

PRK Fall Nr. 84: Vorsorgliche Massnahme / Kostenentscheid

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission (PRK) vom 11. September 2008 i.S. J. gegen die vom Departement D. verfügte vorsorgliche Massnahme aufgrund § 25 des 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	Entscheid der Personalrekurskommission	S. 5
Schlussfolgerungen d. ZPD	Lehren, welche aus dem Entscheid gezogen werden können	S. 5
Relevante Rechtsnormen	Auf welche Rechtsnormen stützt sich dieser Entscheid?	S. 6

I. Rechtsprobleme

1. Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme (E. 2)
2. Freistellung als vorsorgliche Massnahme (E. 2b)

II. Sachverhalt

1.
Die Rekurrentin ist seit dem 26. Juni 2000 als Mitarbeiterin im Reinigungsdienst beim Departement D. im Stundenlohn angestellt.

2.
Nachdem der Personaldienst des Departements D. am 8. April 2008 darüber Kenntnis erhalten hatte, dass die Rekurrentin zwei Tage zuvor in einem Studio des Rotlicht-Milieus verhaftet worden sei, führte die Anstellungsbehörde am 9. April 2008 ein Gespräch mit der Rekurrentin, weil der dringende Verdacht gegen sie bestehe, einer Tätigkeit im Milieu nachzugehen, welche sich mit der aktuellen Beschäftigung beim Departement D. nicht vereinbaren lasse und gegen die Interessen des Arbeitgebers verstosse. Im Nachhinein wurde bekannt, dass gegen die Rekurrentin ein Strafverfahren wegen Diebstahl eingeleitet worden war.

3.

Die Rekurrentin wurde mit Verfügung vom 9. April 2008 per sofort freigestellt mit der Begründung, die Ausübung ihrer vermeintlichen Nebenerwerbstätigkeit sei aufgrund der Treuepflicht gegenüber dem Departement D. nicht mit ihrer aktuellen Tätigkeit zu vereinbaren.

4.

Mit Schreiben vom 18. April 2008 erhob lic. iur. F. gegen diese Verfügung Rekurs.

5.

Mit Schreiben vom 7. Mai 2008 wurde die Rekursbegründung eingereicht und beantragt, die Verfügung vom 9. April 2008 sei aufzuheben und die Rekurrentin per sofort im Rahmen ihres bisherigen Aufgabenbereichs - eventualiter im Rahmen eines neuen Aufgabengebietes am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz - wieder zu beschäftigen. Gleichzeitig stellte der Rechtsvertreter der Rekurrentin den Antrag, eine Frist zur ergänzenden Begründung des Rekurses anzusetzen.

6.

Mit Verfügung vom 19. Mai 2008 wies die Personalrekurskommission (PRK) den Antrag auf angemessene Fristsetzung zur Ergänzung der Begründung ab. Gleichzeitig bewilligte sie die anwaltliche Vertretung.

7.

Mit Kopie vom 30. Mai 2008 wurde die PRK darüber in Kenntnis gesetzt, dass seitens der Staatsanwaltschaft am 19. Mai 2008 ein Einstellungsbeschluss betreffend Diebstahl ergangen sei. Daraufhin hob die Anstellungsbehörde am 30. Mai 2008 die Massnahme per sofort auf.

8.

Mit Schreiben vom 31. Juli 2008 reichte das Departement D. seine Stellungnahme ein und beantragte die Abweisung des Rekurses.

9.

Die PRK stellte mit Schreiben vom 13. August 2008 fest, der Rekurs sei aufgrund der Aufhebung der Massnahme obsolet geworden, und stellte die Zustellung eines schriftlich begründeten Kostenentscheids in Aussicht.

III. Rechtliche Erwägungen

1.

Nach § 13 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz muss eine vorsorgliche Massnahme entweder durch eine definitive ersetzt oder aber aufgehoben werden. Die Staatsanwaltschaft stellte mit Beschluss vom 19. Mai 2008 das Strafverfahren betreffend Diebstahl gegen die Rekurrentin ein, weil sich ihr der Diebstahl aufgrund der Ermittlungen nicht mit einer die Anklage rechtfertigenden Sicherheit nachweisen lasse. Daraufhin hat die Anstellungsbehörde mit Schreiben vom 30. Mai 2008 die am 9. April 2008 verfügte vorsorgliche Massnahme per sofort aufgehoben und der Rekurrentin mitgeteilt, sie könne ihre Arbeit ab 2. Juni 2008 wieder aufnehmen.

Die materielle Beurteilung des Rekurses erübrigt sich somit, jedoch ist die Frage nach der Kostenverteilung noch offen. Dafür ist abzuklären, ob die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung gegeben waren.

2.

Gemäss § 25 PG kann die Anstellungsbehörde vorsorgliche Massnahmen anordnen, wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist. Namentlich kann sie unter Beibehaltung des bisherigen Lohnanspruches die Änderung des Aufgabengebietes am selben oder an einem anderen Arbeitsplatz oder die Freistellung verfügen. Gemäss § 13 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz kann eine vorsorgliche Massnahme insbesondere angeordnet werden, wenn

- a) ein Verbrechen oder Vergehen in Frage steht
- b) zu befürchten ist, dass die Untersuchung erschwert würde
- c) zu befürchten ist, dass das Interesse des Dienstes geschädigt würde
- d) eine von sexueller Belästigung betroffene Person zu schützen ist.

Eine vorsorgliche Massnahme nach § 25 PG dient dazu, die Zeitspanne bis zur definitiven Klärung einer Sachlage zu überbrücken. In der Regel wird zu klären sein, ob eine Dienstpflichtverletzung vorliegt oder nicht. Im Ratschlag und Entwurf zum Personalgesetz (Nr. 8941) wird zur vorsorglichen Massnahme nach § 25 PG auf Seite 50 ausgeführt, dass es sich als notwendig erweisen kann, gegenüber einer Mitarbeiterin bzw. einem Mitarbeiter vorsorgliche Massnahmen zu treffen, beispielsweise sie bzw. ihn von der Arbeit per sofort freizustellen, obwohl noch ein Verfahren läuft oder eine dienstliche Abklärung noch nicht abgeschlossen ist. Bei einer vorsorglichen Massnahme wird somit nichts präjudiziert, sondern es lässt sich alles wieder rückgängig machen. Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme kann daher nicht das Vorliegen einer effektiven Dienstpflichtverletzung sein, die zum Erlass einer definitiven Massnahme nach § 24 PG oder gar zu einer Kündigung berechtigen würde. Es reicht aus, dass die Anstellungsbehörde glaubhaft machen kann, dass der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet gewesen ist. Die Personalrekurskommission muss den Sachverhalt daher auch nicht abschliessend klären, sondern hat lediglich zu prüfen, ob aufgrund von objektiven Anhaltspunkten eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass im Zeitpunkt der Freistellung eine Gefährdung der ordentlichen Aufgabenerfüllung vorgelegen hat (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Luzern Nr. V 94 37 vom 29. Juni 1994, E. 5c.) und ob die Massnahme verhältnismässig war.

2a.

Im vorliegenden Fall verfügte die Anstellungsbehörde am 9. April 2008 gestützt auf § 25 Abs. 1 PG die Freistellung der Rekurrentin. Die Anstellungsbehörde begründet dies damit, dass sie den geordneten Vollzug der Aufgaben als gefährdet betrachte, weil die Ausübung der vermeintlichen Nebenerwerbstätigkeit aufgrund der Treuepflicht gegenüber dem Departement D. nicht mit der aktuellen Tätigkeit zu vereinbaren sei. Es sei eine Schädigung des Interesses des Dienstes gemäss § 13 der Verordnung zum Personalgesetz zu befürchten.

Anlässlich des Gesprächs vom 9. April 2008 gab die Rekurrentin zu Protokoll, 4 Mal kurz im Studio gewesen zu sein, weil sie eine Frau jeweils eingeladen habe. Kontakt zu Männern habe sie nicht. Im Studio soll Geld verschwunden sein. Sie erläuterte

auch, dass sie der Polizei ihre Personalien und Adresse angeben habe und danach auf den Polizeiposten gehen musste, wo sie befragt und untersucht worden sei.

Gestützt auf das Gesprächsprotokoll vom 9. April 2008 und der Begründung der gleichentags ausgehändigten Massnahme muss der Schluss gezogen werden, dass die Freistellung deswegen erlassen wurde, weil der Verdacht bestand, die Rekurrentin arbeite im Rotlichtmilieu. Für die Anstellungsbehörde war der Verdacht des Diebstahls somit nicht ursächlich für die vorsorgliche Freistellung.

Keine Kenntnis hatte die Anstellungsbehörde im Zeitpunkt des Erlasses von der Aussage von B. (durch den Diebstahl Geschädigte), wonach die Rekurrentin zeitweise im Studio gearbeitet habe.

2b.

Gemäss § 13 Abs. 2 lit. c der Verordnung zum Personalgesetz kann eine Mitarbeiterin freigestellt werden, wenn zu befürchten ist, dass das Interesse des Dienstes geschädigt würde.

Die Rekurrentin arbeitet als Raumpflegerin und hat nur indirekt etwas mit dem Departement D. zu tun, indem sie dort Reinigungsarbeiten tätigt. Sie verkörpert keine eigentliche Funktion des Departements D. Nach Ansicht der Personalrekurskommission übt sie in diesem Sinne auch keine Vorbildfunktion aus, so dass sie, würde sie im Rotlichtmilieu arbeiten, die Interessen des Dienstes nicht direkt schädigen könnte. Somit bestand nach Ansicht der Personalrekurskommission keine Befürchtung, das Interesse des Departements D. könne geschädigt werden.

2c.

Die Anstellungsbehörde macht geltend, nach dem Gespräch mit der Rekurrentin habe das Vorliegen einer Straftat nicht gänzlich ausgeschlossen werden können. Auch erwähnt sie in ihrer Stellungnahme, dass gemäss Ratschlag vorsorgliche Massnahmen geboten sein können, wenn ein Verbrechen oder ein Vergehen in Fragen steht.

Grund des eingeleiteten Verfahrens war eine Anzeige wegen Diebstahls, welcher gestützt auf Art. 139 StGB in Zusammenhang mit Art. 10 StGB ein Verbrechen darstellt. Deswegen hat die Anstellungsbehörde jedoch keine Massnahme erlassen, sondern wegen des Verdachts, einer Tätigkeit im Milieu nachzugehen.

Strafbar ist gemäss Art. 195 StGB, wer eine unmündige Person der Prostitution zuführt, wer eine Person unter Ausnützung ihrer Abhängigkeit oder eines Vermögensvorteils wegen der Prostitution zuführt, wer die Handlungsfreiheit einer Person, die Prostitution betreibt, dadurch beeinträchtigt, dass er sie bei dieser Tätigkeit überwacht oder Ort, Zeit, Ausmass oder andere Umstände der Prostitution bestimmt, wer eine Person in der Prostitution festhält. Die Arbeit als Prostituierte stellt gemäss StGB somit weder ein Verbrechen noch ein Vergehen statt. Strafbar ist grundsätzlich nur, wer sich in erkennbarer Bereitschaft zur Prostitution ausserhalb der von den Behörden bezeichneten geeigneten Örtlichkeiten aufhält und dadurch eine unzumutbare Belästigung der Anwohner veranlasst oder wer die Prostitution betreibt und dadurch eine unzumutbare Belästigung der Anwohner veranlasst (§ 38 und 38a des Kantonalen Übertretungsstrafgesetzes). Da die Tätigkeit einer Prostituierten grundsätzlich nicht strafbar ist und kein Anhaltspunkt dafür bestand, dass gegen eine der obgenannten Bestimmungen verstossen worden sein sollte, sind die Voraussetzungen

von § 13 Abs. 2 lit. a der Verordnung zum Personalgesetz nicht erfüllt. Selbst wenn die Rekurrentin gegen das Kantonale Übertretungsstrafgesetz verstossen hätte, so handelte es sich um eine blosser Übertretung.

Der Anstellungsbehörde ist es somit nicht gelungen, glaubhaft darzulegen, dass eine Gefährdungssituation vorgelegen hat und sie unter den gegebenen Umständen auch handeln musste. Somit hätte der Rekurs gutgeheissen werden müssen.

IV. Entscheid u. Rechtskraft

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Massnahme gemäss § 25 PG nicht erfüllt waren.

Da der Rekurs hätte gutgeheissen werden müssen, ist es gerechtfertigt, der Rekurrentin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Diese wird auf CHF 2'000.-- inkl. Auslagen, jedoch zuzügl. 7,6% MWSt. zugesprochen. Diese Parteientschädigung hat die Anstellungsbehörde auszurichten.

Der Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen d. ZPD

- Gemäss § 13 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz muss eine vorsorgliche Massnahme entweder durch eine definitive Massnahme im Sinne von § 24 PG ersetzt oder aber aufgehoben werden.
- Wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter den geordneten Vollzug der Aufgaben gefährdet, kann die Anstellungsbehörde gemäss § 25 PG vorsorgliche Massnahmen anordnen.
- Gemäss § 13 Abs. 2 der Verordnung zum Personalgesetz kann eine vorsorgliche Massnahme insbesondere angeordnet werden, wenn:
 - ein Verbrechen oder Vergehen in Frage steht,
 - zu befürchten ist, dass die Untersuchung erschwert würde,
 - zu befürchten ist, dass das Interesse des Dienstes geschädigt würde,
 - eine von sexueller Belästigung betroffene Person zu schützen ist.
- Bei einer vorsorglichen Massnahme wird nichts präjudiziert, sondern es lässt sich alles wieder rückgängig machen.
- Voraussetzung einer vorsorglichen Massnahme kann nicht das Vorliegen einer effektiven Dienstpflichtverletzung sein, die zum Erlass einer definitiven Massnahme nach § 24 PG oder gar zu einer Kündigung berechtigen würde.
- Es reicht aus, dass die Anstellungsbehörde glaubhaft machen kann, dass im Zeitpunkt der Freistellung eine Gefährdung der ordentlichen Aufgabenerfüllung vorgelegen hat.

VI. Relevante Rechtsnormen

§ 25 PG

§ 13 Abs. 2 der Verordnung zum PG