



Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt

vom 24. August 2017

Kommission: lic. iur. Gabrielle Kremo (Präsidium),
Dr. Andreas Freivogel, lic. iur. Christian Heim
Schreiberin: MLaw Rebecca Mühlebach

Aktenzeichen Nr. 13/2017:

**Rekurs von X, vertreten durch A, Advokat, betreffend Rechtsverweigerung,
nichtige Massnahme**

I. Sachverhalt

1. Der Rekurrent, X, ist als [...]Lehrer am Gymnasium G mit einem Pensum von 100% tätig. Aufgrund seiner Äusserungen anlässlich des Personalgesprächs vom 6. September 2016 ging die Rektorin des Gymnasiums G, R, davon aus, dass er sich per 31. Oktober 2017 frühzeitig pensionieren lassen wolle.

2. Im Zusammenhang mit der Unterrichtstätigkeit des Rekurrenten in der Klasse [...] bestanden seit einiger Zeit Schwierigkeiten, indem auf der einen Seite er als Lehrer das Leistungsniveau als ungenügend erachtete, während auf der andern Seite relativ viele Schüler gemäss deren anonymen Befragungen seinen Umgang mit ihnen als nicht motivierend und teilweise auch nicht fair bezeichneten. Am 2. November 2016 zog der Rekurrent das Mobiltelefon einer Schülerin ein, weil diese es im Unterricht benutzt hatte. Als die Schülerin es entsprechend der massgeblichen Regelung am Abend auf dem Sekretariat abholen wollte, hatte es der Rekurrent noch in seinem Gewahrsam und übergab es der Schülerin erst am folgenden Tag.

Am 8. November 2016 kam es wiederum zum Entzug eines Mobiltelefons durch den Rekurrenten, welches dieser erst am Folgetag zurückgeben wollte. Trotz einer entsprechenden Anordnung des Konrektors K weigerte sich der Rekurrent, der Schülerin das Mobiltelefon am selben Tag zurückzugeben.

3. In der Folge wurde dem Rekurrenten mit Schreiben der Rektorin vom 9. November 2016 die Unterrichtstätigkeit als Mathematiklehrer der Klasse [...] entzogen.

4. Am 1. Dezember 2016 fand ein runder Tisch mit dem Rekurrenten, seiner damaligen Rechtsvertreterin, C, der Rektorin, R, dem Konrektor, K, dem Personalverantwortlichen beim Erziehungsdepartement, P, und dem Präsidenten der Fachschaft [...], B, statt. Als Ergebnis dieser Besprechung übermittelte die Anstellungsbehörde dem Rekurrenten Mitte Dezember 2016 einen Vereinbarungsentwurf. Da-

rin wurde unter anderem vorgesehen, dass der Rekurrent den Unterricht an der Klasse [...] abgebe und das Arbeitsverhältnis aufgrund vorzeitiger Pensionierung per 31.10.2017 beendet werde.

6. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 (recte: 5. Januar 2017) teilte der Rekurrent, nunmehr vertreten durch A, Advokat, mit, dass er den Vereinbarungsentwurf nicht annehmen werde. Er verlangte zudem, dass er unverzüglich wieder als Lehrer der Klasse [...] eingesetzt werde.

7. Mit Schreiben vom 6. Januar 2017 kündete die Anstellungsbehörde an, dass sie sich rechtlich beraten lasse, und bat daher um Geduld. Aus Sicht der Anstellungsbehörde komme eine Rückkehr des Rekurrenten als [...]Lehrer der Klasse [...] jedoch nicht in Frage. Sie sei aber zu einer einvernehmlichen Lösung bereit.

8. Am 11. Januar 2017 erhielt der Rekurrent nach entsprechender Nachfrage das Formular für seine Stundenwünsche für das Schuljahr 2017/2018, welches er gleichentags ausgefüllt einreichte. Am 25. Januar 2017 teilte er R mit, dass er im Schuljahr 2017/2018 weiterhin am Gymnasium G unterrichten werde. Die Rektorin antwortete, sie sei erstaunt, da sie davon ausgehe, dass das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2017 ende, der Rekurrent habe dies so unterschriftlich auf dem Personalbogen bestätigt.

9. Mit Schreiben vom 24. April 2017 erhielt der Rekurrent vom Personaldienst die Mitteilung, er solle das Formular zum Bezug der Altersleistungen ausfüllen, da er sich per 31. Oktober 2017 pensionieren lassen wolle.

10. Mit Rekurs an die Personalrekurskommission vom 28. April 2017 beantragt der Rekurrent unter o/e-Kostenfolge, es sei festzustellen, dass der Entzug der Unterrichtstätigkeit in der Klasse [...] im Gymnasium G für [...]Unterricht, die Nichtzuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018 und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2017 nichtig seien, und es sei die Anstellungsbehörde anzuweisen, diese Massnahmen aufzuheben bzw. als unwirksam zu betrachten.

11. In ihrer Stellungnahme vom 2. Juni 2017 beantragt die Anstellungsbehörde unter o/e-Kostenfolge, auf den Rekurs sei nicht einzutreten, eventualiter sei der Rekurs abzuweisen.

12. Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2017 wurde das Begehren der Anstellungsbehörde um Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit und das Eventualbegehren um Ansetzung einer Frist zur einlässlichen Stellungnahme zum Rekurs nach rechtskräftiger Ablehnung des Hauptantrages im Interesse einer beförderlichen Behandlung des Rekurses abgewiesen.

13. Mit Schreiben vom 15. Juni 2017 stellte der Rekurrent bzw. mit Schreiben vom 19. Juni 2017 stellte die Anstellungsbehörde ein Gesuch um anwaltliche Vertretung. Gleichzeitig beantragte die Anstellungsbehörde eine Nachfrist zur Einreichung einer materiellen Stellungnahme.

14. Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2017 wurde die anwaltliche Vertretung der Parteien bewilligt. Für die Frage, ob eine weitere schriftliche Eingabe der Anstel-

lungsbehörde notwendig sei, wurde auf die Beurteilung durch die Personalrekurskommission in der bevorstehenden Verhandlung vom 26. Juni 2017 verwiesen.

15. Mit Schreiben vom 22. Juni 2017 reichte die Anstellungsbehörde eine materielle Begründung nach. Mit Schreiben vom 23. Juni 2017 nahm der Rekurrent dazu Stellung und beantragte, die Stellungnahme sei aus dem Recht zu weisen.

16. Anlässlich der Parteiverhandlung vom 28. Juni 2016, an welcher X, sein Rechtsvertreter A, Advokat, und auf Seiten der Anstellungsbehörde R, E und ihr Rechtsvertreter D, Advokat, teilnahmen, wurde ein Vergleich mit Widerrufsfrist geschlossen.

17. Mit Schreiben vom 14. Juli 2017 widerrief der Rekurrent den Vergleich und beantragte die Fortführung des vorliegenden Verfahrens.

II. Rechtliche Erwägungen

1a. Nach § 40 Personalgesetz können Verfügungen betreffend Massnahmen gemäss §§ 24 und 25 Personalgesetz sowie Kündigungen und fristlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Verfahren liegt jedoch unbestrittenermassen keine förmlich ergangene Verfügung vor.

Vielmehr beantragt der Rekurrent in seiner Rekursbegründung, es sei festzustellen, dass die folgenden Handlungen der Anstellungsbehörde nichtig seien, und es sei die Anstellungsbehörde anzuweisen, die von ihr angeordneten Massnahmen aufzuheben bzw. als unwirksam zu betrachten.

- Der Entzug der Unterrichtstätigkeit in der Klasse [...] im Gymnasium G für [...]Unterricht ab November 2016
- Die Nichtzuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018
- Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 31.10.2017.

b. Mit anderen Worten verlangt der Rekurrent somit nicht die Aufhebung einer Kündigung, sondern die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe und der Entzug der Unterrichtstätigkeit in der Klasse [...] für [...]Unterricht und die Nichtzuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018 nichtig seien. Grundsätzlich sind Feststellungsbegehren auch im Verwaltungsverfahren zulässig, wobei sie allerdings nur subsidiär in Frage kommen. Nämlich dann, wenn kein entsprechendes Leistungsbegehren auf Aufhebung oder Abänderung einer ergangenen Verfügung möglich ist (BGE 125 V 24 E. 1b mit Hinweis, 122 V 30 E. 2b; Urteil des Verwaltungsgericht vom 4. Oktober 1994 in Sachen M.H.-H., in: BJM, 1995, S. 325).

Diese Voraussetzung ist vorliegend zumindest insoweit erfüllt, als in Ermangelung einer förmlichen Kündigung des Arbeitsvertrages seitens der Anstellungsbehörde gar keine anfechtbare Verfügung existiert.

c. Im Weiteren ist erforderlich, dass der Rekurrent ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der verlangten Feststellung hat. Dies ist hier in Bezug auf die Feststellung des Fortbestands des strittigen Arbeitsverhältnisses des Rekurrenten ohne weiteres

der Fall. Gleiches gilt für die Nichtzuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018.

Bezüglich der entzogenen Schulstunden im Schuljahr 2016/2017 gestaltet sich die Situation anders. Nach dem Ablauf dieses Schuljahres und der unbestrittenermassen auf diesen Zeitpunkt erfolgten Auflösung der Klasse [...] besteht kein aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr an einer Aufhebung der beanstandeten Massnahme. Damit mangelt es in dieser Hinsicht an einer Eintretensvoraussetzung für den Rekurs. Bei dieser Situation kann offen bleiben, ob die Massnahme disziplinarisch motiviert war oder aber im Sinne von § 12 Abs. 3 Personalgesetz aus organisatorischen Gründen angeordnet worden war. Im letztgenannten Fall hätte die Personalrekurskommission auch keine Kompetenz zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Massnahme (vgl. VGE VD.2014.78 vom 20. Mai 2015).

2a. Der Rekurrent stellt sich allerdings auf den Standpunkt, der von ihm beanstandete Entzug der Unterrichtstätigkeit sei eine nichtige Massnahme, was im vorliegenden Verfahren festzustellen sei. Die Nichtigkeit eines behördlichen Entscheids ist grundsätzlich jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten und kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGE 137 II 217 E. 2.4.3 S. 226 mit Hinweisen). Dies gilt selbst dann, wenn auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (BGer 1C_78/2015 vom 29. Mai 2015 E. 3.4 sowie 5A_998/2014 vom 14. April 2015 E. 2 mit Hinweisen).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind selbst fehlerhafte, mit Mängeln behaftete Verwaltungsakte in der Regel nicht nichtig. Nichtigkeit einer Verfügung liegt vielmehr nur vor, wenn sie – kumulativ – mit einem tiefgreifenden und wesentlichen Mangel behaftet ist, wenn dieser schwerwiegende Mangel offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge; erforderlich hierzu wäre ein ausserordentlich schwerwiegender Mangel. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 138 II 501 E. 3.1 S. 503 f., 137 I 273 E. 3.1 S. 275, jeweils mit weiteren Hinweisen; BGer 2C_881/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 1.).

Vorliegend sind entgegen der Auffassung des Rekurrenten keine solchen Nichtigkeitsgründe erkennbar. Die behaupteten formellen Mängel in Bezug auf den Entzug der Unterrichtstätigkeit in der Klasse [...] wiegen in jedem Falle nicht so schwer, als dass von der Nichtigkeit dieses Entscheids auszugehen wäre. Dass derselbe dem Rekurrenten in Briefform und nicht als förmliche Verfügung mitgeteilt worden ist, weshalb er auch keine Rechtsmittelbelehrung enthalten hat, entspricht zwar nicht den gesetzlichen Vorgaben. Dieser Mangel hat jedoch für den Rekurrenten keine schwerwiegenden Rechtsnachteile zur Folge. In dieser Hinsicht ist nämlich zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass die Rechtsmittelfrist nicht mit der Eröffnung des betreffenden Entscheids zu laufen begonnen hat, weshalb der vorliegende Rekurs auch nicht als verspätet erachtet wird. Des Weiteren mag sein, dass der Rekurrent vor dem Entzug der Unterrichtstätigkeit nicht förmlich zu der geplanten Massnahme angehört worden ist. Allerdings wurde ihm das fragliche Schreiben persönlich von der Rektorin ausgehändigt, so dass er sich jedenfalls zu diesem

Zeitpunkt hat äussern können und fand am 1. Dezember 2016 das oben erwähnte Einigungsgespräch zwischen dem von seiner damaligen Rechtsvertreterin begleiteten Rekurrenten und verschiedenen Behördenvertretern statt, bei welchem er seine Sicht der Dinge eingehend hat darlegen können. Unter diesen Umständen ist von einer Heilung der Gehörsverletzung auszugehen und liegt diesbezüglich auf jeden Fall keine Nichtigkeit vor. Dasselbe gilt für das behauptete Fehlen der Zuständigkeit der Rektorin des Gymnasiums G für den definitiven Entzug der Unterrichtstätigkeit bzw. die unterbliebene Genehmigung der Anstellungsbehörde, wenn dieser Entzug der Unterrichtstätigkeit durch die Rektorin als bloss provisorische Massnahme angesehen würde. Für die offensichtlich im Sinne einer definitiven Massnahme erlassene Anordnung, nämlich den Entzug der Unterrichtstätigkeit in Klasse [...] bis zu deren Auflösung Ende Juni 2017, kann die Rektorin als Vertreterin der Schulleitung als Anstellungsbehörde angesehen werden. Diese besteht nämlich aus der Rektorin selbst, der Konrektorin und dem Konrektor sowie der Verwaltungsleiterin. Sollten diese weiteren Mitglieder der Schulleitung nicht ohnehin schon vor dem Entzug der Unterrichtstätigkeit beigezogen worden sein, so hätten sie diese jedenfalls danach konkludent bewilligt, andernfalls sie dagegen hätten einschreiten müssen. Davon abgesehen wäre selbst die vom Rekurrenten behauptete Eigenmächtigkeit der Rektorin in keiner Weise geeignet, die Nichtigkeit der von dieser angeordneten Massnahme zu bewirken. Nichts anderes gilt schliesslich für die geltend gemachten materiellen Fehler. Selbst wenn der Entzug der Unterrichtstätigkeit in einer bestimmten Schulklasse auf eine Dauer von etwas mehr als einem halben Jahr bei gleichbleibenden Lohnzahlungen und mit Zuweisung einer fachlich adäquaten Ersatztätigkeit in reduziertem Umfang unter den gegebenen Umständen als unverhältnismässig angesehen würde, könnte keine Rede von einer geradezu nichtigen Anweisung sein.

b. Da somit in Bezug auf den Entzug der Unterrichtstätigkeit keine Nichtigkeit der Massnahme zu erkennen ist, bleibt es dabei, dass mangels des erforderlichen aktuellen Rechtsschutzinteresses in diesem Punkt nicht auf den Rekurs eingetreten werden kann.

3a. Bezüglich der umstrittenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Oktober 2017 und der damit verbundenen unterbliebenen Stundenzuteilung für das Schuljahr 2017/2018 macht die Anstellungsbehörde geltend, es fehle an einem Anfechtungsobjekt, da in dieser Hinsicht keinerlei Verfügungen ergangen seien. Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als entgegen der Formulierung der Rechtsbegehren des Rekurrenten keinerlei „Handlungen“ oder „Massnahmen“ der Behörden vorliegen, die als nichtig qualifiziert werden könnten. Der Rekurrent stellt sich jedoch auf den Standpunkt, aufgrund des Verhaltens der Anstellungsbehörde liege eine faktische Arbeitgeberkündigung mit faktischer Freistellung vor. Von dieser Argumentation ausgehend, sind die Rekursanträge so zu verstehen, dass die Personalrekurskommission die Unrichtigkeit der Auffassung der Anstellungsbehörde, das Arbeitsverhältnis mit dem Rekurrenten werde durch dessen Kündigung zufolge Pensionierung per 31. Oktober 2017 beendet, und die Unrechtmässigkeit der daraus folgenden unterbliebenen Stundenzuteilung für das Schuljahr 2017/2018 festzustellen habe.

b. Die Zuständigkeit zum Erlass eines Feststellungsurteils gestaltet sich grundsätzlich gleich wie bei Leistungsbegehren, d.h. im Verwaltungsrekursverfahren wie

bei Anträgen auf Aufhebung oder Abänderung von Verfügungen. Auf dieses Verfahren bezogen bedeutet dies, dass die Personalrekurskommission hinsichtlich der verlangten Feststellung, wonach zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis bestehe, zuständig wäre, soweit eine nach § 40 Abs. 1 Personalgesetz anfechtbare Kündigung in Frage stünde. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Anstellungsbehörde durch konkludentes Handeln zum Ausdruck bringt, dass sie ein Arbeitsverhältnis als beendet betrachtet, obschon weder sie noch der Arbeitnehmer eine Kündigung erklärt hat und auch keine entsprechende Vereinbarung über die Auflösung des Arbeitsvertrags getroffen worden ist. Im vorliegenden Fall liegt jedoch insofern eine andere Situation vor, als sich die Verwaltung stets darauf berufen hat, dass der Rekurrent gekündigt habe. Tatsächlich hat er anlässlich des Personalgesprächs vom 6. September 2016 Äusserungen in dieser Richtung gemacht, welche die Anstellungsbehörde als verbindlich betrachtet hat. Demzufolge ist keine Kündigungsverfügung ergangen, und unbestrittenermassen liegt auch kein gesetzlicher Kündigungsgrund vor. Unter diesen Umständen muss die Zuständigkeit der Personalrekurskommission verneint werden. Diese ist sowohl aus grundsätzlichen Überlegungen als auch mangels einer entsprechenden Kompetenznorm im Personalgesetz nicht zur Beurteilung der Gültigkeit von Kündigungen seitens der Angestellten bzw. zur Auslegung von diesbezüglichen Erklärungen derselben befugt (vgl. dazu den Entscheid der Personalrekurskommission Nr. 21 vom 5. November 2002, wo die Gültigkeit einer Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsvertrags strittig war). Gleiches gilt hier für die damit zusammenhängende Nichtzuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018. Bei dieser kommt hinzu, dass dafür klarerweise ein organisatorischer Grund vorliegt, hat doch der Rekurrent nur deshalb kein festes Stundenpensum mit bestimmten Schulklassen zugeteilt erhalten, weil davon ausgegangen wurde, dass er bereits 1½ Monate nach Beginn des Schuljahres in Pension gehen würde. Da somit in diesem Punkt keinerlei disziplinarische Gründe für die unterbliebene Stundenzuteilung erkennbar sind und solche vom Rekurrenten auch nicht geltend gemacht werden, fehlt es auch aus diesem Grund an der Zuständigkeit der Personalrekurskommission. Auch dies muss zu einem Nichteintretensentscheid führen.

c. Die Frage, ob der Rekurrent tatsächlich eine Kündigung eingereicht hat oder nicht, kann daher nicht durch die Personalrekurskommission geklärt werden. Die hier strittigen Begehren um Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis weiter besteht, und um Zuteilung eines Pensums für das Schuljahr 2017/2018 sind daher bei derjenigen Behörde anzubringen, welche nach den allgemeinen Bestimmungen über das baselstädtische Verwaltungsverfahren, d.h. insbesondere derjenigen des Organisationsgesetzes, für die Anfechtung von Verfügungen der Anstellungsbehörde ausserhalb des Kompetenzbereichs der Personalrekurskommission zuständig ist.

III. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Eintretensvoraussetzungen für den Rekurs in allen Punkten nicht erfüllt sind, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

IV. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

1.

Das Rekursverfahren ist gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos.

2.

Da im vorliegenden Verfahren auf den Rekurs nicht eingetreten wird, ist dem Rekurrenten gemäss § 7 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Verwaltung hat die Kosten ihrer Rechtsvertretung unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selbst zu tragen.

Demgemäss hat die Personalrekurskommission entschieden:

I.

- ://:
1. Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.
 2. Das Verfahren ist kostenlos.
 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

Ein Rekurs gegen diesen Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil VD.2017.207 vom 8. März 2018 abgewiesen.