

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00035 vom 27. Januar 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_PB.2009.00035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2009.00035)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00035 du 27 janvier 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2009.00035 del 27 gennaio 2010

## **Regeste**

fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses | Fristlose Kündigung durch den Angestellten  
Strafbares Handeln der Vorgesetzten bildet für den Angestellten regelmässig einen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Steht nicht ein strafbares, sondern ausschliesslich ein rechtswidriges Verhalten zur Debatte, liegt auf der Hand, dass nicht jede widerrechtliche Anordnung eines Vorgesetzten eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag. Gleichzeitig ist ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben ab einem gewissen Punkt für einen Angestellten nicht mehr akzeptabel (E.4.3-5). Wo genau dieser Punkt liegt, kann nicht losgelöst vom Einzelfall bestimmt werden. Eine fristlose Kündigung wird in der Regel erst in Betracht kommen, wenn die Grenze zur Willkür überschritten ist. Weiter ist ein subjektives Element auf Seiten der Vorgesetzten zu verlangen (E.4.6). Vorliegend haben sich die Behörden über Monate hinweg um eine Bewilligung für die bulgarische Haushaltshilfe des damaligen künstlerischen Direktors des Schauspielhauses Zürich bemüht. Mit ihren Bemühungen standen sie in klarem Widerspruch zur Rechtslage. Ihrem Vorgehen haftet etwas Willkürliches an. Dies gilt umso mehr, als das Wissen um die fehlenden Voraussetzungen für eine Aufenthaltsbewilligung schon von Beginn weg vorhanden war. Aufgrund dieser Kenntnisse hätte sich eine Strafanzeige gegen den Direktor des Schauspielhauses aufgedrängt (E.16.1). Nicht ersichtlich ist, inwiefern von Amtsseite ein öffentliches Interesse verfolgt worden ist. Die Bedeutung des künstlerischen Direktors für das Kulturangebot im Kanton ist von dessen privater Stellung zu trennen. Das geltende Recht würde ansonsten für bestimmte Personengruppen faktisch ausser Kraft gesetzt (E.16.2). Die fristlose Kündigung der zeitweise mit dem Dossier betrauten juristischen Sekretärin erscheint als gerechtfertigt (E.16.4) und erfolgte fristgerecht (E.17). Es stehen ihr eine Entschädigung sowie eine Abfindung zu (E.19 und 20). Gutheissung der Beschwerde

## **Erwägungen**

### **E. 14.1**

Mit Eingabe vom 1. Dezember 2006 ersuchte R ein zweites Mal um Wiedererwägung. Das AWA leitete das Gesuch am 14. Dezember 2006 dem BFM weiter.

### **E. 14.2**

Hierzu ist festzuhalten, dass eine Wiedererwägung von Anordnungen, die in Rechtskraft erwachsen sind, nicht beliebig zulässig sein kann. Sie darf namentlich nicht dazu dienen, rechtskräftige Anordnungen immer wieder in Frage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen. Auch bei negativen Verfügungen scheidet eine Wiedererwägung aus, wenn den Behörden kurze Zeit nach einem abgelehnten Gesuch erneut ein identisches Gesuch unterbreitet wird (BGr, 4. August 2009, 2C\_114/2009, E. 2.2,

www.bger.ch; BGE 120 Ib 42 E. 2b). Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht wie dargelegt bloss, sofern sich die sachlichen oder rechtlichen Grundlagen seit dem Erlass der ursprünglichen Verfügung massgeblich verändert haben (vgl. etwa BGE 120 Ib 42 E. 2b).

### **E. 14.3**

Im Beschluss des Regierungsrats vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin heisst es zum zweiten Wiedererwägungsgesuch, die Berufung von R an ein Theater in Y habe diesen zur Gesuchseinreichung bewogen. R selber hatte in seinem Gesuch vom 1. Dezember 2006 in der Tat auf das absehbare Ende seiner Anstellung am Schauspielhaus Zürich im Juni 2009 verwiesen und bemerkt, er gedenke Z dann mit nach Y zu nehmen. Insofern bestand gegenüber der ursprünglichen Anordnung vom 23. Mai 2006 tatsächlich eine veränderte Sachlage. Unklar ist allerdings, weshalb R den Wechsel nach Y nicht bereits im Verlauf des ersten Wiedererwägungsverfahrens vorbrachte. Als nämlich der Leiter Standortförderung des AWA, G, R mit Schreiben vom 6. Juli 2006 mitteilte, die Wiedererwägung werde "wohlwollend" geprüft, war dessen Berufung an das Theater in Y seit gut drei Wochen bekannt. Diese war am 13. Juni 2006 öffentlich gemacht worden. Zudem erscheint es angesichts der Kriterien für eine Ausnahmegewilligung – ordentliches Arbeitsverhältnis von mindestens zwei Jahren oder mindestens fünfjährige spezifische Berufserfahrung bei einer Neuanstellung – offensichtlich, dass die veränderte Sachlage auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluss haben konnte.

### **E. 15.1**

Nachdem das BFM am 8. Januar 2007 erneut seine Zustimmung zum Gesuch von R verweigert hatte, wandte sich Volkswirtschaftsdirektorin P mit Schreiben vom 22. Januar 2007 an den Direktor des BFM und bat ihn zu prüfen, ob eine "ausnahmsweise Regelung des Aufenthaltes möglich" sei.

### **E. 15.2**

Dem Regierungsrat ist zuzustimmen, wenn er im Beschluss vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin erwägt, es stehe den kantonalen Behörden offen, ihre Interessen gegenüber dem Bund in Bittschreiben zu vertreten. Nicht gefolgt werden kann dem Regierungsrat allerdings, wenn er das Schreiben der Volkswirtschaftsdirektorin an das BFM damit begründet, mit der Berufung von R nach Y sei eine neue Sachlage entstanden. Im Zeitpunkt des Schreibens waren seit der Berufung acht Monate vergangen. Zudem hatte R das Ende seiner Anstellung am Schauspielhaus in seinem zweiten Wiedererwägungsgesuch wie erwähnt ausdrücklich thematisiert, worauf das BFM seine Zustimmung in Kenntnis des Umstands verweigerte. Im Beschluss vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde heisst es denn auch an anderer Stelle, der Leiter Standortförderung des AWA, G, sowie N hätten mit ihren Bemühungen um eine Bewilligung R für die bis zur Ausreise verbleibende "kurze Zeitspanne" optimale Lebensbedingungen schaffen wollen. Der bloss temporäre Charakter des Aufenthalts von R in Zürich war den Verantwortlichen folglich längst bewusst.

### **E. 15.3**

Für das kantonale Personalamt ist das Schreiben, wie das Amt in seinem Mitbericht vom 19. Oktober 2007 zum Rekurs festhält, "geeignet, den Verdacht der 'Vetternwirtschaft' im Fall R zu nähren".

### **E. 16.1**

Z hat die Voraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung nach dem seinerzeit einschlägigen Recht offensichtlich nicht erfüllt. Der Bund hat dem AWA diese Rechtslage insgesamt drei Mal mitgeteilt. Dennoch bemühten sich die Verantwortlichen über Monate hinweg um eine Bewilligung für Z. Mit ihren Bemühungen standen sie dabei in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Situation. Dem Vorgehen des AWA haftet deshalb etwas Willkürliches an. Dies gilt umso mehr, als das Wissen um die fehlenden Voraussetzungen im AWA schon von Beginn des Bewilligungsverfahrens an vorhanden war. Aufgrund der Kenntnisse wären eine Bewilligungssperre respektive eine Verwarnung die angemessene Reaktion gewesen. Zudem hätte sich aufgrund des Wissens um die illegale Beschäftigung von Z eine Strafanzeige aufgedrängt.

#### **E. 16.2**

Nicht ersichtlich ist, inwiefern das AWA mit seinem Vorgehen öffentliche Interessen verfolgte. Die vom Regierungsrat erwähnte "grosse Bedeutung des künstlerischen Direktors für das Kulturangebot in Zürich" ist von dessen privater Stellung zu trennen. Das geltende Recht würde ansonsten für bestimmte Personengruppen faktisch ausser Kraft gesetzt. Gleiches gilt, wenn Standortinteressen bemüht werden. Sofern schliesslich "optimale Lebensbedingungen" für R sowie das Wohl seiner Kinder angeführt werden, werden die Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen vollständig aufgehoben.

#### **E. 16.3**

Der Beschwerdegegner bringt vor, das Bittschreiben vom 22. Januar 2007 der Direktionsvorsteherin an den Direktor des BFM vermöge eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Briefwechsel der Tropfen sei, "der das Fass zum Überlaufen brachte". Sie verkennt, dass auch weniger gewichtige Vorkommnisse, die für sich allein die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 OR darstellen können (BGr, 23. Dezember 1998, JAR 1999, S. 271, E. 2d; Portmann, Art. 337 N. 3). Mit Kenntnis des Schreibens des BFM-Direktors durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die fragwürdigen Bemühungen zu Gunsten von R auch mit dem erneuten abschlägigen Bescheid des BFM nicht eingestellt worden waren.

#### **E. 16.4**

Zusammenfassend erweist sich das Vorgehen des Beschwerdegegners als bewusstes Abweichen von den üblicherweise für die Erteilung einer Arbeitsbewilligung notwendigen Voraussetzungen. Dies geschah trotz klarer Sach- und Rechtslage, weshalb das Vorgehen als willkürlich erscheint. Statt gegen R Anzeige einzureichen, wurde dieser in seinen Bemühungen noch unterstützt. Ein öffentliches Interesse für das gewählte Vorgehen lässt sich nicht ausmachen. Aufgrund der wiederholten Anläufe kann nicht von einem "Ausrutscher" gesprochen werden. Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat getreu der Rechtslage das erste Wiedererwägungsgesuch abgelehnt und die einschlägigen Ämter über die unbewilligte Tätigkeit von Z für die Familie R unterrichtet. Beide Handlungen sind rechtlich nicht zu beanstanden, wurden aber von Seiten des AWA in fragwürdiger Weise zunichte gemacht. Zum einen unterstützte das AWA in der Folge R bei dessen zweitem Wiedererwägungsgesuch, trat auf dieses ein, fällte einen positiven Vorentscheid und leitete das Gesuch am 14. Dezember 2006 an das BFM weiter. Zum andern rief das AWA die Meldung betreffend Schwarzarbeit zurück.

#### **E. 16.5**

Unter diesen Umständen erscheint eine fristlose Kündigung grundsätzlich als angemessene Reaktion. Das Vorgehen des Beschwerdegegners war geeignet, das gegenseitige Vertrauen, welche die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören. Ein Verbleib im AWA war der Beschwerdeführerin, der das Dossier zeitweise anvertraut war, deshalb nicht mehr zuzumuten. Dies gilt umso mehr, als sie mit über zehn Dienstjahren eine ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten hätte abwarten müssen (vgl. § 17 Abs. 1 lit. d PG).

#### **E. 16.6**

Nicht ersichtlich ist, dass der Beschwerdeführerin mildere zielführende Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten. Mit dem Rückruf der Meldung betreffend Schwarzarbeit, der Unterstützung von R bei dessen zweitem Wiedererwägungsgesuch, der Zuteilung des Dossiers an eine andere Mitarbeiterin, verbunden mit der Anweisung, das Wiedererwägungsgesuch gutzuheissen, sowie dem Bittschreiben an den Direktor des BFM gab der Beschwerdegegner deutlich zu verstehen, dass er an seinem Vorgehen festzuhalten gedenke. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners kann der Beschwerdeführerin deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe sich nicht an ihren Vorgesetzten oder die nächsthöhere Stelle gewandt. Der Rückruf der Meldung betreffend Schwarzarbeit erfolgte im Auftrag von Amtschef E, das Schreiben an den Direktor des BFM war von Direktionsvorsteherin P verfasst worden war. Nach Ansicht des kantonalen Personalamts hätte die Beschwerdeführerin indes vorgängig die kantonale Ombudsstelle einschalten sollen. Richtig daran ist einzig, dass auch das Staatspersonal die Ombudsstelle anrufen kann (vgl. Walter Haller in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich etc. 2007, Art. 81 N. 21). Macht man jedoch die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung des Staatsangestellten von einem Schlichtungsversuch der Ombudsstelle abhängig, errichtet man im Vergleich zur Kündigung durch den Staat zusätzliche, sachlich nicht begründete Hürden. Ein Anrufen der Ombudsstelle drängt sich dort auf, wo Personen im Sonderstatusverhältnis Hemmungen haben, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 87–94 N. 3). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Nicht zuzustimmen ist dem Personalamt, soweit dieses der Beschwerdeführerin vorhält, sie hätte zunächst eine Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat oder den Kantonsrat richten sollen. Ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar, berechtigt dies den Angestellten zur fristlosen Kündigung. Aufsichtsbeschwerden an den Kantonsrat sind zudem nur bei Geschäften des Regierungsrats zulässig und auf die Rüge der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung beschränkt (Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19–28 N. 35). Generell verkennen die Einwände die Situation des Staatsangestellten, für den die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses untragbar geworden ist. Wartet der Staatsangestellte nach Kenntnis der massgebenden Tatsachen mit der fristlosen Kündigung zu, geht das Kündigungsrecht unter (Portmann, Art. 337 N. 12 f.). Seine Situation ist deshalb von jener zu unterscheiden, in der ein Staatsangestellter einzig auf interne Missstände aufmerksam machen will und deshalb die Öffentlichkeit informiert. Ein solches Vorgehen ist unzulässig, solange der Staatsangestellte "nicht mit allen ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen, insbesondere dienstlichen Mitteln versucht hat, gegen die Amtspflichtverletzungen oder sonstigen Missstände anzukämpfen, die er in seiner Stellung wahrgenommen haben will" (BGE 94 IV 68 E. 2; Niklaus Oberholzer, Basler Kommentar, 2007, Art. 320 StGB N. 15).

#### **E. 17.1**

Die Frist zur Einreichung der Kündigung bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Hat der Kündigende sichere und möglichst vollständige Kenntnis des Kündigungsgrunds, werden ihm der Regel zwei bis drei Arbeitstage für die entsprechende Erklärung zugestanden (BGE 130 III 28 E. 4.4; Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 17), wobei die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung auch im öffentlichen Recht erst wirksam wird, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist (BGr, 10. Februar 2004, 2A.518/2003, E. 41, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit trägt der Kündigende (Humbert/Volken, S. 572). Bei wiederholten Vorfällen beginnt die Frist mit dem letzten Vorfall (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17).

### **E. 17.2**

Mit der kurzen Erklärungsfrist soll verhindert werden, dass ein Angestellter über sein weiteres Schicksal im Unklaren gelassen wird (vgl. Humbert/Volken, S. 573). Die Rechtsprechung zur Erklärungsfrist wurde denn auch anhand von Fällen der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber entwickelt. Sie kann nicht unbesehen auf den seltenen Fall einer fristlosen Kündigung durch den Staatsangestellten übertragen werden. Für ihn hat die fristlose Kündigung in der Regel stärker einschneidende Konsequenzen als für einen Arbeitgeber, der bloss einen von in der Regel mehreren Angestellten entlässt. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht auch bei Kündigungen durch den Arbeitgeber nicht mechanisch von der zwei- bis dreitägigen Erklärungsfrist ausgeht (dazu Humbert/Volken, S. 573 f.). Eine Ausnahme von der dreitägigen Frist wird etwa angenommen, wenn die Arbeitgeberin eine juristische Person ist, die aufgrund ihrer Kompetenzordnung Zeit für die Entscheidung benötigt (BGr, 13. Dezember 2005, 4C.291/2005, E. 3.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); siehe auch BGE 93 II 18 S. 19). Bei einer Kündigung durch einen öffentlichrechtlichen Arbeitgeber hat das Bundesgericht unter Verweis auf den Anspruch auf rechtliches Gehör eine Erklärungsfrist von zehn Tagen als zulässig erachtet (BGr, 10. Februar 2004, 2A.518/2003, E. 5.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Generell ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch machen will (BGr, 1. Oktober 2007, 4A\_238/2007, E. 4.1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die Frage, was billig ist, beantwortet der Richter nach seinem Ermessen (Humbert Volken, S. 573). Ein Zuwarten über die Zeitspanne von zwei bis drei Arbeitstagen hinaus, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ausreichen sollte, wird dabei als zulässig angesehen, sofern dies mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Es liegt auf der Hand, dass einem klaren Sachverhalt anders vorgegangen werden muss als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder die Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Dabei ist es nicht in allen Fällen möglich, die zulässige Überlegungszeit in eine Abklärungsfrist und eine Überlegungsfrist einzuteilen (BGr, 1. Oktober 2007, 4A\_238/2007, E. 4.1, und 16. Mai 2002, 4C.345/2001, E.3.2, beides unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### **E. 17.3**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe vom Antwortschreiben von BFM-Direktor L am 14. Februar 2007 Kenntnis erhalten. Ihr Vertrauen in die Vorgesetzten sei damit endgültig zerstört worden. Das Kündigungsschreiben der Beschwerdeführerin datiert vom 16. Februar 2009. Eine persönliche Übergabe des Schreibens fand nach Angaben des Beschwerdegegners am Donnerstag, 22. Februar 2007, statt. Diese Darstellung wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Der 14. Februar 2007 war ein Mittwoch. Bis zur

Kündigung liess die Beschwerdeführerin demnach fünf volle Arbeitstage verstreichen.

#### **E. 17.4**

Die Beschwerdeführer hat Geburtsjahr 1951. Im Zeitpunkt der Kündigung war sie knapp 56 Jahre alt. Ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt sind in hohem Mass ungewiss. Es erscheint verständlich, dass sie sich zumindest ein paar Tage für einen derart weit reichenden Entschluss Zeit liess, der im Falle der Unzulässigkeit für sie schwerwiegende finanzielle Konsequenzen haben konnte. Zudem ist zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass nicht ein einmaliger Vorfall wie etwa eine schwere Beschimpfung oder Tätlichkeit Anlass zur Kündigung ab, sondern eine Kaskade von Vorfällen, deren rechtliche Einordnung überdies von erhöhter Komplexität war. Wird aber bereits bei einfachen Sachverhalten eine Erklärungsfrist von bis zu drei Tagen zur Klärung der Rechtslage eingeräumt, so erscheint eine längere Frist bei einem komplexen Sachverhalt als gerechtfertigt. Offensichtlich vergewisserte sich die Beschwerdeführerin vorgängig der Rechtslage. Ihr Kündigungsschreiben listet die Kündigungsgründe auf und gibt ihre Rechtsauffassung wieder. Mit Blick die Umstände des konkreten Falls – Erklärungsfrist von fünf vollen Arbeitstagen, Alter der Beschwerdeführerin, Konsequenzen der Kündigung, Schwierigkeit des Falls, Klärung der Rechtslage – erscheint das Zuwarten der Beschwerdeführerin über die Zeitspanne von drei Arbeitstagen hinaus als verständlich. Die fristlose Aufhebung des Dienstverhältnisses durch die Beschwerdeführerin erweist sich nach dem Gesagten als rechtmässig.

#### **E. 18.1**

Zusätzlich zum Vorwurf der "Vetternwirtschaft" hat die Beschwerdeführerin ihren Vorgesetzten im Fall R auch ein strafbares Verhalten unterstellt. Wie gesehen fällt diesbezüglich eine Tatündigung ausser Betracht. Eine fristlose Verdachtskündigung bleibt dagegen denkbar. Deren Zulässigkeit setzt voraus, dass auch nach den zumutbaren Abklärungen ein erheblicher Verdacht bestehen bleibt, wobei sich dieser auf ein Delikt von erheblicher Schwere beziehen muss. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar (BGr, 9. August 1999, JAR 2001, S. 304 ff., E. 3b; Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 10).

#### **E. 18.2**

Die Anklagekammer des Obergerichts hat im Beschluss vom 22. Februar 2007 über die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen Amtschef E das Vorliegen eines Anfangstatverdachts beurteilt. Nach Ansicht der Anklagekammer stehen aus strafrechtlicher Sicht die Vorgänge um die erwähnten Mails im Vordergrund, mit welchen die Meldung betreffend Schwarzarbeit als "nichtig" widerrufen worden ist. Hierzu hat die Anklagekammer – "ohne die ausländerrechtliche Frage abschliessend beurteilen zu müssen" – festgehalten, ein Aufenthalt zu Erwerbszwecken bedürfe auch während eines laufenden Verfahrens einer Bewilligung. Die Angaben von Z, sie habe sich als Touristin in der Schweiz aufgehalten, erscheinen für die Anklagekammer "im geschilderten Kontext wenig überzeugend". Vielmehr existierten Hinweise, dass Z seit der Übersiedlung der Familie R in die Schweiz im Sommer 2005 bei dieser tätig gewesen sein könnte. Es sei demnach davon auszugehen, dass die besagte Meldung betreffend Schwarzarbeit nicht vom Stand des hängigen Bewilligungsverfahrens abhängig war, "so dass die Meldung auch nicht nichtig sein konnte und die Revokation zumindest aus dieser Sicht der Grundlage entbehrte." Auch die Annahme, in der Sache sei noch keine Rechtskraft eingetreten, sei "äusserst fraglich",

da ein Wiedererwägungsgesuch den Eintritt der Rechtskraft nicht verhindern könne. Es sei deshalb namentlich der Tatbestand des Amtsmissbrauchs in Betracht zu ziehen.

### **E. 18.3**

Die Eröffnung einer Untersuchung nach § 22 Abs. 4 in Verbindung mit § 22 Abs. 6 StPO setzt einen hinreichenden Tatverdacht voraus. Verlangt wird ein durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich etc. 2004, Rz. 785; BGr, 5. Februar 2002, VPB 66.101 E. 6b). Die Anklagekammer des Obergerichts hat das Vorliegen solcher Verdachtsmomente bejaht. A fortiori durfte auch die Beschwerdeführerin, deren Kündigung zeitlich mit der Eröffnung der Strafuntersuchung zusammenfiel, ein deliktisches Verhalten annehmen. Dieses wies überdies auch die notwendige Schwere auf: Die Beschwerdeführerin ging von einer Begünstigung aus, die Anklagekammer von einem Amtsmissbrauch. Die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses erweist sich demnach auch unter diesem Aspekt als gerechtfertigt.

### **E. 19.1**

Die Folgen der gerechtfertigten Auflösung sind in Art. 337b OR geregelt. Hat ausschliesslich eine Partei die Auflösung schuldhaft durch vertragswidriges Verhalten herbeigeführt, gelangt Absatz 1 zur Anwendung. Bei beidseitigem Verschulden ist Absatz 2 einschlägig, ebenso, wenn keine Seite die Auflösung schuldhaft herbeigeführt hat (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 2). Absatz 2 regelt weiter die vermögensrechtlichen Folgen der gerechtfertigten fristlosen Vertragsauflösung aus anderen Gründen als einer Vertragsverletzung (BGE 129 III 380 E. 2.2). Schliesslich wird über Absatz 2 auch eine Verdachtskündigung abgewickelt, die sich ex post als unbegründet erweist, im Zeitpunkt der Kündigung aber als plausibel erschien und deshalb einen wichtigen Grund darstellte (BGr, 9. August 1999, JAR 2001, S. 304, E. 3b; Matthias Schwaibold in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, Basel 2008, Art. 337b N. 8)

### **E. 19.2**

Die Partei, welche die Auflösung durch ihr schuldhaftes und vertragswidriges Verhalten zu verantworten hat, wird nach Art. 337b Abs. 1 OR voll schadenersatzpflichtig. Dem Arbeitnehmer steht im Wesentlichen der entgangene Lohn abzüglich Ersatzverdienst und Einsparungen zu (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5). In den anderen Fällen bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen (Abs. 2). Der Gesetzgeber hat dem Richter damit bewusst einen maximalen Spielraum überlassen. Zu berücksichtigen sind etwa Ausgestaltung und Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Höhe des Lohns, die finanziellen Verhältnisse sowie die Natur des wichtigen Grundes (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 7).

### **E. 19.3**

Vorliegend steht nicht eine Vertrags- bzw. eine Personalrechtsverletzung zur Debatte, sondern eine Kündigung aus anderen Gründen. Für die Kündigungsfolgen ist deshalb Art. 337b Abs. 2 OR massgebend. Zu beachten ist dabei, dass Art. 337b OR im Gegensatz zu Art. 337c Abs. 3 OR keine zusätzliche Entschädigung vorsieht (dazu Portmann, Art. 337b OR N. 4; Schwaibold, Art. 337b N. 7; Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5), während im Anwendungsbereich des Personalgesetzes in Fällen einer fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen eine Abfindung ausdrücklich vorbehalten wird (§ 22 Abs. 4 Satz 2 PG).

#### **E. 19.4**

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, steht der Beschwerdeführerin eine Abfindung in Höhe von neun Monatslöhnen zu (unten 20.6). Zudem ist sie ledig und kinderlos. Ihre finanziellen Verhältnisse hat sie nicht offen gelegt. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin sind dagegen die Umstände der Kündigung zu berücksichtigen. Gleiches gilt hinsichtlich der Dauer der Anstellung: Die Beschwerdeführerin wechselte 2001 aufgrund der Kantonalisierung ihres Tätigkeitsbereichs vom Arbeitsamt der Stadt Zürich in das kantonale AWA. Ihre Einstellungsverfügung gibt daher als fiktives Eintrittsdatum den 1. Dezember 1993 an. Ihre Kündigungsfrist betrug sechs Monate (§ 17 Abs. 1 lit. d PG). Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine Zahlung von drei Monatslöhnen.

#### **E. 19.5**

Auf Schadenersatz sind grundsätzlich keine Sozialabzüge geschuldet. Dies gilt nicht, sofern die Entschädigung wie vorliegend Lohnersatzcharakter aufweist. Die Entschädigung von drei Monatslöhnen untersteht daher der Prämienpflicht. Während der Arbeitnehmerbeitrag vom Bruttolohn abzuziehen ist, ist der Arbeitgeberbeitrag zu verdoppeln und durch den Beschwerdegegner bei den entsprechenden Sozialwerken einzubezahlen (vgl. BGE 123 V 5 E. 5; Streiff/von Kaenel, Art. 337c N. 15). Als Monatslohn gilt deshalb ein Zwölftel des zuletzt erhaltenen Jahres-Bruttolohns. Die Beschwerdeführerin verdiente zuletzt bei einem Pensum von 60 Prozent 70'557 Franken. Die Entschädigung beträgt demnach 17'639.25 Franken.

#### **E. 20.1**

Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 PG haben Angestellte ab einem Alter von 35 Jahren Anspruch auf eine Abfindung, wenn das Arbeitsverhältnis nach wenigstens fünf Dienstjahren auf Veranlassung des Staates und ohne Verschulden des Angestellten aufgelöst worden ist. Die Abfindung will Staatsangestellten, die zwar aus objektiven Gründen, aber ohne persönliches Verschulden entlassen werden, ab einer bestimmten Zahl von Dienstjahren eine gewisse Überbrückungshilfe und Anerkennung für ihre Diensttreue gewähren und zugleich die sozialen Härten einer Kündigung mildern helfen.

#### **E. 20.2**

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], auch zum Folgenden). 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, beispielsweise durch das Erbringen der erwarteten Leistung oder die geforderte Verhaltensänderung, wenn ihm solches zumutbar und aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse objektiv möglich war. Dem Arbeitnehmer wird auch dann kein Verschulden im Sinn von § 26 PG vorzuwerfen sein, wenn ein Konflikt, der nur durch eine

Kündigung bereinigt werden konnte, nicht vornehmlich durch ihn verursacht worden ist, sondern zu seiner Entstehung oder Verschärfung die vorgesetzte Behörde oder andere Mitarbeitende massgeblich beigetragen haben.

### **E. 20.3**

Kein Anspruch auf Abfindung besteht nach § 26 Abs. 3 PG unter anderem bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung des Angestellten. Die Kündigung im Sinn des Personalgesetzes ist in § 16 lit. a und in den §§ 17–21 PG geregelt. Vorliegend steht indes in der Terminologie des Personalgesetzes eine "fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen" nach § 22 PG zur Debatte. Ausgeschlossen ist eine Abfindung auch bei einer Auflösung aus wichtigen Gründen (§ 26 Abs. 3 in Verbindung mit § 12 lit. d PG). § 22 Abs. 4 PG behält bei einer fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen eine Abfindung nach § 26 indes ausdrücklich vor. Der Vorbehalt ist zum einen notwendig, da bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen dem Arbeitnehmer, der gerechtfertigt fristlos kündigt, wohl keine Entschädigung zusteht (dazu Portmann, Art. 337b N. 4; Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5). Zum andern liegt seine Bedeutung darin, dass bei einer fristlosen Auflösung durch den Angestellten von der Voraussetzung "auf Veranlassung des Staates" nach § 26 Abs. 1 Satz 1 PG abgesehen werden kann. Andernfalls würde sich der Vorbehalt bei einer Auflösung durch den Angestellten als nutzlos erweisen.

### **E. 20.4**

Die Beschwerdeführerin ist 1951 geboren. Als Eintrittsdatum ist vom 1. Dezember 1993 auszugehen. Die Beschwerdeführerin erfüllt sowohl die Voraussetzung des Mindestalters als auch das Erfordernis betreffend Anzahl Dienstjahre gemäss § 26 Abs. 1 Satz 1 PG. Den Anlass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete das Verhalten ihrer Vorgesetzten im Fall R. Der Verbleib im AWA war ihr nicht mehr zuzumuten. Folglich erfolgte die Auflösung ohne ihr Verschulden.

### **E. 20.5**

Der Regierungsrat regelt die Festsetzung der Abfindung und bestimmt einen nach dem Alter abgestuften Rahmen als Richtlinie; die Abfindung beträgt höchstens fünfzehn Monatslöhne (§ 26 Abs. 4 PG). Die Abfindung wird nach den Umständen des Einzelfalles festgelegt; angemessen berücksichtigt werden insbesondere die persönlichen Verhältnisse, die Arbeitsmarktchancen, die Dienstzeit, der Kündigungsgrund sowie ein während der Abfindungsdauer erzieltetes Einkommen (Abs. 5 Sätze 1 und 2). Gemäss § 7 Abs. 1 lit. c der Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) beträgt die Abfindung je nach den im Einzelfall massgeblichen Umständen ab dem 51. Altersjahr drei bis fünfzehn Monatslöhne. Im vorliegend massgebenden Zeitpunkt noch nicht in Kraft war § 16g Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (LS 177.111). Dieser sieht vor, dass sich die Höhe der Abfindung primär nach einem an gleicher Stelle definierten Rahmen richtet, der auf Dienstalter und Alter abstellt. Innerhalb dieses Rahmens wird die Abfindung aufgrund der persönlichen Verhältnisse festgelegt. Die Bestimmung übernimmt in den Grundzügen die Regelung, wie sie vom Regierungsrat mit Beschluss vom 25. April 2001 festgelegt worden war (RRB Nr. 599/2001; siehe ABI 2008, 911). Der Beschluss des Regierungsrats ist – da es sich um interne Weisungen handelt – für das Gericht allerdings nicht bindend, liefert aber Anhaltspunkte für die Bemessung der Abfindung (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 50 N. 58; VGr, 22. Juni 2005, PB.2005.00012, E. 3.4, www.vgrzh.ch). Gemäss dem Beschluss werden für die Festsetzung der Abfindung das

Lebensalter, das Dienstalter und der Kündigungsgrund sowie die persönlichen Verhältnisse zu gleichen Teilen berücksichtigt. Bei einem Alter von mehr als 51 Jahren ist eine Abfindung in der Höhe von zwölf bis fünfzehn Monatslöhnen vorgesehen. Für dreizehn Dienstjahre beträgt die Abfindung ab 51 Altersjahren fünf bis sechs Monatslöhne.

#### **E. 20.6**

Die Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt der Kündigung knapp 56 Jahre alt. Ihre anrechenbare Dienstzeit beträgt dreizehn Jahre und drei Monate. Die aufgrund des Alters eher ungünstigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Umstände der Kündigung. Hingegen ist die Beschwerdeführerin ledig und hat keine Kinder, weshalb keine familiären Unterstützungspflichten bestehen. Ihre finanziellen Verhältnisse sind nicht ersichtlich. Es ist ihr eine Abfindung von neun Monatslöhnen zuzusprechen. Diese berechnen sich wie bei der Entschädigung (oben 19.5 dritt- und zweitletzter Satz). Ob auf diesem Betrag Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind, richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101), insbesondere nach Art. 7 lit. q und 8 bis AHVV (vgl. zum Übergangsrecht Ziff. II f. der Änderung der Verordnung vom 17. Oktober 2007, AS 2007 5125 ff.).

#### **E. 21**

Die fristlose Aufhebung des Dienstverhältnisses durch die Beschwerdeführerin war gerechtfertigt. Nach dem Gesagten stehen ihr eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen sowie eine Abfindung in der Höhe von neun Monatslöhnen zu. Da der Streitwert über 20'000 Franken liegt, besteht für die Parteien keine Kostenfreiheit (§ 80b VRG). Ausgangsgemäss sind die Kosten zu 2/3 dem Beschwerdegegner und zu 1/3 der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 80c in Verbindung mit § 70 und § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Wie schon im Rekursverfahren beantragt die Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung. Sowohl im Rekurs- wie auch im Beschwerdeverfahren kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenseite verpflichtet werden, sofern – wie vorliegend – die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Der Beschwerdeführerin ist deshalb für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung in angemessener Höhe zu entrichten. Diese beträgt 2'000 Franken.

#### **E. 22**

Da der Streitwert 15'000 Franken übersteigt, kann gegen den vorliegenden Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden (vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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