

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2001.00011 vom 29. August 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2001.00011

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2001.00011 du 29 août 2001

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2001.00011 del 29 agosto 2001

Regeste

Kündigung | Kündigung. Formelle und materielle Anforderungen an eine Kündigung durch das Gemeinwesen wegen mangelnder Leistung bzw. Störung des Vertrauensverhältnisses. Nichtigkeit der Kündigung? Zulässigkeit des Antrags auf Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses wegen Nichtigkeit der Kündigung vor Verwaltungsgericht? Frage offen gelassen (E.1b). Kündigung durch den hierzu nicht zuständigen direkten Vorgesetzten: Nichtigkeit der Kündigung aufgrund der Würdigung aller Umstände verneint (E.3). Unechte Rückwirkung des günstigeren neuen Rechts (E.4a). Formelle Anforderungen an die Kündigungsandrohung, die Ansetzung der Bewährungszeit, die Leistungs- und Verhaltensbeurteilungen sowie die Begründung der Kündigung (E.4c). Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verweigerung der Gelegenheit zur Stellungnahme (E.4c). Die Gehörsverletzung führt nicht zur Nichtigkeit (E.5a). Die Rechtsmittelinstanzen haben sich mit den Vorbringen und Beweisofferten zu befassen. Bei Gehörsverletzungen der Einsprache- und der Rekursbehörde ist eine Heilung nicht denkbar (E.5b-d). Sprungrückweisung wegen formeller Mängel und unvollständiger Feststellung des Sachverhalts (E.6). Materielle Anforderungen an eine Kündigung wegen mangelnder Leistung bzw. Störung der Zusammenarbeit (E.7a-b). Eine Abfindung kann auch geschuldet sein, wenn die Kündigung wegen eines Konflikts mit dem Vorgesetzten rechtmässig ist (E.7c). Notwendige Beweisabklärungen (E.8a); Beweislastverteilung (E.8b). Beginn der Kündigungsfrist (E.9). Streitwertberechnung bei Leistungsklagen aus noch andauernden Dienstverhältnissen (E.10a). Kosten und Entschädigung (E.11). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 4

a) Damit ist das Vorliegen der vom Beschwerdeführer gerügten Verfahrensmängel zu prüfen. Unbestritten ist, dass die Verfahrensvorschriften des neuen, am 1. Juli 1999 in Kraft getretenen Personalrechts auf die vorliegende Kündigung Anwendung finden. Der Stadtrat Winterthur führt nun in seinem Beschluss vom 9. Februar 2000 aus, die verfahrensmässigen Voraussetzungen einer Kündigung wegen mangelhafter Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens könnten auch durch Handlungen der vorgesetzten Behörde erfüllt werden, die – wie hier – vor dem Inkrafttreten des neuen Personalrechts erfolgten. Damit gelangt zwar das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Geltung, doch wird bei seiner Anwendung an Sachverhalte angeknüpft, die bereits vor seinem Inkrafttreten vorlagen. Eine derartige unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht wohlverworbene Rechte oder der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (Häfelin/ Müller, Rz. 276 f.; BGE 126 V 134 E. 4). Weil es sich im vorliegenden Fall beim neuen Recht um die für den Beschwerdeführer günstigere Regelung handelt, sind hier keine

entgegenstehenden Rechte zu beachten. Die Auslegung des kommunalen Übergangsrechts im genannten Stadtratsbeschluss ist somit vertretbar. Demnach müssen einerseits die einzelnen Schritte des Kündigungsverfahrens den Voraussetzungen des Personalstatuts und der Vollzugsverordnung entsprechen und können andererseits diese Voraussetzungen auch durch Handlungen erfüllt werden, die vor dem Inkrafttreten dieser Regelungen erfolgten. Somit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Kündigung nach den genannten Bestimmungen formell gültig erfolgte. b) Der Beschwerdeführer beanstandet, dass sein Vorgesetzter nicht zum Erlass des "schriftlichen Verweises" vom 16. Februar 1999 wegen eigenmächtiger Ferienplanung zuständig war. Dies trifft zu (vgl. §§ 90 ff. des auf den 1. Juli 1999 aufgehobenen Personalstatuts der Stadt Winterthur vom 28. Januar 1974) und ist auch unbestritten (vgl. E. IV.3b S. 4 im Beschluss des Stadtrats); es ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang irrelevant, weil die Kündigung nicht auf diesen Verweis und das ihm zugrunde liegende Geschehen Bezug nimmt. c) Weiter wird vorgebracht, die formellen Voraussetzungen von § 11 VVO PST seien nicht erfüllt. § 11 VVO PST führt § 20 PST näher aus und schreibt vor, dass es der oder dem Angestellten im Rahmen einer Leistungs- und Verhaltensbeurteilung zu eröffnen ist, wenn eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens in Aussicht genommen wird. Es ist schriftlich eine Bewährungsfrist anzusetzen, die ab dem zweiten Dienstjahr in der Regel drei bis sechs Monate beträgt (§ 11 Abs. 1 VVO PST). Nach Ablauf der Bewährungsfrist ist eine weitere Leistungs- und Verhaltensbeurteilung durchzuführen (§ 11 Abs. 2 VVO PST). Bevor die Kündigung ausgesprochen wird, ist der betroffenen Person Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen; ergeben sich aufgrund der Anhörung oder anderer Umstände erhebliche Zweifel an der Berechtigung der Vorwürfe, sind von Amtes wegen die erforderlichen Abklärungen zu treffen (§ 11 Abs. 3 VVO PST). Diese Vorschriften gehen weiter als die verfassungsmässigen Verfahrensgarantien, zu denen das Verwaltungsgericht unter anderm festgehalten hat, dass an die Gewährung des rechtlichen Gehörs bei der ordentlichen Kündigung nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden dürften, dass es in aller Regel weder angezeigt noch üblich sei, vor dem Aussprechen einer ordentlichen Kündigung ein eigentliches Untersuchungsverfahren über die Qualität der Arbeitsleistung durchzuführen, und dass es grundsätzlich genügen müsse, wenn eine vom Vorgesetzten oder von der Vorgesetzten vorgenommene negative Leistungsbeurteilung vorliege, diese der betroffenen Person eröffnet und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werde (VGr, PB.2000.00027, 28. Februar 2001, E. 6a, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; RB 1995 Nr. 21 E. 2). Der Beschwerdegegnerin ist allerdings der gebotene Spielraum zur Auslegung ihres kommunalen Rechts zu belassen. aa) Zur Rüge der Verletzung von § 11 Abs. 1 und 2 VVO PST ist festzuhalten: Der Beschwerdeführer wurde am 2. März 1999 in einer ergänzenden Mitarbeiterbeurteilung und am 25. März 1999 in einer ausserordentlichen Mitarbeiterbeurteilung mit etlichen Beanstandungen konfrontiert. In der Beurteilung vom 2. März 1999 setzte ihm sein Vorgesetzter Zielvorgaben – besonders zu beachtende Werte – "vorerst bis Sommer 99", stellte eine Gefährdung des Vertrauensverhältnisses fest und forderte ihn auf, sich die Konsequenzen zu überlegen. Die schriftliche Zusammenfassung dieser Mitarbeiterbeurteilung hat der Beschwerdeführer erhalten. Am 25. März 1999 wurde er laut dem Protokoll des Mitarbeitergesprächs von seinem Vorgesetzten darauf aufmerksam gemacht, dass eine zweimonatige Beobachtungszeit zu laufen beginne und er mit der Kündigung zu rechnen habe, falls den bereits früher genannten Grundwerten innerhalb dieser Zeitspanne nicht zufrieden stellend Beachtung geschenkt werde. Gemäss seiner schriftlichen Bestätigung hat der

Beschwerdeführer auch dieses Gesprächsprotokoll erhalten und den Inhalt zur Kenntnis genommen. Anscheinend aufgrund einer weiteren Besprechung wurde am 29. Juni 1999 die Probezeit um eine ungenannte, allenfalls unbestimmte Zeitspanne verlängert. Die entsprechende Aktennotiz wurde dem Beschwerdeführer übergeben. Die abschliessende Mitarbeiterqualifikation erfolgte am 26. August 1999. Die Voraussetzungen von § 11 Abs. 1 und 2 VVO PST – Kündigungsandrohung im Rahmen einer Leistungs- und Verhaltensbeurteilung, schriftliche Ansetzung einer Bewährungsfrist, Bewährungszeit von in der Regel drei bis sechs Monaten, erneute Leistungs- und Verhaltensbeurteilung nach Ablauf der Bewährungsfrist – wurden demnach erfüllt. Dass die Anweisungen im Einzelnen nicht ganz widerspruchsfrei waren, ändert daran nichts. bb) Soweit der Beschwerdeführer die Kündigung als ungenügend begründet bezeichnet, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Das Verwaltungsgericht hat zu den aus § 10 Abs. 2 VRG fliessenden Anforderungen an die Begründung von Kündigungen festgehalten, dass sich b bezüglich der Ausführlichkeit einer Begründung keine allgemeinen Regeln aufstellen lassen. Die Anforderungen richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls und den Interessen der betroffenen Person. Die Begründung einer Anordnung erscheint als angemessen, wenn sie so abgefasst ist, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben und allenfalls in voller Kenntnis der Gründe ein Rechtsmittel zu ergreifen vermag; in diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt sein, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (VGr, PB.2000.00027, 28. Februar 2001, E. 6b, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 39 mit Hinweisen). Die vorliegende Kündigung enthält eine knappe Begründung und den Hinweis auf verschiedene Gespräche, insbesondere auf die letzte Mitarbeiterqualifikation, die dem Beschwerdeführer schriftlich vorlag. Damit wurden die Gründe der Kündigung gemäss der verfassungsrechtlichen Minimalgarantie genügend dargelegt. Die entsprechende Bestimmung im kommunalen Recht (§ 19 Abs. 1 Satz 2 PST) muss nicht strenger ausgelegt werden. cc) Der Beschwerdeführer bemängelt weiter, dass in der Kündigung nicht auf den Begründungsanspruch und die Verwirklichungsfolgen hingewiesen wurde, wie es § 19 Abs. 1 Satz 3 PST vorschreibt. Auch hierin liegt jedoch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Kündigung enthielt eine Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung. Der Hinweis auf den Begründungsanspruch und die Verwirklichungsfolge konnte unter diesen Umständen als überflüssig entfallen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer, der gegen die Kündigung fristgemäss Einsprache nach § 35 PST in Verbindung mit §§ 79 f. der Gemeindeordnung der Stadt Winterthur vom 26. November 1989 (GO) und § 22 Abs. 1 VRG erhob, wegen des fehlenden Hinweises auf den Begründungsanspruch und die Verwirklichungsfolge auch keinen Nachteil erlitten. In analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Praxis zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung wäre zudem davon auszugehen, dass er sich auf das Fehlen dieser Hinweise ohnehin nicht hätte berufen können, weil sie sich direkt dem Gesetz (nämlich § 19 Abs. 1 PST) entnehmen lassen (vgl. zum Ganzen RB 1995 Nr. 1 E. 1). dd) Der Beschwerdeführer rügt dagegen zu Recht, dass § 11 Abs. 3 Satz 1 VVO PST verletzt wurde, wonach die Anstellungsinstanz der betroffenen Person Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen hat, bevor die Kündigung ausgesprochen wird. In der Mitarbeiterqualifikation vom 26. August 1999 wurde die Kündigung angekündigt. Dem Beschwerdeführer wurde eine Frist zur Stellungnahme bis zum 30. August 1999 gesetzt. Am 30. August teilte der Beschwerdeführer seinem Vorgesetzten mit, dass er nicht imstande sei, diesen Termin einzuhalten. In diesem Gespräch wurde vereinbart, dass der

Beschwerdeführer bis zum 31. August 1999 die "Ablehnung der aktuellen Beantwortung" (nämlich die Angabe von Gründen, weshalb er nicht innerhalb der gesetzten Frist habe Stellung nehmen können) abgeben und bis zum 6. September 1999 die schriftliche Stellungnahme zur Mitarbeiterqualifikation liefern werde (die anders lautenden Angaben des Vorgesetzten stehen im Widerspruch zu dessen eigener Aktennotiz). Der Beschwerdeführer gab die beiden Stellungnahmen an den genannten Terminen ab. Bereits mit Schreiben vom 30. August 1999 erfolgte allerdings die Kündigung auf Ende November 1999. Dem Beschwerdeführer wurde somit zunächst die erforderliche Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt. Hierfür wurde ihm ursprünglich eine viertägige Frist angesetzt. Die Frage, ob die Frist angemessen war, kann hier offen gelassen werden. Massgebend ist vielmehr, dass dem Beschwerdeführer am 30. August eine Fristverlängerung gewährt wurde, die Kündigung aber dennoch am selben Tag – sogar noch vor Ablauf der ursprünglichen Frist – ausgesprochen wurde. Die Vorinstanzen haben deshalb zu Recht eine Verletzung der Pflicht, der betroffenen Person vor der Kündigung Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben, angenommen. Die Kündigung wurde somit unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ausgesprochen. Hinzu kommt, dass die Gelegenheit zur Stellungnahme nach § 11 Abs. 3 Satz 1 VVO PST durch die Anstellungsinstanz eingeräumt werden muss, und im vorliegenden Fall ausgesprochen zweifelhaft ist, dass die Befugnisse der Anstellungsinstanz dem direkten Vorgesetzten des Beschwerdeführers delegiert worden waren (E. 3).

E. 5

a) Ein unter Verletzung des rechtlichen Gehörs zustande gekommener Entscheid ist in aller Regel nicht nichtig, sondern anfechtbar (BGE 120 V 357 E. 2a; Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 450 ff.). Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes infolge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs wird nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung angenommen, nämlich nur bei schwerwiegender Verletzung einer Verfahrensgarantie und unter Abwägung aller im Spiel befindlichen Interessen (vgl. Albertini, S. 452). Ein derart schwerwiegender Mangel liegt hier nicht vor; insbesondere wurden die Verfahrensvorschriften nicht, wie der Beschwerdeführer behauptet, "reihenweise" oder "in allen wesentlichen Punkten" verletzt. Ferner wird entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers seinem Rechtsschutzbedürfnis mit der Anfechtbarkeit der Kündigung genügend Rechnung getragen. Dass die Annahme der Nichtigkeit Folgen zeitigen würde, die aus Gründen der Rechtssicherheit unerwünscht wären (sofern sie vom Verwaltungsgericht überhaupt berücksichtigt werden könnten), wurde bereits ausgeführt (E. 3b). Aus diesem Grund könnte im Übrigen auch die Kumulation der Verletzung des rechtlichen Gehörs mit der allfälligen (nicht gerügten) fehlenden Zuständigkeit der verfügenden Instanz nicht zur Annahme der Nichtigkeit führen. b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur (zur Kritik an diesem Begriff vgl. Johann Zürcher, *Zur Natur von Normen am Beispiel der Gehörsverweigerung*, in: 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 147 ff.). Demgemäss ist ein den Gehörsanspruch verletzender Hoheitsakt von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich ohne Rücksicht darauf aufzuheben, ob die Anhörung für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 5; Häfelin/Müller, Rz. 1328; jeweils mit Hinweisen). Abweichend von diesem Grundsatz ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Heilung möglich, wenn die unterlassene Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, welches eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz gestattet (vgl. etwa BGE 124 II 132 E. 2d).

Dies gilt vor allem dann, wenn eine Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs lediglich einen formalistischen Leerlauf darstellt und zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen würde (Albertini, S. 459; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 49). Der Kritik an dieser Praxis (vgl. Häfelin/Müller, Rz. 1329; Georg Müller in: Kommentar zur Bundesverfassung, 1995, Art. 4 Rz. 103; Rhinow/Krähenmann, Nr. 87 B III) ist insofern Rechnung zu tragen, als die Heilung von Gehörsverletzungen nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist. Dass eine solche Verletzung ohne jede Ausnahme nur von der fehlbaren Instanz behoben werden dürfte, widerspräche aber gewichtigen Anliegen der Verfahrensökonomie. Vielmehr ist der Entscheid über Rückweisung oder Heilung im Einzelfall aufgrund der konkreten Interessenlage zu treffen (VGr, 6. Oktober 2000, VB.2000.00284, E. 3a, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; RB 1995 Nr. 23). c) Die nach informellen departementsinternen Gesprächen erfolgte Weigerung der Departementsleitung, den Fall des Beschwerdeführers materiell abzuklären, kann keinesfalls eine Heilung bewirken. Dasselbe gilt von der Weigerung des Vorgesetzten, eine Wiedererwägung vorzunehmen. Einzig durch den Beschluss des Stadtrats vom 9. Februar 2000 könnte grundsätzlich eine Heilung eingetreten sein. Der Stadtrat als Einspracheinstanz entscheidet mit voller Kognition (§ 35 PST in Verbindung mit §§ 79 f. GO und § 20 Abs. 1 VRG). Er hat den vorliegenden Beschluss in Kenntnis der Stellungnahme des Beschwerdeführers gefasst. Der Stadtrat hat sich in seiner Entscheidung, soweit ersichtlich, auch keine Zurückhaltung bei der Überprüfung der Kündigung auferlegt. Zu prüfen ist hingegen, ob der Beschluss des Stadtrats seinerseits unter Verletzung der Verfahrensgarantien erfolgte, wie der Beschwerdeführer sinngemäss in der Rekurschrift ausführte (vgl. auch S. 6 der Beschwerdeschrift). Der Stadtrat ist auf die ausführlichen Darlegungen in der Einspracheschrift, weshalb die Kündigung nach Ansicht des heutigen Beschwerdeführers entgegen den bei den Akten liegenden Mitarbeiterbeurteilungen sachlich nicht gerechtfertigt gewesen sei, mit keinem Wort eingegangen. Er scheint vielmehr den formellen Anspruch, dass die Kündigung zu begründen ist, unzulässigerweise mit dem materiellen Anspruch, dass nur aus einem sachlichen Grund gekündigt werden darf, gleichgesetzt und aus dem blossen Vorhandensein einer Begründung in der Kündigung deren sachliche Rechtfertigung abgeleitet zu haben. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich jedoch die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanträge der Partei entgegenzunehmen und zu prüfen. Die Behörde kann nicht einfach auf die Feststellungen der Vorinstanz oder die Akten abstellen; sie muss zumindest begründen, weshalb sie die vorgebrachten Einwendungen für unerheblich oder allenfalls unzulässig hält (Albertini, S. 368 f., 378; BGr, 21. Dezember 1992, ZBl 94/1993, S. 316 ff. E. 2a S. 318). Der Stadtrat hat somit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, weshalb das Verfahren vor dem Stadtrat die Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die verfügende Behörde nicht heilen kann. d) Die Schwere des Eingriffs und die Zurückhaltung, welche die Rekursinstanzen bei der Überprüfung personalrechtlicher Anordnungen üben, sprechen gegen die Heilung von Gehörsverletzungen bei Kündigungen durch das Rekursverfahren (VGr, 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 4c, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; vgl. auch Keiser, S. 214). Im vorliegenden Fall hat zudem auch die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht gewahrt: Der Beschwerdeführer hat in seiner Rekurschrift die in den Mitarbeitergesprächen geäusserten Vorwürfe einzeln bestritten und entsprechende Beweisofferten gemacht. Er hat ferner seine eigene Stellungnahme zu den Mitarbeitergesprächen und – im Verfahren vor dem Bezirksrat – die Resultate einer Feedback-Umfrage ... als Beweismittel eingereicht. Wie

erwähnt, ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanhörungen der Partei entgegenzunehmen und zu prüfen. Sie hat sodann die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen, es sei denn, diese seien unerheblich, weil sie eine nicht erhebliche Tatsache betreffen, oder überflüssig, weil bereits Feststehendes bewiesen werden soll, oder offensichtlich untauglich, weil von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine Klärung herbeizuführen vermag (BGE 117 Ia 262 E. 4.b; Albertini, S. 372 f.; Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 10, § 8 N. 34). Zwar verfügt die Behörde über einigen Ermessensspielraum (Albertini, S. 373; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 34, mit abweichender Gewichtung). Sie ist insbesondere nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn die Tatsachen bereits aus den Akten genügend ersichtlich sind (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, Rz. 320). Auch sieht das hier anwendbare kommunale Recht in § 11 Abs. 3 Satz 2 VVO PST (ebenso wie das kantonale Recht in § 18 Abs. 3 Satz 2 VVPG; vgl. dazu Weisung vom 22. Mai 1996 zum Personalgesetz, ABl 1996 II 1131 ff., 1150) in Bezug auf die Kündigung wegen mangelhafter Leistung eine Untersuchung nur vor, wenn sich aufgrund der Anhörung oder anderer Umstände erhebliche Zweifel an der Berechtigung der Vorwürfe ergeben. Trotz diesen Einschränkungen hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, indem sie auf diese Argumente, Beweisofferten und Beweismittel keinerlei Bezug genommen hat, ohne dies zu begründen, sondern sich mit einem blossen Hinweis auf jene Aktenstücke begnügt hat, deren Aussagekraft gerade bestritten wurde. Im Übrigen sind die Beweisanerbieten des Beschwerdeführers keineswegs unerheblich, überflüssig oder untauglich (vgl. E. 7).

E. 6

a) Die streitige Kündigung ist somit wegen nicht geheilter Verletzung des rechtlichen Gehörs formell ungültig. Wenn das Verwaltungsgericht eine Kündigung für nicht gerechtfertigt hält, hat es nach § 80 Abs. 2 VRG die Entschädigung zu bestimmen, die das Gemeinwesen zu entrichten hat. Diese Bestimmung ist gleichermassen auf formell wie auf materiell mangelhafte Kündigungen anwendbar (vgl. VGr, 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 4c, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; 30. August 2000, PB.2000.00007, E. 1b; Kölz/Bosshart/Röhl, § 80 N. 5). Bei der Feststellung von Verfahrensmängeln kann das Verwaltungsgericht die Mängel durch eigene prozessuale Vorkehren heilen und das Verfahren fortführen; es kann die Sache zur Verbesserung der Mängel zurückweisen, oder es kann unmittelbar aufgrund der festgestellten Verfahrensmängel eine Entschädigung zusprechen. Die Heilung des Verfahrens wird im vorliegenden Fall durch die Schwere der Mängel ausgeschlossen; im Übrigen ist das Verwaltungsgericht grundsätzlich nicht für die Ermittlung des Sachverhalts vorgesehen (vgl. Weisung vom 3. Mai 1995 zum Verwaltungsrechtspflegegesetz, ABl 1995 II 1520 ff., 1541). Die Zusprechung einer Entschädigung allein wegen der Verfahrensmängel erscheint deswegen problematisch, weil dabei die materielle Rechtmässigkeit der angefochtenen Massnahme ungeklärt bleibt (Kölz/Bosshart/Röhl, § 80 N. 5; Merker, § 59 Rz. 14). Aufgrund der Gehörsverletzung und der mangelhaften Abklärung des Sachverhalts lassen sich zudem die sachliche Rechtfertigung der Kündigung und damit die Entschädigungs- und Abfindungsfolgen für allfällige materielle Mängel im vorliegenden Verfahren nicht feststellen (dazu E. 7). Entschädigung und Abfindung sind aber sinnvollerweise aufgrund einer einheitlichen, umfassenden Würdigung aller relevanten Umstände zu bestimmen (vgl. auch § 28 Abs. 2 Satz 1 PST). Somit kommt hier nur eine Rückweisung in Betracht. b) Nach § 64 Abs. 1 VRG kann das

Verwaltungsgericht die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, insbesondere wenn mit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Sache eingetreten oder der Tatbestand ungenügend festgestellt wurde. Über den Wortlaut dieser Bestimmung hinaus kommt auch eine direkte Rückweisung an eine untere Instanz in Betracht. Dies gilt besonders für Verfügungen der Gemeinden, die sich auf kommunales Recht stützen. Geht es dabei um Ermessensfragen des kommunalen Rechts, ist die Rückweisung an die Gemeindebehörde zur Wahrung der Gemeindeautonomie sogar geboten (Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 6 mit Hinweisen). Dieser Fall ist hier gegeben, wird doch anhand der Ergebnisse des nachzuziehenden Beweisverfahrens über das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes nach § 10 Abs. 1 lit. a oder c VVO PST sowie – ausser über eine Entschädigung nach Art. 336a OR in Verbindung mit § 19 Abs. 3 PST – über eine Abfindung nach §§ 27 f. PST zu entscheiden sein. Die Auslegung der genannten Normen des kommunalen Rechts obliegt in erster Linie den kommunalen Behörden. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist zwar davon auszugehen, dass eine Gemeinde, die das kantonale Personalrecht weitgehend unverändert übernommen hat, den einzelnen übereinstimmenden Bestimmungen jeweils keinen andern Sinn als der kantonale Gesetzgeber beimessen wollte (VGr, 11. April 2001, PB.2001.00008, E. 3, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>). Im vorliegenden Fall geht es jedoch, was die Abfindung betrifft, nicht um die Frage der Auslegung einer Bestimmung, sondern um eine im kommunalen Recht vorgesehene Interessenabwägung, somit um eine ausgesprochene Ermessensfrage. Mit der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin wird auch vermieden, dass der Instanzenzug zu Ungunsten des Beschwerdeführers verkürzt wird. Dies ist umso wesentlicher, als bisher in der Angelegenheit des Beschwerdeführers noch kein formell einwandfreier Entscheid gefällt wurde. Da die Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem vorliegenden Urteil feststeht und nur die finanziellen Folgen (sowie gegebenenfalls das zeitliche Ende des Arbeitsverhältnisses) zu klären sind, ist diese Lösung auch angesichts des Grundsatzes der Verfahrensökonomie vertretbar. Hingegen gebietet die Verfahrensökonomie den Verzicht auf einen erneuten innerkommunalen Instanzenzug, weshalb die Rückweisung an den Stadtrat erfolgt. Im Übrigen steht es den Parteien jederzeit frei, sich zu einigen und damit die Abschreibung des Verfahrens zu veranlassen. c) Die Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungsbefugnis in § 80 Abs. 2 VRG steht einer Rückweisung nicht grundsätzlich entgegen. Hingegen kann eine vom Verwaltungsgericht angeordnete Rückweisung nicht dazu führen, dass die Vorinstanz eine im ersten Rechtsgang geschützte Auflösung des Arbeitsverhältnisses im zweiten Rechtsgang rückgängig machen kann. Eine beschränkte Rückweisung zum Entscheid über die Rechtmässigkeit der Auflösung auf verbesserter Grundlage und/oder über die gegebenenfalls dem oder der unrechtmässig Entlassenen zustehende Entschädigung wird von § 80 Abs. 2 VRG jedoch nicht verwehrt (VGr, 30. August 2000, PB.2000.00007, E. 1b). Im vorliegenden Entscheid wird die formelle Ungültigkeit der Kündigung festgestellt, deren Nichtigkeit hingegen verneint. Somit ist im zweiten Rechtsgang noch über die Entschädigung und die Abfindung zu befinden. Hierzu sind die folgenden Überlegungen zu berücksichtigen, welchen materiellen Anforderungen eine Kündigung genügen muss (E. 7), welche Beweisabklärungen noch vorzunehmen sind und wie die Beweislast verteilt ist (E. 8). Im Übrigen ist – soweit dies überhaupt noch streitig sein sollte – festzulegen, auf welchen Termin das Arbeitsverhältnis endet (E. 9).

E. 7

a) Die Gemeinde hat als öffentlichrechtliche Arbeitgeberin verfassungsrechtliche Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie Treu und Glauben zu beachten. Die Gründe, die zur Kündigung Anlass geben, müssen von einem gewissen Gewicht sein. Allerdings ist nicht erforderlich, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen; es reicht aus, wenn die Weiterbeschäftigung des oder der betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (Matthias Michel, *Beamtenstatus im Wandel*, Zürich 1998, S. 299). Es müssen sachliche, vertretbare Gründe sein (BGr, 22. Mai 2001, 2A.71/2001, E. 2c, <http://www.bger.ch>; Tobias Jaag, *Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen*, ZBl 95/1994, S. 433 ff., 463; RB 1995 Nr. 29 E. 1), sodass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht als Willkürakt erscheint (Hermann Schroff/David Gerber, *Die Beendigung der Dienstverhältnisse in Bund und Kantonen*, St. Gallen 1985, S. 80). Der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz beschränkt sich nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts, sondern geht weiter (BGr, 22. Mai 2001, 2A.71/2001, E. 2c, <http://www.bger.ch>; Michel, S. 299; vgl. auch zu § 18 PG die Weisung zum Personalgesetz, ABl 1996 II 1149). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung sein, muss sie zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass nicht weniger einschneidende Massnahmen wie beispielsweise eine Verwarnung ebenfalls zum Ziel führen würden, und muss drittens eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (Michel, S. 301 f.). Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. Michel, S. 342 f.; Schroff/Gerber S. 84; zum Ganzen VGr, 28. Februar 2001, PB.2000.00027, E. 7a, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; RB 1999 Nr. 163). Die fragliche Kündigung wurde mit mangelhafter Leistung (§ 10 Abs. 1 lit. a VVO PST) begründet; der Stadtrat und die Vorinstanz verwiesen zudem darauf, dass auch eine erhebliche Störung der Zusammenarbeit (§ 10 Abs. 1 lit. c VVO PST) vorliege. b) aa) Ob die Leistung des oder der Angestellten mangelhaft ist, beurteilt sich nach dem jeweiligen Anforderungsprofil (Schroff/Gerber, S. 102 f.). In der Regel ist eine wiederholte oder andauernde Schlecht- bzw. Nichterfüllung vorauszusetzen (Michel, S. 300). Das Verfahren, das im Personalrecht sowohl des Kantons Zürich als auch der Stadt Winterthur vorgesehen ist – besonders die Bewährungsfrist und die zweite Leistungsbeurteilung –, soll Schutz vor leichtfertiger und mangelhaft begründeter Kündigung gewähren (Fritz Lang, *Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998*, in: Peter Helbling/ Tomas Poledna [Hrsg.], *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Bern 1999, S. 49 ff., 67). Die Leistungsbeurteilung ist insofern zwar notwendiges Beweismittel (vgl. Michel, S. 309) und in der Regel geeignet zum Nachweis mangelhafter Leistung. Sie ist aber im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen (vgl. als Beispiel einer für nicht nachvollziehbar erachteten Qualifikation VGr, 22. März 2000, PB.1999.00021/00007, E. 4f/aa, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>). Insbesondere ist der Sachverhalt näher abzuklären, wenn erhebliche Zweifel an den vorgebrachten Vorwürfen bestehen (vgl. zu § 18 Abs. 3 VVPG die Weisung zum Personalgesetz, ABl 1996 II 1150). Während nach Privatrecht unwahre Begründungen grundsätzlich nicht zur Ungültigkeit der Kündigung führen (vgl. BGE 121 III 60 E. 3c; Manfred Rehbinder, *Berner Kommentar*, 1992, und Heinz Hausheer [Hrsg.], *Berner Kommentar*, Update, 2000, Art. 335 OR N. 9; Adrian Staehelin/Frank Vischer, *Zürcher Kommentar*, 1996, Art. 335 OR

N. 37; je mit Hinweisen), ist im öffentlichen Dienstrecht das Gegenteil der Fall (vgl. Michel, S. 308). Im Übrigen kann auch nach Privatrecht eine Kündigung wegen Leistungseinbusse missbräuchlich sein, wenn sie als Folge von Mobbing seitens des Arbeitgebers erscheint (BGE 125 III 70 E. 2a; Thomas Geiser, Rechtsfragen der sexuellen Belästigung und des Mobbings, ZBJV 137/2001, S. 429 ff., 443 f.). bb) Beide Vorinstanzen begründen ihre Ansicht, die Kündigung sei zu Recht wegen mangelhafter Leistungen ausgesprochen worden, sehr kursorisch. Der Stadtrat begnügt sich mit einem Verweis auf die Angaben in den Mitarbeiterbeurteilungen, wobei er den Vorwurf mangelnder Leistung nicht vorbehaltlos anzuerkennen scheint. Der Bezirksrat hat ohne Berücksichtigung der angebotenen und eingereichten Beweismittel unter Verweis auf sieben Aktenstücke lapidar festgehalten, dass sich aus den eingereichten Unterlagen der Eindruck einer sachlich begründeten Kündigung ergebe. Von diesen Akten betreffen allerdings deren drei Vorwürfe und Vorfälle aus dem Jahr 1998. In der Mitarbeiterqualifikation vom 8. Dezember (recte) 1998 für das 2. Semester 1998 als Beurteilungsperiode wird aber festgehalten, dass die Spannungssituation bereinigt und die Krisenphase abgeschlossen sei. Auch die Gesprächsnotiz des Ombudsmannes der Stadt Winterthur vom 4. September 1998 hält fest, eine Klärung habe stattgefunden und es bestehe wieder eine normale Arbeitssituation. Somit lässt sich die Kündigung nicht auf diese älteren Dokumente abstützen. Was die Aktennotizen über die Mitarbeitergespräche vom 2. März, vom 25. März und vom 29. Juni 1999 sowie die Mitarbeiterqualifikation vom 26. August 1999 betrifft, so halten sie einzig die Vorwürfe des direkten Vorgesetzten des Beschwerdeführers fest, dessen Objektivität in der Beschwerdeschrift mit dem Vorwurf des Mobbings gerade bestritten wird. Konkret wird ausgeführt, dass die Kündigung erfolgt sei, weil der Beschwerdeführer seine Rechte auch unter Inanspruchnahme des Ombudsmannes geltend gemacht habe (Beschwerde S. 13). Wesentlich ist im vorliegenden Fall, dass nicht nur dieser Vorwurf erhoben wird, sondern dass sich auch aus den Akten berechnete Zweifel an der Objektivität des Vorgesetzten und damit an der sachlichen Grundlage der Kündigung wegen mangelnder Leistungen ergeben. So stellt zumindest der "schriftliche Verweis" vom 16. Februar 1999 eine Kompetenzüberschreitung dar (vgl. oben E. 4b; wobei sogar offen bleibt, ob nur dem Beschwerdeführer ein solcher "Verweis" erteilt wurde, obwohl der Fall mindestens ein weiteres Mitglied des Teams betraf). Aktenkundig sind ferner Bagatellvorwürfe (wie etwa "Nichteinstellen der Umstellung am Telefon" im Protokoll des ausserordentlichen Mitarbeitergesprächs vom 25. März 1999) und – in Bezug auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor der Kündigung – Angaben, die im Widerspruch zu einer selbstverfassten Aktennotiz stehen. Auffällig ist ferner, dass sich der Vorgesetzte des Beschwerdeführers zwar verschiedentlich auf die Beanstandungen von Drittpersonen beruft (vgl. etwa die "Zusammenstellung der Reklamationen und Aussagen" vom 17. September 1999), dass sich aber aus dem einzigen Aktenstück, das aus dem fraglichen Zeitraum stammt und in dem Dritte direkt zu Wort kommen (der "Feedback-Umfrage"), eine weitgehend positive Beurteilung des Beschwerdeführers ergibt. Dies ist umso beachtlicher, als es sich um eine Umfrage beim ... handelt, während dem Beschwerdeführer der Vorwurf gemacht wird, er habe sich zu stark mit der [Gegen]seite identifiziert. Selbst wenn diese Umfrage weisungswidrig vorgenommen worden sein sollte, stellt sie deswegen selbstverständlich noch kein unrechtmässig erlangtes und daher unzulässiges Beweismittel dar, wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung zuhanden der Vorinstanz anzunehmen scheint. Aktenkundig sind auch Irritationen der Kolleginnen und Kollegen des Beschwerdeführers über die Kündigung. Schliesslich trifft zu, dass sich in den Akten keine

konkreten Beanstandungen aus der Bewährungsperiode finden (die in ... aufgelisteten Vorfälle sind älter oder nicht datiert). Somit ergeben sich aus den Akten zumindest einige Zweifel an der sachlichen Grundlage einer Kündigung wegen mangelnder Leistung. Anders als bei einer Kündigung nach dem Obligationenrecht (vgl. dazu BGE 121 III 60 E. 3d; Hausheer, Art. 335 N. 9; Staehelin/Vischer, Art. 335 N. 37) ist dies hier auf jeden Fall erheblich, weil nicht erst die Rechtsmissbräuchlichkeit, sondern bereits das Fehlen eines sachlichen Kündigungsgrundes zur Ungültigkeit der Kündigung führt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ergibt sich nicht aus den Akten, dass die Kündigung mit der mangelnden Leistung des Beschwerdeführers sachlich begründet worden ist. Demnach sind weitere Abklärungen nötig (vgl. auch BGE 122 V 157 E. 1d; Weisung zum Personalgesetz, ABl 1996 II 1150). Dass die Vorwürfe, sollten sie in dieser Form mehrheitlich zutreffen, eine Kündigung wegen mangelnder Leistung wohl rechtfertigen würden, ist in diesem Zusammenhang nicht von Belang. c) aa) Was den Kündigungsgrund der erheblichen Störung der Zusammenarbeit (§ 10 Abs. 1 lit. c VVO PST) betrifft, ist festzuhalten, dass auch sein Vorliegen sorgfältig zu überprüfen ist; es handelt sich nicht um einen Auffangtatbestand, auf den jeweils zurückgegriffen werden kann, wenn der Vorwurf mangelnder Leistung nicht verfährt. Zu beachten ist, dass der Kündigungsschutz im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis grundsätzlich besser sein soll als im Privatrecht (vgl. für das kantonale Recht: Weisung zum Personalgesetz, ABl 1996 II 1149), wobei die entsprechenden eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Vorschriften unter Vorbehalt der verfassungsrechtlichen Minimalgarantien unterschiedlich ausgelegt werden können. Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse sieht Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor, dass einem oder einer Angestellten auch wegen einer persönlichen Eigenschaft gekündigt werden kann, sofern diese die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt. Es ist nicht erforderlich, dass die betroffene Person hierfür eine Verantwortung trägt; allerdings ist die Kündigung missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) verletzt hat (Philippe Nordmann, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Basel/Frankfurt a.M. 1998, S. 100 ff.; Staehelin/Vischer, Art. 336 N. 16 f.; zum Mobbing insbesondere etwa BGE 125 III 70 E. 2a; Geiser, S. 443 f.; Manfred Rehbinder/Alexander Krausz, Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR 1996, S. 17 ff., 42 ff.). Die Gerichtspraxis zum öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stellt ebenfalls keine hohen Anforderungen an eine Kündigung wegen Störung des Vertrauensverhältnisses. Es genügt auch hier, dass sich die betroffene Person ohne Verschulden nicht in den Betrieb einordnen kann (Michel, S. 300). Vorliegend geht es um einen Konflikt zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Vorgesetzten. In einem solchen Fall ist die gegenüber dem oder der Untergebenen ausgesprochene Kündigung grundsätzlich zulässig. So geht die Eidgenössische Personalrekurskommission davon aus, dass ein solcher Konflikt im Interesse des Funktionierens der Verwaltung unabhängig vom Verschulden einen zulässigen Kündigungsgrund darstellen könne (VPB 65/2001 Nr. 14 E. 7). Auch das Verwaltungsgericht ist in neueren Entscheiden – die allerdings einzig auf der Grundlage der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien zu fällen waren – davon ausgegangen, dass eine tiefgreifende Störung des Vertrauens einen hinreichenden Grund für eine Kündigung darstellt. Der Wunsch, sich von einem schwierigen Mitarbeiter bzw. einer schwierigen Mitarbeiterin zu trennen, kann ein sachlicher Grund für eine Kündigung sein (VGr, 14. März 2001, PB.2000.00029/30, E. 8b/bb, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; 28. Februar 2001, PB.2000.00027, E. 6 a.A., 7b, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>). Der

Vertrauensverlust muss jedoch durch Verhaltensweisen der entlassenen Person begründet sein, die ihn für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen, weshalb er zu untersuchen und zu gewichten ist (VGr, 14. März 2001, PB.2000.00029/30, E. 8b a.A., <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; vgl. auch VGr BE, 31. August 1992, BVR 1993, S. 227 ff. E. 2 S. 228 f. und E. 4c S. 233; vgl. allerdings auch die Eidgenössische Personalrekurskommission in VPB 65/2001 Nr. 14 . 5b, die der Praxis und der Lehre zu Art. 336 Abs. 1 lit. a OR folgt, wonach selbst die gegenüber einem Mobbing-Opfer ausgesprochene Kündigung zwar dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen kann, jedoch nicht von vornherein unzulässig ist). Vorbehalten bleiben stets das Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Grundsatz von Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip. Insofern sind bei einer Kündigung aufgrund von Konflikten zwischen Vorgesetzten und Untergebenen die Ursachen der Spannungen jedenfalls von Bedeutung (VGr, 28. Februar 2001, PB.2000.00027, E. 7b, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>, ist in diesem Sinn zu präzisieren). Auch in der Lehre wird die Ansicht vertreten, eine Kündigung wegen Störung des Arbeitsklimas sei nicht gerechtfertigt, wenn sie mehrheitlich vom Arbeitgeber zu verantworten sei (Claudia Steiger, Kündigung durch den kantonalen Arbeitgeber, ZV-Information 2001/4, S. 10 ff., 13, in einer Kritik am letztgenannten Entscheid des Verwaltungsgerichts; vgl. auch Schroff/Gerber, S. 102). bb) Auch in Bezug auf den Kündigungsgrund der Störung der Zusammenarbeit ist der rechtserhebliche Sachverhalt nicht genügend erstellt. Der Stadtrat und die Vorinstanz gingen davon aus, dass die "verschiedenen Korrespondenzen" zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Vorgesetzten eine schwere Störung des Verhältnisses zwischen diesen beiden Personen belegten, sodass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen sei. Auch dieser Hinweis im vorinstanzlichen Beschluss ist, wie der Beschwerdeführer zu Recht rügt, sehr pauschal ausgefallen. Immerhin finden sich in den Akten tatsächlich verschiedene Notizen und Schreiben, die auf Meinungsverschiedenheiten und – wegen des teils gereizten Tonfalls der Mitteilungen des Vorgesetzten – auch auf persönliche Unstimmigkeiten hinweisen. Eine Kündigung gemäss § 10 Abs. 1 lit. c VVO PST wäre unter dem Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verhältnismässigkeitsprinzips demnach zulässig. Den Akten lässt sich aber nicht entnehmen, welches die Ursachen dieses Zerwürfnisses waren und welchen Anteil daran der Vorgesetzte zu verantworten hat. Deshalb ist der vom Beschwerdeführer erhobene Vorwurf des Mobbings und des Rechtsmissbrauchs anhand der angebotenen oder anderer geeigneter Beweismittel abzuklären. So hat denn auch das Verwaltungsgericht entschieden, dass das rechtliche Gehör verletzt wurde, als eine Kündigung einzig mit dem Vertrauensverlust begründet wurde und die verfügende Behörde Hinweisen auf Ungereimtheiten nicht nachging (VGr, 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 4b/bb, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; vgl. auch VGr, 14. März 2001, PB.2000.00029/30, E. 8b, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>).

d) Schliesslich ist zu beachten, dass auch über die Entschädigungs- und Abfindungsfolgen zu entscheiden sein wird. Der Beschwerdeführer hat vor der Vorinstanz und vor dem Verwaltungsgericht einen Eventualantrag auf die Ausrichtung einer Entschädigung und einer Abfindung gestellt und sich dabei auf § 19 Abs. 3 in Verbindung mit §§ 27 f. PST berufen. Die Vorinstanz hat den geltend gemachten Abfindungsanspruch unzutreffenderweise einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 336a OR geprüft. Die Voraussetzungen der Entschädigung nach Art. 336a OR und der Abfindung nach §§ 27 f. PST entsprechen sich nicht. Aus dem Verweis auf das Obligationenrecht in § 19 Abs. 3 PST ergibt sich nichts anderes, behält sie doch die Abfindung nach §§ 27 f. PST

ausdrücklich vor (vgl. auch den in dieser Hinsicht sinngemäss gleich lautenden § 18 Abs. 3 PG sowie Michel, S. 315). Nach § 27 Abs. 1 PST haben Angestellte mit wenigstens fünf Dienstjahren, deren Arbeitsverhältnis auf Veranlassung der Stadt und ohne Verschulden der Angestellten aufgelöst wird, Anspruch auf eine Abfindung, sofern sie mindestens 35-jährig sind. Die in § 27 Abs. 3 PST aufgezählten Ausnahmen interessieren im vorliegenden Zusammenhang nicht. Nach § 28 Abs. 2 PST wird die Abfindung nach den Umständen des Einzelfalls festgelegt; angemessen mit berücksichtigt werden insbesondere die persönlichen Verhältnisse, die Dienstzeit, der Kündigungsgrund, der Zeitpunkt des Antritts einer neuen Arbeitsstelle sowie der neue Lohn, falls der oder die Angestellte weiter beschäftigt wird. Der Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der fraglichen Kündigung rund 53 Jahre alt und stand im achten Dienstjahr, womit er die formellen Voraussetzungen einer Abfindung nach § 27 Abs. 1 PST erfüllte. Zur Voraussetzung des fehlenden Verschuldens hat sich das Verwaltungsgericht in Bezug auf den weitgehend gleich lautenden § 26 PG geäussert. Es hat dabei festgehalten, dass ein Anspruch auf Entschädigung nur bei einer Entlassung gegeben ist, die vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, die von der betroffenen Person nicht zu vertreten sind. Typische Fälle sind die Aufhebung der Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen der Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht mehr erfüllen könne; hingegen führt die Entlassung wegen ungenügender Leistungen aus anderen Gründen oder wegen des Verhaltens in aller Regel zu keiner Abfindung (vgl. auch Lang, S. 70). Verschulden im Sinn von § 26 Abs. 1 PG bedeutet aber mehr als blosser Verursachung; es setzt voraus, dass die betroffene Person die Kündigung hätte vermeiden können, beispielsweise durch das Erbringen der erwarteten Leistung oder die geforderte Verhaltensänderung, wenn ihr solches zumutbar und aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse objektiv möglich war. Dem oder der Angestellten wird auch dann kein Verschulden im Sinn von § 26 PG vorzuwerfen sein, wenn ein Konflikt, der nur durch eine Kündigung bereinigt werden konnte, nicht vornehmlich durch ihn bzw. sie verursacht worden ist, sondern zu seiner Entstehung oder Verschärfung die vorgesetzte Behörde oder andere Mitarbeitende massgeblich beigetragen haben (VGr, 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 6b, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; 14. März 2001, PB.2000.00018/23, E. 6b; <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>). Die Abfindung hängt also grundsätzlich nicht von der Unzulässigkeit der Kündigung ab. Gerade die Frage, inwieweit zur Entstehung oder Verschärfung des Konflikts der Vorgesetzte beigetragen hat, lässt sich im vorliegenden Fall aus den Akten jedoch nicht erschliessen. Die übrigen nach § 28 Abs. 2 PST abzuwägenden Gesichtspunkte sind ebenfalls festzustellen.

E. 8

a) Das vorzunehmende Beweisverfahren muss das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes und die Begründetheit des Anspruchs auf eine Entschädigung gemäss Art. 336a OR in Verbindung mit § 19 Abs. 3 PST sowie auf eine Abfindung nach § 27 f. PST klären. Der Ablauf des Kündigungsverfahrens ist dagegen erstellt und bedarf keiner weiteren Beweiserhebung. Was die zu erhebenden Beweise betrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass den unteren Instanzen die in der Rekurschrift unter anderm geforderte Einvernahme von Zeugen durch das Gesetz verwehrt wird (§ 7 Abs. 1 VRG; vgl. Kölz/Bosshart/ Röhl, § 7 N. 14). Es brauchen auch nicht sämtliche offerierten Beweise erhoben zu werden, sofern der Sachverhalt auf andere Weise billiger und rascher hinreichend abgeklärt werden kann (Albertini, S. 374). Zur Feststellung, ob die Leistungen des Beschwerdeführers mangelhaft waren, ist auch nicht notwendig, über jeden einzelnen Punkt der Mitarbeiterbeurteilungen Beweis zu führen; es genügt, wenn sich die

wesentlichen Vorwürfe – Parteilichkeit, unzulässige Verzögerungen, abmachungswidriges Verhalten, Nachlässigkeit, unangebrachter Umgangston – anhand einiger Beispiele erhärten lassen. Hierzu sind vor allem die nach Angabe des Vorgesetzten vorhandenen Fallbeispiele und Reklamationen zu den Akten zu nehmen, wobei den Anforderungen Rechnung zu tragen ist, die sich aus dem Amtsgeheimnis und dem Datenschutz ergeben können. In Bezug auf die Störung des Vertrauensverhältnisses und die Ursachen hierfür können die persönliche Befragung des Beschwerdeführers, seines Vorgesetzten und von Drittpersonen angezeigt sein. Wesentlich sind jedenfalls Zeugnisse von neutraler dritter Seite aus der fraglichen Periode. Das rechtliche Gehör ist selbstverständlich zu wahren. b) Zur Beweislastverteilung ist Folgendes auszuführen: Die Vorinstanz ist der Ansicht, es obliege dem Entlassenen nachzuweisen, dass ein verpönter Kündigungsgrund vorliege. Das Verwaltungsgericht hat dies jeweils angenommen, wenn das anwendbare öffentliche Recht bezüglich der Kündigungsgründe auf das Obligationenrecht verwies (VGr, 19. November 1996, VK.96.00024, E. 2b; RB 1995 Nr. 24 E. 1 S. 60). Die Vorinstanz verkennt, dass sich diese Praxis nicht auf den vorliegenden Fall übertragen lässt, in dem die Kündigungsgründe durch das öffentliche Recht selber geregelt werden. Was die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) betrifft, gilt die Untersuchungsmaxime unabhängig davon, dass unter anderm aufgrund einer Verweisung über einen obligationenrechtlichen Anspruch zu befinden ist; insofern trifft den Entlassenen eine Beweisführungslast nur nach den allgemeinen Grundsätzen des Verfahrens und der Verwaltungsrechtspflege, wie sie sich aus der Untersuchungsmaxime und der Mitwirkungspflicht ergeben (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 6, Vorbem. zu §§ 19-28 N. 69). Die objektive Beweislast – die festlegt, wer die Folge der Beweislosigkeit zu tragen hat – richtet sich nach dem materiellen Recht und subsidiär nach dem in Art. 8 ZGB festgehaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz (VGr, 3. November 1999, VB.99.00197, E. 2b/bb; Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 5, Vorbem. zu §§ 19-28 N. 69; Kölz/Häner, Rz. 269). Demnach trägt grundsätzlich diejenige Partei die Beweislast, die aus der unbewiesenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 5; vgl. auch Keiser, S. 206). Somit trägt das Gemeinwesen die objektive Beweislast, dass ein sachlicher Kündigungsgrund gegeben ist (vgl. Michel, S. 309; VGr BE, 31. August 1992, BVR 1993, S. 227 ff. E. 2 S. 230). Wenn die Kündigung erwiesenermassen sachlich gerechtfertigt ist, hätte dagegen der Beschwerdeführer die Folgen zu tragen, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen einer Abfindung nicht bewiesen werden kann. Im Übrigen geht es nicht an, wie die Vorinstanz ohne Begründung auf die Würdigung der angebotenen und eingereichten Beweise zu verzichten, um sodann festzustellen, der Beschwerdeführer habe die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

E. 9

Sollte der Zeitpunkt des Endes des Dienstverhältnisses dannzumal noch streitig sein, wäre auch er im zweiten Rechtsgang zu klären. Unzutreffend ist die Ansicht der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz, wonach die Kündigung als zu jenem Zeitpunkt erfolgt gelten soll, in dem sie ausgesprochen worden wäre, wenn die schriftliche Stellungnahme abgewartet worden wäre und die darin geäusserten Argumente zurückgewiesen worden wären. Vielmehr wäre grundsätzlich massgebend, dass nach dem anwendbaren Recht auch eine mangelhafte Kündigung den Lauf der Kündigungsfrist auszulösen vermag (§ 19 Abs. 3 PST – wohl unter dem Vorbehalt der nichtigen Kündigung, wobei diese Frage sich hier nicht stellt). Demnach wäre der ursprüngliche Kündigungstermin gültig. Anders wäre nach der Praxis des Verwaltungsgerichts nur zu entscheiden, wenn das anwendbare Recht einen Anspruch auf Wiedereinstellung vorsieht

(vgl. VGr, 28. Februar 2001, PB.2000.00027, E. 8a, <http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung>; kritisiert von Steiger, S. 13). Dies ist hier nicht der Fall; der bedingte Anspruch auf eine andere zumutbare Stelle, den § 19 Abs. 3 PST – hierin über § 18 Abs. 3 PG hinausgehend – gewährt, kann unbeachtet bleiben, da der Beschwerdeführer niemals diesen Anspruch auf einen Stellenwechsel geltend gemacht hat, sondern stets nur die Weitergeltung des Arbeitsverhältnisses und eventualiter Entschädigung und Abfindung beantragt hat. Entscheidend ist jedoch vorliegend ohnehin, dass der Stadtrat das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis Ende Juli 2000 anerkannt hat, weshalb die Kündigungsfrist frühestens in diesem Zeitpunkt abgelaufen ist.

E. 10

a) Für personalrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert nicht unter Fr. 20'000.- werden Gerichtskosten erhoben (§ 80b VRG). Im vorliegenden Fall enthalten Haupt- und Eventualantrag unterschiedliche Streitwerte. Was den Hauptantrag betrifft, so bestimmt sich laut der Praxis des Verwaltungsgerichts der Streitwert bei Leistungsklagen aus noch andauernden Dienstverhältnissen nach den streitigen Bruttobesoldungsansprüchen bis zum Zeitpunkt der Hängigkeit beim Verwaltungsgericht zuzüglich der Ansprüche bis zur nächstmöglichen Auflösung des Dienstverhältnisses seitens des Beschwerdeführers (VGr, 8. November 2000, PB.2000.00022, E. 2; RB 1998 Nr. 48; Kölz/Bosshart/Röhl, § 80b N. 3). Von der Beschwerdegegnerin anerkannt ist das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bis Ende Juli 2000. Die Beschwerde wurde am 2. Mai 2001 datiert und ging am 7. Mai 2001 beim Verwaltungsgericht ein. Der mit Wirkung ab 1. März 1992 angestellte Beschwerdeführer befand sich zu diesem Zeitpunkt im 10. Dienstjahr, weshalb für ihn eine Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils auf Ende eines Monats gegolten hätte (§ 18 Abs. 1 lit. d und Abs. 4 PST). Als streitig ist somit der Lohn des Beschwerdeführers ab August 2000 bis November 2001 zu betrachten; das sind 16 Monatsgehälter zu je Fr. 8329.- brutto, wenn hilfsweise vom letzten bekannten Lohn ausgegangen wird, bzw. insgesamt Fr. 133'264.- Mit dem Eventualantrag fordert der Beschwerdeführer jedoch eine Entschädigung und Abfindung in der Höhe von insgesamt 21 Monatsgehältern, was Fr. 174'909.- entspricht. Somit enthält der Eventualantrag den höheren Streitwert. Von ihm ist deshalb auszugehen; der Streitwert beträgt mithin Fr. 174'909.-. Die Kosten sind auf dem Gesamtbetrag, nicht nur auf dem Fr. 20'000.- übersteigenden Teil zu erheben (Kölz/ Bosshart/Röhl, § 80b N. 4). In Anwendung der §§ 2 und 3 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997 ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'000.- anzusetzen. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht die Ungültigkeit der Kündigung wegen nicht geheilter formeller Mängel festgestellt und die Sache zur Abklärung der materiellen Rechtfertigung der Kündigung und zur Bestimmung der Entschädigungen und der Abfindung an den Stadtrat Winterthur zurückgewiesen. Betrachtet man einzig den Wortlaut der Anträge des Beschwerdeführers, so wurde damit dem Hauptantrag, der die Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung forderte, entsprochen, und der Eventualantrag, der eine Entschädigung und Abfindung fordert, grundsätzlich gutgeheissen, wobei die Höhe des zuzusprechenden Betrags offen gelassen wird. Allerdings ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen Haupt- und Eventualantrag sowie der Beschwerdebeurteilung, dass der Hauptantrag auf die Nichtigkeit der Kündigung – und somit implizit das Weiterbestehen des Arbeitsverhältnisses – abzielt. Dieser Ansicht ist das Verwaltungsgericht nicht gefolgt. Es hat vielmehr entschieden, dass das Arbeitsverhältnis als aufgelöst zu betrachten ist und die Rechtsfolge der festgestellten Formmängel gemäss

§ 80 Abs. 2 VRG eine Entschädigung sein soll. Der Eventualantrag wiederum beansprucht Entschädigung und Abfindung gemäss dem Wortlaut der Beschwerdebeurteilung nur für den Fall, dass die Kündigung für materiell mangelhaft gehalten wird, während ein Begehren auf Entschädigung wegen formeller Mängel der Kündigung nur indirekt gestellt wird. Der Beschwerdeführer ist zwar jedenfalls für die formelle Ungültigkeit der Kündigung zu entschädigen bzw. abzufinden. Entschädigung und Abfindung hängen jedoch im Übrigen von der Würdigung aller Umstände ab, und die Frage der materiellen Zulässigkeit der Kündigung bleibt noch offen. Somit kann weder beim Haupt- noch beim Eventualstandpunkt von einem klaren Obsiegen des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Umgekehrt gaben die Gehörsverletzungen und die mangelhafte Sachverhaltsermittlung durch die Beschwerdegegnerin den Anlass zum Verfahren und den Ausschlag zur Rückweisung. Angesichts des Verfahrensausgangs und der genannten Umstände sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. b) Im vorinstanzlichen Verfahren wurden keine Kosten erhoben, worauf hier nicht zurückzukommen ist (vgl. § 13 Abs. 3 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 13 N. 28, 33 f.).

E. 11

Da keine Partei mehrheitlich obsiegt, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 32).

E. 12

Zusammenfassend ist festzuhalten: Mit dem vorliegenden Entscheid wird festgestellt, dass die streitige Kündigung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs formell ungenügend ist. Nach § 80 Abs. 2 VRG ist hierfür die Entschädigung zu bestimmen, die das Gemeinwesen zu entrichten hat. Zu entscheiden ist weiter sowohl über eine Entschädigung nach Art. 336a OR in Verbindung mit § 19 Abs. 3 PST als auch über eine Abfindung nach §§ 27 f. PST, wobei sich deren Grundlagen nicht entsprechen; insbesondere kann die Abfindung auch bei einer sachlich gerechtfertigten Kündigung geschuldet sein. Zur Bestimmung der finanziellen Folgen der Kündigung sind deren sachliche Grundlagen festzustellen; insoweit ist der Sachverhalt nicht genügend erstellt. Zu klären sind die Qualität der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers und die Ursachen der Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und seinem Vorgesetzten. Die Sache ist deshalb zur umfassenden Sachverhaltsabklärung und erneuten Entscheidung an den Stadtrat Winterthur zurückzuweisen. Die Beschlüsse des Stadtrats Winterthur vom 9. Februar 2000 und des Bezirksrats Winterthur vom 30. März 2001 sind demnach insoweit aufzuheben. Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Ziffer 1 des Beschlusses des Bezirksrats Winterthur vom 30. März 2001 und Ziffer 1 des Beschlusses des Stadtrats Winterthur vom 9. Februar 2000 werden aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die Kündigung wegen formeller Mängel nicht gerechtfertigt war. Die Sache wird an den Stadtrat Winterthur zur genügenden Feststellung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung im Sinn der Erwägungen zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2. ... 3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. ...