

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2003.00021 vom 25. Februar 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-02-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2003.00021

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2003.00021 du 25 février 2004

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2003.00021 del 25 febbraio 2004

Regeste

Kündigung | Laut der Beschwerdeführerin (Gemeinde) hat der Bezirksrat einem Gekündigten zu Unrecht eine Entschädigung wegen Verfahrensmängeln zugesprochen. Die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Administrativuntersuchung (vgl. PB.2002.00031) habe die Verfahrensrechte hinreichend gewahrt; in einem solchen Fall, wo auch das Vertrauensverhältnis zum Entlassenen fehle, müsse vor der Kündigung weder eine Mitarbeiterbeurteilung vorgenommen noch eine Bewährungsfrist angesetzt werden. Abweisung der Beschwerde. Beschwerdelegitimation der Gemeinde (E. 1). Grundlagen für den Entschädigungsanspruch bei formell mangelhafter Kündigung (E. 2.1). Die abschliessende Aufzählung der möglichen Auflösungsgründe eines Dienstverhältnisses im Personalrecht der Beschwerdeführerin schliesst einen eigenständigen ordentlichen Kündigungstatbestand wegen "fehlenden Vertrauens" aus, zumal ein solcher Tatbestand die besonderen Schutzbestimmungen bei einer Kündigung wegen mangelnder Leistung oder ungenügenden Verhaltens unterlaufen würde (E. 2.4.1 ff.). Sofern die kantonalen Verfahrensvorschriften über die bundesrechtlichen Mindestgarantien hinaus gehen, dürfen sie nicht im Hinblick auf das bundesrechtliche Minimum restriktiv interpretiert werden (E. 2.4.3). Die Bereitschaft einer zu entlassenden Person, sich während der Bewährungszeit an die Auflagen zu halten, darf nicht ohne konkrete Hinweise, die über das bisherige Verhalten hinaus gehen, im Voraus verneint werden (E. 2.4.4). Bei der Bemessung der Pönale soll auch berücksichtigt werden, dass die Arbeitgeberin mit der Nichtansetzung einer Bewährungsfrist das Arbeitsverhältnis um mindestens drei Monate verkürzt hat (E. 2.4.5).

Erwägungen

E. 4

Abteilung/4. Kammer Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Rechtsgebiet: Personalrecht Betreff: Kündigung Laut der Beschwerdeführerin (Gemeinde) hat der Bezirksrat einem Gekündigten zu Unrecht eine Entschädigung wegen Verfahrensmängeln zugesprochen. Die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Administrativuntersuchung (vgl. PB.2002.00031) habe die Verfahrensrechte hinreichend gewahrt; in einem solchen Fall, wo auch das Vertrauensverhältnis zum Entlassenen fehle, müsse vor der Kündigung weder eine Mitarbeiterbeurteilung vorgenommen noch eine Bewährungsfrist angesetzt werden. Abweisung der Beschwerde. Beschwerdelegitimation der Gemeinde (E. 1). Grundlagen für den Entschädigungsanspruch bei formell mangelhafter Kündigung (E. 2.1). Die abschliessende Aufzählung der möglichen Auflösungsgründe eines Dienstverhältnisses im Personalrecht der Beschwerdeführerin schliesst einen eigenständigen ordentlichen Kündigungstatbestand wegen "fehlenden Vertrauens" aus, zumal ein solcher Tatbestand die besonderen Schutzbestimmungen bei einer Kündigung wegen mangelnder Leistung oder

ungenügenden Verhaltens unterlaufen würde (E. 2.4.1 ff.). Sofern die kantonalen Verfahrensvorschriften über die bundesrechtlichen Mindestgarantien hinaus gehen, dürfen sie nicht im Hinblick auf das bundesrechtliche Minimum restriktiv interpretiert werden (E. 2.4.3). Die Bereitschaft einer zu entlassenden Person, sich während der Bewährungszeit an die Auflagen zu halten, darf nicht ohne konkrete Hinweise, die über das bisherige Verhalten hinaus gehen, im Voraus verneint werden (E. 2.4.4). Bei der Bemessung der Pönale soll auch berücksichtigt werden, dass die Arbeitgeberin mit der Nichtansetzung einer Bewährungsfrist das Arbeitsverhältnis um mindestens drei Monate verkürzt hat (E. 2.4.5).

Stichworte: ADMINISTRATIVUNTERSUCHUNG BEENDIGUNG DES DIENSTVERHÄLTNISSES BEWÄHRUNGSFRIST ENTSCHÄDIGUNG LEISTUNG MISSBRÄUCLICHE KÜNDIGUNG MITARBEITERBEURTEILUNG PÖNALE PÖNALENTSCHÄDIGUNG RECHTLICHES GEHÖR SACHLICHER GRUND VERHALTEN VERTRAUENSVERHÄLTNIS

Rechtsnormen: Art. 29 Abs. II BV Art. 336 Abs. I lit. a OR Art. 336 Abs. I lit. b OR Art. 336a OR Art. 336a Abs. II OR § 18 Abs. II PG § 18 Abs. III PG § 19 PG § 21 lit. b VRG § 16 VVPG § 18 Abs. I VVPG Publikationen: RB 2004 Nr. 115 S. 230 Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 2

I. A. B wurde im März 1997 von der Gemeinde X als Leiter des Gemeinschaftszentrums S (GZ S) angestellt. Trotz seiner grossen Verdienste für das GZ S, die von der Gemeinde X als Arbeitgeberin stets anerkannt worden sind, kam es immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten mit Mitarbeitenden des GZ S einerseits, dem Pächter des ebenfalls dem GZ S angegliederten Bistros andererseits. Weiter wurde B mehrfach darauf hingewiesen, dass er seine persönlichen Nebenbeschäftigungen deutlicher vom Betrieb des GZ S trennen sollte. Da sich trotz verschiedener Gespräche und Abmahnungen die Beschwerden im Frühling 2002 erneut häuften, wurde gegen B – nach einer Durchsuchung seines Büros – am 7. Mai 2002 eine Administrativuntersuchung eingeleitet. Gleichzeitig wurde B mit sofortiger Wirkung als Leiter des GZ S suspendiert, wobei ihm der Lohn weiterhin ausbezahlt wurde. Den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs wies der Bezirksrat W am 14. August 2002 ab. Am 4. Dezember 2002 wies auch das Verwaltungsgericht die von B erhobene Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (PB.2002.00031, www.vgrzh.ch).

B. Die schwerwiegendsten Vorwürfe gegen B konnten im Rahmen der Administrativuntersuchung nicht erhärtet werden. Dennoch kam Rechtsanwalt D, der die Untersuchung durchgeführt hatte, in seinem Bericht vom 6. August 2002 zum Schluss, dass eine Weiterbeschäftigung unter den gegebenen Umständen weder für die Gemeinde als Arbeitgeberin noch für die Mitarbeitenden im GZ S vertretbar sei. Mit Beschluss vom 13. August 2002 kündigte die Gemeinde X B erstmals per 30. November 2002. Da die Kündigung auf das Verhalten B's zurückzuführen sei, hätte gemäss Art. 21 der Personalverordnung der Gemeinde X vom 16. Oktober 2001 (PVO) eine Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt und eine Probezeit angesetzt werden müssen. Nach der im Kündigungsbeschluss geäusserten Meinung des Gemeinderats X setzt eine solche Bewährungsfrist jedoch die Einsicht zur Verbesserung voraus. In Würdigung des Umstandes, dass B trotz wiederholter Abmahnung gerügter Mängel nie bereit gewesen sei, Beschlüsse zu respektieren, sei davon auszugehen, dass auch eine zusätzliche Bewährungsfrist gestützt auf die Unmöglichkeit der weiteren Zusammenarbeit nicht mehr Platz greifen könne. Die Freistellung bleibe auch während der Kündigungsfrist bestehen.

C. Da B zum Zeitpunkt der Kündigung aufgrund eines Unfalls zu 100 % arbeitsunfähig war, erwies sich diese aufgrund des sinngemäss anwendbaren Art. 336c des Obligationenrechts (OR) als nichtig (Art. 22 PVO). Die Gemeinde X kündigte B deshalb nach dessen vollständiger Genesung am 8.

Oktober 2002 erneut, wobei sie für die Begründung der Kündigung auf ihren früheren Beschluss vom 12. August 2002 verwies. Mit der Kündigung per 31. Januar 2003 wurde die dreimonatige Kündigungsfrist eingehalten (Art. 19 Abs. 1 lit. c PVO). Die Freistellung blieb während der Dauer der Kündigungsfrist bestehen. II. Gegen die Kündigung vom 8. Oktober 2002 erhob B am 11. November 2002 Rekurs beim Bezirksrat W. Er beantragte die Feststellung, dass die Kündigung missbräuchlich im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR sei. Die Gemeinde X sei weiter zu verpflichten, ihm unter den Titeln Ferienguthaben, Überstundenabgeltung, Überstundenzuschläge und Wochenendzuschläge insgesamt Fr. 64'623.35 zu bezahlen. Schliesslich verlangte er als Entschädigung für die missbräuchliche Kündigung und für die nicht eingeräumte Bewährungsfrist Fr. 42'000.- und als Entschädigung für die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen (inkl. Anwaltskosten) Fr. 25'000.-. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde X. Der Bezirksrat W hiess den Rekurs am 24. Juni 2003 teilweise gut. Wegen Verletzung formeller Vorschriften im Zusammenhang mit seiner Entlassung wurde B eine Entschädigung von vier Monatslöhnen zugesprochen. Hingegen wurde er verpflichtet, der Gemeinde X eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen. III. Gegen diesen Entscheid liess die Gemeinde X am 2. September 2003 Beschwerde erheben und die folgenden Anträge stellen: "1. Der angefochtene Entscheid sei teilweise aufzuheben, nämlich soweit damit in teilweiser Gutheissung des Rekurses im Sinne der Erwägungen dem Rekurrenten eine Entschädigung von 4 Monatslöhnen zugesprochen wird (Disp. Ziff. I und II). 2. Es sei festzustellen, dass die mit Gemeinderatsbeschluss vom 8. Oktober 2002 gegenüber dem Beschwerdegegner ausgesprochene Kündigung formell nicht mangelhaft und damit nicht rechtsmissbräuchlich war. 3. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner keine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung schuldet. 4. Dispositiv Ziffer III betreffend Parteientschädigung sei aufzuheben. 5. Dem Beschwerdeführer sei zulasten des Beschwerdegegners für das Verfahren beider Instanzen eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen." Der Bezirksrat W schloss in seiner Vernehmlassung vom 17. September 2003 auf Abweisung der Beschwerde. B liess innert erstreckter Frist am 28. Oktober 2003 die Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge beantragen. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. Die Beschwerde richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Rekursentscheid des Bezirksrats über eine personalrechtliche Anordnung. Gemäss § 74 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) ist das Verwaltungsgericht für ihre Behandlung grundsätzlich zuständig. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ergibt sich aus § 80c in Verbindung mit §§ 70 und 21 lit. b VRG, betrifft doch der Rekursentscheid die Personalführung der Gemeinde und damit eine von der Beschwerdeführerin wahrzunehmende Aufgabe (VGr, 10. Juli 2002, PB.2001.00016/17 E. 1b, und 22. November 2000, PB.2000.00012, E. 1b – beides unter www.vgrzh.ch). Auf die fristgerecht erhobene Beschwerde ist damit einzutreten. 2. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet im Wesentlichen die Frage, ob dem Beschwerdegegner zu Unrecht eine Entschädigung für die Verletzung der formellen Vorschriften bei seiner Kündigung zugesprochen worden ist und ob sich eine Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen rechtfertigen lässt. Diese Frage, welche die Beschwerdeführerin vorab mit ihrem Antrag 1 aufwirft, umfasst auch die beiden in den Beschwerdeanträgen 2 und 3 enthaltenen Feststellungsbegehren. Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin auch die Parteientschädigung, die ihr im Rekursverfahren zugesprochen wurde, als zu gering. Die übrigen finanziellen Forderungen, die der Beschwerdegegner als Rekurrent im

vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hat, gehören grundsätzlich nicht mehr zum gegenwärtigen Verfahrensgegenstand. 2.1 Die Vorinstanz stützt die Entschädigung auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, welche in mehreren Entscheiden formelle Mängel bei der Kündigung als Entschädigungsgrundlage anerkannt hat (zuletzt

E. 5

Juli 2003, PB.2002.00008, E. 3; 6. Dezember 2001, PB.2001.00021, E. 3e; 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 6a = ZBl 102/2001 S. 581; 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 4c – alle Entscheide unter www.vgrzh.ch). Voraussetzung für die Entschädigung bildet neben anderem die Unmöglichkeit, den formellen Kündigungsmangel anderweitig wieder gut zu machen, namentlich etwa durch eine Wiederholung des fehlerhaften Verfahrensablaufs. Da die Kündigung vom 8. Oktober 2002 grundsätzlich gültig war – wenn auch allenfalls mit einem formellen Mangel behaftet –, wurde durch sie das Dienstverhältnis aufgelöst. Da das kommunale Recht die Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses im Anfechtungsweg nicht vorsieht (Art. 20 Abs. 3 PVO; vgl. etwa VGr, 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 2b, www.vgrzh.ch), wäre die Wiederholung des mangelhaften Verfahrensschritts nicht möglich. Die nachträgliche Ansetzung einer Bewährungsfrist in einem Arbeitsverhältnis, das bereits rechtsgültig aufgelöst ist, wäre juristisch widersinnig. Insofern war die Bejahung eines Entschädigungsanspruchs durch die Vorinstanz folgerichtig. Es stellt sich jedoch die hier entscheidende Frage, ob das Vorgehen der Beschwerdeführerin bei der Kündigung formell mangelhaft war. 2.2 Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass die in Art. 21 PVO vorgesehene Mitarbeiterbeurteilung sowie die Ansetzung einer Bewährungsfrist hier unterlassen wurden. Grundsätzlich stimmt sie der Vorinstanz auch darin zu, dass die Nichtbeachtung dieser Vorschrift keinen der in Art. 20 PVO angeführten Tatbestände darstellt, welche einen Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher oder sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung nach Art. 336a OR begründen. Gegen die von der Praxis vorgezeichnete analoge Anwendung der letztgenannten Bestimmungen bei formellen Kündigungsmängeln wendet sie grundsätzlich nichts ein, erachtet im gegebenen Fall die Voraussetzungen jedoch für nicht gegeben. Es handle sich bei der Vorschrift, dass vor der Kündigung eine Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen und dem Angestellten eine Bewährungsfrist anzusetzen sei, um eine Konkretisierung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV). Der sich aus dem rechtlichen Gehör ergebende Sinn und Zweck der Mitarbeiterbeurteilung sei der, dass bei Vorwürfen, die zu einer Kündigung wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens führten, den Arbeitnehmenden im Rahmen der Mitarbeiterbeurteilung die Gelegenheit gegeben werde, dazu Stellung zu nehmen. Im vorliegenden Fall seien dem Beschwerdegegner die Mängel in seiner Amtsführung und im Umgang mit Mitarbeitenden und Vorgesetzten zwar nicht im Rahmen des nach Art. 21 PVO vorgeschriebenen Verfahrens vorgehalten worden. Unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs sei jedoch viel mehr getan worden, als dies von Art. 21 PVO gefordert werde. Die Administrativuntersuchung durch eine aussenstehende Drittperson habe einerseits zu einer gründlichen Abklärung aller Vorwürfe geführt. Andererseits habe der Beschwerdeführer zu allen Aktenstücken, Aussagen und Ergebnissen der Untersuchung Stellung nehmen können. Was dagegen die in Art. 21 PVO vorgesehene Bewährungsfrist betreffe, so wäre eine solche im konkreten Fall unverhältnismässig gewesen. Die Ansetzung einer Bewährungsfrist setze die Bereitschaft des Mitarbeiters voraus, sein Verhalten zu ändern. Im konkreten Fall habe die Erfahrung jedoch deutlich gezeigt, dass der Beschwerdegegner trotz wiederholter Mahnungen und Hinweise nicht gewillt gewesen sei, sein

Verhalten zu ändern und die Weisungen seiner Vorgesetzten umzusetzen. Entscheidend sei aber auch gewesen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin tief greifend zerstört worden sei. Wenn die schwere Treuwidrigkeit allenfalls auch noch keine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermöge – was hier aber nicht in Frage stehe – und zu einer ordentlichen Kündigung geschritten werde, so könne die Folge nicht sein, dass zwingend noch eine Bewährungsfrist eingeräumt werden müsse. Art. 21 PVO spreche denn auch ausdrücklich nur von "Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung und dem Verhalten" und lasse die Kündigung wegen Vertrauensverlustes ausgeklammert. Die Vorinstanz sei insgesamt in überspitzten Formalismus verfallen, indem sie im konkreten Fall aus der Nichtanwendung von Art. 21 PVO eine Rechtsverletzung und gestützt darauf einen Entschädigungsanspruch bejaht habe. Selbst wenn dieser Ansicht aber zu folgen wäre, liege eine Entschädigung von vier Monatslöhnen viel zu hoch, da ja die Obergrenze der Entschädigung aufgrund des analog anwendbaren Art. 336a Abs. 2 OR bei sechs Monatslöhnen liege und die Rechtsverletzung hier keinesfalls schwer wiegen könne.

2.3 Der Beschwerdegegner lässt dagegen vorbringen, es sei ihm weder vor der ersten (nichtigen) Kündigung vom 13. August 2002 noch vor der zweiten Kündigung vom 8. Oktober 2002 das rechtliche Gehör zur Frage der Kündigung gewährt worden. Es bedeute aber ohnehin einen Eingriff in seine Rechtsstellung, wenn ihm aufgrund einer Administrativuntersuchung – die er inhaltlich und in ihrer ihm negativ gesinnten Tendenz in Frage stellt – seine in Art. 21 PVO gewährleisteten Rechte verkürzt würden. Es könne auch keine Rede davon sein, dass es am notwendigen Vertrauensverhältnis gefehlt habe, sei er doch noch kurz vor der Einleitung der Administrativuntersuchung mit wichtigen neuen Aufgaben in der Jugendkommission betraut worden. Weiter treffe es nicht zu, dass der Beschwerdegegner nicht fähig und willens gewesen sei, auf Kritik zu reagieren und seine Verhaltensweisen zu ändern. Der Nachweis, dass er Weisungen oder Beschlüsse der Vorgesetzten missachtet habe, sei ebenfalls nicht erbracht worden. Auf jeden Fall sei nicht nachvollziehbar, dass eine allfällige Bewährungsfrist gemäss Art. 21 BVO nicht hätte gewährt werden können. Insgesamt erscheine damit die Zusprechung einer Entschädigung für die formell mangelhafte Kündigung nicht als überspitzt formalistisch. Sie sei vielmehr folgerichtig und angesichts der Schwere des Eingriffs, den die Missachtung der Verfahrensvorschriften für den Beschwerdeführer bedeutete, auch in der Höhe angemessen.

2.4.1 Art. 18 PVO zählt die Gründe für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin abschliessend auf. Da vorliegend kein befristetes Arbeitsverhältnis ausgelaufen (lit. b), keine Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen vereinbart worden (lit. c) und auch kein anderer Auflösungsgrund (Alter, Invalidität, Tod, Verzicht auf Wiederwahl, lit. e-h) eingetreten ist, verbleiben einzig die Kündigung (lit. a) und die Auflösung aus wichtigem Grund (lit. d) als Beendigungsgründe. Wie sich aus der Verfügung vom 8. Oktober 2002 eindeutig ergibt, handelt es sich bei der von der Beschwerdeführerin ausgesprochenen Auflösung des Dienstverhältnisses um eine ordentliche Kündigung, nicht um eine fristlose Auflösung aus wichtigem Grund. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch nicht vor, dass die Voraussetzungen für die Letztere erfüllt gewesen wären. Eine ordentliche Kündigung wiederum darf laut Art. 20 Abs. 2 PVO, der inhaltlich § 18 Abs. 2 des (kantonalen) Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG) entspricht, nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Laut dem bereits mehrfach zitierten Art. 21 PVO, der inhaltlich § 19 PG entspricht, muss die Anstellungsinstanz, bevor sie eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht, dem oder der

Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten einräumen. Weiter müssen Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, durch eine Mitarbeiterbeurteilung belegt werden. Zur minimalen Dauer der Bewährungsfrist lassen sich dem kommunalen Recht keine Vorschriften entnehmen. Aufgrund des Verweises in Art. 3 PVO gelten indes sinngemäss das Personalgesetz und dessen Ausführungserlasse, soweit die Personalverordnung der Gemeinde X nichts Abweichendes regelt. Anwendbar ist demnach auch § 18 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVPG), dessen Satz 2 bestimmt, dass die Bewährungsfrist ab dem zweiten Dienstjahr in der Regel drei bis sechs Monate beträgt.

2.4.2 Die Beschwerdeführerin lässt vorbringen, die Kündigung des Beschwerdegegners sei überwiegend deshalb erfolgt, weil das Vertrauensverhältnis zu ihm nicht mehr bestanden habe. Art. 21 PVO beschlage dagegen nur die Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung und dem Verhalten, sei deshalb auf eine Kündigung wegen des verlorenen Vertrauensverhältnisses nicht anwendbar. Mit dieser Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin zunächst, dass die Beendigungsgründe in der Personalverordnung grundsätzlich abschliessend aufgezählt sind. Es können nicht neue Kündigungstatbestände geschaffen werden, für die dann die dem Schutz der Angestellten dienenden Bestimmungen in Art. 20 und 21 PVO nicht mehr gelten. Sofern der Vertrauensverlust so gewichtig ist, dass eine weitere Zusammenarbeit nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist, kann die fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen gemäss Art. 23 PVO in Betracht gezogen werden. Die Kündigung war hier aber eine ordentliche, weshalb den Voraussetzungen der fristlosen Kündigung nicht weiter nachgegangen werden muss. Das verlorene Vertrauensverhältnis als eigenständigen Kündigungstatbestand zu betrachten würde darauf hinauslaufen, dass jedes als mangelhaft empfundene Verhalten, das zu Streitigkeiten zwischen den Parteien Anlass bietet, in eine Störung des Vertrauensverhältnisses umdeutbar wäre und so die Schutzvorschriften in Art. 21 PVO umgangen werden könnten. Ein gestörtes Vertrauensverhältnis liesse sich auf den ersten Blick allenfalls als sachlich zureichender Kündigungsgrund gemäss Art. 20 Abs. 2 PVO qualifizieren. Dem steht jedoch die unzweideutige Anlehnung des anwendbaren kommunalen Personalrechts an das kantonale Recht entgegen, das aufgrund der Verweisung in Art. 3 PVO ohnehin ergänzend beizuziehen ist. Das kantonale Recht umschreibt die in § 18 Abs. 2 PG erwähnten sachlichen Kündigungsgründe in § 16 VVPG näher. Genannt werden mangelhafte Leistungen oder unbefriedigendes Verhalten (Abs. 1 lit. a), die Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen (Abs. 1 lit. b) und der besondere Fall, dass der oder die Angestellte aus gesundheitlichen Gründen während langer Zeit wiederholt oder dauernd an der Erfüllung der Aufgaben verhindert ist (Abs. 1 lit. c). Auch aus dieser Aufzählung erhellt, dass nur in besonderen Fällen auf Mitarbeiterbeurteilung und Bewährungsfrist verzichtet werden kann (sinngemäss VGr, 27. Mai 2003, PB.2003.00006, E. 2a/bb, www.vgrzh.ch). Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Tatbestand des Vertrauensverlusts figuriert nicht darunter. Anzumerken ist schliesslich, dass auch der Schlussbericht der Administrativuntersuchung vom 6. August 2002, der die Kündigung empfiehlt, festhält, dass eine "Kündigung zweifellos mit dem Verhalten B's im Zusammenhang stünde".

2.4.3 Die Beschwerdeführerin legt grundsätzlich zu Recht dar, dass Art. 21 PVO bzw. § 19 PG – insbesondere die Pflicht, den oder die Angestellte in einer Mitarbeiterbeurteilung mit den Vorwürfen zu konfrontieren, die zur Kündigung Anlass geben – als Ausdruck des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu gelten hätten. Dem rechtlichen Gehör wiederum könne auch in anderer Art und Weise genügt werden, etwa indem dem oder der An-

gestellten in einem anderen Rahmen ausgiebig Gelegenheit geboten werden, sich zu den Vorhaltungen zu äussern. Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass Art. 29 Abs. 2 BV nur eine Mindestanforderung formuliert (siehe etwa Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich etc. 2001, N. 827; Tobias Jaag, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung in: Peter Gauch/Daniel Thürer [Hrsg.], Die neue Bundesverfassung, Zürich etc. 2002, S. 25 ff., 45). Staatliche Verfahren haben als ununterschreitbares Minimum den in Art. 29 Abs. 2 BV enthaltenen Gewährleistungen zu genügen. Soweit kantonales oder kommunales Recht dagegen in Konkretisierung der Zielrichtung von Art. 29 Abs. 2 BV Garantien aufstellen, die über das bundesrechtlich vorgegebene Minimum hinausgehen, kann die Minimalgarantie nicht wieder zur restriktiven Interpretation dieser konkretisierten Gewährleistungen beigezogen werden (vgl. Reinhold Hotz, St. Galler Kommentar, 2002, Art. 29 BV N. 25; Jaag, S. 45). Genau das strebt jedoch die Beschwerdeführerin an, indem sie gegen den klaren Wortlaut von Art. 21 PVO auf eine Mitarbeiterbeurteilung und die Ansetzung einer Probezeit verzichten möchte, da dem Anspruch auf rechtliches Gehör, wie er sich aus der Bundesverfassung ergibt, bereits genügt worden sei. Die beschwerdeführerische Argumentation findet auch keine Stütze in dem von ihr angeführten Entscheid (RB 1995 Nr. 21), ging es dort ja gerade um einen Fall, in dem das anwendbare Personalrecht keine Anhörungsrechte des oder der Angestellten vorsah und deshalb auf die bundesverfassungsrechtliche Minimalgarantie zurückgegriffen werden musste. Vorab stellt der angeführte Entscheid aber klar, dass "der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör ... zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben" werde. Wenn – wie im vorliegenden Fall – die anwendbaren Verfahrensvorschriften für die Betroffenen mehr Schutz bieten, sind diese anzuwenden. Rechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin – trotz des anscheinend schon vorher unbefriedigenden Verhaltens des Beschwerdegegners – nicht den in Art. 21 PVO vorgezeichneten Weg beschritten hat, sondern die Vorwürfe gegen diesen in einer Administrativuntersuchung abklären liess und ihn für die Dauer des Verfahrens freistellte (vgl. VGr, 4. Dezember 2002, PB.2002.00031, www.vgrzh.ch). Ein solches Vorgehen ersetzt jedoch nicht die im anwendbaren Personalrecht vorgezeichneten Kündigungsmodalitäten. Vor allem aber kann dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden, dass nach der lang dauernden Freistellung, der ausführlichen Administrativuntersuchung und den zahlreichen damit verbundenen Unstimmigkeiten das Vertrauensverhältnis seitens der Beschwerdeführerin nicht mehr besteht. Die Notwendigkeit, im Fall mangelhafter Leistung oder mangelhaften Verhaltens eine Bewährungsfrist anzusetzen, ist zudem Ausdruck des im öffentlichen Recht grundsätzlich weitergehenden Kündigungsschutzes, des Willkürverbots sowie des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (vgl. 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). Mit dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs wird damit der Sinn von Art. 21 PVO und § 19 PG nicht vollumfänglich eingefangen. Auch aus diesem Grund ist der beschwerdeführerischen Argumentation nicht beizupflichten.

2.4.4 Nach der beschwerdeführerischen Ansicht setzt die Ansetzung einer Bewährungsfrist im Sinn von Art. 21 PVO die Bereitschaft der angestellten Person voraus, das bemängelte Verhalten zu ändern. Von dieser Bereitschaft sei beim Beschwerdegegner nicht auszugehen gewesen. Der Verzicht auf eine Bewährungsfrist erweise sich damit als zulässig. Ob die Bereitschaft einer Person besteht, das Verhalten den von den vorgesetzten Behörden gestellten Anforderungen anzupassen, ist eine Frage, die höchstens dann in

antizipierender Würdigung der Verhältnisse beurteilt werden könnte, wenn deutliche Erklärungen der angestellten Person vorlägen, dass sie das Verhalten keinesfalls ändern werde. Wie in diesem Fall zu verfahren wäre – das heisst, ob selbst in einem solchen Fall überhaupt die Bewährungsfrist ausgesetzt werden dürfte – kann im konkreten Fall jedoch offen bleiben. Die Einschätzung der Beschwerdeführerin beruht zwar auf ihren bisherigen Erfahrungen mit dem Beschwerdegegner. Diese dürfen nach dem Zweck der Bewährungsfrist aber gerade nicht als Grundlage herangezogen werden, um das Arbeitsverhältnis wegen unbefriedigenden Verhaltens ohne weitere Voraussetzungen aufzulösen: Anders als etwa die Effizienz und Qualität der Arbeitsleistung lässt sich das Verhalten eines Arbeitnehmers nicht klar objektivieren. Stets spielen subjektive Einschätzungen der beurteilenden Person eine nicht unwesentliche Rolle. Dementsprechend erhöht sich in solchen Fällen die Begründungslast (vgl. Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 409 ff.; Lorenz Kneubühler, *Die Begründungspflicht – Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide*, Bern etc. 1998, S. 186 f.). Nur wenn sich genügend erhärtet, dass das Verhalten eines Arbeitnehmers den Betriebsablauf stört oder das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Vorgesetzten dadurch erschüttert ist, kann das Vorliegen eines sachlich genügenden Kündigungsgrundes bejaht werden (VGr, 6. Dezember 2001, PB.2001.00021, E. 4d, www.vgrzh.ch). Das unbefriedigende Verhalten einer angestellten Person kann also in der Regel nur als Ausgangspunkt für eine Mitarbeiterbeurteilung dienen, in der ihr die entsprechenden Vorhaltungen gemacht werden, und an die dann eine Bewährungsfrist anschliesst. Dürfte bereits aufgrund bisheriger Vorkommnisse – die im konkreten Fall im Übrigen kein besonderes Gewicht aufweisen – beurteilt werden, wie wohl die Bewährungsfrist verlaufen würde, wäre die Bewährungsfrist und mit ihr der gesamte Schutz von Art. 21 PVO obsolet. Das Verhalten innerhalb der Bewährungsfrist dient gerade der verlangten Objektivierung des Kündigungsgrundes unbefriedigenden Verhaltens. Die beschwerdeführerische Interpretation von Art. 21 PVO, der inhaltlich § 19 PG entspricht, kann damit auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

2.4.5 Selbst wenn die Voraussetzungen für eine Entschädigung wegen formell mangelhafter Kündigung erfüllt sein sollten, erachtet die Beschwerdeführerin die zugesprochene Summe von vier Monatslöhnen als zu hoch. Die Verletzung wöge keinesfalls so schwer, dass sich die Zusprechung von zwei Dritteln des Maximums von sechs Monatslöhnen gemäss Art. 336a Abs. 2 OR rechtfertigen würde. Zum Vergleich führt sie ein verwaltungsgerichtliches Präjudiz an (5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3, www.vgrzh.ch), in dem bei einer viel schwerer wiegenden Verletzung formeller Kündigungsvorschriften und nach über zehnjähriger Anstellungsdauer einem damals 50-jährigen Entlassenen ebenfalls nur vier Monatslöhne zugesprochen worden seien. Hier wiege eine allfällige Verletzung auf jeden Fall weniger schwer, was zu einer Reduktion der Pönale führen müsse. Die Bemessungsregel von Art. 336a Abs. 2 OR ist nach der Rechtsprechung bei der fehlerhaften Auflösung eines öffentlichen Dienstverhältnisses sinngemäss beizuziehen, sofern das anwendbare Recht wie hier darauf verweist (Art. 20 Abs. 3 PVO; zum Beispiel VGr, 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3b, und 6. Dezember 2001, PB.2001.00021, E. 3g – beides unter www.vgrzh.ch). Die Pönale bemisst sich dabei nach der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Nach der privatrechtlichen Lehre und Praxis (dazu Manfred Rehbin-der/Wolfgang Portmann, *Basler Kommentar*, 2003, Art. 336a OR N. 2 f.) gehören zu den in Betracht fallenden Umständen die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, insbesondere

auch das Vorgehen bei der Kündigung, die wirtschaftlichen Verhältnisse des entschädigungspflichtigen Arbeitgebers sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung sind aber auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Im hier zu beurteilenden Fall ist dem Beschwerdeführer im Rahmen der Administrativuntersuchung wiederholt die Gelegenheit eingeräumt worden, zu den ihn betreffenden Vorwürfen sowie auch zum Untersuchungsergebnis Stellung zu nehmen. Die Gehörsverletzung, zu der die Unterlassung der Mitarbeiterbeurteilung im Sinn von Art. 21 Abs. 2 PVO geführt hat, wiegt damit nicht besonders schwer. Immerhin dürfte die Schwere der Verletzung, die in einem verwaltungsgerichtlichen Entscheid vom 6. Dezember 2001 zu einer Entschädigung von zwei Monatslöhnen geführt hat, erreicht worden sein (VGr, 6. Dezember 2001, PB.2001.00021, E. 3g, www.vgrzh.ch). Bei der Bemessung ist jedoch zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer – bei der vollständig korrekten Durchführung des Verfahrens – eine Probezeit von mindestens drei Monaten hätte eingeräumt werden müssen. Dass dies unterlassen wurde, bedeutet einerseits einen nicht leicht zu nehmenden Eingriff in die Rechtssphäre des Beschwerdegegners, der sich stets mit grossem Engagement seiner Aufgabe gewidmet hat und diese auch weiterhin übernommen hätte. Vor allem aber bedeutet die Nichtansetzung der Probezeit eine Verkürzung der gesamten Anstellungsdauer um mindestens drei Monate. Wenn deshalb die Vorinstanz unter Abwägung all dieser Umstände eine Pönale von vier Monatslöhnen für angemessen gehalten hat, ist dies nicht zu beanstanden.

2.4.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen für eine Entschädigung wegen formeller Mängel des Kündigungsverfahrens zu Recht bejaht und die Entschädigung korrekt bemessen hat. Die Beschwerde ist damit in den Hauptpunkten abzuweisen.

3. 3.1 Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzungen für die Parteientschädigung gemäss § 17 Abs. 2 VRG sowohl für die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als gegeben. Der Beschwerdeführerin und damaligen Rekursgegnerin sprach sie eine Entschädigung von Fr. 3'500.-, dem Beschwerdeführer und damaligen Rekurrenten eine solche von Fr. 2'500.- zu, was per Saldo eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zu Gunsten der Rekursgegnerin und jetzigen Beschwerdeführerin zeitigte. Die Beschwerdeführerin verlangt die Erhöhung dieser Parteientschädigung.

3.2 Im Rekursverfahren kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe ihres Gegners verpflichtet werden, wenn etwa die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Haben aufgrund des Verfahrensausgangs zwei oder mehrere sich gegenüberstehende Parteien Anspruch auf Parteikostensatz, sind die Entschädigungen gegeneinander zu verrechnen (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 17 N. 32, mit Hinweisen). Wie die Entschädigung im Einzelfall zu bemessen ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Entsprechend ist die Parteientschädigung von der Rechtsmittelinstanz nach freiem (aber pflichtgemäsem) Ermessen festzusetzen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 37). Gemeinwesen haben in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Vor allem grössere und leistungsfähigere Gemeinwesen haben sich so zu organisieren, dass sie Verwaltungsstreitsachen selbst durchfechten können (Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 19). Selbst wenn der Beschwerdegegner und damalige Rekurrent im Vergleich zur Beschwerdeführerin und damaligen Rekursgegnerin in geringerem Ausmass obsiegt hat, darf berücksichtigt werden, dass eine grosse Gemeinde

wie die Beschwerdeführerin grundsätzlich bereits über massgebliches Vor- und Fachwissen in verwaltungs- und personalrechtlichen Fragen verfügt, was den Verbeistandungsbedarf reduziert. Im Hinblick auf diesen Unterschied zwischen den am Rekursverfahren beteiligten Parteien bewegt sich die Bemessung der Parteientschädigung durch die Vorinstanz im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens. Auch in diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen. 4. Da die Beschwerde vollumfänglich abgewiesen wird, sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und bleibt ihr eine Parteientschädigung versagt (§ 17 Abs. 2 VRG). Dem Beschwerdegegner steht indes eine angemessene Parteientschädigung zu, da das Verfahren verhältnismässig schwierige Rechtsfragen aufgeworfen hat, die den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'600.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 60.-- Zustellungskosten, Fr. 2'660.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen. 5. ...

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