

Das rechtliche Gehör / Replikrecht

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen (HSG)
und an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW), Frei Steger Senti, Alt-
stätten

Tagung zum öffentlichen Personalrecht 2022
Mittwoch, 30. November 2022, Grand Casino Luzern

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen.....	4
2	Grundlagen zum rechtlichen Gehör.....	4
2.1	Vorbemerkung: Dienstrecht als verfahrensrechtlicher Zwitter.....	4
2.2	Rechtsgrundlagen.....	4
2.3	Definition gemäss Literatur und Rechtsprechung.....	6
3	Rechtliches Gehör: Einzelne Themen.....	9
3.1	Wann ist das rechtliche Gehör zu gewähren?.....	9
3.1.1	Kündigung des Dienstverhältnisses.....	9
3.1.1.1	Kündigung durch Erlass einer Verfügung?.....	9
3.1.1.2	Kündigung eines öffentlichrechtlichen (Arbeits-)Vertrages?.....	10
3.1.2	Freistellung der/des Arbeitnehmenden.....	10
3.1.2.1	Kanton St. Gallen.....	10
3.1.2.2	Kanton Zürich.....	11
3.1.3	Vertragsveränderungen zu Gunsten der/des Arbeitnehmenden?.....	11
3.1.4	Abschluss eines Aufhebungsvertrages?.....	11
3.1.5	Verwarnung oder Verweis.....	12
3.1.6	Erteilung einer Weisung im Einzelfall?.....	12
3.2	Formelles Prozedere zwingend notwendig oder auch informell möglich?.....	12
3.3	Möglichkeit zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs?.....	13
3.3.1	Kanton St. Gallen.....	13
3.3.2	Bundesrecht.....	13
3.4	Umfang und Tiefe (Detailierungsgrad) der Mitteilung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs.....	14
3.4.1	Entwurf der Verfügung im Voraus: üblich aber nicht zwingend.....	14
3.4.2	Inhalt und Detaillierungsgrad der Mitteilung mit welcher das rechtliche Gehör gewährt wird?.....	15
3.5	Frist zur Stellungnahme durch den/die Arbeitnehmende(n).....	15
3.6	Begründung des Entscheides bzw. der Kündigung selbst: Wie umfassend und detailliert muss die Verfügung bzw. Kündigung begründet sein?.....	18
3.7	Schriftliche Eröffnung der Verfügung zwingend?.....	20
3.8	Wichtig: ein Kündigungsentscheid darf nicht im Voraus gefasst werden.....	21
3.9	Reformatio in Peius und rechtliches Gehör.....	22
4	Verletzung des rechtlichen Gehörs: Rechtsfolgen.....	22

5	Aktenführungspflicht.....	24
5.1	Gegenstand und Umfang im Allgemeinen	24
5.2	Pflicht zur Führung eines Personaldossiers.....	25
5.3	Was gehört ins Personaldossier?	25
6	Akteneinsichtsrecht	26
6.1	Bestandteil des Anspruches auf rechtliches Gehör	26
6.2	Zwingend mit Eröffnung der Frist zur Stellungnahme zu gewähren?	27
6.3	Personaldossier: Welche Akten sind offen zu legen?	28
7	Replikrecht	28
7.1	Replikrecht in Gerichtsverfahren	28
7.1.1	Gegenstand und Umfang	28
7.1.2	Umsetzungsmodalitäten, insbesondere Wartefrist.....	30
7.2	Replikrecht auch in Verwaltungsverfahren?	32

Literatur:

HÄFELIN ULRICH; MÜLLER GEROG; UHLMANN FELIX:

Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020.

STEINMANN GEROLD, in: BERNHARD EHREZZELLER, BENJAMIN SCHINDLER, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER (HRSG.):

St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage, St. Gallen, 2014

1 Vorbemerkungen

Vorliegendes Papier ist nicht als wissenschaftlicher Aufsatz gedacht. Vielmehr liegt die Absicht darin, dem Leser zu bestimmten Themen mit Zitaten aus Rechtsprechung und Literatur einen sehr summarischen Überblick zu verschaffen. Die zu einem Thema zitierte Rechtsprechung und Lehrmeinung ist weder vollständig noch wird diese inhaltlich gewürdigt.

Das öffentliche Personalrecht ist stark kantonal geprägt. Auf eine systematische Darstellung des kantonalen Rechts wird verzichtet, einzelne Auszüge aus dem oder Verweise zum kantonalen Recht beziehen sich auf den Kanton St. Gallen.

Ebenso ist beim rechtlichen Gehör im Zusammenhang mit dem Personalrecht zu beachten, dass es sich um ein verfassungsmässiges Grundrecht handelt, welches im gesamten Verwaltungsrecht und damit auch für alle anderen Rechtsgebiete gilt. Damit ist Lehre und Rechtsprechung zu diesem Thema, würde man alle Rechtsgebiete berücksichtigen, nicht nur erschlagend gross, sondern wohl auch entsprechend zersplittert und uneinheitlich. Nachfolgende Zitate und Bemerkungen beschränken sich auf das Personalrecht, ohne dass dies mit Rechtsprechung oder Lehre anderer Rechtsgebiete abgeglichen wurde.

2 Grundlagen zum rechtlichen Gehör

2.1 Vorbemerkung: Dienstrecht als verfahrensrechtlicher Zwitter

Eine durch die öffentliche Hand angestellte Person hat zum Staat zwei Arten von Beziehungen. Erstens untersteht sie dem jeweiligen Dienstrecht¹, andererseits stellt sich die Frage, wieweit die jeweiligen Bestimmungen zum Verwaltungsverfahren ebenfalls anwendbar sind². Mit anderen Worten ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob nicht nur aus dem betreffenden Personalrecht selbst, sondern auch aus den einschlägigen Bestimmungen des jeweiligen Verwaltungsverfahrensrechts konkrete Vorgaben oder Pflichten resultieren.

2.2 Rechtsgrundlagen

a) Rechtliches Gehör als verfassungsmässiges Grundrecht

Art. 29 Abs. 2 BV:

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

¹ Bundespersonalgesetz (BPG, SR 172.220.1, insbes. Art. 34 ff. BPG), Personalgesetz des Kantons St. Gallen (PersG, sGS 143.1) etc.

² Auf Bundesebene gilt das VwVG nicht für erstinstanzliche Verfahren nur beschränkt (Art. 3 Abs. 1 lit. b VwVG), hingegen für Beschwerdeentscheide schon (Art. 1 Abs. 2 lit. b VwVG). Auf kantonaler Ebene bspw. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP, sGS 951, bspw. Art. 82 Abs. 1 PersG zum Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission), oder aber Verfahrensvorschriften im PersG selbst (Art. 78 ff. PersG).

b) Rechtliches Gehör als verfassungsmässiges Grundrecht auf kantonaler Ebene

Art. 4 Abs. 1 KV SG

Jede Person hat in Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen nach Massgabe der Bundesverfassung namentlich das Recht auf:

....

c) rechtliches Gehör

c) Rechtliches Gehör im betreffenden Dienstrecht

Art. 77 PersG SG

Die betroffene Mitarbeiterin oder der betroffene Mitarbeiter erhält Gelegenheit zur Stellungnahme:

a) vor Eröffnung der Kündigung;

b) vor Anordnung einer personalrechtlichen Massnahme.

d) Rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren

d1) Bundesebene

Erfolgt die Kündigung durch eine Bundesverwaltungsbehörde im Sinne von Art. 1 VwVG, so stellt insbesondere das Bundesverwaltungsgericht beim rechtlichen Gehör regelmässig auf die Bestimmungen des VwVG ab³.

BVerwGer A-656/2016 E. 3.1: (Streitigkeit gegen SBB):

Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101] verankerte und in Art. 29 ff. VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2).

Art. 29 VwVG

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

Art. 30 VwVG

¹Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt.

¹Sie braucht die Parteien nicht anzuhören vor:

- a. Zwischenverfügungen, die nicht selbständig durch Beschwerde anfechtbar sind;
- b. Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind;
- c. Verfügungen, in denen die Behörde den Begehren der Parteien voll entspricht;
- d. Vollstreckungsverfügungen;

³ Bspw. BVerwGer A-656/2016, E. 3.1; A-962/2009: E. 4.1; A-1684/2009 E. 3.1; A-2662/2013, E. 4.3; A- 3436/2015 E.4.2.1.

e. anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet.

Vgl. zudem diverse Sonder- und Verfahrensbestimmungen zum rechtlichen Gehör in Art. 26 und Art. 30a bis Art. 33 VwVG

d2) Kantonale Ebene

Auch auf kantonaler Ebene wird im Zusammenhang mit der Kündigung von Dienstverhältnissen kantonales Verwaltungsverfahrenrecht beigezogen.

VerwGer SG B.2005.170, E. 2 b, vgl. auch E. 2 c aa

Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. **Sein Umfang richtet sich nach Art. 15 VRP und subsidiär nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft** (SR 101, abgekürzt BV). Zu den wesentlichen Inhalten gehören die vorgängige Anhörung und Orientierung des Betroffenen vor dem Erlass einer Verfügung, das Recht auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung, das Recht auf Akteneinsicht sowie der Anspruch auf Prüfung und auf begründeten Entscheid (BGE 122 I 55; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1680 ff.; R. Hotz, in: St. Galler Kommentar zur BV, Zürich 2002, N 24 zu Art. 29). **Art. 15 Abs. 2 VRP hält insbesondere fest, dass Verfügungen, die erheblich belasten, nur zulässig sind, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.**

Art. 15 VRP SG

¹ Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet, ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn die Eingabe nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist.

² Verfügungen, die erheblich belasten, sind nur zulässig, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten. Ausgenommen ist die Veranlagung von Steuern, Taxen und Gebühren.

³ Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn wegen Gefahr sofort verfügt werden muss.

2.3 Definition gemäss Literatur und Rechtsprechung

Zentrales Mitwirkungsrecht der Parteien im Verwaltungsverfahren. Dient der Sachaufklärung und ist zugleich persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht⁴.

Das rechtliche Gehör umfasst nach Auffassung von HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵ folgende Teilrechte:

- a) Anspruch auf Orientierung und vorgängige Anhörung im Verfahren⁶;

⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1001.

⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1002 ff.

⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1010.

- b) Mitwirkungsrechte bei der Beweiserhebung⁷
- c) Anspruch auf Akteneinsicht⁸;
- d) Anspruch auf Stellungnahme zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten (insbes. auch Replikrecht);
- e) Recht auf Begründung von Verfügungen⁹
- f) Recht auf Vertretung und Verbeiständung im Verfahren¹⁰

STEINMANN umschreibt den Inhalt dieses Grundrechts wie folgt:

- «Er [der Anspruch auf rechtliches Gehör] gewährleistet effektive Mitwirkung im Verfahren zum Erlass von Entscheidungen, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Die Garantie umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 136 I 184 E. 2.2.1, 188 f.; 135 II 286 E. 5.1, 293; 126 V 130 E. 2b, 131 f.). (...) Inhalt und Umfang des Gehörsanspruchs sind nicht abstrakt zu umschreiben, sondern am Anspruch auf wirksame Mitwirkung anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 135 I 279 E. 2.3 u. 2.4, 281 ff.; 111 Ia 273 E. 2b, 274). (...) Auf die Ausübung des rechtlichen Gehörs kann im Einzelfall hinsichtlich bestimmter Verfahrensschritte verzichtet werden (BGE 138 I 484 E. 2.5, 487 f.; 132 I 42).»¹¹
- «Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör hängt von der materiellrechtlichen Betroffenheit der Verfahrensparteien im Hinblick auf den zu treffenden Akt ab (vgl. Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Verfahrensrecht, Rz. 315; Grisel E., Egalite, Rz. 449). (...) Form und Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs variieren in Anbetracht konkreter Erfordernisse: Dringlichkeit oder überwiegende (öffentliche oder private) Interessen können gebieten, eine Beweismassnahme vorerst ohne Beizug der Betroffenen oder unter deren Ausschluss vorzunehmen und diesen erst nachträglich die Möglichkeit der Stellungnahme zum Beweisergebnis einzuräumen (BGE 109 Ia 273 E. 11, 296 ff. ...).»¹²

Nach der Gliederung von STEINMANN umfasst der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör folgende Teilaspekte:

- a) Anspruch auf Orientierung:
Sie [die Orientierung] umfasst eine Information über einen zu treffenden Entscheid und das Verfahren sowie über den Beizug von Unterlagen, Beweismittel oder Gutachten (BGE 140 I 99 E. 3.4 u. E 3.5, 102 ff.; 137 I 120; 128 V 272 E. 5b/bb, 278; 126 V 130

⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1016.

⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1019 ff.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1038.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen, 2020, Rz 1037.

¹¹ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 42.

¹² STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 43.

E. 2b, 131 f.; 124 II 132 E. 2b, 137 f.)¹³;

b) Anspruch auf Äusserung:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör räumt den Betroffenen mit Parteistellung das Recht ein, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern (BGE 137 I 120 E. 5, 124 ff.; 134 I 140 E. 5.3, 148; 127 I 54 E. 2b, 56; 125 I 209 E. 9c, 219 f.; BGer 1C_270/2011 [29.8.2011])¹⁴;

c) Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren:

Recht der Verfahrensbeteiligten zur Stellung von Beweisanträgen. Formrichtig angebotene Beweisanträge sind zu prüfen und zu berücksichtigen. Allerdings kann die Behörde das Beweisverfahren schliessen, wenn die Anträge nicht erhebliche Tatsachen betreffen oder offensichtlich untauglich sind. Beweisanträge können in vorweggenommener, antizipierter Beweismwürdigung zurückgewiesen werden (BGE 138 V 125 E. 2.1, 127; 136 I 229 E. 5.3, 236 f.; 134 I 140 E. 5.3, 148; 130 II 425 E. 2.1, 428 f.; 124 I 208 E. 4a, 211). Dies bedarf einer sorgfältigen Prüfung und Begründung (BGer 6B_358/2013, 359/2013 [20.6.2013], E. 3.4). Es stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, wenn das Beweisverfahren trotz erheblicher Zweifel an einem Gutachten abgebrochen wird (BGer 2C_487/2013 [5.9.2013], E. 2)¹⁵;

d) Anspruch auf Begründung:

Mit dem Anspruch auf effektive Mitwirkung korrespondiert, dass die Behörde die Vorbringen der Beteiligten tatsächlich hört, prüft und berücksichtigt und ihre Entscheide vor diesem Hintergrund begründet. (...) Umfang und Dichte der Begründung richten sich nach den Umständen (vgl. BGE 133 I 270 E. 3, 276 ff.; Mosimann, Entscheidbegründung, Rz. 61 ff.): Bei klarer Sachlage und bestimmten Normen können Hinweise auf die Rechtsgrundlagen genügen. (...) Die Behörde darf sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte und Leitlinien beschränken und braucht sich nicht mit jedem sachverhaltlichen oder rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen (BGE 138 I 232 E. 5.1, 237; 136 I 229 E. 5.2, 236; 133 III 439 E. 3.3, 445; 130 II 530 E. 4.3, 540; 121 I 54 E. 2c, 57; 112 Ia 107 E. 2b, 109 f.)¹⁶;

e) Anspruch auf Eröffnung von Entscheiden:

Ausfluss der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der Begründungspflicht ist schliesslich die Pflicht zur Eröffnung von Entscheiden an alle Beteiligten (BGE 133 I 201 E. 2.1, 204; Müller/Schefer, Grundrechte CH, 884; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, Rz. 342; vgl. Art. 60 BGG, Art. 34 VwVG)¹⁷.

¹³ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 45.

¹⁴ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 46.

¹⁵ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 48.

¹⁶ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 49.

¹⁷ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 50.

f) Anspruch auf Akteneinsicht:

Art. 29 Abs. 2 BV garantiert den Anspruch auf Akteneinsicht. Anspruch gilt für *sämtliche* Akten, verwaltungsinterne Akten (Akten für den internen Gebrauch) werden vom Anspruch indessen nicht erfasst (BGer 1P.240/2002 [18.10.2002], E. 3.1; BGE 129 IV 141 E. 3.3.1, 146 f.)¹⁸.

Der Anspruch ist nicht absolut und kann aufgrund sorgfältiger konkreter Abwägung aus überwiegenden Interessen durch Aussonderung oder Abdeckung eingeschränkt werden (BGE 130 III 42 E. 3.2.1, 43 f.; 126 I 7 E. 2b, 10 f.; BGer 2C_724/2008 [16.2.2009], E. 2, ZBI 2010, 275; s.a. BGE 132 I 181 E. 4.4, 192 f.)¹⁹.

Die Akten sind unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Gegebenheiten rechtzeitig zur Verfügung zu halten (BGE 139 I 206 E. 3.2, 214)²⁰.

Das Einsichtsrecht erlaubt es, am Sitz der Behörde Einsicht zu nehmen, Notizen anzufertigen und im Rahmen des Zumutbaren Kopien herstellen zu lassen (BGE 116 Ia 325 E. 3d, 327 f.) sowie die Akten (einer besonderen Aufsicht unterstehenden) Rechtsanwältinnen zustellen zu lassen (BGE 122 I 109 E. 2b, 112 f.; Müller/Schefer, Grundrechte CH, 878 ff. zu den Modalitäten)²¹;

g) Anspruch auf Vertretung:

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst das Recht, zur Wahrung der Interessen einen Rechtsvertreter oder Beistand beizuziehen, der die Partei im Verfahren vertritt oder ihr beisteht (BGE 132 V 443 E. 3.3, 445; 119 Ia 260 E. 6a, 260; zur Terminologie Haefliger, *Alle Schweizer*, 151, Fn. 48)²².

3 Rechtliches Gehör: Einzelne Themen

Nachfolgende Zitate aus diversen Gerichtsentscheiden lassen die *im konkreten Fall relevanten Rechtsgrundlagen* grundsätzlich ausser Betracht. Insbesondere besondere kantonale oder eidgenössische Verfahrensvorschriften, welche im betreffenden Personalerlass oder einem Verwaltungsverfahrensgesetz zu entnehmen sind, sind gegenüber nachfolgenden Bestimmungen wohl vorrangig. Sofern jedoch keine besonderen Rechtsgrundlagen zu finden sind, dürften nachfolgende Gerichtsentscheide ein wertvoller Wegweiser sein. Dies selbstverständlich immer unter Beachtung allfälliger spezieller Konstellationen im Einzelfall.

3.1 Wann ist das rechtliche Gehör zu gewähren?

3.1.1 Kündigung des Dienstverhältnisses

3.1.1.1 Kündigung durch Erlass einer Verfügung?

Ja²³

¹⁸ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 51.

¹⁹ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 52.

²⁰ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 53.

²¹ STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 53.

²² STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 56.

²³ Für den Kanton St. Gallen: Art. 77 PersG SG, Art. 15 Abs. 2 VRP.

3.1.1.2 Kündigung eines öffentlichrechtlichen (Arbeits-)Vertrages?

Bei Anstellung nach St. Galler Personalgesetz: ja²⁴

3.1.2 Freistellung der/des Arbeitnehmenden

3.1.2.1 Kanton St. Gallen

Aktuelles Personalrecht: Falls es sich bei der Freistellung um eine personalrechtliche Massnahme nach Art. 76 Abs. 1 lit. b PersG SG handelt: ja²⁵

Vor Erlass des PersG SG: VerwGer SG B.2005.170, E. 2 e bb ff.:

Das st. gallische Personalrecht kennt den Begriff der Freistellung nicht. Allgemein wird darunter der Verzicht des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung nach erfolgter Kündigung während der Kündigungsfrist verstanden. Demgegenüber bezeichnet die Einstellung im Amt eine vorsorgliche administrative oder disziplinarische Massnahme bei ungekündigtem Arbeitsverhältnis (vgl. Art. 18 VRP; ZBI 2003 S. 211; vgl. BGE 2A.64/2003 vom 27. Mai 2003 und VPB 68 (2004) S. 850 ff.). Nachdem vorliegend die "Freistellung" vor der Kündigung erfolgte, liegt keine Freistellung im engeren Sinn, sondern eine vorsorgliche Einstellung im Amt vor. Da die Massnahme gegenüber dem Beschwerdeführer mit der Notwendigkeit begründet wurde, den ordnungsgemässen Schulbetrieb zu gewährleisten, handelt es sich um eine administrative und nicht um eine disziplinarische Massnahme. Die vorsorgliche Einstellung im Amt aus administrativen Gründen ist wie die administrative Entlassung auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig (ZBI 2003 S. 211 mit weiteren Hinweisen). Im übrigen spielt es auch keine Rolle, dass die Anordnung vom 1. April 2005 nicht in Form einer Verfügung erlassen wurde (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 552).

E. 2 e cc) Vor dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist den Betroffenen das rechtliche Gehör zu gewähren, es sei denn die Dringlichkeit erfordere den Erlass einer superprovisorischen Massnahme (Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 337; BGE 99 Ia 24). Dies bedeutet, dass der Beschwerdeführer vorgängig der vorsorglichen Einstellung im Amt hätte angehört werden müssen, nachdem unbestritten ist, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer superprovisorischen Massnahme – insbesondere Dringlichkeit aufgrund einer drohenden Gefahr - nicht gegeben waren. Es liegt mithin eine Verletzung des Gehörsanspruchs vor. **Unter diesen Umständen sei lediglich der Vollständigkeit halber erwähnt, dass das rechtliche Gehör grundsätzlich auch vor einer eigentlichen Freistellung, d.h. dem Verzicht auf die Arbeitsleistung nach erfolgter Kündigung, zu gewähren ist. Namentlich kann eine Freistellung laut Lehre eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, weshalb zumindest dann ein Anspruch auf rechtliches Gehör gegeben ist, wenn aufgrund der konkreten Umstände von einer gewissen Intensität des Eingriffs auszugehen ist (ZBI 2003 S. 212).** Diese Voraussetzungen wären vorliegend insbesondere aufgrund der Einstellung der Lohnfortzahlung erfüllt.

²⁴ Vertrag: Art. 15 PersG SG, rechtliches Gehör: Art. 77 PersG SG

²⁵ Art. 77 Abs. 1 lit. b PersG SG.

3.1.2.2 Kanton Zürich

Vgl. VerwGer PB.2001.00016 und 00017 E. 7 zur Pflicht der Gewährung des rechtlichen Gehörs bei einer Freistellung bzw. Einstellung im Amt (in ZBL 2003, S. 211 ff.).

3.1.2.2.1 Bundesebene

BVGer A-5218/2013 E 5.3.4.1 ff.: Anfechtbarkeit einer Verfügung als entscheidendes Kriterium, ob das rechtliche Gehör zu gewähren ist (Im Falle einer Freistellung):

E 5.3.4.1: Bei der Freistellung handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von aArt. 26 Abs. 2 BPG (AS 2001 2206), welche darauf gerichtet ist, Missstände in der Verwaltung auszuschliessen, wenn die Lage eine sofortige Lösung erfordert (vgl. Urteile des BGer 8C_12/2012 vom 30. Mai 2012 E. 3.3 und 1C_459/2008 vom 13. Januar 2009 E. 1.2; Urteil des BVGer A-1675/2010 vom 20. August 2010 E. 1; zur Freistellung bzw. Einstellung des Arbeitsverhältnisses: HELBLING, in: Handkommentar BPG, Art. 26 N 30 ff.).

Da die Freistellung aufgrund einer bloss vorläufigen Beurteilung des Sachverhalts ohne weitläufige Beweiserhebung verfügt wird, regelt sie eine Angelegenheit weder endgültig noch präjudiziert sie den Ausgang eines allfälligen Verfahrens betreffend einer Entlassung oder Versetzung. Obwohl sie vor oder während eines Kündigungsverfahrens angeordnet werden kann, besitzt sie keinen selbständigen Charakter und stellt lediglich eine Etappe in einem allfälligen Entlassungs- oder Versetzungsverfahren dar. **Aus diesem Grund geht die Rechtsprechung davon aus, es handle sich bei der Freistellung um einen Zwischenverfügung gemäss Art. 46 VwVG bzw. einen Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG** (vgl. Urteil 8C_12/2012 E. 3.3 m.w.H.; Urteile des BVGer A-372/2012 vom 25. Mai 2012 E. 1.2 und A-1675/2010 E. 1).

E. 5.3.4.3: Nach dem Gesagten handelt es sich bei der angeordneten Freistellung vom 2. Februar 2010 um eine Zwischenverfügung, **welche nicht selbständig durch eine Beschwerde angefochten werden konnte. Entsprechend konnte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das Anhörungsrecht gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. a VwVG verweigern.** Aus diesem Grund durfte sie denn auch auf eine vorgängige Anzeige der beabsichtigten Massnahmen verzichten, weshalb eine Verletzung des Gehörsanspruchs von vornherein ausser Betracht fällt.

3.1.3 Vertragsveränderungen zu Gunsten der/des Arbeitnehmenden?

Praktisch wohl eher irrelevante Rechtsfrage. Formell: Art. 15 Abs. 2 VRP: «Verfügungen, **die erheblich belasten**, sind nur zulässig, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.»

3.1.4 Abschluss eines Aufhebungsvertrages?

In der Regel wohl eher nein, BVerwGer A-962/2009, E. 4.3:

Wenn sich der Beschwerdeführer nun darauf beruft, dass eine Kündigung ohne vorgängige Möglichkeit des Arbeitnehmers zur Stellungnahme eine Verletzung des Gehörsanspruchs bedeute (mit Hinweis auf PETER HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 696 und S. 706 mit Hinweis auf RJN 1999 256), verkennt er, dass hier eine andere Situation vorliegt. **Beim Aufhebungsvertrag handelt es sich nicht um eine einseitige Kündigung, die**

den Beschwerdeführer direkt vor vollendete Tatsachen stellt, sondern um einen Vertrag, welchen er anlässlich dieses Termins freiwillig unterschrieben hat. Auch wenn ihm bei Nichtunterschriftung des Vertrages das Erlassen einer Kündigungsverfügung in Aussicht gestellt wurde, stand es ihm frei, den Aufhebungsvertrag zu unterschreiben. Aufgrund seiner Ausbildung und seiner Lebenserfahrung wäre es ihm zuzumuten gewesen, sich eine Bedenkzeit auszubedingen.

3.1.5 Verwarnung oder Verweis

Kanton St. Gallen: Ist im St. Galler Personalgesetz nicht vorgesehen, insbes. auch nicht als personalrechtliche Massnahme²⁶. Möglich ist allerdings ein schriftlicher Verweis nach Art. 5 DSG SG²⁷, sofern dieses anwendbar ist²⁸.

Bundesrecht: Verwarnung ist eine Massnahme nach Art. 25 Abs. 2 lit. b PBG, Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 30 VwVG sowie Art. 25 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 BPG.

3.1.6 Erteilung einer Weisung im Einzelfall?

Meines Erachtens nein, weil es nicht um die *Gestaltung* des Arbeitsverhältnisses geht.

3.2 Formelles Prozedere zwingend notwendig oder auch informell möglich?

Sofern das rechtliche Gehör im Rahmen eines Gespräches eröffnet wird, empfiehlt sich selbstverständlich ein strukturiertes Gespräch, welches zudem protokolliert wird. Dies scheint aber nicht per se zwingend:

BGer 8C.98/2010 E. 5.5.1:

Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte. Dabei hat die Partei nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird (Urteil 8C_974/2009 vom 2. Juni 2010 E. 5.2.2).

BGE 144 I 11 E. 5.3 ff.:

Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden (BGE 141 I 60 E. 3.3 S. 64; BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen (BGE 111 Ia 273 E. 2b S. 274; Urteil 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 I 39). Entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 136 I 265 E. 3.2 S. 272; BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293; BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; Urteil

²⁶ Art. 76 PersG.

²⁷ Disziplinargesetz (sGS 163.1).

²⁸ Art. 1 Abs. 1 lit. c DSG SG.

2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.2.1). **Im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte** (erwähntes Urteil 8C_158/2009 E. 5.2).

E. 5.5: **Da sich die Parteien wenige Tage vor der ordentlichen Kündigung vor der PRK intensiv mit dem der Verfügung vom 16. Dezember 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt auseinandergesetzt haben, liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, wenn die Anstellungsbehörde keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gewährt hat.**

BGer 8C_469/2019 E. 6.1:

Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über 135 II 286 den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden (E. 3.3 S. 64; E. 3.4 S. 102 BGE 141 I 60 140 I 99 f.). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen (E. 2b S. 274; Urteil 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, BGE 111 Ia 273 nicht publ. in: 39). Entscheidend ist, ob der betroffenen Person ermöglicht wurde, ihren BGE 136 I Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (E. 3.2 S. 272; E. 5.1 S. 293; BGE 136 I 265 135 II 286 132 II E. 3.2 S. 494; Urteil 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.2.1). **Im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte** (Urteil 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2; vgl. zum Ganzen E. 5.3 BGE 144 I 11 S. 17 f.).

VerwGer ZH PB.2001.00016 und 00017, E. 5. c):

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich kein Recht auf Äusserung vor der gesamten entscheidenden Behörde.

3.3 Möglichkeit zur nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs?

Richtet sich nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen:

3.3.1 Kanton St. Gallen

Art. 15 Abs. 3 VRP: «Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn wegen Gefahr sofort verfügt werden muss.»

Art. 77 Abs. 1 lit. a PersG SG: Die betroffene Mitarbeiterin oder der betroffene Mitarbeiter erhält Gelegenheit zur Stellungnahme: a) vor Eröffnung der Kündigung.

=> lückenlose lex specialis?

3.3.2 Bundesrecht

Vgl. dazu den Ausnahmekatalog nach Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG:

BVerwGer A-5218/2013 E. 5.3.2:

Art. 30 Abs. 1 VwVG konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör im engeren Sinne, indem er die Behörde verpflichtet, die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 Rz. 3). Dieses Recht wird jedoch gemäss Art. 30 Abs. 2 VwVG in gewissen Fällen eingeschränkt. So sieht die genannte Bestimmung unter anderem die Ausnahme vor, dass Parteien nicht anzuhören sind, wenn in einem erstinstanzlichen Verfahren Gefahr im Verzug ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet (vgl. Bst. e). Diese Ausnahmebestimmung setzt voraus, dass die Behörde unverzüglich, d.h. innerhalb weniger Tage, nach Kenntnis der Gefahrensituation verfügt (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 30 Rz. 69).

3.4 Umfang und Tiefe (Detailierungsgrad) der Mitteilung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs

3.4.1 Entwurf der Verfügung im Voraus: üblich aber nicht zwingend

BVerwGer A-3436/2015 E. 4.1.2:

Es lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Interessenlage beurteilen, wie weit das Äusserungsrecht geht. Wegleitend muss der Gedanke sein, einer Partei zu ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (Urteil des BGer 2C_204/2015 vom 21. Juli 2015 E. 3.1 mit Hinweis). Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte (Urteile des BGer 1C_560/2008 vom 6. April 2009 E. 2.4, 1C_103/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.3, 2P.275/2005 vom 1. März 2006 E. 2.1). Dabei hat der Betroffene nicht bloss die ihm zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern er muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen ihn eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird (Urteil des BGer 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2 mit Hinweis). Indessen hat er keinen Anspruch auf genaue Kenntnis der schlussendlich getroffenen Massnahme und ihrer rechtlichen Begründung. Um das rechtliche Gehör sicherzustellen, wird dem Arbeitnehmer in der Praxis zwar regelmässig ein Verfügungsentwurf gestellt, in welchem insbesondere die Kündigungsmotive erläutert und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Aussicht gestellt wird. Zwingend ist dies jedoch nicht: Die Behörde hat den Parteien nach der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich weder den Entwurf der Verfügung noch deren Begründung vorgängig zur Stellungnahme zu unterbreiten (BGE 129 II 497 E. 2.2). Sie kann das Anhörungsrecht des Betroffenen auch auf andere Art wahren.

VerwGer SG B.2005.170, E. 2 c cc)

Der Beschwerdeführer wurde somit hinreichend über den wesentlichen Sachverhalt resp. die Grundlage der voraus sichtlichen Kündigung orientiert (Art. 15 Abs. 2 VRP). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet lediglich, dass der Beschwerdeführer dergestalt über die voraus sichtliche Kündigung orientiert wird, dass er sich hierzu sachgemäss äussern kann; nicht

notwendig ist eine Orientierung über sämtliche Einzelheiten resp. eine Unterbreitung des Verfügungsentwurfs zur Stellungnahme (Albertini, a.a.O., S. 208 mit Hinweis auf BGE 114 Ib 246).

3.4.2 Inhalt und Detaillierungsgrad der Mitteilung mit welcher das rechtliche Gehör gewährt wird?

Wie genau und detailliert muss die Mitteilung sein, mit welcher das rechtliche Gehör gewährt wird?

BGer 8C.98/2010 E. 5.5.1:

Im Einzelnen lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Interessenslage beurteilen, wie weit das Äusserungsrecht geht. **Wegleitend muss der Gedanke sein, einer Partei zu ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen** (BGE 111 Ia 273 E. 2b S. 274; 105 Ia 193 E. 2b/cc S. 197; Urteile 2P.46/2006 vom 7. Juni 2006 E. 4.3, 2P.77/2003 vom 9. Juli 2003 E. 2.1, 2P.241/1996 vom 27. November 1996 E. 2c). **Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern der betroffenen Person klar war, dass sie mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte. Dabei hat die Partei nicht bloss die ihr zur Last gelegten Tatsachen zu kennen, sondern sie muss darüber hinaus auch wissen, dass gegen sie eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird** (Urteil 8C_974/2009 vom 2. Juni 2010 E. 5.2.2).

3.5 Frist zur Stellungnahme durch den/die Arbeitnehmende(n)

VerwGer SG B.2005.170, E. 2 c aa:

Art. 17 VRP statuiert, dass den Beteiligten für die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs angemessene Fristen anzusetzen sind. Dem Betroffenen **soll genügend Zeit eingeräumt werden, um eine fundierte Stellungnahme zur Sache - allenfalls unter Beizug eines Rechtsvertreters - einreichen zu können; bei der schriftlichen Ausübung des Äusserungsrechts muss die Frist so bemessen werden, dass dem Betroffenen hinreichend Zeit verbleibt, um die Eingabe vorzubereiten und zu redigieren** (M. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 341 f.). **Die konkreten Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen.**

BGE 144 I 11 E. 5.5:

Da sich die Parteien wenige Tage vor der ordentlichen Kündigung vor der PRK intensiv mit dem der Verfügung vom 16. Dezember 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt auseinandergesetzt haben, liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, wenn die Anstellungsbehörde keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gewährt hat.

BVerwGer A-5859/2012 E. 3.5: Frist von 4 Tagen im konkreten Fall ausreichend

Zwar erscheint eine Frist von vier Tagen zur Verfassung einer Stellungnahme als relativ kurz. In Anbetracht der engen zeitlichen Verhältnisse für das Beurteilungsgespräch – und allenfalls für eine Kündigung in einem Probearbeitsverhältnis – ist diese Dauer jedoch als ausreichend

zu beurteilen, um Stellung zu den vorgebrachten Kündigungsgründen zu beziehen. Insbesondere trifft dies auf den Beschwerdeführer zu, verfügt er als ausgebildeter Jurist und Rechtsanwalt doch über die notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten, um sich in genügender Weise zum Sachverhalt zu äussern. Sein Argument, er sei in diesen Tagen durch die Vorbereitung und Durchführung von Unterrichtslektionen an der Y. ___ beschäftigt gewesen, vermag nicht zu überzeugen, hätte doch eine Vorbereitung zu diesem Zeitpunkt bereits weitgehend abgeschlossen sein müssen (die erste Lektion fand am 18. November 2011 – also am Tag nach der Darlegung der Kündigungsgründe und am ersten Tag der Frist – statt). Ausserdem waren für die beiden Termine an der Y. ___ zwei Halbtage veranschlagt. Dass diese Zeitverhältnisse für eine Stellungnahme ausreichend waren, belegt auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seine Stellungnahme tatsächlich am 21. November 2011 fristgerecht vorlegte.

BVerwGer A-2662/2013, E. 4.3:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und wird in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Er umfasst insbesondere auch das Recht, Einsicht in alle Akten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (Art. 26 VwVG) sowie sich zu äussern, bevor entschieden wird (Art. 30 VwVG). Das Recht der Behörden, die Modalitäten der Anhörung zum Beispiel durch Fristansetzung einseitig festzulegen, entspringt ihrer Prozessleitungsbefugnis (vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 30, Rz. 27). **Auch besteht gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG kein Rechtsanspruch auf eine Fristerstreckung. Im Allgemeinen müssen aber die Modalitäten der Anhörung so ausgestaltet werden, dass die Parteien ihre Mitwirkungsrechte angemessen, wirksam und effizient wahrnehmen können. Dies beurteilt sich insbesondere nach den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalls, so zum Beispiel der Komplexität der Sachverhalts- und Rechtsfragen oder der Intensität des durch die Verfügung bewirkten Eingriffs in die Rechtsstellung des Betroffenen** (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6738/2011 und A-6760/2011 vom 30. Oktober 2012 E. 3.4.2; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., Art. 30, Rz. 28). **Im Allgemeinen werden im Personalrecht auch Fristen von wenigen Tagen für eine Äusserung als mit dem rechtlichen Gehör vereinbar betrachtet, wobei immer auf die Umstände im Einzelfall abgestellt wird** (vgl. zur kurzen Frist Urteil des Bundesgerichts 2A.487/2001 vom 12. Dezember 2001 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 3.4 zur Frist von fünf Tagen).

BVerwGer A-4128/2016 E. 4.2.2.: Fristerstreckung

Behördlich angesetzte Fristen können aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (vgl. Art. 22 Abs. 2 VwVG). Zwar besteht kein Anspruch auf Erstreckung einer Frist. Die Behörde hat aber im Einzelfall zu prüfen, ob die Gewährung nach pflichtgemäsem Ermessen angezeigt ist. Sie entscheidet unter Berücksichtigung der Natur der Streitsache, der betroffenen Interessen und der Verfahrensumstände. Ebenso muss die Dauer der Erstreckung nach den Umständen des Einzelfalls angemessen sein (Urteil des BVerwGer C-1262/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.3; PATRICIA EGLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., 2016, Art. 22 N. 22).

BVerwGer A-5859/2012 E. 3.5: Ablehnung einer Fristerstreckung während Probezeit

Dass dem Gesuch um Fristerstreckung durch die Arbeitgeberin nicht nachgekommen wurde, erscheint zwar unüblich, lag aber in Anbetracht der während der Probezeit herrschenden engen zeitlichen Verhältnisse im Ermessen der verfügenden Behörde, zumal gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG kein Rechtsanspruch auf eine Fristerstreckung besteht (vgl. ANDRÉ MO-SER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 70, Rz. 2.136 f.).

VerwGer ZH PB.2001.00021 E. 3b ff.:

Der Beschwerdeführer lässt zu Recht anführen, dass der Geschäftsleiter der E, der auch zur Ansetzung der Gehörsfrist gemäss § 18 Abs. 3 VV PG zuständig gewesen ist, diese in eigener Kompetenz erstrecken konnte. Da § 18 Abs. 3 VV PG auch keine bestimmte Form für die Ansetzung der Frist vorsieht – die Schriftlichkeit bezieht sich auf eine mögliche Form der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs –, wäre auch eine mündliche und allenfalls auch nur konkludente Fristverlängerung denkbar. Wenn also das Verhalten des Geschäftsleiters der E geeignet war, beim Beschwerdeführer nach Treu und Glauben den Eindruck zu erwecken, die Frist sei erstreckt worden, so durfte dieser auf jenes vertrauen. Es stellt sich also die Frage, wie der Beschwerdeführer die Vereinbarung eines Besprechungstermins nach dem 18. April 2001 verstehen durfte.

(...) Alle diese Faktoren lassen erkennen, dass die Kommunikation zwischen dem Beschwerdeführer und dem Geschäftsleiter der E nicht an einem durchschnittlichen Massstab gemessen werden darf. Vor allem kann auch davon ausgegangen werden, dass in einer so angespannten Situation keine der Parteien das Gespräch und damit eine mögliche Konfrontation häufiger als unbedingt nötig sucht. Wenn deshalb die Finanzdirektion ausführt, der Beschwerdeführer hätte sich aktiv vergewissern müssen, ob mit der Ansetzung des Besprechungstermins die Gehörsfrist verlängert worden sei, so wendet sie auf das angespannte Verhältnis einen Massstab an, welcher der Situation nicht gerecht wird. Es kann hier offen bleiben, ob bei einem entspannten Verhältnis zwischen den Beteiligten der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen wäre, trotz der erklärten Teilnahmebereitschaft am Gespräch vom 24. April 2001 noch nachzufragen, ob denn damit auch die Gehörsfrist verlängert sei. In der beschriebenen Situation konnte dies nach Treu und Glauben vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden.

(...). Vor dem beschriebenen angespannten Hintergrund ist auch die angeblich durch einen Zeugen beweisbare Tatsache zu würdigen, der Beschwerdeführer sei am 12. April 2001 mündlich darauf hingewiesen worden, dass sich durch die auf den 24. April 2001 angesetzte Besprechung die Gehörsfrist nicht verlängere. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass dieser Hinweis tatsächlich erfolgt ist. Fraglich ist vielmehr, ob eine vereinzelte Äusserung im Rahmen eines kontroversen Gesprächs vom Beschwerdeführer in der wahren Tragweite gewürdigt werden konnte. Dem Geschäftsleiter der E musste bewusst sein, dass es für den Beschwerdeführer um mehr ging als um ein blosses Gespräch über Mobbing im Allgemeinen. Es dürfte ebenfalls deutlich geworden sein, dass der Beschwerdeführer nach fast zehnjähriger Tätigkeit bei der E nicht "kampflös" auf seine Weiterbeschäftigung verzichten wollte. Zudem bildete die Gehörsfrist nur ein Nebenthema der Unterredung. Nach Angaben des

Geschäftsleiters der E ist es vielmehr darum gegangen, ob der Vertreter der Personalabteilung als Nichtjurist überhaupt eine geeignete Ansprechperson sei, um das rechtliche Gehör wahrzunehmen. **Dass die Gehörsfrist nicht verlängert werde, hätte unter diesen Umständen dem Beschwerdeführer viel deutlicher mitgeteilt werden müssen, allenfalls sogar mit einer erneuten schriftlichen Bestätigung oder einem weiteren Hinweis ausserhalb dieses Gesprächs.**

BVerwGer A-7517/2014 E. 3.3.1:

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte und im VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des BGer 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2). Er umfasst insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung bzw. Äusserung (vgl. Art. 30 VwVG). **Behördlich angesetzte Fristen für die Ausübung dieses Rechts müssen angemessen, das heisst so bemessen sein, dass es gehörig wahrgenommen werden kann. Bei ihrer Festlegung ist einerseits der Komplexität der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie dem Aktenumfang Rechnung zu tragen, andererseits müssen Interessen der Verfahrensökonomie und -beschleunigung berücksichtigt werden. Neben den Modalitäten seiner Ausübung hängt die Wirksamkeit des Anhörungs- bzw. Äusserungsrechts auch von anderen Teilgehalten des rechtlichen Gehörs, insbesondere vom Akteneinsichtsrecht (vgl. Art. 26 VwVG), ab. Diese erfüllen in Bezug auf das Anhörungs- bzw. Äusserungsrecht Hilfsfunktionen. So kann dieses nur effektiv wahrgenommen werden, wenn die Behörde den Parteien die nötigen Informationen zukommen lässt, etwa im Rahmen der Akteneinsicht (vgl. zum Ganzen WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 30 N. 3 ff.).**

3.6 Begründung des Entscheides bzw. der Kündigung selbst: Wie umfassend und detailliert muss die Verfügung bzw. Kündigung begründet sein?

BGer 8C_294/2011 E. 4.2:

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. **Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.** Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. **In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweisen).**

BVerwGer A-962/2009, E. 4.2:

Bei der Begründungspflicht handelt es sich um einen Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. **Eine sachgerechte Anfechtung eines Verwaltungsakts ist nur dann möglich, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz ein Bild über die Tragweite eines Entscheids machen können. Demnach müssen in jedem Fall diejenigen Überlegungen angeführt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf**

die sie ihren Entscheid stützt, wobei sie sich jedoch auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken darf. Erforderlich ist, dass sich aus der Gesamtheit der Begründung ergibt, weshalb die Behörde den Vorbringen der Partei nicht folgen konnte (BGE 129 I 232 E. 3.2, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7914/2007 vom 15. Juli 2008 E. 5.2.1).

BVerwGer A-6509/2013 E. 4.5.2:

Die Pflicht einer Behörde, ihren Entscheid zu begründen, leitet das Bundesgericht aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab (vgl. z.B. BGE 133 I 270 E. 3.1, 129 I 232 E. 3.2), zumal dieser Grundsatz nicht nur zur Anhörung einer Partei, sondern auch zur sorgfältigen und ernsthaften Prüfung deren Vorbringen verpflichtet. Die Begründung muss derart verfasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheides klar wird und dass er dessen Rechtsgrundlagen sowie die wesentlichen Argumente der verfügenden Behörde kennt, um die Verfügung sachgerecht anfechten zu können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_922/2013 vom 19. Mai 2014 E. 3.1). Im Rahmen der Begründung müssen deshalb jene massgeblichen Überlegungen wenigstens kurz aufgeführt werden, von welchen sich die Behörde bei ihrem Entscheid leiten liess. Die Begründungspflicht wird dabei nicht bereits dadurch verletzt, dass sich die Behörde nicht mit jedem einzelnen Parteistandpunkt eingehend auseinandersetzt und jedes Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die verfügende Behörde darf sich bei der Begründung ihres Entscheides auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Die Frage, welches die wesentlichen Gesichtspunkte einer Entscheidung sind, muss für jeden Einzelfall individuell bestimmt werden. Insbesondere bei schweren Eingriffen und bei ausgeprägten Ermessensentscheiden sind die Anforderungen erhöht (vgl. zum Ganzen FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, Art. 35, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, Zürich 2009, Rz. 17 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 343 ff.; RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis

BVerwGer A-3757/2020 E. 6.3.4 und E. 8.2: Reduzierte Begründungstiefe bei Kündigung während Probezeit?

E. 6.3.4: Aufgrund der verkürzten Kündigungsfrist während der Probezeit und ihrer kurzen Dauer ist grundsätzlich nichts Rechtsmissbräuchliches darin zu erkennen, dass das Arbeitsverhältnis kurz vor ihrem Ablauf und ohne längere Verbesserungsphase gekündigt wird. Vielmehr entspricht es dem Zweck der Probezeit und der während ihrer Dauer nachwirkenden Vertrags- und Abschlussfreiheit, sich aufgrund der erlangten Erkenntnisse gegen eine langfristige Vertragsbindung und die damit verbundenen Rechte des Angestellten entscheiden zu können.

E. 8.2 Die Probezeit gibt den Vertragsparteien die Gelegenheit, eine auf Dauer angelegte Rechtsbeziehung durch gegenseitige Erprobung vorzubereiten. Es handelt sich wie erwähnt um eine lockere Vertragsbindung mit reduzierten Fürsorgepflichten, welche darauf ausgelegt ist, das Arbeitsverhältnis kurzfristig auflösen zu können. Gleichwohl muss auch eine Kündigung während der Probezeit begründet sein. Da die Probezeit jedoch dazu dient, die Fähigkeiten und Eignung eines Angestellten zu prüfen, sind an die Gründe für die Auflösung keine

allzu strengen Anforderungen zu stellen. So ist die Kündigung bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Dabei muss die Auflösung des Probezeitverhältnisses vom Betroffenen nicht verschuldet sein. Die begründete Feststellung etwa, dass er dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus. Dasselbe gilt, wenn aus persönlichen Gründen das für die vorgesehene Funktion nötige Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine künftig reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit in Frage gestellt erscheinen (zum Ganzen: Urteile des BVerwG A-6870/2017 vom 11. Juni 2018 E. 4, A-1058/2018 vom 27. August 2018 E. 4, A-2347/2013 vom 13. August 2013 E. 4.3.2).

VerwGer ZH PB.2001.00016 und 00017, E. 5. c): Protokollierungspflicht:

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich kein Recht auf Äusserung vor der gesamten entscheidenden Behörde. Allerdings gehen Praxis und Lehre soweit sie sich mit dieser Frage befassen in einem solchen Fall davon aus, dass das Ergebnis des Instruktionsverfahrens zuhanden der entscheidenden Behörde aktenmässig festzuhalten ist und dass der betroffene Person Gelegenheit zu geben ist, sich dazu zu äussern (Departement des Innern AG, 30. Januar 1996, AGVE 1996 S. 459 E. 3b; Rolf Tinner, Das rechtliche Gehör, ZSR 1964 II, S. 295 ff., 345 f.; vgl. auch Albertini, S. 278 f.; BGE 110 Ia 81 E. 5c; insofern zu präzisieren ist VGr, 28. Februar 2001, PB.2000.00027, E. 6a, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>, wo diese Frage nicht behandelt wird). Ob der Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt wurde, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalls; es genügt, wenn den Mitgliedern des entscheidenden Gremiums die Argumente der Betroffenen wenigstens zusammengefasst mitgeteilt werden und sie Gelegenheit haben, die vollständigen Akten einzusehen (BGr, 22. Mai 1991, RDAF 1992 S. 51 E. 2c). Ob dies bedeutet, dass der betroffenen Person eine selbständige Stellungnahme zum Protokoll der Anhörung gewährt werden muss, kann hier offen bleiben. Jedenfalls vermag die vom Gemeindegeschreiber verfasste "Akttennotiz" zur Besprechung vom 27. August 1998 den Anforderungen, die sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör an eine Stellungnahme der betroffenen Person zuhanden der entscheidenden Behörde ergeben, nicht zu genügen: Aus dem Protokoll ergeben sich kaum Rückschlüsse auf die Haltung der Beschwerdeführerin 1 zu den ihr gegenüber geäusserten, auf anderthalb Seiten detailliert aufgelisteten Vorwürfen. Im Übrigen geht aus den Akten nicht hervor, ob dieses Protokoll den nicht beteiligten Gemeinderäten überhaupt vorgelegt wurde: Der Verteiler der "Akttennotiz" erwähnt nur die Sitzungsteilnehmenden und die Personalakten. Dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 22. September 1998 lässt sich nur entnehmen, dass der Gemeinderat von F am 1. September 1998 über das Gespräch vom 27. August 1998 informiert wurde, aber nicht, dass ihm die "Akttennotiz" vorlag;

3.7 Schriftliche Eröffnung der Verfügung zwingend?

BVerwGer A-5218/2013 E. 6.2:

Art. 34 Abs. 1 VwVG verlangt, dass die Behörde den Parteien Verfügungen schriftlich eröffnet. Hält eine Behörde diese Formvorschrift nicht ein, liegt ein sog. Eröffnungsmangel vor, dessen Rechtsfolgen nach Art. 38 VwVG zu beurteilen sind. Nach dieser Bestimmung dürfen einer

Partei aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung keine Nachteile erwachsen. Welches nun die Rechtsfolgen einer mangelhaften Eröffnung sind, d.h. ob im Falle einer mündlichen Eröffnung die Verfügung an einem derart schweren Mangel leidet, welcher die Nichtigkeit nach sich zieht, kann vorliegend offenbleiben (vgl. Urteile des BVerwG A-5926/2012 vom 9. April 2013 E. 2.2.1 und C-749/2010 vom 1. Oktober 2010 E. 4.1; vgl. demgegenüber **Urteil des BVerwG A-3627/2009 vom 21. August 2009 1.1.7 ff., wonach eine Eröffnung mittels E-Mail im konkreten Fall als ausreichend erachtet wurde, da die mangelhafte Eröffnung für den Beschwerdeführer keinen Nachteil zur Folge hatte**; KNEUBÜHLER, in: VwVG-Kommentar, Art. 38 Rz. 14; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 642; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 974). Denn Art. 34 Abs. 2 VwVG schafft in Bezug auf Zwischenverfügungen eine Ausnahme zur Pflicht der schriftlichen Eröffnung (FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 34 N 34; HÄNER, a.a.O., Rz. 163). Nach dieser Bestimmung kann eine Behörde eine Zwischenverfügung in mündlicher Form eröffnen, wobei sie diese schriftlich bestätigen muss, wenn eine Partei dies auf der Stelle verlangt; eine Rechtsmittelfrist beginnt in diesem Fall erst von der schriftlichen Bestätigung an zu laufen.

3.8 Wichtig: ein Kündigungsentscheid darf nicht im Voraus gefasst werden

BVerwGer A-6277/2014 E. 7.2.1:

Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer (definitiven) Entscheidung gelangen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 VwVG) ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (Urteile des Bundesgerichts 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 140 I 320, und 8C_187/2011 vom 14. September 2011 E. 6.2). (...) Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Arbeitgeberin zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich bereits die Absicht besteht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ansonsten die Arbeitnehmerin dazu nicht angehört werden müsste. Ebenso wenig lässt sich verhindern, dass die Arbeitgeberin regelmässig auf ihrem ursprünglichen Willen beharren wird. **Entscheidend ist, dass der Beschluss zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs noch nicht endgültig gefasst worden ist, mithin nicht ausgeschlossen ist, dass die Arbeitgeberin auf ihr Vorhaben zurückkommt.**

BVerwGer A- 3436/2015 E.4.2.1:

Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer (definitiven) Entscheidung gelangen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 und Art. 30 Abs. 1 VwVG) ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (Urteile des BVerwG 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 140 I 320, und 8C_187/2011 vom 14. September 2011 E. 6.2). Es liegt in der Natur der Sache, dass beim Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Anhörung grundsätzlich bereits die Absicht besteht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ansonsten die Arbeitnehmerin dazu nicht angehört werden müsste. Ebenso wenig lässt sich verhindern, dass der Arbeitgeber regelmässig auf seinem ursprünglichen Willen beharren wird. Entscheidend ist, dass der Beschluss zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der

Gewährung des rechtlichen Gehörs noch nicht endgültig gefasst worden ist, mithin nicht ausgeschlossen ist, dass der Arbeitgeber auf sein Vorhaben zurückkommt (zum Ganzen Urteil des BVGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 7.2.1).

VerwGer SG K.2013/2, E. 2.2:

Der Klägerin musste deshalb vorgängig das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV) gewährt werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt. **Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidrelevanten 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** (zur Publikation vorgesehener BGE 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2 mit Hinweisen). Dementsprechend schreibt Art. 77 lit. a PersG ausdrücklich vor, dass die betroffene Mitarbeiterin vor Eröffnung der Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme erhält (vgl. auch Art. 15 Abs. 1 und 2 VRP).

3.9 Reformatio in Peius und rechtliches Gehör

VerwGer ZH VB.2018.00089 E. 3.2 (beachte: Rechtsmittelverfahren):

Die Rekursinstanz kann eine angefochtene Anordnung grundsätzlich auch zu Ungunsten der rekurrierenden Person abändern (§ 27 VRG). **Als Ausfluss des in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) verankerten Anspruchs auf rechtliches Gehör hat sie jene diesfalls jedoch vorgängig auf ihre Absicht aufmerksam zu machen, zu einer solchen reformatio in peius zu schreiten, und ihr Gelegenheit zu geben, Stellung zu nehmen** (BGE 118 V 182 E. 2d, 122 V 166 E. 2a f.; Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 214 mit Hinweisen; Alain Griffel, VRG-Kommentar, § 27 N. 14 ff., auch zum Folgenden). Dadurch soll der Partei die Möglichkeit eingeräumt werden, durch Rückzug des Rechtsmittels eine Verschlechterung ihrer Rechtsstellung abzuwenden.

4 Verletzung des rechtlichen Gehörs: Rechtsfolgen

In der Gerichtspraxis scheint folgender Mechanismus zu greifen:

- Grundsätzlich anfechtbar aber nicht nichtig;
- Nichtigkeit nur in besonders gravierenden Fällen;
- Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids;
- Leichte Fälle einer Gehörsverletzung sind heilbar, sofern die betreffende Person die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, welche zu freier Prüfung all jener Fragen befugt ist, die auch der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können;
- Schwere Fälle grundsätzlich nicht heilbar, Verfügung wird aufgehoben;
- Ausnahme: Von einer Rückweisung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinn einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann 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 8C_469/2019 E. 6.1:

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. **Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids** (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197).

VerwGer ZH PB.2001.00021 E. 2. b):

Entgegen der Annahme des Beschwerdeführers ist ein unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommener Entscheid in aller Regel nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (z.B. BGE 120 V 357 E. 2a; siehe auch Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 450 ff.; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt a.M. 1990, Nr. 81 B VII). **Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes infolge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs wird nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung angenommen, nämlich nur bei einer schwerwiegenden Verletzung einer Verfahrensgarantie und unter Abwägung aller im Spiel befindlichen Interessen** (vgl. Albertini, S. 452).

VerwGer ZH PB.2003.00011 E. 3. d) dd:

Ein unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommener Entscheid ist in aller Regel nicht nichtig, sondern ebenfalls bloss anfechtbar (z.B. BGE 120 V 357 E. 2a; vgl. auch Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 450 ff.; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt a.M. 1990, Nr. 81 B VII). **Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes infolge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs wird nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung angenommen, nämlich nur bei einer schwerwiegenden Verletzung einer Verfahrensgarantie und unter Abwägung aller im Spiel befindlichen Interessen** (vgl. Albertini, S. 452).

BVerwGer A-962/2009: E. 4.1:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Sofern der Mangel nicht geheilt werden kann, hat die Verletzung die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zur Folge (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 V 132 E. 2b, MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.11.). Nach der Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwer wiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs 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 (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, BGE 126 V 132 E. 2b).

BVerwGer A-1856/2008 E. 4.4.1:

Eine Verletzung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung **geheilt werden, wenn der Beschwerdeführer die Möglichkeit hatte, sich vor**

einer Beschwerdeinstanz zu äussern, welche zu freier Prüfung all jener Fragen befugt ist, die auch der unteren Instanz hätten unterbreitet werden können (BGE 117 Ib 481 E. 8a). Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt; zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 126 I 68 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2006, Rz. 986 f.). Wird die Gehörsverletzung als schwer eingestuft, ist die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 30 Rz. 45).

Beachte: BVerwGer A-7317/2007: E. 2.3 f. in welchem das Bundesverwaltungsgericht die Heilung einer Gehörsverletzung annahm, obwohl die Arbeitnehmerin *überhaupt nicht angehört* worden war:

E. 2.3: Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinn einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann 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 (BGE 132 V 387 E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 2.4: Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin keine Gelegenheit erhielt, vor Erlass der Kündigung zu den darin gemachten Vorwürfen Stellung zu nehmen. Zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör hat die Arbeitgeberin einer Angestellten der Entwurf einer Kündigung zu unterbreitet und ihr Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit hatte, die Kündigung vorgängig zur Kenntnis zu nehmen und sich allenfalls dazu zu äussern, stellt folglich eine Gehörsverletzung dar. Allerdings würde eine Rückweisung zu unnötigen Verzögerungen führen, was gerade in einem Kündigungsverfahren nicht im Interesse der betroffenen Partei sein kann. Dies insbesondere deshalb, als die Verfügung auch aus anderen Gründen als der Verletzung des Gehörsanspruchs angefochten wurde und deshalb davon auszugehen ist, dass eine neue Verfügung wiederum angefochten werden würde. Die Beschwerdeführerin hatte ausserdem vor der Vorinstanz und nun auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht ausreichend Gelegenheit sich zu allen Vorwürfen in der Kündigung zu äussern. Sie hat davon Gebrauch gemacht und ihren Standpunkt im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels umfassend dargelegt. Damit wurde ihr das rechtliche Gehör – zumindest im vorliegenden Verfahren – ausreichend gewährt und die Verletzung desselben dadurch geheilt.

5 Aktenführungspflicht

5.1 Gegenstand und Umfang im Allgemeinen

STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 55:

Die effektive Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts setzt spiegelbildlich eine entsprechende Pflicht zur vollständigen, geordneten und übersichtlichen Aktenführung voraus (Albertini,

Anspruch, 254). Diese ist Voraussetzung für eine wirksame Teilnahme am Verfahren im Allgemeinen und für die Verteidigung von Beschuldigten im Strafverfahren im Speziellen (BGE 139 I 206 E. 3.4.1, 215 f.; 138 V 218 E. 8.1.2, 223; 129 I 85 E. 4.1, 88 f.; 115 Ia 97 E. 4c, 99; BGer 6B_307/2012 [BGE 139 IV 128], E. 3; 5A_353/2012 [19.6.2012], E. 4 für den Bereich der Zwangsmedikation). **Die Behörden haben insb. Abklärungen, Zeugeneinvernahmen, Befragungen und Verhandlungen in Protokollen festzuhalten, Aufnahmen von Befragungen aufzubewahren und aktenmässig zu belegen, wie die Beweismittel produziert worden sind. Der Umfang der Protokollierung hängt von den konkreten Umständen und der Art des Verfahrens ab, ist im Strafverfahren streng zu handhaben und wird durch Art. 100 StPO konkretisiert (BGE 130 II 473 E. 4.1 f., 477 f.; 131 II 670 E. 4, 678 ff.; 129 I 85 E. 4.1, 88 f.; BGer 6B_719/2011; 6B_722/2011 [12.11.2012], E. 4.5; 1P.399/2005 [8.5.2006], E. 3; Schmutz, in: Niggli et al., BSK StPO, Art. 100, Rz. 1).**

5.2 Pflicht zur Führung eines Personaldossiers

BVerwGer A-3436/2015 E. 4.4.2:

Die Aktenführungspflicht der Verwaltung stellt das Gegenstück zum Akteneinsichtsrecht der beschwerdeführenden Person dar und ist insofern ein Teilaspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör, als die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts eine korrekte Aktenführung voraussetzt (vgl. BGE 124 V 372 E. 3b, 124 V 389 E. 3a). Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). In den Akten ist festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidungswesentlich sein kann (vgl. BGE 130 II 473 E. 4.1; Urteil des BGer 9C_231/2007 vom 5. November 2007 E. 3.2; OESCHGER/WALDMANN, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren VwVG, 2009 [Praxiskommentar VwVG], Art. 26 Rz. 34 ff.). Im Übrigen bestimmen Art. 27c BPG sowie Art. 26 i.V.m. Anhang 3 der Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BDPV, SR 172.220.111.41), welche Dokumente in ein Personaldossier gehören. Dieses umfasst generell jene Akten, welche vom Arbeitgeber mit dem Zweck der Dokumentation über einen Arbeitnehmer gesammelt werden (Personaldossier im materiellen Sinn; vgl. Urteil des BVerwGer A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 3.7 m.w.H.).

5.3 Was gehört ins Personaldossier?

BVerwGer A-5859/2012 E. 3.7:

Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, das Personaldossier sei unvollständig gewesen, zumal der seiner Kündigung vorangegangene E-Mail-Verkehr zwischen seinen Vorgesetzten nicht enthalten gewesen sei. **Vom Recht auf Akteneinsicht (vgl. oben E. 3.6) ausgeschlossen sind verwaltungsinterne Akten wie z.B. interne Stellungnahmen, Entwürfe, Anträge, Notizen, Gutachten und Mitberichte, sofern sie nicht als Grundlage für einen Entscheid dienen. Die E-Mail-Kommunikation zwischen den Vorgesetzten des Beschwerdeführers stellt ein interner Austausch persönlicher Ansichten dar. Zwar kann eine solche Kommunikation meinungsbildend sein, sie muss es aber nicht. Im Weiteren ist sie vorliegend auch nicht geeignet, den Stellenwert der Entscheidungsgrundlage einzunehmen, ist sie doch einem telefonischen**

Austausch von Meinungen gleichzusetzen und als solche nicht Teil der Personalakte. **Ausserdem zwingt auch das Gesetz nicht dazu, E-Mail-Kommunikation als Bestandteil in das Personaldossier aufzunehmen** (vgl. Art. 16 der Verordnung vom 3. Juli 2001 über den Schutz von Personendaten in der Bundesverwaltung [AS 37/2001]). Die aktuell geltende und detailliertere Regelung von Art. 26 i.V.m. Anhang 3 der Verordnung vom 26. Oktober 2011 über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BDPV, SR 172.220.111.41) verlangt die Aufnahme von derartigen Notizen nicht, schliesst sie aber auch nicht aus (vgl. dazu auch WOLFGANG PORTMANN, Art. 328b, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, Rz. 3, 32, 42). **Das Personaldossier umfasst jene Akten, welche vom Arbeitgeber mit dem Zweck der Dokumentation über einen Arbeitnehmer gesammelt werden (Personaldossier im materiellen Sinn**; vgl. BGE 132 II 495 E. 3.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 147, Rz. 3.93; HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, a.a.O., Rz. 1691a). Dem Beschwerdeführer wurden überdies die Kündigungsgründe in den Gesprächen vom 16. und 17. November 2011 dargelegt, so dass er vor Erlass der Kündigungsverfügung über ausreichende Kenntnisse für eine zweckmässige Stellungnahme verfügte

6 Akteneinsichtsrecht

6.1 Bestandteil des Anspruches auf rechtliches Gehör

BVerwGer A-6517/2007 E. 6.1:

Zum formellen Anspruch auf rechtliches Gehör, der für das Verwaltungsverfahren in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert worden ist, gehört insbesondere auch das Recht auf Akteneinsicht. Die Verfahrensbeteiligten sollen im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung von den Entscheidungsgrundlagen vorbehaltlos und ohne Geltendmachung eines besonderen Interesses Kenntnis nehmen können (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1672 ff.). Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG haben die Parteien oder ihre Vertreter Anspruch darauf, am Sitz der verfügenden Behörde oder bei einer durch diese bezeichneten kantonalen Behörde unter anderem alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Der Anspruch auf Akteneinsicht kann auch ausserhalb eines hängigen Verfahrens geltend gemacht werden, wenn der Rechtsuchende ein besonderes schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann (vgl. BGE 129 I 249 E. 3 mit weiteren Hinweisen).

BVGer A-7826/2009 E. 3.1:

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und wird in Art. 29 ff. VwVG konkretisiert. Er verleiht den am Verfahren Beteiligten verschiedene Mitwirkungsrechte und **umfasst insbesondere auch das Recht, Einsicht in alle Akten zu nehmen, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Nach der Rechtsprechung umfasst das verfassungsmässig garantierte Akteneinsichtsrecht das Recht, die Akten am Ort der urteilenden Behörde einzusehen, sich Notizen davon zu machen und Fotokopien anzufertigen bzw. anfertigen zu lassen, sofern der Behörde daraus nicht ein unverhältnismässiger Aufwand entsteht** (Urteil 5A_349/2009 des Bundesgerichts vom 23. Juni 2009, E. 3.3, BGE 129 I 249 E. 3, BGE

126 I 7 E. 2a, BGE 122 I 109 E. 2b). Hinsichtlich neuer, dem Dossier beigefügter Beweismittel, welche für die Entscheidungsfindung massgebend sind, gebietet der Anspruch auf rechtliches Gehör sodann, die Parteien von deren Vorhandensein in Kenntnis zu setzen (vgl. BGE 128 V 272 E. 5b). Dabei kann es genügen, wenn die urteilende Behörde die Akten zur Verfügung der Parteien bereithält (BGE 112 Ia 202 Erw. 2a). Sie ist daher nicht gehalten, den Parteien die Akten zuzustellen. Die Dauer der Einsichtnahme muss mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sein und ist unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls festzusetzen (vgl. Urteil der Eidgenössischen Rekurskommission für medizinische Aus- und Weiterbildung [REKO MAW] vom 29. April 2003, E. 5.1, veröffentlicht in der Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.30).

6.2 Zwingend mit Eröffnung der Frist zur Stellungnahme zu gewähren?

BVerwGer A-6277/2014 E. 7.1.1:

Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt nach der Rechtsprechung, dass grundsätzlich sämtliche beweiserheblichen Akten den Beteiligten gezeigt werden müssen, sofern in der sie unmittelbar betreffenden Verfügung darauf abgestellt wird. Denn die betroffene Partei kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (BGE 132 V 387 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_631/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 4.2.1.1).

BVerwGer A-5859/2012 E. 3.6:

Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gehört auch die dem Erlass einer Verfügung vorangehende Einsicht in relevante Akten. Dabei erstreckt sich das Einsichtsrecht auf alle Akten, welche geeignet sind, eine Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden, d.h. entscheidrelevant sind oder sein können. Die Tatsache, dass dem Beschwerdeführer sein Personaldossier erst rund eine Woche nach der Bekanntgabe von Kündigungsabsicht und Kündigungsgründen zusammen mit der entsprechenden Verfügung zugestellt wurde, ist grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darzustellen. Da dem Beschwerdeführer der Inhalt seiner Personalakte weitestgehend bekannt sein durfte, ist diese Verletzung jedoch nicht als besonders schwerwiegend einzustufen. Selbst wenn das Vorenthalten der Personalakte an und für sich als Verletzung des rechtlichen Gehörs zu werten ist, wurde diese geheilt: Der Beschwerdeführer konnte im Rahmen der Beschwerdemöglichkeit an die Vorinstanz sowie an das Bundesverwaltungsgericht vollumfängliche und zeitlich ausreichende Akteneinsicht wahrnehmen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 140, 142, 146 ff., 154, Rz. 3.77, 3.80, 3.90 ff., 3.112 f.; ULRICH HÄFELIN/

BVerwGer A-7517/2014 E. 3.3.1:

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte und im VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör gilt auch im öffentlichen Personalrecht uneingeschränkt (vgl. Urteil des BGer 8C_340/2014 vom 15. Oktober 2014 E. 5.2). Er umfasst insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung bzw. Äusserung (vgl. Art. 30 VwVG). Behördlich angesetzte Fristen für die Ausübung dieses Rechts müssen angemessen, das heisst so bemessen sein, dass es

gehörig wahrgenommen werden kann. Bei ihrer Festlegung ist einerseits der Komplexität der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie dem Aktenumfang Rechnung zu tragen, andererseits müssen Interessen der Verfahrensökonomie und -beschleunigung berücksichtigt werden. Neben den Modalitäten seiner Ausübung hängt die Wirksamkeit des Anhörungs- bzw. Äusserungsrechts auch von anderen Teilgehalten des rechtlichen Gehörs, insbesondere vom Akteneinsichtsrecht (vgl. Art. 26 VwVG), ab. Diese erfüllen in Bezug auf das Anhörungs- bzw. Äusserungsrecht Hilfsfunktionen. So kann dieses nur effektiv wahrgenommen werden, wenn die Behörde den Parteien die nötigen Informationen zukommen lässt, etwa im Rahmen der Akteneinsicht (vgl. zum Ganzen WALDMANN/BICKEL, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 30 N. 3 ff.).

BVGer A-7826/2009 E. 3.1:

Dabei kann es genügen, wenn die urteilende Behörde die Akten zur Verfügung der Parteien bereithält (BGE 112 Ia 202 Erw. 2a). Sie ist daher nicht gehalten, den Parteien die Akten zuzustellen.

6.3 Personaldossier: Welche Akten sind offen zu legen?

BVerwGer A-6277/2014 E. 7.1.1:

In begründeten Fällen kann die Akteneinsicht verweigert oder eingeschränkt werden (vgl. Art. 27 VwVG). Liegen im konkreten Einzelfall wesentliche Geheimhaltungsgründe vor, so verlangt das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) einen Ausgleich der konträren Interessen, welche auf der Basis der Umstände des konkreten Falles gegeneinander abzuwägen sind. Die Einschränkung hat sich sodann auf das Erforderliche zu beschränken. Nur Akten bzw. diejenigen Teile von Aktenstücken, welche einen geheimhaltungswürdigen Inhalt aufweisen, dürfen der Einsichtnahme entzogen werden. Die übrigen Inhalte müssen dagegen in geeigneter Form – etwa mittels Anonymisierung der geheim zu haltenden Bereiche – zugänglich gemacht werden (WALDMANN/OESCHGER, in: VwVG Praxiskommentar, Art. 27 N 37 f.).

7 Replikrecht

7.1 Replikrecht in Gerichtsverfahren

7.1.1 Gegenstand und Umfang

BGer 1B_281/2012 E. 2.2 ff:

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser umfasst auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können. Dieses auf Art. 29 Abs. 2 BV gestützte Replikrecht gilt für alle gerichtlichen Verfahren, auch solche, die nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallen. Die Verfahrensbeteiligten haben Anspruch auf Zustellung von Vernehmlassungen, unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthalten. Das Gericht muss vor Erlass seines Entscheids eingegangene Stellungnahmen den Beteiligten zustellen, damit sich diese darüber schlüssig werden können, ob sie sich dazu äussern wollen oder nicht (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157; 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; 133 II 98 E. 2.1 S. 99; 133 I 100 E. 4.3 ff. S. 102 ff.; je mit Hinweisen).

Im Fall, der dem Urteil 9C_1069/2008 vom 2. März 2009 zugrunde lag, reichte die Beklagte am 27. Oktober 2008 eine Stellungnahme ein. Diese teilte das kantonale Gericht am 29. Oktober 2008 der Klägerin mit. Am 6. November 2008 fällte das Gericht sein Urteil, so dass es die Eingabe der Klägerin vom 8. November 2008 nicht mehr berücksichtigen konnte. Das Bundesgericht bejahte eine Verletzung des Replikrechts der Klägerin. **Es befand, das kantonale Gericht hätte der Klägerin eine vernünftige Zeitspanne belassen müssen, um auf die Stellungnahme der Beklagten zu reagieren. Indem das kantonale Gericht nach der Mitteilung der Stellungnahme der Beklagten innert kurzer Frist entschieden habe, habe es die Klägerin daran gehindert, sich zu äussern.**

E. 2.3 Indem die Vorinstanz nur drei Tage, nachdem der Beschwerdeführer die Stellungnahme erhalten hatte, entschieden hat, hat sie ihm keine ausreichende Zeit gelassen, sich darüber schlüssig zu werden, ob er eine Replik einreichen wolle, diese zu verfassen und zu übermitteln. Dass der Beschwerdeführer die Replik nicht innert drei Tagen eingereicht hat, kann ihm nicht vorgeworfen werden. Er hat die Replik am 26. März 2012 und damit noch innerhalb einer vernünftigen Zeitspanne eingereicht. Diese Eingabe konnte die Vorinstanz nicht mehr berücksichtigen, womit sie das Replikrecht des Beschwerdeführers verletzt hat. Die Rüge ist begründet. Der vorliegende Fall liegt im Wesentlichen gleich wie jener, über den das Bundesgericht im oben (E. 2.2) erwähnten Urteil vom 2. März 2009 zu befinden hatte.

BGE 133 I 98 E. 2.1 ff:

Der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, bildet einen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Im Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist es den Gerichten nicht gestattet, einer Partei das Äusserungsrecht zu eingegangenen Stellungnahmen bzw. Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen abzuschneiden. **Die Partei ist vom Gericht nicht nur über den Eingang dieser Eingaben zu orientieren; sie muss ausserdem die Möglichkeit zur Replik haben** (BGE 132 I 42 E. 3.3.3 S. 47 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte). Art. 29 Abs. 2 BV gebietet, dass die Gerichte diesen Grundsatz auch ausserhalb von Art. 6 Ziff. 1 EMRK beachten. In diesem Sinne ist festzustellen, dass Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren dieselbe Tragweite zukommt. Inwiefern Art. 29 Abs. 2 BV ein Replikrecht auch in Verwaltungsverfahren verleiht, kann hier offenbleiben.

E. 2.2 Gehen in einem Gerichtsverfahren Vernehmlassungen und Stellungnahmen von Parteien und Behörden ein, so werden diese den übrigen Verfahrensbeteiligten im Allgemeinen zur Kenntnisnahme zugestellt. Diese Zustellung kann verbunden werden mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Ein solcher wird jedoch nur ausnahmsweise eröffnet (vgl. Art. 93 Abs. 3, Art. 110 Abs. 4 OG, neu: Art. 102 Abs. 3 BGG [SR 173.110]). Ferner kann das Gericht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs Eingaben den Verfahrensbeteiligten mit förmlicher Fristansetzung zur freigestellten Vernehmlassung zukommen lassen, was im Bereich des Haftrechts regelmässig der Fall ist. Schliesslich wird eine neu eingegangene Eingabe den Parteien häufig ohne ausdrücklichen Hinweis auf allfällige weitere Äusserungsmöglichkeiten zur (blossen) Kenntnisnahme übermittelt. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche

Eingabe ohne Fristansetzung erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies aus Gründen des BGE 133 I 98 S. 100 Zeitgewinns tun, ohne vorher darum nachzusuchen. Nach Treu und Glauben hat dies jedoch umgehend zu erfolgen. Das Bundesgericht wartet bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidungsfällung zu, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet

BGer 4A_86/2018 E. 2.2 ff.:

Nach Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. **Diese Garantien umfassen das Recht, von allen beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht. Das Gericht hat ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewährleisten** (BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2.1 und 2.4; vgl. für das Zivilverfahren auch BGE 142 III 48 E. 4.1.1; je mit Hinweisen).

E. 2.4: In ihrem Schreiben vom 9. Januar 2018 hat die Vorinstanz eingeräumt, dass die Eingabe des Beschwerdeführers vom 3. Januar 2018 noch rechtzeitig erfolgt ist. Davon ist auszugehen. **Da das Appellationsgericht seinen Entscheid in der Sache bereits am 29. Dezember 2017 gefällt hatte, konnte es die Eingabe des Beschwerdeführers vom 3. Januar 2018 nicht mehr berücksichtigen. Unter diesen Umständen hatte der Beschwerdeführer keine Gelegenheit, sich zur Berufungsantwort vom 15. November 2017 zu äussern. Somit ist sein Replikrecht verletzt.**

7.1.2 Umsetzungsmodalitäten, insbesondere Wartefrist

BGer 5D_81/2015 E. 2.3.2 ff.:

Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden. Nur so kann sie sich darüber schlüssig werden, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197 mit Hinweisen). In diesem Sinne ist der Prozesspartei die konkrete Möglichkeit zu einer effektiven Replik einzuräumen (BGE 133 I 100 E. 4.3-4.6 S. 102 ff. mit Hinweisen; Urteil 9C_557/2008 vom 3. April 2009 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 135 III 289). **Hierzu reicht es grundsätzlich aus, die fragliche Eingabe der Partei zur Information zuzustellen** (im Einzelnen BGE 138 I 484 E. 2.4 S. 487; s. auch 138 III 252 E. 2.2 S. 255; Urteil 5A_553/2015 vom 16. Dezember 2015 E. 4.1.1 [zur Publikation vorgesehen]). **Begnügt sich das Gericht in diesem Sinne mit einer blossen Zustellung zur Kenntnisnahme, ohne dem Adressaten eine Frist zur Stellungnahme zu setzen, so bringt es damit zum Ausdruck, dass der Schriftenwechsel geschlossen ist und von den Parteien auch sonst keine zusätzlichen Eingaben mehr erwartet werden, es die Sache mithin als spruchreif erachtet. Dementsprechend wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung zur Kenntnisnahme zugestellt erhält und sich dazu äussern will, dies umgehend und spontan tut oder wenigstens um Ansetzung einer Frist nachsucht; andernfalls wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet** (BGE 138 I 484 E. 2.2 S. 486 mit

Hinweisen). Das soeben Gesagte gilt erst recht für den Rechtsanwalt, der von Berufs wegen als Parteivertreter auftritt und kraft seines Mandats in der Pflicht steht, die Rechte seiner Klientenschaft zu wahren (vgl. Urteile 4D_27/2014 vom 26. August 2014 E. 4.2.1; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4). **Sieht sich der Anwalt ausserstande, umgehend eine ausformulierte Stellungnahme für seinen Mandanten auszuarbeiten, so muss er dem Gericht ankündigen, dass er eine Stellungnahme einzureichen beabsichtigt, oder die Justizbehörde wenigstens um Ansetzung einer Frist ersuchen.**

E. 2.3.3. Soll die Partei ihr Replikrecht in der zuletzt beschriebenen Konstellation effektiv wahrnehmen können, muss ihr das Gericht ausreichend Zeit für eine Stellungnahme lassen. Allerdings **muss das Gericht mit der Entscheidfällung auch nur so lange zuwarten, bis es annehmen darf, dass der Adressat auf eine weitere Eingabe verzichtet habe** (Urteile 4A_215/2014 vom 18. September 2014 E. 2.1; 4D_27/2014 vom 26. August 2014 E. 4.2.1; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4). **Welche Wartezeit ausreichend ist, hängt vom Einzelfall ab. Die Rechtsprechung bejaht in aller Regel eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, wenn das Gericht "nur wenige Tage" nach der Mitteilung entscheidet** (BGE 137 I 195 E. 2.6 S. 199; Urteile 5D_112/2013 vom 15. August 2013 E. 2.2.3; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4). Als begründet erachtete das Bundesgericht die Gehörsrüge zum Beispiel in einem Fall, wo das kantonale Verwaltungsgericht die Beschwerdeantwort und die Vernehmlassung der Gemeinde am 8. November 2005 zur Kenntnisnahme zustellte und am 16. November 2005 sein Urteil fällte (Urteil 1P.798/2005 vom 8. Februar 2006 E. 2.3). Auch eine kürzere Zeitdauer wurde in der Praxis verschiedentlich als unzureichend erachtet (Urteile 2C_794/2008 vom 14. April 2009 E. 3.5 [**sieben Tage seit Zustellung sind unzureichend**]; 2C_560/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.4 f., in: StR 2013 S. 405 [**vier Werktagen seit Zustellung sind unzureichend**]; 1B_459/2012 vom 16. November 2012 E. 2.4 [**vier Tage sind unzureichend**]; 1B_407/2012 vom 21. September 2012 E. 3.2 [**vier Tage bzw. ein Tag seit Zustellung ist unzureichend**]; 1B_25/2010 vom 17. Februar 2010 E. 2.2 [**zwei Tage sind unzureichend**]). In einer allgemeineren Formulierung hielt das Bundesgericht fest, dass **jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach zwanzig Tagen schon von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe** (Urteile 9C_159/2014 vom 7. April 2014 E. 3; 9C_193/2013 vom 22. Juli 2013 E. 2.1.2; 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4; 1B_407/2012 vom 21. September 2012 E. 2.2; 6B_629/2010 vom 25. November 2010 E. 3.3.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.3.4. In all den erwähnten Urteilen beantwortet das Bundesgericht die immer gleiche Frage, ob die Behörde zu einem bestimmten Zeitpunkt - nach Ablauf einer bestimmten Anzahl Tage - von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen und ihren Entscheid fällen durfte. **Die bundesgerichtliche Praxis** beschäftigt sich nicht mit dem Thema, *bis wann* die zur Replik entschlossene Partei zur Tat schreiten *muss*. Sie **versucht Klarheit darüber zu schaffen, von wann an die Behörde entscheiden darf**. Soweit das Bundesgericht in der zitierten Rechtsprechung losgelöst vom konkreten Fall auf die Zahl von zehn Tagen zu sprechen kommt, handelt es sich also **nicht um eine Aufforderung an die Partei, eine allfällige Replik bis spätestens am letzten dieser zehn Tage beim Gericht einzureichen** oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung zu übergeben, wie es Art. 143 Abs. 1 ZPO für gesetzliche und gerichtliche Fristen vorschreibt.

Vielmehr ist es nach der zitierten Rechtsprechung die Behörde, die vor Ablauf einer Frist von zehn Tagen seit Zustellung der Eingabe nicht von einem Verzicht auf das Replikrecht ausgehen dürfen soll (so ausdrücklich Urteil 6B_629/2010 vom 25. November 2010 E. 3.3.2; s. E. 2.3.3). Das bedeutet, dass die Behörde nach Ablauf dieser zehn Tage, das heisst vom elften Tag an, ihr Urteil fällen darf. Will eine Partei sicherstellen, dass ihre Replik berücksichtigt werden kann, so ist es also an ihr dafür zu sorgen, dass die Eingabe bis spätestens am zehnten Tag beim Gericht eintrifft. In der zitierten Rechtsprechung ist denn auch nicht davon die Rede, dass das Gericht - zusätzlich zu den zehn Tagen - noch den Ablauf einer weiteren Zeitdauer für die Übermittlung der Eingabe abwarten muss. Eine solche Lesart würde darauf hinauslaufen, dass die Zustellung einer Eingabe ohne Fristansetzung im Ergebnis gleich zu behandeln wäre, wie wenn das Gericht eine (zehntägige) Frist zur Vernehmlassung angesetzt hätte. Wie das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten hat, folgt eine derartige Gleichstellung aber gerade nicht aus der zitierten Rechtsprechung. Vielmehr übernimmt die Partei, der eine Eingabe lediglich zur Information zugestellt wurde und die damit weiss, dass die Sache aus der Sicht des Gerichts spruchreif ist, das Risiko eines raschen Entscheids (Urteil 5A_155/2013 vom 17. April 2013 E. 1.4).

7.2 Replikrecht auch in Verwaltungsverfahren?

«Dem Geltungsbereich von Art. 29 entsprechend (...) besteht das so verstandene Replikrecht sowohl für gerichtliche und nichtgerichtliche Verfahren wie auch für nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK fallende Sachbereiche.»²⁹

Altstätten/Gais, 16. November 2022

Dr. Christoph Senti

www.9450.ch

²⁹ (im Original z.T. kursiv) STEINMANN, St. Galler BV-Kommentar, Art. 29 N 47.