



Entscheid der Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt

vom 1. November 2022

Kommission: lic. iur. Gabrielle Kremo (Präsidium),
Dr. Andrea Pfeleiderer, Daniel Durrer
Schreiberin: MLaw Rebecca Mühlebach

Aktenzeichen Nr. 2022.07:

Rekurs von X betreffend die von den BVB verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses

I. Sachverhalt

1. Der Rekurrent, X, arbeitet als Wagenführer bei den Basler Verkehrs-Betrieben (BVB). Am [...] Mai 2022 erstellte er um 20.25 Uhr während der Fahrt mit dem Tram auf der Dreirosenbrücke in Basel mit dem Smartphone ein Foto, welches er um 20.29 Uhr an einer Haltestelle in seinem WhatsApp-Status postete. Das Foto zeigt den Sonnenuntergang bei der Dreirosenbrücke. Ferner ist dem Foto zu entnehmen, dass der Rekurrent während des Fotografierens mit einer Geschwindigkeit von 40 km/h fuhr. Am darauf folgenden Tag erhielt der Teamleiter des Rekurrenten, B, durch eine Mitarbeiterin bzw. einen Mitarbeiter eine Meldung dieses Sachverhalts. Anlässlich eines Gesprächs zur Klärung des Sachverhalts vom [...] Mai 2022 gestand der Rekurrent gegenüber seinem stellvertretenden Vorgesetzten den Vorfall ein. Im Anschluss wurde er vorsorglich von der Arbeitsleistung freigestellt. Nach diesem Gespräch zur Klärung des Sachverhalts machte der Rekurrent geltend, das Foto sei doch nicht von ihm selbst, sondern von seinem Sohn durch das offene Fenster der Wagentür erstellt worden. Abklärungen der BVB ergaben, dass dieser Winkel nur aus der Fahrerkabine möglich ist. In seiner schriftlichen Stellungnahme vom 7. Juni 2022 gestand der Rekurrent den Vorfall wieder vollumfänglich ein.
2. Nach der Einholung einer schriftlichen Stellungnahme des Rekurrenten zu dem Vorfall kündigte die Anstellungsbehörde das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 10. Juni 2022 gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d Personalgesetz aufgrund schwerer, sicherheitsrelevanter Pflichtverletzung per 30. September 2022. Gleichzeitig stellte die Anstellungsbehörde den Rekurrenten bis zum Ende der Kündigungsfrist von der Pflicht zur Arbeitsleistung frei.
3. Mit Schreiben vom 29. Juni 2022 meldete der Rekurrent Rekurs gegen diese Verfügung an. Mit Rekursbegründung vom 21. Juli 2022 beantragte der Rekurrent, die Verfügung vom 10. Juni 2022 sei aufzuheben und ihm sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

4. Mit Vernehmlassung vom 17. August 2022 beantragte die Anstellungsbehörde unter o/e-Kostenfolge, es seien sämtliche Anträge des Rekurrenten vollumfänglich abzuweisen und dementsprechend die Verfügung vom 10. Juni 2022 zu bestätigen.

5. Mit Schreiben vom 15. September 2022 stellte der Rekurrent das Gesuch, die aufschiebende Wirkung sei wiederherzustellen bzw. zu erteilen. Mit Stellungnahme vom 20. September 2022 beantragte die Anstellungsbehörde, das Gesuch abzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 22. September 2022 wurde dem Rekurs die aufschiebende Wirkung erteilt.

6. In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 1. November 2022 sind der Rekurrent, seine Rechtsvertreterin MLaw A, Rechtsanwältin, und C und D als Vertreter der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

Für die Einzelheiten der Parteistandpunkte wird, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

II. Rechtliche Erwägungen

1. Nach § 40 des Personalgesetz vom 17. November 1999 (PG) können Massnahmen gemäss §§ 24 und 25 PG mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist X von der Kündigung berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 29. Juni 2022 und die Rekursbegründung vom 21. Juli 2022 wurden unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht. Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

2. Gemäss Personalgesetz kann die Anstellungsbehörde ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung oder durch eine fristlose Auflösung beenden. Im vorliegenden Fall verfügte die Anstellungsbehörde die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. d PG wegen schwerer Pflichtverletzung. Eine solche liegt vor, wenn sie derart schwer wiegt, dass das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis so empfindlich gestört wurde, dass der Anstellungsbehörde eine Weiterbeschäftigung nicht zugemutet werden kann (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts 621/2001 vom 12. August 2002). Nur in solchen Fällen kann auf die vorgängige Ansetzung einer Bewährungsfrist verzichtet werden.

3. Im vorliegenden Fall ist der Sachverhalt unbestritten. Der Rekurrent hat am [...] Mai 2022 um 20.25 Uhr während der Fahrt als Wagenführer eines Trams mit einer Geschwindigkeit von 40 km/h ein Foto gemacht, welches er später an der Tramhaltestelle Kannenfeldplatz in seinem WhatsApp-Status gepostet hat. In der Erstellung dieser Fotografie erkennt die Anstellungsbehörde eine schwere Pflichtverletzung, weshalb sie das Arbeitsverhältnis des Rekurrenten mit Verfügung vom 10. Juni 2022 gekündigt hat.

4a. Gegen diese Kündigung bringt der Rekurrent zunächst vor, dass diese gestützt auf die Fotoaufnahme erfolgt sei, welche aufgrund der Datenschutzgesetzgebung nicht hätte genutzt werden dürfen. Unter Verweis auf den Entscheid des Obergerichts Zürich SB130371-0 vom 25. November 2013 führt der Rekurrent aus, gepostete Bilder seien erst als für die Öffentlichkeit zugänglich zu qualifizieren und dürften nur dann von der Anstellungsbehörde verwendet werden, wenn mindestens 290 Personen Einsicht in den geposteten Beitrag gehabt hätten. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weil er lediglich über rund 150 WhatsApp-Kontakte verfüge. Da das Beweismittel somit widerrechtlich erlangt worden sei, dürfe es in analoger Anwendung von Art. 152 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) nicht genutzt werden. Mangels Personen- und/oder Imageschadens sei die Privatsphäre des Rekurrenten höher zu gewichten als die hier in Frage stehende Aufklärung eines (höchstens) leichten Regelverstosses.

b. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist der ins Recht gelegte Entscheid nicht einschlägig und damit für das vorliegende Verfahren irrelevant. Darin geht es um die Frage, ob der Tatbestand der Schreckung der Bevölkerung erfüllt war. Das Obergericht des Kantons Zürich hielt fest, dass bei 290 Facebook-Kontakten Öffentlichkeit im Sinne von Art. 258 StGB gegeben sei. Der Entscheid äussert sich jedoch nicht zur Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit nicht auch bereits bei einer geringeren Anzahl Kontakten erfüllt wäre. Ferner wurden die Regelungen des Datenschutzgesetzes von der Anstellungsbehörde nicht verletzt. Die Anstellungsbehörde hat keine Überwachung des Rekurrenten vorgenommen, sondern der Rekurrent hat das Foto selbst in seinen WhatsApp-Status hochgeladen. Diesen Status konnte eine Vielzahl von Personen einsehen. Wenn ein Screenshot dieses Bildes an die Anstellungsbehörde weitergeleitet wird, verletzt letztere keine Rechtspflicht, wenn sie es als Anknüpfungspunkt für weitere Abklärungen nutzt. Von einer widerrechtlichen Erlangung von Daten durch die Anstellungsbehörde kann keine Rede sein. Aber selbst wenn das Datenschutzrecht hier einschlägig wäre, kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden, wenn er sein Geheimhaltungsinteresse höher gewichten will als die Aufklärungsinteressen der Anstellungsbehörde. Bei der Aufnahme handelt es sich um ein Foto eines Sonnenunterganges über einer öffentlichen Strasse, welche im Gegensatz zu einer personenbezogenen Aufnahme aus dem privaten Kreis kein hohes Schutzinteresse aufweist. Demgegenüber wird dem Rekurrenten eine sicherheitsrelevante Pflichtverletzung vorgeworfen. Daher würde das Interesse an der Aufklärung des Vorfalles das Geheimhaltungsinteresse des Rekurrenten überwiegen.

5a. Das Nutzen eines Smartphones im Strassenverkehr durch einen Wagenführer stellt eine Pflichtverletzung dar. Der Wagenführer ist gehalten, seine Aufmerksamkeit auf den Fahrweg, den angrenzenden Verkehrsraum, die Signale und seinen Zug oder Bus zu richten. Das Sichtfeld darf nicht durch Gegenstände abgedeckt oder beeinträchtigt werden. Zudem hat er alles zu unterlassen, was seine Wahrnehmungsfähigkeit im Sinne der Verkehrssicherheit einschränkt. Das Hantieren mit einem Mobiltelefon während der Fahrt ist dementsprechend aus sicherheitsrelevanten Gründen verboten (vgl. Ziffer 9.1 und 9.3 der Fahrdienstvorschriften BVB/BLT vom 1. Juli 2018). Dass das Erstellen einer Fotoaufnahme unaufmerksam macht, zeigt vorliegend, dass der Rekurrent erst anlässlich der Verhandlung aufgrund des ihm vorgelegten Ausdrucks des in Frage stehenden Fotos erkannte, dass ihm zum damaligen Zeitpunkt ein Auto entgegen

gekommen war (vgl. Sitzungsprotokoll der Verhandlung vom 1. November 2022 S. 1). Das Verbot erweist sich als sachgerecht und der Verletzung desselben ist eine Gefährdung inhärent. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Pflichtverletzung derart schwer wiegt, dass sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.

b. Die Anstellungsbehörde führt diesbezüglich aus, der Rekurrent sei dafür verantwortlich, seine Fahrgäste jederzeit sicher zu befördern. Dazu gehöre, dass die Aufmerksamkeit auf den Fahrweg, den angrenzenden Verkehrsraum, die Signale und sein Fahrzeug gerichtet sei. Das Telefonieren, das Funken mit Handfunkgeräten sowie das Hantieren mit Mobiltelefon, Tablet und Notebook sei entsprechend gemäss Ziffer 9.3 der Fahrdienstvorschriften BVB/BLT vom 1. Juli 2018 während der Fahrt verboten. Auf die elementare Wichtigkeit dieser Bestimmung würden alle Mitarbeitenden immer wieder hingewiesen, während der Ausbildung aber auch mittels Erinnerungen an die Weisung vom 31. November 2016, welche das letzte Mal am 26. Juni 2022 an alle Mitarbeitenden versandt worden sei. Der Anstellungsbehörde gehe es nicht um die Fotografie an sich, sondern um die damit manifestierte Gefährdung im Strassenverkehr. Bei der Dreirosenbrücke handle es sich um eine sogenannte gewölbte Brücke, weshalb jederzeit von Weitem nicht ersichtliche Hindernisse am Horizont auftauchen könnten. Auch wenn die einzelnen Verkehrsteilnehmer über eigene Fahrbahnen verfügten, seien diese doch ausschliesslich mit Markierungen getrennt. Ferner sei die Sicht aufgrund der tiefstehenden Sonne beeinträchtigt gewesen. Das Tram wiege leer 55 Tonnen, was bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h einen Bremsweg von mindestens 30 Metern bedeute. Um das Mobiltelefon aus der Tasche zu holen, wo es gemäss der massgeblichen Weisung während des Fahrdienstes hingehöre, es zu entsperren und ein Foto zu schiessen, benötige man mindestens fünf Sekunden. In dieser Zeit lege das Fahrzeug bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h bereits 55 Meter zurück, welche zum Bremsweg hinzukämen. Die Anstellungsbehörde habe weder die Ressourcen noch die rechtlichen Möglichkeiten, ihre Fahrdienstmitarbeitenden in Echtzeit zu überwachen. Daher sei das Vertrauensverhältnis wesentlich. Dieses sei aufgrund des eingestandenen Fehlverhaltens zerstört. Auch das Vertrauen des Volkes in das ordnungsgemässe Funktionieren des Staates werde zerstört, wenn die Anstellungsbehörde Personen beschäftige, welche nachgewiesenermassen während der Fahrt aufgrund des Manipulierens mit einem Mobiltelefon eine Gefahr für die übrigen Verkehrsteilnehmer geschaffen hätten.

c. Der Rekurrent führt hingegen aus, er habe das Foto auf einem äusserst übersichtlichen Streckenabschnitt gemacht. Jeder Verkehrsteilnehmer verfüge auf der Dreirosenbrücke über eine eigene Fahrbahn, so dass die Tramschiene nicht überquert werden müsse. Auf dem Foto sei erkennbar, dass zu dieser Zeit weder Fussgänger, Velofahrer noch andere Fahrzeuge zugegen gewesen seien. Ferner sei festzuhalten, dass die Fahrersicht auch während der Fotoaufnahme nicht verdeckt wurde und die Sicht weiterhin in Fahrtrichtung gerichtet gewesen sei. Ein wie von der Anstellungsbehörde geltend gemachter Vertrauensverlust infolge einer einmaligen Fotoaufnahme sei nicht nachvollziehbar. Er habe zuvor tadellos gearbeitet, seinen Fehler unmittelbar zugegeben, ihn eingesehen und versichert, einen solchen Fehler nicht mehr zu wiederholen.

d. Für die Frage, ob eine schwere Pflichtverletzung vorliegt, sind die Gesamtumstände des Einzelfalles abzuwägen. Der Rekurrent musste sich bewusst sein, dass das Hantieren an seinem Mobiltelefon während der Fahrt nicht den Vorschriften entspricht. Dies war ihm einerseits aufgrund der Fahrdienstvorschriften BVB/BLT vom 1. Juli 2018 bekannt, welche er zusammen mit seinem Arbeitsvertrag ausgehändigt erhalten hat. Dass sein Verhalten verboten ist, hat der Rekurrent im Übrigen auch stets anerkannt. Andererseits gilt diese Regelung für alle Verkehrsteilnehmer, nicht nur für Tramfahrer. Die Gefährdung, welche aufgrund der Unaufmerksamkeit, welche durch das Manipulieren am Mobiltelefon entsteht, ist nicht zu unterschätzen. Wie die Anstellungsbehörde zu Recht ausführt, hat bereits ein leeres Tram bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h einen Bremsweg von 30 Metern. In der Zeit von ca. fünf Sekunden, welche der Rekurrent benötigte, um das nach seinen Aussagen in der Hosentasche mitgeführte Mobiltelefon heraus zu nehmen, es zu entsperren und das Foto aufzunehmen, legte sein Fahrzeug bei dieser Geschwindigkeit zudem mindestens 55 Meter zurück, welche bei einem unerwarteten Ereignis zum Bremsweg hinzugekommen wären. Das verzögerte Einleiten einer allfälligen Notbremsung erhöht das Risiko eines Verkehrsunfalles somit massiv. Zudem können Notbremsungen auch ohne Unfall zu Verletzungen von Passagieren führen. Allerdings ist auch die konkrete Verkehrssituation zu berücksichtigen. Zum Zeitpunkt der Aufnahme herrschte nur ein geringes Verkehrsaufkommen. Auf dem Foto sind nur wenige, weiter entfernte Fahrzeuge zu sehen. Die Fahrspuren von Tram und Motorwagen sind an dieser Stelle mittels Markierungen getrennt, und die Verkehrsflächen für Velos und Fussgänger sind auf einem Trottoir leicht erhöht. Auf der Höhe des Rekurrenten sind weder andere Fahrzeuge noch Fussgänger zu sehen. In casu war somit nicht mit überraschend agierenden anderen Verkehrsteilnehmern zu rechnen. Durch die Unaufmerksamkeit hat der Rekurrent damit nur eine abstrakte, keine konkrete Gefährdung verursacht. Zudem war sich der Rekurrent während des Vorgangs weder der Tragweite noch der massiven Konsequenzen seines Handelns bewusst. Er hat die Fotografie aus einem Reflex geschossen und in seinen WhatsApp-Status gestellt. Gerade Letzteres zeigt, dass er sich über die verkehrs- und arbeitsrechtliche Bedeutung seines Handelns nicht im Klaren gewesen ist. Auch wenn die Anstellungsbehörde regelmässig auf das Verbot hingewiesen haben sollte, so hat sie nicht nachgewiesen, dass sie die Mitarbeitenden auch über die Konsequenzen eines Verstosses aufgeklärt hat. Weiter ist dem Rekurrenten zugute zu halten, dass er seine Pflichtverletzung umgehend eingestanden hat und es sich um ein einmaliges Fehlverhalten, bei ansonsten guter Arbeitsleistung, handelt. Damit erweist sich der einmalige Vorfall in Anbetracht der Verkehrssituation, sowie des unmittelbaren Geständnisses und der Reue des Rekurrenten nicht als derart gravierend, dass die Weiterführung des Dienstverhältnisses nicht zumutbar wäre. Objektiv betrachtet ist er nicht geeignet, das Vertrauen der Anstellungsbehörde in den Mitarbeiter zu zerstören. Damit liegt unter den konkreten Umständen keine schwere Pflichtverletzung im Sinne von § 30 Abs. 2 lit d. PG vor.

6. Entscheidend ist ferner, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Reue und Einsicht nicht als erforderlich erscheint, um künftiges Fehlverhalten zu verhindern. Der Rekurrent hat bei der ersten Befragung seinen Fehler unmittelbar zugegeben. Er ist sich seines Fehlverhaltens durch das personalrechtliche Verfahren bewusst geworden. Beim Rekurrenten handelt es sich um einen Mitarbeiter mit guten Beurteilungen. Der Rekurrent hat überdies die

Gewissheit, dass ein weiterer solcher Vorfall schwerwiegende Konsequenzen bis hin zur Kündigung ziehen wird. Insofern ist die Wahrscheinlichkeit einer weiteren derartigen Pflichtverletzung als gering einzuschätzen, so dass ihr auch mit einem milderen Mittel wie der Auferlegung einer Bewährungsfrist ausreichend begegnet werden könnte. Damit erweist sich die Kündigung als nicht erforderlich und nicht verhältnismässig. Da die ausgesprochene Kündigung im vorliegenden Fall gegen das Gebot der Verhältnismässigkeit verstösst, ist sie aufzuheben. Aus diesen Gründen ist die angefochtene Verfügung in Gutheissung des Rekurses aufzuheben.

III. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung aufgrund schwerer Pflichtverletzung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d PG nicht erfüllt sind. Die einmalige Fotoaufnahme an einer übersichtlichen Stelle weist bei ansonsten guter Arbeitsleistung nicht eine Schwere auf, welche geeignet ist, das Vertrauen der Anstellungsbehörde derart zu zerstören, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wäre. In Anbetracht der Reue und Einsicht des Rekurrenten ist die Wahrscheinlichkeit einer Wiederholungsgefahr als gering einzuschätzen, so dass einer weiteren Pflichtverletzung auch mittels einem milderen Mittel wie beispielsweise der Auferlegung einer Bewährungsfrist begegnet werden kann. Die verfügte Kündigung erweist sich damit als nicht verhältnismässig.

IV. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

1.

Das Rekursverfahren ist gestützt auf § 40 Abs. 4 PG kostenlos.

2.

Die Gebühren und Parteientschädigungen in verwaltungsinternen Rekursverfahren werden im Gesetz über die Verwaltungsgebühren sowie in der entsprechenden Ausführungsverordnung geregelt. Gemäss § 7 dieses Gesetzes kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Beschwerdeführer, dem Anwaltskosten entstanden sind, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden. In verwaltungsinternen Rekursverfahren werden jedoch in der Regel nicht die effektiven Anwaltskosten als Parteientschädigungen zuerkannt, sondern diese werden im Rahmen der in §§ 11 bis 13 der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren geregelten Ansätze festgelegt.

Da der vorliegende Rekurs gutgeheissen wird, ist es gerechtfertigt, dem Rekurrenten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände wird dem Rekurrenten eine pauschale Parteientschädigung im Betrage von CHF 2'500.00 inkl. Auslagen, zuzügl. 7,7% MWSt., zugesprochen.

Demgemäss hat die Personalrekurskommission entschieden:

I.

- ://:
1. In Gutheissung des Rekurses wird die Kündigungsverfügung vom 10. Juni 2022 aufgehoben.
 2. Das Verfahren ist kostenlos.
 3. Die BVB haben dem Rekurrenten eine Parteienschädigung im Betrag von CHF 2'500.00 inkl. Auslagen zuzügl. Mehrwertsteuer (7,7%) auszurichten.

Ein Rekurs gegen diesen Entscheid wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil VD.2022.253 vom 26. Oktober 2023 abgewiesen.