger* auf. Zugleich kann die unfreiwillige Beendigung des Dienstverhältnisses durch eine Kündigungserklärung des Gemeinwesens, auch wenn sie formell als nicht hoheitliche Ausübung eines Gestaltungsrechts erscheint, in existenzielle Interessen des privaten Vertragspartners eingreifen. Das Gemeinwesen bleibt in einem solchen Fall, wie das Verwaltungsgericht in zulässiger Weise annehmen durfte, bei der Ausübung seines Kündigungsrechts an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden (vgl. Art. 5 und Art. 35 Abs. 2 BV).

Das Verwaltungsgericht hat denn auch in Würdigung des städtischen Personalreglements und seiner Materialien mit überzeugender Begründung erwogen, dass dieses durch die Unterstellung des Dienstverhältnisses unter ein (öffentlich-rechtliches) vertragsrechtliches Regime elementare Verfahrensvorschriften, wie etwa das rechtliche Gehör, nicht ausschalten wollte. Diese

Erwägungen halten vor dem Willkürverbot stand. Die Rüge der Stadt Luzern, das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht auf eine Verletzung des Gehörsanspruchs von X. erkannt, erweist sich deshalb schon kraft dieser willkürfreien Auslegung des städtischen Personalreglements als unbegründet.

Rechtliches Gehör als Gebot des Verhältnismässigkeitsprinzips

Als dem Gemeinwesen auferlegte allgemeine verfassungsrechtliche Schranke für die Ausübung des Kündigungsrechts fällt namentlich das Gebot der Verhältnismässigkeit in Betracht. Der Betroffene soll nach Möglichkeit zuerst durch Ermahnung und Androhung der Kündigung angehalten werden, sein Verhalten zu bessern, bevor zur Auflösung des Dienstverhältnisses geschritten wird.

Wegen der einschneidenden Wirkung, welche mit der Auflösung des Dienstverhältnisses verbunden sein kann, durfte das Verwaltungsgericht nach dem Gesagten aber auch zulässigerweise davon ausgehen, die Stadt Luzern sei zur vorherigen Anhörung des Betroffenen verpflichtet gewesen. Das war der Stadt Luzern umso eher zuzumuten, als sie ihre Kündigung im Hinblick auf die für den Fall missbräuchlicher Kündigung vorgesehenen Entschädigungsansprüche (vgl. Art. 13 PRL in Verbindung mit Art. 336 f. OR) begründen musste (das Kündigungsschrei-

ben vom 12. Juli 1999 enthielt denn auch eine – wenn auch relativ knappe – Begründung), was wiederum – im Sinne einer korrekten Sachverhaltsabklärung – eine vorherige Anhörung des Betroffenen geboten hätte. Wenn das Verwaltungsgericht bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit der Kündigung und der damit zusammenhängenden Entschädigungsansprüche die dem Gemeinwesen bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen auferlegten Schranken im dargelegten Sinne berücksichtigte, liegt darin keine Verletzung der Gemeindeautonomie durch unrichtige Handhabung von Grundrechtsgarantien.

Durch die im nachträglichen Verfahren vor dem Richter bestehende Äusserungsmöglichkeit

wurden die dargestellten Mängel sodann nicht beseitigt; insbesondere kann nicht von einer Heilung der Gehörsverletzung gesprochen werden, nachdem das angerufene Gericht die Kündigung als solche nicht aufheben, sondern nur eine (beschränkte) Entschädigung zusprechen konnte. Die erhobene Autonomiebeschwerde vermag in diesem Punkt nicht durchzudringen.

Bemerkungen

Der Entscheid überzeugt. Er bringt klar zum Ausdruck, dass sich der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber nicht mit dem Argument, es handle sich im konkreten Fall um einen öffentlich-rechtlichen *Vertrag* und nicht um ein einseitig verfügbares Arbeitsverhältnis, von der Pflicht befreien kann, vor Aussprechung der Kündigung des Arbeitsvertragsverhältnisses dem Betroffenen das rechtliche Gehör zu gewähren.

Damit gilt: Wenn ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis aufgelöst wird, muss der Betroffene in jedem Fall vorher angehört werden. Dasselbe muss auch

Summary

Klar ist, dass öffentlich-rechtlich verpflichteten Mitarbeitenden das rechtliche Gehör gewährt werden muss, wenn ihre Anstellung auf einer Verfügung beruht und nun durch Kündigung aufgelöst werden soll (weil diese Kündigung wiederum eine Verfügung darstellt).

Doch wie verhält es sich bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverträgen? Es gilt im Grundsatz, dass die öffentliche Hand, kündigt sie einen

x-beliebigen Vertrag, vorab der Kündigung das rechtliche Gehör nicht gewähren muss, weil die Kündigungserklärung nicht als Verfügung gilt.

Das Bundesgericht hat entschieden, dass dies zwar so ist, aber dann nicht gilt, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anstellungsvertrag gekündigt wird. In diesen Fällen ist vor der Kündigungserklärung dem Mitarbeitenden das rechtliche Gehör in jedem Fall zu gewähren.

dann gelten, wenn ein privatrechtliches Arbeitsvertragsverhältnis aufgelöst werden soll und der Arbeitgeber die öffentliche Hand ist, sei sie nun in Form der öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder auch als privatrechtliche Gesellschaft am Arbeitsvertragsverhältnis beteiligt.

In diesem Zusammenhang ist an Folgendes zu erinnern: Das rechtliche Gehör ist nicht ein blosser Formalismus, sondern dahinter stecken konkrete und wichtige Anliegen. Es geht zunächst darum, dass ein Sachverhalt korrekt aufgeklärt wird, und

hierfür ist (auch) der von einer Verfügung Betroffene anzuhören. Zugleich ist das rechtliche Gehör ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Betroffenen im Verfahren.

Um wirksam zu sein, muss das rechtliche Gehör vorgängig einer Entscheidung gewährt werden; nur so kann sich die entscheidende Behörde ihr Urteil (auch) in Kenntnis der Auffassung des vom Entscheid Betroffenen bilden. Wer bereits entschieden hat, ohne dass ihm die Argumente des Entscheidadressaten bekannt sind, wird auch nach Kenntnis dieser

Gründe nur im Ausnahmefall vom einmal gefassten Beschluss abweichen. Das Bundesgericht hat im konkreten Fall zu Recht die Argumentation der Stadt Luzern nicht gelten lassen, das rechtliche Gehör könne ja (ersatzweise) im nachfolgenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gewährt werden.

Diese rechtlichen Fragestellungen lassen sich auch wesentlich einfacher ausdrücken: Es ist ein Frage des Anstands, ob man einem Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmerin, den oder die man entlassen möchte, vor Aus-

sprechung der Kündigung die Gelegenheit gibt, zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen, die zur Kündigung führen sollen; es ist dann auch nicht verboten, in Würdigung der Argumentation des Betroffenen zu einer anderen als dem in Erwägung gezogenen Entscheid zu kommen. Nicht mehr und nicht weniger verlangt Art. 29 Abs. 2 unserer Bundesverfassung.

Dr. Michael Merker

5. CESI-Kongress in Brüssel

Unsere europäische Dachorganisation, Europäische Union der Unabhängigen Gewerkschaften (CESI), führte am 1. Dezember 2008 in Brüssel ihren 5. Kongress durch.

Der 5. Kongress zählt zu den bedeutendsten in der Geschichte der CESI. Der 5. Kongress war die Geburtsstunde der künftigen gemeinsamen Arbeit mit der Europäischen Föderation der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (EUROFEDOP), denn die rund 1 Million Mitglieder zählende Dachgewerkschaft EUROFEDOP ist der CESI am 1. Dezember 2008 beigetreten.

Dadurch erfuhr die CESI eine wesentliche Stärkung in ihrer Position in der europäischen Gewerkschaftslandschaft. Die CESI ist nun in über 24 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union präsent und ist ein leistungsstarker Dachverband für über 80 Gewerkschaften in erster Linie aus dem Bereich des öffentlichen Dienstes in Europa.

Mit ihrer Mitgliederzahl wächst auch der Einfluss der CESI in Europa. Die Dachorganisation wird in Zukunft mit einer Doppelbesetzung des Präsidentenamtes geführt durch Peter

Heesen (bisher) und Fritz Neugebauer, Präsident der neu der CESI beigetretenen Dachorganisation EUROFEDOP.

In das aus 10 Vizepräsidenten und den beiden Co-Präsidenten bestehende Präsidium wurde auch der Präsident des Zentralverbandes Staats- und Gemeindepersonal Schweiz, Urs Stauffer, gewählt.

Er wird die Anliegen der Angestellten des öffentlichen Dienstes des Nicht-EU-Staates Schweiz in die Diskussion um den europäischen öffentlichen Dienst einbringen und auf euro-

päischer Ebene die Interessen des öffentlichen Dienstes vertreten.

Als Dach der unabhängigen Gewerkschaften Europas setzt sich die CESI in erster Linie für das Wohl der öffentlich Bediensteten in Europa ein.

Eine der wichtigsten Aufgaben der nächsten Zeit wird sein, sich mit den Auswirkungen der Finanzkrise auf die Situation von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu befassen.

Anlässlich des Kongresses wurden verschiedene Anträge verabschiedet. Einer davon befasst sich mit der europäischen

Steuerpolitik. Die CESI wird sich mit einer möglichen europäischen Steuerharmonisierung auseinandersetzen.

Eine europäische Steuerharmonisierung soll zu einer Angleichung resp. Annäherung der europäischen Steuersysteme führen, dabei gilt es die Schweiz auf dem Verhandlungsweg in den Harmonisierungsprozess einzu beziehen.

*Urs Stauffer,
ZV-Präsident*



Urs Stauffer