

PRK Fall Nr. 103: Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Begehung einer Straftat

Auszug aus dem Entscheid der Personalrekurskommission vom 16. Mai 2014 i.S. A gegen die von der Anstellungsbehörde X verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 30 Abs. 2 lit. e Personalgesetz (PG).

Der Entscheid der Personalrekurskommission wurde durch den Zentralen Personaldienst anonymisiert und mit Schlussfolgerungen ergänzt.

I. Rechtsprobleme

1. Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der Begehung einer strafbaren Handlung gemäss § 30 Abs. 2 lit. e Personalgesetz (E. 3a)
2. Verhältnismässigkeit von Massnahmen (E. 3b)
3. Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung (E. 3d, 3e)
4. Nachträglicher Wechsel des Kündigungsgrundes (E. 4)

II. Sachverhalt

1. Der Rekurrent, A, arbeitet seit dem 1. Oktober 1987 bei der Anstellungsbehörde X, mit einem Beschäftigungsgrad von 100%.
2. Mit Verfügung vom 11. November 2011 wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Rekurrenten durch die Anstellungsbehörde X gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. e Personalgesetz per 29. Februar 2012 wegen Begehung einer Straftat aufgelöst. Mit separater Verfügung wurde er per sofort freigestellt. Grundlage für diese Kündigung bildete das nicht rechtskräftige Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 25. Oktober 2011, mit welchem der Rekurrent der Rassendiskriminierung schuldig erklärt und zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 200.00 verurteilt wurde.
3. Mit Schreiben vom 15. November 2011 reichte der Rekurrent die Rekursanmeldung gegen die beiden Verfügungen vom 11. November 2011 ein.
4. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2011 wurde die Rekursbegründung vom damaligen Vertreter des Rekurrenten, D, eingereicht, mit welcher dieser unter o/e-Kostenfolge beantragte, es seien die Kündigungsverfügung vom 11. November 2011 (recte: 11. November 2011) sowie die Freistellungsverfügung vom 11. November 2011 aufzuheben. Eventualiter sei das Rekursverfahren gegen die Verfügungen bis zum Abschluss des hängigen Strafverfahrens und allenfalls weiterer Verfahren zu sistieren.
5. Mit Schreiben vom 16. Januar 2012 reichte die Anstellungsbehörde X ihre Rekursantwort ein mit den Anträgen, das Verfahren nicht zu sistieren und den Rekurs vollumfänglich abzuweisen.
6. Mit Verfügung vom 19. März 2012 sistierte die damals zuständige Präsidentin das Verfahren der Personalrekurskommission bis zur Ausfällung des Urteils des Appellati-

onsgerichts im Strafverfahren gegen den Rekurrenten. Gleichzeitig wurde dem Rekurrenten die anwaltliche Vertretung bewilligt.

7. Gegen diese Sistierungsverfügung erhob die Anstellungsbehörde X Rekurs ans Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, welcher mit Entscheid vom 28. Juni 2012 abgewiesen wurde.

8. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2012 stellte die Anstellungsbehörde X die Anträge, das sistierte Verfahren sei aufzuheben und die aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.

Mit Schreiben vom 21. November 2012 reichte sie den schriftlichen Entscheid des Appellationsgerichts in Strafsachen i.S. A ein.

9. Mit Verfügung vom 27. November 2012 hob die neu zuständige Präsidentin die Sistierung des Verfahrens auf. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2012 wurde der Antrag der Anstellungsbehörde X, dem Verfahren die aufschiebende Wirkung zu entziehen, abgewiesen.

10. Mit Eingabe vom 9. Januar 2013 beantragte der Rekurrent unter o/e-Kostenfolge die Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des bundesgerichtlichen Strafverfahrens i.S. A.

11. Mit Entscheid vom 11. Januar 2013 sistierte die Personalrekurskommission das Verfahren bis zur Ausfällung des Urteils des Bundesgerichts im Strafverfahren gegen den Rekurrenten. Einen gegen die Sistierung gerichteten Rekurs der Anstellungsbehörde X wies das Appellationsgericht mit Entscheid vom 15. Oktober 2013 ab.

12. Mit Schreiben vom 17. Februar 2014 reichte der Rekurrent den Entscheid des Bundesgerichts vom 6. Februar 2014 ein, in welchem der Rekurrent vom Vorwurf der Rassendiskriminierung freigesprochen wurde.

13. Mit Verfügung vom 27. Februar 2014 wurde die Sistierung des Verfahrens aufgehoben.

14. Mit Schreiben vom 6. März 2014 teilte Y der Personalrekurskommission mit, dass er neu mit der Interessenwahrung des Rekurrenten beauftragt sei.

15. Mit Schreiben vom 28. April 2014 berief sich die Anstellungsbehörde X neu auch auf den Kündigungsgrund der schweren Pflichtverletzung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d des Personalgesetzes und beantragte weiterhin, den Rekurs vollumfänglich abzuweisen.

In der Verhandlung der Personalrekurskommission vom 16. Mai 2014 sind der Rekurrent, sein Rechtsvertreter Y und S und B als Vertreterinnen der Anstellungsbehörde zu Wort gekommen.

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

III. Rechtliche Erwägungen

1. Nach § 40 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 (PG) können Massnahmen gemäss den §§ 24 und 25 PG sowie Kündigungen und fristlose Auflösungen des Arbeitsverhältnisses mittels Rekurs bei der Personalrekurskommission angefochten werden. Im vorliegenden Fall ist der Rekurrent von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und der Freistellung berührt und daher zum Rekurs bei der Personalrekurskommission legitimiert.

Die Rekursanmeldung vom 15. November 2011 und die Rekursbegründung vom 12. Dezember 2011 haben der Rekurrent bzw. der damalige Vertreter des Rekurrenten unter Einhaltung der in § 40 PG festgelegten Fristen eingereicht. Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

2. Die Anstellungsbehörde kann ein Arbeitsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung beenden, wobei bei Kündigungen nach Ablauf der Probezeit ein in § 30 Abs. 2 PG genannter Kündigungsgrund vorliegen muss. Im vorliegenden Fall verfügte die Anstellungsbehörde die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. e PG wegen Begehung einer strafbaren Handlung, welche nach Treu und Glauben mit der korrekten Aufgabenerfüllung nicht vereinbar ist.

Grundlage für die von der Anstellungsbehörde X verfügte Kündigung und die Freistellung bildete ein Vorfall vom 16. April 2007 an der Uhren- und Schmuckmesse. Der Rekurrent nahm an der Festnahme eines algerischen Asylbewerbers teil, welcher im Verdacht stand, einen russischen Messegast bestohlen zu haben. Dabei hat der Rekurrent den mutmasslichen Dieb in Anwesenheit einer wachsenden Menschenmenge lautstark unter anderem als „Sauausländer“ und „Drecksasylant“ betitelt. Der Rekurrent wurde wegen diesem Vorfall mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 12. April 2011 wegen Amtsmissbrauch und Rassendiskriminierung verurteilt. Mit Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 25. Oktober 2011 wurde die Verurteilung wegen Rassendiskriminierung geschützt, jene wegen Amtsmissbrauch hingegen aufgehoben. Gestützt auf diesen Entscheid erfolgte die hier zu beurteilende Kündigung und Freistellung.

Mit Entscheid vom 6. Februar 2014 entschied das Bundesgericht, dass es sich bei den getätigten Äusserungen entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht um rassistische Äusserungen im Sinne des Strafgesetzbuches handelt, sondern allenfalls um eine Beschimpfung gemäss Art. 177 StGB (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_715/2012 vom 6. Februar 2014; worin allerdings offengelassen wird, ob der Tatbestand der Beschimpfung erfüllt ist).

3a. Die Anstellungsbehörde X hat die Kündigung gestützt auf § 30 Abs. 2 lit. e PG verfügt. Kündigungsgrund ist somit die Begehung einer strafbaren Handlung, welche nach Treu und Glauben nicht mit der korrekten Aufgabenerfüllung vereinbar ist. Mit dieser Formulierung hält der Gesetzgeber fest, dass nicht jede begangene Straftat als Kündigungsgrund ausreicht. Es ist zwar nicht notwendig, dass die Straftat im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis begangen wurde. Die Straftat muss aber eine gewisse Schwere oder einen sachlichen Zusammenhang zur Tätigkeit des Mitarbeitenden aufweisen (vgl. Birkhäuser, Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Landschaft, BJM 1/2009, S. 15 f.). Die Straftat muss somit nicht nur in einem sachlichen Konnex mit der ausgeübten Tätigkeit stehen, sondern die darauf folgende Reaktion seitens der Anstellungsbehörde muss verhältnismässig sein. Sofern die Tat-

bestandsmerkmale für eine Beschimpfung erfüllt sind, kann in casu ein sachlicher Konnex mit der ausgeübten Tätigkeit nicht abgesprochen werden. Der Rekurrent hat seine Äusserungen in Ausübung seines Berufs gemacht. Ob die Kündigung und die damit zusammenhängende Freistellung allerdings verhältnismässig sind, bleibt nachfolgend zu prüfen.

b. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass eine Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und zumutbar ist (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 586 ff.). Auf eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. e PG übertragen steht die Erforderlichkeit der Verfügung im Zentrum der Betrachtung. Erforderlich ist eine Massnahme, wenn kein gleich geeignetes, milderes Mittel die gleiche Wirkung erzielt. Hierfür sind die gesamten Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen.

c. Zunächst ist festzuhalten, dass die getätigten Äusserungen des Rekurrenten absolut deplatziert, unangebracht und inakzeptabel sind, wie dies auch das Bundesgericht festgehalten hat. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass an Polizisten und Polizistinnen besonders hohe Anforderungen bezüglich ihrer Integrität zu stellen sind. Dies ist mit ein Grund für das Werte- und Bekenntnissystem der Polizei und für das Gelübde, welches seine Grundlage im Polizeigesetz findet und das jeder angehende Polizist bzw. jede angehende Polizistin an der Vereidigung ablegt. Die Polizei repräsentiert für den Bürger den Staat. Ihr gutes Ansehen in der Bevölkerung ist auch deshalb besonders wichtig, weil sie befugt ist, grundlegende Eingriffe in die Rechte von Einzelnen vorzunehmen. Um die Akzeptanz hierfür aufrecht zu erhalten, muss ihr die Bevölkerung Respekt und Achtung entgegen bringen. Äusserungen, wie sie der Rekurrent getätigt hat, sind durchaus geeignet, dem Ansehen der Polizei zu schaden, zumal sie in der Öffentlichkeit ergangen sind.

d. Allerdings ist auch die Situation mit einzubeziehen, in der es zu den Äusserungen gekommen ist. Der Rekurrent hat in Ausübung seines Berufes zusammen mit einem Arbeitskollegen einen mutmasslichen Dieb festgenommen. Dieser liess sich die Festnahme jedoch nicht widerstandslos gefallen sondern wollte flüchten und wehrte sich sowohl körperlich als auch verbal (vgl. Urteil des Strafgerichts vom 25. November 2011, S. 5). Die Äusserungen ergingen somit in einem angespannten Umfeld. Der Rekurrent tätigte die Äusserungen unmittelbar in einer aufgeladenen Situation ohne zeitliche Distanz zu der vorangehenden Auseinandersetzung.

Weiter ist die Schwere des möglichen Delikts zu berücksichtigen. Mögen die Äusserungen eines Polizisten unwürdig sein, so handelt es sich dabei gleichwohl nicht um eine schwere Straftat. Der Tatbestand der Beschimpfung wird nur auf Antrag der geschädigten Person verfolgt. Er kann mit einer Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen bestraft werden. Der Richter kann den Täter von Strafe befreien, wenn die beschimpfte Person durch ihr ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlass gegeben hat; das Gleiche gilt für einen oder beide Täter, wenn die Beschimpfung unmittelbar mit einer Beschimpfung oder Tätlichkeit erwidert worden ist (Art. 177 StGB).

Zudem ist zu beachten, dass es sich beim Rekurrenten um einen langjährigen Mitarbeiter der Anstellungsbehörde X handelt. Den der Personalrekurskommission vorliegenden Akten kann nicht entnommen werden, dass er sich zuvor etwas Ähnliches zuschulden kommen liess. Vielmehr wird er in den MAG als guter Mitarbeiter eingestuft. Die eingereichten Akten hinterlassen den Eindruck eines fähigen und geschätzten Mitarbeiters. Die Anstellungsbehörde widerspricht dem und führt an, dass seit dem Jahr

2002 gegen den Rekurrenten fünf und somit unverhältnismässig viele Verfahren wegen Amtsmissbrauch und/oder Körperverletzung eröffnet worden seien. Ob diese Anzahl an eröffneten Verfahren im Vergleich zu anderen Polizisten und Polizistinnen hoch ist, kann seitens der Personalrekurskommission nicht beurteilt werden. Es ist allerdings für das vorliegende Verfahren auch nicht von Belang, da keines dieser Verfahren zu einer Verurteilung geführt hat.

Es ist daher davon auszugehen, dass es sich bei den Äusserungen um einen Einzelfall, einen einmaligen Ausrutscher gehandelt hat. Diese Feststellung findet ihre Bestärkung in der Tatsache, dass es zwischen dem Vorfall und der Aussprechung der Kündigung keine weiteren Vorfälle dieser Art mehr gab, obschon der Rekurrent in der Zwischenzeit seinen üblichen Dienst ausübte.

Nicht nachvollziehbar ist, dass die Anstellungsbehörde nun betont, es sei unzumutbar, den Rekurrenten weiter zu beschäftigen, nachdem sie ihn trotz Kenntnisse der Vorwürfe über Jahre hinweg weiter seinen Beruf ausüben liess. Das Argument der Anstellungsbehörde, dass es ihr aufgrund der Unschuldsvermutung nicht möglich war, den Rekurrenten zu versetzen, kann nicht gehört werden. Hätte die Anstellungsbehörde die Äusserungen als derart gravierend taxiert, hätte sie den Rekurrenten schon früher von der Front nehmen und beispielsweise für die Dauer des Verfahrens in den Innendienst versetzen müssen, wie sie dies bei anderen Mitarbeitenden auch schon getan hat. Nicht beachtlich ist sodann der Vorwurf der Anstellungsbehörde, dass der Rekurrent seinen Fall öffentlich gemacht hat. Dass er über seinen Fall mit einer Zeitung gesprochen hat, ist für die Frage, ob die Kündigung zu Recht erfolgte, unerheblich. Dies selbst dann, wenn viele Leser aufgrund des veröffentlichten Fotos den Rekurrenten erkannt haben sollten. Denn der Kündigungsgrund der Begehung einer Straftat steht damit in keinem Zusammenhang.

e. Angesichts dieser Umstände, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Äusserungen in einer aufgewühlten Situation getätigt wurden, dass es sich hierbei um einen Einzelfall handelt und als mögliche Straftat einzig eine Beschimpfung in Frage kommt, kann vorliegend nicht davon gesprochen werden, dass die weitere Beschäftigung des Rekurrenten unzumutbar ist. Dies bedeutet nicht, dass die Anstellungsbehörde die Äusserungen hätte tolerieren müssen. Vielmehr hätte sie ohne weiteres Massnahmen ergreifen können, allerdings unter Berücksichtigung der gesamten Umstände und unter Einbezug der Tatsache, dass es sich beim Rekurrenten um einen langjährigen Mitarbeiter handelt. Ein schriftlicher Verweis oder die Ansetzung einer Bewährungsfrist wären durchaus angemessen gewesen. Die Kündigung war hingegen nicht verhältnismässig.

f. Vor diesem Hintergrund kann offengelassen werden, ob der Rekurrent den Straftatbestand der Beschimpfung erfüllt hat. Ebenfalls nicht geklärt werden muss, ob für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. e PG eine rechtskräftige Verurteilung vorausgesetzt wird.

4. In ihrer Eingabe vom 28. April 2014 und anlässlich der mündlichen Verhandlung beruft sich die Anstellungsbehörde neu zusätzlich auf den Kündigungsgrund der schweren Pflichtverletzung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d PG. Sie bringt diesbezüglich vor, die schwere Pflichtverletzung sei in der Kündigungsverfügung bereits entsprechend umschrieben, weshalb das Abstützen auf diesen weiteren Kündigungsgrund legitim sei.

Dieser Wechsel des Kündigungsgrundes ist nicht vertretbar. Die Anstellungsbehörde hat sich in ihrer Kündigungsverfügung nicht nur ausdrücklich und ausschliesslich auf § 30 Abs. 2 lit. e PG bezogen, sondern sie hat auch in ihrem gesamten Verhalten auf diesen Kündigungsgrund abgezielt. So hat sie gemäss eigener Aussage bewusst mit der Kündigung abgewartet, bis ein erstinstanzliches Strafurteil vorlag. Damit hat sie klar zum Ausdruck gebracht, dass für sie als Kündigungsgrund einzig die Begehung einer strafbaren Handlung in Betracht kommt. Hätte sie darin auch eine schwere Pflichtverletzung gesehen, hätte sie, nachdem ihr die Vorfälle bekannt waren, nicht weiter einen erstinstanzlichen Entscheid abwarten müssen, sondern hätte die Kündigung bereits zu einem früheren Zeitpunkt aussprechen können. Nun einen anderen Kündigungsgrund anzuführen ist widersprüchlich und kann nicht geschützt werden.

Aber auch wenn der Wechsel des Kündigungsgrundes zulässig gewesen wäre, hätte dies keine Änderung des Ergebnisses zur Folge. Eine Kündigung ohne vorherige Auflegung eines Verweises bzw. einer Bewährungsfrist ist nur zulässig, wenn es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt. Die Äusserungen des Rekurrenten vermögen die Anforderungen hieran jedoch nicht zu erfüllen, sodass vorliegend die Kündigung mangels vorgängiger Auflegung einer Bewährungsfrist nicht geschützt werden könnte.

5. Das oben Gesagte gilt auch für die verfügte Freistellung. Diese steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Kündigung und ist daher mit der Aufhebung der Kündigung ebenfalls aufzuheben.

IV. Entscheid u. Rechtskraft

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine Kündigung gemäss § 30 Abs. 2 lit. e PG nicht erfüllt sind. Dies gilt auch für die separat verfügte Freistellung. Der Rekurs von A wird daher gutgeheissen. Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

V. Schlussfolgerungen des ZPD

- Eine Straftat muss eine gewisse Schwere und einen sachlichen Zusammenhang zur Tätigkeit der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters aufweisen, damit sie als Kündigungsgrund ausreicht. Es kann somit auch eine strafbare Handlung ausserhalb des Dienstes ausreichend sein. Mit einem Bagatelldelikt kann eine Kündigung aufgrund strafbarer Handlung nicht begründet werden.
- Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund einer strafbaren Handlung nach § 30 Abs. 2 lit. e PG setzt eine rechtskräftige Verurteilung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters voraus. Bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids gilt die Unschuldsvermutung.
- Bei Vorfällen, welche zu einer personalrechtlichen Massnahme führen können, muss umgehend gehandelt werden. Arbeitet die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter während längerer Zeit ganz normal weiter, kann nicht mehr geltend gemacht wer-

den, dass das Vertrauensverhältnis durch den Vorfall zerstört wurde und die Weiterbeschäftigung daher unzumutbar ist.

VI. Relevante Rechtsnormen

- § 30 Abs. 2 lit. d PG
- § 30 Abs. 2 lit. e PG
- § 40 PG