

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00697 vom 29. März 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00697](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00697)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00697 du 29 mars 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00697 del 29 marzo 2016

## Regeste

Kündigung des Arbeitsverhältnisses | [Kündigung während der Probezeit; Verletzung des rechtlichen Gehörs] Die Beschwerdeführerin wurde vor der Kündigung nicht angehört, was ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und zu einem Entschädigungsanspruch führt (E. 3.3). Der Beschwerdegegner hat die Begründungspflicht verletzt und der Beschwerdeführerin zu Unrecht keine Akteneinsicht gewährt. Da diese Mängel im Rekursverfahren geheilt werden konnten, ist dafür keine Entschädigung geschuldet (E. 3.4). Die Anforderungen an eine Kündigung während der Probezeit sind geringer als bei einer ordentlichen Kündigung nach länger dauerndem Anstellungsverhältnis (E. 5.2). Die Beschwerdeführerin weist ein ungenügendes Arbeitstempo auf und ist nicht bereit, sich an Weisungen der Vorgesetzten zu halten. Diese Mängel berechtigten den Beschwerdegegner zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses während der Probezeit (E. 5.3). Aufgrund der Gehörsverletzung ist der Beschwerdeführerin eine Entschädigung in der Höhe eines halben Monatslohns auszurichten (E. 6). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 4

Abteilung VB.2015.00697 Urteil des Einzelrichters vom 29. März 2016 Mitwirkend: Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer. In Sachen A, vertreten durch RA D, Beschwerdeführerin, gegen Zweckverband B, Beschwerdegegner, betreffend Kündigung des Arbeitsverhältnisses, hat sich ergeben: I. A war ab dem 1. April 2015 als Pflegehelferin mit einem Pensum von 60 % für den Zweckverband B tätig. Mit Schreiben vom 4. Juni 2015 löste der Vorstand des Zweckverbandes B das Anstellungsverhältnis per 12. Juni 2015 auf. II. Mit Rekurs vom 26. Juni 2015 liess A beim Bezirksrat C rekurrieren und beantragen, der Zweckverband B sei zu verpflichten, ihr eine Entschädigung von Fr. 5'125.65 zu bezahlen. Der Bezirksrat wies den Rekurs mit Beschluss vom 5. Oktober 2015 ab. III. A liess am 9. November 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei der Rekursentscheid aufzuheben und ihr eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen zuzusprechen. Mit Schreiben vom 24. bzw. 23./25. November 2015 verzichteten der Zweckverband und der Bezirksrat auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung. Der Einzelrichter erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amtes wegen. Für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide eines Bezirksrats über Anordnungen eines Zweckverbandes etwa betreffend eine fristlose Kündigung ist das Verwaltungsgericht nach § 41 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3, 19a Abs. 1, 19b Abs. 2 lit. c VRG und § 152 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 [GG,

LS 131.1] sowie §§ 42–44 e contrario VRG zuständig. Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. Der Streitwert beträgt Fr. 5'125.65. Da sich keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, fällt die Angelegenheit damit nach § 38b Abs. 1 lit. c und Abs. 2 e contrario VRG in die einzelrichterliche Zuständigkeit. 3. 3.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil der Beschwerdegegner ihr vor Erlass der Ausgangsverfügung keine Möglichkeit eingeräumt habe, sich zur beabsichtigten Kündigung zu äussern, die Kündigung ungenügend begründet und ihr keine Akteneinsicht gewährt worden sei. 3.2 Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) fliesst unter anderem ein Anspruch der Betroffenen, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und ihren Standpunkt zu allen relevanten Fragen wirksam zur Geltung zu bringen (vgl. auch § [...] der beschwerdegegnerischen Personalverordnung [PVO]). Ebenso müssen die Behörden die Vorbringen der Parteien entgegennehmen, prüfen und in ihrer Entscheidung berücksichtigen (Bernhard Waldmann, Basler Kommentar, 2015, Art. 29 BV N. 45 mit Hinweisen; BGE 127 I 54 E. 2b, 124 I 241 E. 2). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2 mit Hinweisen). 3.3 Der Beschwerdegegner behauptet nicht, dass die Beschwerdeführerin sich zur beabsichtigten Kündigung hätte äussern können, bevor diese definitiv beschlossen wurde. Im Kündigungsschreiben wird einzig erwähnt, die Kündigungsgründe seien mündlich erläutert worden. Eine Anhörung muss indes erfolgen, bevor der Kündigungsentschluss feststeht (VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00105, E. 3.2.2 mit Hinweisen); das wurde vorliegend offenkundig unterlassen. Damit weist das Kündigungsverfahren einen formellen Mangel auf, was – ebenso wie bei einer materiell mangelhaften Kündigung – einen Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin im Sinn von § [...] PVO begründet (vgl. VGr, 6. Juli 2005, PB.2005.00013, E. 5.1 mit Hinweisen). 3.4 Sodann wurde die Kündigungsverfügung – auch nach schriftlicher Aufforderung – nicht begründet. Erst im Rahmen des Rekursverfahrens holte der Beschwerdegegner die Begründung der Kündigungsverfügung nach. Auch dadurch hat er das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Schliesslich hätte der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten gewähren müssen (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 VRG). Auch indem er der Beschwerdeführerin die Einsichtnahme in die Akten verweigerte, verletzte er deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Im Gegensatz zur unterbliebenen Anhörung vor Erlass der Kündigungsverfügung konnten diese Verfahrensfehler des Beschwerdegegners jedoch im Rekursverfahren geheilt werden (vgl. zur Heilung durch eine Rechtsmittelinstanz BGE 133 I 201 E. 2.2, 132 V 387 E. 5.1). Ein Entschädigungsanspruch ergibt sich aus diesen Verfahrensfehlern nicht, weil der Beschwerdegegner diese erst beging, nachdem er das Anstellungsverhältnis bereits aufgelöst hatte.

#### **E. 4.1**

Gemäss § 72 Abs. 1 GG ist das Arbeitsverhältnis des Personals von Gemeinden, Zweckverbänden und selbständigen Anstalten öffentlichrechtlich. Gemeinden, Zweckverbänden und Anstalten ist es freigestellt, ein eigenes Personalrecht zu erlassen; subsidiär gelten die Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes vom 27. September 1998 (LS 177.10) sinngemäss (§ 72 Abs. 2 GG). Der Beschwerdegegner hat in diesem Sinn eine Personalverordnung erlassen.

#### **E. 4.2**

Nach § [...] PVO wird das Arbeitsverhältnis in der Regel unbefristet mit der Möglichkeit der Kündigung begründet; dabei gelten die ersten drei Monate als Probezeit, während deren die Kündigungsfrist beidseitig sieben Tage beträgt (§ [...] PVO). Die Kündigung durch den Arbeitgeber darf nach § [...] PVO nicht missbräuchlich sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Erweist sich eine Kündigung als nicht gerechtfertigt und wird der oder die Angestellte nicht wieder eingestellt, so bemisst sich die Entschädigung nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung (§ [...] PVO). Die personalrechtlichen Bestimmungen des Beschwerdegegners entsprechen damit denjenigen des kantonalen Personalgesetzes vom 28. September 1998 (LS 177.10), weshalb auf die hierzu ergangene Rechtsprechung abgestellt werden kann.

#### **E. 5.1**

Mit dem zusätzlichen Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrunds geht der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts (BGr, 25. August 2011, 8C\_594/2010, E. 4.4 mit Hinweisen). Grundsätzlich ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden angestellten Person dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn mangelhafte Leistungen oder unbefriedigendes Verhalten vorliegen. Einmalige geringfügige Beanstandungen reichen dabei jedoch noch nicht aus, denn es wird ein sachlicher Grund von einem gewissen Gewicht bzw. wiederholte oder andauernde Schlecht- oder Nichterfüllung von Aufgaben verlangt. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung somit ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (zum Ganzen VGr, 29. August 2001, PB.2001.00011 [= ZBl 102/2001, S. 581, und RB 2001 Nr. 113], E. 7a mit Hinweisen; vgl. ferner BGr, 14. Dezember 2012, 8C\_649/2012, E. 8.1 mit Hinweisen). Vorbehalten bleiben stets die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie der Grundsatz von Treu und Glauben (VGr, 12. August 2005, PB.2005.00018, E. 4.2, und 29. Juli 2009, PB.2009.00005, E. 2.4). Als Ausfluss dieser Grundsätze ist Angestellten bei Kündigungen wegen ungenügender Leistung oder ungenügenden Verhaltens in der Regel eine Bewährungsfrist anzusetzen; das sieht auch die Personalverordnung des Beschwerdegegners vor.

#### **E. 5.2**

Vorliegend haftet der Kündigung des Beschwerdegegners die Besonderheit an, dass sie noch innerhalb der Probezeit von drei Monaten erfolgte, sodass das hiervor Gesagte nicht gleichermassen Geltung erlangt. Die Kündigung eines Probeverhältnisses durch die Verwaltung ist bereits zulässig, wenn aufgrund der Wahrnehmungen der Vorgesetzten die Annahme hinreichend begründet erscheint, dass der Ausweis der Fähigkeit oder der

Eignung nicht erbracht ist und voraussichtlich auch nicht mehr erbracht werden kann. Die Auflösung muss vom Betroffenen nicht verschuldet sein und kann sich auch auf objektive Gründe stützen. Die begründete Feststellung etwa, dass der sich um eine definitive Anstellung Bewerbende dem Stellenprofil nicht entspricht, reicht aus (zum Ganzen BGE 120 Ib 134 E. 2a mit Hinweisen). Dies hat seinen Grund darin, dass die Probezeit den Parteien die Möglichkeit bieten soll, einander möglichst zwanglos kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben (zum Ganzen BGr, 16. Mai 2011, 4A\_11/2011, E. 1.3 mit Hinweis). Wenn eine (sachlich gerechtfertigte) Kündigung innerhalb der Probezeit möglich sein soll, kann sodann eine angemessene Bewährungsfrist von in der Regel mehreren Monaten realistischereweise kaum je angesetzt werden. Auch eine Mitarbeiterbeurteilung noch in der Probezeit dürfte nicht die erforderlichen Aufschlüsse über Vorwürfe ergeben, die zu einer Kündigung Anlass geben könnten. Es liegt allerdings wie gesagt gerade im Wesen einer Probezeit, dass die Parteien einander kennenlernen, bevor eine lange Kündigungsfrist Platz greift, und sie nötigenfalls rasch die erforderlichen Konsequenzen ziehen können, falls sich innerhalb der Probezeit bereits erste Disharmonien abzuzeichnen beginnen. Soll eine Kündigung während der Probezeit möglich sein, kann sie daher nicht etwa wegen formeller Mängel als unrechtmässig betrachtet werden, wenn sowohl die Ansetzung einer Bewährungsfrist als auch eine Mitarbeiterbeurteilung unterblieben sind (zum Ganzen VGr, 7. Januar 2004, PB.2003.00022, E. 2.3 mit Hinweis, sowie VGr, 2. September 2015, VB.2015.00293, E. 3.3).

### **E. 5.3**

Wie es sich mit der Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin während der Probezeit verhielt, ist vorliegend umstritten. Unbestritten ist einzig, dass die Beschwerdeführerin anlässlich eines Gesprächs vom 15. Mai 2015 wegen ihres Arbeitstempos gemahnt und zu schnellerem Arbeiten angehalten wurde. Der Beschwerdegegner reichte im Rekursverfahren ein Dokument mit "Verlaufsnotizen während der Probezeit" ein, aus dem im Wesentlichen hervorgeht, welche Mängel der Beschwerdeführerin vorgeworfen wurden: Die Beschwerdeführerin habe sich gegenüber Bewohnern lautstark über gesundheitliche Probleme eines Mitbewohners geäußert; sie habe viel Hilfe bei einfachen Dingen benötigt; sie erledige die Pflege "oft nach eigenem Gutdünken statt gemäss der schriftlichen Pflegeplanung"; es fehle bei ihr am Teamgedanken; sie spreche fast ununterbrochen mit Bewohnern und Personal; sie versuche Bewohnerinnen und Bewohner in deren Essverhalten zu manipulieren. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Vorwürfe pauschal und behauptet im Übrigen, ihr sei gekündigt worden, weil sie die nach ihrer Auffassung beim Beschwerdegegner praktizierte Zwangsabgabe von Medikamenten thematisiert habe. Die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Vorwürfe sind detailliert und in genügendem Mass konkretisiert. Die Beschwerdeführerin unterlässt es, sich mit diesen Vorwürfen im Einzelnen auseinanderzusetzen und darzulegen, weshalb diese unzutreffend sein sollen. Insgesamt ergibt sich aus den Verlaufsnotizen das Bild einer Mitarbeiterin, welche ein ungenügendes Arbeitstempo aufweist und nicht bereit ist, sich an die Weisungen der Vorgesetzten zu halten. Zur von der Beschwerdeführerin beschriebenen Thematik betreffend Medikamentenabgabe nahm der Beschwerdegegner mit Schreiben vom 14. Juli

2015 ausführlich Stellung und führte aus, die betroffene Bewohnerin leide an Demenz und sei nicht mehr urteilsfähig, weshalb die Medikamentenabgabe nach einer Weigerung zu einem späteren Zeitpunkt erneut versucht werde; es sei wichtig, dass diese Bewohnerin ihre Medikamente einnehme; die Gruppenleiterin habe aber klargestellt, dass beim Beschwerdegegner "keiner Bewohnerin Medikamente 'hineingestopft' würden". Auf diese Ausführungen geht die Beschwerdeführerin weder in ihrer Stellungnahme vom 24. August 2015 noch im Rahmen der Beschwerdeschrift ein. Weiter machte der Beschwerdegegner geltend, die Beschwerdeführerin habe angebliche Missstände weder ihrer Vorgesetzten noch dem Heimleiter gemeldet, hingegen gegenüber Heimbewohnern angebliche Fehler und Missstände angedeutet, ohne jemals konkret zu werden; einzelne Bewohner hätten sich in der Folge an andere Mitarbeitende der Pflege oder auf den Heimleiter gewandt und darum gebeten, nicht in "solche Sachen" hineingezogen zu werden. Auch diese Darstellung hat die Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten. Die Darlegungen des Beschwerdegegners sind nachvollziehbar; die pauschal gehaltenen Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran keine ernsthaften Zweifel zu wecken. Mit Blick auf den Zweck einer Probezeit sind die der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Mängel sodann ohne Weiteres dazu geeignet, das Anstellungsverhältnis noch während der Probezeit aufzulösen. Die Kündigung erweist sich demnach in materieller Hinsicht als rechtmässig.

#### **E. 6.1**

Für die Bemessung der Entschädigung bei einer formell fehlerhaften Auflösung eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses ist die Rechtsprechung zu Art. 336a Abs. 2 OR sinngemäss beizuziehen (VGr, 1. Juni 2011, PB.2010.00022, E. 4.1, und 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.5 [je mit Hinweisen, auch zum Folgenden]). Für die Bemessung der Entschädigung ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, insbesondere die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, das Vorgehen bei der Kündigung, die wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Für die Bemessung einer Entschädigung wegen formeller Mangelhaftigkeit der Kündigung ist auch zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Arbeitsverhältnis bei Einhaltung der Formerfordernisse länger gedauert hätte (VGr, 7. März 2012, VB.2011.00595, E. 4.2, und 18. März 2009, PB.2008.00041, E. 4.).

#### **E. 6.2**

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch den Beschwerdegegner wiegt nicht leicht. Das Anstellungsverhältnis hätte bei Einhaltung der Formerfordernisse jedoch kaum mehr als eine Woche länger gedauert. Die Beschwerdeführerin war zudem erst seit zwei Monaten beim Beschwerdegegner beschäftigt. Insgesamt erscheint eine Entschädigung von einem halben Monatslohn angemessen.

#### **E. 6.3**

Massgeblich ist die Höhe des am Ende der Dienstzeit bezogenen Monatsgehalts einschliesslich des Anteils am 13. Monatslohn. Der monatliche Grundlohn der Beschwerdeführerin betrug ohne Anteil am 13. Monatslohn im Mai 2015 Fr. 2'490.95 brutto. Unter Berücksichtigung des Anspruchs auf einen 13. Monatslohn (§ [...] PVO) ist der Beschwerdeführerin demnach eine Entschädigung von Fr. 1'349.25 auszurichten. Auf diese Entschädigung sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten (VGr, 18. März 2009, PB.2008.00041, E. 5, und 5. November 2003, PB.2003.00013, E. 3e f.).

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der Beschluss des Bezirksrats C aufzuheben. Es ist festzustellen, dass die Kündigung formell rechtswidrig war, und der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'349.25 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 8.1**

Weil der Streitwert weniger als Fr. 30'000.- beträgt, sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (§ 65a Abs. 3 Satz 1 VRG).

#### **E. 8.2**

Die Beschwerdeführerin erscheint insgesamt nicht als obsiegend, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 9**

Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 15'000.-. Entsprechend wäre die Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellen würde (Art. 85 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; vgl. auch Beat Rudin, Basler Kommentar, 2011, Art. 85 N. 21). Ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Sollten beide Rechtsmittel ergriffen werden, so müsste dies in derselben Rechtschrift erfolgen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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