

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.293 vom 9. April 2018

BS Appellationsgericht, 2018-04-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.293

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.293 du 9 avril 2018

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.293 del 9 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 27. Dezember 2017 sowie aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) und § 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Zum Entscheid ist das Dreiergericht berufen (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist die Zwischenverfügung, mit der im vorinstanzlichen Verfahren der Antrag des Rekurrenten auf Fortführung seines Arbeitsverhältnisses am Gymnasium B_____ während der Dauer des Rekursverfahrens abgewiesen worden ist.

1.2.1 Zwischenverfügungen sind gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbstständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts insbesondere der Entzug oder die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels (VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 1.2, VD.2016.176 vom 13. Oktober 2016 E. 1.1, VD.2015.233 vom 29. Juni 2016 E. 1.2, VD.2015.139 vom 22. Dezember 2015 E. 1.2.1, VD.2015.2 vom 4. Februar 2015 E. 1.2). In Konstellationen, in denen in der Hauptsache keine positive, sondern eine negative Verfügung angefochten wird, sodass sich nicht die Frage der aufschiebenden Wirkung, sondern diejenige der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme stellt, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auch im Falle der Abweisung eines Gesuchs um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ein nicht wieder gutzumachender Nachteil rechtlicher Natur anzunehmen (VGE VD.2016.148 vom 24. Juli 2017 E. 1.2, VD.2013.134 und VD.2013.137 vom 15. Januar 2014 E. 1.3). Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist eine besondere Form einer vorsorglichen Massnahme (VGE VD.2016.162 vom 12. August 2016 E. 2.1). Auch dies spricht für die Gleichbehandlung der Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme mit der Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

1.2.2 Mit der angefochtenen Zwischenverfügung wurde ein Gesuch des Rekurrenten um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme abgewiesen. Nach der vorangehenden Erwägung ist daher das Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von § 10 Abs. 2 VRPG als Prozessvoraussetzung ohne Weiteres zu bejahen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Rahmen der materiellen Prüfung auch ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil als materielle Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme

bejaht werden müsste. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil als formell-prozessuale Rekursvoraussetzung und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil als materielle Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme sind auseinanderzuhalten. Dieser liegt in der Beeinträchtigung der materiellen Rechtsstellung des Rekurrenten, jener in der Beeinträchtigung der formellen Rechtsstellung des Rekurrenten durch die Verweigerung der gerichtlichen Kontrolle (VGE VD.2017.186 vom 1. November 2017 E. 1.2.2, vgl. BGE 116 Ia 446 E. 2 S. 447).

1.3 Der Rekurrent ist als Verfügungsadressat zum Rekurs berechtigt (§ 13 Abs. 1 VRPG). Auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs ist somit einzutreten.

E. 2

Mit seinem Rekurs rügt der Rekurrent zunächst eine falsche Sachverhaltsfeststellung, wenn das Erziehungsdepartement in E. II.1. feststelle, dass die angefochtene Feststellungsverfügung der Anstellungsbehörde vom 22. September 2017 eine Folge des Entscheids der Personalrekurskommission vom 24. August 2017 im Verfahren 13/2017 darstelle. Vielmehr sei die Feststellungsverfügung als Folge einer Aufsichtsbeschwerde ergangen (Rekursbegründung, Rz. 10).

Inwiefern diese Sachverhaltsfeststellung für das vorliegende Urteil von Bedeutung sein soll, macht der Rekurrent nicht geltend und ist nicht ersichtlich. Auf die Rüge braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

E. 3

3.1 Das OG sieht zwar lediglich für das Verfahren vor dem Regierungsrat in § 13 Abs. 1 lit. a OG die Möglichkeit der Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen als der aufschiebenden Wirkung vor. Die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen ist indessen auch ohne ausdrückliche Regelung im gesamten Verwaltungsverfahren zulässig, weil vorsorgliche Massnahmen ihre Grundlage im materiellen Recht haben, dessen Durchsetzung sie sichern sollen (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, 458, mit Hinweis).

3.2 Das Erziehungsdepartement hat die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im verwaltungsrechtlichen Rekursverfahren zutreffend erörtert. Danach setzt der Erlass einer vorsorglichen Verfügung zunächst Dringlichkeit voraus. Dies bedeutet, dass es sich als notwendig erweisen muss, die fragliche Vorkehr sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf eine vorsorgliche Verfügung für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist (VGE VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 2.2; vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155; Schwank, a.a.O., S. 435, 459; Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 56 VwVG N 27■29).

3.3 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.2017.282 vom 6. März 2018 E. 2.4, mit Hinweisen).

E. 4

4.1 Das Erziehungsdepartement begründete das dem beantragten vorsorglichen Rechtsschutz entgegenstehende öffentliche Interesse im vorliegenden Fall damit, dass der Arbeitgeber für allfällige, während der Dauer des Rekursverfahrens geleistete Lohnzahlungen keinen Anspruch auf Rückerstattung habe, selbst wenn er im Hauptverfahren betreffend die Gültigkeit der Kündigung obsiegen sollte. Zudem würde bei einer Weiterbezahlung des Lohnes das Anstellungsverhältnis während der gesamten Verfahrensdauer mit Anspruch auf Weiterbeschäftigung weiterbestehen. Eine solche wäre derzeit aus praktischen Gründen nicht möglich, da es auf Gymnasialstufe keine zuteilbaren Pensen mehr gebe (Zwischenverfügung, E. II.6.). Dieses öffentliche Interesse überwiege die privaten Interessen des Rekurrenten. Eine Einkommenseinbusse begründe keinen schweren, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, liege sie doch in der Natur des Schrittes in die Pensionierung. Es könne nicht von einer Lücke in der momentanen Existenzsicherung ausgegangen werden, könne der Rekurrent doch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses infolge Frühpensionierung Altersleistungen von der Pensionskasse beziehen. Finanzielle und allfällige sonstige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis könne der Rekurrent im Falle einer Gutheissung seines Rekurses nachträglich geltend machen. Die Vorinstanz kommt damit zum Schluss, dass die Voraussetzungen der Dringlichkeit, des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und des überwiegenden Interesses des Rekurrenten am vorsorglichen Rechtsschutz nicht gegeben seien (Zwischenverfügung, E. II.7.).

4.2 Mit seinem Rekurs bestreitet der Rekurrent das vom Erziehungsdepartement geltend gemachte öffentliche Interesse an der Verweigerung des verlangten vorsorglichen Rechtsschutzes.

4.2.1 Er macht dabei zunächst geltend, die Vorinstanz begründe die gefährdete Rückforderung allenfalls unberechtigt ausbezahlter Leistungen nicht. Aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse sei ihm eine Rückleistung im Gegenteil möglich und die Rückforderung deshalb nicht gefährdet. Zudem sei die Feststellung falsch, es bestehe unabhängig vom Ausgang des Rekursverfahrens kein Anspruch auf Rückleistung allfälliger während der Dauer des Verfahrens geleisteter Lohnzahlungen. Vielmehr würden auch im Verwaltungsrecht die Grundsätze von Art. 62 ff. des Obligationenrechts (OR, SR 220) gelten (Rekursbegründung, Rz. 11■16).

4.2.2 Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Er verkennt mit seiner Argumentation die spezifische Situation bei der vorsorglichen Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses während der Dauer eines Rechtsmittelverfahrens. Leistet ein Arbeitnehmer während des Rechtsmittelverfahrens seine bisherige oder eine andere ihm zugewiesene Arbeit, wird er von seiner Arbeitspflicht freigestellt oder ist er aus anderen Gründen ohne eigenes Verschulden an der Arbeit verhindert, etwa wegen Krankheit oder weil ihm der Arbeitgeber pflichtwidrig weder die bisherige noch eine zumutbare andere Arbeit angeboten hat, so ist der Arbeitnehmer durch die Weiterbezahlung des Lohns über den Kündigungstermin hinaus 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. VGE VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 4.2.2, mit Hinweis auf 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 sowie Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage, Zürich 2013, N 1078 und Seiler, a.a.O., Art. 55 VwVG N 72). Dies muss auch dann geltend, wenn mit vorsorglicher Verfügung ein Arbeitsverhältnis vorläufig fortgesetzt werden soll, bei dem nicht eine vom Arbeitgeber, sondern eine vom Arbeitnehmer vorgenommene Kündigung strittig ist.

4.2.3 Entgegen der Auffassung des Rekurrenten (Rekursbegründung, Rz. 16) kann das dadurch entstehende Risiko einer nicht rückerstattbaren, nachträglich grundlosen Lohnzahlung auch nicht durch die Zuweisung von Unterrichtsstunden an den Rekurrenten minimiert werden. Wie die Vorinstanz ■ vom Rekurrenten nicht weiter bestritten ■ festgestellt hat, ist eine Weiterbeschäftigung aus praktischen Gründen gar nicht möglich, da es wegen der mit der Schulreform erfolgten und notorischen Verkürzung der gymnasialen Stufe in den Gymnasien gar keine freien Pensen gibt. Soweit der Rekurrent diesbezüglich geltend macht, dies könne nicht das Risiko des Arbeitnehmers sein (Rekursbegründung, Rz. 18), bestätigt er selber, dass bei einer provisorischen Fortsetzung ein fortbestehender Lohnanspruch nach dem Gesagten auch bei einer Abweisung seines Rekurses nicht bestritten werden könnte. Irrelevant sind dagegen die Ausführungen zum angeblichen Selbstverschulden der Anstellungsbehörde bei der unterbliebenen Stundenzuteilung (Rekursbegründung, Rz. 19). Ein Selbstverschulden bei der Pensenplanung kann einzig im Falle des Obsiegens des Rekurrenten in der Sache vorliegen. In diesem Fall ist aber unbestritten, dass der Rekurrent einen rückwirkenden Anspruch auf Lohnzahlung auch ohne erbrachte Unterrichtsleistung haben wird. Dass mit den vom Rekurrenten erwähnten Einsätzen als Springer oder als Ferienvertretung das von ihm vorsorglich verlangte Pensum abgedeckt werden könnte, macht der Rekurrent nicht geltend und ist nicht erkennbar, zumal Lehrpersonen ihre Ferien grundsätzlich während der Schulferien beziehen. Das Argument der fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit des Rekurrenten erscheint daher im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung keineswegs als sachfremd, wie dies der Rekurrent behauptet (Rekursbegründung, Rz. 18, 21).

4.3 Des Weiteren rügt der Rekurrent die vorinstanzliche Beurteilung seiner privaten Interessen im Rahmen der vorgenommenen Interessenabwägung (Rekursbegründung, Rz. 23 ■ 26).

4.3.1 Er macht geltend, dass mit der Einstellung der Lohnzahlung nicht nur ihm, sondern auch seiner geschiedenen Ehefrau die wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz entzogen würde. Der ehemaligen Ehefrau stehe ein monatlicher Unterhaltsanspruch von CHF 3'425. ■ zu, auf den sie zur Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz angewiesen sei. Ausserdem verweist der Rekurrent auf den Wegfall seines Versicherungsschutzes (Rekursbegründung, Rz. 23, 25).

4.3.2 Soweit der Rekurrent in diesem Zusammenhang ausführt, ihm sei der Gang zur Sozialhilfe zur Existenzsicherung nicht zumutbar (Rekursbegründung, Rz. 24), geht dies an der Sache vorbei. Der Rekurrent ist nie auf den Bezug von Leistungen der Sozialhilfe zur Existenzsicherung verwiesen worden. Auf die entsprechenden Ausführungen ist daher nicht weiter einzugehen. Dies gilt auch für die Ausführungen des Rekurrenten über eine allfällige Abänderung des nahehelichen Unterhaltsanspruchs seiner ehemaligen Ehefrau (Rekursbegründung, Rz. 24).

4.3.3 Massgebend ist vielmehr, dass dem Rekurrenten aufgrund der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses und seines Alters die Möglichkeit einer zumindest vorläufig, unter dem

Vorbehalt des Ausgangs des vorinstanzlichen Rekursverfahrens erfolgenden Frühpensionierung offensteht. Der Rekurrent führt hierzu aus, er würde sich mit einer Frühpensionierung der angefochtenen Feststellungsverfügung unterziehen und damit Gefahr laufen, sein schützenswertes Interesse an der Beurteilung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2017 zu verlieren. Damit würde ein ■fait accompli■ geschaffen (Rekursbegründung, Rz. 26).

Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Die Situation der Anmeldung zur Frühpensionierung bei der Pensionskasse Basel-Stadt unterscheidet sich massgebend von jener der Beantragung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Diese würden die Bewerbung um andere Stellen voraussetzen. Nach dem Antritt einer anderen Stelle wäre eine Weiterbeschäftigung an der bisherigen Arbeitsstelle aber kaum mehr möglich. Damit würde der Entscheid in der Sache zumindest faktisch präjudiziert (vgl. VGE VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 5.2). Demgegenüber hätte eine unter Vorbehalt des Ausgangs des personalrechtlichen Verfahrens erfolgte Anmeldung zur Frühpensionierung keine präjudizierende Wirkung. Gemäss § 3a Abs. 1 der Verordnung betreffend vorzeitige Pensionierung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons Basel-Stadt (SG 162.320) können sich Mitarbeitende ab Vollendung des 58. Altersjahres vorzeitig pensionieren lassen. Sie haben dazu ein Kündigungsschreiben an die Anstellungsbehörde zu richten. Aufgrund der angefochtenen Verfügung liegt eine solche Kündigung vor, auf die sich der Rekurrent zumindest vorläufig beziehen kann. Dringt er mit seinem Rekurs gegen die angefochtene Feststellungsverfügung durch, so entfällt rückwirkend die Grundlage der vorzeitigen Pensionierung auf Veranlassung des Mitarbeiters. Voraussetzung der Ausrichtung von Leistungen der Pensionskasse Basel-Stadt ist, dass kein Lohn oder anderweitiger Ersatz ausbezahlt wird (vgl. Ratschlag 05.1314.01 vom 29. August 2006, S. 77). Wird für ein Arbeitsverhältnis rückwirkend Lohn ausgerichtet, so entfällt somit für den entsprechenden Zeitraum und im entsprechenden Umfang die Voraussetzung der Pensionierung. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausführt, kann die vorzeitige Pensionierung deshalb bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung ohne Weiteres rückgängig gemacht werden. Nach Treu und Glauben kann eine solche Anmeldung ■ zumal mit einem erklärten Vorbehalt des Ausgangs des personalrechtlichen Verfahrens ■ auch offensichtlich nicht als Anerkennung der eigenen Kündigung gewertet werden. Entgegen der Behauptung des Rekurrenten könnte sich die Anstellungsbehörde im Falle einer Frühpensionierung daher nicht auf den Standpunkt stellen, er habe die angefochtene Feststellungsverfügung mit der darin ausgesprochenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses akzeptiert. Dies gilt umso mehr als die Vorinstanz eine solche präjudizierende Wirkung sowohl im angefochtenen Entscheid (Zwischenverfügung, E. II.10.) wie auch mit ihrer Vernehmlassung (Rz. 17) explizit verneint. Die dagegen eingewandte Argumentation ist nach dem Gesagten unzutreffend. Unzutreffend ist insbesondere auch die Behauptung, § 35 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) halte ■ klar fest, dass ein Arbeitsverhältnis in Folge vorzeitigem Ruhestand beendet ■ werde (Rekursbegründung, Rz. 33). Dies kann sich nur auf die vorzeitige Pensionierung auf Anordnung des Arbeitgebers oder im gegenseitigen Einvernehmen beziehen. Demgegenüber wird das Arbeitsverhältnis im Falle der vorzeitigen Pensionierung auf Wunsch des Arbeitnehmers allein durch dessen Kündigung beendet.

Mit seiner Replik macht der Rekurrent geltend, dass ihm selbst im Falle seiner vorzeitigen Pensionierung die Sicherung seiner eigenen Existenz und die Leistung seiner

familienrechtlichen Unterhaltspflichten mit den ausgerichteten Pensionskassenleistungen nicht mehr möglich wären (Replik, Rz. 20 f.). Diese Ausführungen stehen in Widerspruch mit seiner eigenen Behauptung, dass ihm im Falle eines Unterliegens in der Hauptsache die Rückzahlung von Lohnzahlungen bei nachträglich weggefallener Rechtsgrundlage auch neben der Sicherung seiner eigenen Existenz und jener seiner geschiedenen Ehefrau möglich wäre (Rekursbegründung, Rz. 12). Darauf braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

4.3 Ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Rekurrent aus dem Hinweis, er werde durch die Einstellung der Lohnzahlung in seinem Versicherungsschutz massiv beeinträchtigt (Rekursbegründung, Rz. 25). Zutreffend ist zwar, dass mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses auch der damit verbundene Versicherungsschutz endet. Sollte aber ein versichertes Ereignis eintreten, so hätte der Arbeitgeber den Rekurrenten im Falle seines Obsiegens im Hauptverfahren so zu stellen, wie er bei einem fortbestehenden Anstellungsverhältnisse gestellt wäre. Es ist nicht ersichtlich, dass dies dem Kanton Basel-Stadt nicht möglich wäre.

4.4 Daraus folgt, dass das Erziehungsdepartement zu Recht erwog, dass weder die Dringlichkeit noch ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil noch ein überwiegendes Interesse des Rekurrenten am vorsorglichen Rechtsschutz erstellt sind.

4.5 Bei diesem Ergebnis braucht nicht weiter auf die strittige Entscheidprognose und damit auf die Ausführungen der Parteien zur Hauptsache eingegangen zu werden. Dies gilt umso mehr, als der Rekurrent eine aus seiner Sicht eindeutig positive Prognose für seinen Rekurs verneint, indem er ausführt, es werde ■ ausdrücklich bestritten, dass die notwendige Klarheit eines Ausgangs des Hauptrekurses vorliegt bzw. erkennbar ist ■ (Rekursbegründung, Rz. 27).

E. 5

Daraus folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Auf das vorliegende Verfahren ist der Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss § 40 Abs. 4 PG nicht anwendbar, handelt es sich beim Anfechtungsobjekt im vorinstanzlichen Verfahren doch nicht um eine der in § 40 Abs. 1 PG genannten Verfügungen (vgl. VGE VD.2017.207 vom 8. März 2018 E. 4.2). Das Verfahren wäre daher in analoger Anwendung von Art. 114 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) nur bei einem Streitwert des Rekurses bis zu CHF 30'000.■ kostenlos (vgl. VGE VD.2015.252 vom 14. August 2017 E. 6). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Der Rekurrent hat daher dem Ausgang des Verfahrens entsprechend dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 800.■ zu tragen.

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