

## 22.004 Beschwerde gegen Kündigung aus strukturellen Gründen

Entscheid der Beschwerdekommision vom 16. November 2022

- Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (E. 2.3.1).
- Aus dem Recht auf vorgängige Anhörung folgt, dass die Behörde die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis nehmen und sich bei der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinandersetzen muss (E. 2.3.2).
- Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist im Weiteren verletzt, wenn eine Entscheidung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (E. 2.3.3).
- Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst ausserdem das Recht, zur Wahrung der Interessen einen Rechtsvertreter oder Beistand beizuziehen, der die Partei im Verfahren vertritt oder ihr beisteht (E. 2.3.4).
- Das rechtliche Gehör verlangt weiter, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt (E. 2.3.5).
- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt eine Gehörsverweigerung in aller Regel zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit eines Entscheides (BGer 1C\_158/2019). Dies gilt insbesondere, wenn die betroffene Person ihre Parteirechte anderweitig geltend machen kann (E. 3.1).
- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt (E. 3.5).
- Bei der beantragten Genugtuung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Gemäss § 60 Absatz 1 Buchstabe c VRPG AG urteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz über vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen oder kommunalen Rechts beteiligt ist, wenn nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben oder ein Zivilgericht oder das Spezialverwaltungsgericht zuständig ist. Die Beurteilung des Genugtuungsantrags fällt damit jedenfalls nicht in die beschwerdeweise Beurteilungskompetenz der BK FHNW (E. 4.2).

## II. Erwägungen

### Formelles

...

### 2.3

#### 2.3.1

Gemäss Artikel 29 Absatz 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV, SR 101) vom 17. April 1999 haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich auch aus dem jeweiligen Verfahrensrecht. Gemäss § 21 VRPG AG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie entscheidet (Abs. 1). Die Anhörung kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn Gefahr in Verzug ist oder eine vorgängige Anhörung den Zweck der be-

hördlichen Anordnung vereiteln würde. Die Anhörung ist umgehend nachzuholen und es ist ein neuer Entscheid zu erlassen (Abs. 2).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör 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).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann.

### 2.3.2

Aus dem Recht auf vorgängige Anhörung folgt, dass die Behörde die Äusserungen der Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis nehmen und sich bei der Entscheidungsfindung und –begründung sachgerecht auseinandersetzen muss (BGE 134 I 83 ff., 88; 123 I 31 ff., 34). Um ihr Anhörungsrecht wahrnehmen zu können, müssen die Betroffenen Kenntnis vom Verfahren haben. Die Parteien haben deshalb Anspruch auf Orientierung. Dies umfasst, dass «die verfügende Behörde sie zunächst einmal über die Hängigkeit und den Gegenstand des Verfahrens in Kenntnis setzen» muss, «sofern sie das Verfahren nicht selbst eingeleitet haben oder die Einleitung voraussehen konnten» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 1010a). Voraussetzung des Äusserungsrechts sind damit 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; BGE 140 I 99 E. 3.4). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen. Entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (zum Ganzen: BGE 144 I 11 ff.; BGE 140 I 99 ff.; BGE 137 I 195 ff.). 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 (BGer 8C\_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2; BGE 144 I 11 ff., 18 E. 5.3). 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 (BGer 8C\_974/2009 vom 2. Juni 2010 E. 5.2.2).

### 2.3.3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist im Weiteren verletzt, wenn eine Entscheidung schon vor der Anhörung faktisch feststeht (BGer 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). Im Rahmen der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses darf die zuständige Behörde erst nach Kenntnisnahme der gesamten entscheidungsrelevanten Sachlage und mithin erst nach Anhörung der betroffenen Person zu einer (definitiven) Entscheidung gelangen (BVerGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 7.2.1). Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der Arbeitgeberin zum Zeitpunkt der

Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits die Absicht besteht, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, ansonsten der/die Mitarbeitende nicht dazu 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 (BVerGer A-6277/2014 vom 16. Juni 2015 E. 7.2.1).

#### 2.3.4

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst ausserdem das Recht, zur Wahrung der Interessen einen Rechtsvertreter oder Beistand beizuziehen, der die Partei im Verfahren vertritt oder ihr beisteht (BGE 132 V 443 ff., 445 E.3.3; 119 Ia 260 ff., 260 E. 6a für den Zivilprozess).

#### 2.3.5

Das rechtliche Gehör verlangt weiter, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt (BGE 124 I 49 E. 3a, 124 I 241 E. 2; je mit Hinweisen). 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 (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen).

#### 2.4

Die FHNW hat in der Einspracheentscheid sowie in ihrer Stellungnahme vom 5. August 2022 festgehalten, dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör vor der Übergabe der Kündigung am X. März 2022 im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit der Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW gewährt worden. In der Kündigungsverfügung wurde das rechtliche Gehör jedoch mit keinem Wort erwähnt. Es wurde weder festgehalten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zur Stellungnahme hatte, noch wurde ausgeführt, ob der Beschwerdeführer vom rechtlichen Gehör Gebrauch gemacht oder auf eine Stellungnahme verzichtet hat. In der Kündigungsverfügung wurde auch nicht erwähnt, wie sich der Beschwerdeführer zur beabsichtigten Kündigung geäussert hat. Ebenso wenig wurde auf allfällige Vorbringen des Beschwerdeführers gegen die Kündigung eingegangen.

Auch in der Aktennotiz, welche zum rund fünfzehnminütigen Personalgespräch vom X. März 2022 erstellt worden ist, findet sich kein Hinweis auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Aus dieser geht lediglich hervor, dass die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW dem Beschwerdeführer die Kündigung eröffnet und ihn darum gebeten hat, den Empfang der Kündigung zu bestätigen. Dass sich der Beschwerdeführer vor der Übergabe der Kündigungsverfügung zur Sache hätte äussern können, geht aus der Aktennotiz nicht hervor. Nachdem sich der Beschwerdeführer in zwei Rechtsmittelverfahren (Einsprache beim Direk-

tionspräsidenten FHNW und Beschwerde bei der BK FHNW) gegen die Kündigung zur Wehr gesetzt hat, ist davon auszugehen, dass er sich bereits im Rahmen des rechtlichen Gehörs gegen die Kündigung ausgesprochen hätte.

Im Gespräch vom X. März 2022 wurde der Beschwerdeführer über die strukturelle Anpassung bzw. die personelle Veränderung in seiner Funktion informiert. Weiter wurde ihm die Kündigungsverfügung ausgehändigt. In diesem lediglich 15 Minuten dauernden Gespräch war es dem wohl überraschten Beschwerdeführer gar nicht möglich, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen. Vielmehr hätte er eine angemessene Frist für eine Stellungnahme erhalten müssen.

...

## 2.5

Das rechtliche Gehör verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise, dass sich die FHNW mit allfälligen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hätte.

Dazu hätte die Zeit auch gar nicht gereicht. Erstens wurde dem Beschwerdeführer die Kündigung während des fünfzehnminütigen Gesprächs und somit unmittelbar im Anschluss an die Information über die Kündigung überreicht. Zweitens wurden die Kadermitarbeitenden bereits wenige Minuten nach Beendigung des Gesprächs informiert. Und drittens wurde die Information an die Mitarbeitenden der HSW FHNW nicht einmal zwei Stunden nach der Ausgehändigung der Kündigungsverfügung verschickt. Selbst wenn der Beschwerdeführer am X. März 2022 von seinem rechtlichen Gehör Gebrauch gemacht hätte, ist äusserst fraglich, inwiefern die kurze Zeitspanne ausgereicht hätte, damit sich die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW mit allfälligen Argumenten des Beschwerdeführers hätte auseinandersetzen können. Daraus ergibt sich, dass der Entscheid für das Aussprechen der Kündigung bereits unwiderruflich vor dem Gespräch gefällt war. Es gibt keinen Hinweis, der darauf deuten würde, dass sich die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW mit allfälligen Vorbringen des Beschwerdeführers hätte auseinandersetzen wollen bzw. sich eine Hintertüre offen gehalten hätte. Dies ergibt schon aus dem straffen, im Voraus festgelegten Zeitplan, gemäss welchem das Gespräch der Kündigung auf allerhöchstens 30 Minuten veranschlagt war.

## 2.6

In ihrer Stellungnahme vom 5. August 2022 führte die FHNW aus, dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör vor der Übergabe der Kündigung am X. März 2022 im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit der Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW gewährt worden. Die FHNW wies in der Stellungnahme darauf hin, dass keine Vorgaben über die zeitliche Abfolge der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der anschliessenden Verfügung existieren würden. In der Duplik vom 30. September 2022 führte die FHNW schliesslich aus, es sei aus Sicht der HSW FHNW angemessen gewesen, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör unmittelbar vor der Übergabe der Kündigung zu gewähren. Bei einer zeitlichen Staffelung der Ankündigung der Kündigung und der eigentlichen Kündigung hätte letztere durch eine kurzfristige Krankschreibung verunmöglicht werden können. Die Dauer der

Wahrung des rechtlichen Gehörs könne wegen drohender Krankschreibung und damit Verunmöglichung der Kündigung faktisch immer nur sehr kurz angesetzt werden.

Die FHNW ist der Ansicht, es sei zulässig, eine drohende Krankschreibung dadurch zu verhindern, dass dem Betroffenen nur eine sehr kurze Frist zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gewährt wird. Die Gefahr, dass eine Kündigung durch eine Krankschreibung verzögert wird, stellt jedoch keinen sachlichen Grund dar, um auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verzichten oder das Äusserungsrecht mit einer unzumutbar kurzen Frist zu verbinden und damit faktisch zu verunmöglichen. Auch wenn die Gefahr besteht, dass ein Mitarbeitender sich im Hinblick auf eine drohende Kündigung krankschreiben lässt, kann das rechtliche Gehör nicht einfach mit einer sehr kurzen Frist verbunden und damit vereitelt werden. Die von einer Kündigung betroffenen Mitarbeitenden haben auch dann einen Anspruch auf ihre Verfahrensrechte, wenn eine drohende Krankschreibung die Kündigung verzögern kann.

## 2.7

Angesichts der Tragweite der Entscheids, die Stelle «A» aufzuheben und das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufzuheben, mutet es befremdlich an, die Information über die organisatorischen bzw. personellen Veränderungen und die Kündigung in einer kurzen Zeitspanne von lediglich 15 Minuten vorzunehmen. Auch die für das Gespräch ursprünglich maximal eingeplanten 30 Minuten wären für die Gewährung des rechtlichen Gehörs mit einer umfassenden Stellungnahme der betroffenen Person sehr knapp bemessen gewesen. Es ist sehr unwahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer im lediglich 15 Minuten dauernden Gespräch auch noch Zeit gehabt hatte, sich in angemessener Art und Weise zur Sache zu äussern. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre – wofür sich in der Aktennotiz über das Gespräch vom X. März 2022 und in der Kündigungsverfügung jedoch keine Belege befinden – hätte eine Viertelstunde dem Anspruch, sein Anhörungsrecht rechtswirksam wahrzunehmen, nicht genügt. Vielmehr hätte dem Beschwerdeführer nach der Information über die Umstrukturierung eine angemessene Frist von mehreren Tagen eingeräumt werden müssen, um von seinem Äusserungsrecht Gebrauch zu machen (vgl. dazu BGer 2A.487/2001 vom 12. Dezember 2001 E. 2b, BVerGer A-5859/2012 vom 15. Mai 2013 E. 3.4).

## 2.8

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs unmittelbar vor der Eröffnung der Kündigung wäre im Übrigen nur bei einer fristlosen Kündigung im Sinne von Ziffer 3.1 GAV FHNW zulässig. Liegen Umstände vor, deren Vorhandensein die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Trau und Glauben unzumutbar macht, ist rasches Handeln angezeigt. Nur in einem solchen Fall wäre die Gewährung des rechtlichen Gehörs unmittelbar vor der Eröffnung der Kündigung oder verbunden mit einer sehr kurzen Frist zulässig. Um eine solche Konstellation ging es im vorliegenden Fall jedoch nicht. Bei einer Auflösung des Anstellungsverhältnisses aus strukturellen Gründen ist es nicht angemessen, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör unmittelbar vor der Übergabe der Kündigung zu gewähren und ihm keine Möglichkeit für eine umfassende Stellungnahme zu gewähren.

Hinzu kommt, dass sich aus der Kündigungsverfügung keinerlei Hinweise ergeben, dass sich die FHNW mit allfälligen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hätte. Wie bereits ausgeführt, hätte dazu die Zeit auch gar nicht gereicht. Selbst wenn der Beschwerdeführer am X. März 2022 von seinem rechtlichen Gehör Gebrauch gemacht hätte, ist äusserst

fraglich, inwiefern sich die Direktionperson der Hochschule Z. FHNW mit allfälligen Argumenten des Beschwerdeführers hätte auseinandersetzen können, wenn sie ihm noch am Gespräch selber die Kündigungsverfügung überreicht hat. Angesichts der Tatsache, dass die Direktorin die Information über die Kündigung an die verschiedenen Mitarbeiterkategorien unmittelbar nach dem Gespräch vorgenommen hat (um ... Uhr), wurde auf allfällige Einwände auch offensichtlich kein Wert gelegt bzw. blieben solche unberücksichtigt.

## 2.9

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus der Aktennotiz zum Gespräch vom X. März 2022 und der Kündigungsverfügung vom X. März 2022 nicht hervorgeht, dass die FHNW den Beschwerdeführer vor Erlass der Kündigungsverfügung in rechtsgenügender Weise das rechtliche Gehör gewährt hat. Ihm wurde keine Gelegenheit eingeräumt, sich zur beabsichtigten Umstrukturierung, der Aufhebung seiner Funktion als A und der damit zusammenhängenden Auflösung des Anstellungsverhältnisses zu äussern, zumal der Beschwerdeführer zu diesen Vorhaben vorab nicht im Bilde war und somit ohnehin nicht hätte angemessen reagieren können. Weiter finden sich in den Akten auch keine Hinweise darauf, dass die FHNW in Anwendung von § 21 Absatz 2 VRPG AG ausnahmsweise auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs verzichtet hat und die Anhörung umgehend hätte nachholen wollen. In der angefochtenen Kündigungsverfügung wurde zum Anspruch auf rechtliches Gehör und zur Verzichtsmöglichkeit in dringenden Fällen nichts ausgeführt. Auch nach Erlass der angefochtenen Verfügung wurde dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit eingeräumt, nachträglich vom rechtlichen Gehör Gebrauch zu machen. Die Anhörung wurde nicht nachgeholt. Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise, inwiefern die FHNW allfällige Vorbringen des Beschwerdeführers gegen die Kündigung gehört, geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt hätte. Bei dieser Ausgangslage muss davon ausgegangen werden, dass die definitive Entscheidung schon vor Gewährung des rechtlichen Gehörs feststand. Auch dieser Umstand stellt jedoch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wurde somit in mehreren Teilaspekten nicht Genüge getan, weshalb er vorliegend verletzt wurde.

## 3.

### 3.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Missachtung von fundamentalen Kommunikationsansprüchen habe die Nichtigkeit des Entscheides zur Folge (Ziff. 75 der Beschwerde). Der Beschwerdeführer ersucht deshalb darum, festzustellen, dass die Kündigung nichtig sei.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung führt eine Gehörsverweigerung in aller Regel zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit eines Entscheides (BGer 1C\_158/2019). Dies gilt insbesondere, wenn die betroffene Person ihre Parteirechte anderweitig geltend machen kann (vgl. BGer 1C\_268/2018 vom 12. Juli 2019 E. 4.2 mit Hinweis). Besonders schwere und offensichtliche Verfahrensmängel begründen jedoch gemäss Bundesgericht die Nichtigkeit eines Entscheides. Das gilt insbesondere bei funktioneller oder sachlicher Unzuständigkeit einer Behörde (vgl. BGE 144 IV 362 E. 1.4.3 S. 367 f.; 137 I 273 E. 3.1 S. 275; je mit Hinweisen).

### 3.2

Da Kündigungen von Dozenten offenbar in die Kompetenz der Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW fallen, verfängt das Argument, die Kündigung sei von einer nicht zuständigen Stelle ausgesprochen worden, nicht. Dass die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW zuständig war, zeigt sich u.a. daran, dass der Vorgänger in derselben Position den Arbeitsvertrag unterschrieben hatte. Insofern ist die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW als Anstellungsbehörde befugt, eine Kündigung auszusprechen. Von einer funktionellen oder sachlichen Unzuständigkeit ist deshalb nicht auszugehen.

### 3.3

Es stellt sich die Frage, ob der unter Ziffer 2 ff. festgestellte Verfahrensfehler beim rechtlichen Gehör als schwerwiegend anzusehen ist.

Der Beschwerdeführer hatte weder vor noch nach Erlass der angefochtenen Kündigungsverfügung Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Umstrukturierung, der Aufhebung seiner Funktion als A und der damit zusammenhängenden Auflösung des Anstellungsverhältnisses rechtsgenügend zu äussern. Die Anhörung des Beschwerdeführers wurde faktisch unterlassen und zu keinem Zeitpunkt nachgeholt. Weiter steht fest, dass der Entscheid über die Kündigung bereits vor dem Gespräch unwiderruflich gefällt war, was ebenfalls eine Gehörsverletzung darstellt. Ausserdem verletzt das Vorgehen die Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW den in Ziffer 2.1 des GAV FHNW festgeschriebenen Schutz der Persönlichkeit bzw. die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Diese GAV-Bestimmung auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zu gewähren. Der Arbeitgeber hat dabei u.a. selbst persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen (STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 328 N 3). Der Beschwerdeführer war über die Umstrukturierungspläne der neuen Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW nicht informiert. Er wurde zu einem Gespräch eingeladen, ohne Vorankündigung über den Inhalt des Gesprächs. Nachdem bereits vorher regelmässige bilaterale Gespräche mit seiner vorgesetzten Stelle stattgefunden hatten, durfte der Beschwerdeführer davon ausgehen, dass es sich auch beim Gespräch vom X. März 2022 um ein solches übliche Gespräch handeln würde. Da der Beschwerdeführer vom Inhalt des Gesprächs – die beabsichtigte Umstrukturierung, die Aufhebung seiner Funktion und die Auflösung des Anstellungsverhältnisses – keine Kenntnis hatte, konnte er sich auch nicht von einer Rechtsvertretung begleiten lassen. Weiter wurde ihm am Gespräch selbst keine Frist für eine nachträgliche Stellungnahme gewährt. Dies vor dem Hintergrund, dass die Umstrukturierung aus rein organisatorischen Gründen erfolgte und in keinem Zusammenhang mit einem schuldhaften Verhalten des Beschwerdeführers stand. Es liegt gemäss Angaben der FHNW für die Kündigung kein Verschulden des Beschwerdeführers vor. Damit fehlt es auch an der zeitlichen Dringlichkeit für eine derart rasche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, verbunden mit einer (fast) sofortigen Freistellung.

Unter Würdigung der Gesamtumstände ist deshalb insgesamt von einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen. Das von der Direktionsperson der Hochschule Z. FHNW gewählte Vorgehen – die Gesprächseinladung ohne vorherige Information über das Thema bzw. Anliegen, ein Gespräch von lediglich 15 Minuten für eine Kündigung aufgrund einer Umstrukturierung mit praktisch sofortiger Freistellung sowie die fehlende

Äusserungsmöglichkeit des Beschwerdeführers – wäre allerhöchstens bei einer sehr schweren Pflichtverletzung, welche eine fristlose Kündigung rechtfertigt, angebracht gewesen. Im vorliegenden Fall, in welchem seitens des Beschwerdeführers, wie von der FHNW ausgeführt, kein Verschulden vorlag, verletzt dieses Vorgehen die arbeitgeberische Fürsorgepflicht.

### 3.4

Im Weiteren verlangt Ziff. 14.1 des GAV FHNW, dass bei Entlassungen aus strukturellen und wirtschaftlichen Gründen menschliche und wirtschaftliche Härten für die Mitarbeitenden weitgehend vermieden werden. Auch diese Vorgabe wurde mit dem Vorgehen rund um die Kündigung des Beschwerdeführers nicht eingehalten. Der Beschwerdeführer war zum Kündigungszeitpunkt A Jahre alt. Nicht einmal B Jahre vorher hat die FHNW den Beschwerdeführer nach einem mehrmonatigen Auswahlverfahren angestellt. Der Prozess einer Reorganisation dauert in der Regel einige Monate, muss doch nach dem Erkennen des Bedarfs einer solchen zuerst eine neue Organisationsstruktur erarbeitet werden. In diesem Zusammenhang hätte der am meisten Betroffene informiert werden müssen. Weiter hätte die FHNW im Rahmen der Fürsorgepflicht die Aufgabe gehabt, umfassend zu klären, ob es innerhalb der FHNW nicht eine andere Beschäftigungsmöglichkeit für den Beschwerdeführer gegeben hätte. Gemäss Ziffer 14.4 GAV FHNW soll bei einer Aufhebung von Arbeitsplätzen den betroffenen Mitarbeitenden in erster Linie und soweit als möglich eine andere angemessene Beschäftigung innerhalb der FHNW angeboten werden. In diesen Fällen wird für die Dauer von 12 Monaten ab Stellenwechsel ein Lohnbesitzstand gewährt. Dieser Vorgabe im GAV FHNW wird mit den Ausführungen der FHNW in der Stellungnahme vom 5. August 2022, wonach eine der bisherigen Stelle angemessene Alternative im Zeitpunkt der Kündigung nicht offen gewesen sei und deshalb nicht habe angeboten werden können, nicht entsprochen. Vorliegend sind seitens der FHNW keine aktiven Bemühungen erkennbar, um die menschliche und wirtschaftliche Härte für den Beschwerdeführer zu vermeiden.

### 3.5

Unter den oben genannten Umständen ist die Gehörsverletzung als besonders schwerer und offensichtlicher Verfahrensmangel zu qualifizieren.

Damit entfällt die Möglichkeit, den Mangel ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren zu heilen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder Begründung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, das eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt (BGE 137 I 195 ff., 197f.; 136 V 117, 133 I 201ff., 204f.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, N 1175). Die Heilung lässt das Bundesgericht jedoch nur zu, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt. Denn diese soll die Ausnahme bleiben (BGE 142 II 218 ff., 226; 137 I 195 ff., 197; 135 I 279 ff., 285 ff., 134 I 140 ff., 150, 133 I 201 ff., 204f.).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob aus verfahrensökonomischen Gründen auf eine Rückweisung der Sache an die FHNW verzichtet werden könnte. In den Verfahren vor der BK FHNW können alle Mängel des Verfahrens und der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden. Einzig bei Beschwerden gegen Prüfungsentscheide ist die Rüge der Unangemes-



senheit ausgeschlossen (§ 33 Abs. 5 Staatsvertrag FHNW). Im vorliegenden Fall wurde kein Prüfungsentscheid angefochten, sondern eine Kündigung. Die BK FHNW kann den Sachverhalt wie auch die Rechtslage im vorliegenden Fall also frei überprüfen. Weiter hat sich der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren in mehreren Eingaben (Beschwerde, Replik, Stellungnahme zu neuem Dokument) ausführlich geäußert. Er konnte seinen Standpunkt im Beschwerdeverfahren wirksam zur Geltung bringen. Die FHNW hat ihrerseits in mehreren Schreiben Stellung bezogen. Allerdings vermögen die Ausführungen zum rechtlichen Gehör nicht zu überzeugen. Mit dem Hinweis auf die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung hat der Beschwerdeführer allerdings zum Ausdruck gebracht, dass eine Heilung des Verfahrensmangels nicht in seinem Interesse liegt. Da mit der Kündigung und der sofortigen Freistellung die einschneidendste personalrechtliche Massnahme getroffen wurde und eine Heilung des Verfahrensmangels die Ausnahme darstellt, ist das Interesse des Beschwerdeführers an der korrekten Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte im vorliegenden Fall höher zu gewichten als das Interesse an einer beförderlichen Beurteilung. Auf eine Heilung des Mangels im Beschwerdeverfahren ist zu verzichten.

### 3.6

...

### 3.7

Zusammenfassend ist die Gehörsverletzung als besonders schwerer und offensichtlicher Verfahrensmangel zu qualifizieren. Die Kündigungsverfügung vom X. März 2022 erweist sich deshalb als nichtig. Die Gehörsverletzung führt somit zur Gutheissung der Beschwerde bzw. zur Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids. Als Folge davon ist der Beschwerdeführer weiterhin bei der FHNW angestellt und diese hat ihm bis zu einer verfahrensrechtlich korrekten Auflösung des Anstellungsverhältnisses den Lohn auszurichten.

Damit erübrigt es sich, auf den Eventualantrag um Ausrichtung einer Entschädigung einzugehen.

## 4.

### 4.1

Der Beschwerdeführer ersucht um Ausrichtung einer Genugtuung von CHF xy.– nebst Zins. Dazu führt er aus, dass für eine sofortige Freistellung von der Arbeit und eine kurze Frist von Y. Tagen für die Räumung des Büros, die Entfernung privater Dokumente vom FHNW-Laufwerk und die Rückgabe der Gegenstände kein plausibler Grund bestanden habe. Durch die Art der Freistellung sei seine private und berufliche Würde und Ehre verletzt worden. Es liege eine schwere Persönlichkeitsverletzung vor, weshalb eine Genugtuung von xy.– Franken gerechtfertigt sei.

### 4.2

Bei der vom Beschwerdeführer beantragten Genugtuung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Gemäss § 60 Absatz 1 Buchstabe c VRPG AG urteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz über vermögensrechtliche Streitigkeiten, an denen der Kanton, eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt des kantonalen oder kommunalen Rechts beteiligt ist, wenn nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben oder ein Zivilgericht oder das Spezialverwaltungsgericht zuständig ist. Die Beurteilung

des Genugtuungsantrags fällt damit jedenfalls nicht in die beschwerdeweise Beurteilungskompetenz der BK FHNW. Mangels Zuständigkeit der BK FHNW kann auf das Begehren um Zusprechung einer Genugtuung nicht eingetreten werden (vgl. dazu die Entscheide BK FHNW 21.008 vom 23. Mai 2022 E. 5.3, BK 20.003 vom 9. Juli 2021 E. 2.2.4 oder den Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) Basel-Stadt vom 15. März 2004, PRK Fall Nr. 37, Ziffer 4).

5.

Gemäss § 33 Absatz 5<sup>bis</sup> des Staatsvertrages FHNW sind Entscheide der Beschwerdekommision in personalrechtlichen Streitigkeiten kostenlos. Es werden keine Parteikosten ersetzt.