

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00597 vom 13. Februar 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-02-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00597

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00597 du 13 février 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00597 del 13 febbraio 2020

Regeste

Fristlose Kündigung | [Nichtigkeit einer fristlosen Entlassung] Vorliegend liegt der tatsächliche Beweggrund für die fristlose Entlassung darin, dass der Angestellte die Rechtmässigkeit der ihm erteilten Weisung, in seiner Freizeit nicht mehr an einem Filmdrehbuch weiterzuschreiben, in Zweifel zog und die rechtliche Überprüfung dieses Verbots verlangte. Die Arbeitgeberin schritt mit anderen Worten zur Entlassung, um zu verhindern, dass ihre – das Privatleben betreffende und schwer in Grundrechtspositionen des Angestellten eingreifende – Weisung überprüft werde. Die ausgesprochene Kündigung ist nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar, und schon die materielle Fehlerhaftigkeit wiegt so schwer, dass die blosser Feststellung der Unrechtmässigkeit der Entlassung und die Zusprechung von Lohnersatz diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermögen (E. 4.7). Gutheissung und Feststellung der Nichtigkeit der Kündigungsverfügung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2019.00597 Urteil der 4. Kammer vom 13. Februar 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Gerichtsschreiberin Eva Heierle. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführer, gegen Staat Zürich, vertreten durch die Kantonspolizei Zürich, Beschwerdegegner, betreffend fristlose Kündigung, hat sich ergeben: I. A trat Anfang 2006 als Sicherheitsbeauftragter der Flughafenpolizei-Kontrollabteilung (FPKOA) in die Dienste der Kantonspolizei Zürich. Ende 2009 und per 1. Februar 2017 wurde er jeweils befördert. Seit Januar 2018 betrug sein Beschäftigungsgrad 90%. Mit Verfügung vom 28. März 2019 löste die Kantonspolizei Zürich das Arbeitsverhältnis fristlos auf. II. Mit Rekurs an die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich vom 17. April 2019 verlangte A im Wesentlichen, unter Entschädigungsfolge "zuzüglich MWSt." seien die Kündigungsverfügung aufzuheben, ihm der Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten in der Höhe von Fr. 01 brutto, eine Entschädigung von sechs Bruttomonatslöhnen bzw. Fr. 02 sowie eine Abfindung von vier Monatslöhnen bzw. in der Höhe von Fr. 03 jeweils zuzüglich 5 % Zins seit dem 28. März 2019 zuzusprechen. Die Sicherheitsdirektion wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 26. Juli 2019 ab (Dispositiv-Ziff. I) und verweigerte A eine Parteientschädigung (Dispositiv-Ziff. III). III. A liess am 16. September 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und dasselbe wie im Rekursverfahren verlangen. Die Sicherheitsdirektion verzichtete am 20. September 2019 auf Vernehmlassung. Die Kantonspolizei Zürich beantragte mit Beschwerdeantwort vom 14. Oktober 2019, das Rechtsmittel sei unter Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde. A

liess sich am 28. Oktober 2019 erneut vernehmen. Die Kantonspolizei Zürich verzichtete am 1. November 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 einer Direktion über Anordnungen betreffend ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis ist es nach § 41 ff. VRG zuständig. Da auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 1.2 Aufgrund der Anträge des Beschwerdeführers ist von einem Fr. 30'000.- übersteigenden Streitwert auszugehen. Die Beschwerde ist durch die Kammer zu behandeln (§ 38 Abs. 1 VRG in Verbindung mit § 38b Abs. 1 lit. c e contrario VRG). 2. 2.1 Der Beschwerdeführer verlangt im Hauptantrag die Aufhebung der Kündigungsverfügung vom 28. März 2019, was im Ergebnis einer Weiterbeschäftigung entspricht. 2.2 2.2.1 Nach dem Wortlaut von § 63 Abs. 3 VRG, der nur auf § 27a Abs. 1 VRG verweist, kann allein die Rekursbehörde einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung beurteilen (§ 27a Abs. 2 VRG). Dem Verwaltungsgericht soll dies verwehrt sein; es soll in jedem Fall nur noch die Unrechtmässigkeit der Kündigung feststellen und eine Entschädigung zusprechen können (VGr, 5. März 2014, VB.2012.00792, E. 3.1). Sieht das anwendbare Personalrecht bei einer unrechtmässigen Kündigung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vor, muss das Verwaltungsgericht diese Rechtsfolge jedoch aufgrund der Rechtsweggarantie ebenfalls anordnen können, wenn es zum Schluss kommt, die Kündigung sei unrechtmässig erfolgt (VGr, 8. November 2017, VB.2017.00300, E. 3 mit Hinweis [geschützt durch BGr, 12. Juni 2018, 8C_903/2017]). 2.2.2 Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden, wobei jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht zumutbar ist, als wichtiger Grund gilt (§ 22 Abs. 2 PG). § 22 Abs. 4 Satz 1 PG verweist für Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung ergänzend auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220). Vorbehalten bleibt eine Abfindung nach § 26 PG (§ 22 Abs. 4 Satz 2 PG). Das Obligationenrecht regelt für die von Arbeitgeberseite ausgesprochene ungerechtfertigte fristlose Entlassung in 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). Das Gericht kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die es nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Abs. 3). 2.2.3 Da das hier anwendbare (kantonale) Personalrecht mithin keinen Weiterbeschäftigungsanspruch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (und ebenso wenig bei einer unrechtmässigen Kündigung [vgl. § 18 Abs. 3 Satz 1 PG und zur Auslegung dieser Bestimmung VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00105, E. 4.1 Abs. 2 – 5. März 2014, VB.2013.00685, E. 7 Abs. 3 – 1. April 2009, PB.2009.00002, E. 2.1 – 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 2b = RB 2003 Nr. 116]) vorsieht, kann das Verwaltungsgericht nach § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG nur die Unrechtmässigkeit der Entlassung feststellen und Lohnersatz, eine Entschädigung und

gegebenenfalls eine Abfindung zusprechen, hingegen die Kündigung an sich nicht aufheben (vgl. VGr, 14. November 2019, VB.2019.00174, E. 5.1 mit Hinweisen). 2.3 Die Beschränkung der Entscheidbefugnis nach § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG gilt jedoch von vornherein nicht, wenn sich die angefochtene Kündigungsverfügung als nichtig erweist: In diesen Fällen geht es nicht um die Frage, ob eine Kündigung ungerechtfertigt und deshalb eine Entschädigung zuzusprechen ist, sondern um die originäre Gültigkeit der Kündigung (VGr, 14. November 2019, VB.2019.00174, E. 5.2 Abs. 1 – 13. Juni 2018, VB.2017.00444, E. 2.2 Abs. 1 – 20. Februar 2013, VB.2012.00747, E. 2 mit Hinweis). Nichtigkeits Verfügungen entfalten zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen, sie sind rechtlich inexistent; Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Sie ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 31 N. 14; BGE 136 II 415 E. 1.2). Ob Nichtigkeit vorliegt, bestimmt sich gemeinhin nach der Evidenztheorie: Es muss ein schwerwiegender Rechtsfehler vorhanden sein, der Fehler muss offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein, und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Als Nichtigkeitsgründe fallen namentlich schwerwiegende Zuständigkeitsfehler, schwerwiegende Verfahrens- und Formfehler sowie in seltenen Ausnahmefällen ausserordentlich schwerwiegende inhaltliche Mängel in Betracht (BGr, 31. August 2010, 8C_1065/2009, E. 4.2.3). Nichtigkeit darf nicht leichthin angenommen werden; die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zu ziehen (VGr, 20. April 2005, PB.2004.00078, E. 4.1, und 23. August 2006, PB.2005.00066, E. 3.2 [je mit Hinweisen]). Im vorliegenden Kontext ist dabei jedoch zu berücksichtigen, dass es den Rechtsmittelbehörden gerade verwehrt ist, die Kündigung aufzuheben. Die sehr strenge Praxis zur Nichtigkeit beruht auf der Prämisse, dass fehlerhafte Verfügungen auf dem Rechtsmittelweg aufgehoben werden können, und lässt sich deshalb nicht unbesehen auf das kantonale Personalrecht übertragen, wo diese Möglichkeit bei einer Kündigung gerade nicht besteht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass selbst im privaten Arbeitsrecht die Verletzung bestimmter Schutzvorschriften die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hat (Art. 336c Abs. 1 f. OR). Umgekehrt darf der gesetzgeberische Wille, keinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, nicht über eine zu grosszügige Praxis bei der Annahme der Nichtigkeit umgangen werden. Mithin muss die Nichtigkeit der Kündigung auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben, in welchen die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer wiegt, dass eine blosser Feststellung der Unrechtmässigkeit und die Zusprechung einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermöchten (VGr, 14. November 2019, VB.2019.00174, E. 5.2 Abs. 2; so im Ergebnis auch schon VGr, 13. Juni 2018, VB.2017.00444, E. 5). 3. Hinsichtlich der Sachumstände der streitgegenständlichen fristlosen Kündigung ergibt sich aus den Akten Folgendes: 3.1 Im Rahmen regelmässig durchgeführter Mitarbeiterbeurteilungen wurden die Leistungen des Beschwerdeführers und sein Verhalten stets als sehr gut oder gut beurteilt. Am 17. November 2018 ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung unentgeltlichen Urlaubs für die Zeit vom 16. Januar bis zum 5. Februar 2019 mit der Begründung, "Kurzfristiger Auftrag für die Fertigstellung des Drehbuches an laufendem Filmprojekt [zu] bekommen". Das Gesuch wurde bewilligt. Nach Darstellung des Beschwerdeführers hatte er zuvor seinen direkten Vorgesetzten C über das betreffende Filmprojekt "D" informiert; dieser habe in der beabsichtigten Mitwirkung des Beschwerdeführers als Co-Drehbuchautor

kein Problem gesehen. Die Kantonspolizei hingegen führt aus, der Beschwerdeführer habe nicht erwähnt, um was für ein Filmprojekt es sich handle bzw. was dessen Inhalt sei; sie habe keine Anhaltspunkte dafür gehabt, dass das geplante Wirken als Drehbuchautor mit der dienstlichen Stellung des Beschwerdeführers nicht vereinbar sei. Erst in der Woche vom 4. Februar 2019 sei einem ihrer Mitarbeitenden aufgefallen, dass der Beschwerdeführer auf seiner persönlichen Facebook-Seite zahlreiche Links zu einem Trailer des Films "D" veröffentlicht habe. Der Mitarbeitende habe C informiert; der Beschwerdeführer habe weder seinen direkten Vorgesetzten (C) noch sonst einen Vorgesetzten oder die Personalabteilung über den Trailer oder seine geplante Mitarbeit am Film "D" in Kenntnis gesetzt. Nach Sichtung des Trailers, welcher "in einem hohen Masse gewaltverherrlichend und rassistisch" sei, und weiterer "Belege" wie der Webseite des geplanten Films und einem Zeitungsartikel sei ihr (der Kantonspolizei) klar gewesen, dass eine Mitwirkung des Beschwerdeführers am Film "D" äusserst problematisch wäre. Um abzuklären, welche Rolle der Beschwerdeführer im Film einnehmen solle, und um ihm die kritische Haltung seiner Arbeitgeberin zu schildern, sei der Beschwerdeführer von E, dem "Chef FPKOA", zu einem Gespräch aufgeboten worden. 3.2 Soweit ersichtlich, fanden am 12. und 19. Februar sowie am 6. März 2019 Gespräche zwischen dem Beschwerdeführer und E statt. Über deren Inhalt sind sich die Parteien nicht einig; Gesprächsprotokolle liegen nicht in den Akten. 3.3 Am 22. Februar 2019 stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung im Umfang von 64 Stunden für die Mitwirkung als Drehbuchautor am Film "D" während seiner Freizeit. E empfahl am 27. Februar 2019 die Ablehnung des Gesuchs, weil sich schon der Filmtrailer "NS-Klischees" sowie einer völlig überzogenen Gewaltdarstellung bediene und die Mitwirkung eines Kaderangehörigen der FPKOA an einem solchen Film dem Ansehen der Kantonspolizei schaden könnte. Die "Chefin Personelles" schloss gleichentags auf Abweisung des Gesuchs; weil der Film "auch als Satire" unnötig gewaltverherrlichend sei und aufgrund "zu vieler Innereien und zu wenig Artyness" keine Fördergelder des Bundes erhalten habe, sei die Mitwirkung daran mit einer Tätigkeit bei der Kantonspolizei nicht vereinbar. Der zuständige Personaldienst der Kantonspolizei schliesslich wies das Gesuch unter Verweis auf die Begründung von E noch am 27. Februar 2019 ab. 3.4 Der Beschwerdeführer schrieb E am 20. März 2019 per E-Mail Folgendes: "Ich habe mir gründlich überlegt wie ich mit der momentanen Situation umgehen werde und mich entschieden am Drehbuch von D weiter zu schreiben. Dennoch hoffe ich, dass wir eine Lösung finden die für alle Beteiligten zu einer Zufriedenstellung führt". Der Beschwerdeführer hatte schon zuvor Verständnis dafür gezeigt, dass die Kantonspolizei "nicht mit einem Exploitationfilm wie 'D' in Verbindung gebracht werden" wolle, und vorgeschlagen, als Co-Autor nicht mit dem eigenen bzw. seinem vollständigen Namen als Co-Drehbuchautor aufzutreten. 3.5 Mit Schreiben vom 21. März 2019 zeigte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers der Kantonspolizei das Vertretungsverhältnis an und hielt im Wesentlichen fest, der Beschwerdeführer habe am beanstandeten Filmtrailer nicht mitgewirkt, und ein Film "D" existiere noch nicht. Der Beschwerdeführer sei lediglich Co-Autor eines Drehbuchentwurfs, welcher weder in finaler Form vorhanden noch der Öffentlichkeit zugänglich sei. Selbst wenn der Inhalt des freilich noch nicht existierenden Films geeignet wäre, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Kantonspolizei zu beeinträchtigen, setzte eine solche Beeinträchtigung voraus, dass ein Zusammenhang zwischen dem Film und der Kantonspolizei hergestellt werden könnte. Ein solcher Zusammenhang wäre etwa dann nicht ersichtlich, wenn der Beschwerdeführer ein Pseudonym verwenden würde, wie er dies bereits angeboten habe. Es sei

unverhältnismässig, dem Beschwerdeführer die in die Freizeit verlegte Tätigkeit als Co-Drehbuchautor gestützt auf einen Trailer zu untersagen, an welchem er nicht einmal mitgewirkt habe. Solches stellte sodann einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit dar, weil es mildere Mittel gebe, um den bestehenden Bedenken der Kantonspolizei zu entsprechen. Im Übrigen lasse sich dem Trailer keine Verherrlichung rechtsradikalen Gedankenguts entnehmen; vielmehr sei aufgrund der verwendeten Stilmittel der Satire, Ironie, Überzeichnung und Parodie das Gegenteil der Fall. Abschliessend ersuchte der Vertreter des Beschwerdeführers die Kantonspolizei darum, ihre Haltung gegenüber dem ausserberuflichen Engagement seines Klienten noch einmal zu überdenken, und hielt er fest, er sei davon überzeugt, dass eine Kompromisslösung gefunden werden könne, welche sowohl den Interessen der Kantonspolizei als auf denjenigen des Beschwerdeführers gerecht werde. Am 21. März 2019 stellte die Kantonspolizei sodann den Beschwerdeführer per sofort vorsorglich von der Arbeitsleistung frei, stellte ihm die fristlose Auflösung seines Arbeitsverhältnisses in Aussicht und forderte ihn auf, innert fünf Tagen zur beabsichtigten fristlosen Kündigung Stellung zu nehmen. Zur Begründung führte die Kantonspolizei an, das Gesuch um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung vom 22. Februar 2019 sei abgelehnt worden, weil eine Teilnahme an der Filmproduktion von "D" aufgrund übermässiger Gewaltdarstellung und symbolischer Anlehnung an despotische Regimes nicht mit einer Tätigkeit bei der Kantonspolizei vereinbar bzw. die Mitwirkung eines Angehörigen der Kantonspolizei als Drehbuchautor an diesem Filmprojekt geeignet sei, dem Ansehen der Kantonspolizei zu schaden. Trotzdem habe der Beschwerdeführer E mit E-Mail vom 20. März 2019 seinen Entscheid, am Drehbuch weiterzuschreiben, mitgeteilt. Dadurch habe er kundgetan, sich nicht an eine klare und begründete Anweisung seiner Vorgesetzten zu halten, was eine Arbeitspflichtverletzung darstelle bzw. das Vertrauensverhältnis nachhaltig zerstört habe, weshalb eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. 3.6 Der Beschwerdeführer liess in seiner Stellungnahme zur beabsichtigten fristlosen Entlassung vom 26. März 2019 ausführen, dass er bei Verfassen der E-Mail vom 20. März 2019 bereits Kenntnis vom Entwurf des Schreibens seines Rechtsvertreters vom 21. März 2019 gehabt habe. Seine Ankündigung, am Drehbuch weiterzuschreiben, sei nicht auf die Nichtbefolgung einer Anweisung seiner Vorgesetzten gerichtet gewesen, sondern im Hinblick auf die im Schreiben vom Folgetag thematisierte Kompromisslösung erfolgt. Abschliessend wurde festgehalten, der Beschwerdeführer sei offen für eine "einvernehmlichen Lösung der Angelegenheit". 3.7 Mit Verfügung vom 28. März 2019 löste die Kantonspolizei das Arbeitsverhältnis fristlos auf. Sie begründete die fristlose Entlassung im Wesentlichen dahingehend, dass der Beschwerdeführer trotz der Ablehnung seines Gesuchs um Nebenbeschäftigung mit E-Mail vom 20. März 2019 mitgeteilt habe, er habe sich entschieden, am Drehbuch weiterzuarbeiten. Nach § 53 Abs. 1 PG sei die Ausübung einer Nebenbeschäftigung nur zulässig, wenn sie die amtliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtige und mit der dienstlichen Stellung vereinbar sei. Der im Internet veröffentlichte Trailer zeige, dass in diesem Film Gewalt explizit dargestellt werden solle. Auch wenn der Film selbst noch nicht bestehe, sondern erst aufgrund des vom Beschwerdeführer zu schreibenden Drehbuchs "erstellt" werden solle, sei dennoch vorgegeben, welcher Art dieser Film sein werde. Explizit auf die Darstellung von Gewalt ausgerichtete Filme und damit auch die persönliche Bereitschaft eines Mitarbeitenden der Kantonspolizei, das Drehbuch für einen solchen Film zu schreiben, seien mit der gesetzlichen Aufgabe der Kantonspolizei im Allgemeinen und mit der Aufgabe als

"Sicherheitsbeauftragter Flughafenpolizei" im Speziellen nicht vereinbar. Vielmehr sei die Mitwirkung eines Angestellten der Kantonspolizei an einem solchen Film geeignet, dem Ansehen der Kantonspolizei als Garant für die Sicherheit im Kanton Zürich und als Strafverfolgungsbehörde zu schaden. Selbst eine Mitwirkung unter einem Pseudonym stelle keine Garantie dar, dass kein Bezug zwischen diesem Film und der Kantonspolizei Zürich hergestellt werden könne. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers "in der Stellungnahme" sei seine Ankündigung in der E-Mail vom 20. März 2019 nicht im Hinblick auf die thematisierte Kompromisslösung erfolgt; vielmehr handle es sich um die klare Mitteilung, dass der Beschwerdeführer bereits entschieden habe, am Drehbuch weiterzuschreiben. Seine Teilnahme an diesem Film stehe für ihn somit ausser Frage. Dies heisse aber nichts anderes, als dass er sich bereits zu diesem Zeitpunkt entschieden gehabt habe, sich nicht an die Anweisung seiner Vorgesetzten zu halten. Die in § 49 PG festgehaltene Treuepflicht umfasse auch eine Gehorsamspflicht. Die Angestellten seien verpflichtet, allgemeine Weisungen und individuelle Dienstanweisungen ihrer Vorgesetzten zu befolgen. Durch seine Weigerung, die klare und begründete Anweisung seiner Vorgesetzten zu befolgen, habe der Beschwerdeführer seine Treuepflicht massiv verletzt. Aufgrund seiner Weigerung, die Ablehnung des Gesuchs um Nebenbeschäftigung zu akzeptieren, sowie seiner ausdrücklichen Willensbekundung, trotzdem an einem Filmprojekt, welches aufgrund seines Inhalts und seiner exzessiven Gewaltdarstellung geeignet sei, dem Ansehen der Kantonspolizei zu schaden, und deshalb nicht mit einer Anstellung bei der Kantonspolizei vereinbar sei, weiterarbeiten zu wollen, sei das in ihn gesetzte Vertrauen nachhaltig gestört. Das Vertrauen könne auch nicht durch eine mildere Massnahme wie einen Verweis wiederhergestellt werden, weshalb ein wichtiger Grund im Sinn des § 22 PG vorliege bzw. das Arbeitsverhältnis per sofort aufgelöst werde.

E. 4.1

Zu den Verfehlungen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen können, gehören die Missachtung von Weisungen und andere Verletzungen der Treuepflicht wie etwa ungehöriges und ungebührliches Verhalten in Form von Beleidigungen von Mitarbeitern und Vorgesetzten (VGr, 9. Februar 2011, PB.2010.00015, E. 4.1 Abs. 2 mit Hinweisen; Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019, Rz. 343). Die Treuepflicht des Angestellten im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis beinhaltet sodann eine Pflicht zur Zurückhaltung mit Meinungsäusserungen, Handlungen und Verhaltensweisen, welche dem Ansehen der Behörde bzw. des Gemeinwesens schädlich sein könnten (vgl. Tobias Jaag, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 95/ 1994 S. 433 ff., 455). Zur Missachtung von Weisungen als Grund für eine fristlose Entlassung können die im Privatrecht geltenden Grundsätze analog herangezogen werden. Danach hat der oder die Angestellte Weisungen nur dann zu befolgen, wenn sie rechtmässig sind (Geiser/Müller/Pärli, Rz. 343+347; vgl. Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich 2000, N. 580 f.). Die Rechtmässigkeit von Weisungen setzt im Privatrecht voraus, dass diese ein Verhalten betreffen, zu welchem der Arbeitnehmer aufgrund der vertraglichen Vereinbarung verpflichtet ist. Auch besteht keine Pflicht des Arbeitnehmers, Weisungen zu befolgen, welche seine Persönlichkeitsrechte verletzen (siehe zum Ganzen BGr, 4. April 2003, 4C.357/2002, E. 4.1 Abs. 1).

E. 4.2

Ausgangspunkt des der fristlosen Kündigung zugrunde liegenden Konflikts ist die Mitwirkung des Beschwerdeführers als Co-Drehbuchautor am Film "D". Der Beschwerdeführer wendet zunächst grundsätzlich zu Recht ein, dass es sich bei dieser Tätigkeit nicht um eine nach § 53 Abs. 2 Satz 1 PG bewilligungspflichtige Nebenbeschäftigung handelt, wurde dafür doch keine Arbeitszeit aufgewendet bzw. sollte keine Arbeitszeit dafür verwendet werden (vgl. VGr, 3. Mai 2017, VB.2016.00309, E. 2.2; vgl. ferner 19. April 2000, PB.2000.00006, E. 3 Abs. 2 mit Hinweis auf die regierungsrätliche Weisung vom 22. Mai 1996, ABl 1996, 1131 ff., 1182). Dessen ungeachtet ist eine Nebenbeschäftigung freilich nach § 53 Abs. 1 PG nur zulässig, wenn sie die amtliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtigt und sich mit der dienstlichen Stellung vereinbaren lässt. Letztere Voraussetzung erachtet die Beschwerdegegnerin als nicht erfüllt. Sie will den Beschwerdeführer deshalb auch in verschiedenen Gesprächen angewiesen haben, sich vom Filmprojekt zu distanzieren bzw. seine Tätigkeit als Co-Drehbuchautor nicht fortzusetzen (anders der Beschwerdeführer).

E. 4.3.1

Der Beschwerdeführer stellt(e) die Rechtmässigkeit dieser Weisung in Abrede und macht(e) in diesem Zusammenhang sinngemäss geltend, sie stelle einen unzulässigen Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen dar. Auch habe er kein Verhalten an den Tag gelegt, welches seiner beruflichen Position unwürdig sei, habe er doch am beanstandeten Trailer nicht mitgewirkt und hätte jeder Bezug zwischen ihm und der Kantonspolizei durch ein Pseudonym verhindert werden können.

E. 4.3.2

Nebenbeschäftigungen staatlicher Angestellter geniessen grundrechtlichen Schutz. Namentlich können sich im Dienst des Staats stehende Personen, welche – wie der Beschwerdeführer – beabsichtigen, in ihrer Freizeit eine privatwirtschaftliche, nicht mit ihrer amtlichen Funktion in Zusammenhang stehende Tätigkeit auszuüben, auf ihre nach Art. 27 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) geschützte Wirtschaftsfreiheit berufen (BGE 121 I 326 E. 2a, Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, 2. A., Zürich 2017, Art. 27 N. 14). Angesichts der konkret infrage stehenden Nebenbeschäftigung ist vorliegend sodann der Schutzbereich der Kunstfreiheit (Art. 21 BV) berührt. Ein mit dem Verbot einer Nebenbeschäftigung einhergehender Grundrechtseingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage und muss durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (vgl. Art. 36 BV).

E. 4.3.3

Die Weisung, nicht mehr als Drehbuchautor am Filmprojekt "D" mitzuwirken, betrifft nicht die Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers, sondern sein Privatleben. Dass die Neben- bzw. Freizeitbeschäftigung negative Auswirkungen auf die Arbeitsleistung oder das dienstliche Verhalten des Beschwerdeführers hätte befürchten lassen, macht die Kantonspolizei nicht geltend; auch sonst ergeben sich hierfür keine Anhaltspunkte. Gegenteilig wurde ihm noch am 18. März 2019 ein sowohl hinsichtlich Arbeitsleistung als auch Verhalten sehr positives Zwischenzeugnis ausgestellt. Als Drehbuchautor kam dem Beschwerdeführer im Filmprojekt keine Funktion zu, welche seine Nebentätigkeit – wie etwa bei einem Schauspieler mit tragender Rolle – einer breiten Öffentlichkeit sichtbar gemacht hätte. Auch kann ungeachtet dessen, dass er innerhalb der Flughafenpolizei eine Führungsposition bekleidete, nicht die Rede davon sein, dass er innerhalb der Organisation seiner

Arbeitgeberin bzw. der Kantonspolizei Zürich eine besonders exponierte Stellung innegehabt hätte. Wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt, hätte sich die von der Kantonspolizei befürchtete Gefahr einer Schädigung ihres Ansehens freilich ohnehin durch die Verwendung eines Pseudonyms massgeblich reduzieren bzw. minimieren lassen. Was den beanstandeten (bzw. befürchteten) Inhalt des Filmprojekts angeht, ist festzuhalten, dass der Trailer zwar nicht direkt auf den Inhalt des (soweit ersichtlich noch gar nicht fertiggestellten) Filmprojekts schliessen lässt, jedoch mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch nicht anzunehmen ist, der Film werde einen ganz anderen Stil haben. Die im Trailer verwendeten Stilmittel, namentlich jenes der Übertreibung, lassen jedoch entgegen der Ansicht der Kantonspolizei nicht befürchten, der Beschwerdeführer habe an einem Film mitgewirkt bzw. mitwirken wollen, welcher sich "um die sinnbefreite Verübung von blutiger Gewalt und Rassismus" drehe. Ein gewichtiges schutzwürdiges öffentliches Interesse an dem hier infrage stehenden Verbot einer rein privaten Beschäftigung ohne jeden Bezug zur beruflichen Stellung oder Tätigkeit des Beschwerdeführers liegt demnach nicht vor. Das an den Beschwerdeführer gerichtete Verbot, sich in seiner Freizeit dem Drehbuch des Films D zu widmen, ist daher nicht durch ein hinreichendes öffentliches Interesse gerechtfertigt. Angesichts dessen, dass es nicht die berufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers, sondern sein Privatleben betrifft und schwer in grundrechtlich geschützte Positionen eingreift, erweist sich das Verbot bzw. die Weisung als in krasser Weise grundrechtswidrig. Anzumerken bleibt, dass das Verbot selbst dann klar grundrechtswidrig erschiene, wenn zugunsten der Kantonspolizei angenommen würde, sie habe aufgrund des Trailers – wie er von ihr verstanden wurde – eine Beeinträchtigung ihres Ansehens befürchten dürfen, sollte der Film mit dem Beschwerdeführer bzw. dessen beruflicher Tätigkeit in Verbindung gebracht werden (können): Zum einen hätten offenkundig mildere Mittel als ein absolutes Verbot der Mitwirkung des Beschwerdeführers am fraglichen Filmprojekt zur Verfügung gestanden, hat der Beschwerdeführer mit seinem Vorschlag, unter einem Pseudonym zu schreiben, doch ein solches – offensichtlich taugliches – wiederholt genannt. Angesichts der aufgezeigten Umstände des hier vorliegenden Falls könnte dem aus den Befürchtungen der Kantonspolizei abgeleiteten öffentlichen Interesse an einem Verbot der Nebenbeschäftigung des Beschwerdeführers zum anderen nur geringes Gewicht beigemessen werden, weshalb der als schwer zu beurteilende Eingriff in Grundrechtspositionen des Beschwerdeführers (auch) der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn offensichtlich entbehrte.

E. 4.4

Gänzlich fehl geht sodann der Vorwurf der Kantonspolizei, der Beschwerdeführer habe in der E-Mail vom 20. März 2019 an E angekündigt, er werde die Weisung nicht befolgen. Solches lässt sich zunächst der E-Mail selbst nicht entnehmen, schreibt der Beschwerdeführer darin doch auch, weiterhin auf eine einvernehmliche Lösung hinwirken zu wollen. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer zunächst im Schreiben vom 21. März 2019 bekräftigen liess, weiterhin offen für eine Kompromisslösung zu sein und schliesslich am 26. März 2019 ausdrücklich klarstellte, worauf seine Äusserung vom 20. März 2019 gerichtet gewesen sei. Der als Kündigungsgrund angerufene Vorwurf wurde deshalb wider besseren Wissens erhoben und erfolgte damit in treuwidriger Weise. Indem die Kantonspolizei die Vorbringen des Beschwerdeführers faktisch nicht berücksichtigte, verletzte sie im Übrigen auch dessen Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. muss angenommen werden, sie habe den Beschwerdeführer nur pro forma angehört, wiewohl der Kündigungsentscheid bereits gefällt worden war.

E. 4.5

Krass verfehlt ist sodann der im Rekurs- und Beschwerdeverfahren erhobene Vorhalt, der Beschwerdeführer habe die Ablehnung des Gesuchs um Bewilligung einer Nebenbeschäftigung nicht angefochten und auch nach Mandatierung eines Anwalts keine anfechtbare Verfügung verlangt. Sinngemäss verlangte der Beschwerdeführer bereits in einer unter anderem E vorgängig zur E-Mail vom 20. März 2019 eingereichten Stellungnahme die Überprüfung der mit der Gesuchsabweisung verbundenen Weisung, seine Tätigkeit als Drehbuchautor einzustellen. Fragen liesse sich sodann, ob die Kantonspolizei nicht auch die E-Mail vom 20. März 2019 zumindest als Erkundigung nach einem Rechtsmittel gegen die Weisung hätte entgegennehmen müssen. Jedenfalls hätte sie aber dem Beschwerdeführer den Rechtsweg gegen die umstrittene Anordnung eröffnen müssen, nachdem sein Vertreter mit Schreiben vom 21. März 2019 in aller Deutlichkeit deren Rechtmässigkeit verneinte, indem sie entweder dieses Schreiben als Rekurs gegen die (in der Gesuchsabweisung) erblickte bzw. enthaltene Weisung hätte an die Sicherheitsdirektion weiterleiten oder jenes Schreiben zum Anlass nehmen müssen, eine ausdrückliche Weisung zu verfügen. Hinzu kommt, dass das Gesuch erst am 27. Februar 2019 abgewiesen worden war, weshalb die infrage stehende Anordnung dem Beschwerdeführer frühestens an diesem Tag eröffnet worden sein konnte. Die Rekursfrist von 30 Tagen (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 1 VRG) war mithin am 20. März 2019 (und ebenso bei Aussprache der fristlosen Kündigung am 28. März 2019) noch gar nicht abgelaufen (vgl. § 22 Abs. 2 VRG). Auch enthielt die Gesuchsabweisung keine Rechtsmittelbelehrung und war sie dem Beschwerdeführer mithin mangelhaft eröffnet worden, weshalb sie ohnehin nicht ohne Weiteres innert der ordentlichen Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwachsen konnte (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 10 N. 51).

E. 4.6

Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer am Drehbuch weitergearbeitet hätte, nachdem ihm eröffnet worden war, dass die Kantonspolizei diese Tätigkeit für nicht mit seiner Anstellung vereinbar halte, liegen entgegen dem unsubstanzierten Vorbringen der Kantonspolizei nicht vor. Es kann ihm schon deshalb nicht vorgeworfen werden, gegen die – nach dem Gesagten ohnehin klar unrechtmässige bzw. grundrechtswidrige – Weisung verstossen zu haben.

E. 4.7

Aus dem oben Dargelegten erhellt, dass der tatsächliche Beweggrund für die Kündigung darin liegt, dass der Beschwerdeführer die Rechtmässigkeit des Verbots, am Drehbuch weiterzuschreiben, in Zweifel zog und dessen rechtliche Prüfung bzw. Überprüfung auf dem Rechtsmittelweg verlangte. Die Arbeitgeberin schritt mithin zur fristlosen Entlassung, um zu verhindern, dass die das Privatleben betreffende, schwer in Grundrechtspositionen des Beschwerdeführers eingreifende Weisung überprüft werde. Dieser Kündigungsgrund ist an sich schon krass missbräuchlich bzw. die darauf gestützte Entlassung unhaltbar. Solches gälte auch, hätte die Kantonspolizei statt einer fristlosen Entlassung eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. Im vorliegenden Fall kommt noch dazu, dass der Beschwerdeführer zum Kündigungszeitpunkt seit mehr als 13 Jahren für die Kantonspolizei tätig gewesen war, ohne dass seine Leistung oder sein Verhalten je Anlass zu Beanstandungen gegeben hätten; vielmehr wurde er aufgrund seiner guten und sehr guten

Qualifikationen mehrfach befördert. Insgesamt ist die ausgesprochene Kündigung nicht einmal ansatzweise nachvollziehbar und wiegt schon die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer, dass die blosser Feststellung der Unrechtmässigkeit der Kündigung und die Zusprechung von Lohnersatz und einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermögen. Hinzu kommen die formellen Kündigungsmängel. Es wäre rechtsstaatlich nicht haltbar, wenn die Kantonspolizei als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer, einem langjährigen und verdienten Mitarbeiter, nur deshalb (fristlos) beenden könnte, weil er ihre offensichtlich grundrechtswidrige Weisung, nicht mehr als Drehbuchautor weiterzuarbeiten, hinterfragte.

E. 5

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. I und III des Entscheids der Sicherheitsdirektion vom 26. Juli 2019 sind aufzuheben, und es ist die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung vom 28. März 2019 (im Dispositiv dieses Urteils) festzustellen.

E. 6.1

Da der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt, sind Gerichtskosten zu erheben (§ 65a Abs. 3 e contrario VRG).

E. 6.2

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG; Plüss, § 13 N. 66). Weiter hat der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 7

Weil der Streitwert Fr. 15'000.- übersteigt, ist als Rechtsmittel auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu verweisen (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

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