

PRK Fall Nr. 63: Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis?

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 22. Februar 2006 i.S. A. gegen die Verfügung des Departements X. vom 28. April 2005.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------|--|
| Rechtsprobleme | Welche Themen betrifft der Entscheid |
| Sachverhalt | Kurze Schilderung der Geschehnisse |
| Rechtliche Erwägungen | Begründung der Personalrekurskommission |
| Entscheid und Rechtskraft | Entscheid der Personalrekurskommission |
| Schlussfolgerungen ZPD | Lehren die aus diesem Entscheid gezogen werden können |
| Relevante Rechtsnormen | Welche Rechtsnormen sind im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt? |

I. Rechtsprobleme

1. Schutzwürdiges Interesse (E. 2)
2. Zulässigkeit von durch den Staat eingegangenen Leiharbeitsverträgen (E. 3b)
3. Umgehung der öffentlichrechtlichen Vorschriften mittels privatrechtlichem Vertrag (E. 4a, b, c)
4. Verbot widersprüchlichen Verhaltens (E. 5a)
5. Einfluss von Fachwissen des/r Arbeitnehmenden auf die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers (E. 5b)

II. Sachverhalt

A. schloss am 5. Januar 1998 einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft Z. ab. Er wurde bei der Dienststelle V. des Departements X. als Verwalter des Ressorts K. eingesetzt. Ab dem 28. Januar 2004 war A. mit Ausnahme der Zeitspanne vom 14. Juni 2004 bis 5. September 2004 dauernd vollständig resp. teilweise an der Aufgabenerfüllung verhindert. Mit Verfügung vom 28. April 2005 sprach das Departement X., mit dem Vorbehalt, dass damit nicht anerkannt werde, dass ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis vorliege, eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. a Personalgesetz (PG) aus.

Gegen die Kündigungsverfügung vom 28. April 2005 meldete A. am 9. Mai 2005 Rekurs bei der Personalrekurskommission an. In der Rekursbegründung vom 30. Mai 2005 beantragte er die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung des Departements X. vom 28. April 2005 und die Anordnung der Weiterbeschäftigung des Rekurrenten, eventualiter die Zusprechung einer Abfindung in Höhe von CHF 291'134.--.

In der Rekursbeantwortung vom 1. Juli 2005 beantragte das Departement X., auf den Rekurs nicht einzutreten, eventualiter die Abweisung des Rekurses, sowie den Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses.

II. Rechtliche Erwägungen

1.

Das Verfahren ist vorläufig beschränkt worden auf die Frage des Bestehens eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Rekurrenten und dem Kanton Basel-Stadt und damit auf die Frage der Zuständigkeit der Personalrekurskommission zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses.

2.

Das für die Beurteilung des Rekurses erforderliche aktuelle Rechtsschutzinteresse des Rekurrenten ist gegeben, auch wenn aufgrund seiner dauernden Erwerbsunfähigkeit keine Weiterbeschäftigung mehr in Frage kommen kann. Diesbezüglich hat der Rekurrent zu Recht auf die Frage des Beginns der Leistungen der Pensionskasse hingewiesen. Nach der Auskunft der Stiftung S. wird offenbar die Rente im überobligatorischen Bereich erst nach Ablauf einer gewissen Dauer der Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt. Im Falle einer Gutheissung des Rekurses würde das Arbeitsverhältnis nach § 34 Abs. 1 PG fort dauern bis zum Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Invaliditätsleistungen der Pensionskasse. Diesbezüglich scheint es richtig, unter dem „Anspruch auf Invaliditätsleistungen“ die ganzen Leistungen und nicht bloss die Mindestrente nach BVG zu verstehen. Das bedeutet, dass der Rekurrent für die Zeit zwischen der Kündigung und der Ausrichtung der vollen Invaliditätsleistungen der Pensionskasse finanzielle Ansprüche stellen könnte, wenn die Beendigung des Arbeitsvertrags als unzulässig angesehen würde. Dass diese Ansprüche vollumfänglich durch Krankentaggelder abgegolten werden könnten, ist nicht anzunehmen, muss aber, da eine diesbezügliche Regelung immer noch aussteht, offen bleiben. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass in finanzieller Hinsicht ein Interesse an der Beurteilung des Rekurses besteht.

Wie erwähnt, könnte allerdings selbst bei einer Gutheissung des Rekurses keine Weiterbeschäftigung des Rekurrenten angeordnet werden, wie er beantragt hat, da er aus gesundheitlichen Gründen gar nicht mehr zur Erfüllung seiner Aufgabe in der Lage wäre. Auf dieses Begehren, an dem er auf die entsprechende Anfrage zu Unrecht festgehalten hat, wäre somit in jedem Falle nicht einzutreten. Es könnte vielmehr bestenfalls die Unzulässigkeit der Kündigung festgestellt bzw. die betreffende Kündigungsverfügung aufgehoben werden.

3.

3a.

Das Departement X. beruft sich darauf, dass ein Leiharbeitsvertrag vorliege mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis des Rekurrenten nicht mit dem Kanton, sondern mit der Personalverleiherin Gesellschaft Z. abgeschlossen worden sei. Formell ist dies zutreffend, das heisst, es liegen unbestrittenermassen entsprechende Vereinbarungen vor. Es kann also nicht einfach verkürzt aufgrund der Tätigkeit des Rekurrenten bei der Dienststelle V. davon ausgegangen werden, es liege ein Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Kanton vor, das auf seine privat- oder öffentlich-rechtliche Natur untersucht werden müsste. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob sich der Rekurrent allenfalls auf eine unzulässige Umgehung der gesetzlichen

Vorschriften im öffentlichen Personalrecht berufen, das heisst den Kündigungsschutz der öffentlich-rechtlichen Regelung für sich in Anspruch nehmen kann. Nicht zu prüfen ist hingegen, ob die Vorschriften des Leiharbeitsvertragsrechts eingehalten worden sind, denn dies hat mit der hier strittigen Frage nichts zu tun und die Personalrekurskommission wäre in diesen Fragen auch nicht zuständig. Sollte die Gesellschaft Z. die entsprechenden Vorschriften nicht beachtet haben, so müsste der Rekurrent gegen diese vorgehen. Im Übrigen könnte es dem Rekurrenten im Hinblick auf die hier strittige Frage ohnehin nichts nützen, wenn unter diesem Gesichtspunkt von der Ungültigkeit des Leiharbeitsvertrags ausgegangen würde, denn daraus wäre nicht einfach auf das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Kanton Basel-Stadt zu schliessen.

3b.

Es kann wohl nicht grundsätzlich verneint werden, dass der Kanton Leiharbeitsverträge eingehen darf. Es gibt zweifellos Situationen, etwa bei einem kurzfristigen personellen Engpass durch stark gestiegenen Arbeitsanfall oder Ausfall von Mitarbeitenden, bei denen der Einsatz von Temporärarbeitskräften notwendig ist. Ein solches Vorgehen rechtfertigt sich umso mehr, wenn diese Situation nur vorübergehender Natur ist. Aber auch wenn ein dauernder dringender Bedarf an Arbeitskräften besteht, der durch die bewilligten Stellen nicht gedeckt werden kann, ist es jedenfalls unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn Leiharbeitskräfte eingesetzt werden. Nicht zulässig wäre es hingegen, wenn der Kanton in grossem Stil seine Aufgaben mit Leiharbeitskräften erfüllen würde oder im Einzelfall, um die gesetzlichen Schutzbestimmungen des öffentlichen Personalrechts umgehen zu können.

4.

4a.

Im vorliegenden Fall bestand bei der Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses des Rekurrenten seitens der Verwaltung keine Absicht, ihn im Hinblick auf seine Arbeitnehmerrechte zu benachteiligen. Vielmehr wurde seine Tätigkeit nach Aussagen seines Vorgesetzten auf einen Leiharbeitsvertrag mit der Gesellschaft Z. gestützt, weil nach dem Stellenplan keine entsprechende Position offen war und es zudem für den betreffenden Posten keine Lohnklasse im kantonalen Lohnsystem gab, die eine marktgerechte Vergütung erlaubt hätte. Nach den Ausführungen in der Rekursbegründung soll dieses Problem der Entlohnung sogar der einzige Grund für das gewählte Vorgehen gewesen sein. Das heisst, der Rekurrent hat durch die Beschäftigung mittels Leiharbeitsvertrag, wobei sein als Auskunftsperson befragter Vorgesetzter in der Verhandlung der Personalrekurskommission von „Drittmittelfinanzierung“ gesprochen hat, einen höheren Lohn erzielen können, als es bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag möglich gewesen wäre. Unter diesem Gesichtspunkt kann jedenfalls nicht von einem unzulässigen Vorgehen der Verwaltung ausgegangen werden.

4b.

Keine Schlüsse sind sodann aus dem Umstand zu ziehen, dass das Departement X. gegenüber dem Rekurrenten eine förmliche Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. a PG ausgesprochen hat, da dies explizit ohne Anerkennung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags erfolgt ist. Damit wollte sich die Verwaltung lediglich absichern, falls der Rekurrent die gleichzeitig, entsprechend der privatrechtlichen Regelung seiner Tätigkeit erfolgte Kündigung durch die Gesellschaft Z. nicht als solche akzeptieren und in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren mit seiner Berufung auf das Vorliegen eines dem Personalgesetz unterstehenden Anstellungsvertrags Recht bekommen sollte.

4c.

Der Rekurrent macht geltend, die für seine Anstellung gewählte besondere rechtliche Konstruktion sei ungeachtet der damit verbundenen Vor- und Nachteile eine unzulässige Umgehung der personalrechtlichen Vorschriften gewesen. Es handle sich somit um ein simuliertes und daher ungültiges Rechtsgeschäft, wohingegen das dissimulierte Rechtsgeschäft, nämlich seine Anstellung beim Kanton nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, seine Rechtswirkungen entfalte. Zur Begründung weist er darauf hin, dass seine Tätigkeit für das Departement X. über Jahre hinaus angedauert habe und er in vielerlei Hinsicht gleich behandelt worden sei wie die Angestellten des Kantons Basel-Stadt. Auch sei die formelle Arbeitgeberin Gesellschaft Z. ihm gegenüber überhaupt nicht in Erscheinung getreten. Demgegenüber erachtet das Departement X. die getroffene Lösung im Hinblick auf die Flexibilität der Lohnvereinbarung nach wie vor als angemessen, zumal der Rekurrent zur Erfüllung eines der Dienststelle V. von einem Dritten erteilten Auftrags eingesetzt war und dieser Auftrag jederzeit beendet werden konnte. Die Frage, ob hier eine unzulässige Umgehung der Vorschriften des Personalgesetzes erfolgt ist, kann jedoch letztlich offen bleiben. Wie im Folgenden darzulegen ist, könnte sich nämlich der Rekurrent selbst dann nicht auf die Bestimmungen über den Kündigungsschutz berufen, wenn das gewählte Vorgehen tatsächlich nicht korrekt gewesen wäre.

5.**5a.**

Wie oben dargelegt, hat der Rekurrent in der Rekursbegründung erklärt, dass die Konstruktion eines Leiharbeitsverhältnisses „einzig und allein deshalb gewählt“ worden sei, weil es für den zu besetzenden Posten keine kantonale Lohnklasse gegeben habe, die eine marktgerechte Vergütung erlaubt hätte. Das heisst, auf diese Weise konnte der Rekurrent einen höheren Lohn erlangen, als es aufgrund des staatlichen Lohnklassensystems möglich gewesen wäre. In der Verhandlung der Personalrekurskommission ist dies von den Beteiligten zwar etwas relativiert worden, indem anfänglich wohl auch die Stellenplafonierung Grund für dieses Vorgehen gewesen ist. Der Rechtsvertreter des Rekurrenten hat sogar behauptet, diesem sei zugesichert worden, dass er eine Anstellung nach dem Personalgesetz erhalten würde. Diese Behauptung ist jedoch erstmals in der Verhandlung der Personalrekurskommission erhoben worden und daher nicht besonders glaubhaft. Zudem steht fest, dass im Verlauf des Arbeitsverhältnisses eine Bewertung der Stelle stattgefunden hat mit dem Ergebnis, dass diese in Lohnklasse 18 einzureihen gewesen wäre und der Rekurrent zum damaligen Zeitpunkt einen niedrigeren Lohn als gemäss dem bestehenden Leiharbeitsvertrag erhalten hätte. In der Folge ist es denn auch nicht zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses gekommen. Auf die dem Rekurrenten in der Verhandlung gestellte Frage, weshalb er dies nicht verlangt habe, hat er in wenig überzeugender Weise erklärt, dass er viel zu tun und kaum Zeit gehabt habe, so dass die Jahre dahingegangen seien. Diese Äusserung kann nicht anders interpretiert werden, als dass er selbst kein Interesse an einer Änderung seiner arbeitsrechtlichen Situation hatte, was nur auf den im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft Z. höheren Lohn zurückzuführen gewesen sein kann. Die Argumentation, wonach nicht der Rekurrent, sondern ausschliesslich das Departement X. von der gewählten Regelung mittels Leiharbeitsvertrag profitiert habe, indem sie sich die Dienste eines hochklassigen Spezialisten habe sichern können, ist abwegig. Es mag sein, dass der Kanton an der Anstellung des Rekurrenten interessiert war, wobei er aber wohl auch einen andern qualifizierten Arbeitnehmer hätte finden können; an der Bezahlung eines möglichst hohen Lohnes an sich kann er hingegen kein Interesse gehabt haben. Demgegenüber lag der höhere Lohn im unmittelbaren Interesse des Rekurrenten, selbst wenn er andere Möglichkeiten der Erzielung eines vergleichbaren Einkommens gehabt haben sollte.

Nach diesen Erwägungen ist davon auszugehen, dass der Rekurrent im Hinblick auf das im Arbeitsrecht wesentliche Moment der Lohnzahlung mit dem Leiharbeitsverhältnis und damit einer rein privatrechtlichen Regelung seiner Berufstätigkeit einverstanden war. Dabei muss er sich behaften lassen, weshalb er davon nicht plötzlich bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abweichen und sich auf die nun günstigeren Bestimmungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechts berufen kann. Indem er je nach Situation stets die für ihn vorteilhaftere Regelung für sich beansprucht, verhält er sich widersprüchlich, was nicht zu schützen ist (vgl. dazu Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 77 S. 476 ff.). Dies entspricht den Grundsätzen des Gebots von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs, welche auch im öffentlichen Recht gelten, und zwar sowohl für die Verwaltung als auch für den Bürger (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151, 122 II 193 E. 2c S. 198, 121 I 367 E. 3b S. 375, 119 Ia 221 E. 5a S. 228; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. Nr. 74 457 ff.).

5b.

Dieser Beurteilung lässt sich entgegen den Vorbringen des Rechtsvertreters des Rekurrenten auch nicht entgegenhalten, dass die Verwaltung diesen aufgrund ihrer arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht im Hinblick auf die bessere berufliche Vorsorge durch die Versicherung bei der Pensionskasse des Staates zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags hätte anhalten oder allenfalls sogar darauf hätte bestehen müssen. Abgesehen davon, dass die Höhe der Leistungen der staatlichen Pensionskasse im Falle des Rekurrenten aufgrund einer ernstzunehmenden Krankheit wohl ohnehin fraglich wäre, ist festzuhalten, dass er angesichts seiner qualifizierten Position hinlänglich über die Unterschiede der Versicherung bei einer privaten Vorsorgeinstitution und bei der Pensionskasse des Staates Bescheid wusste. Damit benötigte er weder eine Aufklärung über die Folgen seiner Beschäftigung mittels Leiharbeitsvertrags noch eine Ermahnung oder gar Anordnung, dass ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis begründet werden müsse mit der Folge, dass er einen geringeren Lohn erhalten würde. Es kann offen bleiben, ob die Verwaltung gegenüber einer mittels Leiharbeitsvertrags beschäftigten Person, die keine Kenntnisse über pensionsrechtliche Fragen besitzt, zu einem solchen Vorgehen verpflichtet wäre. Beim Rekurrenten war dies jedoch offensichtlich nicht der Fall.

IV. Entscheid und Rechtskraft

Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass sich der Rekurrent nicht auf die öffentlich-rechtlichen Normen über den Kündigungsschutz berufen kann. Vielmehr ist von einer nach privatrechtlichen Regeln erfolgten Auflösung des Leiharbeitsverhältnisses auszugehen, welche nicht der Überprüfung durch die Personalrekurskommission unterliegt. Damit ist auf den Rekurs nicht einzutreten und erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den materiellen Vorbringen des Rekurrenten. Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen ZPD

1. Fehlendes praktisches Interesse des Rekurrenten führt zum Nichteintreten der Behörde. Wird in einem Begehren eine Rechtsfolge anvisiert, welche nicht (mehr) verwirklicht werden kann, fehlt auf Seiten des Rekurrenten das erforderliche praktische Rechtsschutzinteresse.

2. Unter Vorbehalt der Umgehung gesetzlicher Schutzvorschriften des öffentlichen Personalrechts darf der Staat grundsätzlich Leiharbeitsverträge eingehen. Dabei steht er mit dem Verleihunternehmen in einer vertraglichen Beziehung (Verleihvertrag); das Verleihunternehmen seinerseits beschäftigt die zu verleihenden Arbeitnehmenden mittels privatrechtlichem Vertrag. Der Staat ist insbesondere bei dringendem Bedarf an Arbeitskräften befugt, derartige Verträge mit Verleihunternehmen abzuschliessen; zweckwidrig wäre es hingegen, wenn er Leiharbeitsverträge in grossem Stil ohne begründeten Anlass eingehen würde.
3. Eine förmliche Kündigung durch die Anstellungsbehörde in Verbindung mit einem entsprechenden Vorbehalt stellt keine Anerkennung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses dar.
4. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch einer Rechtsposition keinen Rechtsschutz. Als Anwendungsfall dieser Generalklausel untersagt das Verbot widersprüchlichen Verhaltens dem Betroffenen, die für ihn je nach Situation vorteilhaftere Regelung zu beanspruchen und gebietet ihm, sich auf seine Position behaften zu lassen.
5. Besonderes Fachwissen eines/r Arbeitnehmenden kann die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers einschränken. Wer also aufgrund seiner besonderen Kenntnisse von Umständen nichts weiss, über welche er aber bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, kann dem Arbeitgeber eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht vorwerfen.

VI. Relevante Rechtsnormen

§§ 30 Abs. 2 lit. a, 34 Abs. 1 Personalgesetz
Art. 2 ZGB