

PRK Fall Nr. 72: Kündigung aufgrund schwerer Verletzung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 6. März 2007 i.S. R. gegen die vom Departement Y. verfügte Kündigung aufgrund schwerer Verletzung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten gemäss § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz (PG).

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|---------------------------|--|------|
| Rechtsprobleme | Welche Themen betrifft dieser Entscheid? | S. 1 |
| Sachverhalt | Kurze Schilderung der Geschehnisse | S. 1 |
| Rechtliche Erwägungen | Begründung der Personalrekurskommission | S. 2 |
| Entscheid u. Rechtskraft | Urteil der Personalrekurskommission | S. 6 |
| Schlussfolgerungen d. ZPD | Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können | S. 6 |
| Relevante Rechtsnormen | Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid? | S. 6 |

I. Rechtsprobleme

1. Was ist der Unterschied zwischen einer „normalen“ und einer „schweren“ Pflichtverletzung (E. 2a)?
2. Was sind verbotene Inhalte i.S.v. Ziff. 7.3. der Informatikweisung (E. 2a, 2b)?
3. Ist das Auf- und Herunterladen oder die Weiterleitung von Material mit widerrechtlichem, beleidigendem oder herabwürdigendem Inhalt eine schwere Pflichtverletzung (E. 2c)?

II. Sachverhalt

1.
R. arbeitete seit dem 1. Oktober 1997 beim Departement Y. mit einem Beschäftigungsgrad von 100%. Am 4. August 2006 sandte er an einen Arbeitskollegen ein Email, welches im Attachment Bilder eines Motorradunfalls enthielt. Die Bilder zeigten den verunfallten Lenker, von dessen Körper Extremitäten und Innereien abgerissen worden waren. Am 7. August 2006 wurde das Email von seinem Arbeitskollegen in Anwesenheit des Vorgesetzten, S., geöffnet. In der Folge wurde R. wegen der versandten Unfallbilder gleichentags zu einem Gespräch aufgeboten. Am späten Nachmittag des gleichen Tages wurde auf Anweisung von M., stellvertretender Leiter, die Sicherung der persönlichen Email Daten von R. veranlasst. Die Aufzeichnungsprotokolle des geschäftlichen Email-Account von R. enthielten neben geschäftlichen Daten Unfallbilder, Bilder einer teilweisen resp. ganz nackten weiblichen

Person, pornographische Kurzfilme sowie Bilder von halbnackten und vollständig nackten Frauen mit Waffen. Die Unfallbilder wurden nach ihrer Sicherung vom Departement Y. weitergeleitet. Die Staatsanwaltschaft eröffnete gegen R. ein Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 135 Strafgesetzbuch, welches am 30. August 2006 jedoch eingestellt wurde. Mit Schreiben vom 7. September 2006 orientierte das Departement Y. R. über die geplante Kündigung aufgrund schwerer Pflichtverletzung. Mit Frist vom 20. Oktober 2007 erhielt R. resp. dessen Rechtsvertreter Gelegenheit, sich zur geplanten Kündigung zu äussern.

Mit Verfügung vom 27. Oktober 2006 kündigte das Departement Y. das Arbeitsverhältnis von R. aufgrund schwerer Verletzung von vertraglichen und gesetzlichen Pflichten gemäss § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz (PG) per 31. Januar 2007. Einem allfälligen Rekurs wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

2.
Gegen die Kündigungsverfügung vom 27. Oktober 2006 reichte T., Advokat, namens R. am 8. November 2006 Rekurs bei der Personalrekurskommission ein.
[...]

3.-5.
[...]

III. Rechtliche Erwägungen der PRK

1.
[...]

2.
Die Anstellungsbehörde kann ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden. Eine solche Kündigung hat unter Berücksichtigung der in § 30 PG festgelegten Kündigungsvoraussetzungen zu erfolgen, namentlich muss bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit ein in § 30 Abs. 2 PG genannter Kündigungsgrund vorliegen. Im vorliegenden Fall erfolgte die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Rekurrenten gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d PG.

2a.
Der Kündigungsgrund von § 30 Abs. 2 lit. d PG enthält zwei unterschiedliche Tatbestände: Einerseits geht es um die "wiederholte Missachtung von vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten", andererseits um die "schwere Pflichtverletzung". Das Gesetz verlangt, dass bei anderen als schweren Pflichtverletzungen eine Bewährungsfrist eingeräumt wird (§ 30 Abs. 3 PG). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts sind Beispiele für solche "normalen" Pflichtverletzungen z.B. Unpünktlichkeit, zu viele private Telefonate, übermässiges privates Internet-Surfen oder Flüchtigkeiten in der Arbeitserledigung (vgl. VGE vom 21. Januar 2004 i.S. M.S.). In solchen Fällen ist eine Kündigung nur zulässig, wenn sich der Betroffene während der ihm gesetzten Bewährungszeit nicht hinreichend gebessert hat. Im vorliegenden Fall wurde dem Rekurrenten keine Bewährungsfrist auferlegt, so dass zu prüfen ist, ob die dem Rekurrenten von der Anstellungsbehörde angelasteten Verfehlungen eine schwere Pflichtverletzung im Sinne von § 30 Abs. 2 lit. d PG darstellen.

In der angefochtenen Verfügung vom 27. Oktober 2006 wird aufgeführt, dass die Aufzeichnungsprotokolle des geschäftlichen Email-Account des Rekurrenten neben geschäftlichen Dateien folgende Inhalte aufgewiesen hätten:

- a) Diverse Unfallbilder, bei denen Extremitäten und Innereien vom Körper abgerissen worden waren;
- b) Bilder einer weiblichen Person, teilweise und vollständig nackt sowie in pornographischen Posen (Selbstbefriedigung als Kurzfilme, Selbstbefriedigung mit Penetration einer Kerze als Kurzfilm, Selbstbefriedigung mit Penetration einer Salatgurke als Kurzfilm, Urinieren, Beischlaf mit einem Mann, vaginale und anale Penetration durch eine Männerhand, vermutlich Ejakulat auf weiblichem Geschlechtsteil);
- c) Halbnackte und vollständig nackte Frauen mit Waffen.

Vom Rekurrenten wird nicht bestritten, die in der Kündigungsverfügung unter lit. a bis c aufgeführten Dateien in seinem Arbeitsmail-Account abgespeichert zu haben. Dessen Rechtsvertreter macht jedoch geltend, dass diese Bilder unter seiner persönlichen Email-Adresse aufgefunden worden seien. Gespeicherte Email-Nachrichten seien wie früher die Schublade eines Schreibtisches anzusehen; die darin enthaltenen privaten Dinge unterstünden dem Persönlichkeitsrecht. Seitens des Departements Y. wird dazu ausgeführt, dass der Rekurrent bei dieser Argumentation ausser Acht lasse, dass im Gegensatz zu früheren Zeiten für die „modernen Computer-Schubladen“ mit den Informatikweisungen vom 22. Oktober 2003 verbindliche Weisungen bestünden, welche eben genau das Verhalten des Rekurrenten einem Verbot unterstellen würde. Solche präzisen Verbote hätte es in der Vergangenheit nicht gegeben.

Die Informatik-Konferenz Basel-Stadt hat am 22. Oktober 2003 eine Weisung für die Benutzung von Informatikmitteln in der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt erlassen (Informatikweisung). Die Informatikweisung hat für alle Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung Geltung. Alle Mitarbeitenden des Departements Y. mussten schriftlich bestätigen, dass sie von der Informatikweisung Kenntnis genommen haben; so auch der Rekurrent. Dies wurde vom Rekurrenten in der Verhandlung vom 6. März 2007 bestätigt. Unter Ziffer 10 der Informatikweisung werden die Überwachung und die Folgen bei Widerhandlungen geregelt. Gemäss Ziff. 10.1. kann beim Verdacht einer strafbaren Handlung ohne vorgängige Information der betroffenen Mitarbeiterin oder des betroffenen Mitarbeiters Einsicht in ihre oder seine persönlichen Daten genommen werden. Im vorliegenden Fall bestand in Bezug auf die vom Rekurrenten am 4. August 2006 an einen Arbeitskollegen per Email versandten Unfallbilder der Verdacht auf eine strafbare Handlung. Insofern war das Departements Y. im vorliegenden Fall auch berechtigt, Einsicht in die persönlichen Dateien des Rekurrenten zu nehmen. Der Rekurrent wurde im Übrigen telefonisch von S. über die Überwachung informiert (vgl. Protokoll). Auch liegt kein unzulässiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Rekurrenten vor, denn dieses findet dort seine Schranken, wo die berechtigten Interessen des Arbeitgebers tangiert werden, was im vorliegenden Fall aufgrund des Verdachts einer strafbaren Handlung gerade der Fall gewesen ist.

2b.

Das Departement macht geltend, dass es sich bezüglich der unter lit. a bis c aufgeführten Dateien ausnahmslos um Daten handelt, welche auf den geschäftlichen Email-Account des Rekurrenten geschickt worden seien. Er habe diese während der Arbeitszeit anschauen und beantworten können. Die unter lit. a und c aufgeführten Emails seien vom Rekurrenten an

andere Personen weitergeleitet worden, die unter lit. b aufgeführten Emails seiner damaligen Freundin seien in der Regel beantwortet worden. Alle Emails seien zudem im Emailprogramm in einer speziellen Datei abgelegt bzw. gespeichert worden. Es läge ein schwerwiegender Verstoss gegen die Informatikweisung sowie das Verhaltensreglement des Departements Y. vor, welche das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauen zerstört habe. Seitens des Rekurrenten wird geltend gemacht, es seien keine Dateien mit widerrechtlichem, beleidigendem oder herabwürdigendem Inhalt auf seiner Email-Adresse abgelegt worden. Bei den Unfallbildern handle es sich nicht um Gewaltdarstellungen. Die Bilder der nackten weiblichen Person in pornographischen Posen zeigten die damalige Freundin des Rekurrenten. Diese habe ihm die Bilder auf die geschäftliche Email-Adresse geschickt. Dies sei gleich zu werten, wie wenn sie ihm die Bilder mitgegeben hätte, damit der Rekurrent sie in der Schublade hätte aufbewahren können. Bei den Bildern von nackten resp. teilweise nackten Frauen mit Waffe handle es sich um keine Pornographie. Eine schwere Pflichtverletzung könne mit den abgespeicherten Dateien nicht begründet werden.

Unter Ziff. 7.3. der Informatikweisung wird festgehalten, dass der Zugriff und das Auf- und Herunterladen oder die Weiterleitung von Material mit widerrechtlichem, beleidigendem oder herabwürdigendem Inhalt verboten ist (Erotik, Pornographie, Gewaltdarstellungen, extremistische oder rassistische Inhalte etc.). Beim Rekurrenten wurden auf seinem geschäftlichen Email-Account verschiedene Kategorien von Bildern sichergestellt. Nachfolgend ist zu prüfen, ob es sich bei diesen Kategorien von Bildern um verbotene Inhalte im Sinne von Ziff. 7.3. der Informatikweisung handelt.

Die vom Rekurrenten gespeicherten Bilder und Filme seiner ehemaligen Freundin fallen unter die Rubrik Erotik resp. teilweise unter die Rubrik Pornographie. Die Bilder der nackten resp. halbnackten Frauen mit Waffen haben einen beleidigenden und herabwürdigenden Inhalt. Die vom Rekurrenten gespeicherten Unfallbilder sind zwar geschmacklos, zeigen jedoch entgegen den Ausführungen des Departements Y. keine Gewaltdarstellungen. Soweit das Departement Y. sich hinsichtlich dieser Bilder auf den Standpunkt stellt, der Straftatbestand von Art. 135 Strafgesetzbuch sei erfüllt, ist dem klar zu widersprechen. Die Staatsanwaltschaft hat das Strafverfahren mit folgender Begründung eingestellt: „Weil die strafbare Handlung für eine ohnehin zu erwartende Strafe nicht ins Gewicht fällt oder eine weitere Strafe neben einer bereits rechtskräftigen Sanktion wegen Geringfügigkeit der zusätzlichen Verfehlung nicht angebracht erscheint (§ 21 Abs. 2 lit. b Strafprozessordnung Basel-Stadt)“. Das Departement Y. leitet aus diesem Einstellungsbeschluss der Staatsanwaltschaft ab, dass diese den Tatbestand als erfüllt betrachtet und es sich damit grundsätzlich um eine strafbare Handlung handeln würde. Eine derartige Auslegung widerspricht jedoch dem verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach im Strafverfahren jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt (Art. 32 Abs. 1 Bundesverfassung). Da der Rekurrent nicht verurteilt wurde, hat er als unschuldig zu gelten und es ist davon auszugehen, dass die Unfallbilder den Tatbestand von Art. 135 Strafgesetzbuch nicht erfüllen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei den Bildern und Filmen der ehemaligen Freundin des Rekurrenten sowie den Bildern der nackten resp. halbnackten Frauen mit Waffen um verbotene Inhalte gemäss Ziff. 7.3. der Informatikweisung handelt. Dem Rekurrent wurden die Bilder und Filme von Dritten via Email zugeschickt. Der Rekurrent hat diese aber nach Erhalt nicht umgehend gelöscht, sondern diese auf seinem Geschäftscomputer abgespeichert. Zwar wird das Abspeichern derartiger Daten in der in Ziff. 7.3. der Internetweisung nicht explizit erwähnt, doch muss vom Sinn und Zweck dieser Bestimmung auch das Abspeichern unter den Begriff des Herunterladens subsumiert werden.

In dem der Rekurrent bewusst die entsprechenden Daten auf seinem Geschäftscomputer abgespeichert hat, hat er wiederholt gegen die Internetweisung und damit auch gegen seine arbeitsvertragliche Pflichten verstossen. Zu prüfen bleibt, ob dieses Fehlverhalten als schwere Pflichtverletzung zu qualifizieren ist.

2c.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind schwere Pflichtverletzungen geeignet, das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis empfindlich zu stören. In derartigen Fällen ist eine Entlassung möglich, ohne dass zuvor eine Bewährungsfrist gesetzt werden muss, weil eine solche das verlorene Vertrauen ohnehin nicht wieder herstellen könnte (VGE vom 22. Januar 2003 i.S. H.B., VGE vom 12. August 2002 i.S. A.S.). Der Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz führt hierzu Folgendes aus: "Damit schon eine einmalige Pflichtverletzung für eine Kündigung genügt, muss sie schwer sein. Dies ist dann der Fall, wenn das Vertrauen des Arbeitgebers in die künftige ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung wesentlich beeinträchtigt ist, oder aber der Verbleib der betroffenen Person an der Arbeitsstelle das Vertrauen des Volkes in das ordnungsgemässe Funktionieren des Staates erschüttern würde" (Ratschlag Nr. 8941 vom 7. September 1999). Ein vorwerfbares Verhalten des Betroffenen ist - obgleich in den meisten Fällen wohl vorhanden - nach dem Ratschlag nicht unbedingt erforderlich.

Die Klärung der Frage, ob eine schwere Pflichtverletzung vorliegt, hat unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen. Relevant sind dabei insbesondere die Funktion und die Stellung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters. Der Rekurrent hat in seiner Position eine Vorbildfunktion inne. Dies kommt insbesondere im Verhaltensreglement des Departements Y. zum Ausdruck. Darin wird klar festgehalten, welches Verhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seiner Funktion erwartet wird. Indem der Rekurrent wiederholt Bildmaterial mit pornographischem, erotischem sowie beleidigendem Inhalt auf seinem Geschäftscomputer abgespeichert hat, hat er wiederholt gegen dieses Bekenntnis- und Wertesystem verstossen. Absolut unverständlich ist in diesem Zusammenhang, dass der Rekurrent das Bildmaterial nicht umgehend gelöscht hat, nachdem er es per Email erhalten hatte. Auch hätte er zumindest seiner damaligen Freundin mitteilen müssen, dass sie ihm keine derartigen Bilder und Kurzfilme an die geschäftliche Email-Adresse senden soll. Der Rekurrent macht zwar geltend, damals über keine private Email-Adresse verfügt zu haben. Dies entschuldigt sein Verhalten jedoch in keiner Weise. Zudem ist diese Aussage des Rekurrenten nicht glaubwürdig, da er in einem Mail an seine Freundin vom 7. Juli 2005 geschrieben hat: „Welli? I ha nur die mit em BH wo mer uf die anderi Mailadresse gschickt hesch.“ In dem sich der Rekurrent das Material ins Geschäft schicken liess, es dort angesehen und abgespeichert hat, hat er seine Pflichten in schwerwiegender Weise verletzt. Bei den dem Rekurrenten zur Last zu legenden Verfehlungen handelt sich insbesondere unter Berücksichtigung seiner besonderen Funktion nicht um eine „normale“ Pflichtverletzung im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. VGE vom 21. Januar 2004 i.S. M.S.). Mit ihrem Verhaltensreglement hat das Departement Y. klar zum Ausdruck gebracht, dass an das Verhalten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern seiner Funktion erhöhte Anforderungen gestellt werden. Der wiederholte Verstoss des Rekurrenten gegen die Informatikweisung und die Missachtung seiner Vorbildfunktion gemäss dem Verhaltensreglement war daher geeignet, das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis erheblich zu stören. Ergänzend sei erwähnt, dass nicht eruiert werden konnte, ob der Rekurrent die verbotenen Inhalte intern oder extern weitergeleitet hat. Die Daten wurden vom Rekurrenten aus dem Postausgangsordner gelöscht. Da das Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung aber ohnehin zu bejahen ist, kann dieser Punkt letztlich offen bleiben, unabhängig

davon, ob die betreffenden Daten bewusst oder unbewusst vom Rekurrenten gelöscht worden sind.

IV. Entscheid und Rechtskraft

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund schwerer Pflichtverletzung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d PG erfüllt sind. Der Rekurs wurde abgewiesen. Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

- „Normale“ Pflichtverletzungen sind gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts z. B. Unpünktlichkeit, zu viele private Telefonate, übermässiges privates Internet-Surfen oder Flüchtigkeiten in der Arbeitserledigung. In solchen Fällen ist eine Kündigung nur zulässig, wenn man der/dem Betroffenen vorgängig eine angemessene Bewährungsfrist setzt, in der sie/er sich bessern kann.
- Bei einer „schweren“ Pflichtverletzung ist eine Entlassung ohne vorgängige Bewährungsfrist möglich.
- Ob eine „schwere“ Pflichtverletzung vorliegt, muss unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls überprüft werden. Relevant sind dabei insbesondere die Funktion und die Stellung der Mitarbeiterin bzw. des Mitarbeiters.
- Der Zugriff und das Auf- und Herunterladen oder die Weiterleitung von Material mit widerrechtlichem, beleidigendem oder herabwürdigendem Inhalt ist gemäss Ziff. 7.3. der Informatikweisung verboten. Abspeichern derartiger Daten ist in der Informatikweisung nicht explizit erwähnt, doch muss vom Sinn und Zweck dieser Bestimmung auch das Abspeichern unter den Begriff des Herunterladens subsumiert werden.
- Bei wiederholtem Verstoß gegen die Informatikweisung werden die arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt und das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis wird zerstört.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 30 Abs. 2 lit. d PG

Ziff. 7.3. der Informatikweisung

Ziff. 10/10.1. der Informatikweisung