

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00034 vom 13. Januar 2016**

ZH Verwaltungsgericht, 2016-01-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00034](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00034)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00034 du 13 janvier 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00034 del 13 gennaio 2016

## **Regeste**

Forderung aus Arbeitsverhältnis | [Versetzung von der Funktion der Serviceleiterin in die Funktion der Tramführerin - Beschwerde der Stadt Zürich nach Gutheissung durch den Bezirksrat] Beschwerdelegitimation (E. 1.2). Kammerzuständigkeit (E. 1.4). Offengelassen, ob Versetzungen aus Gründen, die in der Person der Angestellten liegen, von Art. 34 PR erfasst werden. Solche Versetzungen sind auch ohne gesetzliche Grundlage im Sinn einer gegenüber der Kündigung milderer Massnahme grundsätzlich zulässig. Dabei müssen die formellen Anforderungen an die Kündigung erfüllt sein, und es muss ein Kündigungsgrund vorliegen (E. 3.1). Eine Versetzung wegen mangelhafter Leistung ist erst zulässig, wenn Angestellte ihre Leistung auch während einer angemessenen Bewährungsfrist nicht verbessern konnten (E. 3.2). Der Beschwerdegegnerin wurde keine Bewährungsfrist eingeräumt (E. 3.3). Die Vereinbarung, dass der Einsatz der Beschwerdegegnerin als Serviceleiterin abgebrochen werde, wenn diese nur die Qualifikation D oder tiefer erreiche, ist rechtswidrig (E. 4). Die Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf den (höheren) Lohn einer ausgebildeten Serviceleiterin (E. 5). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, bei der Ausgangsverfügung handle es sich um eine Versetzung im Sinn von Art. 34 Abs. 1 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals vom 6. Februar 2002 (PR, AS 177.100). Gemäss Art. 34 Abs. 1 PR kann die Anstellungsinstanz Angestellte unter Beibehaltung des bisherigen Lohns für die Dauer der Kündigungsfrist und im Rahmen der Zumutbarkeit versetzen, wenn es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordern. Bei dauernder Versetzung ist das Anstellungsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist neu zu regeln (Abs. 2). Damit sieht das städtische Personalrecht beim Vorliegen sachlicher Gründe und im Rahmen der Zumutbarkeit die Möglichkeit einer dauernden Versetzung vor. Der Wortlaut von Art. 34 Abs. 1 PR lässt nicht ohne Weiteres darauf schliessen, dass davon auch Versetzungen aus Gründen erfasst werden, die in der Person der Angestellten liegen. Die Formulierung, "wenn es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordern", lässt eher darauf schliessen, die Bestimmung erfasse nur Versetzungen aus organisatorischen Gründen. Das Verwaltungsgericht hat sich mit dieser Frage bis anhin nicht befasst. (Im Entscheid PB.2010.00018 vom 6. Dezember 2010, wo es um eine Versetzung wegen nachlassender Leistung ging, war die Versetzung selber nicht strittig.) Wie es sich damit verhält, kann auch hier offenbleiben. Versetzungen aus Gründen, welche in der Person des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin liegen, sind auch ohne gesetzliche Grundlage nicht von selbst ausgeschlossen. Ein Arbeitgeber oder eine

Arbeitgeberin kann eine Versetzung im Sinn einer mildereren Massnahme insbesondere dann anordnen, wenn andernfalls das Anstellungsverhältnis aufgelöst werden müsste. Eine solche Versetzung setzt aber voraus, dass sowohl die formellen Anforderungen an eine Kündigung erfüllt sind als auch ein Kündigungsgrund vorliegt, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass eine Versetzung missbräuchlich angeordnet würde, um die formellen und materiellen Kündigungsschutzbestimmungen zu umgehen. Insbesondere Schutzvorschriften, welche Ausfluss der Bindung des öffentlichrechtlichen Arbeitgebers oder der öffentlichrechtlichen Arbeitgeberin an allgemeine Verfassungsgrundsätze sind, müssen deshalb auch bei einer Versetzung zum Tragen kommen (vgl. hierzu Marco Donatsch, *Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst*, Jusletter vom 3. Mai 2010, Rz. 18 ff.).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 17 Abs. 2 PR setzt eine Kündigung durch die Stadt einen sachlichen Grund voraus und darf nach den Bestimmungen des Obligationenrechts nicht missbräuchlich sein. Nach Ablauf der Probezeit gelten unter anderem Mängel in der Leistung und im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholten, als sachliche Gründe (Art. 17 Abs. 3 PR). Bevor die Anstellungsinstanz eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht, muss sie der oder dem Angestellten nach Art. 18 Abs. 1 PR eine angemessene Bewährungsfrist von mindestens zwei und höchstens sechs Monaten einräumen. Gründe, welche zur Ansetzung einer solchen Bewährungsfrist geführt haben, dürfen später nicht mehr berücksichtigt werden, wenn sich die oder der Angestellte in der eingeräumten Frist bewährt hat (Art. 18 Abs. 2 Satz 2 PR). Die Ansetzung einer Bewährungsfrist ist nach dem vorgängig Ausgeführten auch dann geboten, wenn ein Anstellungsverhältnis nicht aufgelöst, sondern Angestellte wegen mangelhafter Leistung in eine andere Funktion versetzt werden sollen. Eine dienstliche Notwendigkeit – wie sie nach Art. 34 Abs. 1 PR vorliegen muss – ist in analoger Anwendung von Art. 18 Abs. 1 PR erst dann gegeben, wenn Angestellte ihre Leistung auch während einer angemessenen Bewährungsfrist nicht verbessern konnten.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegnerin wurde am 5. September 2011 wegen eines Verstosses gegen die Arbeitssicherheit gemahnt und ihr die Auflösung des Anstellungsverhältnisses angedroht, sollte sich während einer Bewährungsfrist von sechs Monaten ein weiterer Verstoß gegen die Arbeitssicherheit ereignen. Die Ausgangsverfügung wird indes nicht damit begründet, dass die Beschwerdegegnerin während der Bewährungsfrist oder danach erneut gegen die Arbeitssicherheit verstossen hätte, sondern damit, dass sie in einer Zwischenbeurteilung nur die Gesamtqualifikation D (Ziele mehrheitlich erreicht) erhalten habe. Da der Beschwerdegegnerin kein weiterer Verstoß gegen die Arbeitssicherheit während dieser Bewährungsfrist vorgeworfen wird, darf der entsprechende Vorfall nach Art. 18 Abs. 2 Satz 2 PR nicht mehr berücksichtigt werden, weshalb offenbleiben kann, ob ihr Verhalten die Ansetzung einer Bewährungsfrist überhaupt rechtfertigte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin sei (im Sinn von Art. 17 Abs. 3 lit. c PR) nicht geeignet, die vereinbarte Arbeit zu verrichten. Das trifft offenkundig nicht zu. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Umstände fallen vielmehr unter den Kündigungsgrund der mangelhaften Leistungen gemäss Art. 17 Abs. 3 lit. b PR. Ob gestützt auf eine Mitarbeiterbeurteilung, in welcher der Angestellten im Ergebnis eine mehrheitliche Erreichung der Ziele attestiert wird, überhaupt von einer mangelhaften Leistung im Sinn

eines Kündigungsgrunds ausgegangen werden kann, erscheint zweifelhaft. Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang auf einen nicht in den Akten liegenden Leitfaden der Beschwerdeführerin, gemäss dem eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses erst bei einer Qualifikation F (Ziele deutlich nicht erreicht) infrage komme. Wie es sich damit verhält, kann indes offenbleiben. Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, der Beschwerdegegnerin eine Bewährungsfrist im Sinn von Art. 18 Abs. 1 PR anzusetzen und ihr damit die Möglichkeit einer Leistungsverbesserung einzuräumen. Damit fehlt es bereits an einer formellen Kündigungsvoraussetzung und damit auch an einer formellen Voraussetzung, um die Beschwerdegegnerin im Sinn einer mildereren Massnahme in eine andere Funktion zu versetzen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe mit der Beschwerdegegnerin eine Vereinbarung geschlossen, wonach der Einsatz der Beschwerdegegnerin als Serviceleiterin abgebrochen werde, wenn sie in einer Zwischenbeurteilung eine Qualifikation von D oder tiefer erreiche. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Versetzung gestützt auf diese Vereinbarung zulässig war.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 10 PR wird das Arbeitsverhältnis – von hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen (vgl. Art. 12 PR) – durch Verfügung begründet. In diesem Sinn verfügte die Beschwerdeführerin bei Beginn der Ausbildung der Beschwerdegegnerin eine neue Anstellung. Als die Beschwerdegegnerin ihre Ausbildung in der Leitstelle abbrach und wieder als Serviceleiterin arbeitete – was sie schon zuvor im Rahmen ihrer Ausbildung während 15 Monaten getan hatte –, erliess die Beschwerdeführerin keine neue Anstellungsverfügung. Die Vereinbarung vom 9. November 2011 erfolgte somit im Rahmen des bestehenden Anstellungsverhältnisses der Beschwerdegegnerin als "Betriebsmanager". Die darin enthaltene auflösende Bedingung liesse sich einerseits als nachträgliche Vereinbarung einer Probezeit, andererseits als Bewährungsfrist im Sinn von Art. 18 Abs. 1 PR qualifizieren. Gemäss Art. 14 Abs. 1 Satz 1 PR gelten die ersten drei Monate bei allen Arbeitsverhältnissen als Probezeit, soweit sie nicht wegbedungen oder eine kürzere Dauer vereinbart wird. Diese Bestimmung lässt für die Vereinbarung einer längeren Probezeit, wie dies im Ergebnis durch die vertragliche Vereinbarung geschehen ist, keinen Raum. Zudem ist die Kündigung während der Probezeit gerade nicht von einer Mitarbeiterbeurteilung abhängig (vgl. hierzu VGr, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, E. 2.3 mit Hinweis, sowie VGr, 2. September 2015, VB.2015.00293; E. 3.3) und muss sie noch während dieser Zeit erfolgen; ist die Probezeit abgelaufen, gelten die normalen Kündigungsvoraussetzungen. Insofern kann es sich bei der Vereinbarung nicht um eine Probezeit handeln bzw. erwiese sich eine solche als rechtswidrig. Die Vereinbarung liesse sich sodann als Festsetzung einer Bewährungsfrist verstehen. Darauf deutet insbesondere die Bestimmung hin, wonach eine Versetzung erfolge, falls die Beschwerdegegnerin in der Zwischenbeurteilung eine Qualifikation von D oder weniger erreiche. Die Ansetzung einer Bewährungsfrist ist indes nicht beliebig zulässig. Er bedarf dafür vielmehr eines sachlichen Grunds, namentlich einer ungenügenden Leistung oder eines ungenügenden Verhaltens der Angestellten vor Ansetzung der Bewährungsfrist. Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Funktion als auszubildende Betriebsmanagerin ungenügende Leistungen erbrachte. Diese Beurteilung betraf indes nur ihre Tätigkeit auf der Leitstelle. Für die in der gleichen Ausbildung zuvor ausgeübte Tätigkeit einer Serviceleiterin erhielt

die Beschwerdegegnerin in einer Mitarbeiterbeurteilung vom Dezember 2009 die Qualifikation C (Ziele vollumfänglich erreicht), und der Vorgesetzte gab an, sie sei "in der aktuellen Funktion richtig". Wäre die Beschwerdegegnerin in ihrer damaligen Funktion verblieben, hätte somit kein Raum für eine Bewährungsfrist bestanden. Aus diesem Grund bestand auch bei ihrer Rückkehr in die Funktion einer Serviceleiterin keine Veranlassung für eine Bewährungsfrist. Die im Ergebnis eine solche anordnende Vereinbarung vom November 2009 erweist sich deshalb als rechtswidrig.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, nach dem Abbruch der Ausbildung sei eine Versetzung der Beschwerdegegnerin unumgänglich gewesen; die angeordnete Versetzung in den Tramdienst sei deshalb "ohne weiteres" zulässig; daran ändere auch die vereinbarte "übergangsweise Tätigkeit als Serviceleiterin" nichts. Den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, als eine Versetzung der Beschwerdegegnerin nach Abbruch von deren Ausbildung unumgänglich war; dies ist vorliegend unbestritten. Die Vorinstanz kommt indes zutreffend zum Schluss, dass eine Versetzung gestützt auf Art. 34 Abs. 1 PR nur insofern zulässig ist, als sie erforderlich und für die Angestellte zumutbar ist. In der vorliegenden Konstellation bedeutet dies, dass eine Versetzung der Beschwerdegegnerin in den Tramdienst nur zulässig gewesen wäre, soweit sich keine Möglichkeit ergeben hätte, sie wieder als Serviceleiterin einzusetzen, wo sie zuvor gute Arbeitsleistungen erbracht hatte. Von dieser Überlegung scheint sich auch die Beschwerdeführerin grundsätzlich leiten lassen zu haben. Sie ordnete nicht etwa eine Rückstufung in die Funktion einer Tramführerin an, sondern setzte die Beschwerdegegnerin bei gleichem Lohn als Serviceleiterin ein. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin lässt sich diese Anstellung nicht als Übergangslösung qualifizieren. Für eine nur vorübergehende Anstellung der Beschwerdegegnerin als Serviceleiterin hätten entsprechende sachliche Gründe vorliegen müssen – etwa der Umstand, dass es keine freien Stellen gegeben hätte, jedoch ein vorübergehender Ausfall zu verzeichnen gewesen wäre. Solches hat die Beschwerdeführerin indes im gesamten bisherigen Verfahren nicht behauptet, geschweige denn belegt. Die in diesem Punkt unklar abgefasste Vereinbarung vom 9. November 2010 ist denn auch dahingehend zu verstehen, dass die Beschwerdegegnerin auch zukünftig als Serviceleiterin hätte arbeiten können, soweit sie mindestens eine Qualifikation C erreicht hätte. Nachdem diese Bedingung sich nach dem vorstehend Ausgeführten als rechtswidrig erweist, ist die faktische Versetzung der Beschwerdegegnerin in den Dienst als Serviceleiterin im September 2010 als definitiv zu qualifizieren. Daran vermag auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin es unterlassen hat, diese Versetzung formell anzuordnen, nichts zu ändern. Aus ihrer Untätigkeit kann die Beschwerdeführerin jedenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### **E. 4.4**

Demnach fehlte es bereits an den formellen Voraussetzungen, um die Beschwerdegegnerin in den Fahrdienst zu versetzen. Die Ausgangsverfügung erweist sich damit als rechts-widrig, weshalb die Vorinstanz diese zu Recht aufgehoben hat.

#### **E. 5**

Die Vorinstanz hat die Ausgangsverfügung nicht nur aufgehoben, sondern zudem angeordnet, der Lohn der Beschwerdegegnerin sei ab dem 1. Mai 2013 entsprechend ihrer Funktion als Serviceleiterin festzusetzen (Dispositiv-Ziff. I Abs. 2). Die

Beschwerdeführerin äusserte sich hierzu im vorliegenden Verfahren nicht. Die ursprüngliche Anstellungsverfügung als "Betriebsmanager" erfolgte in einer tieferen Funktionsstufe, weil die Beschwerdegegnerin zunächst die entsprechende Ausbildung durchlaufen musste. Diese brach sie zwar ab, jedoch erst, nachdem sie die Ausbildung zur Serviceleiterin erfolgreich absolviert hatte. Hinsichtlich dieser Funktion ist die Beschwerdegegnerin deshalb als ausgebildete Arbeitskraft anzusehen und entsprechend zu entlohnen. In diesem Sinn hat die Vorinstanz zu Recht angeordnet, dass die Beschwerdegegnerin ab dem 1. Mai 2013 entsprechend einzustufen ist. Nach der unbestritten gebliebenen Darstellung der Beschwerdeführerin führt dies zu einer mittigen Einstufung im mittleren Teillohnband der Funktionsstufe 9, was einen Jahreslohn von Fr. 108'613.50 ergibt.

**E. 6**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

**E. 7**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG).

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