

ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00013 vom 13. Januar 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-01-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2009.00013

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00013 du 13 janvier 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00013 del 13 gennaio 2010

Regeste

Kündigung | Kündigung Zuständigkeit; Streitgegenstand (E. 1). Anwendbares Recht (E. 2). Die Beschwerdegegnerin begründet die Kündigung im Wesentlichen aufgrund von Vertrauensverlust. Der Beschwerdeführer habe im Umgang mit den Schülern die Nähe/Distanz-Regeln verletzt, weswegen neulich wie auch - wovon die Beschwerdegegnerin erst im Zusammenhang mit den neusten Vorwürfen erfuhr - bereits 1998 gegen ihn Strafverfahren eröffnet (und wieder eingestellt) worden seien. Die Weiterbeschäftigung sei aufgrund des Vertrauensverlusts nicht zumutbar (E. 3.1). Vertrauensverlust als Kündigungsgrund muss in der Verhaltensweise des Angestellten begründet und durch Dritte nachvollziehbar sein (E. 3.2). Vorliegend ist der Vertrauensverlust angesichts der Umstände nachvollziehbar und dem Beschwerdeführer anzulasten. Die Kündigung steht im öffentlichen Interesse, welches zudem überwiegt (E. 3.3). Die Unschuldsvermutung findet bei einer Kündigung nur dann Anwendung, wenn diese gerade mit dem Vorwurf vorgängigen strafbaren Verhaltens begründet wird (E. 3.4). Der Vertrauensverlust stellt vorliegend einen sachlichen Kündigungsgrund dar (E. 3.5). Im Rahmen der ordentlichen Kündigung sind Verfahrensvorschriften zu beachten, welche bei Vertrauensverlust als analog anwendbar erscheinen (E. 4.1). Auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist darf verzichtet werden, wenn sie ihren Zweck nicht erfüllen könnte, auf die Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung, wenn ein gleichwertiges Verfahren stattfindet (E. 4.2). Auch bei Wohlverhalten während der Bewährungsfrist hätte sich das verlorene Vertrauen nicht wieder zurückgewinnen lassen (E. 4.3). Eine Mitarbeiterbeurteilung musste nicht erfolgen, da in den erfolgten Straf- und Administrativverfahren gleichwertige Verfahren zu sehen sind (E. 4.4). Das Entschädigungsbegehren ist damit abzuweisen (E. 4.6). Auf das Begehren um Lohnfortzahlung trat bereits die Vorinstanz nicht ein (E. 5). Eine Abfindung kann nicht gewährt werden, da die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Beschwerdeführer verschuldet wurde (E. 6). Kosten (E. 7); Rechtsmittel (E. 8). Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 4

Abteilung PB.2009.00013 Entscheid der 4. Kammer vom 13. Januar 2010 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtssekretär Philip Conradin. In Sachen A, vertreten durch Rechtsanwalt B, Beschwerdeführer, gegen Gemeinde X, vertreten durch die Schulpflege X, Beschwerdegegnerin, betreffend Kündigung, hat sich ergeben: I. A erwarb 1973 das Primarlehrerpatent des Kantons Zürich und erhielt 1975 das Wählbarkeitszeugnis. Von 1973 bis 1999 unterrichtete er an der Primarschule Z. Auf

Beginn des Schuljahrs 2001/02 trat A eine Stelle in X an, wo er zuletzt eine 6. Primarklasse unterrichtete. Mitte Dezember 2006 meldete die Mutter einer Schülerin von A bei der Schulpflege X, dass ihre Tochter vom Lehrer gefragt worden sei, ob sie schockiert wäre, wenn er ihr einen Kuss geben würde. Im gleichen Gespräch erwähnte sie Vorfälle, welche sich zwischen A und ihrer Tochter während eines Aufenthalts derselben im Spital ereignet hätten. Das Spital meldete der Schulpflege tags darauf, es bestehe der dringende Verdacht, dass A die Intimsphäre einer hospitalisierten Schülerin verletzt habe. Die Schulpflege X informierte daraufhin die Bildungsdirektion (Volksschulamt) des Kantons Zürich über das Schreiben. Diese reichte Strafanzeige gegen A ein. Zudem ersuchte sie einen Psychiater, welcher in einem früheren Verfahren gegen A, wovon sie offenbar Kenntnis hatte, ein Gutachten erstellt hatte (vgl. VGr, 8. März 2000, DR.1999.00005, www.vgrzh.ch), darum, vom Gutachten eine Kopie zuzusenden. Anfangs Februar 2007 wurde A im Beisein des Schulpflegepräsidenten zu den Vorfällen angehört. Anlässlich dieses Gesprächs stellte der Schulpflegepräsident den Antrag auf Freistellung von A nach den Sportferien. Letzterer sprach sich gegen die Freistellung aus. Im Februar 2007 wurden A bis Schuljahresende (15. August 2007) unter Fortzahlung des Lohns freigestellt und eine Administrativuntersuchung eröffnet. Gleichentags eröffnete die Anklagekammer des Obergerichts, welcher die Sache zuvor durch die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich zum Entscheid über die Eröffnung eines Verfahrens oder Nichteintreten überwiesen worden war), eine Strafuntersuchung gegen A wegen sexueller Handlungen mit Kindern und Amtsmissbrauchs. Anfangs März 2007 erschien der Fall in den Printmedien. Spätestens da, möglicherweise aber schon früher, erfuhr auch die Schulpflege X vom erwähnten früheren Verfahren gegen A: Aufgrund einer im August 1998 eingereichten Strafanzeige wurde damals von der Bezirksanwaltschaft Y eine Strafuntersuchung gegen A betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern eingeleitet. Für beinahe einen Monat wurde A in Untersuchungshaft gesetzt. Die Bildungsdirektion verfügte entsprechend die sofortige Freistellung von A und eröffnete nach dem damals geltenden Recht ein Disziplinarverfahren. Im Dezember 1998 wurde die Strafuntersuchung jedoch eingestellt. Im Duschaum heimlich erstellte Aufnahmen der Schülerinnen und Schüler seien vor dem April 1988 entstanden und auch der Vorwurf, seine Schülerinnen in sexueller Absicht an Brüsten und Hintern berührt zu haben, sei nur von einer Zeugin für die Zeit zwischen 1986 und 1988 bestätigt worden, weshalb diese strafrechtlich relevanten Handlungen verjährt seien. Gleichwohl entzog der Bildungsrat im September 1999 A das Wählbarkeitszeugnis (VGr, 8. März 2000, DR.1999.00005, Ziff. I, www.vgrzh.ch). Den dagegen erhobenen Disziplinarrekurs hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 8. März 2000 teilweise gut. Der angefochtene Beschluss wurde aufgehoben und die Akten wurden zur weiteren Untersuchung und neuen Entscheidung an den Bildungsrat zurückgewiesen (VGr, 8. März 2000, DR.1999.00005, Dispositiv-Ziff. 1, www.vgrzh.ch), welcher in der Folge aus Gründen der Durchführbarkeit auf eigene Befragungen verzichtete und beschloss, A ab sofort wieder uneingeschränkt zum Schuldienst zuzulassen. Im Juni 2007 stellte die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich auch das jüngere Verfahren betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern und Amtsmissbrauch ein, da sich das Verhalten von A weder als sexualbezogen erwies noch einer Ausnutzung seiner Machtstellung als Lehrer entsprach; dieser habe sich allerdings gegenüber den Schülerinnen grenzüberschreitend und inadäquat verhalten. Anfangs August 2007 erneuerte das Volksschulamt die Freistellung von A auch für das neue Schuljahr und bis auf weiteres und verfügte neu die Sistierung des Lohns. Ein Teilrekurs hiergegen wurde im November 2007

durch die Bildungsdirektion abgewiesen. Mit Verfügung vom 5. Februar 2008 kündigte die Schulpflege X A per 15. August 2008. II. Gegen die Verfügung vom 5. Februar 2008 liess A am 21. Februar 2008 Rekurs erheben. Mit Verfügung vom 9. Februar 2009 wies die Bildungsdirektion den Rekurs ab, soweit sie darauf eintrat. III. A liess am 5. März 2009 gegen die Verfügung der Bildungsdirektion Beschwerde erheben und Folgendes beantragen: "1. Die Verfügung der Bildungsdirektion des Kantons Zürich vom 9. Februar 2009 sei aufzuheben; 2. Es sei die Missbräuchlichkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin festzustellen; 3. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, dem Beschwerdeführer den Lohn bis Ende des Schuljahres 2007/2008 (d.h. bis zum 15. August 2008) auszuzahlen und ihm eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen im Sinne von Art. 336a OR zu entrichten; 4. Zusätzlich sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Abgangsentschädigung von 15 Monatslöhnen auszuzahlen; 5. Die Beschwerdegegnerin sei ausserdem zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine seinen Aufwendungen entsprechende Parteientschädigung zu entrichten; Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates". Mit Eingabe vom 31. März/1. April 2009 liess sich die Bildungsdirektion mit dem Schluss vernehmen, die Beschwerde abzuweisen. Auch die Schulpflege X beantragte die Abweisung der Beschwerde. Schliesslich reichte A am 15. Juli 2009 ein bundesgerichtliches Urteil vom 17. Juni 2009 bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen der Einstellung des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens nach, demgemäss ihm im Einstellungsentscheid auch indirekt nicht vorgeworfen werde, er habe sich sexuelle Handlungen mit Kindern zuschulden kommen lassen. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Die Beschwerde richtet sich gegen eine personalrechtliche Anordnung der Bildungsdirektion als erster Rekursinstanz. Demzufolge ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gemäss § 74 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) gegeben. Aufgrund des Streitwerts ist die Beschwerde durch die Kammer zu behandeln (§ 38 Abs. 1 und 2 VRG in Verbindung mit § 80c VRG). 1.2 Der Beschwerdeführer verlangt eine Fortzahlung des Lohns bis Ende des Schuljahrs 2007/2008, eine Entschädigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung von sechs sowie eine Abgangsentschädigung von 15 Monatslöhnen. Demgegenüber forderte er im Rekursantrag neben der Lohnfortzahlung bloss eine Entschädigung von vier Monatslöhnen sowie eine Abgangsentschädigung von zwölf Monatslöhnen. Streitgegenstand kann jedoch nur die im Rekursantrag enthaltene Rechtsfolgebehauptung sein (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19–28 N. 86 ff.). Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten, soweit damit eine Lohnfortzahlung, eine Entschädigung aufgrund missbräuchlicher Kündigung, welche über vier Monate, und eine Abgangsentschädigung, welche über zwölf Monate hinausgeht, verlangt wird. 2. 2.1 Als nicht gemeindeeigene Lehrperson an einer öffentlichen Volksschule untersteht der Beschwerdeführer dem Lehrpersonalgesetz vom 10. Mai 1999 (LPG, LS 412.31). Dieses enthält in § 8 Bestimmungen zur Zuständigkeit bezüglich Kündigungen sowie zur Kündigungsfrist; im Übrigen werden – wie auch in der Lehrpersonalverordnung vom 19. Juli 2000 (LS 412.311) – Zulässigkeit und Verfahren der Kündigung jedoch nicht weiter geregelt. Damit kommen entsprechend § 2 LPG die für das übrige Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen zu Anwendung. 2.2 Gemäss § 16 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) kann ein Arbeitsverhältnis seitens des Staats durch Kündigung beendet werden. Diese darf nach § 18 Abs. 2 PG nicht rechtsmissbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220) sein

und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Ein sachlich zureichender Grund besteht nach § 16 Abs. 1 lit. a der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVP, LS 177.111) namentlich im Fall unbefriedigenden Verhaltens. Der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz beschränkt sich demnach nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts, sondern geht weiter (BGr, 22. Mai 2001, 2A.71/2001, E. 2c, www.bger.ch). Als öffentlichrechtlicher Arbeitgeber hat der Kanton Zürich auch verfassungsrechtliche Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Das Erfordernis der sachlichen Begründetheit einer Entlassung ist eine Folge des Willkürverbots. Dabei müssen die Entlassungsgründe von einem gewissen Gewicht sein. Indessen ist es nicht erforderlich, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheint; 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). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung und zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass weniger einschneidende Massnahmen wie beispielsweise eine Verwarnung nicht ebenfalls zum Ziel führen würden. Drittens muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (Andreas Keiser, *Das neue Personalrecht – eine Herausforderung für die Zürcher Gemeinden*, ZBl 102/2001, S. 561 ff., 575 f.; vgl. je mit Hinweisen VGr, 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 7a [= ZBl 102/2001, S. 581 ff.], E. 7a, und 6. Dezember 2001, PB.2001.00021 E. 4c, beides unter www.vgrzh.ch).

3. 3.1 Das Arbeitsverhältnis zum Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 5. Februar 2008 per 15. August 2008 beendet. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Kündigungsbegründung zunächst an, die Handlungen des Beschwerdeführers stellten ein gravierendes grenzüberschreitendes und für eine Lehrperson völlig inadäquates Fehlverhalten dar: er habe eine Schülerin im Spital täglich besucht und habe auf die Besuchszeiten aufmerksam gemacht werden müssen. Sein Verhalten sei von Angehörigen als übergriffig empfunden worden. Er habe die Schülerin inadäquat berührt oder sei ihr sonst sehr nahe gekommen. Die Schülerin habe sich hierüber genervt. Er habe ihr über die Schulter gestreichelt, ihre Decke hochgehoben, um die Operationsnarbe zu besichtigen. Der Beschwerdeführer habe zwar bestritten, die Schülerin inadäquat berührt zu haben. Jedoch hätten sie sich die Hand gehalten, als sie eine Kanüle ins Bein erhalten habe. Nach ihrem Aufenthalt habe er sie zugestandenermassen gefragt, ob sie schockiert wäre, wenn er ihr einen Kuss gäbe; der Beschwerdeführer habe diese Frage in der Anhörung allerdings damit in Zusammenhang gestellt, dass ihm aufgefallen sei, dass sich einzelne Mädchen bei der Begrüssung geküsst hätten und er habe wissen wollen, ob über das Thema in der Lebenskunde gesprochen werden müsse. Auch habe er sie am Arm oder Rücken berührt; der Beschwerdeführer mache indessen geltend, von ihr nie einen Hinweis auf zu viel Nähe erhalten zu haben. Ausserdem habe er die Schüler etwa wegen einer schlechten Note oder nicht verstandenen Aufgabe versichernd und unterstützend über die Schulter gestreichelt. Zudem habe er auch gemäss der strafrechtlichen Einstellungsverfügung einige weitere Mädchen wiederholt gestreichelt; in der Verfügung würden diese nicht heimlich erfolgten und bloss kurz dauernden Handlungen zwar als nicht sexualbezogen eingestuft. Jedoch spreche auch die Staatsanwaltschaft von einem eindeutig

grenzüberschreitenden und inadäquaten Verhalten des Lehrers. Diese Handlungen würden vom Beschwerdeführer nicht bestritten; er wolle sie vielmehr einfach positiv gedeutet haben. Dabei werde deutlich, dass er nicht einmal bereit sei, ein Problem in seinem Verhalten zu dieser Schülerin zu erkennen; er sei nicht in der Lage, die von ihm als Lehrer verlangte Distanz gegenüber Schülerinnen richtig einzuschätzen. Es gehe ihm die erforderliche Einsicht für eine Verhaltensänderung ab und daher sei eine solche auch nicht zu erwarten. Die Rechtfertigungen des Beschwerdeführers seien jedoch für einen Aussenstehenden nur schwer nachvollziehbar; seine Aussagen würden die gravierenden Probleme, die er im Bereich von Nähe/Distanz gegenüber Schülerinnen habe, deutlich machen. In diesem Zusammenhang schliesslich sei jedoch die wegen Verjährung eingestellte Strafuntersuchung aus dem Jahr 1998 (vgl. vorn Ziff. I) bekannt geworden, dergemäss er zwischen 1982 und 1988 mittels einer im Duschaum installierten Kamera heimlich seine Schülerinnen und Schüler aufgenommen habe. Diese Strafuntersuchung habe der Beschwerdeführer bei seiner Bewerbung verschwiegen und den Wunsch nach einer Veränderung vorgetäuscht; er habe behauptet, er habe die Ziele mit der Klasse nicht mehr erreichen können. Von den wahren Gründen habe die Beschwerdegegnerin erst im Zusammenhang mit dem neuen Vorfall erfahren; sie sehe sich in ihrem Vertrauen entsprechend erschüttert. Vor diesem Hintergrund könne sie gegenüber den Problemen des Beschwerdeführers im Bereich Nähe/Distanz keine Toleranz walten lassen. Voraussetzung für den Bildungserfolg sei allerdings das Vertrauen von Kindern, Eltern und Schule. Dieses sei nicht mehr vorhanden; insbesondere das Vertrauen der Schulpflege sei nachhaltig gestört. Es sei daher nicht ersichtlich, ob der Beschwerdeführer seine Tätigkeit erfolgreich wieder aufnehmen könnte; ausserdem bestehe keine Gewähr, dass er künftig die erforderliche professionelle Distanz zu den Schülern wahren würde. Die Kündigung erfolge damit im Interesse des Kindeswohls und zur Wahrung des Schulfriedens und erscheine zudem angesichts des medialen Interesses als notwendig. Die Ansetzung einer Bewährungsfrist entfalle, weil der Beschwerdeführer freigestellt sei und es nicht zumutbar erscheine, die Ergebnisse des Administrativverfahrens abzuwarten. Selbst wenn er nicht freigestellt wäre, erschiene eine Bewährungsfrist als zwecklos, da eine Verhaltensänderung von ihm nicht erwartet werden könne. Wegen des zerstörten Vertrauensverhältnisses sei kein Experiment möglich und der Verzicht auf die Bewährungsfrist sei durch das Volksschulamt formell genehmigt worden. Schliesslich sei die Entlassung vom Beschwerdeführer verschuldet. Die Beschwerdegegnerin begründet ihre Kündigung nach dem Gesagten im Wesentlichen damit, dass durch die kürzlich wie auch schon früher erfolgten Verletzungen der Nähe/Distanz-Regeln das Vertrauensverhältnis verloren gegangen sei. Unbestritten ist die hervorragende Qualität des Unterrichts. 3.2 Eine tief greifende Störung oder der Verlust des Vertrauens im Arbeitsverhältnis kann einen sachlichen Grund für eine Kündigung darstellen. Jedoch dürfen nicht unter Hinweis auf fehlendes Vertrauen Kündigungsschutzvorschriften umgangen werden (VGr, 5. Dezember 2007, PB.2007.00023, E. 3.2, www.vgrzh.ch). Das Verhalten von Arbeitnehmenden lässt sich anders als die Qualität der Arbeitsleistung aber nicht klar objektivieren. Stets spielen subjektive Einschätzungen der beurteilenden Person eine nicht unwesentliche Rolle. Dementsprechend erhöht sich in solchen Fällen die Begründungslast. 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. 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 (vgl. VGr, 6. Juli 2005, PB.2005.00013, E. 3.2 Abs. 2, www.vgrzh.ch), soweit nicht eine Ausnahme gemäss dem seit 1. Januar 2006 in Kraft stehenden § 19 PG bzw. § 18 VVPG greift. Nur wenn sich genügend erhärtet, dass das Verhalten eines Arbeitnehmers den Betriebsablauf stört oder das Vertrauensverhältnis dadurch erschüttert ist, kann das Vorliegen eines sachlich genügenden Kündigungsgrunds bejaht werden (vgl. zum Ganzen VGr, 6. Juli 2005, PB.2005.00013, E. 3.2 Abs. 2 mit Hinweisen – 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 5.2.2 Abs. 2 [beides unter www.vgrzh.ch]).

3.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob der eingetretene Vertrauensverlust einen sachlichen Grund für eine Kündigung darstellt. Die Beschwerdegegnerin bezeichnet das Verhalten des Beschwerdeführers im Spital, im Rahmen der Frage bezüglich des Kusses wie auch bezüglich des Streichelns anderer Schülerinnen als ein gravierendes grenzüberschreitendes und für eine Lehrperson völlig inadäquates Fehlverhalten im Bereich der Normen über die Nähe/Distanz zu den Schülern (siehe vorn 3.1). Das Verhalten im Spital wurde – unabhängig von einer möglicherweise auch gut gemeinten, perfektionistischen Absicht – offenbar durch Dritte als übergriffig empfunden, weshalb sich das Spital zu einer Gefährdungsmeldung veranlasst sah. Gemäss seiner eigenen Aussage hat der Beschwerdeführer die Schüler weiter etwa wegen einer schlechten Note oder nicht verstandenen Aufgabe versichernd und unterstützend über die Schulter gestreichelt. Ebenfalls bestreitet er nicht die ihm vorgeworfene Frage bezüglich des Kusses. Auch wenn er diesbezüglich lobenswerte Motivation anfügen mag, kann die Frage für die Betroffenen oder für Dritte durchaus vieldeutig und störend erscheinen. Dem Beschwerdeführer ist damit ein die Normen über Nähe/Distanz zu Schülern verletzendes Verhalten vorzuwerfen. Nachdem der Beschwerdeführer offenbar auch ausserhalb des Spitals während der Schulzeit die angemessene Distanz unterschritt, erscheint es als irrelevant, dass die Situation im Spital zeitlich beschränkt war, bezüglich welcher angeblich keine Wiederholungsgefahr bestehe und damit kein öffentliches Interesse tangiert sei. Allein deshalb ging gemäss der Kündigungsbegründung allerdings das Vertrauen noch nicht verloren. Vielmehr erfolgte der Vertrauensverlust aus der Erkenntnis, dass der Beschwerdeführer offenbar schon früher die Normen über Nähe/Distanz zu den Schülern verletzt hatte. Die Beschwerdegegnerin stellt darauf ab, dass eine Hausdurchsuchung Kinderfotos zu Tage förderte, welche der Beschwerdeführer zwischen 1982 und 1988 mittels einer im Duschaum installierten Kamera heimlich von seinen Schülerinnen und Schülern aufgenommen hatte. Dass der Beschwerdeführer die genannten Aufnahmen tätigte, ist hinreichend belegt. Zwar hat der Beschwerdeführer in jenem Strafverfahren wegen dessen Einstellung von seinen Verteidigungsrechten keinen Gebrauch machen können; jedoch konnte er dies im verwaltungsgerichtlichen Verfahren tun, welches zum Entscheid vom 8. März 2000 führte (VGr, 8. März 2000, DR.1999.00005, www.vgrzh.ch). Gemäss diesem verwaltungsgerichtlichen Urteil ist der genannte Sachverhalt erstellt (VGr, 8. März 2000, DR.1999.00005, Ziff. I, www.vgrzh.ch). Zudem beruht immerhin das im Zusammenhang mit dem angeführten Verfahren erstellte psychiatrische Gutachten in wesentlichen Punkten gerade auf den Aussagen des Beschwerdeführers und nicht auf jenen Geschädigter. Demgemäss war das damalige heimliche Fotografieren der Kinder beim Duschen aus Sicht des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit seinem Hobby, dem Fotografieren, zu sehen; er habe den ganzen Ablauf des Schulalltags dokumentieren wollen. Die Motivation für die Nacktfotos beim Duschen sei in seiner Neugierde begründet, etwas über die körperliche Entwicklung der Sexualorgane zu erfahren, und in der Dokumentation des Umgangs des Menschen mit der Nacktheit. Das Fotografieren habe jedoch keinen

sexuellen Aspekt im eigentlichen Sinn gehabt; er lasse sich nur von den Pornofotos Erwachsener sexuell stimulieren. Zum Küssen ihm auch privat bekannter Mädchen sei es nur in Lagern anlässlich des Gutenachtkusses gekommen. Im Ergebnis schloss der Psychiater, dass es sich beim Beschwerdeführer nicht um einen eigentlichen Pädophilen handle, sondern dass die Handlungen im Zusammenhang mit der neurotischen Entwicklung des Beschwerdeführers, welcher anankastisch einem extremen Perfektionismus folge, zu sehen seien, und dass davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer inzwischen die nötige Distanz zu den Schülern einhalten könne. Der Sachverhalt, wie er im angeführten verwaltungsgerichtlichen Urteil und im psychiatrischen Gutachten beschrieben wird, erscheint gemeinsam mit den neueren Vorfällen, insbesondere damit, dass der Beschwerdeführer eingestandenermassen seine Schüler regelmässig an der Schulter streichelte, eine Gefährdungsmeldung des Spitals verursachte und auch eine Schülerin danach fragte, ob sie schockiert wäre, wenn sie von ihm einen Kuss erhalte, in für Dritte nachvollziehbarer Weise als geeignet, das Vertrauensverhältnis nachhaltig zu zerstören; dabei ist der Vertrauensverlust einzig dem Beschwerdeführer anzulasten. Eine Weiterbeschäftigung vor diesem Hintergrund wäre unzweckmässig gewesen. Zu Recht führt die Beschwerdegegnerin an, das Vertrauen von Kindern, Eltern und Schule stelle Voraussetzung für den Bildungserfolg dar. Eine Weiterbeschäftigung hätte damit dem öffentlichen Interesse widersprochen. Auch wenn der Beschwerdeführer noch bis Anfang Februar 2007 im Dienst stand und auch weiterhin das betroffene Mädchen unterrichtete und obwohl der Beschwerdeführer im Sinn eines mildereren Mittels freigestellt worden war, wäre es angesichts des schweren Vertrauensverlusts nicht als nutzbringend erschienen, weiter mit der Kündigung zuzuwarten, da aufgrund des erstellten Sachverhalts genügend Gründe für eine Kündigung vorlagen. Trotz der Arbeitslosigkeit und Suizidalität des Beschwerdeführers überwiegt dieses öffentliche Interesse zudem. Offen gelassen werden kann daher, ob das Verschweigen dieser Vorfälle im Bewerbungsgespräch als vertrauenzerstörendes Verhalten des Beschwerdeführers zu betrachten ist.

3.4 Der Beschwerdeführer wendet ein, bezüglich der Strafuntersuchung von 1998 gelte die Unschuldsvermutung. So gilt nach Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Es ist dabei umstritten, ob der private Arbeitgeber an die Unschuldsvermutung gebunden ist (ablehnend BGr, 13. Januar 1992, JAR 1995, S. 151 f.; bejahend Manfred Rehbinde, Berner Kommentar, 1992, Art. 337 OR N. 12) und ob Verdachtsmomente für das Vorliegen einer strafbaren Handlung eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Eine klare Praxis des Bundesgerichts zu dieser Problematik fehlt (vgl. dazu Daniel Egli, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000, S. 16 ff.; Denis Humbert/Alfons Volken, Fristlose Entlassung [Art. 337 OR] – Unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, AJP 2004, S. 564 ff., 566 ff., mit einer Darstellung der unterschiedlichen Lehrmeinungen; BGr, 3. Januar 2006, 4C.317/2005, E. 5.3, www.bger.ch). Die ordentliche Verdachtskündigung soll hingegen gemäss dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit und gestützt auf Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR grundsätzlich zulässig sein (Egli, S. 65). Für den öffentlichen Arbeitgeber ist jedoch zu beachten, dass, obwohl der Geltungsbereich der Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV grundsätzlich auf das Strafverfahren beschränkt sein soll, die Unschuldsvermutung auch Wirkungen ausserhalb und nach Abschluss eines Strafverfahrens besitzt. Sämtliche staatlichen Behörden dürfen niemanden vor oder bei Fehlen einer rechtskräftigen Verurteilung (strafrechtlich) als schuldig

behandeln oder bezeichnen (Esther Tophinke, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Bern 2000, S. 157; ferner Hans Vest in: Bernhard Ehrenzeller et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Zürich etc. 2002, Art. 32 Rz. 8; Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., München/Wien 2005, § 24 N. 125; Jens Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. A, Baden-Baden 2006, Art. 6 N. 86). Entsprechend hat das Verwaltungsgericht tendenziell bejaht – wenn es die Frage auch letztlich offen gelassen hat –, dass der öffentlichrechtliche Arbeitgeber an die Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV gebunden und damit die Verdachtskündigung ausgeschlossen ist (VGr, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 5.3.2 f., www.vgrzh.ch). Dabei berührte selbst eine nicht rechtskräftige (zum Beispiel erstinstanzliche) Verurteilung die Geltung der Unschuldsvermutung nicht (vgl. VGr, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 5.3.2 f., www.vgrzh.ch). Ebenso kann eine bloss Anklageerhebung nicht von Belang sein (VGr, 2. Mai 2007, PB.2006.00020, E. 9, www.vgrzh.ch). Die Unschuldsvermutung gilt somit auch bezüglich der vorliegenden Kündigung. Mangels strafrechtlichen Urteils ist es nicht zulässig, dem Beschwerdeführer mit einer nicht an ein rechtskräftiges Urteil anschliessenden Begründung, etwa aufgrund sexueller Handlungen mit Kindern, zu kündigen. Davon muss jedoch der Fall unterschieden werden, in dem die Kündigung aufgrund eines bestimmten erstellten Sachverhalts, aber unabhängig von dessen nicht feststehender strafrechtlicher Würdigung, erfolgt. Eine ordentliche Kündigung setzt kein strafbares Verhalten des Gekündigten, sondern einen sachlichen Grund voraus. Auf die Strafbarkeit des vorgeworfenen Verhaltens kommt es nicht an (BGr, 27. November 2003, 2P.187/2003, E. 6.3, www.bger.ch), ausser die ordentliche Kündigung würde gerade mit der Strafbarkeit begründet. Die Unschuldsvermutung findet entsprechend bei der Verfügung einer Entlassung einzig dann Anwendung, wenn diese gerade mit dem Vorwurf vorgängigen strafbaren Verhaltens begründet wird. Auch muss nur unter solchen Umständen ein unter Umständen langwieriges Strafverfahren durch alle Instanzen abgewartet werden. Vorliegend stützt sich die Kündigungsbegründung bloss auf den erstellten Sachverhalt ab, dass "eine Hausdurchsuchung Kinderfotos zu Tage" förderte, welche der Beschwerdeführer "zwischen 1982 und 1988 mittels einer im Duschaum installierten Kamera heimlich von seinen Schülerinnen und Schülern aufgenommen hatte", nicht jedoch auf dessen Würdigung im strafrechtlichen Sinn. Dasselbe gilt schliesslich auch bezüglich der neueren Vorfälle, auf welche sich die Beschwerdegegnerin nicht in Form einer strafrechtlichen Würdigung bezieht. 3.5 Im Ergebnis stellt der seitens der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Vertrauensverlust einen sachlichen Kündigungsgrund dar. Massgeblich ist, dass der Beschwerdeführer – entgegen der Einschätzung durch den psychiatrischen Gutachter – die notwendige Distanz zu seinen Schülerinnen nach wie vor nicht einhält; dies ist auch durch die bundesgerichtliche geschützte Kostenaufgabe belegt. Bei ganzheitlicher Betrachtung erscheint die Kündigung damit als gerechtfertigt. Sie erscheint zudem entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers auch nicht als missbräuchlich.

E. 4.1

Gemäss § 19 Abs. 2 PG müssen Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, durch eine Mitarbeiterbeurteilung oder durch ein gleichwertiges Verfahren belegt werden. Zudem hat die Behörde nach § 19 Abs. 1 PG dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten einzuräumen (vgl. auch § 18 Abs. 1 Satz 3 VVPG). Sinn und Zweck der Bewährungsfrist ist es, zu eruieren, ob sich die Kündigungsgründe weiterhin manifestieren oder nicht. Damit wird dem Angestellten Gelegenheit gegeben, Leistung bzw.

Verhalten zu verbessern, um so eine in Aussicht stehende Kündigung abzuwenden. Die Leistung bzw. das Verhalten während der Bewährungsfrist dient damit der Objektivierung des Kündigungsgrunds (VGr, 23. August 2006, PB.2005.00066, E. 4.3 Abs. 2, mit Hinweisen, www.vgrzh.ch). Nach Ablauf dieser Frist ist eine weitere Mitarbeiterbeurteilung vorzunehmen (§ 18 Abs. 2 VVPG). Schliesslich ist der betroffenen Person Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen, bevor die Kündigung ausgesprochen werden kann (§ 18 Abs. 5 VVPG). Dieses Verfahren wahrt zum einen die Verfahrensrechte der betroffenen Person und bietet zum anderen – aufgrund der Möglichkeit der Bewährung – in der Regel Gewähr für die Beachtung des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Gemäss den Marginalien zu § 19 PG und § 18 VVPG gelten diese Verfahrensvorschriften bloss für die Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten. Insofern sich der Vertrauensverlust als separater Kündigungsgrund nur schwer vom Kündigungsgrund des unbefriedigenden Verhaltens abgrenzen lässt, lässt sich eine analoge Anwendung der Verfahrensvorschriften auch bei Vertrauensverlust rechtfertigen (vgl. vorn 3.2).

E. 4.2

Auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist darf allerdings dann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn die konkreten Umstände darauf schliessen lassen, dass eine Bewährungsfrist ihren Zweck nicht erfüllen könnte (§ 19 Abs. 1 Satz 2 PG; § 18 Abs. 3 VVPG; vgl. ABI 2005, 10 f.) oder wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss § 22 PG erfüllt sind (VGr, 3. Dezember 2008, PB.2008.00033, E. 6.3, www.vgrzh.ch). Auf die Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung zum Zweck des Belegs der Vorwürfe kann ausnahmsweise verzichtet werden, wenn ein gleichwertiges Verfahren stattfindet (§ 19 Abs. 2 PG, § 18 Abs. 1 Satz 2 VVPG). Gemäss den Erläuterungen zur Anpassung der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (vgl. § 18 Abs. 1 Satz 2 sowie § 18 Abs. 2 VVPG) muss ein solch gleichwertiges Verfahren einen Mangel ergeben, der einen sachlich zureichenden Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Als gleichwertig gilt ein Verfahren dann, wenn die Sachlage ebenso umfassend abgeklärt wurde, wie dies bei einer Mitarbeiterbeurteilung geschehen wäre. Der oder dem betroffenen Mitarbeitenden ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorwürfen zu geben (ABI 2005, S. 1553).

E. 4.3

Gemäss der Kündigungsbegründung wurde dem Beschwerdeführer keine Bewährungsfrist angesetzt, weil er freigestellt sei und es nicht zumutbar erscheine, die Ergebnisse des Administrativverfahrens abzuwarten. Tatsächlich hätte vorliegend die Ansetzung einer Bewährungsfrist ihren Zweck nicht erfüllen können, da der die Kündigung begründende Vertrauensverlust sich auch dann nicht hätte beheben lassen, wenn der Beschwerdeführer sich während der Bewährungsfrist professionell und wohl verhalten hätte. Auch bei die Distanz zu den Schülern währendem Verhalten während der Bewährungsfrist hätte sich das verlorene Vertrauen nicht wieder gewinnen lassen. Vor diesem Hintergrund und nachdem die Direktion nach § 18 Abs. 3 VVPG hierzu ihr Einverständnis gegeben hatte, rechtfertigt sich der Verzicht auf Ansetzung einer Bewährungsfrist.

E. 4.4

Sodann wurde eine – für den Beschwerdeführer überaus positive – ordentliche Mitarbeiterbeurteilung zwar durchgeführt, jedoch formell nicht mehr abgeschlossen. Spezifisch bezüglich der Kündigungsgründe erfolgte hingegen keine

Mitarbeiterbeurteilung. Jedoch erscheinen die Vorwürfe bezüglich des Nähe/Distanz-Verhaltens des Beschwerdeführers im Sinn von § 19 Abs. 2 PG als genügend belegt. So sind nicht nur in den zwei Administrativverfahren, sondern auch in den eingestellten Strafverfahren einer Mitarbeiterbeurteilung gleichwertige Verfahren zu sehen: in ihrem Rahmen wurde die Sachlage ebenso umfassend abgeklärt, wie dies bei einer Mitarbeiterbeurteilung – bei welcher nach § 138 VVPG der direkte Vorgesetzte mit dem Angestellten seine Beurteilung bespricht und der Beurteilungsbogen von beiden Seiten zu unterzeichnen ist, wobei die Angestellten mit ihrer Unterschrift lediglich zu bestätigen haben, dass ihnen die Beurteilung eröffnet und das Gespräch geführt wurde, und sie eigene Bemerkungen auf dem Beurteilungsbogen anbringen können – geschehen wäre. Auch wurde dem Beschwerdeführer im früheren Verfahren vor dem Verwaltungsgericht wie auch in den jüngeren Administrativ- und Strafverfahren Gelegenheit gegeben, sich zu den Vorwürfen zu äussern. Das Bundesgericht hat das pflichtwidrige Verhalten des Beschwerdeführers im Urteil vom 17. Juni 2009 unter Berücksichtigung, der Beschwerdevorbringen des Rechtsvertreters bestätigt. Der Verzicht auf die Mitarbeiterbeurteilung ist angesichts der gleichwertigen Verfahren gerechtfertigt. Da keine Bewährungsfrist anzusetzen war, entfällt auch der Anspruch auf Durchführung einer zweiten Mitarbeiterbeurteilung nach Ablauf der Bewährungsfrist.

E. 4.5

Nachdem dem Beschwerdeführer schliesslich nach § 18 Abs. 5 VVPG Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben worden war, liegt kein Verstoss gegen die Verfahrensvorschriften vor.

E. 4.6

Das Entschädigungsbegehren des Beschwerdeführers ist nach dem Gesagten abzuweisen.

E. 5

Der Beschwerdeführer verlangt eine Fortzahlung des Lohns bis Ende des Schuljahrs 2007/2008. Die Vorinstanz trat hierauf nicht ein, da die Lohnfortzahlung nicht Gegenstand der Kündigungsverfügung war. Wer allerdings einen Nichteintretensbeschluss der Rekursinstanz mit Beschwerde anfechten möchte, hat darzulegen, weshalb die Vorinstanz auf den Rekurs hätte eintreten müssen (RB 1980 Nr. 20; Kölz/Bosshart/Röhl, § 54 N. 9). Der Beschwerdeführer macht keine Ausführungen hierüber. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

E. 6.1

Der Beschwerdeführer verlangt ferner eine Abfindung in der Höhe von 15 Monatslöhnen bzw. dem Rekursantrag gemäss eine Abfindung über zwölf Monatslöhne.

E. 6.2

Nach § 26 Abs. 1 PG in Verbindung mit § 2 LPG haben Angestellte ab dem Alter von 35 Jahren Anspruch auf eine Abfindung, wenn das Arbeitsverhältnis nach wenigstens fünf Dienstjahren auf Veranlassung des Staates und ohne Verschulden der oder des Angestellten aufgelöst wurde. Der Beschwerdeführer ist 1952 geboren und seit 2001 für die Beschwerdegegnerin tätig. Damit erfüllt er sowohl die Voraussetzung des Mindestalters als auch das Erfordernis betreffend Anzahl Dienstjahre gemäss § 26 Abs. 1 PG. Es fragt sich jedoch, ob das Arbeitsverhältnis "ohne Verschulden" der Beschwerdeführerin im Sinn von § 26 Abs. 1 PG aufgelöst wurde.

E. 6.3

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Auflösung des Dienstverhältnisses dann unverschuldet, wenn sie vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, welche nicht von dem oder der Angestellten zu vertreten sind (vgl. dazu RB 2001 Nr. 114; VGr, 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 7d [= ZBl 102/2001, S. 581 ff., 601]). Typische Fälle sind die Aufhebung einer Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen einer Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht mehr erfüllen kann. Hingegen führt die Entlassung wegen ungenügender Leistungen aus anderen Gründen oder wegen des Verhaltens in aller Regel nicht zu einer Abfindung (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., 70). Somit bedeutet Verschulden im Sinn von § 26 Abs. 1 PG mehr als blosser Verursachung; zusätzlich ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Kündigung hätte vermeiden können (vgl. VGr, 17. Mai 2006, PB.2005.00061, E. 2.4.1., www.vgrzh.ch). Es kann vorliegend nicht gesagt werden, die Kündigung sei ohne Verschulden des Beschwerdeführers erfolgt. Die Gründe für den Vertrauensverlust sind vornehmlich bei ihm zu suchen. Das Verhalten des Beschwerdeführers erscheint als subjektiv vorwerfbar. Damit hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Abfindung im Sinn von § 26 Abs. 1 PG.

E. 7

Für personalrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert über Fr. 20'000.- werden Gerichtskosten erhoben (§ 80b VRG). Vorliegend übersteigt der Streitwert diesen Betrag deutlich: so verlangt der Beschwerdeführer eine Lohnfortzahlung bis Ende Schuljahr 2007/2008, eine Entschädigung von insgesamt sechs sowie eine Abgangsentschädigung von 15 Monatslöhnen, wobei der Jahreslohn im Jahr 2007 Fr. 120'352.- betrug. Mangels Obsiegens muss dem Beschwerdeführer sodann eine Parteientschädigung versagt bleiben (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Da der Streitwert mehr als Fr. 15'000.- beträgt (vorstehend 7), ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht grundsätzlich zulässig (Art. 85 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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