



Universität St.Gallen

Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis

Das rechtliche Gehör / Replikrecht

Dr. iur. Christoph Senti

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



From insight to impact.

Rechtliches Gehör: Rechtsgrundlagen

Vorbemerkung: In Bezug auf Quellen und Nachweise wird auf beiliegende Dokumentation verwiesen.

Doppeltes Rechtsverhältnis:

Arbeitgeber ⇔ Arbeitnehmer => Personalrecht

Staat ⇔ Adressat => Verwaltungsverfahrenrecht

Rechtsgrundlagen:

- Bundesverfassung: Art. 29 BV
- Kantonales Verfassungsrecht: Art. 4 Abs. 1 KV SG
- Jeweiliges Dienstrecht: BPG, Art. 77 PersG SG, etc.
- Jeweiliges Verwaltungsverfahrenrecht: VwVG, VRP SG, etc.

Teilaspekte des Anspruches auf rechtliches Gehör

- Anspruch auf Orientierung und vorgängige Anhörung im Verfahren
- Mitwirkungsrecht bei Beweiserhebung
- Anspruch auf Akteneinsicht (bedingt Aktenführungspflicht)
- Anspruch auf Stellungnahme zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkte (insbes. Replikrecht)
- Recht auf Begründung von Verfügungen
- Recht auf Vertretung und Verbeiständung im Verfahren

Wann ist das rechtliche Gehör (vorgängig) zu gewähren?

- Kündigung des Dienstverhältnisses mittels Verfügung? ✓
- Kündigung eines öffentlichrechtlichen (Arbeits-)vertrages? ✓
- Freistellung der/des Arbeitnehmenden? ✓ / ✗
- Vertragsänderungen zu Gunsten der/des Arbeitnehmenden? ✗ ?
- Abschluss eines Aufhebungsvertrages? ✗
- Verwarnung oder Verweis? ✓
- Erteilung einer Weisung im Einzelfall? ✗

Kein formelles Verfahren notwendig

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

Mitteilung an die/den Arbeitnehmenden (I)

- **Eröffnung des rechtlichen Gehörs in Form eines Gespräches**
 - Grundsätzlich zulässig
 - Aktenführungspflicht: Empfehlung zur Protokollierung des Gespräches
 - Sinnvollerweise mit zweiter Person (Protokollführer)
 - Anschliessend: Schriftliche Bestätigung durch Übergabe/Zustellung einer schriftlichen Mitteilung oder des Gesprächsprotokolls

Mitteilung an die/den Arbeitnehmenden (II)

- **Keine Pflicht zur Zustellung eines Entwurfes der beabsichtigten Verfügung**
Um das rechtliche Gehör sicherzustellen, **wird dem Arbeitnehmer in der Praxis zwar regelmässig ein Verfügungsentwurf zugestellt, 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 (...). **Sie kann das Anhörungsrecht des Betroffenen auch auf andere Art wahren.**
- Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebietet lediglich, dass der Beschwerdeführer dergestalt über die voraussichtliche 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 (...).**

Mitteilung an die/den Arbeitnehmenden (III)

- **Wie detailliert muss die Mitteilung sein?**

Wegleitend muss der **Gedanke sein, einer Partei zu ermöglichen, ihren Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen** (...). 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** (...).

Nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs

- Rechtsgrundlagen im Personal- und Verwaltungsverfahrenrecht prüfen!
 - Zum Teil trotzdem unklar:
 - Art. 77 Abs. 1 lit. a PersG SG: Keine Ausnahmebestimmung zur Pflicht der *vorgängigen* Anhörung zu finden.
 - Art. 15 Abs. 3 VRP SG: Keine vorgängige Anhörung, wenn wegen Gefahr sofort verfügt werden muss.
- => Gesetzeslücke oder PersG SG als *lex specialis* zum VRP SG?

Frist zur Stellungnahme: Dauer? (I)

- Rechtsgrundlagen im Personal- und Verwaltungsverfahrenrecht prüfen!
- 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 (...). Die konkreten Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen.
- 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.

Frist zur Stellungnahme: Dauer? (II)

- 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**.
- **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** (...), ab.

Frist zur Stellungnahme: Fristerstreckung? (I)

- Rechtsgrundlagen im Personal- und Verwaltungsverfahrenrecht prüfen!
- Behördlich angesetzte Fristen **können aus zureichenden Gründen erstreckt werden**, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (...). Zwar **besteht kein Anspruch auf Erstreckung einer Frist**. Die Behörde **hat aber im Einzelfall zu prüfen, ob die Gewährung nach pflichtgemäßem 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.
- 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.

Frist zur Stellungnahme: Fristerstreckung? (II)

- **Spezialfall: Mündliche Äusserungen als konkludente Fristerstreckung?**
Da § 18 Abs. 3 VV PG auch keine bestimmte Form für die Ansetzung der Frist vorsieht (...), 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. (.....)
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 (VerwGer ZH PB.2001.00021 E. 3 b) ff.).

Begründung der Kündigung(sverfügung): Wie detailliert? (I)

- **Eingehen auf die Stellungnahme der/des Betroffenen:**

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.

- **Beschränkung auf wesentliche Punkte erlaubt:**

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**.

Begründung der Kündigung(sverfügung): Wie detailliert? (II)

- **Möglichkeit zur sachgerechten Anfechtung als Massstab:**

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.

- **Keine Pflicht zur „Abarbeitung“ jedes einzelnen Argumentes:**

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 Entscheids auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.

Schriftliche Eröffnung der Kündigung(sverfügung) zwingend?

- Rechtsgrundlagen im Personal- und Verwaltungsverfahrenrecht prüfen!
- 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.
[Art. 38 VwVG: Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen.]
- Ausnahmen möglich: „(...) Urteil des BVGer 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.“

Kündigungsbeschluss darf nicht im Voraus gefasst werden!

- Im Rahmen der Kündigung eines **Arbeitsverhältnisses** darf die zuständige Behörde erst nach **Kenntnisnahme der gesamten entscheiderelevanten Sachlage** und mithin erst nach **Anhörung der betroffenen Person** zu einer (definitiven) Entscheidung gelangen. Der **Anspruch auf rechtliches Gehör (...)** ist verletzt, wenn eine Entlassung schon vor der Anhörung faktisch feststeht.
 - 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.
- => Achtung bei den Formalien: Wording von Protokollen, Mitteilungen oder Verfügungen, Datum von Beschlüssen etc.

Verletzung des rechtlichen Gehörs: Rechtsfolgen (I)

- Rechtsgrundlagen im Personal- und Verwaltungsverfahrenrecht prüfen!
- Mechanismus gemäss Gerichtspraxis:
 - 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;

Verletzung des rechtlichen Gehörs: Rechtsfolgen (II)

- Mechanismus gemäss Gerichtspraxis: (II)
 - 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.

Aktenführungspflicht

- **Aktenführungspflicht als Grundlage des Akteneinsichtsrechts**
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.**
- 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. (...)**
- **In den Akten ist festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidwesentlich sein kann.**

Personaldossier

- **Personaldossier:**

Dieses [das Personaldossier] umfasst generell jene Akten, welche vom Arbeitgeber mit dem Zweck der Dokumentation über einen Arbeitnehmer gesammelt werden (Personaldossier im materiellen Sinn).

- **Was gehört ins Personaldossier?**

Vom Recht auf Akteneinsicht (...) 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. (...) Ausserdem zwingt auch das Gesetz nicht dazu, E-Mail-Kommunikation als Bestandteil in das Personaldossier aufzunehmen (Verweis auf Art. 16 VO Schutz von Personendaten in der Bundesverwaltung).

Akteneinsicht (I)

- **Teil des Anspruches auf rechtliches Gehör**
Zum formellen **Anspruch auf rechtliches Gehör**, (...), 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.
- 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**.
- **Informationspflicht bei neuen Beweismitteln**
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.

Akteneinsicht (II)

- **Zwingende Pflicht zur Akteneinsicht bei Mitteilung zur Stellungnahme?**
(...) 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.
- Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs gehört auch die dem Erlass einer Verfügung vorangehende Einsicht in relevante Akten.
- Beachte aber auch: Dabei kann es genügen, wenn die urteilende Behörde die Akten zur Verfügung der Parteien bereithält (...). Sie ist daher nicht gehalten, den Parteien die Akten zuzustellen.

Replikrecht (I)

- **Gegenstand und Umfang**

(...) 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. (...) 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.

- 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.

Replikrecht (II)

- **Umsetzung in der Praxis, insbes. bezüglich Wartefrist**
Damit die Partei ihr Replikrecht auch tatsächlich wahrnehmen kann, **muss ihr die fragliche Eingabe vor Erlass des Urteils zugestellt werden.** (...) Hierzu **reicht es grundsätzlich aus, die fragliche Eingabe der Partei zur Information zuzustellen.**
- **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

Replikrecht (III)

- **Umsetzung in der Praxis, insbes. bezüglich Wartefrist (II)**
(...) muss ihr das Gericht ausreichend **Zeit für eine Stellungnahme lassen**. Allerdings muss das Gericht mit der Entscheidung auch nur so lange zuwarten, bis es annehmen darf, dass der Adressat auf eine weitere Eingabe verzichtet habe.
- **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.
- Unzureichend: 8 Tage, 7 Tage, 4 Werkzeuge, 4 Tage, 2 Tage.
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.

Replikrecht (IV)

- **Umsetzung in der Praxis, insbes. bezüglich Wartefrist (III)**

Beachte bezüglich Fristbemessung: 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 (...). **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.**

- **Gilt Rechtsprechung zum Replikrecht nur für Gerichts- oder für 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.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

