

ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN110043-L vom 30. April 2013

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2013-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AN110043-L

FR: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN110043-L du 30 avril 2013

IT: ZH_BEZIRKSGERICHT_ZUERICH AN110043-L del 30 aprile 2013

Erwägungen

E. 1

Unbestrittener Sachverhalt

E. 1.1

Bei der Beklagten, der Stiftung B.___, handelt es sich um eine mit öffentlicher Urkunde vom [Datum] errichtete privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Sie ist im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 44/29). Die Stiftung hat zum Zweck, [Stiftungszweck]. Die Leistungen werden in drei Betrieben erbracht, im C.___, im D.___ und im E.___. Der jährliche Finanzbedarf von rund [Betrag] wird im Rahmen von [anonymisiert] und durch Spenden gedeckt (act. 4/3, act. 18/1.1 und 18/1.2). Der Kläger ist von Beruf Psychologe.

E. 1.1.1

In der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 wurde dem Kläger eine Bewährungsfrist von drei Monaten angesetzt (act. 4/13). Die Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung mit Ansetzen einer Bewährungsvorschrift entspricht den kantonalen Richtlinien (vgl. § 19 PG und § 18 VVPG). Allerdings gibt es in der Mitarbeiterbeurteilung keinen Hinweis auf eine Norm des kantonalzürcherischen Personalrechts. Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als dass Mitarbeiterbeurteilungen auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen durchgeführt werden.

E. 1.1.2

Im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 (act. 4/6) hält der Stiftungsausschuss ("SRA") zur Pendeuz Nr. 36 der Pendenzenliste (neue Arbeitsverträge Mitarbeiter) wörtlich fest: "Nr. 36: Pendeuz noch offen. Der SRA hat z.T. signalisiert, dass die kantonalen Richtlinien beibehalten werden sollen". Die Pendeuz Nr. 36 (act. 4/6 und 18/25.1) lautet wie folgt: "GL. Neue Arbeitsverträge für die Mitarbeitenden der Stiftung B.___. Entweder komplett nach Personalrecht des Kantons oder Vertrag nach OR mit einigen Goodies aus dem kantonalen Personalrecht." Dass die kantonalen Richtlinien beibehalten werden sollen, deutet darauf hin, dass sich die Anstellung nach kantonalem Personalrecht richtet. Mit kantonalen Richtlinien könnten aber auch die Lohnreihenungen gemeint sein. Dem Wortlaut der Pendeuz lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, ob sich die bestehenden Anstellungsverhältnisse nach dem Personalrecht des Kantons Zürich oder nach OR mit einzelnen Bestimmungen aus dem kantonalen Personalrecht richten. Ausserdem legt gemäss Ziffer 1.2 des Stiftungsreglements der Beklagten der Stiftungsrat und nicht die Geschäftsleitung die Lohnpolitik der Stiftung fest. Die Anstellung der Betriebsleiter und die Festlegung ihrer Besoldung obliegt

- 15 - nach Ziffer 4.4 dem Geschäftsführer zusammen mit einem Mitglied des Stiftungsausschusses (act. 4/3 = 18/1.1). Massgebend ist aber in erster Linie die Vereinbarung zwischen den Parteien.

E. 1.1.3

Was die Versicherung bei der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK) anbelangt, ist zu bemerken, dass die BVK die Pensionskasse des Personals des Kantons sowie des Personals von über 500 der BVK angeschlossenen Arbeitgebern ist (act. 18/27). Mit Versicherungsvertrag vom 21. Juni 2005 hat sich die Beklagte der BVK angeschlossen (act. 18/26). Der Anschlussvertrag setzt jedoch nicht voraus, dass das Personal des Arbeitgebers dem Personalgesetz des Kantons Zürich unterstellt ist.

E. 1.1.4

Damit lässt sich weder aus den Mitarbeiterbeurteilungen noch aus dem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung noch aus der Versicherung bei der BVK ein klarer Schluss in die eine oder andere Richtung ziehen. Immerhin ist die Durchführung der Mitarbeiterbeurteilung nach kantonalen Vorgaben und die Thematisierung der Unterstellung der Arbeitsverträge unter das Personalrecht gewisses Indiz für die Behauptungen des Klägers.

E. 1.2

Die Parteien schlossen am 2. Mai 2005 einen Anstellungsvertrag, wonach der Kläger per 17. Mai 2005 mit einem Beschäftigungsgrad von 80 % als Leiter des [Betriebs] D.____ angestellt wurde (act. 4/4 = 18/4). In seiner Funktion als Betriebsleiter war er auch Mitglied der Geschäftsleitung. Die Geschäftsleitung besteht aus dem Geschäftsführer und den drei Leitern der Betriebe C.____, D.____ und

- 3 - E.____. Vorgesetzter des Klägers war der jeweilige Geschäftsführer der Beklagten (act. 1 S. 4; act. 16 S. 6 f.). Für die LohnEinstufung (Besoldungsklasse) wird im Anstellungsvertrag auf das Personalrecht des Kantons Zürich verwiesen. Als Kündigungsfrist war im ersten Jahr ein Monat, im zweiten Jahr zwei Monate und danach drei Monate vereinbart. Pensionskasse ist die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK). Der Lohn betrug zuletzt CHF 6'869.35 brutto pro Monat, zuzüglich Kinderzulagen und 13. Monatslohn (act. 4/5).

E. 1.3

Im Herbst 2008 standen Verhandlungen mit dem [F.____] an. Der F.____ bestimmt, ob die Beklagte Leistungen vom Kanton erhält. Die Verhandlungen wurden von G.____, dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten, H.____, Mitglied des Stiftungsausschusses, und dem Kläger geführt (act. 1 S. 5; act. 16 S. 12). Bis zu den Leistungsverhandlungen mit dem F.____ verlief das Arbeitsverhältnis offenbar reibungslos. Anfangs 2009 brachte der Kläger erstmals (aktenkundig) Kritik an der Arbeit des Geschäftsführers und den Kompetenzen der Geschäftsleitung an (act. 1 S. 5; act. 16 S. 12 f.; vgl. auch act. 18/25.2).

E. 1.4

G.____ schied per Ende März 2009 bei der Beklagten aus. Seit 1. April 2009 steht H.____ im Amt des Geschäftsführers (act. 1 S. 5 und 7; act. 16 S. 14). Da die Mitarbeiterbeurteilung (MAB) des Klägers noch durch G.____ erfolgte, wurde diese dem Kläger am 31. Juli 2009 auf schriftlichem Wege eröffnet (act. 4/7). Der Kläger war mit der Beurteilung nicht

einverstanden und füllte daher eine eigene Mitarbeiterbeurteilung aus. In dieser kritisierte er G. und den Stiftungsausschuss (act. 4/8 = 18/11, act. 18/8).

E. 1.5

Am 20. und 21. Juli 2009 fand eine Geschäftsleitungs-Retraite mit den drei Betriebsleitern und dem neuen Geschäftsführer H. statt. Ziel der Retraite war, Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Kompetenzen des Geschäftsführers einerseits und der Geschäftsleitung andererseits zu klären (act. 18/25.5). Da es aufgrund unterschiedlicher Erwartungen und Auffassungen hinsichtlich der Aufgaben des Geschäftsführers zu Unstimmigkeiten kam, wurde im Herbst 2009 unter Beizug eines externen Mediators eine Mediation zwischen der Geschäftsleitung und

- 4 - dem Geschäftsführer durchgeführt (act. 1 S. 7 f.; act. 16 S. 16 f.). Darauf stellte H. im Namen der Geschäftsleitung am 17. August 2009 einen Antrag an den Stiftungsausschuss, gemeinsam einen extern begleiteten Prozess durchzuführen, um Rolle, Funktion und Kompetenzen der Geschäftsleitung in der Stiftung zu klären (act. 32/5 = 44/30). Der Stiftungsausschuss erkannte einen grundsätzlichen Bedarf, das Thema aufzugreifen, wollte damit aber noch bis Abschluss des Geschäftsjahrs zuwarten (vgl. act. 18/25.8 = 32/6, Ziff. 6).

E. 1.6

Am 17. Februar 2010 stellte der Kläger dem Stiftungsrat einen Antrag auf Durchführung eines Mediationsprozesses durch eine unabhängige Organisationsberatungsfirma "zu den seit Jahren andauernden Kompetenzstreitigkeiten". In seinem Antrag beklagte er sich über massive statutenwidrige Kompetenzüberschreitungen durch den Geschäftsführer H. und den Stiftungsausschuss (act. 4/11 = 18/12; vgl. auch act. 31 S. 12). In der Folge lud der Stiftungspräsident I. den Kläger mit E-Mail vom 3. März 2010 zu einer Sitzung mit ihm und dem Vizepräsidenten K. ein. Thema der Sitzung war "Voraussetzungen und Klärung der weiteren Arbeit von A. im Rahmen der Stiftung B." (act. 4/12 = 18/14). Die Sitzung fand am 8. März 2010 statt. Über den genauen Inhalt des Gesprächs sind sich die Parteien nicht einig: Nach Darstellung des Klägers sei ihm in diesem Gespräch als Einschüchterungsversuch sinngemäss angedroht worden, man werde ihm kündigen, wobei man sich strikte an die Vorgehensweise im kantonalen Personalrecht halten werde. Der Geschäftsführer werde ein ausserordentliches Mitarbeitergespräch durchführen und man werde schon etwas finden, weswegen man ihn verwarnen könne (act. 1 S. 9). Demgegenüber sei gemäss der Beklagten Ziel des Gesprächs gewesen, den Kläger anzuhören und ihm die Haltung des Stiftungsausschusses darzulegen. Er sei ermahnt worden, die Entscheidungen des Geschäftsführers mitzutragen und seine Einstellung und Art der Mitarbeit zu ändern, ansonsten sehe man die weitere Zusammenarbeit gefährdet (act. 16 S. 20 ff.).

E. 1.7

H. führte darauf am 23. April 2010 eine ausserordentliche Mitarbeiterbeurteilung (MAB) mit dem Kläger durch. Dem Kläger wurden genügende, teils ungenügende Leistungen attestiert. Namentlich wurde ihm vorgehalten, sein Verhalten

- 5 - in der Geschäftsleitung führe immer wieder zu Konflikten. Gleichzeitig wurde ihm die Kündigung angedroht und eine Bewährungsfrist von drei Monaten angesetzt (act. 4/13 = 18/16). Nach Ablauf der Bewährungsfrist fand am 11. August 2010 eine erneute

Mitarbeiterbeurteilung statt. Die Verwarnung wurde wieder aufgehoben und eine Kündigung nicht ausgesprochen (act. 4/14 = 18/18).

E. 1.8

Nachdem das Verhalten des Klägers in der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 von der Beklagten erneut beanstandet worden war, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 27. Dezember 2010 unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist auf den 31. März 2011 (act. 4/15). Sie begründete die Kündigung damit, der Kläger sei in alte Verhaltensmuster zurückgefallen, die bereits Anlass einer Kündigungsandrohung gewesen seien (unsachliche, verletzende und beleidigende Äusserungen und Unterstellungen gegenüber dem Geschäftsführer und dem Stiftungsausschuss). Der Kläger wurde per sofort bis zum Vertragsende freigestellt (act. 4/16).

E. 1.9

Mit Schreiben vom 14. Januar 2011 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung (act. 4/17). Mit seiner Klage fordert er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von vier Monatslöhnen in der Höhe von CHF 29'799.15 und eine Abfindung nach §§ 18 Abs. 2 und 26 PG von sieben Monatslöhnen in der Höhe von CHF 52'148.50 nebst Zins (act. 1 S. 16 f.).

E. 2

Prozessgeschichte

E. 2.1

Am 22. September 2011 (Datum des Poststempels) reichte der Kläger Klageschrift und Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise [...], vom 23. Juni 2011 beim Gericht ein (act. 1 und 3).

E. 2.2

Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses wurde der Beklagten am 26. Oktober 2011 Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 5, 7 und 10). Die Klageantwort datiert vom 11. Januar 2012 (act. 16). In der Folge wurden die Parteien am 27. Januar 2012 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen, welche am 20. März 2012 stattfand und zu keiner Einigung führte (act. 19; Prot. S. 6 f.). Da auch aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen gescheitert sind (act. 24), wurde mit

- 6 - Präsidialverfügung vom 18. April 2012 für Replik und Duplik ein Schriftenwechsel angeordnet (act. 25). Die Replik ging am 18. Juni 2012 und die Duplik am 26. September 2012 ein (Datum des Poststempels; act. 31 und 42).

E. 2.3

Mit Präsidialverfügung vom 6. März 2013 wurde den Parteien in Anwendung von Art. 233 ZPO Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie gemeinsam auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten (act. 45). Die Beklagte verzichtete mit Eingabe vom 11. März 2013 und der Kläger mit Eingabe vom 18. März 2013 auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 47 und 48). Der Prozess ist spruchreif.

E. 3

Parteidarstellungen

E. 3.1

Der Kläger ist der Auffassung, der Inhalt des Arbeitsverhältnisses richte sich nach kantonalem Personalgesetz. Die Parteien hätten dieses für anwendbar erklärt und sich während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch daran gehalten. Die Androhung der Kündigung in der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 sei nicht rechtens gewesen, da dem Kläger keinerlei Vorhaltungen betreffend Leistung oder Verhalten hätten gemacht werden können, wie dies im Personalgesetz vorgesehen sei. In der Mitarbeiterbeurteilung vom August 2010 sei keine Kündigung ausgesprochen worden, sondern erst am 27. Dezember 2010, ohne dass noch einmal eine Mitarbeiterbeurteilung vorgenommen worden sei. Damit erweise sich die Kündigung als sachlich nicht begründet. Ganz abgesehen davon habe keinerlei Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses bestanden (act. 1 S. 3 f. und 13 f.; act. 31 S. 2 ff.). Die Kündigung erweise sich auch als missbräuchlich im Sinne der Bestimmungen des Obligationenrechts. Ursache der Kündigung sei ein Konflikt um die operative Leitung der Beklagten zwischen der Geschäftsleitung auf der einen und aus der Allianz aus Stiftungsausschuss und Geschäftsführer auf der anderen Seite. Die Situation habe sich im Herbst 2008 zugespitzt, als es zu den Leistungsverhandlungen mit dem F. __ gekommen sei. Die Verhandlungen habe der gesundheitlich angeschlagene G. __, damaliger Geschäftsführer der Beklagten, geführt. Ange-

- 7 - sichts dessen Zustands habe sich der Kläger dazu gezwungen gesehen, während der Verhandlungen mit dem F. __ das Zepter an sich zu reissen, was letztlich zu einem ausserordentlich positiven Verhandlungserfolg geführt habe. Am 9. Februar 2009 habe er in einer Sitzung G. __ als "Oberwurstl" bezeichnet. Daher habe der wohl durch diese Äusserung gekränkte G. __ in der Mitarbeiterbeurteilung vom 31. Juli 2009 negative Wertungen eingefügt. Er habe sich beim Präsidenten des Stiftungsratsausschusses, I. __, darüber beschwert. Im Gefolge dieser Beschwerde habe er im Oktober 2009 eine Lohnerhöhung und ein gutes Zwischenzeugnis erhalten. Dies sei ca. drei bis vier Monate vor der Kündigungsandrohung gewesen. Seine Gegendarstellung zur Mitarbeiterbeurteilung von G. __ sei in Form einer eigenen Mitarbeiterbeurteilung ins Personaldossier aufgenommen worden. Darin habe er es als erster Betriebsleiter gewagt, den Stiftungsausschuss direkt zu kritisieren. Er gehe davon aus, dass dies der Anfang der Kündigung gewesen sei (act. 1 S. 4 f. und 14; act. 31 S. 12, S. 16 und 18 f.). In seinem Antrag an den Stiftungsrat vom 17. Februar 2010 habe er diverse Missstände gerügt und den Antrag auf ein Mediationsverfahren gestellt. Sein statutarisches Rederecht zu seinem Antrag sei ihm verweigert und ihm stattdessen in der Mitarbeiterbeurteilung im April 2010 die Kündigung angedroht worden. Nach der Verwarnung habe die Beklagte mitgeteilt, dass er und der Betriebsleiter des [Betriebs] C. __ (L. __) kein Teil der Verhandlungsdelegation mit dem F. __ mehr seien. Nur der Geschäftsführer H. __ und der Betriebsleiter des Teilbetriebs E. __, M. __, hätten die Verhandlungsdelegation gebildet. Er sei nicht darüber orientiert worden, dass sein Betrieb in den Leistungsverträgen nicht mehr berücksichtigt werde. In der Geschäftsleitungssitzung im Dezember 2010 sei ihm schliesslich der Kragen geplatzt und er habe den Geschäftsführer als inkompetent bezeichnet. In einer anschliessenden Mail an L. __ mit cc an den Geschäftsführer H. __ und den Betriebsleiter M. __ mit dem Betreff "Informationsausschluss" habe er dem Geschäftsführer zu Recht Mobbing vorgeworfen. Als Folge davon sei ihm gekündigt worden (act. 1 S. 10 ff.; act. 31 S. 12 und S. 37 f.).

- 8 - Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände sei eine Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen und eine Abfindung von sieben Monatslöhnen angemessen (act. 1 S. 16 f.).

E. 3.2

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, das Arbeitsverhältnis sei privatrechtlicher Natur und habe sich nicht nach der Personalverordnung des Kantons Zürich, sondern nach dem Schweizerischen Obligationenrecht gerichtet. Einzig die LohnEinstufung habe sich nach der Personalverordnung des Kantons Zürich gerichtet. Die Parteien hätten weder das Personalgesetz noch die Personalverordnung des Kantons Zürich generell für das Arbeitsverhältnis als anwendbar erklärt. Eine Abfindung sei daher nicht geschuldet. Ohnehin hätte aber auch unter der Geltung des Personalrechts angesichts des Verhaltens des Klägers keine neuerliche Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt und schon gar nicht eine weitere Bewährungsfrist angesetzt werden müssen. Dessen Verhalten erscheine als subjektiv vorwerfbar, weshalb er auch deshalb keinen Anspruch auf eine Abfindung habe (act. 16 S. 1, 5, 7 f. und 39 ff.; act. 42 S. 3-6). Einen Konflikt zwischen der Geschäftsleitung auf der einen und dem Stiftungsausschuss und dem Geschäftsführer auf der anderen Seite habe es nicht gegeben. Es werde bestritten, dass G. die negative Beurteilung des Klägers in Ziffer 5.5 der MAB vom 31. Juli 2009 wegen Kränkung eingefügt haben soll. Die Beurteilung sei vielmehr Folge der Geschäftsleitungssitzungen vom 12. Januar 2009 und 2. März 2009 (act. 16 S. 10 und 13). Auch treffe es nicht zu, dass der Kläger aus der Verhandlungsdelegation ausgeschlossen und vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei. Im Gegensatz zu früher habe die Beklagte mit dem [F. bzw.] N. [...] einen Rahmenvertrag [für alle Betriebe] für die Laufzeit von [...] ausgehandelt. Weil es um einen Rahmenvertrag für die gesamte Stiftung gegangen sei, habe die Verhandlungsdelegation aus I., H. und zeitweise auch dem Stellvertreter des Geschäftsführers, M., bestanden. Der Kläger sei über den Stand der Verhandlungen mit dem N. an den Geschäftsleitungssitzungen im August, Oktober und November 2010 informiert worden. Einzig richtig sei, dass die Endfassung des Rahmen- und Leistungsvertrages den Betriebsleitern im Anschluss an die Sitzung versehentlich nicht per E-Mail zugestellt worden sei (act. 16 S. 28 ff.). Das Verhalten des Klägers anlässlich der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 habe das Fass endgültig zum Überlaufen gebracht. Es bestehe Kündigungsfreiheit und dessen Verhalten setze einen genügenden Kündigungsgrund. Gekündigt worden sei dem Kläger nicht, weil er sich gegen die Schliessung seines Betriebes gewehrt haben wolle, sondern weil er es sich in offensichtlicher Unkenntnis angemessen habe, dem Geschäftsführer Inkompetenz, Überforderung und Unfähigkeit vorzuwerfen. Eine missbräuchliche Kündigung liege nicht vor, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 16 S. 34 und 39 ff.).

E. 4

Anwendbarkeit des kantonalen Personalrechts

E. 4.1

Zunächst ist die Frage zu klären, ob sich das Arbeitsverhältnis nach dem Personalrecht des Kantons Zürich richtet. Das ist insofern von Bedeutung, als die Beendigung bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen von strengeren formellen und materiellen Voraussetzungen abhängig ist als bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Begrenzt

wird die Kündigungsfreiheit einzig durch den sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis kann hingegen einem Arbeitnehmer nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt und – bei Kündigungen im Zusammenhang mit dem Verhalten oder der Leistung – ein bestimmtes formelles Verfahren eingehalten wird. Das Personalgesetz ist anwendbar auf das Personal des Staates und seiner un- selbstständigen Anstalten (§ 1 Abs. 1 PG). Das Arbeitsverhältnis des Staats- und Gemeindepersonals untersteht dem öffentlichen Recht (Art. 47 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101). [...]. Die Beklagte ist aber keine öffentlich-rechtliche Anstalt, sondern eine privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Das Arbeitsverhältnis ist privatrechtlicher Natur und richtet sich daher grundsätzlich nach Obligationenrecht (OR). Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Personalgesetzes und der da-

- 10 - zugehörigen Verordnungen sind allenfalls kraft vertraglichem Verweis anwendbar. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

E. 4.2

Nach Auffassung des Klägers hat die Beklagte die kantonalen Richtlinien bereits im Voraus per Inserat auf ihre Arbeitsverhältnisse für anwendbar erklärt. Er beruft sich hierzu auf Stelleninserate der Beklagten (act. 31 S. 2-6). Zudem habe ihm die Beklagte die Sammlung der Erlasse zum kantonalen Personalrecht zusammen mit den im Arbeitsvertrag erwähnten Kopien übergeben. Dabei sei nicht zwischen der Anwendbarkeit des Personalgesetzes und/oder der Personalverordnung und/oder der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz bzw. zwischen der Anwendung einzelner Bestimmungen differenziert worden. Dies erhele auch daraus, dass sich in der Personalverordnung selber gar keine Bestimmungen zurlohneinstufung befänden, sondern gemäss § 8 Personalverordnung der Regierungsrat den Einreihungsplan in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz festlege. G. __ habe im Anstellungsgespräch Anfang April 2005 das kantonale Personalrecht ausdrücklich für anwendbar erklärt (act. 31 S. 3-5). Die Parteien hätten sich während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch daran gehalten. Namentlich seien Mitarbeiterbeurteilungen, wie sie beim Kanton gebräuchlich seien, verwendet worden. Dass die Beklage selber von der Anwendbarkeit der kantonalen Vorgaben ausgegangen sei, gehe auch aus einem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 hervor (act. 1 S. 13; act. 31 S. 7). Die Beklagte hält dem entgegen, sie habe in den Stellenausschreibungen keine Anstellung nach dem kantonalen Personalrecht, sondern nur nach kantonalen Richtlinien offeriert. Dabei sei klar, dass sie sich dabei vor allem auf die lohneinstufung bezogen habe. Gemäss Anstellungsvertrag würden weder Kündigungsfristen noch Ferienanspruch des Klägers mit den kantonalen Richtlinien übereinstimmen. Sie bestreitet, dass G. __ gegenüber dem Kläger damit geworben haben soll, das Anstellungsverhältnis unterstehe dem kantonalen Recht. Beim Abschluss des schriftlichen Anstellungsvertrages hätten sich die Parteien auf keine weiteren Unterlagen als die darin selbst genannten, d.h. die Personalverordnung bezogen. Dem Kläger sei der bei der kdmz zu beziehende Separatdruck personalrechtliche Erlasse ("blaues Büchlein") übergeben worden, da die Grundsätze der lohneinstufung in der Personalverordnung, der Einreihungsplan aber in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz aufgeführt und diese nicht separat erhältlich gewesen seien (act. 42 S. 3-6).

- 11 -

E. 4.3

Ist der Inhalt des Vertrages zwischen den Prozessparteien strittig, so ist der vereinbarte Inhalt durch die Auslegung des Vertrags durch das Gericht zu ermitteln. Der Arbeitsvertrag ist in erster Linie nach dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen auszulegen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn kein solcher Wille festgestellt werden kann, ist eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen, wie die Erklärungen der Parteien nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor den weiteren Auslegungsmitteln (BGE 131 III 467 E. 1.1; BGE 128 III 265 E. 3a; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd I, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1196 ff., mit weiteren Hinweisen). Für die Unterstellung des Arbeitsverhältnisses unter das kantonale Personalrecht ist der Kläger beweispflichtig (Art. 8 ZGB).

E. 4.4

Die Stelle des Klägers wurde am 5. März 2005 mit dem folgenden Wortlaut auf der Homepage der Beklagten inseriert (act. 32/2; Hervorhebung durch das Gericht): "Wir bieten einen spannenden und abwechslungsreichen Arbeitsalltag im professionellen Umfeld, hohe Autonomie, geregelte Arbeitszeiten (keine Wochenende- und Nachtdienste), Supervision, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten sowie Anstellung/Besoldung nach kantonalen Richtlinien." Bereits früher, im Stelleninserat der Beklagten [...] für einen Sozialarbeiter/Sozialpädagogen (80 %) wurde auf "Anstellung nach kantonalen Richtlinien" verwiesen (act. 32/1). Das Stelleninserat für den Nachfolger des Klägers (BetriebsleiterIn 80 %) auf dem Internetportal [...] erfolgte ebenfalls mit dem Hinweis "Anstellung nach kantonalen Richtlinien" (act. 32/3; vgl. auch act. 23/1-2). In den Stelleninseraten wird nicht nur für die Lohneinstufung (Besoldung), sondern für die Anstellung an sich auf die kantonalen Richtlinien hingewiesen. Von

- 12 - einer Einschränkung der Anwendbarkeit der kantonalen Richtlinien auf die Lohneinstufung ist, wie der Kläger zutreffend ausführt, nicht die Rede. Das ist ein klares Indiz dafür, dass seitens der Beklagten die Absicht bestand, das Vertragsverhältnis als Gesamtes dem kantonalen Personalrecht zu unterstellen.

E. 4.5

Der Arbeitsvertrag vom 2. Mai 2005 erklärt das Personalrecht des Kantons Zürich dagegen nicht ausdrücklich als anwendbar. Unter den Anstellungsbedingungen wird indessen aufgeführt: "Besoldungsklasse / Stufe (PG) LR 01 / 18 / 08 (ES 5)". Für die Lohneinstufung wird demnach auf das Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) und die Einreihung gemäss den kantonalen Richtlinien hingewiesen. Pensionskasse der Beklagten ist die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK). Als Beilagen zum Anstellungsvertrag werden die Anmeldung BVK, die Personalverordnung Kanton Zürich und der Vorsorgeplan der BVK erwähnt. Nicht erwähnt werden das Personalgesetz und die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (act. 4/4 = 18/4). Die Personalverordnung des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1998 (PVO, LS 177.11) regelt den Vollzug des Personalgesetzes und enthält Bestimmungen zur Besoldung. Im Anhang sind die Mindest- und Höchstbeträge der Lohnklassen aufgeführt. Gemäss § 8 Abs. 1 Personalverordnung legen der Regierungsrat und die obersten kantonalen Gericht in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVP, LS 177.111) den Einreihungsplan fest, welcher die Richtpositionen enthält, die nach 29 Lohnklassen geordnet sind. Die Einreihung

der Stellen nach den 29 Lohnklassen und die Beträge der verschiedenen Lohnklassen sind im Anhang zur VVPG aufgeführt. Die VVPG enthält nebst Lohnbestimmungen, dem Einreichungsplan und den Beträgen der Lohnklassen auch Bestimmungen über Begründung, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die gesetzliche Grundlage der Lohneinstufung ist in § 40 PG normiert. Das PG regelt Begründung, Inhalt und Beendigung der Arbeitsverhältnisse auf Gesetzesstufe. Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger bei Vertragsschluss nicht nur die im Anstellungsvertrag erwähnte Personalverordnung, sondern den Separatdruck personalrechtliche Erlasse des Kantons Zürich übergeben hat. Der Sam-

- 13 - meldruck, welcher bei der kantonalen Drucksachen- und Materialzentrale Zürich (kdmz) bezogen werden kann, enthält das Personalgesetz, die Personalverordnung, die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, einen Auszug aus dem Obligationenrecht, die Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail sowie Gesetz und Statuten der BVK. Mit der Übergabe der personalrechtlichen Erlasse des Kantons durfte der Kläger grundsätzlich davon ausgehen, die entsprechenden Richtlinien fänden auch Anwendung. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass im Stelleninserat auf Anstellung/Besoldung nach kantonalen Richtlinien verwiesen wurde. Ein Widerspruch oder ein genereller Vorbehalt gegenüber dem kantonalen Recht war aus dem Arbeitsvertrag des Klägers nach Treu und Glauben nicht herauszulesen und wird von der Beklagten auch nicht behauptet. Dass nach Sachdarstellung der Beklagten G. mit der Übergabe des Separatdrucks gegenüber dem Kläger (angeblich) festgehalten habe, darin sei die Lohneinstufung geregelt (act. 42 S. 4), vermag daran nichts zu ändern. Das schliesst nicht aus, dass auch für die übrigen Anstellungsbedingungen kantonales Recht zur Anwendung gelangt. Hätte die Beklagte, wie sie geltend macht, nur die Anwendung der kantonalen Richtlinien bezüglich der Lohneinstufung als anwendbar erklären wollen, so ist nicht ersichtlich, weshalb sie sich nicht auf die Übergabe von Auszügen der relevanten Lohnbestimmungen (PVO und Anhang VVPG) beschränkte und/oder im Vertrag einen entsprechenden schriftlichen Vorbehalt anbrachte. Unbehelflich ist, dass nach der – soweit ersichtlich – neuen Behauptung der Beklagten weder Kündigungsfristen noch Ferienanspruch des Klägers mit den kantonalen Richtlinien übereinstimmen und den Angestellten der Teuerungsausgleich nur zur Hälfte gewährt worden sei, währenddem die Angestellten des Kantons Zürich den vollen Teuerungsausgleich erhalten hätten (act. 42 S. 5). Daraus kann nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten das Personalrecht bezüglich der im Arbeitsvertrag nicht geregelten Punkte nicht anwenden wollen. Den Parteien bleibt es unbenommen, im Arbeitsvertrag von den kantonalen Richtlinien abzuweichen und eine andere Regelung zu treffen. Im Übrigen kündigte die Beklagte

- 14 - das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten, welche mit § 17 Abs. 1 lit. c PG übereinstimmt.

E. 4.6

Der Kläger stützt sich für seine Sachdarstellung weiter auf die Mitarbeiterbeurteilungen, auf das Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 sowie auf den Umstand, dass er bei der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich versichert war (act. 1 S. 3 f.; act. 31 S. 7).

E. 4.7

Abschliessend ist festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der gesamten Umstände von der Anwendbarkeit des Personalrechts auf das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen ist. Die Beklagte hat bereits im Stelleninserat mit einer Anstellung nach kantonalen Richtlinien geworben und dem Kläger bei Vertragsschluss den Sammeldruck personalrechtliche Erlasse übergeben. Die Bestimmungen im Arbeitsvertrag durfte und musste der Kläger daher nach Treu und Glauben im Gesamtzusammenhang so verstehen, dass für ihn generell das kantonale Personalrecht gelte. Das hat zur Folge, dass sich die formellen und materiellen Voraussetzungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach öffentlichem Recht richten. An dieser Stelle ist noch anzumerken, dass vertragliche Kündigungsbeschränkungen auch in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen im Hinblick auf Art. 361 OR zulässig sind, soweit die Kündigungsmöglichkeit nicht vollständig oder ohne sachliche Gründe beschränkt wird (Arbeitsgericht Zürich in JAR 1993, S. 203 ff.;

- 16 - Agnes Dormann, Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoß gegen Kündigungsbeschränkungen, in AJP 2011, S. 1069 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR,

E. 7

Entschädigung/Abfindung

E. 7.1

Nach dem Gesagten leidet die Kündigung an formellen, nicht aber an materiellen Mängeln. Da die Beklagte gegen die Verfahrensvorschriften des kantonalen Personalrechts verstossen hat, ist eine Entschädigung geschuldet. Die Höhe der Entschädigung bemisst sich gemäss Art. 336a OR nach der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Dazu gehören insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, die Dauer der Anstellung sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 336a). Für die Bemessung einer Entschädigung wegen formeller Mangelhaftigkeit der Kündigung ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Arbeitsverhältnis bei der Einhaltung der Formerfordernisse länger gedauert hätte, mit ein wesentlicher Gesichtspunkt (Entscheidung des Verwaltungsgerichts Zürich vom 7. März 2012, VB.2011.000595, E. 4.2 und vom 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.5).

- 25 -

E. 7.2

In formeller Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass dem Kläger in einem formell korrekten Verfahren das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen. Die Kündigung datiert vom 27. Dezember 2010 (act. 4/15). Hätte der Kläger noch angehört werden müssen, hätte sich die Kündigungsfrist um einen Monat verlängert. Da ihm wiederholt die Gelegenheit eingeräumt wurde, zu den betreffenden Vorwürfen Stellung zu nehmen (Gespräch vom 8. März 2010, vgl. auch act. 4/13 = 18/16, act. 4/14 = 18/18), wiegt der Verfahrensfehler nicht besonders schwer. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Kläger während rund sechs Jahren bei der Beklagten angestellt war und als Betriebsleiter anerkanntermassen sehr gute Leistungen erbrachte (act. 16 S. 21 f.). Zu berücksichtigen ist in materieller Hinsicht aber auch ein gewisses Verschulden des Klägers. Die Art und Weise der Kritikäusserungen war unangemessen. Immerhin ist hier zu sagen, dass es bei der Beklagten

Kompetenzstreitigkeiten gab und die Überprüfung der bestehenden Organisation, wie die Beklagte selber einräumt, erforderlich war.

E. 7.3

Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint eine Entschädigung von knapp zwei Monatslöhnen entsprechend CHF 12'000.– als angemessen. Auf diesen Betrag sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Der darauf verlangte Zins ist nicht bestritten und auch ausgewiesen (Art. 339 Abs. 1 i.V.m. Art 102 und Art. 104 OR).

E. 7.4

Nach § 26 Abs. 1 PG haben Angestellte mit wenigstens fünf Dienstjahren, deren Arbeitsverhältnis ohne ihr Verschulden aufgelöst wird, Anspruch auf eine Abfindung, sofern sie mindestens 35-jährig sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Auflösung des Dienstverhältnisses dann unverschuldet, wenn sie vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, welche nicht von der betroffenen Person zu vertreten sind. Typische Fälle sind die Aufhebung der Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen einer Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht mehr erfüllen kann (Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 7d und vom 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 6, je mit Hinweisen). Da die Kündigung vornehmlich vom Kläger zu vertreten ist, hat er keinen Anspruch auf eine Abfindung. Das Verhalten des Klägers führte zu einer

- 26 - Störung des Arbeitsklimas und war Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Eine Abfindung ist daher nicht geschuldet.

E. 8

Fazit Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger CHF 12'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Mai 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt CHF 81'947.65 (act. 1). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich gemäss Art. 106 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Der Kläger obsiegt zu rund 15% und unterliegt zu rund 85%. In diesem Verhältnis sind den Parteien die Gerichtskosten aufzuerlegen. Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten eine auf 70% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Bei der Bemessung ist von einer Grundgebühr gemäss § 4 AnwGebV von CHF 9'820.– auszugehen. Von dieser Grundgebühr gedeckt ist die Klagebegründung und die Teilnahme an einer ersten Verhandlung, der Instruktionsverhandlung vom 20. März 2012 (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Ein Zuschlag von insgesamt 30% für Replik bzw. Duplik und für die Eingabe betreffend Verzicht auf die Hauptverhandlung im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV erscheint gerechtfertigt. Ausgehend von einer vollen Entschädigung von CHF 12'766.– beträgt die auf 70% reduzierte Parteientschädigung somit CHF 8'936.–. Da die Beklagte die Zusprechung von Mehrwertsteuer ausdrücklich hat beantragen lassen und da sie eine steuerbefreite Stiftung ist (vgl. www.steuern.ch), ist zusätzlich 8% Mehrwertsteuer zuzusprechen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.