Lohnwirksame Versetzung im Dienst – Zulässigkeit und Schranken

geschrieben von Dr. Michael Merker | August 26, 2020

A. arbeitete als Abteilungsleiterin und wurde gegen ihren Willen in eine neue Funktion versetzt. Umstritten war vor dem Verwaltungsgericht, ob die Versetzung der Mitarbeitenden nur mit ihrer Zustimmung erfolgen darf und wie es mit dem Lohn aussieht, wenn die Zustimmung nicht erfolgt. Die Konstellation wirft ein paar grundsätzliche Fragen auf, die anhand eines Entscheides des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich aus dem Jahr 2017 zu besprechen sind. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde von A. damals ab. (Urteil VB.2016.00386 des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 2017)

A. Das Urteil

1. Sachverhalt

A. arbeitete seit 1999 als Abteilungsleiterin. Mit Verfügung vom 10. Juli 2015 wurde sie in eine neue Funktion versetzt. Zunächst, während der Kündigungsfrist, erhielt sie den bisherigen Lohn. Daraufhin erfolgte gemäss Verfügung eine Lohnreduktion um rund 9%. A. wurde dabei eine Abfindung von neun Monatslöhnen auf die Lohndifferenz ausbezahlt.

Gegen die Versetzungsverfügung gelangte A. zunächst an die Rekursinstanz. Hier erhielt sie aufgrund formeller Fehler der Versetzungsverfügung eine Entschädigung von einem Monats-lohn. Daraufhin gelangte sie ans Verwaltungsgericht, das die Beschwerde am 1. Juli 2017 abwies.

2. Ausgangslage

Nach § 28 Abs. 1 des zürcherischen Personalgesetzes kann die

Anstellungsbehörde Angestellte «unter Beibehaltung des bisherigen Lohns für die Dauer der Kündigungsfrist sowie im Rahmen der Zumutbarkeit versetzen», wenn es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordert.
In einem früheren Urteil (PB.2004.00075 vom 9. März 2005) hatte das Verwaltungsgericht erwogen, die Versetzung nach § 28 PG sei Ausdruck der altrechtlichen, traditionellen Pflichten der auf feste Amtsdauer gewählten Beamten. Die Bestimmung mache nur im Zusammenhang mit entsprechend längeren Kündigungsfristen Sinn. Es handle sich bei der Versetzung nach § 28 PG um eine vorübergehende Massnahme während der Kündigungsfrist und nicht um eine Dauermassnahme. Denn in der Folge werde das bisherige Arbeitsverhältnis ohnehin durch ein neues ersetzt, sei es durch Änderungskündigung oder durch Vereinbarung.

In einem späteren Urteil (PB.2010.00042 vom 9. Februar 2011) änderte das Verwaltungsgericht seine Auffassung und qualifizierte die Versetzung als Dauermassnahme, die keine Änderungskündigung erfordere. Denn nach § 28 PG sei die Kündigungsfrist einzig für die Beibehaltung des bisherigen Lohns erforderlich, die Versetzung selbst aber nicht auf die Dauer der Kündigungsfrist beschränkt.

3. Erwägungen
Das Verwaltungsgericht erwog in seinem Urteil VB.2016.00386 vom 1. Juli 2017, die jüngere Auslegung (aus dem Jahr 2011) von § 28 PG habe zur Folge, dass die Anstellungsbehörde Versetzungen vornehmen könne, wobei nach Ablauf der Kündigungsfrist selbst Lohnkürzungen zulässig seien; § 28 PG schütze den Lohn nur für die Dauer der Kündigungsfrist.

Die Zulässigkeit der Versetzung selbst richte sich gemäss § 28 Abs. 2 PG (seit 2015 in Kraft) danach, ob sie der betroffenen Person zumutbar sei und der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz die Versetzung erforderten. Dabei kam das Gericht zum Schluss, dass betriebliche Gründe vorlägen (bzw. nicht bestritten seien). Die Versetzung sei ferner auch

zumutbar gewesen, insbesondere die Änderung des Aufgabenbereichs sowie die Herabsetzung des Bruttogehalts um rund 9%.
Das Verwaltungsgericht erwog zusätzlich, die Versetzung dürfe nicht zur Umgehung der Kündigungsschutzvorschriften führen, selbst wenn sie einzig aufgrund einer betrieblichen Reorganisation angeordnet worden sei (und nicht wegen Gründen, die in der Person von A. liegen). Es erachtete aber selbst sachliche Gründe als gegeben, so dass grundsätzlich selbst die Kündigung zulässig gewesen wäre. Als Folge setze die Versetzung auch nicht die Zustimmung von A. voraus.

B. Bemerkungen

1. Die Versetzung im Privatrecht
Im privaten Arbeitsrecht richtet sich die Möglichkeit der Versetzung nach den Festlegungen im Arbeitsvertrag. Wer für einen bestimmten Beruf angestellt wurde, dem kann der Arbeitgeber nicht mit blosser Weisung einen anderen Beruf zuweisen. Massgebend ist daher, wie eng der Arbeitsvertrag formuliert wurde und wie sehr die neue Tätigkeit von der bisherigen abweicht. Wird die auszuübende Tätigkeit im Beruf sehr weit und generell definiert, sind als Ausfluss des Weisungsrechts Versetzungen zulässig, soweit sie sich unter die festgelegte Tätigkeit subsumieren lassen. Rechtskundige Arbeitgeber formulieren den Arbeitsvertrag daher eher weit, um sich ihr eigenes Weisungsrecht dadurch nicht zu beschränken. Auch im Bundespersonalrecht gilt als Leitlinie für die Erstellung des Einzelarbeitsvertrags, dass die Funktion nur grob umschrieben wird, wohingegen das detaillierte Pflichtenheft nicht vertraglich, sondern weisungsrechtlich vorgegeben wird (vgl. BPG-Kommentar, Art. 8 N. 70).

Formuliert der Arbeitgeber den Vertrag hingegen eng und erklärt er ein Stellenprofil oder Pflichtenprofil sogar zum Vertragsbestandteil, kann er mittels Weisungsrecht keine Versetzung anordnen. Er hat den Vertrag dann zu seinen Lasten

zu eng gestaltet. In einem solchen Fall muss er kündigen und gleichzeitig die Weiterführung mit der neuen Position anbieten (Änderungskündigung).

Gängig sind schliesslich auch Versetzungsklauseln im Vertrag, sodass eine Versetzung trotz engerer Formulierung der Tätigkeit vorbehalten bleibt. Eine Änderungskündigung erübrigt sich dann ebenfalls, und es genügt die Weisung des Arbeitgebers.
Gemäss der privatrechtlichen Rechtsprechung steht das Weisungsrecht allerdings nur «im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse» zur Verfügung. Schikanöse Versetzungen ohne betriebliches Interesse dürfen nicht ausgesprochen werden. Ebenfalls müssen Versetzungen zumutbar sein. Letzteres kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. In der Regel darf das Privatleben nicht zu stark beeinträchtigt werden, und die Mehrkosten (auch der längere Arbeitsweg) sollten ersetzt werden.

2. Die Regelung im Zürcher Personalrecht
Im Zürcher Personalrecht sind die betriebliche Gebotenheit und die Zumutbarkeit als Voraussetzungen der Versetzung gesetzlich verankert worden (§ 28 Abs. 2 PG). Diese beiden Voraussetzungen entsprechen denjenigen, die privatrechtlich bei der Wahrnehmung des Weisungsrechts massgebend sind und nicht bei der Änderungskündigung.

Dies erscheint zunächst bemerkenswert: Denn der Gesetzgeber kann nicht ohne Weiteres annehmen, dass die Anstellungsverfügungen die Funktionen hinreichend offen umschrieben und im Einzelfall der neue Tätigkeitsbereich noch im Rahmen der Verfügung liegt. Auch das Verwaltungsgericht war in seinem früheren Entscheid (2005) davon ausgegangen, dass das bisherige Anstellungsverhältnis aufgelöst und durch ein neues ersetzt werden muss.

Indessen lässt sich gerade die gesetzlich vorgesehene Versetzungsmöglichkeit nach § 28 Abs. 1 PG analog einer

Versetzungsklausel im Arbeitsvertrag behandeln. Die gesetzliche Festlegung behält mithin die Versetzung vor. Die Anstellungsverfügung samt Funktionsbezeichnung erfolgt mithin unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Versetzung. Folge davon ist, dass die blosse Weisung ausreicht und keine Änderungskündigung erforderlich ist.

Es lässt sich jedoch nicht alles auf das Weisungsrecht reduzieren: Denn der gesetzliche Versetzungsvorbehalt ist beschränkt. § 28 PG schützt den Angestellten immerhin für die Dauer der Kündigungsfrist in der Besoldung. Der bisherige Lohn muss beibehalten werden (besol-dungsmässige Besitzstandsgarantie, ABl 1996, 1176). Der bisherige Lohn lässt sich mithin trotz des gesetzlichen Versetzungsvorbehalts nicht weisungsrechtlich abändern, wenigstens für die Dauer der Kündigungsfrist.

Die personalrechtliche Regelung ist daher eine Art Hybrid: Sie erklärt einerseits die Verset-zung (in den Schranken des Weisungsrechts) für zulässig, andererseits schützt sie die Entlöhnung des Angestellten für die Dauer der Kündigungsfrist. Es ist nicht alles dem Weisungsrecht überlassen.

Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht im Urteil VB.2016.00386 vom 1. Juli 2017 richtig geschlossen, dass trotz der weisungsrechtlichen Befugnisse die Versetzung nicht die Kündigungsbestimmungen verletzen darf. Es hat damit die Wertungen des Gesetzgebers konsequent konkretisiert.

Im vorliegenden Einzelfall kam das Gericht anscheinend aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts zum Schluss, dass die Versetzung als Ausfluss einer Reorganisation zulässig war – sogar eine Kündigung kann bei Reorganisationen zulässig sein. Ob diese Voraussetzung er-füllt ist, wird allerdings in jedem Einzelfall neu zu prüfen sein. Vorliegend war auch die Zumutbarkeit der Weisung nur äusserst knapp gegeben: Nach der zürcherischen Praxis gelten rund 10% noch als zumutbar (PaRat Nr. 201), und A. hatte eine Einbusse von rund 9%.

3. Zur Erforderlichkeit der Zustimmung
A. hatte vor dem Verwaltungsgericht vorgebracht, für eine Versetzung sei ihre Zustimmung erforderlich.
Die Zustimmung wäre in der Tat erforderlich, wenn die Versetzung nur mittels Änderungskündigung erwirkt werden könnte. Die Behörde könnte dann zwar A. entlassen, aber nicht einseitig die neue Anstellung erwirken. Ist die Versetzung demgegenüber Ausfluss des Weisungsrechts, ist diese Zustimmung nicht erforderlich. Denn der bisherige Vertrag gilt dann grundsätzlich weiterhin. § 28 PG legitimiert zudem – jedenfalls nach der Auslegung des Gerichts – die Lohnreduktion (vgl. dazu Ziff. 4).

Daher unterscheidet man im Kanton Zürich danach, ob die Versetzung zumutbar ist oder nicht: Eine zumutbare Versetzung kann auch ohne Zustimmung verfügt werden (PaRat Nr. 81), weil sie im Rahmen des Weisungsrechts erfolgt. Die Frage einer Änderungskündigung stellt sich erst, sofern die Voraussetzungen für eine weisungsrechtliche Versetzung nicht erfüllt sind (PB.2010.00042, E. 2.1), das heisst, wenn die Versetzung nicht zumutbar oder nicht betrieblich begründet ist.

4. Kantonale Regelungen
Nicht überall wird die Versetzung so geregelt wie im Kanton Zürich. Die Versetzungsmöglichkeit in § 28 PG, die ohne Zustimmung der Angestellten sogar die Möglichkeit einräumt, einseitig eine tiefer entlöhnte andere Tätigkeit zuzuweisen, ist streng.

So kennt etwa der Kanton Aargau die «Zuweisung anderer Arbeit» als bloss vorübergehende Möglichkeit und nicht als Dauermassnahme (§ 26 PersG). Für den Kanton Aargau war wichtig, die Mitarbeiter mit dem bloss vorübergehenden Charakter der Massnahme zu schützen, da die Versetzung einen erheblichen Eingriff darstellt (Botschaft 99.102, S. 27 f.). Soll die «Versetzung» hingegen dauerhaft erfolgen, sind die Anforderungen an eine Kündigung einzuhalten (AGVE 2009 Nr.

98). Dann muss der Mitarbeiter der neuen Anstellung auch zustimmen.

Im Kanton Bern sodann gilt die Zuweisung anderer Arbeit dann als Versetzung, wenn sie zu keiner Lohneinbusse führt (Art. 23 PG); andernfalls muss mittels Änderungskündigung ein neues Arbeitsverhältnis begründet werden (BVR 2012 S. 295). Ebenfalls darf im Kanton Solothurn der Lohn nicht verändert werden, ausser der Betroffene habe (insbesondere durch mangelnde Eignung) zur Versetzung Anlass gegeben (§ 55 Abs. 4 GAV). Auch in diesen Kantonen muss sich der Mitarbeitende die lohnwirksame Versetzung aus betrieblichen Gründen mithin nicht einfach so gefallen lassen.

5. Zur Lohnreduktion

Die Auslegung des Verwaltungsgerichts, dass § 28 PG die weisungsrechtliche Versetzung mit Lohnreduktion (nach Ablauf der Kündigungsfrist) zulässt, ist zwar nicht zu beanstanden. Der Wortlaut der Bestimmung ist klar, die Materialien sind es ebenfalls. Rechtspolitisch und auch unter dem Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung lässt sich aber hinterfragen, ob diese Lösung sinnvoll ist. Einerseits ist der Lohn eine der wichtigsten Vertragsgrundlagen, sodass es fragwürdig ist, auf gesetzlicher Ebene generell erhebliche Lohnanpassungen (bis zu 10%) vorzubehalten. Andererseits kann der Arbeitnehmer durch die Versetzung seiner Rechte in erheblichem Umfang verlustig gehen: Wird ihm gekündigt, muss man ihm eine umfassende Abfindung bezahlen. Wird er nur versetzt, erhält er nur eine Abfindung auf die Differenz (so nach dem Urteil bei A.). Möchte er die neue Tätigkeit nicht ausüben, müsste er selbst kündigen und ginge der Abfindung wohl grösstenteils verlustig (§ 26 PG).

Das Urteil des Gerichts spricht sich zu dieser Frage nicht aus, und es ist nicht abschliessend klar, ob A. gerade wegen der Versetzung nur eine reduzierte Abfindung erhielt. Wäre für A. aus vermögensrechtlicher Sicht eine Kündigung besser gewesen als eine Versetzung, so stellte die Versetzung

jedenfalls nicht die mildere Massnahme dar. Personalrechtlich erschiene geboten, dem versetzten Angestellten eine Ablehnungsmöglichkeit zu gewähren, bei welcher er der Abfindung nicht verlustig geht. Ansonsten bietet sich die Versetzung in eine unangenehme Tätigkeit den Behörden jeweils als kostengünstigere Alternative zur Kündigung an. In anderen Kantonen, in denen eine Änderungskündigung vorausgesetzt wird, stellen sich diese Probleme glücklicherweise nicht.