

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.150 vom 14. Mai 2018**

BS Appellationsgericht, 2018-05-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2017.150](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.150)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.150 du 14 mai 2018

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.150 del 14 maggio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach § 40 Abs. 1 des Personalgesetzes (PG, SG 162.100) können Verfügungen über personalrechtliche Massnahmen gemäss den §§ 24 und 25 PG mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Deren Entscheid unterliegt nach § 40 Abs. 1 i.V.m. § 43 PG dem Rekurs an das Verwaltungsgericht, das in der Besetzung mit drei Mitgliedern entscheidet. Unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des Personalgesetzes gelten gemäss § 40 Abs. 5 PG für das Verfahren die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100; vgl. zum Ganzen Meyer, Staatspersonal, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 667, 700 f.).

1.2 Die Anstellungsbehörde kann gegen einen Entscheid der Personalrekurskommission selbstständig Rekurs beim Verwaltungsgericht erheben (§ 40 Abs. 3 PG). Das der Kantonspolizei zugestellte Exemplar des Entscheids der Personalrekurskommission vom 2. Juni 2017 wurde am 13. Juni 2017 der Post übergeben. Die am 22. Juni 2017 der Post übergebene Rekursanmeldung vom 21. Juni 2017 erfolgte damit innert der Frist von zehn Tagen gemäss § 40 Abs. 1 PG. Die schriftliche Entscheidsbegründung wurde der Kantonspolizei am 27. September 2017 zugestellt. Somit wurde die am 27. Oktober 2017 der Post übergebene Rekursbegründung innert der Frist von 30 Tagen gemäss § 41 Abs. 7 PG eingereicht. Entgegen dem Rechtsbegehren 1 des Rekursgegners (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 1 und 2) ist demzufolge auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Bestimmung von § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht insbesondere, ob die Personalrekurskommission das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewandt, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler VGE VD.2016.77 vom 3. November 2016 E. 1.3).

### **E. 2**

2.1 Der Rekursgegner stellt verschiedene Verfahrensanträge. Als Beweisantrag begehrt er den Beizug der Akten des Verfahrens vor der Personalrekurskommission betreffend Wm 1 D\_\_\_\_ (Rechtsbegehren 3). Damit soll bewiesen werden, dass das personalrechtliche Verfahren in Sachen Wm 1 D\_\_\_\_ von der Personalrekurskommission als gegenstandslos beschrieben worden sei, nachdem die Kantonspolizei die gegen diesen verfügten disziplinarischen Massnahmen widerrufen habe (Vernehmlassung des Rekursgegners vom 17. Januar 2018, Rz. 8 und 19). Dieser Umstand ist nicht rechtserheblich. Dass die Akten

zum Beweis rechtserheblicher Tatsachen geeignet wären, kann der Vernehmlassung des Rekursgegners nicht entnommen werden und ist nicht ersichtlich. Folglich ist der Beweisantrag abzuweisen.

2.2 Des Weiteren beantragt der Rekursgegner, die Kantonspolizei sei zu verpflichten, seinem Parteivertreter sämtliche Akten zu edieren, die den Rekursgegner betreffen und über welche die Polizei verfüge (Rechtsbegehren 5).

Aus den Ansprüchen auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101], Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK, SR 0.101]) folgt das Recht der Parteien, Einsicht in die Akten eines hängigen Verfahrens zu nehmen und sich dazu zu äussern (BGer 1C\_88/2011 vom 15. Juni 2011 E. 3.4). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich grundsätzlich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (BGE 132 V 387 E. 3.2 S. 389; Waldmann/Oeschger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 26 VwVG N 60; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 494). Nicht erforderlich ist, dass die Akten den Entscheid in der Sache tatsächlich beeinflussen könnten (BGer 1C\_88/2011 vom 15. Juni 2011 E. 3.4) bzw. tatsächlich als Beweismittel herangezogen werden (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 494). Die Einsicht in Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen worden sind, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss vielmehr dem Betroffenen selbst überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE 132 V 387 E. 3.2 S. 389; BGer 1C\_88/2011 vom 15. Juni 2011 E. 3.4; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 494). Ausgenommen vom Akteneinsichtsrecht sind rein interne Akten, die ausschliesslich für die interne Meinungsbildung bestimmt sind und denen kein Beweischarakter zukommt (BGer 1C\_88/2011 vom 15. Juni 2011 E. 3.4). Der Anspruch auf Akteneinsicht bezieht sich auf die jeweilige Sache und geht nicht über diese hinaus. Grundsätzlich erstreckt sich das Einsichtsrecht folglich weder auf Akten eines anderen (nicht die jeweilige Partei betreffenden) Verfahrens noch auf Akten anderer Behörden, solange die entscheidende Behörde sie nicht beizieht oder beizuziehen gedenkt. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, die Edition von Akten aus einem anderen Verfahren zu verlangen (Waldmann/Oeschger, a.a.O., Art. 26 VwVG N 59). Ein Anspruch auf Beizug von Akten aus einem anderen Verfahren besteht unter den Voraussetzungen des Beweisantrags- und Beweisabnahmerechts (vgl. Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar, a.a.O., Art. 33 VwVG N 1 und 12). Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Behörde nur zum Beizug derjenigen Unterlagen, die zur Abklärung der rechtserheblichen Tatsachen notwendig sind (vgl. Krauskopf/Emmenegger/Babey, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 VwVG N 19■21). Das Beweisantrags- und Beweisabnahmerecht ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es setzt voraus, dass der Betroffene frist- und formgerecht einen Beweisantrag stellt und dass das Beweismittel zulässig und verfügbar sowie zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts tauglich ist (vgl. Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 33 VwVG N 3, 7 und 12■14). Aus dem Beweisantrag muss hervorgehen, für welche rechtserhebliche Tatsache mit dem Beweismittel der Beweis oder der Gegenbeweis erbracht werden soll (Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 33 VwVG N 10). Die Behörde kann von der Abnahme eines beantragten Beweismittels insbesondere dann absehen, wenn der rechtserhebliche

Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich mittels einer antizipierten Beweiswürdigung (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 153 und 457; Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 33 VwVG N 21 f.). Demnach darf die Behörde von weiteren Beweisabnahmen absehen, wenn sie aufgrund der bereits erhobenen Beweise bzw. aufgrund der Aktenlage ihre Überzeugung gebildet hat und mit nachvollziehbaren Gründen annehmen kann, dass diese durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 33 VwVG N 22, Art. 29 VwVG N 88; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 537). Insbesondere ist die Behörde nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn die Tatsachen bereits aus den Akten genügend ersichtlich sind (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., N 537).

Es ist davon auszugehen, dass sich die Akten der Kantonspolizei, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids über den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens zu bilden, oder die von der Kantonspolizei im Hinblick auf den Erlass ihrer Verfügung vom 1. März 2017 beigezogen worden sind, in den Akten befinden, die dem Verwaltungsgericht von der Personalrekurskommission ediert worden sind. Gemäss der Vernehmlassung des Rekursgegners soll mit ärztlichen Attesten und Berichten aus den Akten der Kantonspolizei bewiesen werden, dass er nach einer erneuten Freistellung vom 19. April 2017 einen Nervenzusammenbruch mit akuter Suizidalität erlitten habe, psychiatrisch behandelt worden und zunächst vollständig und später teilweise arbeitsunfähig gewesen sei (Vernehmlassung des Rekursgegners vom 17. Januar 2018, Rz. 12). Diese Umstände sind im vorliegenden Verfahren nicht rechtserheblich. Dass sich in den Akten der Kantonspolizei zum Beweis rechtserheblicher Tatsachen geeignete Dokumente befänden, die nicht bereits Bestandteil der vorliegenden Akten bilden, kann der Vernehmlassung des Rekursgegners nicht entnommen werden. Aus den vorstehenden Gründen sind keine weiteren Akten der Kantonspolizei beizuziehen. Folglich hat der Rekursgegner im vorliegenden Rekursverfahren auch keinen Anspruch auf Einsicht in zusätzliche Akten der Kantonspolizei. Sein Editionsantrag wird deshalb abgewiesen.

2.3 Schliesslich ist auch der Beweisantrag auf Parteibefragung abzuweisen, da die damit zu beweisenden Tatsachen nicht rechtserheblich sind (vgl. Vernehmlassung des Rekursgegners vom 17. Januar 2018, Rz. 12; vgl. E. 2.2 hiervor).

### **E. 3**

3.1 Die Personalrekurskommission kam zum Schluss, dass dem Rekursgegner personalrechtlich kein Vorwurf gemacht werden könne, der eine Rückstufung, Degradierung oder einen Verweis rechtfertige (Entscheid vom 2. Juni 2017, E. II.7). Demgegenüber ist die Kantonspolizei der Ansicht, dass der Rekursgegner personalrechtliche Pflichten verletzt habe. Er habe entgegen seiner Treuepflicht gemäss § 12 Abs. 2 PG die Interessen seines Arbeitgebers nicht gewahrt und das in ihn gesetzte Vertrauen stark missbraucht. Er sei aufgrund ausserdienstlichen Verhaltens nicht mehr in der Lage gewesen, seine Führungsaufgabe auszuüben und habe die ordentliche Aufgabenerfüllung gefährdet. Dies berechtige die Anstellungsbehörde zu personalrechtlichen Massnahmen nach § 24 PG (Rekursbegründung, Rz. 442, insbesondere Rz. 39 und 40).

3.2 Gemäss § 12 Abs. 2 PG haben die Mitarbeitenden die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und dabei die Interessen des Arbeitgebers zu wahren. Damit wird unter anderem eine besondere Treuepflicht gegenüber

dem Kanton als Arbeitgeber zum Ausdruck gebracht (vgl. VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1; Meyer, a.a.O., S. 676). Da es sich beim öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis um ein Sonderstatusverhältnis handelt, geht die Treuepflicht hier tendenziell weiter als im privaten Arbeitsrecht (VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1; Meyer, a.a.O., S. 676 f.). Im Übrigen entspricht die Treuepflicht der öffentlich-rechtlichen Angestellten der privatrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 321a OR (vgl. Meyer, a.a.O., S. 676; vgl. auch Helbling, in: Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar, Bern 2013, Art. 20 BPG N 11 ■ 14). Bei der Konkretisierung der Treuepflicht gemäss § 12 Abs. 2 PG sind deshalb auch Rechtsprechung und Lehre zu Art. 321a OR zu berücksichtigen (vgl. zur Berücksichtigung des OR bei der Auslegung Meyer, a.a.O., S. 673). Die Polizeibeamten unterliegen einer besonderen Treuepflicht gegenüber dem Staat und legen ein Gelübde ab (§ 20 Abs. 2 des Polizeigesetzes [PolG, SG 510.100]). Dabei geloben sie unter anderem, mit ihrem Verhalten stets zum guten Ansehen der Kantonspolizei beizutragen (§ 22 PolG). Es ist nicht ersichtlich, dass damit über die besondere Treuepflicht gemäss § 12 Abs. 2 PG hinausgehende Pflichten begründet werden.

Die Treuepflicht gebietet den Mitarbeitenden, die Interessen des Kantons als Arbeitgeber, insbesondere dessen Autorität und Integrität zu wahren und die eigenen Interessen gewichtigen öffentlichen Interessen nötigenfalls unterzuordnen (vgl. VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1; Meyer, a.a.O., S. 676). Die Treuepflicht ist vorwiegend eine Unterlassungspflicht (vgl. Reh binder/Stöckli, in: Berner Kommentar, 2010, Art. 321a OR N 2; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich 2013, N 357). Der Hauptinhalt der Treuepflicht besteht in der Pflicht, alles zu unterlassen, was den Interessen des Arbeitgebers schaden könnte (VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1). Die Treuepflicht verbietet den Mitarbeitenden auch ungebührliches Verhalten gegenüber dem Arbeitgeber, den Vorgesetzten, Arbeitskollegen und Untergebenen (vgl. Emmel, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 321a OR N 2; Reh binder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a OR N 3; Portmann/Stöckli, a.a.O., N 364). Unter bestimmten Umständen handelt es sich bei der Treuepflicht aber auch um eine Handlungspflicht (vgl. Reh binder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a OR N 2; Portmann/Stöckli, a.a.O., N 357). Grundsätzlich bezieht sich die Treuepflicht nur auf das dienstliche Verhalten (vgl. Portmann/Stöckli, a.a.O., N 358; Vischer/Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, § 15 N 53). Sie kann aber auch ausserdienstliches Verhalten beschlagen (VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1; Portmann/Stöckli, a.a.O., N 358). Allerdings werden an die Treuepflicht im ausserdienstlichen Bereich nicht die gleich hohen Anforderungen gestellt wie im dienstlichen Bereich (vgl. Meyer, a.a.O., S. 677). Je höher die betriebliche Stellung der Mitarbeitenden ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Treuepflicht. Leitende Angestellte unterliegen deshalb einer erhöhten Treuepflicht (Emmel, a.a.O., Art. 321a OR N 5; vgl. Portmann/Stöckli, a.a.O., N 360). Im privaten Arbeitsrecht unterliegen auch Arbeitnehmer von Tendenzbetrieben einer erhöhten Treuepflicht. Tendenzbetriebe sind Unternehmen, die nicht hauptsächlich gewinnstrebig sind und einen ideellen, beispielsweise konfessionellen, politischen, gewerkschaftlichen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder karitativen Zweck verfolgen (vgl. BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 702; Emmel, a.a.O., Art. 321a OR N 5; Portmann/Stöckli, a.a.O., N 360 und 371; Vischer/Müller, a.a.O., § 24 N 83). Der Begriff des Tendenzbetriebs lässt sich entgegen der Auffassung der Kantonspolizei (Rekursbegründung, Rz. 34) nicht auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse mit dem Kanton übertragen, weil der Kanton als Arbeitgeber und seine Verwaltungseinheiten als Anstellungsbehörden weder

gewinnstrebig sind noch spezifische ideelle Zwecke verfolgen. Die Treuepflicht wird durch die eigenen überwiegenden Interessen der Mitarbeitenden begrenzt. Der konkretisierte Inhalt der Treuepflicht ist insofern stets auch das Ergebnis einer Interessenabwägung (Portmann/Stöckli, a.a.O., N 361; vgl. auch Emmel, a.a.O., Art. 321a OR N 6). Die Treuepflicht gemäss § 12 Abs. 2 PG kann aufgrund des Sonderstatusverhältnisses der Mitarbeitenden eine genügende gesetzliche Grundlage für Einschränkungen ihrer Grundrechte darstellen (vgl. Hänni, Personalrecht des Bundes, in: Schindler et al. [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl., Basel 2017, N 246 und 255). Solche Einschränkungen müssen jedoch durch ein öffentliches Interesse, insbesondere dasjenige an einem geordneten Verwaltungsbetrieb, gerechtfertigt und verhältnismässig sein (vgl. BGE 123 I 296 E. 3 S. 303 f.; VGE 767/2006 vom 14. September 2007 E. 4.1; Hänni, a.a.O., N 255; Meyer, a.a.O., S. 676).

3.3 Die Personalrekurskommission stellte fest, dass es sich beim Ausflug um einen privaten Anlass handelte. Diese Feststellung ist zutreffend, weil der Anlass in der Freizeit stattgefunden hat, die Teilnahme freiwillig gewesen ist und die Teilnehmenden die Kosten selber getragen haben. Dass die Kantonspolizei die Durchführung derartiger Anlässe zur Festigung des Vertrauensverhältnisses und der Kameradschaft innerhalb der Tour begrüsst, vermag daran nichts zu ändern. Ob an derartigen Anlässen nur Mitarbeitende einer Tour teilnehmen und ob es geduldet wird, dass solche Anlässe während der Arbeitszeit organisiert werden, wenn ein Zeitfenster dafür besteht, kann offenbleiben, weil diese Umstände nicht genügen, um den Anlass als dienstlich zu qualifizieren. Der Aufwand für die Organisation des vorliegend zu beurteilenden Ausflugs war offensichtlich geringfügig, weshalb der Kanton als Arbeitgeber selbst dann keinen relevanten Beitrag geleistet hätte, wenn der Anlass während der Arbeitszeit organisiert worden wäre. Die Tatsache, dass für Tourenaufträge ein Wunschfrei-Gesuch gestellt werden kann (vgl. Polizei intern vom 22. September 2010, Rekursbeilage 1), bestätigt, dass die Anlässe in der Freizeit stattfinden und die Teilnahme daran freiwillig ist.

Gemäss dem angefochtenen Entscheid folge aus der privaten Natur des Anlasses, dass die dienstliche Hierarchie nicht wirksam gewesen sei. In der Freizeit habe der Rekursgegner als dienstlicher Vorgesetzter kein Weisungsrecht gegenüber den ihm im Dienst unterstellten Mitarbeitenden gehabt und seien diese personalrechtlich nicht verpflichtet gewesen, Weisungen des Rekursgegners zu befolgen (Entscheid vom 2. Juni 2017, E. II.6, S. 7). Diese Erwägungen sind zu wenig differenziert. Soweit arbeitsrechtliche Pflichten ausnahmsweise auch im ausserdienstlichen Bereich Wirkungen entfalten, ist es denkbar, dass sie von einem Vorgesetzten gegenüber den Mitarbeitenden, die ihm im dienstlichen Bereich unterstellt sind, auch in der Freizeit konkretisiert werden können. Im Übrigen könnte aus dem Fehlen eines eigentlichen Weisungsrechts nicht geschlossen werden, dass ein Vorgesetzter im privaten Bereich unter keinen Umständen verpflichtet ist, gegen bestimmte Verhaltensweisen der ihm im Dienst unterstellten Mitarbeitenden einzuschreiten. Aufgrund der Autorität, die ein Vorgesetzter auch in der Freizeit genießt, ist ihm dies in einem gewissen Umfang zumindest faktisch möglich. Sofern das ausserdienstliche Verhalten der Mitarbeitenden gegen eine ihrer arbeitsrechtlichen Pflichten verstösst, kann der Vorgesetzte sie zudem darauf hinweisen, dass dieses Verhalten personalrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

#### **E. 3.4**

3.4.1 Betreffend die Frage, ob der Rekursgegner die Brüste der Gfr B\_\_\_\_ berührt oder gar massiert hat, stehen sich die Aussagen des Rekursgegners und diejenigen von Wm 1 D\_\_\_\_ gegenüber.

3.4.2 In der Befragung vom 10. August 2016 sagte der Rekursgegner aus, er habe der Gfr B\_\_\_\_ ■die Schultern massiert■ (Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 2). Auf den Vorhalt der Aussage, er habe seine Hand auf ihren Brüsten gehabt, erklärte er: ■Ich war auf ihren Schultern, auf dem Kopf und vielleicht an der Seite■ (Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 3). Auf die Frage, ob seine Hände nie auf der Brust gewesen seien, antwortete er: ■Nein, ich habe geschaut, dass ich die Brust nicht anfasse■ (Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 4). Gemäss der Stellungnahme vom 29. September 2016 und der Rekursbegründung vom 15. September 2016, die von der ehemaligen Anwältin des Rekursgegners formuliert wurden, habe der Rekursgegner, der vor Jahren einen Massagekurs absolviert habe, die Schultern der Gfr B\_\_\_\_ massiert (Stellungnahme des Rekursgegners vom 29. September 2016, Rz. 5; Rekursbegründung vom 15. September 2016, Rz. 13). Die Behauptung, er habe ihre Brüste massiert, sei falsch (Stellungnahme des Rekursgegners vom 29. September 2016, Rz. 20 f.; Rekursbegründung vom 15. September 2016, Rz. 24). Die vom jetzigen Anwalt des Rekursgegners formulierte Stellungnahme vom 15. Februar 2017 zum Vorwurf, der Rekursgegner habe die Gfr B\_\_\_\_ an der Brust angefasst und dort Massagebewegungen ausgeführt, lautet folgendermassen: ■Der Vorwurf ist unzutreffend. Herr A\_\_\_\_ hat Frau B\_\_\_\_ zwar massiert, sie dabei jedoch weder an der Brust, noch sonst irgendwo mit sexuellem Bezug angefasst. Erst recht hat Herr A\_\_\_\_ keinerlei sexuell konnotierte Massagebewegungen ausgeführt■ (Stellungnahme des Rekursgegners vom 15. Februar 2017, Rz. 7). Die Kantonspolizei erzog in der Verfügung vom 1. März 2017, die Aussage des Rekursgegners, er habe geschaut, dass er die Brust der Gfr B\_\_\_\_ nicht berühre, mute etwas seltsam an, weil es nach allgemeiner Lebenserfahrung bei einer reinen Schultermassage nicht nötig sein dürfte, ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, die Brust der massierten Person nicht anzufassen (Verfügung vom 1. März 2017, E. 4). Die in der von seinem Anwalt verfassten Rekursbegründung vom 3. April 2017 enthaltene persönliche Stellungnahme des Rekursgegners zu diesem Vorhalt lautet folgendermassen: ■Ich habe aber ja auch ausgesagt, dass ich an der Seite massiert habe. Wenn ich hinter einer Person stehe und die Schultermuskulatur massiere (d.h. den Trapezius, den Deltoid bis zum Bizeps), dann muss ich sehr wohl darauf achten, nicht aus Versehen seitlich an die Brust zu kommen■ (Rekursbegründung vom 3. April 2017, S. 5). Diese Aussagen sind detailliert, konsistent, nachvollziehbar und entgegen der Behauptung der Kantonspolizei frei von jeglichen Widersprüchen. Aus dem Umstand, dass der Rekursgegner eine zweite mündliche Befragung abgelehnt hat, kann nichts zu seinen Ungunsten abgeleitet werden, weil er sich bereits in der ersten Befragung detailliert zum Anlass und den gegen ihn erhobenen Vorwürfen geäussert und die ergänzenden Fragen eingehend schriftlich beantwortet hat.

3.4.3 In der Befragung vom 10. August 2016 sagte Wm 1 D\_\_\_\_ aus, [...]. Im Strafverfahren gegen den Rekursgegner und Wm 1 C\_\_\_\_ erklärte Wm 1 D\_\_\_\_ als Auskunftsperson, er habe gesehen, dass [...]. Anlässlich der Befragung vom 13. Dezember 2016 antwortete Wm 1 D\_\_\_\_ auf die Frage, ob [...], [...]. Damit sind die Aussagen von Wm 1 D\_\_\_\_ in einem wesentlichen Punkt widersprüchlich. Nachdem er zunächst behauptet hatte, er habe [...] gesehen, erklärte er später, dies habe er nie wahrgenommen. Mit den Aussagen von Wm 1 D\_\_\_\_, er habe die Hand des Rekursgegners auf Brusthöhe gesehen, sind die Angaben des

Rekursgegners, er habe die Gfr B\_\_\_\_\_ an der Seite massiert, ohne Weiteres vereinbar. Gemäss den Angaben von Wm 1 D\_\_\_\_\_ habe er der Gfr B\_\_\_\_\_ ■eigentlich alles■ erzählt, was in der Nacht passiert sei, ausser [...] (Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 4; Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 293■295). Damit verschwieg er ihr [...]. Wm 1 D\_\_\_\_\_ begründete die Vorenthaltung gewisser Informationen damit, dass es der Gfr B\_\_\_\_\_ schlechter gegangen sei, nachdem er begonnen habe, ihr von der Nacht zu berichten, und dass es ihr noch schlechter gegangen wäre, wenn er ihr auch den Rest erzählt hätte (Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2016, S. 5; Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 438■440). Diese Begründung ist wenig überzeugend. Es liegt nicht im Interesse einer Person, die geltend macht, sie habe eine Erinnerungslücke, ihr nur eine selektive Auswahl des Geschehens zu erzählen. Dementsprechend erklärte die Gfr B\_\_\_\_\_, es sei unangenehm, dass sie nicht wisse, was passiert sei (Befragung der Gfr B\_\_\_\_\_ vom 10. August 2016 S. 3). Im Übrigen beschränkte sich Wm 1 D\_\_\_\_\_ nicht darauf, der Gfr B\_\_\_\_\_ wesentliche Tatsachen zu verschweigen, sondern machte dieser gegenüber sogar bewusst falsche Angaben. Gemäss eigenen Angaben sagte er der Gfr B\_\_\_\_\_, [...] (Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 5). Eine solche unwahre Angabe liegt offensichtlich nicht im Interesse der Person, die angibt, sich nicht mehr erinnern zu können. Zudem zeigt sie, dass Wm 1 D\_\_\_\_\_ auch bereit ist, auf eine Lüge zurückzugreifen, wenn ihm dies angezeigt erscheint.

Gemäss den Angaben des Rekursgegners waren [...] (Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 2 f.; Rekursbegründung vom 15. September 2016, Rz. 15; Stellungnahme des Rekursgegners vom 29. September 2016, Rz. 7). Wm 1 D\_\_\_\_\_ dagegen behauptete, [...] (Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 4), und bestritt, dass [...] (Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 405 f.; Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_\_ vom 13. Dezember 2016, S. 5). [...]. Für den Fall, dass die Darstellung des Rekursgegners den Tatsachen entspricht, hat Wm 1 D\_\_\_\_\_ sein eigenes Verhalten somit massiv beschönigt und wesentliche Tatsachen verschwiegen. [...]. Aus den vorstehenden Gründen sind die Aussagen von Wm 1 D\_\_\_\_\_ mit grosser Vorsicht zu würdigen. Die Personalrekurskommission hat deshalb zu Recht festgestellt, dass diese zum Beweis eines bestrittenen Sachverhalts nicht genügen und nicht erstellt ist, dass der Rekursgegner die Brust der Gfr B\_\_\_\_\_ berührt hat. Erst recht ist nicht erstellt, dass der Rekursgegner gezielt die Brust der Gfr B\_\_\_\_\_ berührt und massiert hätte.

3.4.4 Die Kantonspolizei hält es selber für möglich, dass der Rekursgegner die Gfr B\_\_\_\_\_ nur an der Seite auf der Höhe der Brust massiert hat (vgl. Rekursbegründung, Rz. 10 f. und 35). Auch wenn ein solches Verhalten eine indirekte Massagebewegung der Brust auslösen mag und zu einem versehentlichen Berühren der Brust führen kann, weist es nach seinem äusseren Erscheinungsbild keinen unmittelbaren sexuellen Bezug auf. Für sexuelle Motive des Rekursgegners oder der Gfr B\_\_\_\_\_ bestehen keinerlei Hinweise. Folglich handelt es sich nicht um eine sexuelle Handlung (vgl. zum Begriff der sexuellen Handlung Maier, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 187 StGB N 33 f.; Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 187 StGB N 5). Entgegen der Auffassung der Kantonspolizei (Rekursbegründung, Rz. 39 f.) war das Verhalten des Rekursgegners im Rahmen eines privaten Ausflugs in einer gemütlichen Runde unter Arbeitskollegen auch nicht geeignet, die Integrität und Glaubwürdigkeit des Rekursgegners oder dessen Fähigkeit zur Wahrnehmung seiner Führungsaufgabe zu beeinträchtigen. Die Behauptung der Kantonspolizei, es habe sich um einen mit der

Ausübung von Macht als Vorgesetzter verbundener Übergriff gehandelt (Rekursbegründung, Rz. 11), entbehrt der Grundlage. Das Verhalten des Rekursgegners kann auch nicht als ungebührlich qualifiziert werden.

### E. 3.5

3.5.1 Eine arbeitsrechtliche Pflicht, im ausserdienstlichen Bereich Einfluss auf das Verhalten im dienstlichen Bereich unterstellter Mitarbeitender zu nehmen, wird soweit ersichtlich in der Literatur nicht statuiert. Das Gleiche gilt für die von der Kantonspolizei geltend gemachte ausserdienstliche Fürsorgepflicht gegenüber anderen Mitarbeitenden (vgl. statt vieler Reh binder/Stöckli, a.a.O., Art. 321a OR N 68; Portmann/Stöckli, a.a.O., N 357 f. und 362371). Unter besonderen Umständen sind solche Pflichten jedoch durchaus denkbar. Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass Mitarbeitende nicht Opfer von belästigendem Verhalten sexueller Natur werden, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt (vgl. § 14 PG; Art. 328 Abs. 1 OR i.V.m. § 4 PG; § 1 Abs. 1 der Verordnung über den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz [SG 162.500]; Art. 4 des Gleichstellungsgesetzes [GIG, SR 151.1]; Emmel, a.a.O., Art. 328 OR N 7). Er hat die Mitarbeitenden insbesondere vor Übergriffen durch Vorgesetzte, andere Mitarbeitende, Kunden und Lieferanten zu schützen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328 OR N 3; Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, Art. 4 GIG N 47). Die Pflicht des Arbeitgebers, Mitarbeitende vor sexuellen Belästigungen zu schützen, gilt zwar primär für die Orte, an denen diese ihre Arbeitsleistung erbringen. Soweit sich die Beeinträchtigung auf den Arbeitsplatz bezieht und sich auch am Arbeitsplatz auswirkt, erfasst sie aber auch Belästigungen an anderen Orten wie dem Arbeitsweg oder Orten der Freizeitgestaltung (Kaufmann, a.a.O., Art. 4 GIG N 64). Bei einer sexuellen Belästigung kann der Arbeitgeber zu einer Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen verpflichtet werden, wenn er nicht beweist, dass er Massnahmen getroffen hat, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihm billigerweise zugemutet werden können (Art. 5 Abs. 3 und 4 GIG). Soweit der Arbeitgeber sexuelle Belästigungen auch im ausserdienstlichen Bereich zu verhindern hat, kann die Treuepflicht einem Vorgesetzten gebieten, in Erfüllung der Fürsorgepflicht seines Arbeitgebers gegen sexuelle Belästigungen durch ihm im dienstlichen Bereich unterstellte Mitarbeitende auch im privaten Bereich einzuschreiten. Eine sexuelle Belästigung kann aber nur angenommen werden, wenn das betreffende Verhalten unerwünscht ist (vgl. § 3 Abs. 1 der Verordnung über den Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz; Emmel, a.a.O., Art. 328 OR N 7; Kaufmann, a.a.O., Art. 4 GIG N 62). Dies ist im vorliegenden Fall nicht erstellt. Folglich war der Rekurrent nicht verpflichtet, gegen die erstellten und möglichen sexuellen Handlungen anderer Mitarbeitenden einzuschreiten. Da diese auch nicht als ungebührlich angesehen werden können, gälte dies selbst dann, wenn eine arbeitsrechtliche Pflicht des Vorgesetzten zum Einschreiten gegen ungebührliches ausserdienstliches Verhalten der ihm im dienstlichen Bereich unterstellten Mitarbeitenden angenommen würde. In eigentlichen Notsituationen ist auch eine ausserdienstliche Fürsorgepflicht eines Mitarbeitenden gegenüber anderen Mitarbeitenden denkbar. Eine solche lag im vorliegenden Fall aber ebenfalls nicht vor.

3.5.2 Wm 1 C\_\_\_\_\_ und die Gfr B\_\_\_\_\_ nahmen als erwachsene Menschen an einem Lagerfeuer bei einem abgeschiedenen Ferienhaus in angetrunkenem Zustand einvernehmlich sexuelle Handlungen vor, indem [...]. Dies ist auch dann nicht

ungebürlich, wenn das Verhalten mit einer traditionellen Sexualmoral nicht vereinbar gewesen sein mag, weil Wm 1 C\_\_\_\_ verheiratet gewesen ist. Dass eine der beteiligten Personen zu diesem Zeitpunkt urteilsunfähig oder widerstandsunfähig gewesen wäre, ist nicht erstellt. Zudem wäre dies für den Rekursgegner nicht erkennbar gewesen. Bei der Feuerstelle und damit im Zeitpunkt der vorstehend erwähnten Handlungen empfand auch Wm 1 D\_\_\_\_ den Zustand der Gfr B\_\_\_\_ als normal. Bevor sie in ihr Zimmer gegangen seien, habe er absolut nichts gemerkt (Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 394 f. und 497). Dass Wm 1 C\_\_\_\_ ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und der Gfr B\_\_\_\_ ausgenutzt hätte, ist nicht behauptet worden und nicht erstellt.

3.5.3 Die Kantonspolizei macht geltend, falls es zwischen Wm 1 D\_\_\_\_ und der Gfr B\_\_\_\_ zu [...] gekommen sei, müsse davon ausgegangen werden, dass die Gfr B\_\_\_\_ aufgrund massiver Alkoholisierung nicht voll zurechnungsfähig und widerstandsfähig gewesen sei (Rekursbegründung, Rz. 16). Im vorliegenden Kontext ist nicht die früher als Zurechnungsfähigkeit bezeichnete strafrechtliche Schuldfähigkeit massgebend, sondern die Urteilsfähigkeit. Im Zivilrecht gibt es grundsätzlich keine Abstufungen der Urteilsfähigkeit. In Bezug auf eine konkrete Handlung ist die Urteilsfähigkeit entweder gegeben oder nicht (vgl. Bigler-Eggenberger/Fankhauser, in: Basler Kommentar, 5. Aufl. 2014, Art. 16 ZGB N 40). Dass die Gfr B\_\_\_\_ im Zeitpunkt des möglichen [...] urteilsunfähig oder widerstandsunfähig gewesen ist oder der Rekursgegner davon hat ausgehen müssen, ist nicht erstellt. Insbesondere fehlen hinreichend präzise Angaben, welche die Schätzung einer für Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit sprechenden Blutalkoholkonzentration erlauben würden. Das auffällige Verhalten der Gfr B\_\_\_\_ lässt sich zumindest teilweise mit deren Liebeskummer und deren sexuellen Erregung erklären (vgl. dazu insbesondere die Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 3; Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 489 f.; Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 4; Rekursbegründung vom 15. September 2016, Rz. 14 f.; Stellungnahme des Rekursgegners vom 29. September 2016, Rz. 6 f. und 26). Zudem gingen alle Beteiligten einschliesslich der Gfr B\_\_\_\_ nach dem Alkoholkonsum um Mitternacht nochmals Schwimmen (Befragung von Wm 1 D\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 2 f.; Einvernahme von Wm 1 D\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2016, Zeilen 170 f.; Befragung von Gfr B\_\_\_\_ vom 10. August 2016, S. 2). Dies wäre ihnen kaum möglich gewesen, wenn ihre Fähigkeiten erheblich beeinträchtigt gewesen wären. Ein objektiver Nachweis einer alkoholbedingten Urteils- oder Widerstandsunfähigkeit ist ausgeschlossen, weil aufgrund des Zeitpunkts der Anzeigeerstattung keine Blutanalyse mehr hat vorgenommen werden können (vgl. Einstellungsverfügung vom 10. Juli 2017, E. 2.2). Dass Wm 1 D\_\_\_\_ ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und Gfr B\_\_\_\_ ausgenutzt hätte, ist nicht behauptet worden und nicht erstellt. Damit kann auch der allfällige [...] nicht als ungebührlich qualifiziert werden. Eine allfällige alkoholbedingte Enthemmung der Gfr B\_\_\_\_ vermöchte daran nichts zu ändern. [...] ist auch in einem solchen Zustand rechtmässig und in weiten Bevölkerungskreisen akzeptiert.

3.5.4 Die Kantonspolizei macht geltend, wenn kein [...] stattgefunden habe, habe der Rekursgegner seinen Arbeitskollegen mit seinen Äusserungen verleumdet (Rekursbegründung, Rz. 17). Dies ist unrichtig. Der Rekursgegner erklärte bloss, er habe [...], Geräusche gehört, die darauf hätten schliessen lassen, dass [...] (Befragung des Rekursgegners vom 10. August 2016, S. 2 f.; Rekursbegründung vom 15. September 2016, Rz. 15; Stellungnahme des Rekursgegners vom 29. September 2016, Rz. 7). Seine Angaben

sind deshalb nur dann unwahr, wenn er keine entsprechenden Geräusche gehört hat. Dies ist nicht nachweisbar.

3.6Es wurde nicht behauptet und ist nicht erstellt, dass die anderen Mitarbeitenden am Morgen des [...] der Fürsorge des Rekursgegners bedurft hätten. Folglich war der Rekursgegner personalrechtlich nicht verpflichtet, sich nach dem Zustand der anderen Mitarbeitenden zu erkundigen oder sich von diesen abzumelden. Selbst wenn sich diese zunächst Sorgen um seinen Verbleib gemacht haben sollten, weil er ihnen keine Nachricht hinterlassen hatte, begründete dieses Verhalten entgegen der Auffassung der Kantonspolizei (Rekursbegründung, Rz. 18■20, 35) keine Treuepflichtverletzung.

3.7Die Personalrekurskommission stellte fest, das Ansehen der Polizei in der Bevölkerung sei nicht tangiert gewesen, weil der Anlass auf einem Privatareal stattgefunden habe und nur Polizeiangehörige anwesend gewesen seien, die im Übrigen auch nicht als Polizeianghörige erkennbar gewesen seien, da sie keine Uniformen getragen hätten (Entscheid vom 2. Juni 2017, E. II.6, S. 7). Die Kantonspolizei wendet dagegen ein, die Mitarbeitenden hätten das Geschehene Dritten erzählen können und diese hätten es weiterkolportieren können (Rekursbegründung, Rz. 38). Dieser Einwand ist unbegründet. Zunächst hat der Rekursgegner im damaligen Zeitpunkt nicht damit rechnen können und müssen, dass auf diese Weise grössere Teile der Bevölkerung oder gar die Medien vom Geschehen Kenntnis erhalten könnten. Vor allem aber ist das in sexuellen Handlungen zwischen urteilsfähigen Mitarbeitenden der Kantonspolizei während eines privaten Ausflugs bestehende Geschehen nicht geeignet, das Ansehen der Kantonspolizei ernsthaft zu beeinträchtigen. Da der Rekursgegner im ausserdienstlichen Bereich weder die Pflicht noch das Recht gehabt hat, ausserdienstliches Verhalten im dienstlichen Bereich unterstellter Mitarbeitender zu unterbinden, könnten ihm im Übrigen auch dann keine Pflichtverletzungen vorgeworfen werden, wenn davon ausgegangen würde, die sexuellen Handlungen der anderen Mitarbeitenden seien geeignet gewesen, das Ansehen der Kantonspolizei ernsthaft zu gefährden.

3.8Zusammenfassend verletzte der Rekursgegner anlässlich des Tourenausflugs vom [...] weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Pflicht, wie die Personalrekurskommission zutreffend feststellte.

#### **E. 4**

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass der Rekurs sich als unbegründet erweist und daher abzuweisen ist. Das Verfahren ist kostenlos (§ 40 Abs. 4 PG). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Kantonspolizei dem Rekursgegner eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Mangels Einreichung einer Honorarnote ist der Aufwand des Rechtsvertreters des Rekursgegners zu schätzen. Für das Aktenstudium und die Vernehmlassung vom 17. Januar 2018 erscheint ein Aufwand von 20 Stunden angemessen. Dies ergibt bei einem Stundenansatz von CHF 250.■ eine Parteientschädigung von CHF 5'000.■ zuzüglich Mehrwertsteuer.

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