

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00042 vom 9. Februar 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2010.00042

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00042 du 9 février 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00042 del 9 febbraio 2011

Regeste

Funktionswechsel, Versetzung, Kündigung | Versetzung aufgrund gesundheitsbedingter Absenzen Eine Versetzung stellt eine Dauermassnahme dar, auf die keine weitere Verfügung und damit insbesondere keine Änderungskündigung folgen muss. Da eine Versetzung nicht den Verlust der Arbeitsstelle bedeutet, sind die Voraussetzungen weniger streng als bei einer Kündigung (E. 2.1). Zum Erfordernis der Zumutbarkeit einer Versetzung (E. 2.2). Eine Versetzung ist nur zulässig, sofern der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz sie notwendig machen (E. 2.3 und E. 4). Zum Nachschieben von Versetzungsgründen (E. 2.4). Teilweise Gutheissung der Beschwerde

Erwägungen

E. 4

Abteilung PB.2010.00042 Urteil der 4. Kammer vom

E. 4.1

Soweit die Sicherheitsdirektion die Versetzung mit den Erfordernissen des Dienstes begründet, kann ihr auch unter Wahrung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums nicht gefolgt werden. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer seit dem Unfall vom 10. Juni 2005 bis Ende 2008 aus gesundheitlichen Gründen nur beschränkt arbeitsfähig war. Seit Anfang 2009 präsentierte sich die Ausgangslage jedoch anders: Der Beschwerdeführer war wieder zu 100 % arbeitsfähig. Klagen über seine Arbeit sind in den Akten nicht ersichtlich. Ebenso fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass der Dienstbetrieb durch den Beschwerdeführer beeinträchtigt worden wäre. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Sicherheitsdirektion in der Verfügung vom 15. Oktober 2009 zum Schluss gelangt, die Leiden des Beschwerdeführers seien für die Tätigkeit eines Verkehrsexperten hinderlich, während das vertrauensärztliche Gutachten dem Beschwerdeführer bereits im Februar 2008 – vom Tragen eines Motorradfahrhelms und damit der Abnahme von praktischen Motorradfahrprüfungen abgesehen – volle Arbeitsfähigkeit attestierte.

E. 4.2

In einem Punkt ist der massgebende Sachverhalt allerdings unklar: Die Vorinstanz hat unter Verweis auf das vertrauensärztliche Gutachten respektive das diesbezügliche Schreiben der BVK vom 16. April 2008 erwogen, es sei dem Beschwerdeführer ab 1. Januar 2009 nicht mehr möglich gewesen, einen Motorradfahrhelms zu tragen, sodass er keine praktischen Motorradfahrprüfungen habe abnehmen können. Die Abnahme solcher Prüfungen mache aber rund 20 % der Tätigkeit eines Verkehrsexperten aus. Der Beschwerdeführer hat seinerseits im Dezember 2008 über seine Case-Managerin mitteilen lassen, er benötige ab April 2009 keinen Helmdispens mehr, wobei jeweils bis im März ohnehin keine

Motorradprüfungen stattfänden. Letzteres trifft zu (siehe das Merkblatt des Strassenverkehrsamts für die Motorradführerprüfung: www.stva.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/stva/de/StVAIf/LFpraktPrf/LFprfMR.html). Dagegen ist aus den Akten nicht ersichtlich, ob der Beschwerdeführer im Jahr 2009 aufgrund eines Helmdispenses in seiner beruflichen Tätigkeit eingeschränkt gewesen ist. Die Sicherheitsdirektion selber hat die Frage, inwiefern eines Helmdispenses die Arbeit des Beschwerdeführers beeinträchtigte, in ihrer Stellungnahme vom 10. März 2010 zum Mitbericht des kantonalen Personalamts thematisiert. Sie hielt fest, die Aussage des Personalamts, ein Helmdispens habe keinen Einfluss auf die Tätigkeit eines Verkehrsexperten, sei nicht zutreffend. Der Verkehrsexperte müsse für die Abnahme von Motorradprüfungen in der Lage sein, auf dem Motorrad mitzufahren, was aber nur mit Schutzhelm erlaubt sei. Beim Beschwerdeführer liege daher eine partielle Berufsunfähigkeit vor. In ihrer Vernehmlassung vom 11. Dezember 2009 zum Rekurs hatte die Sicherheitsdirektion den Helmdispens nicht aufgegriffen und pauschal auf die Beschwerden des Beschwerdeführers verwiesen. In ihrer Beschwerdeantwort vom 26. Oktober 2010 wiederum verweist sie auf die Absenzen infolge des Achillessehnenrisses, welche die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers erneut beeinträchtigt hätten. So habe der Beschwerdeführer für vier Wochen keine Bremsversuche mit Autos machen dürfen. Der Helmdispens wird nicht thematisiert. Eine allfällige Beeinträchtigung des Beschwerdeführers im Jahr 2009 aufgrund eines Helmdispenses wird nach dem Gesagten nirgends substantiiert vorgebracht. Die Folgen dieser Beweislosigkeit trägt jene Partei, die aus der unbewiesenen gebliebenen Tatsache hätte Rechte ableiten können. Dies ist der Beschwerdegegner. Hinzu kommt: Die Sicherheitsdirektion hat die Beeinträchtigung aufgrund eines Helmdispenses weder im Schreiben vom 17. September 2009 noch in der Verfügung vom 15. Oktober 2009 als Grund für die Versetzung erwähnt. Der Helmdispens erschiene daher – da nicht erst nachträglich bekannt geworden – jedenfalls als in unzulässiger Weise nachgeschobener Versetzungsgrund.

E. 4.3

Auch ein wirtschaftlicher Personaleinsatz vermag die Versetzung des Beschwerdeführers entgegen der Vorinstanz nicht zu rechtfertigen. So findet die Annahme, der Beschwerdeführer werde seinen Dienstplan in Zukunft nicht einhalten (so die Vorinstanz), in den Akten keine Grundlage, sondern ist spekulativer Natur. Insbesondere fehlt es, wie das kantonale Personalamt zu Recht vorbringt, an einer entsprechenden (vertrauens-)ärztlichen Prognose. Eine solche wäre auch nötig, um eine Versetzung des Beschwerdeführers mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu begründen. Die einzig durchgeführte vertrauensärztliche Untersuchung jedoch prognostiziert dem Beschwerdeführer ein Wiedererlangen der vollen Arbeitsfähigkeit auf Ende 2008.

E. 4.4

Schliesslich lassen sich die Absenzen des Jahres 2009 entgegen der Ansicht der Sicherheitsdirektion nicht mit jenen in den Jahren zuvor in eine Reihe stellen. In den Jahren 2005 bis 2008 fehlte der Beschwerdeführer aufgrund eines langwierigen Genesungsprozesses, der mit der Wiederherstellung der vollen Arbeitsfähigkeit einen erfolgreichen Abschluss fand. 2009 hingegen fehlte er infolge eines Achillessehnenrisses, der seine Arbeitsfähigkeit für einen begrenzten Zeitraum aufhob respektive reduzierte. Zwischen den beiden Schadensereignissen besteht kein Zusammenhang. Es geht daher nicht an, die Absenzen über denselben Leisten zu schlagen und aus dem Fehlen im Jahr 2009 abzuleiten, der Beschwerdeführer weise für die Tätigkeit des Verkehrsexperten nicht die

notwendige körperliche Verfassung auf.

E. 4.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich mit der Genesung des Beschwerdeführers keine Gründe mehr für eine Versetzung ausmachen lassen. Eine gegenteilige Auffassung erscheint nicht vertretbar. Mit der Genesung des Beschwerdeführers hat sich die rechtliche Situation grundlegend gewandelt: Während für die Zeit vor der vollständigen Rehabilitation einiges dafür spricht, dass dem Beschwerdeführer unter Wahrung der Vorgaben von § 18 Abs. 2 PG in Verbindung mit § 16 Abs. 1 lit. c VVPG – wie von der Sicherheitsdirektion ins Auge gefasst – gar mit sachlichem Grund hätte gekündigt werden dürfen (zur Kündigung aus gesundheitlichen Gründen VGr, 12. August 2005, PB.2005.00018, E. 4), ist nunmehr selbst eine Versetzung ausgeschlossen.

E. 4.6

Die Sicherheitsdirektion hat dem Beschwerdeführer für den Fall, dass er die Versetzung nicht akzeptiert, eine Kündigung per 30. April 2010 in Aussicht gestellt. Eine solche Verknüpfung einer Kündigung mit einer Bedingung ist grundsätzlich nicht zulässig. Kündigungen sind bedingungsfeindlich. Eine Ausnahme gilt für Potestativbedingungen: Hängt der Eintritt der Bedingung vom Willen des Erklärungsgegners ab, darf die Kündigung mit einer Bedingung verknüpft werden (vgl. Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 2007, Art. 335 OR N. 9). Vorliegend hätte der Beschwerdeführer indes eine widerrechtliche Versetzung akzeptieren müssen, um eine Kündigung zu vermeiden. Die Kündigung erweist sich deshalb als widerrechtlich. 5. 5.1 Erweist sich eine Kündigung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses als nicht gerechtfertigt, so hält das Verwaltungsgericht dies fest und bestimmt die vom Gemeinwesen zu entrichtende Entschädigung (§ 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG; siehe auch VGr, 6. Juli 2005, PB.2005.00013, E. 5.1). § 18 Abs. 3 PG verweist diesbezüglich auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über die missbräuchliche Kündigung. 5.2 Die Entschädigung nach Art. 336a OR hat zum einen pönalen Charakter und dient zum anderen der Wiedergutmachung. Sie darf maximal sechs Monatsgehälter betragen (Art. 336a Abs. 2 OR). Die Entschädigung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Gebilde eigener Art, das mit einer Konventionalstrafe vergleichbar ist (BGE 123 III 391 E. 3c). Bei der Entschädigung nach Art. 336a OR wird das Gericht auf sein Ermessen verwiesen. Zu den zu würdigenden Umständen gehören im Hinblick auf die pönale Komponente die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, die insbesondere durch den Anlass der Kündigung, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, das Vorgehen bei der Kündigung und die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses bestimmt wird, ferner die wirtschaftlichen Verhältnisse des entschädigungspflichtigen Arbeitgebers sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Hinsichtlich der Wiedergutmachungsfunktion sind zusätzlich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer zu berücksichtigen, so namentlich das Alter des Arbeitnehmers, seine berufliche Stellung, seine soziale Situation, die Schwierigkeiten seiner Wiedereingliederung in das Arbeitsleben, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt und die Dauer des Arbeitsverhältnisses (VGr, 17. Mai 2004, PB.2004.00002, E. 2.2). 5.3 Der Beschwerdeführer beantragt eine Entschädigung von vier Monatslöhnen. Nachdem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs bereits eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zugesprochen hat und ihr Beschluss in diesem Punkt unanfechtbar blieb, liegen vor Verwaltungsgericht bloss noch

zwei Monatssaläre im Streit. Der Beschwerdeführer hat seine wirtschaftlichen Verhältnisse nicht substantiiert dargetan. In der Beschwerde heisst es dazu einzig, diese seien "nicht sehr gut". Nicht bekannt ist, ob der Beschwerdeführer seit seiner Entlassung wieder eine Stelle gefunden hat. Der Beschwerde können hierzu keine Angaben entnommen werden. Dies ist beides zu Lasten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Zu seinen Gunsten sind dagegen die Umstände der Kündigung, die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie das Alter des Beschwerdeführers in die Wagschale zu werfen. Eine Entschädigung von vier Monatslöhnen scheint daher angemessen. Unter einem Monatslohn ist der Bruttolohn zu verstehen, zu dem anteilmässig die regelmässig ausgerichteten Zulagen hinzuzurechnen sind. Auf dieser Entschädigung sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (VGr, 18. März 2009, PB.2008.00041, E. 5, und 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3b/bb). 6. 6.1 Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 PG haben Angestellte ab einem Alter von 35 Jahren Anspruch auf eine Abfindung, wenn das Arbeitsverhältnis nach wenigstens fünf Dienstjahren auf Veranlassung des Staates und ohne Verschulden des Angestellten aufgelöst worden ist. Die Abfindung will Staatsangestellten ab einer bestimmten Zahl von Dienstjahren eine gewisse Überbrückungshilfe und Anerkennung für ihre Diensttreue gewähren und zugleich die sozialen Härten einer Kündigung mildern helfen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Auflösung des Dienstverhältnisses dann unverschuldet, wenn sie vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, welche nicht von dem oder der Angestellten zu vertreten sind (vgl. dazu RB 2001 Nr. 114; VGr, 29. August 2001, PB.2001.00011 [= ZBl 102/2001, S. 581], E. 7d, auch zum Folgenden). 6.2 Der Beschwerdeführer ist im März 1960 geboren. Seinen Dienst bei der Sicherheitsdirektion trat er am 1. Februar 1993 an. Wirksam wurde die Kündigung auf den 30. April 2010. Der Beschwerdeführer war zu diesem Zeitpunkt 50 Jahre und knapp zwei Monate alt und während 17 Jahren und drei Monaten bei der Sicherheitsdirektion beschäftigt. Er erfüllt sowohl die Voraussetzung des Mindestalters als auch das Erfordernis betreffend Anzahl Dienstjahre gemäss § 26 Abs. 1 Satz 1 PG. Auslöser für die Kündigung bildete die zu Unrecht angeordnete Versetzung. Folglich erfolgte die Auflösung ohne Verschulden des Beschwerdeführers. 6.3 Der Regierungsrat regelt die Festsetzung der Abfindung und bestimmt einen nach dem Alter abgestuften Rahmen als Richtlinie; die Abfindung beträgt höchstens fünfzehn Monatslöhne (§ 26 Abs. 4 PG). Die Abfindung wird nach den Umständen des Einzelfalles festgelegt; angemessen berücksichtigt werden insbesondere die persönlichen Verhältnisse, die Arbeitsmarktchancen, die Dienstzeit, der Kündigungsgrund sowie ein während der Abfindungsdauer erzieltetes Einkommen (Abs. 5 Sätze 1 und 2). Gemäss § 7 Abs. 1 lit. c der Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) beträgt die Abfindung je nach den im Einzelfall massgebenden gesetzlichen Kriterien ab dem 51. Altersjahr drei bis fünfzehn Monatslöhne. Gemäss § 16g Abs. 2 VVPG richtet sich die Höhe der Abfindung primär nach einem an gleicher Stelle definierten Rahmen, der auf Dienstalter und Alter abstellt. Für den Beschwerdeführer beträgt die Abfindung demnach zwischen acht und zwölf Monatslöhnen. Innerhalb dieses Rahmens wird die Abfindung aufgrund der persönlichen Verhältnisse festgelegt. Nach § 16g Abs. 3 VVPG sind dabei insbesondere Unterstützungspflichten der Angestellten, ihre Arbeitsmarktchancen, ihre finanziellen Verhältnisse und die Umstände des Stellenverlustes zu berücksichtigen. 6.4 Wie ausgeführt hat der Beschwerdeführer seine finanziellen Verhältnisse nicht substantiiert dargetan. Dies ist auch bei der Festsetzung der Abfindung zu seinen Ungunsten zu beachten. Die Umstände der Entlassung – dem Beschwerdeführer wurde just gekündigt, als er nach langwierigem Heilungsprozess wieder voll arbeitsfähig war –, die

Unterstützungspflicht gegenüber seinen beiden Kindern sowie die altersbedingt eher schlechten Aussichten auf dem Arbeitsmarkt sind dagegen zu Gunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, weshalb sich eine Abfindung von zehn Monatssalären rechtfertigt. Ob auf diesem Betrag Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind, richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101), insbesondere nach Art. 7 lit. q und 8 bis AHVV (vgl. zum Übergangsrecht Ziff. II f. der Änderung der Verordnung vom 17. Oktober 2007, AS 2007 5125 ff.). 7. Der Beschwerdeführer verlangt auf seine Forderungen Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2010. Öffentlichrechtliche Geldforderungen sind im Verzugsfall grundsätzlich zu verzinsen, und zwar zu einem Satz von 5 % (vgl. René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 31 B I und V). In analoger Anwendung der Regelung von Art. 102 Abs. 1 OR setzt auch die Zinspflicht bei öffentlichrechtlichen Forderungen im Allgemeinen eine Mahnung voraus. Als Mahnung ist die gehörige Geltendmachung des Anspruchs anzusehen (Rhinow/Krähenmann, Nr. 31 IV). Sie muss die klare Willensäußerung des Gläubigers, die Bezahlung der geschuldeten Leistung zu verlangen, zum Ausdruck bringen (Rolf Weber, Berner Kommentar, 2000, Art. 102 OR N. 66 ff.). Mit dem Rekurs vom 16. November 2009 machte der Beschwerdeführer eine Verzinsung der Forderungen ab dem 1. Mai 2010 geltend; demnach ist die Verzugszinsforderung ab diesem Zeitpunkt ausgewiesen. 8. Da der Streitwert 30'000 Franken übersteigt, besteht für die Parteien keine Kostenfreiheit (§ 65a Abs. 2 VRG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten zu 6/7 dem Beschwerdegegner und zu 1/7 dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1). Wie schon im Rekursverfahren beantragt der Beschwerdeführer eine Parteientschädigung. Sowohl im Rekurs- wie auch im Beschwerdeverfahren kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenseite verpflichtet werden, sofern – wie vorliegend – die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Dem Beschwerdeführer ist deshalb für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine reduzierte Parteientschädigung in angemessener Höhe zu entrichten. Diese beträgt 3'500 Franken.

E. 9

Da der Streitwert 15'000 Franken übersteigt, kann gegen den vorliegenden Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichts-gesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden (vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

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