

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.52 vom 26. April 2021

BS Appellationsgericht, 2021-04-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2021.52

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.52 du 26 avril 2021

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2021.52 del 26 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

1.1 Verfügungen der Rekurskommission der Universität Basel können gemäss § 41 Abs. 3 des Vertrags zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt über die gemeinsame Trägerschaft der Universität Basel (Universitätsvertrag, SG 442.400) nach den allgemeinen Bestimmungen über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100; VGE VD.2019.134 vom 28. November 2019 E. 1.1, VD.2015.63 vom 5. September 2016 E. 1.1). Zuständig zur Beurteilung des Rekurses ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 88 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft [GOG, SG 154.100]).

1.2 Anfechtungsobjekt des vorliegenden Rekursverfahrens ist eine Verfügung der Präsidentin der Rekurskommission betreffend aufschiebende Wirkung. Dabei handelt es sich um eine Zwischenverfügung. Solche sind gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Dieser Nachteil muss rechtlicher und nicht nur tatsächlicher Natur sein (VGE VD.2019.134 vom 28. November 2019 E. 1.2, VD.2019.93 vom 11. September 2019 E. 1.2.1, VD.2018.57 vom 19. Juli 2018 E. 1.2.1; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 484). 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.2019.134 vom 28. November 2019 E. 1.2, VD.2019.93 vom 11. September 2019 E. 1.2.1, VD.2018.57 vom 19. Juli 2018 E. 1.2.1). Mit der angefochtenen Verfügung wies die Präsidentin der Rekurskommission den Antrag des Rekurrenten auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rekurses ab. Damit ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von § 18 Abs. 2 VRPG als Prozessvoraussetzung ohne weiteres zu bejahen. Folglich kann die Zwischenverfügung vom 17. März 2021 mit Rekurs angefochten werden.

1.3 Der Rekurrent ist als Adressat der angefochtenen Verfügung von dieser unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht erhobenen Rekurs ist somit einzutreten.

1.4 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat es zu prüfen, ob die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig

festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus ist das Verwaltungsgericht mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift nicht befugt, über die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung zu entscheiden.

E. 2

2.1 Gemäss § 53 Abs. 2 PO hat der Rekurs eines Mitarbeiters gegen eine Verfügung der Anstellungsbehörde aufschiebende Wirkung, wobei die aufschiebende Wirkung aus wichtigen Gründen von der Universität bereits in der Verfügung oder nach Einreichung des Rekurses von der Rekurskommission entzogen werden kann. Wurde die aufschiebende Wirkung entzogen, so kann dieser Entscheid von der Rekurskommission überprüft werden.

2.2 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.2017.282 vom 6. März 2018 E. 2.1 mit Nachweisen). 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. Überzeugende Gründe setzen eine gewisse sachliche und zeitliche Dringlichkeit voraus. 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. 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.2017.282 vom 6. März 2018 E. 2.2 mit Nachweisen).

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. Der Natur der Sache entsprechend steht der zuständigen Behörde ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (VGE VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 2.3 mit Nachweisen).

2.4 Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist eine besondere Form einer vorsorglichen Verfügung. 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 Nachweisen).

E. 3

3.1 Gemäss den mit Beispielen illustrierten Feststellungen der Universität in der Verfügung vom 22. Januar 2021 waren die Leistungen des Rekurrenten ungenügend und fehlen ihm IT-Fachkenntnisse. In ihrer Eingabe vom 22. Februar 2021 erklärte die Universität, sie habe den Rekurrenten am 19. November 2020 freigestellt, weil er die fachlichen Anforderungen an seine Stelle nicht erfüllen könne. Da bei provisorischer und summarischer Beurteilung aufgrund der zurzeit vorliegenden Akten nicht festgestellt werden kann, dass

diese Einschätzungen unrichtig sind (vgl. dazu auch unten E. 5.2), muss beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung zumindest die Möglichkeit berücksichtigt werden, dass die Leistungen des Rekurrenten ungenügend gewesen sind und er auch nicht in der Lage ist, genügende Leistungen zu erbringen. Da die Universität auf einwandfreie IT-Dienstleistungen angewiesen ist, ist es unter diesen Umständen nachvollziehbar, dass sie nicht bereit ist, dem Rekurrenten während des Rekursverfahrens weiter Arbeit zuzuweisen. Wenn die Universität den Rekurrenten weiterhin freistellt und die aufschiebende Wirkung des Rekurses gegen die Kündigung wiederhergestellt wird, erleidet die Universität im Fall der Abweisung dieses Rekurses einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil. Bei Abweisung eines Rekurses mit aufschiebender Wirkung gegen die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags wird die Kündigung rückwirkend auf den ursprünglichen Kündigungstermin wirksam. Dies hat zwar zur Folge, dass der Arbeitgeber für die Dauer des Rekursverfahrens keinen Lohn schuldet. Wenn der Mitarbeiter von seiner Arbeitspflicht freigestellt worden ist, ist er bei Abweisung seines Rekurses und Bestätigung der Kündigung jedoch nicht verpflichtet, den während des Rekursverfahrens bezogenen Lohn zurückzuerstatten (VGE VD.2017.282 vom 6. März 2018 E. 4.2.2, mit Nachweisen). Folglich könnte die Universität den während des Rekursverfahrens bezahlten Lohn nicht zurückfordern, obwohl sie dafür keine Gegenleistung erhalten hat und einen anderen Mitarbeiter für die von der Stelle des Rekurrenten zu verrichtende Arbeit bezahlen musste.

3.2 Nach Ansicht der Universität und der Präsidentin der Rekurskommission hätte die Universität das Arbeitsverhältnis des Rekurrenten noch während der Probezeit in Anwendung von § 6 Abs. 2 PO mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen kündigen können, verzichtete sie entsprechend dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung auf diese Möglichkeit und darf ihr dies nicht zum Nachteil gereichen (angefochtene Verfügung, E. 7; Vernehmlassung Universität vom 22. Februar 2021, S. 2). Der Rekurrent wendet dagegen ein, eine Kündigung während der Probezeit wäre nicht möglich gewesen, weil ihm die Universität vorher das rechtliche Gehör hätte gewähren müssen (Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 10). Dieser Einwand ist unbegründet. Die Universität hätte dem Rekurrenten das rechtliche Gehör betreffend die Kündigung anlässlich des Probezeitgesprächs vom 19. November 2020 gewähren können. Anschliessend hätte sie das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen während der Probezeit, die bis am 30. November 2020 gedauert hat, kündigen können.

3.3 Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten besonderen Umstände hat die Präsidentin der Rekurskommission überzeugende wichtige Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu Recht bejaht.

E. 4

4.1 Die Präsidentin der Rekurskommission erwog, wenn die aufschiebende Wirkung des Rekurses nicht wiederhergestellt werde, sei der Rekurrent gezwungen, sich während des Rekursverfahrens um andere Stellen zu bewerben. Nach dem Antritt einer anderen Stelle wäre eine Weiterbeschäftigung des Rekurrenten bei der Universität kaum mehr möglich. Damit würde der Entscheid in der Sache durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung zumindest faktisch präjudiziert (angefochtene Verfügung, E. 7). Diese Erwägungen sind zu relativieren. Wenn überhaupt wird mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung höchstens der Entscheid über die Weiterbeschäftigung des Rekurrenten faktisch präjudiziert. Angesichts dessen, dass der Rekurrent von der Universität nur vom 1. September 2020 bis am 19. November 2020 beschäftigt und noch während der Probezeit freigestellt worden ist,

kann seinem Interesse an einer Weiterbeschäftigung aber nur ein beschränktes Gewicht beigegeben werden. Der Entscheid über die angemessene Entschädigung, die der Rekurrent statt der Weiterbeschäftigung verlangen könnte (§ 12 Abs. 2 PO), wird durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung in keiner Art und Weise präjudiziert. Die Präsidentin der Rekurskommission erwog, aufgrund des kurzen Arbeitsverhältnisses sei das Stadium des erhöhten Kündigungsschutzes noch nicht erreicht worden, welches durch das Vertrauensverhältnis begründet sei, das entstehe, wenn ein Arbeitsverhältnis bereits länger andauere (angefochtene Verfügung, E. 7). Soweit mit dieser Erwägung bloss zum Ausdruck gebracht werden soll, dass aufgrund der kurzen Beschäftigungsdauer das schutzwürdige Interesse des Rekurrenten an einer Weiterbeschäftigung beschränkt sei, ist sie nicht zu beanstanden. Wenn sich die Erwägung auf §§ 10 und 12 PO bezöge, wäre sie hingegen nicht nachvollziehbar, wie der Rekurrent zu Recht geltend macht (Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 10). Die Universität kündigte das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Probezeit mit Verfügung vom 22. Januar 2021. Damit geniesst der Rekurrent den Schutz gemäss §§ 10 und 12 PO.

4.2 Der Rekurrent macht geltend, aus dem Entzug der aufschiebenden Wirkung erwüchsen ihm erhebliche Nachteile, weil er während des Rekursverfahrens keinen Lohn erhalte (Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 12). Der Umstand, dass der Rekurrent ohne aufschiebende Wirkung seines Rekurses während des Rekursverfahrens gegenüber der Universität keinen Lohnanspruch hat, begründet zwar ein schutzwürdiges Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Dieses ist aber erheblich zu relativieren. Der Rekurrent behauptet nicht, dass er die Voraussetzungen für den Bezug von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung nicht erfülle. Folglich ist davon auszugehen, dass er je nach persönlicher Situation Arbeitslosentaggelder von 70 % oder 80 % seines versicherten Verdienstes erhält, bis er eine neue Stelle gefunden hat. Dass er mit dem reduzierten Einkommen seinen laufenden Verpflichtungen nicht nachkommen könnte, behauptet er nicht einmal.

E. 5

5.1 Unter Berücksichtigung der vorstehend erwähnten Umstände überwiegen im vorliegenden Fall die Interessen an der sofortigen Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung der Universität vom 22. Januar 2021 die entgegenstehenden Interessen des Rekurrenten am Aufschub der Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit dieser Verfügung. Damit ist die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig.

5.2 Betreffend die Erfolgsaussichten seines Rekurses gegen die Verfügung vom 22. Januar 2021 macht der Rekurrent geltend, bereits aufgrund einer summarischen Prüfung der Akten sei es offensichtlich, dass insbesondere die Voraussetzungen von § 10 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 PO nicht erfüllt gewesen seien, weil kein wichtiger Grund für eine Kündigung vorgelegen habe und ihm keine Bewährungsfrist eingeräumt worden sei. Zudem habe er keine Unterstützungsmassnahmen erhalten, sei er nicht abgemahnt worden, habe er keine Abmahnung unterzeichnet und sei die Bewährungsfrist zu kurz gewesen (Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 9 und 11). Die Rügen des Rekurrenten erschöpfen sich weitgehend darin, dass er den Feststellungen der Universität in der Kündigungsverfügung vom 22. Januar 2021 seine eigene Darstellung gegenüberstellt. Auch in der Begründung seines Rekurses vom 22. Februar 2021 gegen diese Verfügung begründet der Rekurrent das Fehlen der Kündigungsvoraussetzungen in erster Linie mit von den Feststellungen der Universität Basel abweichenden eigenen Tatsachenbehauptungen, für die er abgesehen von Anträgen

auf Parteibefragung keine Beweise nennt (vgl. Rekursbegründung vom 22. Februar 2021, Ziff. 10 f., 25, 27-30, 33-35 und 37). Zudem bezeichnet er die Beurteilung seiner Leistungen durch die Universität Basel ohne Begründung als unrichtig (vgl. Rekursbegründung vom 22. Februar 2021, Ziff. 26 f.). Weshalb eine Kündigung eine vom Mitarbeiter unterzeichnete Abmahnung voraussetzen sollte (vgl. Rekursbegründung vom 22. Februar 2021, Ziff. 35), ist bei provisorischer und summarischer Beurteilung nicht ersichtlich. Auf dem vom Rekurrenten eingereichten Auszug der Website der Universität Basel finden sich zwar die folgenden Angaben: «Vor einer ordentlichen Kündigung, deren Gründe in der Person des/der Mitarbeitenden liegen, muss mindestens ein Gespräch bzw. eine Abmahnung stattgefunden haben, im Rahmen derer eine angemessene Frist zur Verbesserung und die Angabe von Konsequenzen im Falle mangelnder Besserung festgehalten werden. Die Abmahnung muss von dem/der Mitarbeitenden mitunterzeichnet werden.» In der einschlägigen Bestimmung der PO (§ 10 Abs. 5 PO) wird aber bloss ein Mitarbeitergespräch und die Einräumung einer angemessenen Frist zur Verbesserung der Situation verlangt. Von einer Abmahnung oder gar deren Unterzeichnung durch den Mitarbeiter ist keine Rede. Die Angaben auf der Website der Universität Basel können bei provisorischer und summarischer Beurteilung grundsätzlich keine über die Regelung der PO hinausgehenden Kündigungsvoraussetzungen begründen. Dass die Frist zur Verbesserung zu kurz gewesen wäre (vgl. Rekursbegründung vom 22. Februar 2021, Ziff. 36), erscheint bei provisorischer und summarischer Beurteilung zumindest fraglich. Insgesamt sind die Erfolgchancen des Rekurses gegen die Verfügung vom 22. Januar 2021 bei provisorischer und summarischer Beurteilung entgegen der Ansicht des Rekurrenten jedenfalls nicht eindeutig positiv. Damit sprechen sie zumindest nicht für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

5.3 Zusammenfassend ist es nicht zu beanstanden, dass die Präsidentin der Rekurskommission den Antrag des Rekurrenten auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Rekurses abgewiesen hat.

E. 6

6.1 Schliesslich macht der Rekurrent geltend, die Universität habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie den Entzug der aufschiebenden Wirkung in ihrer Verfügung vom 22. Januar 2021 nicht begründet habe (Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 14). Diese Rüge ist unbegründet.

6.2 Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV folgt die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. 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 Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

6.3 In der Verfügung vom 22. Januar 2021 begründete die Universität den Entzug der aufschiebenden Wirkung zwar nicht ausdrücklich. Sie stellte aber insbesondere fest, dass die Leistungen des Rekurrenten ungenügend gewesen seien und sich auch innert der Bewährungsfrist nicht verbessert hätten. Es ist offensichtlich, dass diese Umstände die Universität nicht nur zur Kündigung, sondern auch zum Entzug der aufschiebenden Wirkung bewogen. Damit enthält die Verfügung vom 22. Januar 2021 auch eine den verfassungsrechtlichen Minimalanforderungen genügende Begründung des Entzugs der

aufschiebenden Wirkung, wie die Präsidentin der Rekurskommission richtig festgestellt hat (vgl. angefochtene Verfügung, E. 8). Entgegen der Ansicht des Rekurrenten (vgl. Rekurs vom 26. März 2021, Ziff. 14) ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich sein sollte, dass dieselben Umstände gleichzeitig einen Kündigungsgrund und einen Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung darstellen, zumal in beiden einschlägigen Bestimmungen (§ 10 Abs. 3 f. und § 53 Abs. 2 PO) «wichtige Gründe» verlangt werden.

6.4 Die Präsidentin der Rekurskommission entschied über die aufschiebende Wirkung nicht im Rahmen eines Rekurses gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die Universität, sondern fällte mit der vorliegend angefochtenen Verfügung vom 17. März 2021 einen eigenen Entscheid über die aufschiebende Wirkung. Dabei verfügte sie für die Frage der aufschiebenden Wirkung über die gleiche Kognition wie die Universität. Die Begründung der Verfügung vom 17. März 2021 genügt den aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Anforderungen zweifellos. Eine allfällige Verletzung des Anspruchs des Rekurrenten auf rechtliches Gehör wäre daher durch die Präsidentin der Rekurskommission geheilt worden.

E. 7

7.1 Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, ist der Rekurs des Rekurrenten abzuweisen. Folglich hat er gemäss § 30 Abs. 1 VRPG grundsätzlich die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahrens zu tragen.

7.2 Bei Verfahren betreffend öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse werden gemäss § 23 Abs. 4 des Gerichtsgebührenreglements (GGR, SG 154.810) in analoger Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO bis zu einem Streitwert von CHF 30'000. keine Entscheidgebühren erhoben, soweit das Verfahren nicht ohnehin gemäss § 40 Abs. 4 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) kostenlos ist. Mit Verfügung vom 22. Januar 2021 kündigte die Universität Basel das Arbeitsverhältnis mit dem Rekurrenten per 28. Februar 2021. Der Rekurrent begründete seinen Rekurs gegen die Verfügung vom 22. Januar 2021 mit Eingabe vom 22. Februar 2021. Es ist davon auszugehen, dass von diesem Zeitpunkt bis zum Abschluss des Rekursverfahrens vor der Rekurskommission voraussichtlich mehr als sechs Monate verstreichen werden. Damit entspricht der Streitwert des Rekurses gegen die Verfügung der Rekurskommission der Universität Basel vom 17. März 2021 betreffend die aufschiebende Wirkung des Rekurses an die Rekurskommission der Universität Basel schätzungsweise mehr als sechs Monatslöhnen des Rekurrenten. In der Begründung seiner Kostenvorschussverfügung vom 29. März 2021 ging der Verfahrensleiter davon aus, dass der Bruttomonatslohn des Rekurrenten mindestens CHF 5'000. beträgt. Diese Annahme wurde vom Rekurrenten nicht beanstandet. Daher ist das vorliegende verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren nicht kostenlos. Die Gerichtskosten werden in Anwendung von § 23 Abs. 2 GGR auf CHF 600., einschliesslich Auslagen, festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

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