

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.78 vom 20. Mai 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.78](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.78)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.78 du 20 mai 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.78 del 20 maggio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den Entscheid der Personalrekurskommission kann die Anstellungsbehörde gestützt auf § 40 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 43 des Personalgesetzes (PG; SG 162.100) selbständig Rekurs beim Verwaltungsgericht führen. Der Rekurs ist form- und zeitgerecht angemeldet (§ 16 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100] i.V.m. § 40 Abs. 5 PG) und nach Erhalt des begründeten Entscheids der Personalrekurskommission begründet worden (§ 41 Abs. 7 PG).

Das Verwaltungsgericht entscheidet gemäss § 43 Abs. 2 PG mit drei Mitgliedern in einem einfachen und raschen Verfahren über den Rekurs. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift (§ 8 VRPG i.V.m. § 40 Abs. 5 PG). Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat.

### **E. 2**

Das JSD macht geltend, die Personalrekurskommission habe sich zu Unrecht als zuständig erklärt. Diese Rechtsfrage ist mit freier Kognition zu prüfen.

2.1 Die bei der Personalrekurskommission anfechtbaren Verfügungen werden in § 40 Abs. 1 PG umschrieben. Die Personalrekurskommission ist unter anderem zuständig, Massnahmen zu beurteilen, die infolge Pflichtverletzung oder ungenügenden Leistungen ausgesprochen werden (disziplinarische Massnahmen, §§ 24 und 25 PG). Hingegen ist sie nicht zuständig zur Überprüfung von Aufgabenzuweisungen, die der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts vornimmt (organisatorische Massnahmen, § 12 Abs. 3 PG). Die Überprüfung solcher Massnahmen fällt in die Kompetenz des Regierungsrates bzw. im Rahmen eines Sprungrekurses in diejenige des Verwaltungsgerichts (§ 42 des Organisationsgesetzes [OG; SG 153.100] in Verbindung mit § 12 VRPG; § 40 Abs. 1 PG e contrario). ■ Disziplinarisch ■ werden die Massnahmen nach den §§ 24 und 25 PG bezeichnet, weil sie an einen persönlichen Vorwurf gegenüber dem betroffenen Mitarbeiter anknüpfen, der bei genügender Schwere zur Kündigung führen kann.

2.2 Nach Ansicht der Personalrekurskommission ist für die Qualifikation der Freistellung nicht die Bezeichnung der angefochtenen Massnahme durch die Anstellungsbehörde, sondern deren wahre Natur massgeblich. Die Versetzung des Rekursgegners sei gegen seine Person gerichtet. Es werde ihm ein Fehlverhalten vorgeworfen, das typischerweise Anlass für eine disziplinarische Massnahme bilde. Nach Ansicht der Personalrekurskommission liege daher materiell eine disziplinarische Versetzung nach § 24 Abs. 1 PG vor, unabhängig von der Betitelung der Verfügung als organisatorische Massnahme nach § 12 Abs. 3 PG. Es handle sich um eine ■ verkappte ■ disziplinarische Massnahme, weshalb die Zuständigkeit

der Personalrekurskommission gegeben sei.

2.3 Auszugehen ist von der zutreffenden Ansicht der Personalrekurskommission, wonach es für die Bestimmung des Rechtswegs nicht allein auf die Bezeichnung der angefochtenen Verfügung ankommt. Vielmehr ist eine Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses zugrunde zu legen (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/ Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, N 1523), wofür die verwendeten Begriffe zwar zu berücksichtigen, aber nicht allein ausschlaggebend sind. Im gleichen Sinne hat sich das Bundesgericht ausgesprochen (BGE 100 Ib 21 E. 1b S. 25). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Genf erachtet den Rechtsweg gegen verkappte Disziplinar massnahmen ■ im Sinne einer Ausnahme ■ als gegeben (vgl. BGer 2P.93/2004 vom 15. Oktober 2004; 8D\_4/2009 vom 3. März 2010, je Sachverhalt lit. B).

Dass im vorliegenden Fall gerade die Eintretensvoraussetzung gleichzeitig auch die materielle Hauptfrage des Prozesses bildet, steht der Zuständigkeit der Personalrekurskommission nicht entgegen. Die Frage der Umgehung von § 24 PG ist eine sogenannte doppelrelevante Tatsache. Nach der Rechtsprechung genügt es zur Begründung der Zuständigkeit, wenn die Tatsache, welche gleichzeitig für das Eintreten und für die materielle Begründetheit des Rechtsmittels erheblich ist, mit einer ■ gewissen Wahrscheinlichkeit ■ vorliegt. Dieser im Zivilprozess entwickelte Grundsatz (BGE 131 III 157 E. 5.1 S. 157 mit Hinweisen) wurde in der Rechtsprechung auch auf den Sozialversicherungsprozess (BGE 135 V 373 E. 3.2 S. 377), das Vergabeverfahren (BGer 2C\_783/2010 vom 11. März 2011 E. 3.3.3) und das öffentliche Personalrecht (BGer 8C\_227/2014 vom 18. Februar 2015 E. 2.1) übertragen. Demnach ist, gemäss der zitierten Rechtsprechung, die Zuständigkeit der Personalrekurskommission von einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung der relevanten Sachfrage abhängig zu machen. Angesichts des materiellen Ergebnisses der vorliegenden Streitsache (hiernach E. 5) liegt der für ein Eintreten notwendige Wahrscheinlichkeitsgrad offensichtlich vor. Die Personalrekurskommission hat sich daher zu Recht als zuständig erachtet.

### **E. 3**

3.1 Zur materiell strittigen Frage nach dem Charakter der Freistellung und der Versetzung wird im angefochtenen Entscheid ausgeführt, die ergriffenen Massnahmen seien nicht organisatorischer Natur. Die Versetzung gründe nicht auf einer Reorganisation oder Umstrukturierung. Die Anstellungsbehörde nenne keine konkreten Gründe, weshalb die Versetzung betrieblich notwendig sei. Es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern das dem Rekursgegner vorgeworfene Verhalten für den Konflikt ursächlich gewesen sein soll. Die Versetzung sei offensichtlich gegen die Person des Rekursgegners gerichtet und stelle eine personalrechtliche Massnahme im Sinne von § 24 PG dar. Dafür spreche auch, dass die neue Funktion, auf die er hätte versetzt werden sollen, bereits durch eine andere Person besetzt sei. Das vorgeworfene Verhalten bilde typischerweise Anlass für eine disziplinarische Massnahme. Dasselbe gelte für die Freistellung, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Versetzung stehe. Zur Frage, ob die angeordneten Massnahmen nach den richtigerweise anwendbaren §§ 24 f. PG Bestand hätten, stützt sich die Personalrekurskommission auf die Ausführungen des JSD. Da es selber anerkenne, dass die rechtlichen Erfordernisse für eine disziplinarische Massnahme nicht erfüllt seien, seien die Versetzung und die Freistellung aufzuheben, womit der Arbeitsvertrag des Rekursgegners unverändert fort dauere.

3.2 Das JSD macht weiterhin geltend, die Spannungen in der Abteilung [...] hätten diese in ihrem Funktionieren so stark beeinträchtigt, dass das Departement eine ■personelle Umstrukturierung■ habe vornehmen müssen. § 12 Abs. 3 PG erlaube es dem Arbeitgeber, aufgrund betrieblicher Gegebenheiten mit Blick auf das gute Funktionieren des Verwaltungszweigs zu handeln. Bei einer durch zwischenmenschliche Spannungen blockierten Verwaltungseinheit könnten auch charakterliche Eigenschaften eines Mitarbeitenden eine organisatorische Versetzung rechtfertigen. Diese Ansicht werde durch ein vom JSD in Auftrag gegebenes Kurzgutachten von Prof. Dr. [ ] gestützt. Das Verhalten des Rekursgegners habe dazu beigetragen, dass der Betrieb [...] allmählich gelähmt worden sei und sich Mitarbeitende in unfruchtbare Diskussionen zu betrieblichen Sachfragen unterschiedlicher Bedeutung verstrickt hätten. Es sei dem JSD einzig darum gegangen, die geordneten Verhältnisse des massiv beeinträchtigten [Betriebs] wiederherzustellen. Mit dem Entscheid der Personalrekurskommission werde das Departement zur Handlungsunfähigkeit gezwungen. Die neue Aufgabe des Rekursgegners als Leiter [ ] entspreche seinem langjährigen Wunsch, eine Führungsfunktion im administrativen Bereich zu übernehmen, zumal er sich für das Kaderentwicklungsprogramm ■Laufbahn Basel-Stadt■ angemeldet habe.

3.3 Der Rekursgegner weist darauf hin, dass das JSD ihm bereits mit Schreiben vom 14. Juni 2013 eine Bewährungsfrist nach § 14 der Verordnung zum Personalgesetz (VO PG; SG 162.110) auferlegt hat, ohne dass er sich dazu vorgängig habe äussern können. Dies zeige, dass die Anstellungsbehörde mit seiner Leistung nicht zufrieden gewesen sei. Zur vorsorglichen Freistellung führt der Rekursgegner aus, am 25. Juli 2013 sei ihm mündlich eröffnet worden, dass er nicht mehr in der [Abteilung] arbeiten könne. Dies sei anlässlich der Medienorientierung vom 30. Juli 2013 publik geworden, ohne dass er zuvor ordnungsgemäss angehört worden sei. Erst auf Intervention des Rekursgegners anlässlich einer Besprechung sei die Freistellung mit Schreiben des JSD vom 14. August 2013 schriftlich angeordnet worden.

Was die Versetzung betreffe, so sei diese erstmals mit Schreiben des JSD vom 28. August 2013 begründet worden. Die Probleme hätten bei der Leitung der Abteilung [...], nicht beim Rekursgegner gelegen. Die Vorwürfe des JSD im Zusammenhang mit ■Charaktereigenschaften■ und ■Verhaltensmustern■ des Rekursgegners seien völlig diffus geblieben. Mit dem gewählten Vorgehen der organisatorischen Versetzung würde die Personalrekurskommission umgangen, welche bezüglich der disziplinarischen Vorwürfe volle Überprüfungsbefugnis besitze. Die Stelle als Leiter [ ] werde ihm vermutlich nur pro forma unterbreitet. Sie sei personell bereits besetzt und durch [ ] gefährdet. Die administrative Funktion habe keine Ähnlichkeit mit der Schichtarbeit als [ ].

#### **E. 4**

4.1 Gemäss § 12 Abs. 3 PG haben die Mitarbeiter, sofern erforderlich, neue Aufgaben bzw. ein der Ausbildung und den Fähigkeiten entsprechendes anderes Aufgabengebiet am selben oder an einem anderen Arbeitsort zu übernehmen. Gemäss § 24 PG ergreift die Anstellungsbehörde geeignete Massnahmen, um die geordnete Aufgabenerfüllung wieder sicherzustellen, wenn Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihre arbeitsvertraglichen oder gesetzlichen Pflichten verletzen oder ungenügende Leistungen erbringen (Abs. 1). Die Anstellungsbehörde kann einen schriftlichen Verweis oder die Änderung des Aufgabengebietes am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz verfügen. Bei Änderung des Aufgabengebietes wird der Lohn entsprechend dem Schwierigkeitsgrad der neuen

Aufgaben ausgerichtet (Abs. 2).

Die Unterscheidung zwischen der Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG und jener nach § 24 PG fällt in begrifflicher und inhaltlicher Hinsicht nicht ganz leicht. Beide Bestimmungen lassen eine Änderung des Aufgabengebiets im Interesse einer geordneten Aufgabenerfüllung zu. Dies folgt bei § 12 Abs. 3 PG aus der gesetzlichen Umschreibung der Arbeitspflicht, bei § 24 PG aus dem Willen des Gesetzgebers, selbst im Falle von vorwerfbaren Verhalten eines Mitarbeiters ■ die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung pro futuro ■ in den Vordergrund zu rücken (Ratschlag S. 18, 50). Immerhin lässt sich im Sinne einer Typologie festhalten, dass eine Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG in der Regel aus organisatorischen Gründen, eine Versetzung nach § 24 PG wie auch eine vorsorgliche Massnahme nach § 25 PG in der Regel infolge eines ungenügenden Verhaltens des Mitarbeiters zur Anwendung kommt (vgl. Ratschlag S. 50).

4.2 Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Abgrenzungsfragen von disziplinarischen Aspekten im Rahmen organisatorischer Versetzungen angesprochen, allerdings immer in anderem Zusammenhang und unter anderem Blickwinkel als der vorliegend interessierende. In einer ersten Gruppe sind jene Entscheide zusammenzufassen, in denen ■ im Unterschied zum vorliegenden Fall ■ Bundespersonal betroffen ist und das Bundesgericht volle Rechtskognition besitzt. Das Bundesgericht schützte einen (organisatorischen) Abteilungswechsel infolge eines Personalstopps, der keine erhebliche Änderung des Pflichtenheftes mit sich brachte. Der Versetzte war beim Eidg. Militärdepartement beschäftigt und an beiden Stellen mit mathematischen Modellen und Programmen befasst (BGE 108 Ib 419). Bestätigt wurde auch die organisatorische Versetzung eines Lokomotivführers der SBB vom Fahrdienst in den Rangierdienst (mit Teilpensionierung), die mit der Betriebssicherheit für den Zugverkehr begründet wurde. Dass die SBB (als Arbeitgeber) im Verlaufe der Untersuchung überprüft hätten, ob unter Umständen eine disziplinarische Erledigung des Falls gerechtfertigt sei, stehe der Annahme einer betrieblichen Versetzung nicht zwingend entgegen (BGE 100 Ib 21). Ebenfalls bestätigt wurde die Versetzung eines Gebäudebereichsleiter an der ETH, dem ein Nichteinhalten der Standards der ETH bei Sanierungsarbeiten, massive Kreditüberschreitungen und Führungsprobleme vorgeworfen wurde. Das Bundesgericht anerkannte als dienstliche Gründe, die eine Versetzung auf eine andere Stelle im Hausdienst rechtfertigten, personelle Spannungen oder ein gestörtes Vertrauensverhältnis, die das Klima und die Abläufe in einem Betrieb beeinträchtigen. Dem Hausdienstmitarbeiter sei es in relativ langer Zeit ■ innert rund drei Jahren ■ nicht gelungen, die Spannungen selber zu überwinden. Die an der Person ansetzende Massnahme schein daher vom Ermessen der zuständigen Behörde gedeckt (BGer 2A.394/2001 vom 27. November 2001).

In die zweite Gruppe fallen Entscheide des Bundesgerichts auf dem Gebiet des kantonalen Personalrechts, welche verfahrensrechtlich mit dem vorliegenden Fall vergleichbar sind. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Bundesgericht diese Fälle nur unter dem beschränkten Blickwinkel der Willkür überprüft, d.h. nur bei krassen und unhaltbaren Fehlern eingreift. In seiner Rechtsprechung stellte das Bundesgericht zunächst klar, dass eine organisatorische Versetzung eines Polizeibeamten im Kanton Genf einen anfechtbaren Entscheid darstellt. Dies ergebe sich aus der im Jahr 2007 eingeführten Rechtsweggarantie (Art. 29a BV; BGE 136 I 323 = Praxis 2011, S. 252). In den weiteren auf Willkür geprüften kantonalen Versetzungen vermochte das Bundesgericht keine krassen, unhaltbaren Fehler zu erkennen. Es bestätigte eine organisatorische Versetzung einer Sekretärin der Universität Genf vom

Dekanat in ein anderes Sekretariat, weil sie infolge einer Erkrankung die für die Stelle erforderlichen Präsenzzeiten nicht mehr einhalten konnte und weil plausibel sei, dass sie auf einen für sie besser geeigneten Posten versetzt worden sei (BGer 2P.93/2004 vom 15. Oktober 2004 E. 3.3). In einem weiteren Genfer Fall wurde ein leitender Arzt von der kardiologischen in die geriatrische Klinik versetzt, nachdem dessen Anstellung zunächst abgelaufen, dann aber infolge eines Gerichtsurteils verlängert wurde. Das Bundesgericht stellte keine Willkür fest, merkte aber an, dass die Verneinung einer verkappten disziplinarischen Massnahme dann problematisch sei, wenn zuvor ein Disziplinarverfahren eingeleitet worden sei oder wenn die Beziehungen zwischen den Parteien vor der Versetzung aus anderen Gründen bereits angespannt oder konfliktgeladen gewesen seien (BGer 8D\_4/2009 vom 3. März 2010 E. 6.6).

Hinzuweisen ist schliesslich auf die Erwägungen des Bundesgerichts zu einem Bündner Fall. Ein Spital sprach gegenüber einer Mitarbeiterin (Assistentin der Pflegedienstleitung) die ordentliche Kündigung aus und bot ihr eine Ersatzstelle als Leiterin Einkauf an, welche sie aber ausschlug. Die Kündigung wurde mit dem zerrütteten Verhältnis zwischen der Assistentin und ihrer Vorgesetzten begründet. Zwar erkannte das Bundesgericht auch hier im Ergebnis keine Verletzung des Willkürverbots. Dennoch wies es darauf hin, dass das Spital seine Fürsorgepflicht vernachlässigt habe: Ein Arbeitgeber, der einen Konflikt zwischen seinen Mitarbeitern in Verletzung seiner Fürsorgepflicht schwelen lasse, könne in der Folge nicht geltend machen, der Konflikt schade der Arbeit, um die am Konflikt beteiligten Mitarbeiter zu entlassen (BGer 1C\_354/2008 vom 4. Mai 2009 E. 2.4 mit Hinweisen).

Insgesamt kann die Rechtsprechung dahin zusammengefasst werden, dass das Vorliegen charakterlicher oder gesundheitlicher Gründe allein nicht auf eine verkappte disziplinarische Massnahme hindeutet. Sind die organisatorischen Gründe überzeugend ausgewiesen (Personalstopp, Sicherheit im Eisenbahnverkehr, Nichteinhaltung der Präsenzzeiten, der Standards bei Sanierungsarbeiten oder der Kreditlimiten), erweist sich die organisatorische Versetzung als rechtmässig. Die vom Bundesgericht beurteilten Versetzungen hatten sodann ■ im Unterschied zum vorliegenden Rechtsstreit ■ keine grundlegende Änderung der Tätigkeit des Versetzten zur Folge. Bemerkenswert sind zudem die Mahnungen des Bundesgerichts für die vorliegend bedeutsamen Fälle von Konflikten und Spannungen: Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass er in solchen Fällen seine Fürsorgepflicht rechtzeitig wahrnimmt, er hat, wenn möglich, dem betroffenen Mitarbeiter ausreichend Gelegenheit zu geben, die Probleme selber zu bewältigen und er muss bedenken, dass vorangehende Disziplinar massnahmen ein weiteres organisatorisches Vorgehen verkomplizieren können.

4.3 Das JSD hat zur Klärung der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Regelung von § 12 Abs. 3 PG die Versetzung eines Mitarbeitenden auf eine andere Stelle ermöglicht, ein Kurzgutachten eingeholt. Dazu ist vorab zu bemerken, dass sich das Gutachten zu einer Rechtsfrage, aber explizit nicht zur Rechtskonformität der Versetzung im konkreten Fall äussert. Nach Ansicht des Gutachters ist die Regelung von § 12 Abs. 3 PG Bestandteil des Weisungsrechts des Kantons. Die Dienstinteressen, welche eine Versetzung rechtfertigen können, seien nicht beschränkt. Jedes sachlich vernünftige Motiv sei folglich als Anlass für eine Versetzung denkbar. Schranken in der Ausübung des Versetzungsrechts ergäben sich im Wesentlichen aus den allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien, den Grundrechten der Mitarbeitenden und aus der

Treuepflicht (gemeint: Fürsorgepflicht) des Kantons gegenüber seinen Angestellten nach § 14 PG. Eine Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 PG komme nicht nur aus verwaltungsorganisatorischen Gründen, sondern in bestimmten Fällen auch dann in Frage, wenn Eigenschaften des Mitarbeitenden den Auslöser bildeten. Dies sei dann gegeben, wenn dessen Eigenschaften **■ ohne Vorwurf ■** im Sinne der §§ 24 f. PG berücksichtigt würden und dies für das gedeihliche Zusammenwirken von Mitarbeitenden notwendig sei. Der Kanton habe im Interesse aller Mitarbeitenden abzuklären, ob Probleme im Sinne der §§ 24 f. PG bestünden. Dabei komme ihm ein Ermessensspielraum zu. Wenn die Ausgangslage nach der Abklärung unvermindert unklar erscheine, stehe der Anwendung von § 12 Abs. 3 nichts entgegen.

4.4 Diesen allgemeinen **■ ausdrücklich nicht auf den konkreten Fall bezogenen ■** Ausführungen zur Auslegung von § 12 Abs. 3 PG kann weitgehend zugestimmt werden. Während mit der organisatorischen Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 PG die Zuweisung eines neuen Aufgabengebiets **■ im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages ■** gemeint ist (Ratschlag S. 46), welche mit einer Garantie des frankenmässigen Lohnanspruchs gemäss § 12 Lohngesetz (LG; SG 164.100) einhergeht (VGE VD.2012.129 vom 5. November 2013 E. 3.1), werden die Massnahmen gemäss § 24 PG mit einer Änderungskündigung verglichen (Ratschlag S. 50). Die organisatorische Versetzung gemäss § 12 Abs. 3 PG wird bloss von der Erforderlichkeit und von der Ausbildung und den Fähigkeiten des Mitarbeiters abhängig gemacht, wogegen eine Versetzung nach § 24 PG eine eigentliche Pflichtverletzung oder einen Leistungsmangel voraussetzt.

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich des Rechtsschutzes. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, können Massnahmen nach § 24 PG durch die Personalrekurskommission einer verwaltungsunabhängigen Angemessenheitsprüfung unterzogen werden. Demgegenüber ist die Personalrekurskommission zur Prüfung einer Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG nicht zuständig. Diese kann einzig vom Verwaltungsgericht und nur auf Sachverhalts- und Rechtsverletzungen (das heisst nicht auf Angemessenheit) hin überprüft werden (vgl. VGE 631/2005 vom 17. August 2005 E. 1.2; VD.2012.129 vom 5. November 2013 E. 1.2; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 277, 288/289; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 496). Mit dieser Rekursmöglichkeit direkt an das Verwaltungsgericht ist die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV gewahrt, da diese eine gerichtliche Instanz genügen lässt und keine Angemessenheitsprüfung voraussetzt (Kley, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, Art. 29a N 6, 9).

4.5 Es würde zu weit führen, aus den skizzierten Unterschieden abzuleiten, dass bereits die Möglichkeit eines persönlichen Vorwurfs eine Versetzung des Mitarbeiters nach § 12 Abs. 3 PG ausschliesse. Wie die Analyse der Rechtsprechung zeigt (hiervor E. 4.2), schliessen personalrechtlich relevante Umstände, die auf persönliche Eigenschaften des Mitarbeiters zurückzuführen sind, eine organisatorische Massnahme nicht grundsätzlich aus. Es sind Fälle denkbar, in denen der öffentliche Arbeitgeber zwischen einer Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG und einer Versetzung nach § 24 PG wählen kann. Dabei verfügt er über einen gewissen Beurteilungs- und Handlungsspielraum. Wesentlich für ein organisatorisches Vorgehen nach basel-städtischem Personalrecht ist aber, dass der Arbeitgeber darauf verzichtet, dem Mitarbeiter einen persönlichen Vorwurf zu machen,

sondern die betriebliche Komponente ins Zentrum rückt. Je mehr die organisatorische Notwendigkeit und je weniger allfällige Pflichtverletzungen und Leistungsmängel des betroffenen Mitarbeiters in den Fokus gerückt werden, desto eher ist auf die Zulässigkeit einer Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG zu schliessen. Eine Umgehung liegt indessen vor, wenn dem Mitarbeiter bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegend persönliche Vorwürfe gemacht werden, das Vorgehen aber nicht nach den dafür vorgesehenen Regeln von § 24 PG abläuft.

## **E. 5**

5.1 Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, ist festzustellen, dass gegen den Rekursgegner im Juni 2013 zunächst disziplinarische Schritte eingeleitet wurden, bevor bereits im August 2013 die förmliche Freistellung und im Oktober 2013 die förmliche Versetzung erfolgte.

Mit Schreiben des JSD an den Rekursgegner vom 6. Juni 2013 wurde der Eindruck geäussert, der Rekursgegner trage den Personal- und Organisationsentwicklungsprozess nicht im gewünschten Masse mit. Im Falle einer negativen Entwicklung der bestehenden Differenzen mit dem Vorgesetzten würden weitere Massnahmen eingeleitet. Mit Schreiben des JSD vom 14. Juni 2013 wurde dem Rekursgegner vorgeworfen, dass er ein klärendes Gespräch zwischen dem Rekursgegner, seinem Vorgesetzten und der Vertreterin des Personaldienstes (Sechs-Augen-Gespräch) verweigert habe. Es wurde ihm die Auflage erteilt, die Weisungen des Vorgesetzten jederzeit zu befolgen, die Differenzen unmittelbar mit dem Vorgesetzten anzusprechen und, wenn eine Lösung nicht möglich sei, die Anstellungsbehörde unverzüglich zu orientieren. Bei Nichteinhaltung der Bewährungsaufgaben würden personalrechtliche Massnahmen bis hin zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorbehalten. Es wurde eine einjährige Bewährungsfrist gesetzt (vgl. dazu die §§ 14 und 15 VO PG).

5.2 Die Ansetzung einer Bewährungsfrist ist eine Massnahme im Vorfeld einer ordentlichen Kündigung nach § 30 Abs. 3 PG. Von den im Personalgesetz umschriebenen Kündigungsgründen kam im vorliegenden Fall einzig die Kündigung wegen wiederholter Missachtung der vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten in Frage (§ 30 Abs. 2 lit. d PG), welche an die ■disziplinarische Entlassung■ gemäss früherem Recht anknüpft (Ratschlag S. 52). Entsprechend gravierend sind die Vorwürfe, die im Schreiben vom 14. Juni 2013 gegen den Rekursgegner vorgebracht werden (Konflikt mit dem Vorgesetzten, Verweigerung des Sechs-Augen-Gesprächs, Nichteinbeziehen der höheren Führungsebene, fehlende Bereitschaft zur konstruktiven Problemlösung). Die Bewährungsfrist wurde dem Rekursgegner unter Androhung personalrechtlicher Massnahmen bis hin zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gesetzt. Im anschliessenden Versetzungsverfahren wurden dieselben Vorwürfe wiederholt: So werden in der Verfügung vom 4. Oktober 2013 die fehlende Loyalität des Rekursgegners gegenüber den Vorgesetzten und generell dessen Verhalten, das zu schweren Spannungen führe, sowie die Verweigerung des Sechs-Augen-Gesprächs bemängelt.

5.3 Das in der Versetzungsverfügung geschilderte Verhalten kann nur als Wiederholung jener Vorwürfe gesehen werden, welche dem Rekursgegner bereits mit der Bewährungsaufgabe vom 14. Juni 2013 vorgehalten worden sind. Überdies werden mit den Vorwürfen klare Verstösse gegen die Treuepflicht und die Weisungsbefolgungspflicht des Angestellten benannt. Sollten die Pflichtverletzungen nachgewiesen werden können, würde

sich selbstverständlich die Frage stellen, ob an einer neuen Stelle nicht ebenfalls Entscheide der Vorgesetzten in Frage gestellt und Weisungen nur widerwillig befolgt würden. Die in der Freistellungsverfügung angeführten Gründe erhalten in diesem Lichte eine überwiegend disziplinarische Note. Das formelle Freistellungsverfahren nach § 12 Abs. 3 PG wurde mit Schreiben des JSD vom 28. August 2013 (Gewährung des rechtlichen Gehörs) eingeleitet. Nach den erst kurze Zeit zuvor erhobenen Vorwürfen mit Ansetzung einer Bewährungsfrist konnte im damaligen Zeitpunkt nicht von einem betrieblichen Schwerpunkt gesprochen werden. Vor der Freistellung war einzig der Bericht der Geschäftsprüfungskommission eingegangen, der allerdings organisatorische Mängel ausschliesslich beim Kader ortete und zur Ebene, auf welcher der Rekursgegner beschäftigt ist, keine Aussagen enthielt. Die Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG stellt in diesem Lichte besehen ein Umschwenken von der disziplinarischen auf die organisatorische Vorgehensweise dar und bedeutet mithin eine verkappte Disziplinar-massnahme.

5.4 Anzumerken bleibt, dass auch die der Versetzung vorangegangene Freistellung auf den disziplinarischen Charakter der Massnahme hindeutet: Organisatorische Gründe dürften kaum je dafür ausreichen, dass ein Arbeitnehmer sofort seinen Arbeitsplatz zu verlassen hat. Die Freistellung ist eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von § 25 PG. Wie sich aus den Materialien ergibt, stehen vorsorgliche Massnahmen regelmässig im Zusammenhang mit vorwerfbarém Verhalten. Im Ratschlag (S. 50) werden als Beispiele, die eine vorsorgliche Massnahme erfordern, eine bevorstehende fristlose Entlassung, ein Verbrechen oder Vergehen oder eine Untersuchung genannt.

Diese Einschätzung wird schliesslich auch dadurch untermauert, dass der Rekursgegner während der Freistellung nicht am Kaderentwicklungsprogramm ■Laufbahn Basel-Stadt■ teilnehmen konnte, obwohl gerade dieses Programm in der Freistellungsverfügung vom 4. Oktober 2013 als Argument für die Versetzung auf eine administrative Leitungsstelle angeführt wird. Bei einem überwiegend organisatorischen Charakter der Massnahme wäre die Teilnahme des Rekursgegners am Laufbahnprogramm zweifellos weitergeführt worden. Auf eine schwache Ausprägung der organisatorischen Komponente deutet schliesslich hin, dass die zu übernehmende Stelle [ ] bereits anderweitig besetzt ist. Jedenfalls springt die betriebliche Erforderlichkeit, gerade diese Stelle neu zu besetzen, nicht ohne Weiteres ins Auge.

5.5 Insgesamt ist der Entscheid der Personalrekurskommission zu bestätigen. Da sich das vorliegende Verfahren einzig um die Zulässigkeit der Versetzung nach § 12 Abs. 3 PG dreht und eine Versetzung nach § 24 PG nie Verfahrensgegenstand gewesen ist, muss auf die disziplinarischen Vorwürfe nicht weiter eingegangen werden. Entsprechend wird vom Departement auch nicht behauptet, während der gesetzten Bewährungsfrist sei gegen die formellen Auflagen (erneut) verstossen worden. Demnach hat sich das Verwaltungsgericht zu den damaligen Spannungen und Konflikten in der Abteilung [...] wie auch zur Frage, welche Verantwortung dem Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang zukommt, nicht weiter zu äussern.

## **E. 6**

Der Rekurs ist nach dem Gesagten abzuweisen. Auf die Erhebung von ordentlichen Kosten zulasten des unterliegenden Verwaltungsdepartements ist zu verzichten. Indessen hat das JSD dem Rekursgegner für das vorliegende Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Für deren Bemessung kann auf die Honorarnote seiner

Rechtsvertreterin abgestellt werden, wobei ein Stundenansatz von CHF 250.■ zur Anwendung kommt.

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