

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00807 vom 9. Januar 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-01-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00807

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00807 du 9 janvier 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00807 del 9 gennaio 2020

Regeste

fristlose Kündigung | [fristlose Entlassung] In der vorliegend zu beurteilenden Konstellation, da weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung noch ein sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung vorliegt, ist der fristlos gekündigten Person über den Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 PR in Verbindung mit Art. 337c OR hinaus ein grundsätzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch entsprechend Art. 17 Abs. 4 Sätze 1 f. PR zuzugestehen bzw. die letztgenannte Bestimmung analog anzuwenden (E. 5.1-5). Gutheissung, soweit auf die Beschwerde eingetreten wird.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2018.00807 Urteil der 4. Kammer vom 9. Januar 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Martin Bertschi, Gerichtsschreiberin Eva Heierle. In Sachen A, Beschwerdeführer, gegen Stadt Zürich, vertreten durch den Stadtrat von Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend fristlose Kündigung, hat sich ergeben: I. A. A trat am 1. April 2009 eine bis Ende September gleichen Jahres befristete Anstellung als "Aspirant Tramführer" bei den Verkehrsbetrieben der Stadt Zürich (VBZ) an; auf 1. Oktober 2009 wurde er unbefristet als Tramführer angestellt. Am 12. März 2015 wurde A förmlich ermahnt, alle sicherheitsrelevanten Betriebsvorschriften und Weisungen einzuhalten, im Führerstand jegliche (nicht betrieblich notwendige) Lektüre und Nutzung elektronischer Geräte wie Handy, eBook-Reader und dergleichen zu unterlassen und sich in jeder Hinsicht korrekt zu verhalten, und wurde ihm hierfür eine sechsmonatige Bewährungsfrist angesetzt. Am 6. Mai 2015 wurde A dabei beobachtet, wie er sich von seinem auf einem Besucherparkplatz vor dem Tramdepot Kalkbreite abgestellten Privatfahrzeug entfernte. A erklärte, er habe das Fahrzeug auf einen Besucherparkplatz (und nicht auf einen Mitarbeiterparkplatz) gestellt, weil es von einem Bekannten hätte abgeholt werden sollen. Weil er mithin einen Besucherparkplatz benutzt habe, ohne den Depotchef sowie seinen Gruppenleiter zu informieren und "die Bewilligung" einzuholen, wurde A im Rahmen eines protokollierten Führungsgesprächs am 18. Mai 2015 erneut gemahnt; es werde von ihm ein absolut korrektes Verhalten am Arbeitsplatz erwartet. Anlässlich eines Zielvereinbarungs- und Beurteilungsgesprächs vom 12. November 2015 wurde im Rahmen der Gesamtbeurteilung festgehalten, A habe, nachdem er zu Beginn des Jahres Einsatzbereitschaft vermissen und zeitweise auch Desinteresse gezeigt habe, was gar zu einer "Mahnung mit Frist" geführt habe, im zweiten Halbjahr eine erstaunliche Wandlung gezeigt. Er habe sich im Fahrzeug "aufgestellt" gezeigt, alle Anweisungen und Fahrdienstvorschriften befolgt, an Umsteigehaltstellen zusätzliche Informationen gegeben

und "mit klaren Handzeichen zu seinen Kollegen" kommuniziert. B. Am 24. Januar 2016 wurde den VBZ eine bei "ZVV-Contact" eingegangene E-Mail eines Fahrgastes weitergeleitet, welcher sich darüber beschwerte, dass der Fahrer des am Vortag um 17.24 Uhr ab der Haltestelle C Richtung Haltestelle D verkehrenden Trams der Linie 01 während der Fahrt sein Mobiltelefon bedient und nicht auf die Strasse geachtet habe, weshalb das Tram mehrfach unnötig gebremst habe und ständig ruckartig wieder schneller und langsamer geworden sei. Mit Verfügung vom 28. Januar 2016 lösten die VBZ das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Auf Einsprache von A hin bestätigte der Stadtrat von Zürich am 28. September 2016 die fristlose Kündigung. II. A erhob am 7. November 2016 Rekurs beim Bezirksrat Zürich und verlangte, unter Entschädigungsfolge sei die Kündigung aufzuheben und er an seiner bisherigen, eventualiter an einer anderen zumutbaren Stelle weiterzubeschäftigen, subeventualiter sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt gewesen sei, und ihm der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine angemessene Abfindung auszurichten. Mit Beschluss vom 1. November 2018 stellte der Bezirksrat Zürich in teilweiser Gutheissung des Rekurses fest, dass kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen habe, verpflichtete die Stadt Zürich, A für die Zeit vom 29. Januar bis 30. April 2016 den Lohn sowie eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. I), und wies die Anträge von A auf Weiterbeschäftigung an der bisherigen oder einer anderen zumutbaren Stelle (Dispositiv-Ziff. II) sowie auf Zusprechung einer Abfindung (Dispositiv-Ziff. III) ab. III. A führte am 13. Dezember 2018 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und stellte die folgenden Anträge: " 1. Es sei die fristlose Kündigung vom 28. Januar 2016 [...] aufzuheben, und ich sei wieder auf der bisherigen Stelle zu beschäftigen. Eventuell sei ich wegen einer anderen zumutbaren Arbeit weiter zu beschäftigen [...] 2. Herausgabe eines neuen Zeugnisses [...] 3. Sofortige Einstellung der Diskriminierung und Stigmatisierung durch den Personaldienst der VBZ in öffentlichen Stellenangeboten. 4. Entschädigung für die Zeit, in der ich sozial benachteiligt war, d.h. ab 01. Januar 2018. 5. Pönalentschädigung von sechs Monatslöhnen. 6. Unentgeltliche Rechtspflege." Der Bezirksrat Zürich verzichtete am 20. Dezember 2018 auf Vernehmlassung. Die Stadt Zürich beantragte am 20. Januar 2019, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. A und die Stadt Zürich reichten am 4. März und 1. April 2019 bzw. am 18. März und 4. April 2019 weitere Eingaben ein. Auf Aufforderung des Verwaltungsgerichts hin reichte die Stadt Zürich am 28. August 2019 eine ergänzende Stellungnahme, weitere Beweismittel sowie das Personaldossier von A ein. Das Verwaltungsgericht hatte A am 24. Juli 2019 den vollständigen Namen und das Geburtsjahr des gegenüber ZVV-Contact meldenden Fahrgastes bekannt gegeben und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu eingeräumt. Davon machte A am 4. September 2019 Gebrauch; am 9. September 2019 äusserte er sich sodann zur Eingabe der Stadt Zürich vom 28. August 2019. Die Stadt Zürich liess sich am 23. September 2019 erneut vernehmen. Selbiges tat A am 7. Oktober 2019. Die Stadt Zürich verzichtete am 21. Oktober 2019 auf weitere Äusserung. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 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 Bezirksamtes über Anordnungen betreffend ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis ist es nach § 41 ff. VRG zuständig. 1.2 Der Beschwerdeführer beantragt die Weiterbeschäftigung zu den bisherigen personalrechtlichen Bedingungen an seinem früheren oder einem anderen Arbeitsplatz (Beschwerdeantrag 1). Als Streitwert

hierfür gelten grundsätzlich die Bruttobesoldungsansprüche bis zum Zeitpunkt der Hängigkeit des Rechtsmittels beim Verwaltungsgericht zuzüglich der Ansprüche bis zur nächstmöglichen Auflösung des Dienstverhältnisses (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 65a N. 33). Hätte das Arbeitsverhältnis weiterbestanden, hätte es aufgrund der dreimonatigen Kündigungsfrist bei Beschwerdeerhebung am 13. Dezember 2018 per Ende März 2019 gekündigt werden können (vgl. Art. 16 Abs. 1 und 4 des [Stadtzürcher] Personalrechts vom 6. Februar 2002 [PR, AS 177.100, www.stadt-zuerich.ch]). Die Vorinstanz verpflichtete die Beschwerdegegnerin, dem Beschwerdeführer den Lohn für die Zeit vom 29. Januar bis 30. April 2016 zu bezahlen. Der relevante Zeitraum für die Streitwertberechnung ist somit jener vom 1. Mai 2016 bis zum 31. März 2019 und umfasst zwei Jahre und elf Monate (vgl. VGr, 5. März 2014, VB.2013.00685 und VB.2013.00707, E. 1.3 Abs. 5). Der Beschwerdeführer bezog soweit ersichtlich zuletzt einen Bruttomonatslohn (ohne Anteil am 13. Monatslohn) von Fr. 6'042.70. Entsprechend ist unter Berücksichtigung des Anspruchs auf einen 13. Monatslohn (vgl. Art. 69 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals vom 27. März 2002 [AS 177.101, www.stadt-zuerich.ch]) für den Beschwerdeantrag 1 von einem Streitwert in der Höhe von (mindestens) rund Fr. 230'000.- auszugehen. Das Verwaltungsgericht beziffert den Streitwert von Auseinandersetzungen um ein Arbeitszeugnis in der Regel auf einen (Brutto-)Monatslohn (VGr, 19. November 2008, PK.2008.00001, E. 1.3 [= RB 2008 Nr. 29]), weshalb dem Beschwerdeantrag 2 an sich ein Streitwert von jedenfalls rund Fr. 6'500.- zuzumessen wäre. Die Formulierung des Arbeitszeugnisses liegt hier jedoch offensichtlich ausserhalb des Streitgegenstands (vgl. unten 1.3), weshalb das vom rechtsunkundigen Beschwerdeführer gestellte Beschwerdebegehren 2 im Rahmen der Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen ist (Plüss, § 65a N. 14). Aus der Beschwerdebegründung erhellt, dass der Beschwerdeführer unter der in Beschwerdeantrag 4 geltend gemachten Entschädigung eine Schadenersatzforderung in der Höhe eines Jahresgehalts versteht; der Streitwert des Beschwerdeantrags 4 wäre somit auf jedenfalls Fr. 78'500.- festzusetzen. Freilich ist der Beschwerdeantrag 4 nur als Eventualbegehren zur primär angestrebten Weiterbeschäftigung zu beurteilen, weshalb für die Berechnung des Streitwerts hier nur der höhere Betrag des Hauptbegehrens (Beschwerdeantrag 1) Berücksichtigung findet. Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer eine Erhöhung der ihm von der Vorinstanz wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung zugesprochenen Entschädigung auf sechs Bruttomonatslöhne (Beschwerdeantrag 5). Hierfür ist an sich ein Streitwert von Fr. 24'000.- anzunehmen (vgl. VGr, 5. März 2014, VB.2013.00685 und VB.2013.00707, E. 1.3 Abs. 5). Weil das Entschädigungsbegehren nur als Eventualbegehren zur Weiterbeschäftigung verstanden werden kann, ist dieser Betrag indes ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Insgesamt bleibt es somit bei einem Streitwert von rund Fr. 230'000.-. Die Beschwerde ist durch die Kammer zu behandeln (§ 38 Abs. 1 VRG in Verbindung mit § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG). 1.3 Im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht sind grundsätzlich nur Sachbegehren zulässig, über welche die Vorinstanz bzw. die erstinstanzlich verfügende Behörde entschieden hat oder hätte entscheiden sollen (§ 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 20a Abs. 1 VRG; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 20a N. 10, § 52 N. 11, auch zum Folgenden). Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung können jedoch Ansprüche staatlicher Angestellter aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis, welche in Zusammenhang mit

einer Kündigung stehen, auch dann im Rechtsmittelverfahren gegen den Kündigungsentscheid geltend gemacht werden, wenn in Letzterem nicht über sie verfügt wurde; dies gilt insbesondere für in Zusammenhang mit einer Kündigung geltend gemachte Ansprüche aus dem Haftungsgesetz vom 14. September 1969 (LS 170.1; VGr, 16. September 2009, PB.2009.00003, E. 4.7). Eine Änderung des Begehrens ist sodann ausnahmsweise zulässig, wenn der Streitgegenstand durch einen Neuentscheid der Rekursinstanz verändert worden ist; in diesem Umfang kann das Begehren vor Verwaltungsgericht auch erweitert werden. Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Erweiterung des Streitgegenstands vor Verwaltungsgericht sind hier zunächst hinsichtlich des angebehrten Arbeitszeugnisses nicht erfüllt, weshalb sich auf den erstmals im vorliegenden Verfahren gestellten Beschwerdeantrag 2 nicht eintreten lässt. 1.4 Selbiges gilt für den ebenfalls erstmals im vorliegenden Verfahren gestellten Beschwerdeantrag 3; ein Zusammenhang zwischen dem Begehren und dem angefochtenen Rekursentscheid ist nicht auszumachen. Auch steht das Begehren nicht mit der Kündigung in Zusammenhang, sondern richtet sich gegen dem Beschwerdeführer von der Personalabteilung der VBZ erteilte Absagen auf zwischenzeitlich erfolgte Stellenbewerbungen. Es lässt sich darauf nicht eintreten. Im Übrigen wären für die Behandlung von Beschwerden gegen Mitarbeitende der Personalabteilung der VBZ ohnehin die vorgesetzten Stellen und Aufsichtsbehörden und nicht das Verwaltungsgericht zuständig. Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer die Zusprechung von Schadenersatz (Beschwerdeantrag 4, vgl. oben 1.2 Abs. 4). Er begründet seinen Schadenersatzanspruch damit, dass das aus seiner Sicht "diskriminierende" Schlusszeugnis ihm verunmögliche, eine neue Anstellung zu finden, bzw. enormen finanziellen Schaden verursache. Er führt den Schadenersatzanspruch mithin nicht auf die Kündigung zurück. Schon deshalb ist auf den Beschwerdeantrag 4 nicht einzutreten. 1.5 Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist mit den genannten Einschränkungen auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Das kantonale Recht macht den Gemeinden im Bereich des Personalrechts nur wenige Vorgaben. Nach Art. 47 Abs. 1 der Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (LS 101) untersteht das Arbeitsverhältnis des Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht. § 53 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 20. April 2015 (GG, LS 131.1) wiederholt diese Regelung. Daneben sieht § 53 Abs. 2 GG vor, dass das kantonale Personalrecht sinngemäss anzuwenden ist, sofern eine Gemeinde keine eigenen Vorschriften erlässt (so bereits § 72 Abs. 1 f. des auf 1. Januar 2018 aufgehobenen Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 [OS 60, 71]). Die Regelung des Personalrechts fällt demnach in den Kompetenzbereich der Gemeinden, wobei ihnen ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt. 2.2 Die Stadt Zürich hat von dieser Kompetenz mit Erlass des (Stadtzürcher) Personalrechts vom 6. Februar 2002 (PR, AS 177.100) sowie der dazugehörigen Ausführungserlasse Gebrauch gemacht. Bei der Auslegung dieser Erlasse kommt der Stadt Zürich ein gewisser Spielraum zu, und die Rechtsmittelinstanzen dürfen bei mehreren verfügbaren und angemessenen Auslegungsmöglichkeiten eine sinnvolle, zweckmässige Interpretation einer kommunalen Norm durch die Stadt nicht durch ihre eigene Auslegung ersetzen (vgl. BGr, 11. Juli 2017, 1C_572/2016, E. 2.1). 3. 3.1 Die VBZ begründeten die fristlose Entlassung damit, dass der Beschwerdeführer am 23. Januar 2016 um 17.24 Uhr von einem Fahrgast beobachtet worden sei, wie er während der Fahrt mit dem Mobiltelefon hantiert habe. Der Vorfall habe sich auf der Linie 01 zwischen der Haltestelle C und der Haltestelle D ereignet. Da der Beschwerdeführer auf dieser Strecke mehrmals gebremst habe und danach wieder ruckartig weitergefahren sei, habe der Fahrgast in die Führerkabine geschaut und gesehen, dass der

Beschwerdeführer während der Fahrt mit der rechten Hand das Handy und mit der linken Hand das Tram bedient habe. Der Beschwerdeführer habe auch nicht auf die Strasse geschaut, da er das Handy rechts unter die Armaturen gehalten habe. Der Fahrgast habe am 27. Januar 2016 zu seinen Beobachtungen befragt werden können. Im Vorfeld habe der Beschwerdeführer bereits ähnliche Vorfälle verschuldet. So sei er etwa bereits 2012 darauf hingewiesen worden, dass "das Lesen von Zeitungen in den Haltestellen nicht geduldet" werde, am 27. Dezember 2014 dabei beobachtet worden, wie er während des Fahrgastwechsels in einer Zeitung gelesen habe und danach freihändig gefahren sei, und am 30. Januar 2015 habe ein Mitarbeiter der Abteilung Netz gesehen, wie er Zeitung lesend aus einer Haltestelle losgefahren sei. In der Befragung, in welcher der Beschwerdeführer zum Vorfall vom 23. Januar 2016 angehört worden sei, hätten sich keine neuen Fakten ergeben. Durch sein Verhalten habe der Beschwerdeführer das Vertrauensverhältnis grundlegend zerstört, weshalb das Anstellungsverhältnis fristlos per 28. Januar 2016 aufgelöst werde. 3.2 Der Beschwerdeführer hatte im Rahmen seiner Anhörung zur fristlosen Entlassung vom 28. Januar 2016 in Abrede gestellt, am 23. Januar 2016 während der Fahrt sein Mobiltelefon bedient zu haben, und sinngemäss infrage gestellt, dass der Fahrgast den Zeitpunkt des beanstandeten Vorfalls korrekt wiedergegeben habe. Auch während der Rechtsmittelverfahren machte er solches stets geltend. 3.3 Die Vorinstanz betrachtet als erstellt, dass der Beschwerdeführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an seinem Handy herumhantiert habe. Sie erachtet diesen Vorfall als erhebliche Pflichtverletzung, welche aber für sich allein betrachtet nicht derart schwer wiege, dass sie eine fristlose Kündigung rechtfertige. Sodann prüft die Vorinstanz die weiteren gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe und kommt zum Schluss, dass lediglich "nicht allzu schwer wiegende Pflichtverletzungen vom 3. Februar 2014" belegt seien. Aus einer Gesamtbetrachtung schliesst die Vorinstanz, vorliegend hätte sich eine (ordentliche) Kündigung ohne vorgängiges Ansetzen einer Bewährungsfrist rechtfertigen lassen, hingegen fehle es an einem wichtigen Grund für die ausgesprochene fristlose Entlassung. Sie stellt deshalb fest, dass die fristlose Entlassung unrechtmässig gewesen sei, und verpflichtet die Beschwerdegegnerin, dem Beschwerdeführer den Lohn bis zum (hypothetischen) Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist sowie eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zu bezahlen. Hingegen verneint sie einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Weiterbeschäftigung und – weil er ein erhebliches Mitverschulden an der fristlosen Kündigung trage – auf eine Abfindung. Streitgegenstand vor Verwaltungsgericht bilden deshalb (nur) die Rechtsfolgen der fristlosen Entlassung. Weil es für deren Bestimmung jedoch nicht nur auf die Umstände der ausgesprochenen fristlosen Entlassung, sondern auch auf die (hypothetische) Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung ankommt (dazu unten 5.), gilt es die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Vorwürfe dahingehend zu beurteilen, ob sie – soweit sie erstellt sind – eine fristlose Entlassung bzw. eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Der Beschwerdeführer macht auch im vorliegenden Verfahren geltend, er habe am 23. Januar 2016 während der Fahrt sein Mobiltelefon nicht bedient. Zu prüfen ist somit zunächst, ob die Vorinstanz diesen Vorfall zu Recht als erstellt betrachtet (nachfolgend 4).

E. 4.1

Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz (§ 7 Abs. 1 VRG). Die Behörde soll im Rahmen der Sachverhaltsermittlung nach der materiellen Wahrheit bzw. nach der wirklichen Sachlage forschen und sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich überzeugt hat (Plüss, § 7 N. 4). Die VBZ hatten demnach

– vorgängig zur Aussprache der fristlosen Kündigung – die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Verfehlungen in geeigneter Weise zu erstellen oder zumindest alle zumutbaren Abklärungen vorzunehmen (vgl. Jürg Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 337 N 13). Die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die (arbeitgeberseitige) Auflösung eines Anstellungsverhältnisses liegt nach ständiger Rechtsprechung bei der arbeitgebenden Partei (VGr, 8. November 2017, VB.2017.00300, E. 6.1 mit Hinweisen). Wird der Beweis nicht erbracht, ist eine umstrittene fristlose Kündigung demnach ungerechtfertigt (Brühwiler, Art. 337 N 7 am Ende). Hier hat somit die Beschwerdegegnerin bzw. haben die VBZ den Beweis zu erbringen, dass die gegen den Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe tatsächlich zutreffen – namentlich, dass der Beschwerdeführer am 23. Januar 2016 während der Fahrt an einem Mobiltelefon hantierte, bzw. hat die Beschwerdegegnerin die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen.

E. 4.2

Grundsätzlich – und so auch hier – gilt das Regelbeweismass der vollen Überzeugung (Plüss, § 7 N. 26, auch zum Folgenden). Demnach gilt ein Beweis dann als erbracht, wenn die Entscheidungsinstanz nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements überzeugt ist. Dabei kann keine absolute Gewissheit verlangt werden; es genügt, wenn die Überzeugung von der Lebenserfahrung und Vernunft getragen und auf sachliche Gründe abgestützt ist. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt insbesondere im Fall einer Beweisnot, das heisst wenn aufgrund der Natur der Sache ein strikter Beweis bzw. die volle Überzeugung nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Plüss, § 7 N. 28).

E. 4.3

Die VBZ stützt ihren Vorwurf im Wesentlichen auf die Meldung eines Fahrgastes. Diese ging zu unbekanntem Zeitpunkt bei ZVV-Contact ein und lautet wie folgt: " Ich bin heute am 23. Januar um 17:24 mit dem 01er von der Haltestelle C nach Haltestelle D gefahren. Ich bin ganz vorne eingestiegen und stehen geblieben weil ich gleich wieder raus musste. Das Tram hat auf dieser Strecke mehrmals unnötig gebremst und ist ständig ruckartig wieder schneller und langsamer geworden. Das Tram hat auch dieser Strecke eine eigene Spur und muss normalerweise nicht bremsen. Weil ich das alles komisch fand habe ich beim Fahrer in die Kabine geschaut und gesehen, dass er während dem Fahren mit der rechten Hand am Handy war und mit der linken Hand das Tam bediente. Er hat auch nicht auf die Strasse geschaut, weil er das Handy rechts unter den Armaturen hielt damit man von aussen nicht sehen konnte, dass er am Handy war. Normalerweise interessiere ich mich nicht so für andere Leute aber das ist wirklich verantwortungslos. Eine ältere Person hätte locker hinfallen können wegen dem unnötigen bremsen und beschleunigen. Ich möchte gerne eine Erklärung, wieso so etwas passieren kann." Diese Meldung wurde am 24. Januar 2016 um 20.18 Uhr an die VBZ weitergeleitet. Zum weiteren Vorgehen führten die VBZ im Einspracheverfahren aus, der beobachtete Trampilot habe ohne Zweifel als der Beschwerdeführer identifiziert werden können. Dessen Vorgesetzte, das Personalmanagement und der Rechtsdienst seien informiert worden und zum Schluss gekommen, dass im Rahmen einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung mit dem Fahrgast Kontakt aufzunehmen und dieser zu befragen sei. In einem Telefongespräch vom 27. Januar 2016 habe der Fahrgast seine Wahrnehmung "übereinstimmend mit der schriftlichen Darstellung, glaubwürdig, sachlich und ausführlich" geschildert. Auf Nachfrage habe er

bestätigt, dass er keine Verbindungen – ausser als Fahrgast – zu den VBZ oder zum Beschwerdeführer unterhalte und seine Beobachtungen "jederzeit unterschreiben" würde. Der Beschwerdeführer sei am 27. Januar 2016 "zum rechtlichen Gehör am 28. Januar 2016 eingeladen [worden] anlässlich dessen ihm die fristlose Kündigung (fälschlicherweise mit Datum 29. Januar 2016 versehen) überreicht" worden sei. Im Rekursverfahren brachten die VBZ vor, ein Einwand des Beschwerdeführers, wonach der Fahrgast keine Angaben zu seiner (des Beschwerdeführers) Person gemacht habe, sei irrelevant. Der Fahrgast habe sich ganz vorne im Tramwagen aufgehalten, wo er Einblick in die Fahrerkabine gehabt habe, sodass er zwar den Beschwerdeführer von hinten habe sehen können, aber keine Möglichkeit gehabt habe, dessen Gesicht oder gar Statur zu erkennen. In gewissem Widerspruch dazu – sowie in unzutreffender Weise – hatte der Personalbereichsleiter E seitens der VBZ in einer E-Mail vom 2. März 2016 an den damaligen Vertreter des Beschwerdeführers vorgebracht, der Vorfall vom 23. Januar 2016 sei "durch einen Fahrgast über das ZVV-Contact glaubwürdig geschildert [worden] – mithin [hätten] die Beschreibung von Trampilot und Telefon etc. genau" gepasst. (Erst) auf ausdrückliche Aufforderung der Vorinstanz hin reichte die Beschwerdegegnerin eine Aktennotiz zum Telefongespräch mit dem Fahrgast vom 27. Januar 2016 zu den Akten. Sie führte sodann aus, das Telefonat vom 27. Januar 2016 sei von F, dem Gruppenleiter des Beschwerdeführers, geführt worden. Dem Fahrgast sei dessen Meldung vorgelesen und es seien ihm dazu vier Kontrollfragen gestellt worden. Die Aktennotiz lässt freilich kaum Rückschlüsse auf den Inhalt des Telefongesprächs vom 27. Januar 2016 zu: Dort sind zunächst die Stichworte "Dank" und "Aussage könnte zu personalrechtlichen Folgen führen" notiert, was vermuten lässt, dass die Meldung des Fahrgastes verdankt und dieser auf mögliche Konsequenzen seiner Aussagen für den betroffenen Tramfahrer hingewiesen wurde. Als Kontrollfragen und Antworten wurde sodann Folgendes festgehalten: " - Stehen Sie zu Ihrer Aussage Ja, ganz klar - Wären Sie bereit ein entsprechendes Protokoll zu unterschreiben Ja, - Stehen Sie in irgendeinem Zusammenhang zu der VBZ Nein, ist ihm nur aufgefallen, [unleserlich] - Können Sie eventuell den Fahrer beschreiben Würde ihn wieder erkennen". In einer im Anschluss an das Telefonat verfassten E-Mail an den "Bereichsleiter Tram", G, erwähnte F, der Fahrgast habe den Fahrer beim Aussteigen nochmals betrachtet und würde ihn wiedererkennen.

E. 4.4

Die von den VBZ im Vorfeld der hier umstrittenen fristlosen Kündigung vorgenommenen Sachverhaltsabklärungen zum Vorfall vom 23. Januar 2016 sind nicht geeignet, ein Fehlverhalten des Beschwerdeführers darzutun. Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Abrede stellt, durfte die VBZ ihre Kündigung nicht einzig auf die Kundenmeldung stützen. Letztere war – im Zusammenspiel mit sich aus der Einsatzplanung und -dokumentation ergebenden Informationen – lediglich geeignet, den Verdacht eines Fehlverhaltens des Beschwerdeführers zu begründen. Die VBZ hatten deshalb in geeigneter Weise abzuklären, ob die in der Kundenmeldung enthaltenen Informationen korrekt seien. Sie hätten diese Abklärungen aber nicht darauf beschränken dürfen, ob der Fahrgast zu dem erhobenen Vorwurf stehe, sondern auch erstellen müssen, um wen es sich beim fraglichen Fahrer handle, und mithin alle wesentlichen Angaben des Kunden (insbesondere Zeitpunkt, betroffene Tramlinie bzw. -strecke, Beschreibung von Fahrer, Tram und Handy) überprüfen bzw. einholen müssen. Weder aus der Kundenmeldung an ZVV-Contact noch aus der Aktennotiz zum Telefonat vom 27. Januar 2016 mit dem Fahrgast geht hervor, dass, geschweige denn wie Letzterer den Tramfahrer oder das Handy beschrieben hätte bzw.

hatte. Auch liegen keine Hinweise dafür vor, dass die Zeitangaben des Fahrgastes in der Kundenmeldung in geeigneter Weise überprüft worden wären. Damit weist die von den VBZ vorgängig zur Kündigung vorgenommene Sachverhaltsabklärung bzw. Überprüfung der Kundenmeldung zwei wesentliche Mängel auf: Weder wurden die angeblich eingeholten Informationen zum Fahrer dokumentiert noch die zeitlichen Angaben in der Kundenmeldung nachgeprüft. Mangels einer geeigneten Personenbeschreibung stützten die VBZ ihren zur fristlosen Entlassung führenden Vorwurf somit letztlich einzig auf die Zeitangaben in der Kundenmeldung bzw. darauf, dass anhand dieser Angaben sowie der Dienstpläne und weiterer Aufzeichnungen darauf geschlossen werden könne, dass es sich beim Fahrer des betreffenden Trams um den Beschwerdeführer gehandelt haben müsse. Indem die VBZ den Sachverhalt nur ungenügend ermittelten, sind sie ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen.

E. 4.5

Die Vorinstanz hat den Fahrgast am 30. Mai 2018 zum gemeldeten Vorfall vom 23. Januar 2016 telefonisch befragt. Gemäss dem Protokoll dieses Telefongesprächs gab der Fahrgast an, er könne sich noch gut an den Vorfall erinnern. Er habe damals nahe der Haltestelle C eingekauft und sei dort in den vordersten Wagen eines Trams der Linie 01 eingestiegen. Da er viele Taschen bei sich gehabt habe und bei der nächsten Station gleich wieder habe aussteigen müssen, sei er im Bereich des vorderen Eingangs stehen geblieben. Das Tram sei sonst relativ leer gewesen. Das Tram sei dann zunächst normal losgefahren. In der Folge habe es auf der kurzen Strecke bis zur nächsten Station aber mehrmals abgebremst, ohne jedoch ganz stehen zu bleiben. Er habe sich deswegen gut festhalten müssen, um nicht hinzufallen. Der Ruck sei relativ heftig gewesen und völlig unerwartet gekommen. Da das Tram dort nicht auf der Strasse, sondern auf einem eigenen Trassee fahre, habe er eigentlich keinen Grund für dieses ruckartige Abbremsen gesehen. Er sei sehr erschrocken und habe sich umgeschaut, um herauszufinden, was der Grund für die "Bremsung" gewesen sei. Er habe jedoch nichts gesehen. Das Tram habe dann in der Folge nochmals zwei- oder dreimal gebremst. Wie oft es wirklich gewesen sei, wisse er nicht mehr so genau. Es sei aber mehrmals gewesen, und das Ganze habe sich sehr holprig angefühlt. Weil er keinen Grund dafür habe erkennen können, habe er durch das Fenster in die Führerkabine geschaut. Da habe er gesehen, wie der Chauffeur auf sein Handy geschaut habe. Er habe das Handy in der rechten Hand gehalten und mit der linken Hand das "Steuerrad" des Trams bedient. Er habe erkennen können, dass er (der Chauffeur) sich Fotos angeschaut habe. Beim Tram habe es sich um ein älteres Modell, nicht um ein Kobra-Tram gehandelt. Auf entsprechende Frage hin gab der Fahrgast an, er habe erkennen können, was auf den Fotos abgebildet gewesen sei; es seien ganz normale Fotos mit Häusern und Leuten darauf gewesen. Beim Handy habe es sich mit Sicherheit um ein Smartphone gehandelt. Es könne ein Samsung oder ein iPhone gewesen sein, er glaube, es sei ein Samsung gewesen. Es habe sich um ein eher grösseres Modell gehandelt, "eines dieser Flaggschiff-Handys". Die Farbe wisse er nicht mehr, er habe das Handy auch nur von vorne gesehen. Es sei jedenfalls "nichts Exotisches" gewesen, und es sei ihm daran nichts Besonderes aufgefallen. Nach den damaligen Witterungsbedingungen gefragt, gab der Fahrgast zunächst an, soweit er sich erinnere, sei es sonnig gewesen. Jedenfalls habe es nicht geregnet. Er glaube, es sei eher warm gewesen. Anschliessend erkundigte er sich danach, in welchem Monat sich der Vorfall ereignet habe. Auf Bescheid, dass dies im Januar gewesen sei, meinte er, sich nicht mehr so genau an die Temperatur zu erinnern; seiner Meinung nach sei es aber nicht besonders kalt gewesen. Bei der Unterzeichnung des Gesprächsprotokolls am 3. Juni 2018 merkte der Fahrgast an, er

glaube, dass er sich nicht mehr an das Wetter erinnere, da er nach dem Einkaufen eigentlich nur das Tram nehme, wenn es regne. Ob das Tram pünktlich gewesen sei, wisse er nicht mehr. Er habe erst später auf den Fahrplan geschaut, als er die E-Mail verfasst habe. Auf der Anzeigetafel sei jedoch keine Verspätung angezeigt worden, weshalb er davon ausgehe, dass das Tram wohl pünktlich gewesen sei. Auf Vorhalt, er habe "die Zeit des Vorfalls" in der Meldung präzise angeben, gab der Fahrgast an, er habe beim Aussteigen auf die Uhr geschaut und "dann" den Zeitpunkt der Abfahrt mithilfe des Fahrplans rekonstruiert. Vor dem Einsteigen habe er noch nicht auf die Zeit oder den Fahrplan geschaut. Er habe auch nicht ein ganz bestimmtes Tram erwischen wollen. Er sei sich aber "eigentlich sicher", dass er in diesem und nicht in einem früheren oder späteren Tram gewesen sei. Zwischen den Abfahrtszeiten lägen ja rund zehn Minuten. Er könne sich noch einigermaßen an das Aussehen des Tramfahrers erinnern. Der Fahrer habe dunkelbraune oder schwarze, "normal" kurze Haare und einen Bart gehabt. An den Bart könne er sich erinnern, der sei ihm aufgefallen. Es sei ein Vollbart gewesen. Der Tramchauffeur habe eher südländisch ausgesehen und sei relativ jung gewesen. Er schätze ihn auf ungefähr 28 Jahre. Vielleicht sei er auch 30 Jahre alt gewesen, 40 aber sicher nicht. Er (der Fahrgast) glaube sich zu erinnern, dass der Fahrer auch eine Sonnenbrille oder eine Brille getragen habe, das wisse er aber jetzt nicht mehr so genau. Andere besondere Merkmale seien ihm nicht aufgefallen. Er habe ihn im Tram von der Seite gesehen und ihn sich beim Aussteigen nochmals angeschaut.

E. 4.6

Der Beschwerdeführer war im Januar 2016 38 Jahre alt. In den Akten liegende Fotografien von Dezember 2015 und Januar/Februar 2016 zeigen, dass der Beschwerdeführer zum hier interessierenden Zeitpunkt eine relativ auffällige Frisur und eine teilweise Gesichtsbehaarung trug. Ansonsten war er glattrasiert. Der Beschwerdeführer wirkte – wie er zu Recht sinngemäss geltend macht – nicht jünger, als er war, sondern eher älter, und jedenfalls nicht wie ein (knapp) Dreissigjähriger. Aus der von der Vorinstanz eingeholten Personenbeschreibung kann nach dem Gesagten nicht darauf geschlossen werden, dass es sich beim fehlbaren Fahrer um den Beschwerdeführer gehandelt habe. Vielmehr weicht diese in nicht unerheblichem Ausmass vom damaligen, hinsichtlich Frisur und Bart markante Merkmale aufweisenden Erscheinungsbild des Beschwerdeführers ab.

E. 4.7

(Auch) die Vorinstanz hat die Zeitangaben des Fahrgasts in der Kundenmeldung an ZVV-Contact nicht überprüft. Aus den von der Beschwerdegegnerin beigebrachten Unterlagen und ihren Erläuterungen geht zwar hervor, dass der aufgrund dieser Zeitangaben als betroffen zu erachtende Kurs 03 der Tramlinie 01 vom Beschwerdeführer pilotiert wurde. Zu beachten ist indes, dass dieser Kurs mit fahrplanmässiger Abfahrtszeit 17.24 Uhr ab der Haltestelle C dort erst um 17.26 Uhr losfuhr. Diese – wenn auch geringe – Verspätung erschwerte eine korrekte Rekonstruktion der Abfahrtszeit anhand der vom Fahrgast angeblich registrierten Ankunftszeit an der nachfolgenden Tramstation, was mit einer erhöhten Fehleranfälligkeit der Zeitangabe einhergeht. Es kann vorliegend zwar ausgeschlossen werden, dass die Kundenmeldung den unmittelbar vorangehenden Kurs 04 der Linie 01 betraf, weil dieser von einer damals 57-jährigen blonden Frau pilotiert wurde. Der Fahrer des unmittelbar nachfolgend Courses 05 der Linie 01 war zum damaligen Zeitpunkt knapp 54 Jahre alt und trug kurze dunkle Haare. Es scheint eher unwahrscheinlich, dass es sich bei dem vom Fahrgast beschriebenen Fahrer um ihn handelt.

E. 4.8

Der Beschwerdeführer wendet jedoch zu Recht ein, dass sich der Fahrgast bei der Zeitangabe in der Kundenmeldung auch um mehr als nur wenige Minuten vertan haben könnte. Eine Überprüfung dieser Zeitangabe fand wie dargelegt bisher nicht statt. Angesichts der bereits bei der Befragung durch die Vorinstanz im Mai 2018 getrüben Erinnerung des Fahrgastes und des Umstands, dass das umstrittene Fehlverhalten des Beschwerdeführers nunmehr bald drei Jahre zurückliegt, verspricht eine erneute Befragung des Fahrgastes im vorliegenden Verfahren keine sichere Erkenntnis bezüglich des fraglichen Zeitpunkts des Vorfalls. Ohnehin hat der Arbeitgeber, welcher – wie hier – ein Anstellungsverhältnis auf blossen Verdacht hin auflöst, das Risiko dafür zu tragen, dass der Verdacht sich nicht erhärtet (vgl. Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 2014, Art. 337 N 23), und ist es nicht Sache des Verwaltungsgerichts, die Anlass zur Kündigung gebenden Vorwürfe zu erstellen.

E. 4.9

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Vorwurf, der Beschwerdeführer habe am 23. Januar 2016 während der Fahrt an einem Mobiltelefon hantiert, nicht erstellt ist. Anzumerken bleibt zum einen, dass im Gegenteil Hinweise dafür vorliegen, dass die Kundenmeldung nicht den Fahrer des Kurses 03 der Linie 01 und damit den Beschwerdeführer betrifft bzw. die Zeitangabe in der Kundenmeldung unzutreffend ist: So meinte sich der Fahrgast zunächst an sonniges, warmes Wetter zu erinnern. Das spricht angesichts dessen, dass sich der fragliche Vorfall im Januar 2016 zugetragen haben soll, für einen deutlich früheren Zeitpunkt als 17.24 Uhr. Der Fahrgast wollte sich sodann noch gut an den Vorfall und auch einigermaßen an den Fahrer erinnern können; die Gesichtsbehaarung des Fahrers sei ihm aufgefallen, daran könne er sich erinnern. Auch wollte er den Tramchauffeur während der Fahrt beobachtet (mithin von hinten betrachtet) und auch beim Aussteigen nochmals angeschaut (ihn somit auch von der Seite gesehen) haben. Trotzdem beschrieb er die auffälligen äusserlichen Merkmale des Beschwerdeführers (seine Frisur und seine Gesichtsbehaarung) nicht bzw. falsch. Zum andern bleibt darauf hinzuweisen, dass die hier vorhandenen Beweisschwierigkeiten nicht objektiv bzw. in der Natur der Sache begründet, sondern auf das Unterlassen rechtzeitiger Sachverhaltsermittlungen oder deren genügende Dokumentation durch die VBZ und die Beschwerdegegnerin zurückzuführen sind. Es rechtfertigt sich deshalb vorliegend nicht, vom Regelbeweismass abzuweichen (anders im Ergebnis die Vorinstanz in E. 3.3.4e und E. 3.3.5).

E. 4.10

Schon aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung zu den wichtigen Gründen für die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ergibt sich, dass die früheren, den VBZ lange vor der Kündigung bekannten Vorfälle allenfalls ergänzend zum angeblichen Fehlverhalten berücksichtigt werden könnten (vgl. Staehelin, Art. 337 OR N 9; ferner Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich etc. 2012, Art. 337 N. 13). Ob dafür hingegen bei einer fristlosen Kündigung auch hinsichtlich jener (angeblichen) Verfehlungen, welche zum Ansetzen einer Bewährungsfrist führten, angesichts der Regelung des Art. 18 Abs. 2 Satz 2 PR, wonach solche Gründe später nicht mehr berücksichtigt werden dürfen, wenn sich die oder der Angestellte in der eingeräumten Frist bewährt hat, überhaupt Raum verbliebe, kann vorliegend offenbleiben, nachdem das Anlass zur Kündigung gebende Fehlverhalten nicht erstellt ist. Im Übrigen erwägt die Vorinstanz

zu Recht, dass die betreffenden Pflichtverletzungen – soweit sie überhaupt dargetan sind – nicht schwer wiegen. Beim Vorfall vom 18. Mai 2015 handelt es sich schliesslich unbestrittenermassen um eine Bagatelle, welche offenkundig keinen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung und ebenso wenig einen sachlichen Grund für eine ordentliche Kündigung darstellt.

E. 4.11

Zusammenfassend erweist sich die fristlose Kündigung mangels eines wichtigen Grundes als unrechtmässig und hätten die VBZ – entgegen der Vorinstanz – das Arbeitsverhältnis vorliegend auch nicht ordentlich kündigen dürfen.

E. 5.1

Nach Art. 21 Abs. 3 PR richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Auflösung aus wichtigen Gründen nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220 [Satz 1]); die zusätzliche Ausrichtung einer Abfindung nach Art. 28 oder die Lohnfortzahlung nach Art. 29 bleiben vorbehalten, soweit kein persönliches Verschulden der oder des Angestellten vorliegt (Satz 2). Das Obligationenrecht regelt für die von Arbeitgeberseite ausgesprochene ungerechtfertigte fristlose Entlassung im Art. 337c Folgendes: Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Abs. 1). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Abs. 3). Wie die Vorinstanz an sich zutreffend erwägt, sieht die – kraft Verweisung in Art. 21 Abs. 3 PR als subsidiäres öffentliches Recht anwendbare – einschlägige Bestimmung des Obligationenrechts für eine Entlassung ohne wichtigen Grund durch den Arbeitgeber die Zusprechung von Schadenersatz sowie einer Entschädigung an den zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmer, nicht aber dessen Weiterbeschäftigung vor.

E. 5.2

Der Beschwerdeführer verlangt nun primär die Weiterbeschäftigung an seiner bisherigen Stelle bzw. in seiner bisherigen Funktion als Tramfahrer. Es gilt deshalb zu prüfen, ob ihm über den Wortlaut des Art. 21 Abs. 3 PR in Verbindung mit Art. 337c OR hinaus ein solcher Anspruch zukommt.

E. 5.3

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung, doch kann dieser nicht allein massgebend sein. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente gefragt werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen zukommt. Ist der Wortlaut klar, bleibt er massgeblich, sofern nicht triftige Gründe dafürsprechen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Nach diesem sogenannten Methodenpluralismus ist nur dann allein auf das grammatische Verständnis abzustellen, wenn sich daraus zweifelsfrei die

sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 124 II 372 E. 5; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A., Zürich etc. 2012, N. 90 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 216 ff.; Donatsch, § 20 N. 13).

E. 5.4

Der kommunale Gesetzgeber bzw. die Stadt Zürich hat eigene personalrechtliche Bestimmungen erlassen und namentlich bezüglich der unrechtmässigen ordentlichen Kündigung – nicht aber hinsichtlich der fristlosen Entlassung (vgl. § 22 des [kantonalen] Personalgesetzes vom 27. September 1998 [PG, LS 177.10]) – eine vom kantonalen Recht abweichende Regelung getroffen: Erweist sich die (ordentliche) Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt, bemisst sich die Entschädigung nach § 18 Abs. 3 PG nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung, sofern der oder die Angestellte nicht wieder eingestellt wird; ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht mithin nach kantonalem Recht nicht. Hingegen wird die oder der Angestellte gemäss Art. 17 Abs. 4 Satz 1 PR mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (Satz 1). Ist ausnahmsweise beides aus triftigen Gründen nicht möglich, bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung (Satz 2). Das kommunale Personalrecht sieht somit für die ungerechtfertigte ordentliche Kündigung in erster Linie eine Weiterbeschäftigung der zu Unrecht entlassenen Person und nur in Ausnahmefällen eine Entschädigungszahlung vor. Hinsichtlich der ordentlichen Kündigung sieht das kommunale Personalrecht sodann vor, dass die Anstellungsinstanz der oder dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von mindestens zwei und höchstens sechs Monaten einräumt, bevor sie eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht (Art. 18 Abs. 1 PR). Weiter müssen Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, mitgeteilt und dokumentiert werden; die Gründe, die zur Ansetzung der Bewährungsfrist geführt haben, dürfen – wie oben 4.10 erwähnt – später nicht mehr berücksichtigt werden, wenn sich die oder der Angestellte in der eingeräumten Frist bewährt hat (Art. 18 Abs. 2 PR). Das kommunale Personalrecht stellt mithin hohe Anforderungen an die (rechtmässige) ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber und gewährt dem oder der unrechtmässig gekündigten Arbeitnehmenden in dem Sinn umfassenden Schutz, als eine unrechtmässige Kündigung kraft der primären Rechtsfolge der Weiterbeschäftigung das Arbeitsverhältnis – anders als im kantonalen Recht – grundsätzlich nicht zu beenden vermag. Diese Regelung soll zu Unrecht gekündigten Mitarbeitenden maximalen Schutz gewähren (vgl. Weisung 122 des Stadtrats von Zürich vom 13. Juni 2007 zur Änderung von Art. 17 und Art. 39 des Personalrechts [www.gemeinderat-zuerich.ch/Geschaeftedetailansichtgeschaefte/Dokument/60f434cd-20ff-43a2-b714-560ddc7ce065/2007_0342.pdf]); der kommunale Gesetzgeber hat eine Änderung dieser Regelung zuletzt am 23. Januar 2008 abgelehnt (GRB 2007/342).

E. 5.5

In Fällen wie dem vorliegenden, in dem weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung noch ein sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung gegeben ist, führte eine rein grammatikalische Auslegung von Art. 21 Abs. 3 Satz 1 PR in Verbindung mit Art. 337c OR nach dem Dargelegten dazu, dass der oder die Entlassene (nur dann) einen Weiterbeschäftigungsanspruch hätte, wenn der Arbeitgeber zur ordentlichen Kündigung geschritten ist, während eine fristlos ausgesprochene Kündigung eine blosser Entschädigungspflicht der Arbeitgeberin bei wirksamer Beendigung des

Arbeitsverhältnisses nach sich zöge. Die Folgen der grundlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses wären somit für den oder die Entlassenen ungünstiger, wenn der Arbeitgeber die fristlose Kündigung ausspricht. Der Arbeitgeber darf indes nur in Ausnahmefällen zur fristlosen Entlassung schreiten; diese ist als ultima ratio namentlich auch gegenüber einer ordentlichen Kündigung subsidiär. Die fristlose Entlassung erscheint in der vorliegenden Konstellation daher gegenüber einer ohne sachlichen Grund ausgesprochenen ordentlichen Kündigung als qualifiziert unrechtmässig. Mit Blick auf den Unrechtsgehalt darf nun aber der unrechtmässig fristlos Gekündigte, dem nicht einmal ordentlich hätte gekündigt werden dürfen, einerseits nicht schlechtergestellt werden als die unrechtmässig fristlos Entlassene, deren Arbeitsverhältnis hätte durch ordentliche Kündigung beendet werden dürfen, und muss er andererseits mindestens gleich gut behandelt werden wie eine unrechtmässig ordentlich gekündigte Person. Diesen Grundsätzen folgen sowohl das kantonale Personalrecht (vgl. § 18 Abs. 3 PG in Verbindung mit Art. 336a OR sowie § 22 Abs. 4 PG in Verbindung mit Art. 337c OR) als auch das Obligationenrecht (vgl. Art. 336a und Art. 337c OR). Das kommunale Personalrecht schafft nun einen scheinbaren Widerspruch, indem es für die fristlose Entlassung (wie das kantonale Personalrecht) auf die Rechtsfolgen nach Obligationenrecht verweist, für die unrechtmässige ordentliche Entlassung aber eine arbeitnehmerfreundlichere Regelung vorsieht als das kantonale Personalrecht bzw. die kraft Verweis als subsidiäres öffentliches Recht anwendbare Bestimmung des Obligationenrechts über die Rechtsfolgen der missbräuchlichen Entlassung. Dass der kommunale Gesetzgeber gewollt oder in Kauf genommen hätte, dass Arbeitnehmende in Fällen wie dem vorliegenden gegenüber ohne sachlichen Grund ordentlich gekündigten Personen benachteiligt werden, ist nicht anzunehmen; er geht vielmehr stillschweigend davon aus, dass arbeitgeberseitig nur fristlos gekündigt wird, wenn ein Kündigungsgrund vorliegt bzw. jedenfalls eine ordentliche Kündigung statthaft wäre. Den scheinbaren Widerspruch gilt es daher im Sinn der deklarierten bzw. oben 5.4 aufgezeigten Arbeitnehmendenfreundlichkeit des kommunalen Personalrechts zu beheben; aus einer systematischen, teleologischen und verfassungskonformen Auslegung des kommunalen Personalrechts folgt, dass der gekündigten Person in der hier zu beurteilenden Konstellation, da weder ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung noch ein sachlicher Grund für eine ordentliche Kündigung vorliegt, über den Wortlaut von Art. 21 Abs. 3 Satz 1 PR in Verbindung mit Art. 337c OR hinaus ein grundsätzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch entsprechend Art. 17 Abs. 4 Sätze 1 f. PR zuzugestehen bzw. die letztgenannte Bestimmung analog anzuwenden ist.

E. 5.6

Die Beschwerdegegnerin bringt nun vor, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Anstellungsinstanz sei wegen wiederholten, schwerwiegenden und sicherheitsrelevanten Fehlverhaltens des Beschwerdeführers zerstört, was die "Wiedereinstellung" ausschliesse. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein solches Fehlverhalten nicht erstellt ist. Auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, welche eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers als Tramführer als unmöglich oder der Beschwerdegegnerin unzumutbar erscheinen liessen. Letztere räumt sodann ein, dass es den VBZ an Fahrdienstmitarbeitenden mangle. Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdegegnerin bzw. die VBZ aufgrund der sie treffenden Fürsorgepflicht (Art. 68 PR) dafür zu sorgen haben wird bzw. werden, dass dem Beschwerdeführer ein unbelasteter Wiedereinstieg in seiner beruflichen Tätigkeit ermöglicht wird.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Der Einspracheentscheid des Stadtrats von Zürich vom 28. September 2016 sowie Ziff. I und II des Beschlusses des Bezirksrats Zürich vom 1. November 2018 sind aufzuheben, und die Beschwerdegegnerin ist anzuweisen, den Beschwerdeführer weiter als Tramführer zu beschäftigen.

E. 7

Da der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt (oben 1.2), ist das Verfahren kostenpflichtig (§ 65a Abs. 3 Satz 1 VRG e contrario). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Weil dem Beschwerdeführer für das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind, wird sein Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung gegenstandslos.

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