

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2004.00087 vom 23. März 2005

ZH Verwaltungsgericht, 2005-03-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2004.00087

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2004.00087 du 23 mars 2005

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2004.00087 del 23 marzo 2005

Regeste

Kündigung | Formell mangelhafte Kündigung Missbräuchlichkeit der zu beurteilende Kündigung verneint, da sich diese nicht mit als missbräuchlich beurteilten Kündigungen in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen vergleichen lässt (E. 2). Kann der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an einer Anhörung nicht teilnehmen, ist es zulässig, ihn zu einer schriftlichen Stellungnahme aufzufordern (E. 3.1). Die Behörde verweigerte der Anwältin des Arbeitnehmers zu Unrecht eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme (E. 3.2). Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass das Vertrauensverhältnis verloren gegangen ist, muss er sich entscheiden, ob der Vertrauensverlust derart gravierend ist, dass eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist. Entscheidet er sich dagegen, wie hier (E. 4.1), für eine ordentliche Kündigung, ist diese nur aus einem der (freilich nicht abschliessend aufgezählten) Gründe gemäss § 16 Abs. 1 VVPG zulässig. Ein Vertrauensverlust resultiert in aller Regel aus unbefriedigendem Verhalten und/oder mangelhafter Leistung. Die Behörde hätte deshalb eine Mitarbeiterbeurteilung durchführen und anschliessend eine Bewährungsfrist ansetzen müssen (E. 4.2). Die Behörde missachtete mehrere Vorschriften des Verfahrens der ordentlichen Kündigung, weshalb sie zu einer Entschädigung von drei Monatslöhnen verpflichtet wird (E. 5). Teilweise Gutheissung

Erwägungen

E. 4

Abteilung/4. Kammer Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Rechtsgebiet: Personalrecht
Betreff: Kündigung Formell mangelhafte Kündigung Missbräuchlichkeit der zu beurteilende Kündigung verneint, da sich diese nicht mit als missbräuchlich beurteilten Kündigungen in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen vergleichen lässt (E. 2). Kann der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an einer Anhörung nicht teilnehmen, ist es zulässig, ihn zu einer schriftlichen Stellungnahme aufzufordern (E. 3.1). Die Behörde verweigerte der Anwältin des Arbeitnehmers zu Unrecht eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme (E. 3.2). Ist der Arbeitgeber der Auffassung, dass das Vertrauensverhältnis verloren gegangen ist, muss er sich entscheiden, ob der Vertrauensverlust derart gravierend ist, dass eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist. Entscheidet er sich dagegen, wie hier (E. 4.1), für eine ordentliche Kündigung, ist diese nur aus einem der (freilich nicht abschliessend aufgezählten) Gründe gemäss § 16 Abs. 1 VVPG zulässig. Ein Vertrauensverlust resultiert in aller Regel aus unbefriedigendem Verhalten und/oder mangelhafter Leistung. Die Behörde hätte deshalb eine Mitarbeiterbeurteilung durchführen und anschliessend eine Bewährungsfrist ansetzen müssen (E. 4.2). Die Behörde missachtete mehrere Vorschriften des Verfahrens der ordentlichen Kündigung, weshalb sie zu einer Entschädigung von drei Monatslöhnen verpflichtet wird (E. 5). Teilweise Gutheissung

Stichworte: ANHÖRUNG BEENDIGUNG DES DIENSTVERHÄLTNISSSES FORMELL
MANGELHAFTE KÜNDIGUNG FORMELLER MANGEL FRISTERSTRECKUNG
MANGELHAFTE LEISTUNG MISSBRÄUHLICHE KÜNDIGUNG
MITARBEITERBEURTEILUNG UNBEFRIEDIGENDES VERHALTEN

VERTRAUENSVERLUST Rechtsnormen: Art. 5 Abs. 3 BV Art. 336 OR § 16 PG § 16 lit.
d PG § 18 Zus. 2 PG § 19 Abs. 2 PG § 31 Abs. 1 PG § 12 Abs. 1 VRG § 16 Abs. 1 VVPG

Publikationen: - keine - Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung)

Gewichtung: 3 I. A arbeitete ab 1988 bei der Klinik C zunächst als Hilfspfleger, dann als medizinisch-technischer Assistent und Programmierer und schliesslich (seit Ende 2002) als Verwaltungssekretär. Am 18. November 2003 kündigte die Klinik C das Dienstverhältnis per 31. Mai 2004 mit der Begründung, dass Bemühungen um eine Besprechung seit der Erkrankung von Mitte Mai 2003 erfolglos geblieben seien. II. Am 5. November 2004 hiess die Gesundheitsdirektion einen dagegen erhobenen Rekurs teilweise gut und verpflichtete die Klinik C zu einer Entschädigung von einem Monatslohn. Über die beantragte Abfindung werde ausserhalb des Rekursverfahrens entschieden. III. Mit Beschwerde vom 9. Dezember 2004 beantragte A beim Verwaltungsgericht neben der Feststellung der Missbräuchlichkeit und der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Kündigung eine Entschädigung von vier Monatslöhnen (Fr. 29'454.-) zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit dem 19. November 2003. Weiter verlangte er von der Klinik C eine Parteientschädigung für Rekurs- und Beschwerdeverfahren sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und eines unentgeltlichen Rechtsbeistands. Die Klinik C und die Gesundheitsdirektion beantragten die Abweisung der Beschwerde. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich aus § 74 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG). Aufgrund des Streitwerts ist die Beschwerde durch die Kammer zu behandeln (§ 38 Abs. 1 f. VRG). 1.2 Der Beschwerdeführer verlangt eine Entschädigung von vier Monatslöhnen nebst Verzugszinsen. – Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kann nur das sein, was Gegenstand des Rekursverfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (VGr, 9. April 2003, VB.2002.00409, E. 1b, www.vgrzh.ch; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 52 N. 3). Im Rekursverfahren machte der Beschwerdeführer eine Entschädigung von drei Monatslöhnen (ohne Verzugszins) geltend. Dass er das Begehren nachträglich – in der Replik – auf vier Monatslöhne erhöhte, ist unerheblich, da der Antrag in der Hauptsache nur innerhalb der Rekursfrist geändert werden kann (Kölz/Bosshart/Röhl, § 23 N. 15). Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten, soweit damit eine Entschädigung geltend gemacht wird, die über drei Monatslöhne hinaus geht und zusätzlich zu verzinsen ist. 2. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, dass die Kündigung missbräuchlich und folglich mehr als die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung von einem Monatslohn geschuldet sei. – Gemäss § 18 Abs. 2 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) darf die Kündigung nicht missbräuchlich im Sinne des Obligationenrechts (OR) sein. Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend, sondern vielmehr eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) bzw. Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (BGE 125 III 70 E. 2a). Missbräuchlichkeit kann sich unter anderem aus der Art und Weise ergeben, in der der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht ausübt (BGE 118 II 57 E. 4b/bb am Ende), etwa indem er das Gebot zur schonenden Rechtsausübung verletzt (BGE 125 III 70

E. 2b). Die Klinik C forderte den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Oktober 2003 auf, am 4. November 2003 zu einer Besprechung zu erscheinen. Der direkte Vorgesetzte hatte sich bereits drei Wochen zuvor gegen eine weitere Zusammenarbeit ausgesprochen. Der Beschwerdeführer lässt rügen, die Kündigung sei somit "unabhängig vom Inhalt seiner Stellungnahme ... bereits beschlossene Sache" gewesen. – Gemäss § 31 Abs. 1 PG sind Angestellte vor Erlass einer sie belastenden Verfügung anzuhören. Eine Verfügung wird allerdings erst mit der förmlichen Bekanntgabe rechtswirksam (Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 3). Im Hinblick auf § 31 Abs. 1 PG ist es demnach irrelevant, zu welchem Zeitpunkt der Entscheid zur Kündigung konkrete Gestalt annahm. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anhörung auf einen Zeitpunkt vor der Eröffnung der Kündigung angesetzt wurde und die Behörde dadurch Gelegenheit hatte, bei neuen Erkenntnissen von einer Kündigung abzusehen (VGr, 18. August 2004, PB.2004.00008, E. 2.1.3, www.vgrzh.ch). Die Klinik C hat sich weder im Rekurs- noch im Beschwerdeverfahren dahingehend geäussert, dass sie dem Ergebnis der Besprechung keinerlei Bedeutung zugemessen hätte. Dadurch unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende von einem vom Bundesgericht entschiedenen Fall. Dort gab der Arbeitgeber vor, über die von der Arbeitnehmerin erhobenen Forderungen nachzudenken und dieser zu gegebener Zeit seinen Entscheid mitzuteilen. In Wirklichkeit hatte er aber bereits mehr als zwei Monate zuvor einen Ersatz für die Arbeitnehmerin gefunden. Dadurch trieb er ein falsches und verdecktes Spiel, das dem Grundsatz von Treu und Glauben krass zuwiderlief (BGE 118 II 157 E. 4b/cc). Hier hat die Klinik C vor der Kündigung dagegen keinen Nachfolger für den Beschwerdeführer gesucht. Demnach wäre die anberaumte Besprechung keineswegs eine blosser Farce gewesen, sondern hätte gegebenenfalls zur Klärung der erhobenen Vorwürfe beigetragen. Zudem wäre eine Weiterbeschäftigung nicht im Bereich des Unmöglichen gelegen, zumal der Beschwerdeführer vor seiner Anstellung als Verwaltungssekretär bereits verschiedene andere Funktionen wahrgenommen hatte und es sich bei der Klinik C um eine grössere Arbeitgeberin mit zahlreichen Beschäftigungsmöglichkeiten handelt. Schliesslich spielte die Klinik C mit offenen Karten, indem sie dem Beschwerdeführer vor der Kündigung mitteilte, dass sein direkter Vorgesetzter diese beantragt habe. Die Art und Weise der Kündigung erweist sich nach dem Gesagten nicht als missbräuchlich, womit das diesbezügliche Feststellungsbegehren abzuweisen ist. 3. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Kündigung sei aus formellen Gründen ungerechtfertigt, da er zuvor nicht angehört worden sei. – Gemäss § 18 Abs. 3 Satz 1 PG und § 80 Abs. 2 VRG ist der Arbeitgeber zu einer Entschädigungsleistung zu verpflichten, falls die Kündigung nicht gerechtfertigt war. Diese Regel gilt sowohl für materiell als auch formell mangelhafte Kündigungen (VGr, 18. August 2004, PB.2004.00008, E. 2.4.1, www.vgrzh.ch, mit Hinweisen). Eine Kündigung erweist sich insbesondere dann als mangelhaft, wenn der Angestellte zuvor nicht angehört wurde (§ 31 Abs. 1 PG; VGr, 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 3e/dd, www.vgrzh.ch). 3.1 Die Klinik C forderte den Beschwerdeführer am 31. Oktober 2003 auf, am 4. November 2003 an einer Besprechung teilzunehmen. Der Beschwerdeführer hatte dieses Schreiben frühestens am 1. und spätestens am 3. November 2003 in Empfang genommen. Die Frist zwischen Empfang und Besprechungstermin erscheint damit als vergleichsweise kurz. Das kann jedoch nicht als unverhältnismässig oder als ermessensfehlerhaft angesehen werden, da der Beschwerdeführer krank geschrieben war und somit jedenfalls keine beruflichen Termine wahrzunehmen hatte, die eine Teilnahme an der Besprechung erschwert oder gar verunmöglicht hätten. Nachdem der Beschwerdeführer seine Teilnahme aus gesundheitlichen Gründen absagte, forderte ihn die

Klinik C zu einer schriftlichen Stellungnahme auf. Auch dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Eine Anhörung muss nicht zwingend mündlich erfolgen (vgl. VGr, 18. Dezember 2002, PB.2002.00016, E. 4a). Zudem erschien hier der Vorschlag eines zweiten Besprechungstermins ohne Erfolgsaussichten, da der Beschwerdeführer bereits seit einem halben Jahr krank war und für sein Fernbleiben gesundheitliche Gründe anführte. Ferner schrieb der Beschwerdeführer der Klinik C am 3. November 2003, dass diese von seiner Rechtsvertreterin kontaktiert würde. 3.2 Nachdem der Beschwerdeführer von der Klinik C aufgefordert worden war, innerhalb rund einer Woche schriftlich Stellung zu beziehen, ersuchte seine Rechtsvertreterin unter Nachweis ihrer Vertretungsbefugnis vier Tage vor Fristablauf um eine Fristerstreckung von zwei Tagen. Dies wurde von der Klinik C mit der Begründung abgelehnt, dass der Beschwerdeführer bisher jegliche Kontaktaufnahme verweigert habe. Die Vorinstanz schützte dieses Vorgehen mit dem Argument, dass sich die Klinik C anderenfalls die Möglichkeit verbaut hätte, das Dienstverhältnis rechtzeitig vor Monatsende zu kündigen. – Gemäss § 12 Abs. 1 Satz 2 VRG dürfen behördliche Fristen auf Gesuch hin erstreckt werden, wenn ausreichende Gründe dargetan und so weit wie möglich belegt werden. Gründe für eine Fristverlängerung (insbesondere Arbeitsüberlastung) können auch beim Rechtsvertreter gegeben sein. Ob solche Gründe vorliegen, entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Natur und der Dringlichkeit der Sache, der betroffenen Interessen sowie der Verfahrensumstände (Kölz/ Bosshart/Röhl, § 12 N. 9). Dass die Sache vorliegend wegen des näher rückenden Monatsendes dringlich war, bedarf keiner weiteren Begründung. Eine Fristerstreckung ist deswegen allerdings nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Behörde hatte in diesem Fall zu berücksichtigen, dass sie seit Mitte des Monats die Kündigung nicht mehr dem Beschwerdeführer persönlich, sondern seiner Rechtsvertreterin zuzustellen hatte. Damit unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende von einem bereits entschiedenen Fall, in dem der Arbeitgeber befürchten musste, dass der nicht anwaltlich vertretene Angestellte die Zustellung der Kündigung hintertreiben würde (VGr, 19. November 2003, PB.2003.00023, E. 3c, www.vgrzh.ch). Dass dagegen eine Anwältin den Empfang der Kündigung durch arglistige Vorkehren verhindern würde, kann schlechterdings nicht angenommen werden. Es ist deshalb nicht einzusehen, inwiefern eine Fristerstreckung um zwei Tage bis zum 20. des Monats eine Kündigung bis Monatsende hätte gefährden oder gar verunmöglichen können. Der besonderen Dringlichkeit des Falles hätte die Klinik C Rechnung tragen können, indem sie der Rechtsvertreterin in der Fristerstreckung aufgetragen hätte, ihre Stellungnahme vorab per Fax (allenfalls bis zu einer bestimmten Uhrzeit) zu verschicken. Die Ablehnung des Gesuches ist umso weniger nachvollziehbar, als die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers um eine "letzte" Fristerstreckung ersuchte und eine solche denn auch ausdrücklich ein- bzw. letztmalig hätte gewährt werden können. Das Begehren konnte nicht mit dem Argument abgewiesen werden, es seien keine ausreichenden Gründe dargetan worden. Die Rechtsvertreterin legte vielmehr detailliert plausible Gründe dar, weshalb sie die Frist nicht einhalten könne (gesetzliche und damit nicht erstreckbare Frist sowie eine mündliche Verhandlung in anderen Sachen; noch ausstehende Instruktion durch den Klienten). Ebenso wenig konnte die Klinik C das Begehren mit der Begründung abweisen, die Gründe seien nicht belegt gewesen im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 VRG. Die Vorschrift verlangt nur (aber immerhin), dass Gründe "soweit möglich" belegt werden. Wenn ein Nachweis aufgrund des Anwaltsgeheimnisses mit unverhältnismässigem Aufwand (Anonymisierung von Vorladungen usw.) verbunden ist, muss sich die Behörde damit begnügen, dass ein Anwalt diese Gründe glaubhaft macht

(vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 12 N. 9). Mit der Ablehnung des Gesuches hat die Klinik C ihr Ermessen damit unterschritten, womit ihr Verhalten als rechtsverletzend zu bewerten ist (vgl. § 75 lit. a VRG). Damit leidet die Kündigung nicht nur deshalb unter einem formellen Mangel, da der Eingang der Stellungnahme (wie von der Vorinstanz bereits festgestellt) nicht abgewartet wurde, sondern auch weil eine Fristverlängerung ohne Grund verweigert wurde. Dem Beschwerdeführer wurde damit durch zwei nicht unerhebliche Verfahrensfehler die Möglichkeit genommen, zur angedrohten Kündigung Stellung zu beziehen.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Kündigung auch deshalb unter einem formellen Mangel leide, da keine Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt wurde. – Gemäss § 19 Abs. 2 PG müssen Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, durch eine Mitarbeiterbeurteilung belegt werden. Die Vorschrift bezieht sich gemäss ihrem Randtitel sowie ihrem ersten Absatz nur auf Kündigungen aufgrund mangelhafter Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens. Wenn die Behörde aus einem anderen Grund kündigt, ist die Vorschrift nicht von vornherein anwendbar. So würde es zum Beispiel keinen Sinn machen, mit einem schwer erkrankten Arbeitnehmer, bei dem keinerlei Aussicht auf Verbesserung des Gesundheitszustandes besteht, eine Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen (vgl. § 16 Abs. 1 lit. c der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999, VVPG, LS 177.111). Dasselbe dürfte wohl auch für einen Angestellten gelten, dessen Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen aufgehoben werden muss. Bei diesem wird es in der Regel ausreichen, wenn die Behörde ihm eine andere zumutbare Stelle anbietet oder aber darlegen kann, dass ihr ein solches Angebot (etwa aufgrund ihres Stellenplans) unmöglich ist (vgl. § 16 Abs. 1 lit. b VVPG). Eine Mitarbeiterbeurteilung oder eine Bewährungsfrist würde in einem solchen Fall nichts daran ändern, dass die Stelle aus objektiven, ausserhalb der Sphäre des Mitarbeiters liegenden Gründen aufgehoben werden muss. Damit kann in besonderen Fällen auf eine Mitarbeiterbeurteilung verzichtet werden, nicht jedoch dann, wenn die Kündigung auf der Leistung oder dem Verhalten beruht (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.2, www.vgrzh.ch). Die Klinik C begründete die Kündigung damit, dass Bemühungen zur Besprechung der "Situation" seit der Erkrankung des Beschwerdeführers erfolglos geblieben seien. Ob sie damit auch auf den Kündigungsgrund der wiederholten oder dauernden Arbeitsverhinderung aus gesundheitlichen Gründen (§ 16 Abs. 1 lit. c VVPG) Bezug nehmen wollte, geht aus ihrer Verfügung nicht hervor. Aus der Rekursantwort ergibt sich dagegen, dass die Klinik C die Kündigung in erster Linie wegen unbefriedigenden Verhaltens und mangelnder Leistung aussprach. So warf sie dem Beschwerdeführer unter anderem vor, nach der Erkrankung die Kontaktaufnahme verweigert, die Einladung zu einem Gespräch abgelehnt, Schlüssel nicht rechtzeitig überbracht, die Geschäfte nicht ordnungsgemäss übergeben und E-Mails gelöscht zu haben. Diese Vorwürfe beziehen sich entweder auf das Verhalten oder die Leistung des Beschwerdeführers. Die Klinik C hätte daher eine Mitarbeiterbeurteilung durchführen (§ 19 Abs. 2 PG), anschliessend eine Bewährungsfrist ansetzen (§ 19 Abs. 1 PG) und schliesslich eine erneute Mitarbeiterbeurteilung vornehmen müssen (§ 18 Abs. 2 VVPG).

E. 4.2

Im Rekursverfahren machte die Klinik C geltend, dass sie "entgegenkommenderweise" auf eine fristlose Kündigung verzichtet habe. "Weitere Entgegenkommen" seien nicht

vertretbar gewesen, da sich der Beschwerdeführer während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit treuwidrig verhalten habe. – Die Klinik C scheint bei ihrer Argumentation zu übersehen, dass das Arbeitsverhältnis nur durch einen der in § 16 PG abschliessend aufgezählten Beendigungsgründe beendet werden konnte (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.1, www.vgrzh.ch, eine praktisch gleich lautende kommunale Vorschrift betreffend). Im vorliegenden Fall schieden einige der in § 16 PG aufgezählten Möglichkeiten von vornherein aus (so etwa eine Entlassung altershalber; lit. f); andere wurden von der Klinik C nicht in Betracht gezogen (eine Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen gemäss § 16 lit. d PG wäre wohl nur durch relativ weit gehende Konzessionen zu erreichen gewesen). Damit hatte sich die Behörde entweder für eine ordentliche (§ 16 lit. a PG) oder aber eine fristlose Kündigung (§ 16 lit. d PG) zu entscheiden. Eine dritte Möglichkeit bestand nicht; insbesondere gibt es nicht so etwas wie eine fristlos-ordentliche Kündigung (mit den Verfahrensvorschriften einer fristlosen und den Voraussetzungen bzw. Rechtsfolgen einer ordentlichen Kündigung). § 16 PG schliesst mit anderen Worten Mischformen aus. Entscheidet sich die Behörde für die fristlose Kündigung, können die beiden Mitarbeiterbeurteilungen sowie die dazwischen liegende Bewährungsfrist entfallen (§ 22 Abs. 1 PG). Hat sie dagegen, wie hier, den Eindruck, dass zwar ein Vertrauensverlust besteht, dieser jedoch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht als geradezu unzumutbar erscheinen lässt (vgl. § 22 Abs. 2 PG), bleibt ihr nichts anderes übrig, als den Weg der ordentlichen Kündigung einzuschlagen. Eine ordentliche Kündigung kann aus mehreren Gründen ausgesprochen werden. Wie sich aus der Formulierung von § 16 Abs. 1 VVPG ("namentlich") ergibt, ist die darin enthaltene Aufzählung als nicht abschliessend zu verstehen (Regierungsratsbeschluss [RRB] 982/1999 vom 19. Mai 1999, Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, S. 6, soweit ersichtlich unpubliziert). Es wäre also denkbar, in der Rechtsanwendung neben den in lit. a-c explizit genannten Kategorien neue (sachlich zureichende) Gründe anzuerkennen (so wird etwa in RRB 982/1999, S. 6, die Umgestaltung einer Stelle als analoger Fall der Aufhebung der Stelle gemäss § 16 Abs. 1 lit. b VVPG aufgefasst). Die Vorinstanz scheint zu übersehen, dass in einem früheren Fall nicht gegenteilig entschieden, sondern in Bezug auf ähnlich lautende kommunale Vorschriften festgehalten wurde, dass die Aufzählung in § 16 PG (nicht jene in § 16 Abs. 1 VVPG) abschliessend sei (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.1, www.vgrzh.ch). Weiter wurde in diesem Fall entschieden, dass die Schaffung neuer (bzw. die Erweiterung bestehender) Kategorien nicht dazu dienen darf, dass zwingende Verfahrensvorschriften (wie etwa Mitarbeiterbeurteilungen und Bewährungsfrist) umgangen werden (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.2, www.vgrzh.ch). Die Klinik C sprach die Kündigung in erster Linie wegen mangelnder Leistung und unbefriedigenden Verhaltens aus (vorn 4.1). Sie durfte den damit zusammenhängenden Arbeitnehmerschutz nicht dadurch unterlaufen, indem sie nachträglich andere Kündigungsgründe vorschob (VGr, 27. Mai 2003, PB.2003.00006, E. 2a/bb, www.vgrzh.ch). Es mag zwar sein, dass auch der Grund der länger dauernden krankheitsbedingten Abwesenheit (§ 16 Abs. 1 lit. c VVPG) eine Rolle spielte. Im Vordergrund stand jedoch der Verlust des Vertrauensverhältnisses. Sieht man einmal von besonderen Fällen ab (persönliche Mitarbeiter von Regierungsräten usw.), dürfte Vertrauen in aller Regel nicht im luftleeren Raum verloren gehen, sondern meistens aufgrund bestimmter Vorgänge, die entweder mit der Arbeitsleistung oder dem Verhalten am Arbeitsplatz (oder mit beidem) zu tun haben. Die Klinik C war demnach verpflichtet, diese Aspekte in einer Mitarbeiterbeurteilung zu thematisieren, dem Beschwerdeführer eine

Bewährungszeit einzuräumen und anschliessend eine weitere Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen. Dass sie den Beschwerdeführer während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit offenbar nicht erreichen konnte, ist dabei unerheblich. Aus den Akten geht jedenfalls nicht hervor, dass sie ihm einen Termin für eine Mitarbeiterbeurteilung mitgeteilt hätte. Ebenso wenig durfte die Klinik C davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer sein Verhalten ohnehin nicht ändern und das Ansetzen einer Bewährungsfrist deshalb entbehrlich sei. Das unbefriedigende Verhalten eines Angestellten kann in der Regel nur als Ausgangspunkt für eine Mitarbeiterbeurteilung dienen, in der ihm die entsprechenden Vorhaltungen gemacht werden und an die dann eine Bewährungsfrist anschliesst (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.4, www.vgrzh.ch).

E. 5

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer bereits einen Monatslohn zugesprochen, da die Klinik C die Kündigung während laufender Frist zur Stellungnahme aussprach. Nach dem Gesagten leidet die Kündigung unter weiteren Mängeln, nämlich der Verweigerung einer Fristverlängerung (vorn 3) sowie der Missachtung der Vorschriften über die beiden Mitarbeiterbeurteilungen und die dazwischen liegende Bewährungsfrist (vorn 4). Die formellen Mängel sind damit gravierender als von der Vorinstanz angenommen. Bevor die übrigen vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen behandelt werden, ist demnach zu prüfen, wie hoch die Entschädigung aufgrund der formellen Mängel zu bemessen ist. In einem Fall, in dem die Behörde nach Ablauf der Bewährungszeit die zweite Mitarbeiterbeurteilung unterlassen hatte, sprach das Verwaltungsgericht einen Monatslohn zu (VGr, 5. November 2003, PB.2003.00013, E. 3d, www.vgrzh.ch). Für das Unterlassen der Anhörung vor einer fristlosen Kündigung verpflichtete es die Behörde zur Leistung von etwas mehr als einen Monatslohn (VGr, 19. November 2003, PB.2003.00023, E. 3e, www.vgrzh.ch; vgl. auch VGr, 18. Dezember 2002, PB.2002.000016, E. 6b). Ein Bezirksrat sprach sodann eine Entschädigung von vier Monatslöhnen zu, da sowohl die Mitarbeiterbeurteilungen als auch die Ansetzung einer Bewährungsfrist unterlassen wurden. Das Verwaltungsgericht befand, dass die Gehörsverletzung nicht schwer wöge, weil dem Angestellten im Rahmen einer Administrativuntersuchung mehrmals Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei. Es berücksichtigte andererseits, dass sich durch die Nichtansetzung der Probezeit die Anstellungsdauer um mindestens drei Monate verkürzte, und schützte den Entscheid des Bezirksamts (VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.5, www.vgrzh.ch). Der vorliegend zu beurteilende ist am ehesten mit dem letztgenannten Fall vergleichbar. Er unterscheidet sich im Wesentlichen vom früheren Fall, indem hier der direkte Vorgesetzte die behaupteten Mängel von Leistung und Verhalten noch während der sechsmonatigen krankheitsbedingten Sperrfrist entdeckte (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR). Ob zu diesem Zeitpunkt Schritte zur Einleitung des Verfahrens der ordentlichen Kündigung zulässig gewesen wären, kann offen gelassen werden, ebenso, zu welchem Zeitpunkt die Klinik C die Mängel im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung frühestens hätte beanstanden können. Die Anstellung hätte sich bei korrekter Durchführung des Verfahrens so oder anders durch die beiden Mitarbeiterbeurteilungen sowie die mindestens dreimonatige Bewährungsfrist verlängert (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 VVPG sowie VGr, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.5 am Ende, www.vgrzh.ch); die Leistungsmängel des Beschwerdeführers wurden jedenfalls erst vergleichsweise spät beanstandet. Zudem wiegt hier die Gehörsverletzung schwerer als im soeben zitierten Fall. Vorliegend wurde keine Administrativuntersuchung durchgeführt und dem Beschwerdeführer sein Recht auf Stellungnahme wiederholt verwehrt (erst durch die Verweigerung der Fristverlängerung und in der Folge durch die

verfrühte Mitteilung der Kündigung). Es rechtfertigt sich daher, ihm eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zuzusprechen. Da darauf keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind, ist der Bruttolohn auszuzahlen (VGr, 18. August 2004, PB.2004.00008, E. 2.4.3, www.vgrzh.ch), wobei ein Monatslohn dem zwölften Teil des Jahreslohns entspricht (VGr, 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3b/bb, www.vgrzh.ch).

E. 6

Soweit auf die Beschwerde einzutreten ist, ist sie nach dem Gesagten teilweise gutzuheissen und die formelle Mangelhaftigkeit der Kündigung festzustellen. Damit braucht nicht geprüft zu werden, ob die Kündigung darüber hinaus auch unter materiellen Mängeln litt. Da der Streitwert über Fr. 20'000.- hinausgeht, sind Gerichtskosten zu erheben (§ 80b VRG). Der Beschwerdeführer obsiegt im Ergebnis mehrheitlich, indem er von den angebehrten zusätzlichen drei Monatslöhnen zwei erhält. Dass sein Begehren um Feststellung der Missbräuchlichkeit der Kündigung abzuweisen ist, erscheint dagegen im Ergebnis eher von untergeordneter Bedeutung. Die Gerichtskosten sind deshalb zu zwei Dritteln dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 80c in Verbindung mit §§ 70 und 13 Abs. 2 Satz 1 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 13 N. 15 am Ende). – Der verbleibende Drittel ist auf die Gerichtskasse zu nehmen, da dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Mittellosigkeit und der Erfolgchancen seiner Beschwerde die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist (§ 80c in Verbindung mit § 70 und § 16 Abs. 1 VRG). Da der Beschwerdeführer als juristischer Laie nicht in der Lage gewesen wäre, seine Rechte allein zu wahren, ist ihm in der Person seiner Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (§ 80c in Verbindung mit § 70 und § 16 Abs. 2 VRG) und diese auf § 13 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997 (GebV VGr, LS 175.252) aufmerksam zu machen. – Der Beschwerdegegner ist dem Verfahrensausgang entsprechend zur Leistung einer Parteientschädigung für Rekurs- und Beschwerdeverfahren zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 32). Bei der Bemessung der Parteientschädigung ist auf die Bedeutung der Streitsache, die Schwierigkeit des Prozesses, den Zeitaufwand und die Barauslagen abzustellen (§ 12 Abs. 1 GebV VGr). Da bislang keine Kostennote einging, ist die Entschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen. Der Entschädigungsanspruch für das gerichtliche Verfahren wird zur Deckung der Aufwendungen voraussichtlich nicht genügend sein, da § 17 Abs. 2 VRG nur eine "angemessene" Entschädigung vorsieht. Die Differenz ist demzufolge durch die Gerichtskasse zu vergüten (VGr, 1. Dezember 2004, VB.2004.00306, E. 5.2, www.vgrzh.ch) und die Parteientschädigung für das Verfahren vor Verwaltungsgericht auf die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin anzurechnen.

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