

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.282 vom 6. März 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2017.282](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.282)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.282 du 6 mars 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.282 del 6 marzo 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach § 23 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG, SG 331.100) kann gegen Verfügungen der Organe und Organisationseinheiten der in der Form selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten öffentlichen Spitäler gemäss dem Organisationsgesetz (SG, 153.100) Rekurs an den Verwaltungsrat erhoben werden. Ein solches öffentliches Spital ist gemäss § 1 Abs. 1 ÖSpG auch das Universitätsspital. Die Entscheide des Verwaltungsrates unterliegen gemäss § 23 Abs. 3 ÖSpG dem Rekurs an das Verwaltungsgericht. Daraus folgt die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses. Zuständig ist ein Dreiergericht (§ 88 Abs. 2 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Die Rekurrentin ist als Verfügungsadressatin zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs ist somit einzutreten.

### **E. 2**

2.1 Der Rekurs an den Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel hat aufschiebende Wirkung, wenn ihm diese nicht im Voraus in der angefochtenen Verfügung oder, nach Rekursanmeldung, durch die Rekursinstanz ausdrücklich entzogen wird (§ 47 Abs. 1 OG in Verbindung mit § 23 Abs. 2 ÖSpG). Die Rekursinstanz kann die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wieder herstellen (§ 47 Abs. 2 OG). Da der rechtsstaatliche Sinn eines ordentlichen Rechtsmittels darin besteht, die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung überprüfen zu lassen, bevor sie Wirkungen entfalten kann, müssen die aufschiebende Wirkung die Regel und deren Entzug die Ausnahme bilden (VGE VD.2017.162 vom 28. August 2017 E. 3.1, VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1, VD.2013.181 vom 13. Januar 2014 E. 2.1; Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435, 457).

2.2 Der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung des verwaltungsinternen Rekurses bedeutet jedoch nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände ihren Entzug zu rechtfertigen vermögen. Die aufschiebende Wirkung darf vielmehr bereits dann entzogen werden, wenn dafür überzeugende Gründe bestehen und der Entzug verhältnismässig ist (vgl. VGE VD.2017.162 vom 28. August 2017 E. 3.1, VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1, VD.2013.181 vom 13. Januar 2014 E. 2.1; Schwank, a.a.O., S. 457 f.; BGE 129 II 286 E. 3.1 ff. S. 289 f., 124 V 82 E. 6a S. 89, 110 V 40 E. 5b S. 45; Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 55 N 94). Überzeugende Gründe setzen eine gewisse sachliche und zeitliche Dringlichkeit

voraus (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 94; vgl. BGer 9C\_986/2012, 9C\_987/2012, 9C\_988/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.2.1). Ob im Einzelfall die aufschiebende Wirkung zu belassen oder zu entziehen ist, beurteilt sich aufgrund einer Interessenabwägung. Die Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung müssen die Interessen am Aufschub der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung überwiegen (VGE VD.2017.162 vom 28. August 2017 E. 3.1, VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1, VD.2013.181 vom 13. Januar 2014 E. 2.1, VD.2011.182 vom 28. November 2011 E. 2; BGE 129 II 286 E. 3 S. 289, 106 Ib 115 E. 2a S. 116; BGer 6A.23/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.1; Schwank, a.a.O., S. 458; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 92). Der vermutliche Ausgang des Verfahrens darf bloss, aber immerhin dann mit in Betracht gezogen werden, wenn die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels (positiv oder negativ) eindeutig sind (VGE VD.2017.162 vom 28. August 2017 E. 3.1, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.3, VD.2013.181 vom 13. Januar 2014 E. 2.1; Schwank, a.a.O., S. 458; vgl. BGE 106 Ib 115 E. 2a S. 116; BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2, 6A.23/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.1).

2.3 Mit dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist soweit möglich zu vermeiden, dass der durch den Entscheid zu regelnde Zustand präjudiziert oder verunmöglicht wird (vgl. BGer 9C\_986/2012, 9C\_987/2012, 9C\_988/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 3.2.2; Merkli, Vorsorgliche Massnahmen und aufschiebende Wirkung bei Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiären Verfassungsbeschwerden, in: ZBL 2008, S. 416, 423; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 97). Der Natur der Sache entsprechend steht der zuständigen Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (VGE VD.2017.162 vom 28. August 2017 E. 3.1, VD.2016.213 vom 10. Januar 2017 E. 2.1, VD.2016.176 vom 13. Oktober 2016 E. 2.1; vgl. BGE 106 Ib 115 E. 2a S. 116; BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2, 6A.23/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.1).

2.4 Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist eine besondere Form einer vorsorglichen Verfügung (vgl. VGE VD.2016.176 vom 13. Oktober 2016 E. 2.1, VD.2011.184 vom 27. Dezember 2011 E. 2.1; Merkli, a.a.O., S. 417). Vorsorgliche Massnahmen ergehen aufgrund einer bloss provisorischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die zuständige Behörde ist nicht gehalten, für ihren rein vorsorglichen Entscheid zeitraubende Abklärungen zu treffen. Sie kann sich vielmehr mit einer summarischen Beurteilung der Situation aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Akten begnügen (VGE VD.2016.176 vom 13. Oktober 2016 E. 2.1, VD.2014.124 vom 7. Juli 2014 E. 1.3, VD.2011.184 vom 27. Dezember 2011 E. 2.1; vgl. BGE 106 Ib 115 E. 2a S. 116; BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2.3.2, 6A.23/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.1).

### **E. 3**

3.1 Gemäss der zutreffenden Einschätzung des Verwaltungsrats des Universitätsspitals Basel ist im Rahmen einer provisorischen summarischen Beurteilung nicht eindeutig feststellbar, ob der Anspruch der Rekurrentin auf rechtliches Gehör beim Erlass der Kündigungsverfügung vom 25. Juli 2017 verletzt worden ist oder nicht (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 4.2). Folglich ist die Möglichkeit einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu berücksichtigen.

### **E. 3.2**

3.2.1 Die Kündigung des Arbeitgebers erfolgt in der Form einer Verfügung (Art. 2.3.3 GAV). Art. 2.3.6 GAV bestimmt unter dem Titel **Folgen einer unrechtmässigen Kündigung**, dass das Arbeitsverhältnis auch im Falle der Feststellung der Unrechtmässigkeit der Kündigung gemäss derselben endet und der betroffenen Person eine Entschädigung ausgerichtet wird. Nach Auffassung des Verwaltungsrats des Universitätsspitals Basel ergibt sich daraus, dass auch bei Gutheissung eines Rekurses gegen eine Kündigung kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 2 und 6.3).

3.2.2 Selbst wenn dieser Auslegung für den Fall der materiellen Unrechtmässigkeit der Kündigung gefolgt würde, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Aufhebung der Kündigungsverfügung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Anstellungsbehörde bei der Kündigung den Anspruch des Arbeitnehmers auf rechtliches Gehör verletzt hat (vgl. VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E.

### **E. 3.3**

3.3.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht über die gleiche Prüfungsbefugnis (Kognition) wie die Vorinstanz verfügt (VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197, 133 I 201 E. 2.2 S. 204, 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135, 126 I 68 E. 2 S. 72; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 1175; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 271). Bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist eine Heilung dagegen nur anzunehmen, 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 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f., 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.; VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 548). In keinem Fall darf der betroffenen Partei aus der Heilung ein Nachteil erwachsen (VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 2.4; Sutter, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Zürich 2008, Art. 29 N 21; vgl. BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135, 126 I 68 E. 2 S. 72).

3.3.2 Der Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel als Rechtsmittelinstanz verfügt zwar insoweit über die gleiche Kognition wie die Anstellungsbehörde, als er die Richtigkeit der Sachverhaltsfeststellung und der Rechtsanwendung sowie die Angemessenheit zu prüfen hat (§ 45 OG in Verbindung mit § 23 Abs. 2 ÖSpG). Grundsätzlich haben sich allerdings auch Rechtsmittelbehörden, die befugt sind, die Angemessenheit personalrechtlicher Entscheide zu überprüfen, diesbezüglich eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 3.2 f.). Ob diese Einschränkung auch dann gilt, wenn es sich bei der Rechtsmittelinstanz wie im vorliegenden Fall um ein Organ der Arbeitgeberin handelt, kann offen bleiben, weil der Rekurrentin aus der Heilung einer allfälligen Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör unabhängig von der Kognition ein schwerwiegender Nachteil erwüchse. Wenn die Anstellungsbehörde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs vor dem Erlass einer Kündigungsverfügung nämlich feststellt, dass es an einem sachlichen Grund für eine Kündigung fehlt oder diese unverhältnismässig ist,

darf sie das Arbeitsverhältnis nicht ordentlich kündigen und besteht dieses folglich weiter (vgl. Art. 2.3.2 Abs. 2 GAV; Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]).

3.3.3 Die Feststellung des Fehlens eines sachlichen Grundes oder der Unverhältnismässigkeit durch den Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel als Rechtsmittelinstanz ändert hingegen nach dessen Auslegung von Art. 2.3.6 GAV nichts daran, dass das Arbeitsverhältnis gemäss der Kündigung endet, und begründet bloss einen Anspruch der betroffenen Person auf eine Entschädigung von maximal einem Jahresgehalt (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 2 und 6.3). Nach Auffassung des Verwaltungsrats des Universitätsspitals Basel kann dieser damit die Folgen einer unrechtmässigen Kündigung nicht beseitigen. Folglich ist eine Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren vor dem Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel entgegen dessen Auffassung (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 4.2 und 6.3) ausgeschlossen, wie die Rekurrentin zu Recht geltend macht (vgl. Rekursbegründung vom 8. Januar 2018 Ziff. 6). Für den Fall, dass der Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel feststellt, dass beim Erlass der Verfügung vom 25. Juli 2017 das rechtliche Gehör der Rekurrentin verletzt worden ist, hat er somit die Kündigungsverfügung aufzuheben. Dies hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Universitätsspital Basel und der Rekurrentin fortbesteht.

### **E. 3.5**

zu den Wirkungen der Kündigung während der Probezeit gemäss § 38 des Personalgesetzes [PG, SG 162.100]). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt unter Vorbehalt der Heilung ungeachtet der materiellen Richtigkeit des Entscheids und der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (VGE VD.2016.54 vom 16. Dezember 2016 E. 3.5; vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 548). Wenn die Kündigungsverfügung wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufgehoben wird, entfaltet diese endgültig keine Wirkung. Folglich besteht das Arbeitsverhältnis in diesem Fall trotz der Regelung von Art. 2.3.6 GAV weiter und hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung, bis das Arbeitsverhältnis allenfalls aufgrund einer neuen Kündigung endet. Eine solche ist nur zulässig, wenn im Zeitpunkt der neuen Kündigung ein sachlicher Grund dafür besteht (vgl. Art. 2.3.2 GAV).

### **E. 4.1**

4.1.1 Aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die Rechtswirkungen der angefochtenen Verfügung bzw. die darin angeordneten Rechtsfolgen vorläufig nicht eintreten, sondern aufgeschoben bzw. gehemmt werden (vgl. BGE 140 II 134 E. 4.2.1 S. 138 in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1163; Kiener/Rütsche/Kuhn, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2. Auflage, Zürich 2015, N 1319; Schwank, *Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt*, Diss. Basel 2003, S. 157; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 8). Der bestehende Rechtszustand wird für die Dauer des Beschwerdeverfahrens erhalten. Es verhält sich so, wie wenn die Verfügung (noch) nicht erlassen worden wäre (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 8; vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., N 1319). Daraus folgt, dass eine (zum Nachteil des Adressaten lautende) Verfügung (noch) nicht vollstreckt werden kann, von einer (zum Vorteil des Adressaten lautenden) Verfügung (noch) kein Gebrauch gemacht

werden kann, die durch eine Gestaltungsverfügung gestaltete Rechtslage (noch) nicht eintritt und sich (noch) niemand auf eine Feststellungsverfügung berufen kann (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 9 ff.). Bei der Anfechtung der Aufhebung eines Rechtsverhältnisses bewirkt die aufschiebende Wirkung somit, dass dieses noch andauert (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 23). Im Anwendungsbereich des Bundespersonalrechts bewirkt die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels gegen eine Kündigung, dass deren Wirkung bis zum Rechtsmittelentscheid aufgeschoben wird und das Arbeitsverhältnis während des Rechtsmittelverfahrens provisorisch weiterbesteht (BGE 140 II 134 E. 4.2.1 S. 138 f. und E. 4.2.3 S. 139 f. in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412 f.; BGer 8C\_983/2010 vom 9. November 2011 E. 5.6). Damit bestehen aufgrund der aufschiebenden Wirkung während des Rechtsmittelverfahrens auch alle Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis provisorisch fort. Im Anwendungsbereich des Personalgesetzes hat die aufschiebende Wirkung denselben Effekt (vgl. VGE VD.2013.153 vom 25. Oktober 2013 E. 3.2).

4.1.2 Zumindest wenn eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gerügt wird, muss dies auch für dem GAV unterstehende Arbeitsverhältnisse gelten, weil eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör auch bei diesen zur Folge haben kann, dass die Kündigung von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird und das Arbeitsverhältnis deshalb fort dauert. Falls die aufschiebende Wirkung des Rekurses gegen die Kündigungsverfügung vom 25. Juli 2017 wiederhergestellt wird, besteht somit das Arbeitsverhältnis zwischen dem Universitätsspital Basel und der Rekurrentin mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten während des Rekursverfahrens vorläufig weiter.

## **E. 4.2**

4.2.1 Die aufschiebende Wirkung endet mit dem instanzabschliessenden Entscheid in der Hauptsache, wenn sie nicht vorher entzogen worden ist (vgl. VGE VD.2017.186 vom 1. November 2017 E. 1.3.2; Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Zürich 2008, Art. 55 N 11; Kiener/Rütsche/Kuhn, a.a.O., N 1319; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 62). Wenn das Rechtsmittel gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben wird, stimmen der vorläufige und der definitive Zustand überein, weil die Verfügung endgültig keine Wirkung entfaltet. In diesem Fall ist die Rechtslage dieselbe, wie wenn nie eine Verfügung erlassen worden wäre (Baumberger, Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2006, N 331; vgl. Seiler, a.a.O., Art. 55 N 64 f.). Wenn das Rechtsmittel abgewiesen, auf das Rechtsmittel nicht eingetreten oder das Rechtsmittelverfahren abgeschrieben wird, treten die Rechtswirkungen der angefochtenen Verfügung ein (Seiler, a.a.O., Art. 55 N 67 f.). Dabei fragt sich, ob die Rechtswirkungen der angefochtenen Verfügung rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Erlasses bzw. den in der Verfügung bestimmten Zeitpunkt oder erst mit dem Rechtsmittelentscheid eintreten (vgl. BGer 8C\_389/2016 vom 20. Juli 2017 E. 6.2, 8C\_983/2010 vom 9. November 2011 E. 5.3; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 1078; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 69 und 77). Zur Beantwortung dieser Frage ist unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls und der Interessenlage zu prüfen, welche Tragweite der aufschiebenden Wirkung vernünftigerweise zuzumessen ist bzw. welchen Zwecken sie vernünftigerweise und legitimerweise dienen soll (vgl. BGE 140 II 134 E. 4.2.1 S. 139 in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412; BGE 112 V 74 E. 2b S. 76 und E. 2c S. 77; BGer 8C\_389/2016 vom 20. Juli 2017 E. 6.2, 8C\_983/2010 vom 9. November 2011 E. 5.4; Baumberger, a.a.O., N 344; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 69). Dabei gilt der Grundsatz, dass

dem unterliegenden Rekurrenten aus der aufschiebenden Wirkung kein ungerechtfertigter materiellrechtlicher Vorteil zulasten des obsiegenden Rekursgegners erwachsen darf (BGE 140 II 134 E. 4.2.1 S. 139 in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412; BGE 112 V 74 E. 2b S. 77 und E. 3c S. 78; BGer 8C\_389/2016 vom 20. Juli 2017 E. 6.2, 8C\_893/2010 vom 9. November 2011 E. 5.4; Baumberger, a.a.O., N 344 f.; Kiener, a.a.O., Art. 55 N 11; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 1078; Schwank, Diss., S. 163; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 70). Die Verwirklichung dieses Grundsatzes verlangt in der Regel, dass die aufschiebende Wirkung ex tunc entfällt und die angefochtene Verfügung rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Erlasses bzw. den in der Verfügung bestimmten Zeitpunkt wirksam wird (vgl. Baumberger, a.a.O., N 345; Kiener, a.a.O., Art. 55 N 11; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 1078; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 70 und 77).

4.2.2 Bei Abweisung eines Rechtsmittels mit aufschiebender Wirkung gegen die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags wird die Kündigung rückwirkend auf den ursprünglichen Kündigungstermin wirksam (vgl. BGE 140 II 134 E. 4.2.2 S. 139 in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412 f.; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 72). Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens keinen Lohn schuldet (BGE 140 II 134 E. 4.2.2 S. 139 in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 412 f.). Wenn der Arbeitnehmer während des Rechtsmittelverfahrens seine bisherige oder eine anderen ihm zugewiesene Arbeit geleistet hat, von seiner Arbeitspflicht freigestellt worden ist oder aus anderen Gründen ohne eigenes Verschulden an der Arbeit verhindert gewesen ist, insbesondere wegen Krankheit oder weil ihm der Arbeitgeber pflichtwidrig weder die bisherige noch eine zumutbare andere Arbeit angeboten hat, ist der Arbeitnehmer durch die Weiterbezahlung des Lohns über den Kündigungstermin hinaus aber nicht ungerechtfertigt bereichert. In einem solchen Fall ist der Arbeitnehmer deshalb bei Abweisung seines Rechtsmittels und Bestätigung der Kündigung nicht verpflichtet, den während des Rechtsmittelverfahrens bezogenen Lohn zurückzuerstatten (vgl. BGE 140 II 134 E. 4.2.3 S. 139 f. in: Pra 2014 Nr. 55 S. 408, 413; BGer 8C\_983/2010 vom 9. November 2011 E. 5.6 und 5.8; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 1078; Seiler, a.a.O., Art. 55 N 72).

4.3 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Universitätsspital Basel und der Rekurrentin rechtlich rückwirkend am 31. Oktober 2017 geendet hat, falls die aufschiebende Wirkung des Rekurses wiederhergestellt und dieser (in der Sache) abgewiesen wird. Entgegen der Auffassung des Universitätsspitals Basel und dessen Verwaltungsrat (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 6.2 und 6.4) hat das Universitätsspital Basel in diesem Fall jedoch gegenüber der Rekurrentin bei provisorischer summarischer Beurteilung keinen Anspruch auf Rückerstattung allenfalls während des Rekursverfahrens geleisteter Lohnzahlungen. Ein solcher ist bei provisorischer summarischer Beurteilung ausgeschlossen, weil die Rekurrentin entweder ohne eigenes Verschulden infolge Krankheit arbeitsunfähig ist oder ihre bisherige oder eine andere ihr zugewiesene Arbeit leisten wird. Soweit der Lohn der Rekurrentin von der Krankentaggeldversicherung bezahlt wird, ist eine Rückforderung ohnehin ausgeschlossen, weil deren Leistungen auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erbracht werden (vgl. Art. 2.7.1 GAV; Rekursbegründung vom 8. Januar 2018 Ziff. 10). Damit lässt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Universitätsspitals Basel und dessen Verwaltungsrat (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 E. 6.2 und 6.4) nicht mit einer Gefährdung der Einbringlichkeit einer Rückerstattungsforderung begründen. Ob und in welchem Umfang die Rekurrentin im

Zeitpunkt der Kündigung und heute tatsächlich arbeitsunfähig gewesen ist bzw. ist, ist im Rahmen des Entscheids über die aufschiebende Wirkung nicht zu entscheiden.

## **E. 5**

5.1 Das Universitätsspital Basel macht geltend, während der Teilarbeitsfähigkeit habe die Rekurrentin nicht allzu viele Komplexfälle übernehmen können. Dies habe zu einer Mehrbelastung der anderen [ ] geführt. Aufgrund seiner Fürsorgepflicht habe es eine solche zu vermeiden (vgl. Verfügung vom 6. Dezember 2017 Ziff. 4 und E. 6.2). Diese Darstellung wird in der Rekursbegründung nicht bestritten. Für den Fall, dass die Rekurrentin während des Rekursverfahrens wieder teilweise arbeitsfähig wird, ist damit davon auszugehen, dass das Universitätsspital Basel ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass ihm mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung ermöglicht wird, anstelle der Rekurrentin eine voll leistungsfähige andere [ ] oder einen voll leistungsfähigen anderen [ ] einzusetzen. Dieses Interesse besteht hingegen nicht, solange die Rekurrentin weiterhin infolge Krankheit 100 % arbeitsunfähig ist. In diesem Fall muss das Universitätsspital Basel unabhängig davon, ob der Rekurs aufschiebende Wirkung hat oder nicht, eine interne oder externe Vertretung für die Rekurrentin beiziehen. Damit erscheint es fraglich, ob derzeit überhaupt ein überzeugender Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung besteht. Jedenfalls kommt dem Interesse des Universitätsspitals Basel an der sofortigen Wirksamkeit der Kündigung bloss ein geringes Gewicht zu.

5.2 Falls die aufschiebende Wirkung des Rekurses nicht wiederhergestellt wird, erhält die Rekurrentin während des Rekursverfahrens vom Universitätsspital Basel keinen Lohn. Sobald und soweit sie nicht mehr infolge Krankheit arbeitsunfähig ist, hat sie auch keinen Anspruch mehr auf Leistungen der Krankentaggeldversicherung. In diesem Fall wäre sie deshalb zur Finanzierung ihres Lebensunterhalts gezwungen, Leistungen der Arbeitslosenversicherung zu beantragen. Solche würden voraussetzen, dass sich die Rekurrentin um andere Stellen bewirbt. Nach dem Antritt einer anderen Stelle wäre eine Weiterbeschäftigung der Rekurrentin beim Universitätsspital Basel kaum mehr möglich. Damit würde der Entscheid in der Sache durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung zumindest faktisch präjudiziert. Zudem hat die Rekurrentin, die während 16 Jahren am Universitätsspital Basel gearbeitet hat und weiterhin dort arbeiten möchte (vgl. Rekursbegründung vom 8. Januar 2018 Ziff. 10), ein erhebliches schutzwürdiges Interesse daran, im Falle der Aufhebung der Kündigung wegen Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör weiterhin dort arbeiten zu können.

5.3 Unter den vorstehend dargelegten Umständen überwiegen die Interessen am Aufschub der Wirksamkeit der Kündigungsverfügung die Interessen an deren sofortigen Wirksamkeit deutlich. Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. der Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung überschritten das Universitätsspital Basel und dessen Verwaltungsrat damit ihren Beurteilungsspielraum. Folglich sind sowohl die Verfügung vom 6. Dezember 2017 als auch Ziff. 2 der Verfügung vom 25. Juli 2017 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung des Rekurses gegen die Kündigungsverfügung vom 25. Juli 2017 wiederherzustellen.

## **E. 6**

6.1 Gemäss § 40 Abs. 4 PG ist das Verfahren bei Rekursen gegen die in § 40 Abs. 1 PG genannten Verfügungen ausser bei Mutwilligkeit kostenlos. Auf das vorliegende Arbeitsverhältnis ist das Personalgesetz zwar nicht anwendbar (vgl. § 12 Abs. 1-4 ÖSpG).

In analoger Anwendung von Art. 114 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SG 272) sind jedoch auch Rekurse betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse mit öffentlichen Spitälern bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.─ kostenlos (vgl. VGE VD.2017.66 vom 27. September 2017 E. 7, VD.2017.22 vom 1. September 2017 E. 4).

6.2 Aufgrund ihres Obsiegens hat die Rekurrentin gegenüber dem Universitätsspital Basel für das Rekursverfahren vor dem Verwaltungsrat und vor dem Verwaltungsgericht gemäss § 7 Abs. 1 Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) und § 30 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) Anspruch auf eine Parteientschädigung. Über die Höhe der Parteientschädigung für das Rekursverfahren vor dem Verwaltungsrat des Universitätsspitals Basel hat dieser in Anwendung des VGG und der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGV, SG 153.810) zu entscheiden (vgl. zur Anwendbarkeit des VGG und der VGV VGE VD.2014.80 vom 1. Dezember 2014 E. 5, VD.2014.38 vom 10. September 2014 E. 3.1.3). Mit Honorarnote vom 22. Dezember 2017 werden für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren 9 Stunden und 15 Minuten zu einem Stundenansatz von CHF 250.─ und Auslagen von CHF 45.60 zuzüglich Mehrwertsteuer geltend gemacht. Dieser Aufwand ist angemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.