

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00012 vom 21. Juli 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-07-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_PB.2010.00012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2010.00012)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00012 du 21 juillet 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2010.00012 del 21 luglio 2010

## Regeste

Auflösung des Arbeitsverhältnisses | Das Inkrafttreten des Gesetzes über die Anpassung des kantonalen Verfahrensrechts ändert nichts an der Beurteilung des vorliegenden Falles (E. 1). Kammerbesetzung (E. 2). Zuständigkeit und übrige Prozessvoraussetzungen (E. 3). Materielle Anforderungen an eine ordentliche Kündigung (E. 4). Geltung der Unschuldvermutung im Kündigungsverfahren: Eine Kündigung verstösst gegen die Unschuldvermutung, wenn sie trotz fehlender rechtskräftiger Verurteilung mit dem Vorwurf strafbaren Verhaltens begründet wird (E. 6). Die angefochtene Kündigung wurde teilweise mit Straftaten des Beschwerdeführers begründet, obwohl er strafrechtlich nicht verurteilt worden ist. Dieser Verstoß gegen die Unschuldvermutung schliesst indes das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes nicht aus (E. 7). Es kann offen bleiben, ob dem Beschwerdeführer in der gegen ihn geführten Administrativuntersuchung das Recht zustand, Fragen an die Belastungszeugin zu stellen. Der Beschwerdeführer hat nämlich nicht substantiiert vorgebracht, eine solche Befragung verlangt zu haben (E. 8). Bei einer Administrativuntersuchung gelten (zu Recht) nicht die gleichen Vorschriften für die Beweiserhebung wie im Strafprozess (E. 9). Eine Verwirkung des Kündigungsrechts ist vorliegend nicht eingetreten (E. 10). Als Handlungsort für eine sexuelle Belästigung im Sinn von Art. 4 GlG kommt auch der Arbeitsweg in Betracht (E. 11.1). Die Aussagen der Belastungszeugin, wonach der Beschwerdeführer sie nach Dienstschluss auf dem Rücksitz seines Wagens oberhalb der Brust mit Massageöl massiert haben soll, lassen nicht darauf schliessen, dass diese Massage gegen ihren Willen erfolgte. Eine sexuelle Belästigung ist somit nicht erstellt (E. 12.3). Die vom uniformierten Beschwerdeführer erteilte Massage war aber geeignet, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Sicherheitspersonals in einem sehr sensiblen Bereich zu beeinträchtigen (E. 13.2). Insoweit ist eine Treuepflichtverletzung gegeben, welche jedoch mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht zu einer Kündigung berechtigte (E. 13.3). Ein Mobbing, welches die Kündigung als missbräuchlich erscheinen liesse, liegt nicht vor (E. 14). Im ordentlichen Kündigungsverfahren kann eine Administrativuntersuchung als gleichwertiges Verfahren an die Stelle einer Mitarbeiterbeurteilung treten (E. 16.1 f.). Die vorliegende Kündigung verletzte mehrfach das rechtliche Gehör und versties gegen weitere Verfahrensvorschriften (E. 16.3). Aufgrund dieser Verletzung von Verfahrensvorschriften und des Fehlens eines sachlichen Kündigungsgrundes ist eine Entschädigung in der Höhe von viereinhalb Monatslöhnen zuzusprechen (E. 17 f.). Verzugszins auf dieser Entschädigung ist seit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgewiesen, da mit dem Rekurs eine Mahnung erfolgt ist (E. 19.1). Der Beschwerdegegner muss die Höhe der zu leistenden Entschädigung nicht mittels Verfügung festsetzen, weil die Entschädigungshöhe aufgrund des vorliegenden Urteils hinreichend bestimmbar ist (E. 19.2). Für das Rekursverfahren steht dem Beschwerdeführer nach wie vor keine Parteientschädigung zu (E. 20.1). Kostenlosigkeit des

Beschwerdeverfahrens und Verweigerung einer Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren (E. 21). Rechtsmittelbelehrung (E. 22). Teilweise Gutheissung.

## **Erwägungen**

### **E. 12.1.1**

Die den Beschwerdeführer belastenden Vorwürfe von F finden sich in einem von ihr etwa zwischen dem 11. und 18. September 2008 verfassten Bericht sowie im Protokoll zu einer Befragung Ende Oktober 2008. Die Schilderungen des Vorfalls im Mai 2007 weichen in den beiden Dokumenten teilweise voneinander ab: So wird etwa im Bericht von F ausgeführt, der Beschwerdeführer habe sie vor dem Vorfall im Parkhaus während des Dienstes massiert, und zwar nach dem Essen. Demgegenüber fand diese Massage gemäss dem Befragungsprotokoll vor dem Essen statt. Überdies soll sich F laut ihrem schriftlichen Bericht kurz gewehrt haben, als der Beschwerdeführer ihr im Parkhaus das Massageöl auf den Nacken auftrug, wogegen sie anlässlich der Befragung aussagte, er habe ihr im Parkhaus plötzlich das Öl ins Genick zu reiben begonnen, worauf sie wie gelähmt gewesen sei und gar nichts mehr gesagt habe. Keine Übereinstimmung besteht in den beiden Dokumenten auch mit Bezug auf die Frage, ob der Beschwerdeführer sein Auto nach Abbruch der Massage durch die gleiche Autotüre wie F verliess.

### **E. 12.1.2**

Die genannten Ungereimtheiten wecken Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Darstellung von F, zumal zwischen dem Zeitpunkt der Abfassung des schriftlichen Berichts und der Befragung lediglich etwa sechs Wochen lagen. Zwar dürften diese Ungereimtheiten teilweise mit der seit dem Vorfall im Mai 2007 verstrichenen Zeit und den damit verbundenen Erinnerungslücken zu erklären sein und spricht für die Glaubhaftigkeit der Darstellungen von F, dass sie teilweise auch in Details übereinstimmen. Auf ihre Aussagen abzustellen erscheint jedoch vor allem deshalb als problematisch, weil sie gerade zur wichtigen Frage, ob sie sich gegen das Auftragen des Massageöls gewehrt hat, keine widerspruchsfreien Angaben machte.

### **E. 12.1.3**

Für die Glaubhaftigkeit der Darstellung von F spricht zwar, dass sie die Vermutung äusserte, andere Arbeitskolleginnen würden gegen den Beschwerdeführer ein "Kesseltreiben" veranstalten und deshalb ungläubhafte Aussagen zu dessen Ungunsten machen. F erklärte zudem, sich eines Urteils über die von anderen Arbeitskolleginnen erhobenen Vorwürfe betreffend sexuelle Belästigungen enthalten zu wollen. Allein aus diesen Aussagen lässt sich aber nicht schliessen, dass sie dem Beschwerdeführer tendenziell wohlgesinnt war und keinen Grund hatte, haltlose Vorwürfe an seine Adresse zu erheben.

## **E. 12.2**

Den Aussagen von F steht die Darstellung des Beschwerdeführers gegenüber: Er behauptet, die Massage im Parkhaus sei im Einvernehmen mit F erfolgt. Zuvor habe sie ihm beim gemeinsamen Kaffee nach Dienstschluss von einem Unfall sowie damit verbundenen Verspannungen ihres Nackens erzählt, worauf er ihr – da er eine Ausbildung als "Kalari"-Masseur absolviert habe – eine ayurvedische Behandlung in ihrem Auto angeboten habe. Der Beschwerdeführer bestreitet zudem, dass er F während des Dienstes massiert habe.

### **E. 12.3**

Auch wenn der Beschwerdeführer nicht plausibel erklären konnte, weshalb F ihn ohne Grund belasten sollte, kann ihren Aussagen allein gestützt auf die Akten nicht gefolgt werden. Vorliegend steht Aussage gegen Aussage. Weitere Untersuchungen, welche über die Plausibilität der verschiedenen Darstellungen des Vorfalles im Mai 2007 näher hätten Aufschluss geben können, wurden nicht getätigt. So blieb etwa nicht untersucht, ob F entsprechend den Aussagen des Beschwerdeführers aufgrund eines schweren Unfalls an der Brust operiert werden musste und an Nackenverspannungen litt. Auch wurde nicht versucht, die Crew-Mitglieder, welche nach Darstellung von F Zeugen der behaupteten Massage während des Dienstes im Mai 2007 waren, ausfindig zu machen. Vor diesem Hintergrund kann dem Beschwerdeführer entgegen der Auffassung der Vorinstanz – jedenfalls ohne weitere Untersuchung – nicht zur Last gelegt werden, er habe F im Parkhaus beim Flughafen nach Dienstschluss eine Massage aufgedrängt, so dass sie sich "in ihrer Intimsphäre massiv gestört" gefühlt habe. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer zugesteht, seine Massage vielleicht etwas übereifrig "verkauft" zu haben. Als erstellt kann nur gelten, dass es nach Dienstschluss im Parkhaus zu einer Massage kam. Nicht bewiesen ist hingegen, dass diese Massage gegen den Willen von F erfolgte. Die Aktenlage lässt es deshalb nicht zu, dem Beschwerdeführer eine sexuelle Belästigung im Sinn von Art. 4 GlG auf dem Arbeitsweg zu unterstellen.

### **E. 13**

Nach Auffassung der Vorinstanz ist die Kündigung sachlich gerechtfertigt, weil der Beschwerdeführer anlässlich des Vorfalls im Mai 2007 seine Treuepflicht (§ 49 PG) verletzt hat.

#### **E. 13.1**

Die kantonalen Angestellten haben die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig und gewissenhaft auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren (§ 49 PG). Die Treuepflicht beinhaltet eine – auch ausserdienstliche – Pflicht zur Zurückhaltung mit Meinungsäusserungen, Handlungen und Verhaltensweisen, welche dem Ansehen des Gemeinwesens schädlich sein könnten (vgl. Tobias Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 1994 S. 433 ff., 455). Damit Glaubwürdigkeit und Funktionstüchtigkeit der Verwaltung nicht beeinträchtigt werden, müssen die Anforderungen an das ausserdienstliche Verhalten umso höher sein, je höher die Anforderungen des einzelnen Amtes sind und je näher dieses zum Bereich der Leitungsaufgaben gehört sowie die öffentliche Verwaltung repräsentiert (Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. A., Zürich etc. 2008, S. 440; vgl. auch Yvo Hangartner, Treuepflicht und Vertrauenswürdigkeit der Beamten, ZBl 1984 S. 385 ff., 396 f.). Als massgebend erscheint, was im Interesse des Amtes vernünftigerweise erwartet werden kann und ob ein bestimmtes Verhalten das Vertrauen der Bürger sowie der Vorgesetzten in die richtige Amtsführung berührt (vgl. Hangartner, S. 397, auch zum Folgenden). Ein ausserdienstliches, normalerweise unter moralischen Gesichtspunkten oder mit Blick auf gesellschaftliche Konventionen missbilligtes Verhalten verletzt nur dann die Treuepflicht, wenn darunter die Glaubwürdigkeit und damit die Funktionstüchtigkeit der Verwaltung leiden.

#### **E. 13.2**

Wie vorn 12 ausgeführt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Massage im Parkhaus gegen den Willen von F erfolgte. Folglich verbietet es sich von vornherein, dem Beschwerdeführer vorzuwerfen, er habe durch seine Massage (die verheiratete) F moralisch in Bedrängnis gebracht und die weitere dienstliche Zusammenarbeit gefährdet. Fragen lässt sich einzig, ob der Beschwerdeführer unter der Annahme, dass die Massage einvernehmlich erfolgte, unter den gegebenen Umständen die Treuepflicht verletzte. Die Massage wurde abends oder nachts auf dem Rücksitz des im Parkhaus beim Flughafen abgestellten Wagens des Beschwerdeführers durchgeführt (nach dem Rekurs war es etwa 21 Uhr, nach F 23 Uhr); sie dauerte nach seiner Darstellung etwa 20 Minuten. Da sowohl F als auch der Beschwerdeführer zuvor Dienst hatten, kann davon ausgegangen werden, dass beide uniformiert waren. Dass Aussenstehende den Vorgang beobachteten oder hätten zur Kenntnis nehmen können, erscheint nicht als ausgeschlossen, wird doch ein Parkhaus beim Flughafen auch zu später Stunde regelmässig frequentiert. Aussenstehenden dürfte es dabei als Ausdruck einer Verlegenheitslösung erschienen sein, dass zwei Beamte in Uniform abends oder nachts den Rücksitz eines in einem Parkhaus stehenden Wagens als Ort für eine Massage wählen. Weil das Parkhaus neben dem Flughafen, also nahe bei einem möglichen Arbeitsort von Sicherheitsbeamten lag, hätte sich für einen aussenstehenden Beobachter – auch wenn sich die Massage auf den Schulterbereich beschränkte – unweigerlich die Frage aufgedrängt, ob die zwei Beamten gerade (möglicherweise gar während der Dienstzeit) heimlich Intimitäten austauschen. Das Verhalten des Beschwerdeführers, der durch das Tragen einer Uniform auch nach Dienstschluss in einem gewissen Ausmass die öffentliche Verwaltung repräsentierte, war somit geeignet, das Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Sicherheitspersonals in einem sehr sensiblen Bereich zu beeinträchtigen. Dieses Verhalten kann ihm als Verletzung der Treuepflicht im Sinn von § 49 PG vorgeworfen werden.

### **E. 13.3**

Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung sein, muss sie zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass nicht weniger einschneidende Massnahmen wie beispielsweise eine Verwarnung ebenfalls zum Ziel führen würden, und muss drittens eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 301 f.). Die genannte Treuepflichtverletzung des Beschwerdeführers lag im Zeitpunkt der Kündigung bereits mehr als eineinhalb Jahre zurück. Seit dem einschlägigen Vorfall hat das Verhalten des Beschwerdeführers zu keinen weiteren Beanstandungen Anlass gegeben. Für den Zeitraum von Mitte Mai 2007 bis Ende September 2008 wurde sein Verhalten vielmehr als gut qualifiziert; die entsprechende Mitarbeiterbeurteilung bewertet seine Leistung und sein Verhalten gesamthaft als gut. Vor allem mit Blick auf die Leistung und das Verhalten des Beschwerdeführers nach dem Vorfall vom Mai 2007 erscheint es als unverhältnismässig, wegen der erwähnten, schon längere Zeit zurückliegenden einzelnen Treuepflichtverletzung eine Kündigung auszusprechen. Eine mildere Massnahme wie etwa ein Verweis (vgl. § 30 PG) hätte ausgereicht. Die Kündigung ist somit sachlich nicht gerechtfertigt.

### **E. 14.1**

D er Beschwerdeführer macht geltend, er sei Opfer eines Mobbing durch die Arbeitskolleginnen K und L geworden, weshalb die Kündigung missbräuchlich im Sinn von Art. 336 OR sei. Mobbing wird definiert als systematisches, anhaltendes oder wiederholtes

feindliches Verhalten mit dem Zweck, eine Person am Arbeitsplatz zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen (Thomas Geiser, Rechtsfragen der sexuellen Belästigung und des Mobbings, ZBJV 137/2001, S. 429 ff., 430 f.; Jean-Bernard Waeber, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?, AJP 1998, S. 792 ff., 792; vgl. auch Manfred Rehbinder/Alexander Krausz, Psychoterror am Arbeitsplatz. Mobbing und Bossing und das Arbeitsrecht, ArbR 1996, S. 17 ff., 18 ff.), wobei nach Teilen der Lehre Mobbing nur vorliegt, wenn es von der betroffenen Person nicht verursacht wurde (Rehbinder/Krausz, S. 18). Das Mobbing ist vom schlechten Arbeitsklima im Allgemeinen abzugrenzen (Geiser, S. 431). Ein massgeblicher Zusammenhang zwischen den in der Beschwerde behaupteten Verhaltensweisen von K und L und der Kündigung, welcher diese als infolge Mobbings missbräuchlich im Sinn von Art. 336 Abs. 1 und 2 OR erscheinen liesse, ist nicht ersichtlich: Die Kündigung wurde im Wesentlichen ausschliesslich mit dem Vorfall mit F begründet. Zwar wurde die nähere Untersuchung des Verhaltens des Beschwerdeführers dadurch ausgelöst, dass K gegenüber dem Beschwerdeführer den Vorwurf der sexuellen Belästigung erhob. Es ist freilich nicht ersichtlich, dass K und L das Ergebnis der Administrativuntersuchung zu Ungunsten des Beschwerdeführers beeinflusst hätten. Schliesslich macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend, die Aussagen dieser beiden Arbeitskolleginnen oder deren angebliches Geschwätz im Sicherheitsdienst hätten ihn zu der zur Kündigung Anlass gebende Treuepflichtverletzung verleitet.

#### **E. 14.2**

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Kündigung nicht wegen Mobbings missbräuchlich war.

#### **E. 15**

Wird eine ordentliche Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens in Aussicht genommen, so ist dies der oder dem Angestellten im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung zu eröffnen und eine Bewährungsfrist von in der Regel drei bis sechs Monaten anzusetzen (§ 19 Abs. 1 Satz 1 PG in Verbindung mit § 18 Abs. 1 Satz 1 und 3 VVPG). Auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist kann unter bestimmten Voraussetzungen verzichtet werden, insbesondere wenn feststeht, dass eine Bewährungsfrist ihren Zweck nicht zu erfüllen vermag (§ 19 Abs. 1 Satz 2 PG, § 18 Abs. 3 und 4 VVPG). Nach Ablauf der Bewährungsfrist ist nochmals eine Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 VVPG). Fällt diese erneut unbefriedigend aus, ist der betroffenen Person Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen, bevor die Kündigung ausgesprochen werden kann (§ 18 Abs. 5 Satz 1 VVPG; vgl. auch Art. 29 Abs. 2 BV). Anstelle der genannten Mitarbeiterbeurteilungen kann in Ausnahmefällen ein gleichwertiges Verfahren durchgeführt werden (§ 19 Abs. 2 PG, § 18 Abs. 1 Satz 2 und § 18 Abs. 2 Satz 2 VVPG).

#### **E. 16.1**

Die streitige Kündigung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass eine weitere Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer aufgrund seines Verhaltens nicht mehr zumutbar sei. Dabei stützt der Beschwerdegegner die Kündigung auf das Ergebnis einer Administrativuntersuchung. Fraglich ist, ob diese Administrativuntersuchung die bei ordentlichen Kündigungen wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens erforderliche Mitarbeiterbeurteilung als gleichwertiges Verfahren im Sinn von § 19 Abs. 2

PG, § 18 Abs. 1 Satz 2 und § 18 Abs. 2 Satz 2 VVPG ersetzen konnte.

### **E. 16.2**

Ein gleichwertiges Verfahren im Sinn von § 19 Abs. 2 PG, § 18 Abs. 1 Satz 2 sowie § 18 Abs. 2 VVPG muss einen Mangel ergeben, welcher einen sachlich zureichenden Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildet. Als gleichwertig gilt ein Verfahren, wenn die Sachlage ebenso umfassend abgeklärt wurde, wie dies bei einer Mitarbeiterbeurteilung der Fall gewesen wäre. Dem betroffenen Mitarbeitenden ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Vorwürfen zu geben (VGr, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 4.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Nach den Erläuterungen zur Anpassung der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz kommt (praktisch nur) die Administrativuntersuchung als gleichwertiges Verfahren im Sinn von § 19 Abs. 2 PG, § 18 Abs. 1 Satz 2 sowie § 18 Abs. 2 VVPG in Betracht (ABl 2005, S. 1553). Von einer Mitarbeiterbeurteilung kann somit abgesehen werden, wenn betreffend ein Fehlverhalten des Mitarbeiters bereits ein umfassendes Administrativverfahren zur Sachverhaltsabklärung durchgeführt wurde (ebenso Kantonale Verwaltung Zürich, Handbuch Personalrecht, herausgegeben vom Personalamt des Kantons Zürich, Unterlage II.3.1 S. 2 vom 1. August 2008). Der Beschwerdegegner durfte sich folglich statt auf eine Mitarbeiterbeurteilung auf die Ergebnisse der Administrativuntersuchung stützen, konnte doch der Beschwerdeführer zu den darin gegen ihn erhobenen Vorwürfen Stellung nehmen.

### **E. 16.3**

Allerdings verzichtete der Beschwerdegegner darauf, dem Beschwerdeführer eine Bewährungsfrist anzusetzen und nach deren Ablauf eine Mitarbeiterbeurteilung oder ein gleichwertiges Verfahren durchzuführen. Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass der Beschwerdegegner damit die massgebenden Verfahrensvorschriften verletzte. Ebenso richtig hat sie festgestellt, dass der Beschwerdegegner das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, § 18 Abs. 5 Satz 1 VVPG) des Beschwerdeführers mehrfach verletzt hatte, indem er ihm die Kündigung im Rahmen der Administrativuntersuchung nicht in Aussicht gestellt, ihn vor der Kündigung nicht über seine Kündigungsabsicht informiert und ihm keine Gelegenheit zur vorgängigen schriftlichen Stellungnahme eingeräumt hatte. Zu folgen ist der Vorinstanz auch insoweit, als sie eine gehörsverletzende Verweigerung des Rechts auf Äusserung zum Beweisergebnis feststellte und eine dem Gehörsanspruch bzw. der Begründungspflicht nicht genügende Begründung der Kündigungsverfügung bemängelte. Auf die entsprechenden Ausführungen lässt sich hier verweisen ([a§ 80c in Verbindung mit] § 70 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Satz 2 VRG).

### **E. 17**

Wie erwähnt wurde die vorliegende, sachlich nicht gerechtfertigte Kündigung unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausgesprochen (vgl. vorn 16.3).

#### **E. 17.1**

Wird eine Gehörsverletzung festgestellt, führt dies regelmässig – aufgrund des formellen Charakters des Gehörsanspruchs – zur Aufhebung des mangelhaften Entscheides und zu dessen Rückweisung an die Instanz, die das rechtliche Gehör verweigert hat (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 452 ff.). Denkbar ist unter bestimmten Voraussetzungen auch die Heilung der Gehörsverletzung im laufenden Verfahren (RB 1995 Nr. 23; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 48 ff.). Grundsätzlich ist es

jedoch auch möglich, unmittelbar aufgrund der festgestellten Verfahrensmängel eine Entschädigung zuzusprechen (Kölz/Bosshart/Röhl, § 80 N. 5). Diese Lösung drängt sich in Fällen auf, in denen ein anderes Vorgehen die Interessen der in ihrem rechtlichen Gehör verletzten Partei nicht ausreichend zu schützen vermag (vgl. zum Ganzen VGr, 8. Mai 2002, PB.2002.00003, E. 4c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

### **E. 17.2**

Im Anwendungsbereich des kantonalen Personalgesetzes kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bereits im erstinstanzlichen Anfechtungsverfahren nicht rückgängig gemacht werden: Das Verwaltungsgericht hat § 18 Abs. 3 Satz 1 PG dahin gehend ausgelegt, dass ein Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung ausgeschlossen ist (vgl. VGr, 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 2b = RB 2003 Nr. 116, und 11. April 2001, PB.2001.00008, E. 3, beides unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Weil die Vorinstanz somit nicht die gleichen Entscheidungsmöglichkeiten wie der Beschwerdegegner hatte, war ihr eine Heilung der Gehörsverletzung ebenso wenig möglich wie dies im gegenwärtigen Verfahren vor Verwaltungsgericht der Fall ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 48 mit Hinweisen. Zwar hat Erwägung 5e des angefochtenen Beschlusses unzutreffenderweise angenommen, die Gehörsverletzung könne als im Rekursverfahren geheilt gelten. Letztlich hat die Vorinstanz aber zu Recht die Gehörsverletzung bei der Bemessung der Entschädigung mitberücksichtigt). Die Kündigung weist folglich einen nicht zu heilenden formellen Fehler auf.

### **E. 17.3**

Im vorliegenden Fall ist die Kündigung zwar mit einem formellen Mangel behaftet, aber weder nichtig noch aufhebbar (ein unter Verletzung des rechtlichen Gehörs [Art. 29 Abs. 2 BV] zustande gekommener Entscheid ist in aller Regel nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar [z.B. BGE 120 V 357 E. 2a; siehe auch Albertini, S. 450 ff.]. Der vorliegende Verfahrensfehler wiegt nicht derart schwer, dass unter Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen zwingend Nichtigkeit der Kündigung anzunehmen wäre [vgl. Albertini, S. 452]). Das Beschäftigungsverhältnis des Beschwerdeführers ist zudem schon seit 31. Januar 2009 beendet, so dass eine Rückweisung zur Durchführung des Kündigungsverfahrens auf verbesserter Grundlage ausser Betracht fällt (vgl. VGr, 11. April 2001, PB.2000.00024/25, E. 4c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Da der Sachverhalt vorliegend als genügend abgeklärt gelten kann (vgl. dazu auch hinten 19.3), ist auch keine Rückweisung zur weiteren Abklärung notwendig. Die Vorinstanz hat somit dem Beschwerdeführer zu Recht eine Entschädigung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs zugesprochen.

### **E. 18.1**

Bei der Bemessung der bei materiellen und formellen Mängel der Kündigung zuzusprechenden Entschädigung nach a§ 80 Abs. 2 bzw. § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG wird das Obligationenrecht als Auslegungshilfe beigezogen (vgl. VGr, 3. Mai 2006, PB.2005.00036, E. 5, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Laut Art. 336a Abs. 2 Satz 1 OR wird die Entschädigung vom Gericht unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles festgesetzt; sie darf aber den Betrag nicht übersteigen, welcher dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Mit Blick auf die pönale Funktion der Entschädigung gehören zu den zu berücksichtigenden Umständen die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, die wirtschaftlichen Verhältnisse des entschädigungspflichtigen Arbeitgebers sowie die Schwere des Eingriffs in die

Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung sind indes auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Ins Gewicht fallen somit auch das Alter des Arbeitnehmers, seine berufliche Stellung, seine soziale Situation, die Schwierigkeiten der Wiedereingliederung in das Arbeitsleben, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt sowie die Dauer des Arbeitsverhältnisses ( Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 2007, Art. 336a OR N. 2 f.).

### **E. 18.2**

Die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen erscheint mit Blick auf die genannten Kriterien und die bisherige verwaltungsgerichtliche Praxis als zu tief angesetzt (vgl. dazu den Überblick über die Praxis des Verwaltungsgerichts in VGr, 16. Juni 2010, PB.2010.00007, E. 9.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)): Die vorliegende Kündigung war insbesondere wegen Unverhältnismässigkeit, Gehörsverletzung und Nichtansetzen der Bewährungsfrist sowohl materiell wie auch formell mangelhaft. Entschädigungserhöhend fällt auch ins Gewicht, dass sich das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer mit entsprechender Fortzahlung des Lohnes um mindestens drei Monate verlängert hätte, wenn man ihm eine Bewährungsfrist angesetzt hätte. Dass von der Ansetzung einer Bewährungsfrist abgesehen wurde, wiegt umso schwerer, als dem Beschwerdeführer eine einmalige Verfehlung vorgeworfen wurde und in der längeren Zeit seit dem Vorfall im Mai 2007 bis zur Kündigung keine Beanstandungen seines Verhaltens wegen ähnlicher Vorkommnisse erforderlich waren. Das Verschulden des Beschwerdeführers ist als relativ gering zu werten. Zugunsten der Beschwerde spricht auch, dass der Beschwerdeführer fortgeschrittenen Alters ist. Seine Arbeitsmarktchancen sind – insbesondere mit Blick auf seine nach der Beschwerde nicht perfekten schriftlichen Deutschkenntnisse sowie wegen seiner körperlichen Konstitution, welche keine körperliche Schwerstarbeit mehr zulässt – als eher ungünstig zu beurteilen. An dieser Beurteilung der Arbeitsmarktchancen ändert auch nichts, dass die Behauptung der Beschwerde nicht hinreichend substantiiert ist, andere Arbeitgeber könnten anders als der Beschwerdegegner bei der Zuteilung der Einsatzzeiten des Beschwerdeführers nicht auf ideale Weise Rücksicht auf dessen nebenberufliche Tätigkeit nehmen. Entschädigungserhöhend fällt sodann ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen kann. Eine Entschädigung in der vorinstanzlich angesetzten Höhe von drei Monatslöhnen wurde jüngst einem über zehn Jahre angestellten, jüngeren Angestellten zugesprochen, welchem bei einer sachlich gerechtfertigten Kündigung zu Unrecht keine Bewährungsfrist angesetzt wurde (VGr, 16. Juni 2010, PB.2010.00007, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Die Entschädigung in dieser Höhe zu belassen, rechtfertigt sich trotz der deutlich kürzeren Anstellungsdauer des Beschwerdeführers nicht. Denn anders als im genannten Fall war die Kündigung vorliegend auch sachlich nicht gerechtfertigt; sie wies zudem zusätzliche formelle Mängel auf.

### **E. 18.3**

Unter Würdigung aller Umstände erscheint vorliegend eine Entschädigung von viereinhalb Monatslöhnen als angemessen. – Massgebend ist der bei Ende des Arbeitsverhältnisses bezogene Lohn. Unter einem Monatslohn ist der Bruttolohn zu verstehen, zu dem anteilmässig die regelmässig ausgerichteten Zulagen hinzuzurechnen sind. Auf dieser Entschädigung sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (VGr, 18. März 2009, PB.2008.00041, E. 5, und 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 3b/bb, beides unter

www.vgrzh.ch). Mangels gesetzlicher Regelung kann in zeitlicher Hinsicht auf den letzten Monatslohn oder den Durchschnitt des Lohnes des letzten Jahres vor Kündigung abgestellt werden (BGr, 5. März 2009, 4A\_571/2008, E. 5.1 mit Hinweis, www.bger.ch). Weil der Beschwerdeführer mit einem Pensum von 50–80 % angestellt war, erscheint es vorliegend als geboten, auf den Durchschnittsmonatslohn des letzten Jahres vor der Kündigung abzustellen.

### **E. 19.1**

Der Beschwerdeführer verlangt auf seinen Forderungen ausserdem Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 2009. Öffentlichrechtliche Geldforderungen gilt es im Verzugsfall prinzipiell zu verzinsen, und zwar zu 5 % (vgl. René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, Nr. 31 B I und V). Analog Art. 102 Abs. 1 OR setzt auch die öffentlichrechtliche Zinspflicht im Allgemeinen eine Mahnung voraus. Wo für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet ist oder sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt, kommt der Schuldner mit dem Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Fälligkeit der Entschädigung ist im Sinn des Art. 339 Abs. 1 OR mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 1. April 2009 eingetreten (für den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist schon wegen der zweimonatigen Kündigungsfrist [vgl. § 17 Abs. 1 lit. b PG] auf die "Austrittsverfügung" vom 20. Januar 2009 sowie das Begleitschreiben zu den Kündigungsverfügungen vom 28. Januar 2009 und nicht auf die Kündigungsverfügung vom 28. Dezember 2008 abzustellen); es scheint indes nicht ganz klar, ob der Verzug hier eine Mahnung bedinge (bejahend Hans-Peter Egli in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. [Hrsg.], OR, Zürich 2002, Art. 339 N. 1; vgl. ferner Rémy Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 386; VGr, 30. September 2009, PB.2009.00010, E. 6 Abs. 3 [ebenso zum nächsten Absatz], www.vgrzh.ch; siehe aber auch BGr, 4. Mai 2005, 4C.67/2005, E. 2.3, www.bger.ch; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich etc. 2006, Art. 339 N. 2 Abs. 1; Portmann, Art. 339 OR N. 1). Das kann jedoch offen bleiben: Als Mahnung gilt die gehörige Geltendmachung eines Anspruchs (Rhinow/Krähenmann, Nr. 31 B IV). Sie muss die klare Willensäusserung des Gläubigers ausdrücken, die geschuldete Leistung zu bekommen (Rolf Weber, Berner Kommentar, 2000, Art. 102 OR N. 66 ff.). Das kann bereits vor Fälligkeit geschehen (vgl. Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, 2007, Art. 102 OR N. 8). Schon mit dem Rekurs vom 24. Februar 2009 wurde eine Entschädigung verlangt; es bestehen zudem keine Anhaltspunkte, dass die Rekurseingabe dem Beschwerdegegner erst nach Ende Februar 2009 zugestellt wurde. Demnach ist die Verzugszinsforderung ab 1. April 2009 ausgewiesen.

### **E. 19.2**

Der Beschwerdeführer beantragt, der Beschwerdegegner sei anzuweisen, über die Höhe der zu leistenden Entschädigung zu verfügen. Dieser Antrag ist indes abzuweisen, ist doch die Höhe der Entschädigung im Sinn der vorstehenden Ausführungen hinreichend bestimmbar und somit keine verfügungsmässige Festsetzung notwendig.

### **E. 19.3**

Der Antrag, es seien K, L und allenfalls weitere Mitarbeiter des Sicherheitsdienstes zu vernehmen, ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Denn nach dem Gesagten ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Zeugeneinvernahme dieser Personen oder deren Befragung

als Auskunftspersonen etwas zu Gunsten der Beschwerde ändern könnte (vgl. BGE 122 V 157 E. 1d; Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 10).

#### **E. 20.1**

Mit Blick auf das bislang Erwogene hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer im Ergebnis zutreffenderweise als mit dem Rekurs jedenfalls nicht überwiegend obsiegend betrachtet: Auch wenn die dem Beschwerdeführer zugesprochene Entschädigung zu erhöhen ist, muss er als im Rekursverfahren nach wie vor nicht überwiegend obsiegend betrachtet werden, weil er dort mit seinem Antrag auf Weiterbeschäftigung nicht durchgedrungen ist. Dem Beschwerdeführer ist demnach keine Parteientschädigung für das Rekursverfahren zuzusprechen (vgl. § 17 Abs. 2 VRG; Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 32).

#### **E. 20.2**

Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer entsprechend den vorgenannten Erwägungen eine Entschädigung in der Höhe von viereinhalb Monatslöhnen samt 5 % Verzugszins ab dem 1. April 2009 zu bezahlen hat. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 21**

Weil der Streitwert Fr. 20'000.- unter- bzw. Fr. 30'000.- nicht überschreitet, ist vorliegendes personalrechtliches Verfahren nach a§ 80b bzw. § 65a Abs. 2 je (Halb-)Satz 1 VRG kostenlos. Da der Beschwerdeführer nicht überwiegend obsiegt, ist für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 22**

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Entscheid-Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Der vorliegende Entscheid betreffend eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses dürfte eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem selbst Fr. 15'000.- unterschreitenden Streitwert beschlagen; er lässt sich insofern nur dann mit Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) anfechten, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 83 lit. g – auch zum Folgenden – und Art. 85 Abs. 1 lit. b sowie Abs. 2 BGG). Ansonsten erscheint bloss die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zulässig. Falls das Bundesgericht der vorliegenden Kontroverse indes einen Streitwert von mindestens Fr. 15'000.- beimessen sollte, liesse sich der vorliegende Entscheid hingegen unabhängig davon anfechten, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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