

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

ZHAW

School of Management and Law

Abteilung Business Law

Zentrum für Sozialrecht

Master of Advanced Studies ZFH in HR & Recht

Masterarbeit

Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen infolge von mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten bei der Stadt Zürich:

Wesentliche Herausforderungen und rechtliche Hürden für die Arbeitgeberin auf dem Weg zur rechtssicheren Kündigung.

eingereicht von:

Cécile Murmann

Aufsichtsbehörden:

Hauptbetreuung

lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Simone Wetzstein

Co-Betreuung

Dr. iur. Eva Slavik

Neerach, 9. März 2024

Selbständigkeitserklärung¹

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Benützung der angegebenen Quellen verfasst habe. Die Verwendung generativer KI-Systeme habe ich gemäss den Vorgaben offengelegt. Ohne schriftliche Zustimmung der Studiengangleitung werde ich keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen.“

Gleichzeitig werden sämtliche Rechte am Werk an die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) abgetreten. Das Recht auf Nennung der Urheberschaft bleibt davon unberührt.

Neerach, 9. März 2024

Cécile Murmann

¹ Für Weiterbildungsstudien- und -lehrgänge der ZHAW School of Management and Law.

Management Summary

Die vorliegende Arbeit bietet einen umfassenden Einblick in die rechtlichen Grundlagen und Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin. Sie zeigt auf, wie sich öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse von privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen unterscheiden und weshalb im öffentlichen Recht sehr hohe Anforderungen an personalrechtliche Verfahren gestellt werden, die insbesondere im Zusammenhang mit Kündigungsverfahren zu beachten sind. Der historische Hintergrund des öffentlichen Rechts und dessen Einfluss auf diese Thematik werden ebenfalls behandelt.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Kündigungsprozess im öffentlichen Recht zu beleuchten. Es werden Herausforderungen identifiziert, aus denen praxisorientierte Handlungsempfehlungen abgeleitet werden, die eine rechtssichere Handhabung in Streitfällen ermöglichen sollen.

Während im privaten Arbeitsrecht praktisch eine 'Kündigungsfreiheit' besteht, ist die öffentliche Arbeitgeberin verpflichtet, sich an die verfassungsmässigen Grundsätze zu halten. Dies wirkt sich auf den Kündigungsschutz vor allem in zwei zentralen Aspekten aus: Eine Kündigung darf gemäss dem Willkürverbot nur gestützt auf einen sachlichen Grund erfolgen und es ist grundsätzlich erforderlich, einem Arbeitnehmer vor einer Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren. Der damit verbundene administrative Prozess gestaltet sich anspruchsvoll und komplex. Zudem besteht für den Arbeitnehmer stets die Option, rechtliche Schritte einzuleiten, was die Auflösung für die Arbeitgeberin zusätzlich erschwert.

Als entscheidende Elemente für eine rechtssichere Kündigung betont die Verfasserin die Notwendigkeit einer gründlichen Dokumentation, die strikte Befolgung rechtlicher und prozessualer Vorgaben sowie die Berücksichtigung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer. Sie vertritt die Ansicht, dass durch konsequente Führungsarbeit, korrekte Prozessführung und eine trotz der Umstände wohlwollende Haltung gegenüber dem Arbeitnehmer eine Kündigung rechtlich abgesichert vollzogen werden kann.

Eine zentrale Erkenntnis aus dieser Arbeit ist ebenfalls, dass präventive Massnahmen und ein effektives Konfliktmanagement entscheidend zur Vermeidung von Kündigungen beitragen können. Die frühzeitige und konstruktive Kommunikation zwischen Führungskräften und Arbeitnehmern wird als wesentlich betrachtet, um mögliche Probleme im Keim zu ersticken und somit ein harmonisches Arbeitsumfeld zu fördern.

Des Weiteren wird die Bedeutung von Fairness und Transparenz im Kündigungsprozess hervorgehoben. Es wird empfohlen, dass Schulungen und Weiterbildungen für Führungskräfte in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen und Konfliktlösungstechniken angeboten werden. Durch diese können Führungskräfte besser auf die Herausforderungen im Umgang mit Kündigungen vorbereitet werden, was zu einem effizienteren und gerechteren Kündigungsprozess führt.

Die Arbeit liefert zudem konkrete Handlungsanweisungen für die Praxis. Die Notwendigkeit, rechtliche Anforderungen mit einem menschlichen und fairen Umgang zu kombinieren, wird betont, um eine optimale Arbeitsumgebung zu schaffen und gleichzeitig rechtliche Risiken zu minimieren.

Inhaltsverzeichnis

Management Summary	3
Abkürzungsverzeichnis	9
Verzeichnis Generativer KI-Systeme	12
Literaturverzeichnis	13
1 Einleitung	16
1.1 Vorgehensweise und Aufbau.....	16
1.2 Sprachlicher Hinweis	17
1.3 Hintergrund und Motivation zur Themenwahl.....	17
1.4 Fragestellungen und Zielsetzung.....	17
1.5 Definition und Abgrenzung des Themas.....	18
2 Strukturen und Besonderheiten im öffentlichen Arbeitsrecht der Schweiz	20
2.1 Die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin	20
2.2 Historie und Wandel des öffentlichen Arbeitsrechts.....	20
2.3 Verfassungsgrundsätze.....	22
2.4 Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses.....	23
3 Vielfalt und Eigenständigkeit: Die aktuelle Gesetzessituation des öffentlichen Arbeitsrechts in der Schweiz	25
3.1 Gesetzesgrundlage auf Bundesebene	25
3.2 Gesetzesgrundlage des Kantons Zürich	26
3.3 Gesetzesgrundlage der Stadt Zürich.....	27
4 Zwischenfazit I: Im Spannungsfeld zwischen Tradition und Wandel	29
5 Die Kündigung durch die Arbeitgeberin	32
5.1 Die Kündigung im privaten Arbeitsrecht	32
5.1.1 Kündigungstermine und Fristen	33
5.1.2 Kündigung zur Unzeit / Zeitlicher Kündigungsschutz.....	34

5.1.3	Missbräuchliche Kündigung / Sachlicher Kündigungsschutz.....	34
5.1.4	Diskriminierende Kündigung	35
5.2	Die Kündigung im öffentlichen Arbeitsrecht.....	37
5.2.1	Willkürverbot / sachlicher Grund	38
5.2.2	Rechtliches Gehör	39
5.2.3	Verhältnismässigkeitsprinzip.....	40
5.2.4	Rechtsgleichheitsgebot und der Grundsatz von Treu und Glauben	41
6	Zwischenfazit II: Wesentliche Unterschiede der Kündigung im privaten und im öffentlichen Recht	43
7	Bestimmungen zum ordentlichen Kündigungsprozess bei der Stadt Zürich	47
7.1	Allgemeine Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis.....	47
7.2	Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin.....	47
7.2.1	Formelle Erfordernisse (Art. 17 Abs. 1 PR).....	48
7.2.2	Voraussetzungen (Art. 17 Abs. 2 PR).....	48
7.2.3	Kündigungsgründe (Art. 17 Abs. 3 PR)	48
7.2.4	Erfordernis der Mahnung oder ausnahmsweiser Verzicht darauf?.....	49
7.2.5	Erfordernis des rechtlichen Gehörs	50
7.2.6	Folgen einer missbräuchlichen oder sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung (Art. 17 Abs. 4 – 7 PR).....	50
8	Die Kündigung aufgrund von mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten bei der Stadt Zürich	52
8.1	Voraussetzungen und Definition	52
8.2	Vorgehen in der Praxis	54
8.2.1	Dokumentation des Fehlverhaltens	54
8.2.2	Aussprache einer Mahnung mit oder ohne Bewährungsfrist	54
8.2.3	Anhörung zur Mahnung und Kündigungsandrohung.....	55
8.2.4	Ansetzung der Bewährungsfrist	56

8.2.5	Durchführung der Bewährungsfrist.....	57
8.2.6	Erfolgreiche Bewährungsfrist.....	58
8.2.7	Nichtbewährung und Beabsichtigung zur Kündigung	58
8.2.8	Voraussetzungen und Vorgehen in der Probezeit	60
8.2.9	Besonderheit Arbeitsplatzkonflikt.....	61
9	Mögliche Herausforderungen für die Arbeitgeberin Stadt Zürich in der Praxis	63
9.1	Dokumentation und Nachweis der Mängel in Verhalten oder Leistung	63
9.2	Notwendigkeit der Mahnung	64
9.3	Bewährungsfrist und Ziele	64
9.4	Rechtliches Gehör	64
9.5	Arbeitsplatzkonflikt.....	64
9.6	Verhältnismässigkeit der Kündigung	64
9.7	Krankheit als Komplexitätsfaktor in Kündigungsverfahren	65
9.7.1	Sperrfristen	65
9.7.2	Krankheit ist kein Kündigungsgrund	65
9.7.3	Lohnfortzahlung	66
9.7.4	Auflösung aus gesundheitlichen Gründen.....	66
10	Analyse relevanter Gerichtsurteile: Beispiele und Implikationen auf das Kündigungsrecht.....	68
10.1	Allgemeines zu fehlerhaften Verfügungen.....	68
10.2	Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 2. Dezember 2012 (VB.2015.00105).....	69
10.3	Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2023 (8C_271/2023)	71
10.4	Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2018 (8C_301/2017).....	71
10.5	Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005 (BGE 132 III 115)	73
11	Zwischenfazit III: Zusammenfassung der wesentlichen Herausforderungen und kritischen Punkte im Kündigungsprozess	74

12	Handlungsempfehlungen	76
12.1	Korrekte Prozessführung	76
12.2	Saubere Führungsarbeit	77
12.3	Weitere Lösungsansätze	78
13	Schlussbetrachtung	80
13.1	Beantwortung der Fragestellungen und Zielsetzungen	80
13.2	Fazit	80
13.3	Schlusswort	81
14	Anhänge.....	82
I.	Graphische Darstellung der Beendigungsgründe gem. Art. 15 PR.....	82
II.	Ablaufschema Mahnung mit Bewährungsfrist gem. Art. 18 PR.....	83

Abkürzungsverzeichnis

AB PR	Ausführungsbestimmungen zur Zürcher Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (AB PR) vom 1. Juli 2002, SR 177.101
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
Art.	Artikel
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BPG	Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000, SR 172.220.1
bspw.	beispielsweise
BtG	Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (Beamtengesetz, BtG), vom 30. Juni 1927, SR. 172.211.10
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichtes
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
etc.	et cetera
f. / ff.	folgende / fortfolgende
gem.	gemäss

GG	Zürcher Gesetz über das Gemeindewesen (Gemeindegesezt, GG) vom 20. April 2015, LS 131.1
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995, SR 151.1
HR	Human Resources
Hrsg.	Herausgeber
HRZ	Abteilung Human Resources Management der Stadt Zürich
IV	Schweizerische Invalidenversicherung
i.V.m.	In Verbindung mit
KV	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 131.211
lit.	litera (Buchstabe)
N	Randnote
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PG	Personalgesetz (PG) des Kantons Zürich vom 27. September 1998, LS 177.10
PR	Zürcher Personalrecht, Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (PR) vom 6. Juli 2002, LS 177.100
PVO	Personalverordnung (PVO) des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1998, LS 177.11
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RiU	Recht in Unternehmen
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
u.a.	unter anderem
VBZ	Verkehrsbetriebe Zürich

VGer	Verwaltungsgericht
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959, LS 175.2
VVO	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich (VVO) vom 19. Mai 1999, LS 177.111
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Ziff.	Ziffer

Verzeichnis Generativer KI-Systeme

OpenAI. (2023). *ChatGPT* (Version 4).

<https://chat.openai.com/chat>

Übersetzung von Textpassagen aus der französischen Rechtsprechung:

- *ChatGPT* wurde eingesetzt, um spezifische Abschnitte aus französischen Rechtstexten ins Deutsche zu übersetzen. Dies erleichterte das Verständnis und die Anwendung französischer Rechtsgrundsätze im Rahmen der Arbeit.

Strukturierungshilfe für die Unterteilung der Arbeit:

- *ChatGPT* half bei der Gliederung der Arbeit, indem es Strukturierungsvorschläge machte.

Bearbeitung eigener Daten; Kontrollarbeiten durch Zusammenfassung von eigens erstellten Textpassagen:

- *ChatGPT* wurde zur Kontrolle der Arbeit durch die Zusammenfassung selbst erstellter Textpassagen verwendet. Dies half dabei, die zentralen Erkenntnisse prägnant darzustellen und die Qualität der Argumentation zu überprüfen.

Formulierungs- und Rechtschreibhilfe:

- *ChatGPT* unterstützte bei der Formulierung klarer und verständlicher Sätze sowie bei der Korrektur von Rechtschreibfehlern.

Literaturverzeichnis

AEBISCHER MARCO, Aufhebungsvereinbarung und Verzichtsverbot im Arbeitsrecht, in: Müller Roland/Geiser Thomas/Pärli Kurt (Hrsg.), Recht in Unternehmen (RiU), Zürich/St. Gallen 2023, S. 105 ff.

BIRKHÄUSER NOAH, Die Kündigung im öffentlichen Personalrecht des Kantons Basel-Landschaft, BJM 2009 S. 1 ff.

BURCKHARDT JENNY HELENE, Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung im Bundespersonalgesetz im Vergleich mit den Regelungen des Obligationenrechts, in: Müller Roland/Geiser Thomas/Pärli Kurt (Hrsg.), Recht in Unternehmen (RiU), Zürich/St. Gallen 2021, S 1 ff.

BÜRGI URS/BÜRGI-SCHNEIDER GUDRUN (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zürich 2017.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2024.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

HELBLING PETER, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP 2004 S. 242 ff. (zit. öffentlicher Dienst).

HELBLING PETER, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Bund: Ein Vergleich zwischen OR und BPG, FZR 2004 S. 168 ff. (zit. Beendigung Arbeitsverhältnis).

HENNEBERGER FRED/SUDJANA SARAH, Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals, ZBl 2007 S. 57 ff.

HUMBERT DENIS G./LERCH ANDRÉ, Kapitel 11 Kündigungsschutz / I. - II. / A. - B., in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 411 ff.

KEISER ANDREAS, Das neue Personalrecht -- eine Herausforderung für die Zürcher Gemeinden, ZBl 2001 S. 561 ff.

KRIEGERS-TEJURA LEENA, Missbräuchliche Kündigungen des Arbeitgebers, SJZ 2021 S. 51 ff.

LIENHARD ANDREAS, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse - Anforderungen - Impulse, Bern 2005.

MÜLLER ROGER, ZitierGuide, Leitfaden zum fachgerechten Zitieren in rechtswissenschaftlichen Arbeiten, 5. Aufl., Zürich/Genf 2022.

MÜLLER ROLAND/ VON GRAFFENRIED CAROLINE, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, recht 2011 S. 156 ff.

MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT/CARONI ANDREA, Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, AJP 2020 S. 875 ff.

ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Die für Personalbelange zuständige Dienstabteilung Human Resources Management (HRZ) unterhält einen Online-Kommentar zum städtischen Personalrecht. Dieser ist für städtische Mitarbeitende konzipiert, wird aber auf Anfrage auszugsweise auch Dritten (nach Massgabe des IDG) zugänglich gemacht.

POLEDNA TOMAS, Disziplinarische und administrative Entlassung von Beamten -- vom Sinn und Unsinn einer Unterscheidung, ZBl 1995 S. 49 ff.

RAESS SUSANNE, Segen und Fluch des Personalrechts des Kantons Zürich, in: Tätigkeitsbericht 2012 des Ombudsmanns des Kantons Zürich, Zürich 2013 S.17 ff.

SAILE PETER/BURGHERR MARC/LORETAN THEO, Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/St. Gallen 2009.

STEIMEN URS, Kündigungen aus wirtschaftlichen oder betrieblichen Gründen bzw. wegen Stellenaufhebung durch öffentliche Arbeitgeber, ZBl 2004 S. 644 ff.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für betriebliche Strukturveränderungen, ArbR 2007 S. 191 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

URSPRUNG RUDOLF/RIEDI HUNOLD DOROTHEA, Schwerpunkte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, ZBl 2013 S. 295ff.

VOGEL ANITA, Segen und Fluch des Personalrechts des Kantons Zürich, in: Tätigkeitsbericht 2012 des Ombudsmanns des Kantons Zürich, Zürich 2013 S.31 ff.

VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR.

WIRTHLIN MARTIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und Privatrecht, ZBJV 2019 S. 57 ff.

1 Einleitung

1.1 Vorgehensweise und Aufbau

Die Struktur der Arbeit sieht vor, zunächst den Hintergrund und die Beweggründe der Verfasserin für die Auswahl des Themas zu erläutern. Danach werden die konkreten Fragestellungen sowie die Zielsetzungen formuliert. Mittels Definition der rechtlichen Grundlagen im Arbeitsrecht wird eine klare Abgrenzung des Themas vorgenommen.

Anschliessend wird die Verfasserin aufzeigen, was die öffentliche Hand als Arbeitgeberin ausmacht und welche Besonderheiten ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis mit sich bringt. Sie geht auf die Historie des öffentlichen Rechtes ein und sucht in den gesetzlichen Grundlagen auf bundesrechtlicher, kantonaler und kommunaler Ebene nach Gründen, weshalb die hohen Anforderungen in personalrechtlichen Verfahren im öffentlichen Recht bestehen. Die Erkenntnisse daraus werden in einem ersten Zwischenfazit festgehalten und es wird auch einen Bezug zur Aktualität hergestellt.

Die Verfasserin wird im Hauptteil der Arbeit auf die Kündigungsprozesse durch die Arbeitgeberin im privatrechtlichen sowie im öffentlichen Arbeitsrecht umfassend eingehen und die wesentlichen Unterschiede in einem zweiten Zwischenfazit aufführen. Sie wird anschliessend den ordentlichen Kündigungsprozess durch die Arbeitgeberin anhand des Personalrechts der Stadt Zürich beleuchten, die Erfordernisse und Voraussetzungen aufführen und spezifisch auf den Kündigungsprozess aufgrund von mangelhafter Leistung oder Verhalten in der Praxis eingehen. Darüber hinaus wird sie im städtischen Prozess sowie auch in der aktuellen Rechtsprechung nach den wesentlichen Herausforderungen für die Arbeitgeberin suchen und diese in einem dritten Zwischenfazit festhalten.

Es folgen konkrete Handlungsempfehlungen für den Praxisalltag. Führungspersonen und Personalabteilungen sollen sich der kritischen Punkte im Prozess bewusst sein und diese in der täglichen Führungsarbeit berücksichtigen. Mittels Empfehlungen sollen sie befähigt werden, juristische Stolpersteine in der Praxis möglichst zu vermeiden bzw. in einem Streitfall möglichst rechtssicher vorzugehen.

In der Schlussbetrachtung der Arbeit wird die Verfasserin noch einmal auf die Fragestellungen und die Zielsetzungen der Arbeit eingehen und festhalten, inwiefern diese beantwortet bzw. erreicht werden konnten.

1.2 Sprachlicher Hinweis

In der vorliegenden Arbeit werden aufgrund der Leserlichkeit die Begriffe 'Arbeitgeberin' sowie 'Arbeitnehmer' verwendet. Im Sinne der Gleichstellung umfassen diese Begriffe jedoch immer Personen des weiblichen wie auch männlichen Geschlechts. Im Weiteren wird die Arbeit gem. dem Leitfaden für einen inklusiven Sprachgebrauch der ZHAW verfasst.

1.3 Hintergrund und Motivation zur Themenwahl

Die Verfasserin arbeitet seit über zehn Jahren in öffentlichen Verwaltungen im Bereich Human Resources (HR), aktuell bei der Stadt Zürich, vorher beim Kanton Zürich. Dabei ist sie immer wieder mit den hohen Anforderungen in personalrechtlichen Verfahren, insbesondere beim ordentlichen Kündigungsverfahren konfrontiert. Als grössten Missstand empfindet sie die kaum vorhandene bzw. schwer umsetzbare Kündigungsmöglichkeit durch die öffentliche Verwaltung aufgrund von mangelhaften Leistungen oder unbefriedigendem Verhalten der Arbeitnehmer.

Arbeitnehmer, die eine mangelhafte Leistung erbringen oder sich unbefriedigend verhalten, werden ermahnt und es muss eine Bewährungsfrist zur Verbesserung der Situation angesetzt werden. Bewähren sich Arbeitnehmer während dieser Frist nicht, kann die Arbeitgeberin ihnen unter Gewährung des rechtlichen Gehörs die Kündigungsabsicht mitteilen. Arbeitnehmer können in diesem Rahmen zu den Vorwürfen und der Kündigungsabsicht Stellung nehmen. Erst, wenn die Arbeitgeberin die Stellungnahme gewürdigt hat, darf diese überhaupt eine Kündigungsverfügung erstellen und die Kündigung aussprechen.

Dieser sehr komplexe und aufwändige Prozess, bei dem seitens der Arbeitgeberin rechtlich bzw. prozessual viele Aspekte und Fristen beachtet werden müssen, führt selten zum erhofften Ziel, namentlich Leistung oder Verhalten der Arbeitnehmer zu verbessern. Die Ansetzung einer Bewährungsfrist hatte in den meisten Fällen, welche die Verfasserin betreute, Krankschreibungen seitens der Arbeitnehmer, aufwändige Rechtsstreitigkeiten mit Anwält:innen und schliesslich unbefriedigende Aufhebungsvereinbarungen zur Folge.

1.4 Fragestellungen und Zielsetzung

Die Arbeit soll aufzeigen, welche Besonderheiten es in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zu beachten gibt. Es soll beantwortet werden, weshalb die hohen

Anforderungen in personalrechtlichen Verfahren bestehen und welche Rolle der historische Hintergrund dabei spielt.

In diesen Zusammenhang ist zu klären, welches die wesentlichen Unterschiede zwischen einer Kündigung durch die Arbeitgeberin im privaten Recht sowie im öffentlichen Recht sind und wie diese mit den Besonderheiten im öffentlichen Recht zusammenhängen.

Schwergezwichtig wird die Frage untersucht, welche Herausforderungen in der Praxis für die Arbeitgeberin Stadt Zürich und im öffentlichen Arbeitsrecht generell bestehen, wenn die Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer aufgrund mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten kündigen will.

Ziel der Arbeit ist es, die Herausforderungen im Kündigungsprozess aufzuzeigen und konkrete Handlungsempfehlungen für die Praxis zu formulieren, damit diese verhindert werden können und die Arbeitgeberin möglichst rechtssicher kündigen kann.

1.5 Definition und Abgrenzung des Themas

Arbeitsverhältnisse können auf privatrechtlichen wie auch auf öffentlich-rechtlichen Grundlagen begründet sein. Das privatrechtliche Arbeitsverhältnis kommt entweder zwischen zwei Subjekten des Privatrechts oder zwischen einem Subjekt des Privatrechts und einem Subjekt des öffentlichen Rechts zustande.²

Die Gesetzesgrundlagen für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis finden sich im Obligationenrecht (OR) sowie im Arbeitsgesetz (ArG). Es ist grundsätzlich einheitlich geregelt und wird durch den Arbeitsvertrag konkretisiert.³

Im Schweizer Arbeitsrecht existieren folgende Gründe für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen:

- Befristung: automatische Beendigung durch Zeitablauf (Art. 334 OR);
- Tod des Arbeitnehmers: automatische Beendigung (Art. 338 Abs. 1 OR);
- Aufhebungsvereinbarung: Beendigung durch übereinstimmende Willenserklärungen (Art. 115 OR);
- Kündigung: Beendigung durch einseitige Willenserklärung (Art. 335 OR).

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis beruht in der Regel auf gesetzlichen Bestimmungen des öffentlichen Rechts; das OR wird gegebenenfalls nur als ergänzende

² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 198.

³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 199.

Rechtsgrundlage herangezogen. Aufgrund dieser grundlegenden Unterschiede in den rechtlichen Grundlagen ist es nachvollziehbar, dass sich die beiden Arten von Arbeitsverhältnissen wesentlich voneinander unterscheiden.⁴

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis ist im Gegensatz zum privatrechtlichen nicht einheitlich geregelt und basiert auf kantonaler oder bundesrechtlicher Grundlage. Demzufolge gibt es zahlreiche Vorschriften auf kantonaler Ebene sowie Regelungen für Betriebe, die dem Bundespersonalgesetz unterliegen. Zusätzlich gibt es nur begrenzte Literatur und wenig aussagekräftige Rechtsprechung bezüglich öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse.⁵

Aufgrund der unterschiedlichen Gesetzesgrundlagen sind auch die Beendigungsgründe im öffentlichen Recht nicht einheitlich formuliert.

In der vorliegenden Arbeit wird auf die ordentliche Kündigung durch die Arbeitgeberin, spezifisch wegen mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten seitens des Arbeitnehmers, eingegangen und der Kündigungsprozess anhand des Personalrechts der Stadt Zürich untersucht.

Hauptsächlich massgebend ist daher das Personalrecht (PR) der Stadt Zürich. Art. 15 PR zählt überblicksweise die Gründe auf, die zur Beendigung des städtischen Arbeitsverhältnisses führen. Das Arbeitsverhältnis endet durch:

- Kündigung (Art. 15 lit. a PR);
- Ablauf einer befristeten Anstellung (Art. 15 lit. b PR);
- Auflösung in gegenseitigem Einvernehmen (Art. 15 lit. c PR);
- fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen (Art. 15 lit. d PR);
- Auflösung aus gesundheitlichen Gründen (Art. 15 lit. e PR);
- Altersrücktritt, Beendigung altershalber (Art. 15 lit. f PR);
- Tod (Art. 15 lit. g PR).

Als Gesetzesgrundlagen für die vorliegende Arbeit werden das OR, das ArG, das Bundespersonalgesetz (BPG), die Verfassung des Kantons Zürich (KV), das Personalgesetz des Kantons Zürich (PG) sowie das Personalrecht (PR) der Stadt Zürich und die dazugehörigen Erlasse, Verordnungen und die aktuelle Rechtsprechung anhand von Gerichtsentscheidungen herangezogen.

⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 198.

⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 199.

2 Strukturen und Besonderheiten im öffentlichen Arbeitsrecht der Schweiz

2.1 Die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin

Die öffentliche Hand ist die grösste Arbeitgeberin in der Schweiz. Über 10% der Arbeitnehmer sind beim Bund, bei Kantonen, Gemeinden, Schulen, Verkehrsunternehmen oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen beschäftigt. Man unterscheidet üblicherweise zwischen den eigentlichen öffentlichen Verwaltungen (Bund, kantonale und kommunale Verwaltungen) sowie staatlichen Organisationen wie Schulen, Verbände oder privatwirtschaftliche Einrichtungen, die im Besitz der öffentlichen Hand sind (wie bspw. die Elektrizitätswerke).⁶

Eine effizient funktionierende öffentliche Verwaltung stellt einen bedeutenden Standortfaktor für jedes Land dar. Hierfür sind gut qualifizierte, erfahrene und engagierte Arbeitnehmer wichtig. Lediglich auf diese Weise ist es dem Staat möglich, die erwarteten Dienstleistungen effizient und in hoher Qualität bereitzustellen. Dies gewährleistet, dass die Bürger:innen den öffentlichen Service erhalten, den sie von einem modernen und zivilisierten Land wie der Schweiz erwarten.⁷

Die zentrale Bedeutung des öffentlichen Personalrechts wird in diesem Kontext deutlich. Sämtliche personalpolitischen Vorhaben einer Arbeitgeberin müssen im Rahmen des Personalrechts berücksichtigt werden. Dies stellt für die öffentliche Arbeitgeberin eine erhebliche Herausforderung dar. Einerseits ist sie an Verfassungsprinzipien gebunden, wodurch ihre Handlungsfreiheit im Vergleich zur privaten Arbeitgeberin eingeschränkt ist. Andererseits ist sie verpflichtet, gesetzliche Vorgaben umzusetzen und öffentlich-rechtliche Verfahren einzuhalten, die nicht schnell und unkompliziert anpassbar sind.⁸

2.2 Historie und Wandel des öffentlichen Arbeitsrechts

Bis Anfang des 20. Jahrhunderts galten für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst für die meisten arbeitsrechtlichen Fragen die identischen Regelungen wie in der Privatwirtschaft, nämlich jene des OR. Da das Arbeitsrecht damals im OR erst grobmaschig und rudimentär geregelt war, hatte der Bundesgesetzgeber 1927 das Beamten-gesetz (BtG) erlassen und entzog somit das Arbeitsverhältnis beim Bund dem Geltungsbereich des OR. Die

⁶ Publicjobs, Informationen Arbeitssuchende, Die öffentliche Hand als Arbeitgeberin, www.publicjobs.ch, besucht am: 05.02.2024.

⁷ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, V.

⁸ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, V.

Kantone und meisten Gemeinden folgten dem Beispiel des Bundes und unterstellten ihre Arbeitnehmer eigenen kantonalen und kommunalen Regelungen.⁹

In der traditionellen Verwaltungsführung erfolgte die Anstellung im Wesentlichen durch Verfügungen, die der Mitwirkung bedurften, und galt für eine festgelegte Amtsdauer, normalerweise vier Jahre. Personen, die auf diese Weise eingestellt wurden, erhielten den Beamtenstatus, was ihnen besonderen Kündigungsschutz gewährte. Aufgrund der periodischen kollektiven Wiederwahlen und der daraus resultierenden Pflicht zur Angabe ausreichender Gründe für eine Nichtwiederwahl hatten sie faktisch einen 'bedingten Anspruch' auf Wiederwahl, was nicht als echte Befristung betrachtet werden konnte. Die vertragliche Festlegung von Dienstverhältnissen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit war hingegen die Ausnahme.¹⁰

In den Jahren 1971 und 1984 wurden die arbeitsrechtlichen Regelungen im OR verdichtet. Durch die Behebung der Unterreglementierung im OR verlor die Aufrechterhaltung eines eigenen Beamtenrechts an Argumenten, trotzdem ist es bei der Trennung zwischen dem Beamtenrecht und dem OR geblieben.¹¹

Der Dualismus, der bis Anfang der Neunzigerjahre zwischen dem Beamtenstatus mit fester Amtsdauer und dem Angestelltenstatus bestand, wurde jedoch zunehmend beseitigt. Beamtungen wurden auf wenige Sonderfälle beschränkt und durch öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse als die neue Regelform ersetzt.¹²

Zu diesem Zeitpunkt wurden viele Bestimmungen des öffentlichen Personalrechts auf föderaler, kantonaler und kommunaler Ebene überarbeitet. Ein wesentlicher Grund dafür war die finanziell angespannte Situation der Gemeinwesen, die eine grössere Flexibilität bei der Anstellung und Entlassung von Staatsangestellten erforderlich machte. Das bestehende Beamtenrecht galt als zu unflexibel.¹³ Es war in der Schweiz eine Entwicklung von langjährigen Amtsdauern zu kündbaren Dienstverhältnissen festzustellen. Diese Annäherung des öffentlichen Rechtes ans OR wurde ebenfalls durch die zunehmende Auslagerung von staatlichen Aufgaben an private Organisationen beschleunigt.¹⁴

⁹ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 242.

¹⁰ LIENHARD, S. 437 f.

¹¹ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 243.

¹² STEIMEN, S. 645.

¹³ BIRKHÄUSER, S. 1 f.

¹⁴ POLEDNA, S. 63.

Nachdem der Bundesgesetzgeber bereits bei der Schaffung des BtG eine Vorreiterrolle hatte, war er auch bei der Annäherung des Beamtenrechts an das OR federführend.¹⁵ Er löste das BtG durch die Schaffung des Bundespersonalgesetz (BPG) per 01.01.2001¹⁶ bzw. 01.01.2002¹⁷ ab und lehnte sich bereits bei seiner Konzeption an die Regelungen des Arbeitsvertrages nach Obligationenrecht an. Die Teilrevision des Gesetzes per 01.07.2013 brachte eine weitere Annäherung an das OR, indem die Auflösung der Arbeitsverhältnisse flexibler gestaltet sowie das Beschwerdeverfahren vereinfacht wurden.¹⁸ Eine vorerst diskutierte gesamthafte Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das OR wurde zwar verworfen, die Auflösungsgründe wurden jedoch gelockert und werden nun nicht mehr abschliessend unter dem Art. 10 Abs. 3 BPG aufgezählt.¹⁹

2.3 Verfassungsgrundsätze

Wird die Erfüllung einer Staatsaufgabe durch eine Verwaltungsbehörde vorgesehen, so liegt eine Verwaltungsaufgabe vor.²⁰ Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV).

Gem. Art. 5 Abs. 1 BV bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip). Das staatliche Handeln muss verhältnismässig sein und im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 BV). Zudem gilt der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV), das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), der Grundsatz der Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 Abs. 3 BV), das Willkürverbot und das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) sowie das Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV). Art. 29 Abs. 2 BV definiert zudem den Anspruch auf das rechtliche Gehör. Der Staat hat sich als Arbeitgeber an diese öffentlich-rechtlichen Grundsätze zu halten.

Organisationen und Instanzen, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, unterstehen dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG). Dieses definiert auch den Anspruch auf das rechtliche Gehör (Art. 29 VwVG) sowie die Begründungspflicht von Verfügungen und der Rechtsmittelbelehrung (Art. 35 Abs. 1 VwVG).

¹⁵ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 244.

¹⁶ Für die SBB ist das Gesetz seit 01.01.2001 in Kraft.

¹⁷ Für die übrigen Bereiche des Bundes ist das Gesetz seit 01.01.2002 in Kraft.

¹⁸ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, 1. Kap. N 1.

¹⁹ WIRTHLIN, S. 60 f.

²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 24.

2.4 Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses

Für diverse Berufsgruppen wie Polizisten, das Schulwesen oder auch die wissenschaftliche Forschung ist das öffentliche Gemeinwesen eine Monopol-Arbeitgeberin, da nur sie entsprechende Anstellungen anbietet. Ein Stellenverlust kann für diese Arbeitnehmer daher schwerer wiegen oder eine berufliche Neuorientierung grössere Mühe bereiten als im privaten Wirtschaftssektor. Unter diesen Aspekten scheint es im Grunde nachvollziehbar, dass öffentliche Anstellungsverhältnisse einer anderen gesetzlichen Grundlage unterliegen als private und insbesondere der Kündigungsschutz gut ausgebaut ist.²¹

Zudem müssen den bestehenden Besonderheiten, welche durch die Ausübung von staatlichen Tätigkeiten (Ausübung von hoheitlicher Gewalt oder Tätigkeiten mit einem grossen Mass an Schweige- und Treuepflicht) bestehen, Rechnung getragen werden.²² Zwischen dem Staat und seinen Angestellten besteht ein besonders enges Rechtsverhältnis. Arbeitnehmer sind einer verstärkten Befehlsgewalt des Staates unterworfen. Der Sonderstatus definiert sich im Wesentlichen durch folgende Merkmale:²³

- Besondere Treuepflicht gegenüber dem Gemeinwesen:

Ein Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst geniesst zwar Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), diese kann jedoch durch die Treuepflicht eingeschränkt sein. Das Bundesgericht hat das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis als ein besonderes Arbeitsverhältnis qualifiziert. Neben der gewissenhaften Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben ist der Arbeitnehmer an eine allgemeine Treuepflicht gebunden, welche sich auch auf das ausserdienstliche Verhalten erstreckt.²⁴

Treuepflicht bedeutet auch, dass die Interessen des Staates durch die Arbeitnehmer gewahrt und die Autorität und Integrität nicht beeinträchtigt werden dürfen. Voraussetzung dafür ist eine positive Einstellung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und zum Staat, damit ein reibungsloser Betrieb der Verwaltungsbehörden sichergestellt werden kann. Arbeitnehmer müssen sich ihres Amtes als würdig erweisen und haben sich höflich und korrekt zu verhalten, damit sich das ihnen entgegengebrachte Vertrauen als gerechtfertigt erweist.²⁵

²¹ RAESS, S. 18.

²² URSPRUNG/RIEDI/HUNOLD, S. 296.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2005.

²⁴ BGE 120 Ia 203 E. 3a.

²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2037 ff.

- Schweigepflicht (auch über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus):

Im Bund sowie in einigen Kantonen gilt für Informationen, die vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen oder aufgrund einer anderen Vorschrift geheim zu halten sind eine Amtsverschwiegenheit (Art. 22 BPG). Die Verletzung ist strafbar und besteht in der Regel auch über das Dienstverhältnis hinaus.²⁶

- Zusätzliche Einschränkung von Freiheitsrechten:

Gem. Art. 24 BGP darf der Bundesrat das Streikrecht, die Niederlassungsfreiheit und die Wirtschaftsfreiheit seines Personals einschränken, wenn es für die Staatssicherheit, die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen erforderlich ist.

Die persönliche Freiheit kann aber bspw. auch durch eine im Polizeigesetz reglementierte Verpflichtung, ein Namensschild an der Uniform zu tragen, eingeschränkt werden.²⁷ Arbeitnehmer sind zwar berechtigt, von ihrer Meinungsäusserungsfreiheit Gebrauch zu machen, sie haben in ihrer Kritik aber auf ihre Treupflicht Rücksicht zu nehmen.²⁸ Das Recht, religiöse Ansichten kundzutun, kann ebenfalls eingeschränkt werden. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit geht der Meinungsfreiheit vor.²⁹ Religiöse Ansichten einer Lehrperson können bspw. einen Konflikt mit dem Anspruch von Schüler:innen auf konfessionell neutralen Schulunterricht darstellen.³⁰

²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2032.

²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2042.

²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2043.

²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2046.

³⁰ BGE 123 I 296 E. 4.

3 Vielfalt und Eigenständigkeit: Die aktuelle Gesetzessituation des öffentlichen Arbeitsrechts in der Schweiz

Das Arbeitsrecht in der Schweiz wurde durch das schrittweise Ausklinken aus dem OR zersplittert und bildet bis heute keine Einheit mehr. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse unterstehen diversen unterschiedlichen 'Beamtenetzen'. Das Bundespersonal untersteht dem BPG, das Personal der Kantone und Gemeinden ihrem jeweils eigenen Recht.³¹ Die genannte 'atomisierte arbeitsrechtliche Landschaft' im öffentlichen Recht ist verfassungsrechtlich legitimiert. Der Bund, die Kantone und die Gemeinden haben aufgrund ihrer Organisationsautonomie (Art. 47 und Art. 50 BV) das Recht, das Arbeitsverhältnis ihres Personals eigenständig zu regeln. Danach sind die Bestimmungen der Art. 319 ff. OR im öffentlichen Dienst nur anwendbar, wenn der Bund, die Kantone und die Gemeinden kein eigenes 'Beamtenrecht' erlassen haben.³²

Nachfolgend werden die aktuellen gesetzlichen Grundlagen des öffentlichen Rechts auf Bundesebene, beim Kanton Zürich und bei der Stadt Zürich kurz erläutert.

3.1 Gesetzesgrundlage auf Bundesebene

Mit der Einführung des BPG wurde der Beamtenstatus für Angestellte der Bundesverwaltung abgeschafft. Das Personal wurde mit wenigen Ausnahmen in ein Anstellungsverhältnis überführt und mittels eines unbefristeten, öffentlich-rechtlichen und kündbaren Arbeitsvertrags angestellt.³³ Durch Art. 6 Abs. 5 und Abs. 6 BPG wird die Unterstellung von bestimmten Personalkategorien oder in Einzelfällen auch Angestellten unter das OR ermöglicht. Auch das Bundesgericht sieht den Erlass des BPG als eine 'Flexibilisierung und Annäherung an privatrechtliche Regeln' an.³⁴

In der Botschaft zum Bundespersonalgesetz (BPG) betonte der Bundesrat die 'Annäherung des Beamtenrechts des Bundes an die rechtlichen Normen der Privatwirtschaft' als zentrales Ziel der Neuregelung.³⁵ Auf Bundesebene wird es jedoch in absehbarer Zukunft keine weiteren grundlegenden Veränderungen im Personalrecht geben, obwohl es immer wieder Diskussionen und politische Initiativen gibt, die eine stärkere Anpassung oder sogar vollständige Angleichung der öffentlich-rechtlichen Anstellungsverträge an das

³¹ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 243.

³² HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 243.

³³ HENNEBERGER/SUDJANA, S. 59 f.

³⁴ BGE 132 II 161 E. 3.1.

³⁵ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 249.

Obligationenrecht fordern. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass die bisherigen grundlegenden Änderungen zunächst vollständig umgesetzt und auf ihre Auswirkungen hin überprüft werden.³⁶

3.2 Gesetzesgrundlage des Kantons Zürich

Bis 1998 war das Personalrecht des Kantons Zürich in Verordnungen geregelt, danach wurde das Verordnungsrecht durch das Personalgesetz (PG), die Personalverordnung (PVO) und die Vollzugsverordnung (VVO) und weitere Erlasse ersetzt.³⁷ An verschiedenen Stellen verweist das PG auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 319 ff. OR), wodurch das verwiesene Bundesrecht zu kantonalem öffentlichem Recht wird.³⁸

Art. 47 Abs. 1 KV bildet die verfassungsrechtliche Grundlage des Personalrechts des Kantons und der Gemeinden. Es unterstellt die Arbeitsverhältnisse des Staats- und Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht. Damit ist eine privatrechtliche Anstellung des Personals grundsätzlich ausgeschlossen.³⁹ Unter Art. 2 KV finden sich ebenfalls wieder das Legalitätsprinzip sowie das Handeln im öffentlichen Interesse und nach Treu und Glauben. Das Verfahren in personalrechtlichen Angelegenheiten ist durch das kantonale Recht geregelt und richtet sich nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG).⁴⁰

Mit der Schaffung des neuen Personalrechts wurde auch in Zürich der Beamtenstatus und die Wahl auf Amtsdauer abgeschafft. Viele Gemeinden folgten diesem Prinzip. Hierbei geht es nicht nur um eine andere rechtliche Konzeption der öffentlichen Anstellungen. Vielmehr wird ein tatsächlicher Kulturwandel deutlich. Der heutige öffentliche Angestellte verkörpert nicht mehr den 'zivilen Soldaten des Königs', der oft sein ganzes Leben lang für dieselbe Gemeinschaft arbeitet. Stattdessen wird er zunehmend zu einem eigenen Unternehmer, der seine Arbeitskraft vermarktet. Dabei strebt er nicht mehr primär nach grösstmöglicher Arbeitsplatzsicherheit, sondern sucht attraktive Arbeitsbedingungen, die nicht nur finanzieller Natur sind. Dies schliesst auch Aspekte wie Arbeitsklima, Entwicklungsmöglichkeiten, Weiterbildung, flexible Arbeitszeiten, Kinderbetreuung, Freizeitangebote und ähnliches ein. In der juristischen Praxis entsteht nicht selten der Eindruck, dass die Angestellten diesen Kulturwandel weit besser bewältigt haben als die

³⁶ HENNEBERGER/SUDJANA, S. 81.

³⁷ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, 5. Kap. N 1.

³⁸ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, 5. Kap. N 11.

³⁹ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, 5. Kap. N 2.

⁴⁰ KEISER, S. 563.

öffentlichen Arbeitgeberinnen. Der Umgang dieser Arbeitgeberinnen mit ihren Arbeitnehmern scheint oft über das rein Rechtliche hinaus nach wie vor vom Konzept einseitiger Hoheitsakte geprägt zu sein.⁴¹

3.3 Gesetzesgrundlage der Stadt Zürich

Das Personalgesetz und seine Ausführungserlasse gelten sinngemäss für das Personal der Gemeinden, sofern sie keine eigenen Vorschriften erlassen haben (§ 72 Abs. 2 GG).

Im Rahmen der erwähnten verfassungsmässigen Schranken verfügen die Gemeinden bei der Regelung ihres eigenen Personalrechts über eine weitgehende Autonomie. Sie können ein eigenständiges Personalrecht einführen, das entweder unabhängige Bestimmungen enthält oder Teile des kantonalen Personalgesetzes übernimmt. Wenn sich eine Gemeinde für Letzteres entscheidet, muss sie zunächst festlegen, ob sie ihre Arbeitnehmer wie der Kanton durch Verfügung anstellen möchte oder ob sie eine vertragliche Regelung im Sinne einer Annäherung an das neue Bundespersonalrecht bevorzugt. Wenn die Gemeinde Anstellungen mit öffentlich-rechtlichen Verträgen in Betracht zieht, muss sie dies in ihrem Personalrecht ausdrücklich vorsehen oder zumindest Raum dafür lassen. Sie muss auch die Zuständigkeiten für den Vertragsabschluss und die Auflösung regeln sowie die Rahmenbedingungen für die Vertragsgestaltung festlegen, um dem Legalitätsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot gerecht zu werden.⁴²

Der Verfassungsgeber der Stadt Zürich hat, ähnlich wie derjenige der Stadt Winterthur, die Entscheidung getroffen, ein eigenes Personalrecht zu etablieren. Den Gemeinden wird damit ermöglicht, spezielle kommunale Bedürfnisse zu berücksichtigen, was angesichts der grossen Anzahl von Arbeitnehmern als angemessen erscheint. Trotzdem ähneln die kommunalen Personalrechtserlasse von Zürich und Winterthur in weiten Teilen dem kantonalen Personalgesetz. Dies führt zu weitgehend vergleichbaren Anstellungsbedingungen für öffentliche Bedienstete im gesamten Kanton und trägt positiv zur Qualität und Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Personalangelegenheiten bei.⁴³

Wenn eine Gemeinde bereits umfassende eigene Regelungen für ihr Personalrecht hatte wie bspw. die Stadt Zürich, bleiben diese trotz der Einführung des neuen kantonalen

⁴¹ KEISER, S. 580.

⁴² KEISER, S. 563 f.

⁴³ SAILE/BURGHERR/LORETAN, 7. Kap. N 906.

Personalrechts in Kraft. Dies gilt, solange diese Regelungen nicht gegen das Verbot privatrechtlicher Anstellungen verstossen.⁴⁴

Die Stadt Zürich hat eine eigene Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals, das Personalrecht (PR), geschaffen und ist somit nicht an das Personalgesetz des Kantons gebunden (§ 72 Abs. 2 GG). Die neuste Verordnung ist seit Juli 2002 in Kraft und gilt mit ihren Ausführungsbestimmungen für die Angestellten der Stadt Zürich, soweit nicht besondere Beschlüsse des Gemeinderates etwas anderes bestimmen oder auf kantonales Recht verweisen (Art. 1 PR).

Mit Inkraftsetzung wurde zu diesem Zeitpunkt ebenfalls auf den Beamten-Status mit Wahl auf Amtsdauer verzichtet und das damit verknüpfte Disziplinarrecht wurde abgeschafft.⁴⁵

Gem. Art. 2 PR wird analog zum PG nur noch der Begriff 'Angestellte' verwendet. Art. 5 PR hält fest, dass Anstellungen zwingend öffentlich-rechtlich erfolgen müssen, wie es auch in Art. 47 Abs. 1 KV vorgesehen ist.

Die Anstellungsbedingungen des städtischen Personals in Zürich sind aufgrund des Legalitätsprinzips ebenfalls weitgehend zwingend gesetzlich festgelegt.⁴⁶

⁴⁴ KEISER, S. 564.

⁴⁵ SAILE/BURGHERR/LORETAN, 7. Kap. N 907.

⁴⁶ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 10 PR.

4 Zwischenfazit I: Im Spannungsfeld zwischen Tradition und Wandel

Da früher das Arbeitsrecht im OR erst rudimentär geregelt war, ist es der Meinung der Verfasserin nach nachvollziehbar, dass der Bundesgesetzgeber 1927 das BtG erlassen und die Arbeitsverhältnisse beim Bund dem Geltungsbereich des OR entzogen hat. Durch die Revisionen des OR wurden jedoch die arbeitsrechtlichen Regelungen durch den zehnten Teil (Art. 319 – 362 OR) ergänzt und Lücken geschlossen.

Die Beibehaltung des speziellen Beamtenrechts für den öffentlichen Dienst, welches aus der einst mangelnden rechtlichen Regelung im OR resultierte, verlor dadurch an überzeugender Argumentationskraft. Aus diesem Grund neigen Bund, Kantone und Gemeinden zunehmend dazu, ihr 'Beamtenrecht' an das Arbeitsrecht der Privatwirtschaft anzugleichen und ihre Arbeitsverhältnisse wieder dem OR zu unterstellen.⁴⁷ Es ist vorstellbar, dass die Harmonisierung des Arbeitsrechts hin zu einem einheitlichen Arbeitsrecht noch weiter fortschreitet. Argumentativ ist es kaum noch vertretbar, in der kleinen Schweiz eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Vorschriften beizubehalten. Darüber hinaus erscheint es kaum einsichtig, dass die Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsverhältnis je nachdem, ob die Arbeitgeberin der Bund, ein Kanton, eine Gemeinde oder ein privates Unternehmen ist, unterschiedlich sein sollten.⁴⁸

Grundsätzlich stellt sich die Frage, wann die Wahl zwischen einem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Anstellungsverhältnis angemessen ist. Ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis kann sinnvoll sein, wenn die betreffende Person hoheitliche Befugnisse innehat, bspw. eine staatliche Funktionen ausübt (Polizeikommandant), einheitliche Arbeitsbedingungen gewährleistet werden müssen (Lohnschema, Arbeitszeiten), fachliche Unabhängigkeit in Bezug auf den Kündigungsschutz erforderlich ist (Ethikprofessor an einer Universität) oder Schutz vor Ausbeutung oder missbräuchlicher Ausnützung von Assistenten an universitären Instituten gewährleistet werden soll.⁴⁹

Es sollte auch stets berücksichtigt werden, dass die aktuellen Regelungen im öffentlichen Recht im Vergleich zum früheren Beamtenstatus zu einer Benachteiligung der Verwaltungsangestellten geführt haben. Dies ist insbesondere von Bedeutung, da die öffentliche Hand in vielen Bereichen die einzige Arbeitgeberin ist, die entsprechende Positionen anbietet. Daher ist es für einen Polizisten, eine Lehrperson oder einen spezialisierten

⁴⁷ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 243.

⁴⁸ HELBLING, öffentlicher Dienst, S. 249.

⁴⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 211 f.

Wissenschaftler oft herausfordernd, nach dem Verlust des Arbeitsverhältnisses eine neue Stelle zu finden.⁵⁰

Die Verfasserin ist der Meinung, dass es sinnvoll sein kann, gewisse Berufsgruppen arbeitsrechtlich besonders gut zu schützen. Dies erscheint nachvollziehbar, wenn diese von den genannten 'Besonderheiten' wie spezifischen Pflichten, grossen Verantwortlichkeiten oder wegen Abhängigkeit von der Arbeitgeberin durch deren Monopol-Position betroffen sind. Für einen Grossteil der Arbeitnehmer, welche mittlerweile in den Verwaltungen tätig sind, treffen diese Begebenheiten jedoch nicht oder nur in geringem Masse zu. Ein Kulturwandel in Bezug auf eine Angleichung der arbeitsrechtlichen Regelungen vom öffentlichen ans private Recht ist seit Jahren zu beobachten.

Diese Entwicklung lässt sich auf unterschiedliche Ursachen zurückführen. Im Kontext der New Public Management-Bewegung, aus finanziellen Überlegungen und im Zuge des Aufbaus einer neuen Verwaltungskultur wurde gefordert, das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Bundes an die arbeitsvertraglichen Regelungen des Privatrechts anzupassen. Ziel war es, die Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung flexibler zu gestalten, um deren Wettbewerbsfähigkeit im globalen Kontext zu erhalten. Es wurde angestrebt, das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis in der Bundesverwaltung zu modernisieren und zu dynamisieren.⁵¹ Die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung jedoch betonte stets, dass die Verfassung das Gemeinwesen einschliesst. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber sich an die verfassungsmässigen Grundsätze wie dem Legalitätsprinzip, der Gleichbehandlung vor dem Gesetz, dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz, dem Verbot von Willkür und dem Recht auf Anhörung halten muss. Diese Grundsätze setzen dem Gesetzgeber gewisse Grenzen, auch wenn dies mitunter zu Enttäuschungen bezüglich politischer Erwartungen führen kann.⁵² Vor allem rechtspolitisch wird gewünscht, dass der Gesetzgeber einen weiteren Schritt in Richtung einer einheitlichen Arbeitsrechtsordnung für alle Arbeitsverhältnisse in der Schweiz unternimmt. Insbesondere wird die Hoffnung geäussert, dass die Arbeitsverhältnisse beim Bund und in der Privatwirtschaft langfristig unter dasselbe rechtliche Regime fallen sollten.⁵³

⁵⁰ RAESS, S. 21.

⁵¹ BURCKHARDT, N 1.

⁵² WIRTHLIN, S. 77.

⁵³ HELBLING, Beendigung Arbeitsverhältnisse, S. 200.

Die Verfasserin kann diesen Wunsch nachvollziehen. Sie kommt jedoch zum Schluss, dass es aufgrund der herrschenden Gesetzeslage bzw. der Bindung an die verfassungsmässigen Grundsätze aktuell nicht möglich ist, die Kündigungsbestimmungen des Privatrechts gem. OR ins öffentliche Recht zu übernehmen. Dies stünde im Widerspruch zur Verfassung. Die einzige Möglichkeit einer Angleichung bestünde darin, dass politisch ein weiterer Vorstoss, sinnvollerweise auf Bundesebene, erfolgen würde, der eine einheitliche Regelung für alle Arbeitsverhältnisse in der Schweiz fordert und somit die Arbeitsverhältnisse des Staats- und Gemeindepersonals nicht mehr zwingend dem öffentlichen Recht unterstellt.

5 Die Kündigung durch die Arbeitgeberin

5.1 Die Kündigung im privaten Arbeitsrecht

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Grundsätzlich herrscht im Schweizer Recht die Kündigungsfreiheit. Es braucht weder besondere Kündigungsgründe noch eine Anhörung oder Verwarnung.⁵⁴ Das Recht steht beiden Parteien im Arbeitsrecht gleichermassen zu. Somit ist die Freiheit zur Kündigung im privatrechtlichen Arbeitsrecht grundsätzlich als Teil der Vertragsfreiheit gewährleistet.⁵⁵

Die Schranken der Kündigungsfreiheit bilden die Kündigungstermine und Fristen (Art. 335b OR und Art. 335c OR), die Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR), die missbräuchliche Kündigung (Art. 336 ff. OR), die diskriminierende Kündigung (Art. 3 GIG) sowie in Einzel- oder Gesamtarbeitsverträgen weitergehende vertragliche Kündigungsbeschränkungen.

Da die Kündigung eine einseitige, empfangsbedürftige Willensäußerung ohne Einwirkungsmöglichkeit Dritter ist, kann die Gegenseite nichts dazu sagen, insofern auf den gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Termin (daher: ordentlich) gekündigt wird. Die Kündigung muss jedoch dem Erfordernis der Eindeutigkeit und Klarheit genügen.⁵⁶

Die Kündigung unterliegt keiner Formvorschrift (Art. 334 ff. OR). Kündigende müssen die Kündigung nur schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 OR). In Arbeitsverträgen wird jedoch oft vereinbart, dass Kündigungen schriftlich erfolgen müssen. Die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Schriftform ist Gültigkeitserfordernis.⁵⁷

Kündigungen aufgrund wirtschaftlicher Gründe sind erlaubt. Die Freiheit zur Kündigung ist ein Ausdruck der in der Schweiz fest verankerten marktwirtschaftlichen Ordnung und bildet einen fundamentalen Aspekt des schweizerischen Arbeitsrechts. Diese sollte bewahrt werden, da Studien in den benachbarten Ländern Deutschland und Frankreich gezeigt haben, dass eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit zu unerwünschten Entwicklungen führen kann.⁵⁸

⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 OR N 2.

⁵⁵ BGE 132 III 115 E. 2.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 OR N 2.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 OR N 2.

⁵⁷ BGE 128 III 212 E. 2.

⁵⁸ HUMBERT/LERCH, N 11.1.

Beobachter:innen des Arbeitsrechts in Europa stellen fest, dass in mehreren Ländern zunehmend die Annahme verbreitet ist, dass die arbeitsrechtlichen Regelungen in vielen Aspekten die Schaffung von Arbeitsplätzen behindern und somit zu einer Verringerung der Arbeitsplatzanzahl führen.⁵⁹ Andere Autor:innen merken an, dass die Unsicherheit im deutschen Kündigungsrecht, insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit einer Rechtfertigung für Kündigungen, zu einer hohen Anzahl an Gerichtsverfahren geführt hat. Etwa 85% endeten mit einem Vergleich, daher wurde in Fachkreisen die Empfehlung ausgesprochen, den bestehenden Kündigungsschutz vollständig durch einen rechtlich verankerten Anspruch auf Abfindung zu ersetzen.⁶⁰

In Frankreich hat sich das Kündigungsrecht ebenfalls als schwer reformierbar herausgestellt. Der Vorschlag, den Kündigungsschutz in den ersten zwei Jahren eines Arbeitsverhältnisses zu verringern, zielte darauf ab, die Ersteinstellung junger Absolvent:innen zu vereinfachen. Jedoch scheiterte dieses Vorhaben auf politischer Ebene. Dies verdeutlicht die Herausforderung, bestehenden Kündigungsschutz zu lockern, selbst wenn die positiven Auswirkungen einer solchen Reform auf die Beschäftigung offensichtlich sind.⁶¹

Des Weiteren haben die Parteien die Möglichkeit, den Arbeitsvertrag nicht nur durch eine einseitige Kündigung, sondern auch durch eine gegenseitige Vereinbarung zu beenden, die als Aufhebungsvertrag bekannt ist.⁶² Der Arbeitnehmer darf dadurch aber nicht auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR).

5.1.1 Kündigungstermine und Fristen

Das Arbeitsverhältnis kann während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses (Art. 335b OR), danach kann es im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden (Art. 335c Abs. 1 OR). Diese Fristen dürfen durch schriftliche Abrede abgeändert werden; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch einen Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden (Art. 335c Abs. 2 OR).

⁵⁹ STÖCKLI, S. 193.

⁶⁰ STÖCKLI, S. 194.

⁶¹ STÖCKLI, S. 195.

⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335 OR N 10.

Der Art. 335c OR ist grundsätzlich dispositiv, doch sind die Formvorschriften und Minimalfristen ihrer Natur entsprechend zwingend.⁶³ Der Ablauf der Kündigungsfrist fällt gem. Gesetz jeweils auf das Ende eines Kalendermonats. Diese Bestimmung ist formfrei abänderbar und somit kann die Kündigung auch auf einen beliebigen Termin vereinbart werden.⁶⁴

5.1.2 Kündigung zur Unzeit / Zeitlicher Kündigungsschutz

Die Arbeitgeberin darf das Arbeitsverhältnis nach der Probezeit während bestimmter Sperrfristen nicht kündigen (Art. 336c Abs. 1 OR), bspw. bei Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit und Unfall, Schwangerschaft und Mutterschaft oder Militärdienst.

Der Sinn des zeitlichen Kündigungsschutzes besteht darin, den Arbeitnehmer in einer Zeit zu schützen, in der er normalerweise geringere Chancen bei der Stellensuche hat und von einer Arbeitgeberin, die von der Arbeitsverhinderung weiss, wahrscheinlich nicht eingestellt würde. Ziel ist es, den Verlust der Arbeit während dieser Phase zu verhindern.⁶⁵

Kündigungen, die während der Sperrfristen ausgesprochen werden, sind nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Sie haben keine rechtliche Wirkung und müssen nach Ablauf der Sperrfrist erneut ausgesprochen werden.⁶⁶

5.1.3 Missbräuchliche Kündigung / Sachlicher Kündigungsschutz

Nicht zulässig sind Kündigungen, die auf missbräuchlichen Beweggründen beruhen. Die in Art. 336 OR genannten Gründe für die missbräuchliche Kündigung sind nicht abschliessend formuliert. Aufgrund der umfangreichen Gerichtspraxis lässt sich feststellen, dass es nicht immer leicht ist zu bestimmen, ob eine Kündigung als missbräuchlich anzusehen ist. Die Richter verfügen über einen gewissen Spielraum bei ihrer Bewertung, was zu einer gewissen Unsicherheit führen kann.⁶⁷

In den letzten Jahren hat das Bundesgericht verstärkt die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin bei Kündigungen betont. Eine Verletzung dieser Pflicht wird ebenfalls als missbräuchlich betrachtet.⁶⁸ Auch wenn keine Verfahrenspflichten zur Kündigung bestehen, hat die Arbeitgeberin im Sinne der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht

⁶³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335c OR N 9.

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 335c OR N 6.

⁶⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c OR N 2.

⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c OR N 10.

⁶⁷ KRIEGER-S-TEJURA, S. 52.

⁶⁸ KRIEGER-S-TEJURA, S. 53.

zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen (Art. 328 OR). Als missbräuchlich empfand das Gericht eine Kündigung, die gegenüber einem Arbeitnehmer einer Uhrenfabrik ausgesprochen wurde. Der Arbeitnehmer erkrankte, weil er am Arbeitsplatz Mobbing ausgesetzt war, welches unter anderem rassistische Bemerkungen beinhaltete. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis nach der Sperrfrist.⁶⁹

Für ältere Arbeitnehmer gilt zudem eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht. Der Art und Weise der Kündigung ist bei dieser Arbeitnehmerkategorie besondere Beachtung zu schenken. Sie hat Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden. Auch ist die Arbeitgeberin verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.⁷⁰ Wenn eine Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer nach 44 klaglosen Dienstjahren kurz vor dem Rentenalter und ohne betriebliche Notwendigkeit kündigt, ohne zuvor nach einer sozialverträglicheren Lösung gesucht zu haben, verstößt dies gegen die Fürsorgepflicht und wird ebenfalls als missbräuchlich erachtet.⁷¹ Die Praxis erwartet von der Arbeitgeberin zudem eine erhöhte Fürsorgepflicht bzw. der Kündigung vorangehende Massnahmen bei Konflikt- und Mobbingkündigungen sowie wenn die Gesundheit eines Arbeitnehmers im Fokus steht.⁷²

Die Missbräuchlichkeit kann sich auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Die Rechtsausübung muss schonend erfolgen und es darf kein falsches oder verdecktes Spiel betrieben werden, welches Treu und Glauben widerspricht.⁷³ Nicht von einem falschen und versteckten Spiel ging das Gericht aus, als sich die Arbeitgeberin nach einem gescheiterten Gespräch mit dem Arbeitnehmer zur Kündigung entscheiden hat. Trotz der Möglichkeit, alternative Massnahme zu ergreifen, war sie nicht verpflichtet, diese wahrzunehmen.⁷⁴

5.1.4 Diskriminierende Kündigung

Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden (Art. 3 Abs. 1 GlG), dieses Verbot gilt insbesondere für Anstellungen, Entlohnung, Beförderungen und Entlassungen (Art. 3 Abs. 2 GlG).

⁶⁹ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR N 2.

⁷⁰ BGer 4A_384/2014 vom 12.11.2014 E. 4.2.2.

⁷¹ BGE 132 III 115 E. 5.

⁷² KRIEGERS-TEJURA, S. 53.

⁷³ BGE 132 III 115 E. 2.2.

⁷⁴ VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR N 4.

Arbeitnehmer können sich aufgrund der Beweiserleichterung (Art. 6 GlG) darauf beschränken, die Diskriminierung mittels objektiver Indizien glaubhaft zu machen. Wenn dies gelingt, obliegt es der Arbeitgeberin, den klaren Nachweis zu erbringen, dass keine Diskriminierung vorliegt. Wenn bspw. eine Schwangerschaft oder Mutterschaft als Kündigungsgrund plausibel dargelegt wird, muss die Arbeitgeberin mit dem Regelbeweismass der vollen Überzeugung nachweisen, dass dieses geschlechts-spezifische Element keine entscheidende Rolle bei der Kündigungsentscheidung gespielt hat.⁷⁵ Wird ein Arbeitnehmer durch die Kündigung diskriminiert, kann er eine Entschädigung geltend machen (Art. 5 Abs. 2 GlG). Das Verfahren richtet sich nach Art. 336b OR.

Grundsätzlich haben demnach beide Vertragsparteien im privatrechtlichen Arbeitsrecht das Recht, den Arbeitsvertrag unter Beachtung der vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen jederzeit zu kündigen. Bei Kündigungen durch die Arbeitgeberin kann jedoch häufig die Frage der Missbräuchlichkeit eine Rolle spielen, was die uneingeschränkte Freiheit zur Kündigung in gewissem Masse beschränken kann.⁷⁶ Von einer absoluten Kündigungsfreiheit im Privatrecht kann daher nicht gesprochen werden.⁷⁷

⁷⁵ BGer 4A_208/2021 vom 16.07.2021 E. 3.2.

⁷⁶ KRIEGERS-TEJURA, S. 57.

⁷⁷ KRIEGERS-TEJURA, S. 52.

5.2 Die Kündigung im öffentlichen Arbeitsrecht

Es ist zunächst erforderlich, sorgfältig zu überprüfen, ob es sich bei der Arbeitgeberin um ein öffentliches Unternehmen handelt und folglich eine Bindung an Grundrechte besteht. Dafür entscheidend ist, dass die Unternehmung massgeblich durch die öffentliche Hand beherrscht wird.⁷⁸

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis gelten ebenfalls das Verbot der missbräuchlichen Kündigung (Art. 336 OR), das Verbot der Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) und das Verbot der diskriminierenden Kündigung (Art. 3 GlG). Da der Staat als Hoheitsträger handelt, gilt hier jedoch die Kündigungsfreiheit nicht.⁷⁹

Die Kündigungsfreiheit wird durch gesetzliche Grundlagen eingeschränkt und die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen variieren je nach Arbeitgeber. Es ist zunächst zu klären, welche Grundlage anwendbar ist und welche Voraussetzungen für eine Kündigung erfüllt werden müssen.⁸⁰

Die Verpflichtung zur Einhaltung der verfassungsmässigen Grundsätze wirkt sich auf den Kündigungsschutz aus und hat zwei zentrale Aspekte. Einerseits darf gemäss dem Willkürverbot (Art. 9 BV) eine Kündigung nur auf einen sachlichen Grund gestützt erfolgen. Andererseits ist es aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV grundsätzlich erforderlich, dem Betroffenen vor einer Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Bindung an Art. 5 BV bedeutet, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss. Darüber hinaus sind die Prinzipien von Treu und Glauben sowie das Gebot der Rechtsgleichheit zu berücksichtigen.⁸¹ Wenn alle diese Aspekte beachtet werden, ist auch in einem öffentlichen Unternehmen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtlich einwandfrei zulässig.⁸² Die genannten Prinzipien gelten auch wenn sie nicht ausdrücklich in den gesetzlichen Kündigungsbestimmungen wiedergegeben werden.⁸³

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis handelt es sich bei einer Kündigung um einen Verwaltungsakt. Die Kündigung muss schriftlich erfolgen und gilt als Verfügung (Art. 5 Abs. 1 lit.a VwVG) und ist deshalb zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

⁷⁸ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 886.

⁷⁹ MÜLLER/VON GRAFFENRIED, S. 162.

⁸⁰ KRIEGERS-TEJURA, S. 51.

⁸¹ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 881 f.

⁸² MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 886.

⁸³ LGVE 1999 II 3 vom 20.4.1999 E. 6c.

Ein Arbeitsverhältnis kann auch durch eine Aufhebungsvereinbarung beendet werden. Obwohl in diesem Fall teilweise andere Vorschriften anwendbar sind, müssen zumindest im Hinblick auf den Prozess, der zur Erstellung der Aufhebungsvereinbarung führt, die gleichen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit wie bei einer Kündigung eingehalten werden. Andernfalls könnte die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer dazu drängen, eine solche Vereinbarung zu akzeptieren, um somit ihren Verpflichtungen zu entkommen.⁸⁴

5.2.1 Willkürverbot / sachlicher Grund

Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis kann durch die Arbeitgeberin nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt.⁸⁵ Dieser Grundsatz ergibt sich aus dem Gleichheits- und Willkürverbot (Art. 8 und Art. 9 BV). Auch im Falle einer fehlenden Vorschrift in der jeweiligen Dienstordnung wäre demnach eine grundlose Kündigung nicht möglich.⁸⁶ Der Bund hält unter Art. 10 Abs. 3 des BPG fest, dass die Arbeitgeberin das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nur aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen kann. Sachliche Gründe liegen konkret vor, wenn die im Gesetz vorgesehenen Kündigungsgründe (Verletzung wichtiger vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten, Mängel in Leistung oder Verhalten, schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe) erfüllt sind.⁸⁷ Die Aufzählung der Kündigungsgründe ist nicht abschliessend.

Die Gründe für eine Kündigung müssen von erheblicher Bedeutung sein, jedoch ist es nicht notwendig, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Es genügt, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden Person öffentlichen Interessen, insbesondere demjenigen einer funktionierenden Verwaltung, widersprechen. Diese Gründe können sich aus unzufriedenstellendem Verhalten, mangelnder Übernahme von Verantwortung, erheblichen Störungen am Arbeitsplatz oder betrieblichen Motiven ergeben. Es ist auch allgemein bekannt, dass ein stark gestörtes Arbeitsklima langfristig negative Auswirkungen auf den Betrieb haben kann. Daher liegt die Kündigung in solchen Fällen grundsätzlich im öffentlichen Interesse.⁸⁸ Das Bundesverwaltungsgericht hat ein wiederholt ungebührliches Verhalten eines Arbeitnehmers als

⁸⁴ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 877.

⁸⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 210.

⁸⁶ MÜLLER/VON GRAFFENRIED, S. 159.

⁸⁷ BVGer A-969/2014 vom 11.11.2014 E. 5.

⁸⁸ VGer ZH VB.2017.00300 vom 08.11.2017 E. 4.2.

sachlich zureichenden Grund qualifiziert,⁸⁹ verneinte diesen aber bei einer betrieblich nicht notwendigen Neubesetzung der Arbeitsstelle des Arbeitnehmers.⁹⁰

Mit diesem zusätzlichen Erfordernis geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände im OR.⁹¹ Die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses liegt nach ständiger Rechtsprechung bei der Arbeitgeberin.⁹²

5.2.2 Rechtliches Gehör

Gem. Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses erfüllt einerseits den Zweck der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönliches Mitwirkungsrecht dar, wenn ein Entscheid getroffen wird, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dies beinhaltet insbesondere das Recht der betroffenen Person, sich vor der Erlassung eines Entscheids, der ihre Rechtsposition beeinträchtigt, zur Sache zu äussern. Zudem hat sie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder teilzunehmen oder sich zumindest zum Ergebnis der Beweisaufnahme zu äussern, sofern dieses dazu geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen.⁹³

Bevor eine Kündigung durch die Arbeitgeberin verfügt wird, ist der Angestellte anzuhören (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Es ist erforderlich, dem Arbeitnehmer die Absicht zur Kündigung persönlich mit entsprechender Begründung mitzuteilen. Dem Arbeitnehmer muss ausreichend Gelegenheit gegeben werden, zu allen Anschuldigungen, die zur Kündigung führen sollen, Stellung zu nehmen. Nur auf diese Weise wird sein rechtliches Gehör gewahrt. Sowohl die Kündigung selbst als auch die Gewährung des rechtlichen Gehörs müssen dokumentiert werden, um sicherzustellen, dass die Personalakten vollständig und aussagekräftig sind.⁹⁴

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bedeutet demnach, dass Personen, die von einer Entscheidung betroffen sind, das Recht haben, sich vor Erlass einer Entscheidung zu äussern und ihren Standpunkt zu allen relevanten Punkten mitzuteilen. Die Behörde muss diese Argumente tatsächlich anhören, prüfen und in ihre Entscheidungsfindung miteinbeziehen. Entsprechend ist die Behörde verpflichtet, ihre Entscheidung zu begründen.⁹⁵

⁸⁹ BVGer A-6898/2015 vom 10.3.2016 E. 3.2.2.

⁹⁰ BVGE 2015/48 E. 4.3.

⁹¹ BGer 8C_594/2010 vom 25.8.2011 E. 4.4.

⁹² VGer ZH VB.2019.00174 vom 14.11.2019 E. 3.3.

⁹³ BGE 127 I 54 E. 2b.

⁹⁴ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 886.

⁹⁵ VGer ZH VB.2018.00483 vom 25.04.2019 E. 2.1.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt als verletzt, wenn die Entlassung bereits vor der Anhörung beschlossen ist bzw. faktisch feststeht.⁹⁶ Das rechtliche Gehör ist demnach zu einem Zeitpunkt zu gewähren, in welchem noch ausreichende Offenheit in der Entscheidungsfindung besteht.⁹⁷

5.2.3 Verhältnismässigkeitsprinzip

Gemäss der Rechtsprechung wird der Arbeitgeberin bei der Auswahl angemessener Sanktionen ein gewisser Ermessensspielraum gewährt. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass eine verwaltungsrechtliche Massnahme das geeignete Mittel zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels ist. Der Eingriff darf nicht härter sein als erforderlich, um den Zweck der Massnahme zu erfüllen. Wenn das im öffentlichen Interesse liegende Ziel mit einer milderen Massnahme erreicht werden kann, sollte diese bevorzugt werden. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend sollte die Kündigung stets 'ultima ratio', also als letztes Mittel betrachtet werden. Sie ist ausgeschlossen, wenn die Arbeitgeberin mildere Massnahmen ergreifen könnte, um die aufgetretene Störung im Arbeitsverhältnis in zumutbarer Weise zu beheben.⁹⁸

Dies bestätigt auch das Züricher Verwaltungsgericht: Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens als wirksames Mittel zur Lösung des Problems geeignet sein, zweitens in dem Sinne notwendig sein, dass weniger einschneidende Massnahmen wie zum Beispiel eine Verwarnung nicht denselben Erfolg hätten, und drittens muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen.⁹⁹

In der Regel muss einer Kündigung eine schriftliche Mahnung vorangehen. Die Rechtsprechung erlaubt den Verzicht darauf nur, wenn die Mahnung von Anfang an aussichtslos erscheint oder das Vertrauensverhältnis bereits unwiederbringlich zerstört wurde.¹⁰⁰

Sinn der Mahnung ist es, dem Arbeitnehmer zu verdeutlichen, dass eine Verhaltensänderung oder eine Verbesserung der Leistung unerlässlich ist.¹⁰¹ Das Bundesgericht hält die Rüge- und Warnfunktion der Mahnung fest. Sie müsse als solche erkennbar sein und der

⁹⁶ BGer 8C_158/2009 vom 2.9.2009 E. 6.5.

⁹⁷ VGr ZH VB.2015.00105 vom 27.04.2016 E. 3.2.

⁹⁸ BVGE 2008/25 E. 6.

⁹⁹ VGer ZH PB.2010.00012. vom 21.7.2010 E 13.3.

¹⁰⁰ BGE 143 II 443 E. 7.5 mit Hinweis auf BVGer A-1399/2017 vom 13.6.2018 E. 3.3.

¹⁰¹ VGer ZH PB.2010.00007 vom 16.06.2010 E. 8.2.

Arbeitnehmer muss daraus klar erkennen können, welche Verhaltensweisen nicht mehr akzeptiert würden und wie er sich künftig zu verhalten habe.¹⁰²

Wenn ein Arbeitnehmer entlassen werden soll, sollten weniger drastische Massnahmen in Erwägung gezogen und abgewogen werden. Falls es keine Gründe für eine fristlose Kündigung gibt, ist insbesondere eine Verwarnung angebracht. In dieser Verwarnung sollten die konkreten Punkte, die zu ihr geführt haben, angesprochen und dokumentiert werden. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall auch das Recht, angehört zu werden. Die Verwarnung sollte eine Frist enthalten, bis zu der sich die Situation ändern muss, und mögliche Konsequenzen sollten ebenfalls aufgeführt werden, für den Fall, dass sich der Arbeitnehmer nicht ändert.¹⁰³

Eine Bewährungsfrist muss demnach angesetzt werden, insofern objektiv betrachtet sich der Arbeitnehmer bessern und bewähren kann. Die Ansetzung einer solchen Frist wahrt die Verfahrensrechte des Arbeitnehmers, bietet ihm Schutz vor Willkür und wahrt das Verhältnismässigkeitsprinzip, indem ihm die Möglichkeit gegeben wird, sich zu bewähren. Darüber hinaus kann sie auch als Konkretisierung der Fürsorgepflicht durch die Arbeitgeberin verstanden werden.¹⁰⁴

Im Kontext der Kündigung von Bundesangestellten hat das Bundesverwaltungsgericht in zwei Entscheidungen¹⁰⁵ präzisiert, wann und wie vor einer Kündigung eine Mahnung erfolgen sollte. Diese Mahnung sollte eine Funktion haben, die sowohl als Rüge als auch als Warnung wirkt, um eine Verbesserung zu ermöglichen. Die Rügefunktion wird nur erfüllt, wenn die Vorwürfe detailliert und auf konkrete Vorfälle bezogen mitgeteilt werden. In Bezug auf die Warnfunktion muss zumindest indirekt eine Androhung der ordentlichen Kündigung zum Ausdruck kommen.¹⁰⁶

5.2.4 Rechtsgleichheitsgebot und der Grundsatz von Treu und Glauben

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit ist von grosser Wichtigkeit und von allen Staatsorganen, in allen Funktionen und auf sämtlichen Ebenen der Staatstätigkeit einzuhalten. Das Gleichheitsgebot gehört, wie auch das Willkürverbot, zu den verfassungsmässigen Rechten, auf die sich der Einzelne berufen kann.¹⁰⁷ Eine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit würde eintreten, wenn eine Arbeitgeberin unter gleichen Bedingungen

¹⁰² BGer 1C_245/2008 vom 02.03.2009 E. 5.3.

¹⁰³ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 886.

¹⁰⁴ VGer ZH VB.2013.00029 vom 26.6.2013 E. 4.1.

¹⁰⁵ BVerger A-7165/2016 vom 5.12.2017 E. 5.1.1. und A-1399/2017 vom 13.6.2018 E. 3.4.

¹⁰⁶ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 876.

¹⁰⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 565.

einem Arbeitnehmer kündigt, jedoch dies bei einem anderen nicht tut. Ebenso würde dieser Grundsatz verletzt, wenn eine Kündigung seitens einer Arbeitgeberin auf einem Merkmal basiert, das dem Diskriminierungsverbot unterliegt.¹⁰⁸

Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Er ist von grundlegender Bedeutung für Beziehungen zwischen Privatpersonen sowie für das Verhältnis zwischen der öffentlichen Hand und privaten Akteuren. Im Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet dies, dass Behörden und Privatpersonen in ihren rechtlichen Beziehungen gegenseitig aufeinander Rücksicht nehmen sollen.¹⁰⁹ Die Bundesverfassung erachtet den Grundsatz einerseits als Verhaltensregel zwischen dem Staat und privaten Personen, andererseits als ein Grundrecht von Privaten auf Schutz des Vertrauens in behördliche Zusicherungen.¹¹⁰ Bezogen auf eine Kündigung würde der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, wenn die Arbeitgeberin beim Arbeitnehmer Erwartungen erwecken würde, ihn weiterhin zu beschäftigen (oder sogar zu befördern), der Arbeitnehmer daraufhin in gutem Glauben entsprechende Entscheidungen treffen würde, und die Arbeitgeberin trotz der geweckten Erwartung die Kündigung aussprechen würde.¹¹¹

¹⁰⁸ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 882.

¹⁰⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 620.

¹¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 622.

¹¹¹ MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 882.

6 Zwischenfazit II: Wesentliche Unterschiede der Kündigung im privaten und im öffentlichen Recht

Die Verfasserin stellt fest, dass ein bedeutender Unterschied bei der Beendigung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen besteht. Da die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin an die verfassungsmässigen Grundsätze gebunden ist und zwischen dem Staat und seinen Angestellten ein besonders enges Rechtsverhältnis besteht, hat sich dieser an die öffentlich-rechtlichen Grundsätze zu halten und sich ebenfalls an den Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu orientieren.

Nachfolgend werden die wesentlichen Unterschiede aufgelistet:

- **Kündigungsgrund**

Die ordentliche Kündigung durch das OR sieht keine Grundangabe vor. Die Arbeitgeberin darf aufgrund der Kündigungsfreiheit das Arbeitsverhältnis ohne Begründung kündigen, insofern die Kündigung nicht nach Art. 336 OR missbräuchlich ist. Dieser Kündigungsschutz findet sich auch im öffentlichen Personalrecht. Der wohl gravierendste Unterschied ist jedoch, dass es im öffentlichen Recht einen sachlich zureichenden Grund braucht, um eine Kündigung aussprechen zu können. Diese Gründe sind in den jeweiligen Gesetzesgrundlagen von Bund, Kantonen und Gemeinden festgehalten.

- **Formvorschriften**

Für die Kündigung durch die Arbeitgeberin gelten unterschiedliche Formvorschriften. Während Arbeitsverhältnisse nach OR grundsätzlich formfrei gekündigt werden können, bedürfen Kündigungen von öffentlich-rechtlichen Anstellungen einer Schriftform bzw. einer Verfügung.

- **Sperrfristen**

Art. 336c OR besagt, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis während bestimmter Fristen nicht kündigen darf. Kündigungen während der Sperrfristen sind nichtig. Das Arbeitsverhältnis bleibt demnach bestehen (Art. 336c Abs. 2 OR). In der Regel verweist das öffentliche Recht betr. Tatbestand und Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit auf das OR.

- **Kündigungsfristen**

Die Kündigungsfristen nach OR sind in den Art. 335b OR (Probezeit) und 335c OR (nach der Probezeit) festgelegt. Die Kündigungsfristen bei der öffentlichen Hand richten sich nach der jeweiligen Gesetzesgrundlage, sind in der Regel aber länger als bei Arbeitsverhältnissen nach OR. Die Stadt Zürich sieht bspw. nach Ablauf der Probezeit bei allen Arbeitsverhältnissen eine Kündigungsfrist im ersten Dienstjahr von einem Monat und ab dem zweiten Dienstjahr von drei Monaten vor. Das Arbeitsverhältnis kann jeweils auf Ende eines Monats beendet werden (Art. 16 PR).

Zudem existiert im privaten Arbeitsrecht die Möglichkeit, beliebige Kündigungstermine festzusetzen.¹¹² In der Praxis kommt dies zwar eher selten vor, hat jedoch zur Folge, dass sich bei einer Krankschreibung des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis nicht bis zum nächsten Monatsende hin verlängert, sondern nur um die Dauer der Krankheitstage (Art. 336c Abs. 3 OR, Art. 336d Abs. 2 OR). Da die Kündigungstermine im öffentlichen Recht in der Regel auf Ende eines Monats festgelegt sind, verlängert sich eine fortgesetzte Kündigungsfrist bis zum nächstfolgenden Monatsende (bspw. Art. 19 Abs. 2 PR).

- **Fristlose Kündigung**

Aus wichtigen Gründen kann die Arbeitgeberin wie auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos kündigen (Art. 337 OR). Das Arbeitsverhältnis wird dadurch sofort beendet. Es existieren keine zeitlichen Schranken. Auch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung ist wirksam, kann aber eine Entschädigungspflicht zur Folge haben (Art. 337c OR).

Ein wichtiger Grund liegt vor allem dann vor, wenn es dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Dies gilt mindestens bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder bis zum Ablauf des befristeten Vertrages. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts tritt dies nur bei besonders schweren Verfehlungen ein. Bei geringeren oder mittelschweren Vertragsverletzungen besteht ein wichtiger Grund nur dann, wenn diese trotz vorheriger Verwarnung wiederholt auftreten. Die Verfehlungen müssen objektiv geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen zu zerstören oder erheblich zu erschüttern, was auf der objektiven Seite unbestritten ist. Das

¹¹² Siehe auch Kapitel 5.1.1 'Kündigungstermine und Fristen'.

Bundesgericht fordert ausserdem, dass die Verfehlungen tatsächlich zu einer solchen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben.¹¹³

Für die fristlose Entlassung gelten im öffentlichen Recht in der Regel die gleichen Voraussetzungen wie im Privatrecht. Das BPG definiert bspw. die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses identisch zum OR, somit kann die Praxis der privatrechtlichen Rechtsprechung in dieser Frage auch für das öffentliche Recht berücksichtigt werden.¹¹⁴

Allerdings müssen die Besonderheiten des öffentlichen Personalrechts beachtet werden. Zu diesen machte das Bundesgericht erst kürzlich umfassende Ausführungen: Die fristlose Entlassung ist im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis für die kündigende Partei mit höheren Risiken verbunden als im Privatrecht, und zwar einerseits wegen den formellen Anforderungen an eine rechtmässige fristlose Entlassung und andererseits wegen den Folgen einer formell oder materiell widerrechtlichen fristlosen Entlassung für die Arbeitgeberin und damit die öffentliche Hand. Daraus folgt, dass der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin eine längere Reaktionszeit zuzubilligen ist, damit sie die Verfahrensvorschriften einhalten und den die Kündigung begründenden Sachverhalt abklären und nachweisen kann, bevor sie die Kündigung ausspricht. Hingegen kann auch der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin nicht zugestanden werden, das Verfahren längere Zeit ruhen zu lassen, bzw. den Arbeitnehmer nicht über die Überprüfung des Arbeitsverhältnisses zu informieren. Während im Zivilrecht eine fristlose Kündigung in der Regel innert weniger Arbeitstage auszusprechen ist und eine längere Frist nur zugestanden wird, sofern praktische Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens dies als berechtigt erscheinen lassen, vermögen im öffentlichen Personalrecht weitere sachliche Gründe (z.B. rechtliches Gehör, Verfahrensvorschriften) ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen.¹¹⁵

- Folgen der missbräuchlichen Kündigung

Eine Kündigung gilt als missbräuchlich, wenn sie aus einem der Gründe ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR aufgeführt sind. Diese Auflistung ist nicht abschliessend.

Wenn eine private Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer (fristlos) kündigt und stellt sich diese Kündigung als missbräuchlich oder ungerechtfertigt heraus, kann dies Entschädigungsansprüche auslösen (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Kündigung ist aber trotzdem gültig.

¹¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 337 OR N 2.

¹¹⁴ WIRTHLIN, S. 74.

¹¹⁵ BGer 8C_492/2020 vom 19.2.2021 E. 7.2.1.

Wenn die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin ohne Grund kündigt oder formale Vorschriften nicht einhält, kann die betroffene Partei geltend machen, dass die Kündigung ungültig bzw. nichtig ist. Dem Arbeitnehmer muss als Folge die bisherige oder eine andere zumutbare Stelle angeboten werden.¹¹⁶ Das Gesetz sieht vor, dass zu Unrecht gekündigte Personen unter bestimmten Voraussetzungen weiterbeschäftigt, entschädigt oder bei einem Stellenwechsel unterstützt werden müssen.¹¹⁷

Bis zur Revision des BPG galt für das öffentliche Personalrecht des Bundes der Grundsatz 'Weiterbeschäftigung vor Entschädigung'. Nach heutiger Rechtslage ist auf Bundesebene sowie in verschiedenen Kantonen (u.a. auch Zürich) die Weiterbeschäftigung nur noch bei qualifiziert fehlerhafter Kündigung (Art. 34c BPG) angezeigt, bei lediglich ungültigen Kündigungen stehen ebenfalls Entschädigungsfolgen im Vordergrund.¹¹⁸

¹¹⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 210.

¹¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2020.

¹¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2021.

7 Bestimmungen zum ordentlichen Kündigungsprozess bei der Stadt Zürich

7.1 Allgemeine Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis

Das Arbeitsverhältnis bei der Stadt Zürich ist öffentlich-rechtlicher Natur (Art. 5 PR) und wird in der Regel durch Verfügung begründet (Art. 10 PR), in Ausnahmefällen mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (Art. 12 PR). Dieser darf hinsichtlich des Lohnes, der Arbeitszeit, der Ferien sowie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses von dieser Verordnung abweichen und ist nur für bestimmte Berufsgruppen wie bspw. Lernende und Praktikanten zulässig (Art. 12 Abs. 2 PR).

Das Arbeitsverhältnis wird in der Regel unbefristet mit der Möglichkeit der Kündigung begründet (Art. 13 PR). Die Beendigungsgründe sind in Art. 15 PR aufgelistet. Im intern veröffentlichten Online-Kommentar zum städtischen Personalrecht sind diese graphisch dargestellt (Anhang I). Das Arbeitsverhältnis endet durch Kündigung, durch Ablauf einer befristeten Anstellung, Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen, fristloser Auflösung oder Auflösung aus gesundheitlichen Gründen, Altersrücktritt oder Tod.

Die ersten drei Monate gelten bei allen Anstellungsverhältnissen als Probezeit (Art. 14 Abs. 1 PR). Die Kündigungsfrist beträgt während der Probezeit sieben Tage (Art. 14 Abs. 2 PR), danach je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses zwischen einem und drei Monaten (Art. 16 Abs. 1 PR). Betr. Sperrfristen verweist Art. 19 PR auf das OR und betr. Kündigungsschutz bei Diskriminierung auf das GlG (Art. 20 PR).

7.2 Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin

In Art. 17 PR werden die Form und Gründe der Kündigung durch die Arbeitgeberin sowie die Neuanstellung bzw. Entschädigungsfolgen aufgeführt. Im Zusammenhang mit der Kündigung sind insbesondere die Kündigungsfristen und Termine (Art. 16 PR), die Mahnung (Art. 18 PR), die Kündigung zur Unzeit (Art. 19 PR) sowie die Anhörung vor personalrechtlichen Anordnungen (Art. 37 PR) zu beachten.

Das Arbeitsverhältnis kann aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden (Art. 21 Abs. 1 PR). Das PR verweist betr. Tatbestand und Rechtsfolgen auf die Bestimmungen des OR (Art. 21 Abs. 3 PR). Jedoch ist die betroffene Person vor der fristlosen Kündigung durch die Arbeitgeberin anzuhören (Art. 37 PR) und die Kündigung muss mittels Verfügung und schriftlicher Begründung zu erfolgen (Art. 21 Abs. 1 PR).

7.2.1 Formelle Erfordernisse (Art. 17 Abs. 1 PR)

Die Kündigung wird durch die Anstellungsinstanz schriftlich mitgeteilt. Sie muss der betroffenen Person mittels einer hinreichend begründeten Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung übermittelt werden. Eine Kündigung darf erst nach Gewährung des rechtlichen Gehörs ausgesprochen werden. In der Verfügung sollte kurz auf die relevanten Einwände der Arbeitnehmer eingegangen werden.¹¹⁹

7.2.2 Voraussetzungen (Art. 17 Abs. 2 PR)

Die Kündigung durch die Arbeitgeberin setzt, auch während der Probezeit, zwingend einen sachlich zureichenden Grund voraus. Die Arbeitgeberin hat die notwendigen Beweise hierfür zu erheben und zu dokumentieren. Besonders gründlich untersucht werden müssen Gründe bzw. besonders schwere Anschuldigungen, die allenfalls zu einer fristlosen Kündigung nach Art. 21 PR führen könnten.¹²⁰ Nebst der Notwendigkeit des sachlichen Grundes darf die Kündigung nicht missbräuchlich sein, hier stützt sich das PR auf die Bestimmungen des OR.¹²¹

7.2.3 Kündigungsgründe (Art. 17 Abs. 3 PR)

Der Katalog der Kündigungsgründe ist nicht abschliessend formuliert. Als sachliche Gründe gelten insbesondere die Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (lit. a), Mängel in Leistung oder Verhalten (lit. b), mangelnde Tauglichkeit oder Eignung, die vereinbarte Arbeit zu verrichten (lit. c), mangelnde Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer Arbeit (lit. d), schwerwiegende wirtschaftliche oder betriebliche Gründe (lit. e) oder der Wegfall von gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingungen (lit. f).

Ein nicht explizit erwähnter Grund muss eine vergleichbare Schwere haben wie die ausdrücklich aufgeführten Kündigungsgründe. Wenn eine Kündigung während der Probezeit in Erwägung gezogen wird, müssen die Gründe nicht so schwerwiegend sein wie nach Ablauf dieser Probezeit.¹²² Art. 18 PR legt für sämtliche Kündigungsgründe nach der Probezeit fest, ob das Erfordernis einer Mahnung besteht.

¹¹⁹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹²⁰ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹²¹ Siehe auch Kapitel 5.1.3 'Missbräuchliche Kündigung' und 5.1.4 'Diskriminierende Kündigung'.

¹²² ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

7.2.4 Erfordernis der Mahnung oder ausnahmsweiser Verzicht darauf?

Die Mahnung ist Ausdruck des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV), welches es bei der Auflösung von öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen zu beachten gilt.¹²³

Eine Kündigung gem. Art. 17 Abs. 3 lit. a–d PR kann nach Ablauf der Probezeit nur ausgesprochen werden, wenn die Gründe für die Kündigung trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen (Art. 18 Abs. 1 PR). Zweck der Mahnung ist es, eine Besserung herbeizuführen, nach der das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden kann (Art. 18 Abs. 2 PR). Eine Kündigung kann in Fällen von schwerwiegender Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten oder wenn feststeht, dass die Mahnung ihren Zweck nicht erfüllen kann, auch ohne vorangehende Mahnung ausgesprochen werden (Art. 18 Abs. 3 PR).

Bei Kündigungsgründen, die grundsätzlich eine Mahnung erfordern (Art. 17 Abs. 1 lit. a–d PR), ist zu prüfen, ob unter Umständen auf eine Mahnung verzichtet werden kann. Eine Mahnung ist aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips bei schwerwiegender Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten nicht immer erforderlich (Art. 18 Abs. 3 lit. a PR). Ebenso ist darauf zu verzichten, wenn die Mahnung ihren Zweck nicht erfüllen kann (Art. 18 Abs. 3 lit. b PR). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich die betreffende Person explizit weigert, eine verlangte Verhaltensänderung umzusetzen.¹²⁴

Art. 34 AB PR regelt den Inhalt und die Form der Mahnung. Die Mahnung hat schriftlich zu erfolgen und beschreibt die Mängel und Umstände, die Anlass zu einer Kündigung geben können. Sie enthält den Hinweis auf eine allfällige Kündigung, falls es nicht zu einer hinreichenden Besserung kommt (Art. 34 Abs. 1 AB PR). Zur Behebung der Mängel werden Ziele und eine angemessene Bewährungsfrist für deren Erreichung angesetzt (Art. 34 Abs. 2 AB PR), auf eine Bewährungsfrist kann nur verzichtet werden, wenn die sofortige Behebung des Mangels objektiv möglich oder zumutbar ist (Art. 34 Abs. 3 AB PR). Der Arbeitnehmer muss zur Mahnung angehört werden (Art. 34^{bis} Abs. 3 AB PR).

Die Anforderungen an den Nachweis der Zwecklosigkeit einer Mahnung sind anspruchsvoll. Eine blosse 'überwiegende Wahrscheinlichkeit' in dieser Hinsicht genügt nicht;

¹²³ Siehe auch Kapitel 5.2.3 'Verhältnismässigkeitsprinzip'.

¹²⁴ VGer VB.2014.00174 vom 22.10.2014 E. 4.1.

vielmehr muss die Zwecklosigkeit der Mahnung nachweisbar sein. Falls auf die Mahnung verzichtet wird, muss dies in der Kündigung begründet werden.¹²⁵

7.2.5 Erfordernis des rechtlichen Gehörs

Bei der Kündigung durch die Arbeitgeberin ist auch hier der im Verwaltungsverfahren zu beachtende verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) von grosser Bedeutung.¹²⁶ Dieser beinhaltet insbesondere das Recht des Arbeitnehmers, sich vor Erlass einer belastenden Entscheidung zur Sache äussern zu können. Der Anspruch wird in Art. 37 PR weiter konkretisiert. Zusätzlich regeln Art. 18 PR sowie Art. 34 - 34^{ter} AB PR die Anhörung bei Mahnungen und Bewährungsfristen sowie die schriftliche Stellungnahme, wenn die Kündigung aufgrund von Mängeln in Leistung oder Verhalten erfolgen soll.

Das Anhörungsrecht erfordert, dass die von einer Entscheidung betroffene Person vor der Entscheidung über alle wesentlichen Aspekte informiert wird und sich im Detail dazu äussern kann. Arbeitnehmer haben das Recht, eine Vertrauensperson während der Anhörung hinzuzuziehen.¹²⁷

7.2.6 Folgen einer missbräuchlichen oder sachlich nicht gerechtfertigten Kündigung (Art. 17 Abs. 4 – 7 PR)

Erweist sich eine Kündigung durch die Arbeitgeberin als sachlich nicht gerechtfertigt oder missbräuchlich, wird die betroffene Person auf Antrag von der Stadt an einer anderen, zumutbaren Stelle neu angestellt, sofern keine triftigen Gründe gegen eine Neuanstellung sprechen (Art. 17 Abs. 4 PR). Sind triftige Gründe vorhanden, die gegen eine Neuanstellung sprechen, wird eine Entschädigung gem. Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung ausgerichtet (Art. 17 Abs. 5 PR).

Bis zum 31. März 2020 sah das PR bei missbräuchlicher oder sachlich nicht gerechtfertigter Kündigung als primäre Rechtsfolge die Weiterbeschäftigung an der bisherigen Stelle vor. Die heutige Anweisung zur Neuanstellung ist nicht mehr identisch mit der damaligen Option der Weiterbeschäftigung an der angestammten Stelle. Das Recht auf Neuanstellung bezieht sich auf andere zumutbare Stellen innerhalb der Stadtverwaltung.¹²⁸

¹²⁵ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹²⁶ Siehe auch Kapitel 5.2.2 'Rechtliches Gehör'.

¹²⁷ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹²⁸ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

Bei einer Neuanstellung gem. Abs. 4 wird für die Berechnung der Dienstjahre die vorangegangene Dauer des Arbeitsverhältnisses dazugezählt und der Anfangslohn ist gleich hoch wie der Lohn am Ende der Kündigungsfrist (Art. 17 Abs. 6 PR). Zudem können Arbeitnehmer, deren Kündigung sich als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt herausstellt, eine Kostenbeteiligung der Stadt gem. Art. 33^{bis} PR geltend machen für Massnahmen zur Förderung des beruflichen Fortkommens (Art. 17 Abs. 7 PR).

8 Die Kündigung aufgrund von mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten bei der Stadt Zürich

8.1 Voraussetzungen und Definition

Eine Kündigung ist möglich, wenn Mängel in der Leistung oder im Verhalten vorliegen (Art. 17 Abs. 3 lit. b PR), welche trotz schriftlicher Mahnung fortbestehen oder sich wiederholen (Art. 18 Abs. 1 PR).

Die Leistung eines Arbeitnehmers wird dann als mangelhaft angesehen, wenn sie in qualitativer oder in quantitativer Hinsicht nicht genügt, den Arbeitserfolg zu erreichen.¹²⁹ Der Arbeitnehmer hat dabei aber keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten verletzt (Art. 17 Abs. 3 lit. a PR) oder sich als ungeeignet bzw. untauglich erwiesen, die vereinbarte Arbeit zu verrichten (Art. 17 Abs. 3 lit. c PR).

Im Unterschied zur Qualität der Arbeitsleistung lässt sich das Verhalten der Arbeitnehmer nicht eindeutig objektivieren. Hierbei spielt stets die subjektive Einschätzung der beurteilenden Person eine nicht unwesentliche Rolle. Daher sollte die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Verhaltensweisen der betroffenen Person basieren, die auch für Dritte nachvollziehbar sind. Demnach ist es wichtig, die genannten Gründe zu überprüfen und angemessen zu gewichten.¹³⁰ Der Wunsch der Arbeitgeberin, sich von einem schwierigen Arbeitnehmer zu trennen, ist als Kündigungsgrund nicht ausreichend. Durch die objektive Betrachtungsweise der Gründe wird demnach sichergestellt, dass bei Kündigungen aufgrund von Konflikten die Ursachen der Spannungen eingehend betrachtet werden und so die Gefahr einer willkürlichen Kündigung gemindert werden kann.¹³¹

Von unbefriedigendem Verhalten kann ausgegangen werden, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers zu einer Störung der Arbeitsgemeinschaft oder des Betriebsablaufs führt,¹³² wenn er sich nicht in den Betrieb einordnen kann oder ihm der Wille zur vertrauensvollen Zusammenarbeit fehlt.¹³³ Ungenügendes Verhalten zeigt sich im Umgang mit anderen Personen auch durch ein aufmüpfiges Benehmen, mangelnder Verantwortungsbereitschaft oder fehlender Teamfähigkeit, Dynamik oder Integration.¹³⁴

¹²⁹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹³⁰ VGer ZH VB.2020.00375 vom 15.4.2021 E. 3.1.

¹³¹ BVer A-6898/2015 vom 10.03.2016 E. 3.2.2.

¹³² BGer 8C_280/2018 vom 22.01.2019, E. 3.4.

¹³³ VGer ZH VB.2020.00880 vom 2.9.2021 E. 4.2.

¹³⁴ BVer A-3834/2011 vom 28.12.2011 E. 7.5.3.

Ausschlaggebend ist grundsätzlich das Verhalten im Dienst und es betrifft in der Regel Aspekte ohne direkten Bezug zum Arbeitsergebnis. Die Abgrenzung zwischen Mängeln im dienstlichen Verhalten und Leistungsmängeln ist häufig schwierig, insbesondere wenn der Umgang mit anderen Personen ein wichtiger Teil der Aufgaben des Arbeitnehmers ausmacht.¹³⁵

Gem. Art. 151 AB PR haben Arbeitnehmer jedoch auch ausserdienstlich alles zu unterlassen, was ihre Vertrauenswürdigkeit hinsichtlich der dienstlichen Pflichten beeinträchtigt. Neben dem dienstlichen kann demnach auch das ausserdienstliche Verhalten mangelhaft sein.

Entscheidend ist hier, ob die begangenen Vergehen das Vertrauen in die ordnungsgemässe Erfüllung der spezifischen Dienstpflichten beeinträchtigen können. Dies könnte der Fall sein, wenn ein Buchhalter eine Vermögensstraftat begeht oder ein VBZ-Fahrer ausserhalb seiner Dienstzeit schwerwiegend gegen Verkehrsregeln verstösst. Es ist ebenfalls wichtig zu berücksichtigen, ob die betreffenden Personen auch im Privatleben mit ihrer dienstlichen Funktion identifiziert werden können (bspw. Polizisten im Aussendienst). Bei diesen können strengere Massstäbe angelegt werden. Es ist jedoch wichtig zu betonen, dass städtische Arbeitnehmer nicht zwangsläufig moralische Vorbilder sein müssen; auch ihnen ist es erlaubt, Schwächen und Fehler zu haben.¹³⁶

Eine scharfe Abgrenzung zwischen den erwähnten Kündigungsgründen in Art. 17 Abs. 3 lit. a PR 'Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten' und lit. b 'Mängel in Leistung oder im Verhalten' ist anspruchsvoll. Sie ist jedoch im Kontext der Erforderlichkeit einer Mahnung von Bedeutung. Bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen kann gem. Art. 18 Abs. 3 lit. a PR auf eine Mahnung verzichtet werden. Ein solcher Verzicht ist gerechtfertigt, wenn der betroffenen Person bewusst hätte sein müssen, dass sie in erheblichem Masse gegen ihre Pflichten verstossen hat. In anderen Fällen, bspw. wenn die Person die Tragweite ihres Verhaltens nicht sofort erkennen konnte, ist zunächst eine Mahnung auszusprechen. Dies gilt auch dann, wenn eine Kündigung bei einmaliger Pflichtverletzung unverhältnismässig wäre (geringe Intensität der Pflichtverletzung), im Wiederholungsfall jedoch als angemessen betrachtet wird. Im Gegensatz dazu kann bei einer Kündigung nach Art. 17 Absatz 3 lit. b PR (Mängel in Leistung oder

¹³⁵ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹³⁶ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 151 AB PR.

Verhalten) von der Mahnung nur abgesehen werden, wenn klar ist, dass die Mahnung ihren Zweck nicht erfüllen wird (Art. 18 Abs. 3 lit. b PR).¹³⁷

Gerechtfertigt ist eine Kündigung auch bei strafbarem Verhalten. Dieses kann jedoch auch als Verletzung dienstlicher Pflichten im Sinne von Art. 17 Abs. 3 lit. a PR gewertet werden.¹³⁸

8.2 Vorgehen in der Praxis

Soll eine Kündigung durch die Arbeitgeberin aufgrund von mangelhafter Leistung oder Mahnung oder bei unbefriedigendem Verhalten des Arbeitnehmers ausgesprochen werden, muss sich die Arbeitgeberin an die strengen Erfordernisse und Voraussetzungen halten, um den hohen Anforderungen in personalrechtlichen Verfahren zu genügen.¹³⁹ Ein entsprechendes Ablaufschema zur Mahnung mit Bewährungsfrist findet sich im intern veröffentlichten Online-Kommentar zum städtischen Personalrecht (Anhang II). Auf die einzelnen Schritte wird fortfolgend eingegangen.

8.2.1 Dokumentation des Fehlverhaltens

Bereits vor Erwägung einer späteren Kündigung und vor Einleitung einer Mahnung sollte mit der Dokumentation des Fehlverhaltens oder der unzureichenden Leistungen des Arbeitnehmers begonnen werden. Die Unterlagen dienen sowohl einem späteren Rechtsmittelverfahren wie auch als Beweis. Denn spätestens beim Mahnungsgespräch müssen dem Arbeitnehmer die Vorwürfe und die entsprechenden Beweisunterlagen vorgelegt werden. Im Rechtsmittelverfahren muss die Arbeitgeberin nachweisen können, dass ausreichende Gründe für eine Kündigung vorlagen. Dies ist nur möglich, wenn die Vorfälle, die dazu geführt haben, dokumentiert sind. Die Dokumentation sollte bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers fortgeführt werden.¹⁴⁰ Die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses liegt nach ständiger Rechtsprechung bei der Arbeitgeberin.¹⁴¹

8.2.2 Aussprache einer Mahnung mit oder ohne Bewährungsfrist

Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips wie auch der Fürsorgepflicht hat die Arbeitgeberin, bevor sie eine Mahnung ausspricht, immer niederschwelligere Massnahmen zu prüfen. Es können bspw. Problemlösungs- oder Massnahmegespräche geführt oder

¹³⁷ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹³⁸ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 17 PR.

¹³⁹ Siehe auch Kapitel 7.2 'Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin'.

¹⁴⁰ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁴¹ Siehe auch Kapitel 7.2.2 'Voraussetzungen'.

mittels Zielvereinbarung in den regelmässigen Standort- und Beurteilungsgesprächen Entwicklungsmassnahmen geprüft und umgesetzt werden.

Halten die Mängel in Leistung und Verhalten trotz der getroffenen Massnahmen an, kann eine Mahnung mit oder ohne Bewährungsfrist ausgesprochen werden.

Mit der Mahnung müssen konkrete Ziele gesetzt werden, damit der Arbeitnehmer genau weiss, was von ihm erwartet wird. Dabei sollte der Fokus nicht nur auf den negativen Aspekten liegen, die zur Mahnung geführt haben. Die Leistung des Arbeitnehmers sollte insgesamt und nicht nur in bestimmten Bereichen bewertet werden. Die festgelegten Ziele sollten besonders in den Bereichen detailliert und präzise sein, in denen bisher Probleme aufgetreten sind. Diese Ziele müssen objektiv erreichbar und messbar sein. Akzeptabel ist es, Anforderungen zu stellen, die in der Stellenbeschreibung enthalten sind und grundsätzlich von Arbeitnehmern in der entsprechenden Funktion erfüllt werden müssen. Es ist jedoch unzulässig, unrealistische oder für die Funktion nicht angemessene Ziele zu setzen, deren Erreichung stark von anderen Personen oder externen Umständen abhängt.¹⁴²

Vor der schriftlichen Mahnung muss entschieden werden, ob sie mit einer Bewährungsfrist verbunden werden soll oder nicht. Gem. Art. 34 Abs. 3 AB PR kann auf eine Bewährungsfrist verzichtet werden, wenn die unverzügliche Behebung des festgestellten Mangels objektiv möglich und zumutbar ist. Dies ist in der Regel bei Verletzungen wesentlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis der Fall. Beispiele hierfür sind die Weigerung, an einer vertrauensärztlichen Untersuchung teilzunehmen (Pflicht gemäss Art. 84 PR i.V.m. Art. 182 AB PR), die Annahme eines Geschenks, das gegen das Geschenkannahmeverbot verstösst (Art. 154 AB PR), oder die fehlerhafte Erfassung der Arbeitszeit.¹⁴³

8.2.3 Anhörung zur Mahnung und Kündigungsandrohung

Wird eine Kündigung nach Art. 17 Abs. 3 lit. b PR in Betracht gezogen und liegen keine Gründe für einen Verzicht auf eine Mahnung vor, muss der Arbeitnehmer gem. Art. 34^{bis} Abs. 3 AB PR angehört werden. Dies erfolgt in der Regel mittels einem Mahngespräch unter Mitwirkung der vorgesetzten Stelle und einer HR-Fachperson.

Die Einladung zu diesem Gespräch sollte darauf hinweisen, dass aktuelle Probleme im Arbeitsverhältnis besprochen werden sollen. Obwohl kein Anspruch auf die Anwesenheit einer Vertrauensperson besteht, könnte dies unter bestimmten Umständen sinnvoll sein

¹⁴² ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁴³ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

und kann gewährt werden. Inhaltlich sollten die Mängel thematisiert werden, und es ist detailliert darzulegen, in welchen Bereichen eine Verbesserung erwartet wird oder welche Pflichten einzuhalten sind (Rügefunktion). Abschliessend ist die Absicht zur Kündigung mitzuteilen, falls trotz Mahnung und gegebenenfalls einer Bewährungsfrist keine oder keine ausreichende Besserung erreicht wird. Während des Gesprächs sollte dem Arbeitnehmer die Gelegenheit gegeben werden, sich zu den Vorwürfen, Zielen und der Kündigungsandrohung zu äussern. Das Gespräch ist in einem Protokoll zusammenzufassen und von allen Beteiligten zu unterzeichnen.¹⁴⁴

Die Mahnung hat nach dem Gespräch schriftlich zu erfolgen. Art. 34 Abs. 1 AB PR verlangt dies insbesondere aus Beweisgründen. In der schriftlichen Mahnung werden die im Gespräch thematisierten Mängel und Umstände beschrieben, die Anlass zu einer Kündigung geben können. Sie muss ebenfalls eine Kündigungsandrohung enthalten, falls es nicht zu einer hinreichenden Besserung kommt. Die schriftliche Mahnung stellt keine Verfügung dar, ist jedoch mittels Einschreiben zuzustellen oder gegen Unterschrift zu überreichen.¹⁴⁵

8.2.4 Ansetzung der Bewährungsfrist

Wird mit der schriftlichen Mahnung eine Bewährungsfrist für die Behebung der Mängel bzw. für die Erreichung der Ziele ausgesprochen, wird deren Dauer auf mindestens zwei und höchstens sechs Monate festgesetzt. Die Verbesserungen müssen über die angesetzten Fristen hinaus andauern (Art. 34 Abs. 1 und Abs. 2 AB PR).

Die konkrete Dauer der Bewährungsfrist ist aufgrund der individuellen Umstände zu bestimmen, sie soll aber angemessen in einem Verhältnis zur bisherigen Anstellungsdauer sein und die gesetzten Ziele berücksichtigen. Ist der Arbeitnehmer während dieser Frist für eine längere Zeit aus unvorhersehbaren Gründen in der Arbeitsleistung verhindert (Krankheit, Unfall, etc.), so ist diese analog der Probezeit (Art. 14 Abs. 3 PR) zu verlängern. Bereits bekannte, nicht verschiebbare Absenzen sind bei der Bestimmung der Frist zu berücksichtigen.¹⁴⁶

Ziel der Bewährungsfrist ist es, festzustellen, ob sich vermeintliche Kündigungsgründe weiterhin manifestieren oder nicht. Der Arbeitnehmer erhält Gelegenheit, sich zu verbessern, um eine mögliche Kündigung zu verhindern. Sein Verhalten innerhalb der

¹⁴⁴ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁴⁵ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁴⁶ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

Bewährungsfrist dient der Objektivierung des Kündigungsgrunds. Somit werden für die betroffene Person die Verfahrensrechte wie auch - aufgrund der Möglichkeit der Bewährung – das Willkürverbot gewahrt.¹⁴⁷

8.2.5 Durchführung der Bewährungsfrist

Der Arbeitnehmer steht während der Bewährungsfrist unter erhöhter Beobachtung. Die gesetzten Ziele müssen regelmässig durch die Arbeitgeberin (hier üblicherweise die vorgesetzte Person) geprüft werden. Die vorgesetzte Person ist angehalten, den Prozess so gut wie möglich zu begleiten und zu unterstützen, damit das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden kann. Der Arbeitnehmer muss sich zudem nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) darauf verlassen können, dass ihm die volle angesetzte Frist zur Verfügung steht, um sich zu bewähren.¹⁴⁸

Die Bewährungsfrist stellt jedoch keine Sperrfrist dar. Sie kann vorzeitig abgebrochen werden, wenn ein Umstand bekannt wird, der den Verzicht auf eine Mahnung gem. Art. 18 Abs. 3 PR gerechtfertigt hätte.¹⁴⁹ Es ist bereits in der Mahnung schriftlich festzuhalten, dass unter den genannten Umständen ein vorzeitiger Abbruch der Frist droht. Da es dabei um schwerwiegende Pflichtverletzungen oder die Zwecklosigkeit einer Mahnung geht, erweist sich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Regel als unzumutbar. Ein Grund für einen vorzeitigen Abbruch der Bewährungsfrist könnte vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, die angesetzten Ziele zu erfüllen. Auch mehrere kleine Vorkommnisse können eine Kündigung vor Ablauf der Frist rechtfertigen. Muss die Bewährungsfrist aufgrund der genannten Gründe vorzeitig abgebrochen werden, kann die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist und nach Gewährung des rechtlichen Gehörs ausgesprochen werden.¹⁵⁰

Besteht kein Grund, die Bewährungsfrist vorzeitig abubrechen, hat die Arbeitgeberin nach Ablauf der Frist ein abschliessendes Gespräch durchzuführen (Art. 34^{bis} Abs. 1 AB PR). Die Zielerreichung wird in einem Beurteilungsgespräch besprochen und schriftlich dokumentiert (Art. 34^{bis} Abs. 3 AB PR).

Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers sind über den gesamten Beobachtungszeitraum zu würdigen. Wenn die festgelegten Ziele mehrheitlich, jedoch nicht vollständig, erreicht werden, sollte unter Anwendung des Prinzips der Verhältnismässigkeit anhand

¹⁴⁷ VGer ZH PB.2010.00007 vom 16.06.2010 E. 8.1.

¹⁴⁸ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁴⁹ VGer ZH VB.2011.00595 vom 7.3.2012, E. 5.

¹⁵⁰ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

der Schwere der noch vorhandenen Mängel entschieden werden, ob eine Kündigung ausgesprochen oder eine mildere Massnahme ergriffen werden kann. Bei einer kurzen Bewährungsfrist sollte ein strengerer Massstab angelegt werden als bei einer längeren Frist. Einzelne Fehler rechtfertigen bei einer kurzen Frist eher die Kündigung im Vergleich zu einer längeren Frist.¹⁵¹

8.2.6 Erfolgreiche Bewährungsfrist

Können die Ziele durch den Arbeitnehmer während der Bewährungsfrist hinreichend erreicht werden, wird auf eine Kündigung verzichtet. In dem oben erwähnten abschliessenden Gespräch soll vor allem auf die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses während der Bewährungsfrist eingegangen werden. Die Verbesserungen müssen andauern, sonst kann die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit ohne erneute Mahnung kündigen.¹⁵²

Haben die Verbesserungen mindestens zwei Jahre seit Aussprache der Mahnung angehalten, ist unter den Voraussetzungen von Art. 18 PR bei erneutem Auftreten desselben Mangels eine weitere Mahnung auszusprechen (Art. 34 Abs. 4 AB PR).

Dem Arbeitnehmer ist daher mitzuteilen, dass die geforderte Leistung auch nach Ablauf der Bewährungsfrist erreicht werden muss und dies für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unerlässlich ist.¹⁵³

8.2.7 Nichtbewährung und Beabsichtigung zur Kündigung

Hat der Arbeitnehmer die Bewährungsfrist nicht bestanden, erfolgt ebenfalls ein Gespräch zur Beurteilung der Zielerreichung (Art. 34^{bis} Abs. 3 AB PR). Der Arbeitnehmer kann am Gespräch zur Zielerreichung Stellung nehmen.¹⁵⁴

Wenn die Erwartungen bisher nicht vollständig erfüllt wurden, eine Weiterbeschäftigung bei der Stadt jedoch grundsätzlich in Betracht kommt, kann es angemessen sein, im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch die Möglichkeit einer Versetzung innerhalb oder ausserhalb der Dienstabteilung zu überprüfen.¹⁵⁵

Falls die Kündigung weiterhin beabsichtigt ist, erfolgt die Einladung zum rechtlichen Gehör zur beabsichtigten Kündigung. Die Anhörung vor einer in Aussicht stehenden Kündigung richtet sich grundsätzlich nach Art. 37 PR. Der Arbeitnehmer muss vor Erlass einer

¹⁵¹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁵² ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁵³ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁵⁴ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁵⁵ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

belastenden Verfügung, hier namentlich der Kündigung, angehört werden¹⁵⁶ und es ist ihm erlaubt, eine Person seines Vertrauens beizuziehen (Art. 37 Abs. 3 PR).

Die Einladung zum rechtlichen Gehör hat so zu erfolgen, dass der Arbeitnehmer sich darauf vorbereiten kann. Er muss die Gelegenheit erhalten, zu den erhobenen Vorwürfen und der Absicht zur Kündigung Stellung zu nehmen. Es darf eine Vertrauensperson hinzugezogen werden. Zudem ist darauf zu achten, dass der Arbeitnehmer dem Kündigungsgespräch folgen und seine Standpunkte angemessen äussern kann. Im Gespräch ist zu erläutern, welche Ziele nicht erreicht werden konnten oder welche Pflichten (erneut) verletzt worden sind und was massgebend für die Kündigung ist.¹⁵⁷

Nachdem der Arbeitnehmer zur Kündigungsabsicht Stellung nehmen konnte (daher: angehört wurde), soll das Gespräch unterbrochen werden, um den beteiligten Vertretern der Arbeitgeberin die Gelegenheit zu geben, eventuelle Einwände und das weitere Vorgehen zu besprechen. Alle wesentlichen Aussagen der Beteiligten sollten protokolliert und in der Personalakte festgehalten werden.¹⁵⁸ Falls die Argumente des Arbeitnehmers nichts daran zu ändern vermochten, dass die Arbeitgeberin eine Kündigung aussprechen will, räumt die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme ein (Art. 34^{ter} Abs. 1 AB PR).

Bei Kündigungen aufgrund von Mängeln in Leistung oder Verhalten sieht das PR ein zusätzliches schriftliches Äusserungsrecht vor. Ergeben sich aus der Anhörung oder aus anderen Umständen erhebliche Zweifel an der Berechtigung der Vorwürfe, trifft die Anstellungsinstanz die erforderlichen Abklärungen (Art. 34^{ter} Abs. 2 AB PR), bevor über die Kündigung entschieden wird.

Die Situation in diesen Fällen ist oft komplexer als bei anderen Gründen für Kündigungen, was es für die betroffenen Personen schwieriger macht, unmittelbar in der mündlichen Anhörung auf die vorgebrachten Vorwürfe zu reagieren. Die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme bietet eine weitere Gelegenheit, fundierte Einwände gegen eine mögliche Kündigung vorzubringen. Dies dient der Klärung des Sachverhalts sowie der Bereitschaft, eine eventuelle Kündigung zu akzeptieren. In der Regel wird für die schriftliche Stellungnahme eine kurze Frist von etwa zehn Tagen festgelegt, mit dem Hinweis, dass bei fehlender Rückmeldung ein Verzicht auf die Stellungnahme angenommen

¹⁵⁶ Siehe auch Kapitel 7.2.5 'Erfordernis des rechtlichen Gehörs'.

¹⁵⁷ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁵⁸ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

wird.¹⁵⁹ Die Kündigung wäre in formeller Hinsicht mangelhaft, wenn die Arbeitgeberin ohne ausreichenden Grund davon absieht, dem Arbeitnehmer Gelegenheit zu einer schriftlichen Stellungnahme einzuräumen.¹⁶⁰

Nach Ablauf der Frist hat die Arbeitgeberin die schriftliche Stellungnahme des Arbeitnehmers zu prüfen (Art. 34^{ter} Abs. 2 AB PR). Soll an der Kündigung festgehalten werden, erstellt die Arbeitgeberin eine Kündigungsverfügung, welche mit einer Rechtsmittelbelehrung begründet (Art. 39 PR) ist. Diese wird dem Arbeitnehmer persönlich gegen Unterschrift übergeben oder per Einschreiben versendet. Bei der Kündigung sind wiederum die Kündigungs- und Sperrfristen (Art. 16 und Art. 19 PR) zu beachten.

Konnte die schriftliche Stellungnahme des Arbeitnehmers die Arbeitgeberin davon überzeugen, dass von einer Kündigung abgesehen werden soll, werden je nach Situation weitere Abklärungen getroffen und zuhänden der Personalakten dokumentiert.¹⁶¹

8.2.8 Voraussetzungen und Vorgehen in der Probezeit

Die Probezeit dient als Orientierungsphase, in der Arbeitnehmer herausfinden können, ob die neue Position ihren Erwartungen entspricht. Gleichzeitig kann die Stadt als Arbeitgeberin prüfen, ob der Arbeitnehmer für die Stelle geeignet ist. Unter diesen Umständen können beide Seiten das Arbeitsverhältnis unter erleichterten Bedingungen kündigen, falls die Erwartungen an die Zusammenarbeit nicht erfüllt werden.¹⁶² Trotzdem hat sich die Arbeitgeberin auch hier an die verfassungsmässigen Grundsätze zu halten.¹⁶³

Die Kündigung während der Probezeit setzt ebenfalls einen sachlich zureichenden Grund voraus. Die Gründe beschränken sich aber nicht auf diejenigen, welche in Art. 17 Abs. 3 PR genannten werden. Jeder Umstand, der zum Schluss führt oder die Annahme rechtfertigt, dass der Arbeitnehmer wesentliche Erwartungen nicht erfüllen wird, stellt während der Probezeit einen zulässigen sachlichen Kündigungsgrund (nämlich denjenigen der mangelnden Eignung) dar. Die Eignung einer Person wird bspw. in Frage gestellt, wenn sie nicht die Fähigkeit für die Aufgabenerfüllung besitzt, nicht bereit ist, vereinbarte Tätigkeiten auszuführen, die Leistung mangelhaft ist oder sich das notwendige Vertrauensverhältnis zur vorgesetzten Person nicht entwickelt hat.¹⁶⁴

¹⁵⁹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁶⁰ VGer ZH PB.2004.00008 vom 18.8.2004 E. 2.2.

¹⁶¹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

¹⁶² ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 14 PR.

¹⁶³ Siehe auch Kapitel 5.2 'Die Kündigung im öffentlichen Recht'.

¹⁶⁴ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 14 PR.

Wird an der Eignung des Arbeitnehmers gezweifelt, muss die Arbeitgeberin ihn darauf hinweisen (Willkürverbot, Verhältnismässigkeit). Gespräche sind aufgrund der Beweislast schriftlich zu dokumentieren und in den Personalakten abzulegen. Eine formelle Mahnung mit Kündigungsandrohung ist jedoch nicht erforderlich. Art. 18 PR setzt die Mahnung nur bei Kündigungen nach der Probezeit voraus (Abs. 1).

Der weitere Ablauf entspricht im Wesentlichen demjenigen der ordentlichen Kündigung.¹⁶⁵ Vor der Kündigung ist dem Arbeitnehmer wiederum das rechtliche Gehör zu gewähren (Art. 37 PR). Mit der Einladung zum rechtlichen Gehör ist ihm mitzuteilen, dass eine Kündigung geprüft wird, und dass eine Vertrauensperson an das Gespräch mitgebracht werden kann. Nach Anhörung des Arbeitnehmers und Prüfung allfälliger Einwände kann die Kündigung erfolgen.

Falls die Kündigung mit Mängeln in Leistung oder Verhalten begründet wird, ist während der Probezeit die Gewährung des mündlichen rechtlichen Gehörs ausreichend. Gemäss Art. 34^{ter} AB PR sollte vor einer Kündigung, die auf Mängel in Leistung oder Verhalten basiert, zusätzlich die Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben werden. Es ist jedoch zu beachten, dass Art. 34^{ter} AB PR eine Ausführungsbestimmung zu Art. 18 PR betreffend Mahnung ist und erst für Kündigungen nach der Probezeit gilt. Daher kann bei Kündigungen während der Probezeit auf eine schriftliche Stellungnahme verzichtet werden.¹⁶⁶

Die Kündigung hat ebenfalls mittels einer begründeten Verfügung zu erfolgen und ist mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 39 PR).

8.2.9 Besonderheit Arbeitsplatzkonflikt

Eine Kündigung durch die Arbeitgeberin ist missbräuchlich, wenn der Grund für die Kündigung ein Arbeitskonflikt ist und die Arbeitgeberin diesen wesentlich mitverursacht respektive ungenügende Massnahmen zu dessen Entschärfung getroffen hat.¹⁶⁷

Diese Rechtsprechung hat auch für die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin Gültigkeit. In den meisten Entscheiden ist nicht genauer ausgeführt, was unter den Massnahmen zu verstehen ist, welche die Arbeitgeberin vorgängig zu prüfen und allenfalls zu ergreifen hat. Möglich wären Aussprachen, Befragungen, Teamsitzungen, Mediationen oder Coachings, Neuorganisation der Arbeitsabläufe, Zielvorgaben und weitere

¹⁶⁵ Siehe auch Kapitel 8.2.7 'Nichtbewährung und Beabsichtigung zur Kündigung'.

¹⁶⁶ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 14 PR.

¹⁶⁷ BGE 132 III 115.

Führungsmassnahmen. Eine Arbeitgeberin, die es versäumt, einen Konflikt zwischen seinen Arbeitnehmern im Rahmen seiner Fürsorgepflicht zu lösen, kann später nicht argumentieren, dass der Konflikt die Arbeitsleistung beeinträchtigt, um dann den Beteiligten zu kündigen.¹⁶⁸

Um eine Kündigung aufgrund von Mängeln in Leistung oder Verhalten in Zusammenhang mit einem Arbeitskonflikt zu rechtfertigen, ist es umso wichtiger, dass dem Arbeitnehmer durch die schriftliche Mahnung differenziert und anhand von Beispielen verdeutlicht wird, welche spezifischen Mängel zur Mahnung geführt haben und welche Leistung sowie welches Verhalten in Zukunft erwartet werden. Zudem obliegt es der Arbeitgeberin aufgrund ihrer Fürsorgepflicht, alle angemessenen und geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um den Arbeitskonflikt zu entschärfen. Sollte ein Arbeitnehmer im Rahmen eines mitverursachten Arbeitskonflikts nicht mehr in der Lage sein, die Anforderungen einer Position zu erfüllen, sollte der Konflikt vorrangig geschlichtet und gegebenenfalls eine Versetzung in Erwägung gezogen werden. Falls dies aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers nicht gelingt und die Mängel trotz Mahnung und ergriffener Massnahmen fortbestehen, kann eine Kündigung in Betracht gezogen werden.¹⁶⁹

¹⁶⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR N 4.

¹⁶⁹ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.

9 Mögliche Herausforderungen für die Arbeitgeberin Stadt Zürich in der Praxis

Die Verfasserin hält fest, dass der Prozess der Kündigung durch die Arbeitgeberin bei der Stadt Zürich wie auch im öffentlichen Recht generell sehr anspruchsvoll ist. Die rechtlichen Vorgaben sind streng einzuhalten, da Verfahrensfehler gravierende Folgen haben können. Spezifisch die Kündigung aufgrund von mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten erfordert eine sorgfältige Prüfung und ein umsichtiges Vorgehen.

Der Kündigungsprozess bei Mängeln in Leistung oder Verhalten bei der Stadt Zürich beinhaltet eine umfassende Dokumentation des Fehlverhaltens, eine mögliche Mahnung mit oder ohne Ansetzung einer Bewährungsfrist, Festlegung von Zielen und Durchführung der Bewährungsfrist, eine abschliessende Beurteilung der Zielerreichung, Gewährung des rechtlichen Gehörs wie auch die Möglichkeit des Arbeitnehmers, schriftlich zu den Vorwürfen Stellung zu nehmen.

Bei Kündigungen während der Probezeit gelten erleichterte Bedingungen, wobei auch hier die verfassungsmässigen Grundsätze berücksichtigt werden müssen. Insbesondere bei Arbeitsplatzkonflikten sind zusätzliche Massnahmen zur Konfliktlösung erforderlich, bevor eine mögliche Kündigung in Betracht gezogen werden kann.

Folgend sind die wichtigsten Herausforderungen und Stolpersteine aufgelistet, die während eines Kündigungsprozess auftreten können:

9.1 Dokumentation und Nachweis der Mängel in Verhalten oder Leistung

Die Arbeitgeberin muss Mängel in Leistung oder Verhalten dokumentieren und nachweisen können. Eine unzureichende Dokumentation kann zu rechtlichen Herausforderungen führen, da die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses bei der Arbeitgeberin liegt.

Mangelhafte Leistung wird definiert durch qualitative oder quantitative Unzulänglichkeiten, während unbefriedigendes Verhalten zu Störungen im Arbeitsumfeld führen kann. Die Einschätzung des Verhaltens ist zudem oft subjektiv und es ist schwierig, objektive Kriterien für unbefriedigendes Verhalten festzulegen (im Gegensatz zu einer unbefriedigenden Leistung). Dies kann zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmern führen, was die Beweislasthebung für die Arbeitgeberin zusätzlich erhöht.

9.2 Notwendigkeit der Mahnung

Die Anforderungen an eine schriftliche Mahnung vor der Kündigung sind hoch. Eine Mahnung muss immer als eine solche erkennbar sein, sie stellt eine scharfe Rüge mit Warnfunktion dar und ist mit einer Kündigungsandrohung verbunden. Auf eine Mahnung kann nur verzichtet werden, wenn dies gerechtfertigt, daher die Pflichtverletzung schwerwiegend genug ist.

9.3 Bewährungsfrist und Ziele

Die Festlegung und Durchführung einer Bewährungsfrist erfordern genaue Zielsetzungen und eine objektive Beurteilung. Es besteht die Gefahr, dass die Kriterien für das Bestehen der Bewährungsfrist nicht klar definiert werden. Die Ziele dürfen nicht willkürlich sein. Sie müssen fair festgelegt und auch für Dritte nachvollziehbar beurteilt werden.

9.4 Rechtliches Gehör

Die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs ist zwingend. Der Arbeitnehmer muss die Gelegenheit haben, angehört zu werden, sich zu den Vorwürfen äussern zu können und Einwände vorzubringen. Die Arbeitgeberin ist wiederum verpflichtet, sich die Einwände anzuhören und darauf einzugehen. Das rechtliche Gehör ist verletzt, wenn die Kündigung bereits vor der Anhörung beschlossen wurde.

9.5 Arbeitsplatzkonflikt

Wenn dem Kündigungsgrund ein Arbeitskonflikt zu Grunde liegt, erfordert dies eine gründliche Untersuchung und der Kündigung vorangehende angemessene Massnahmen seitens der Arbeitgeberin. Eine mangelnde Lösung von Konflikten kann die Rechtmässigkeit einer späteren Kündigung beeinträchtigen. Die getroffenen Massnahmen sind durch die Arbeitgeberin umfassend zu dokumentieren.

9.6 Verhältnismässigkeit der Kündigung

Die Verhältnismässigkeit der Kündigung in Bezug auf die Schwere der Mängel und das Verhalten des Arbeitnehmers ist entscheidend. Eine unverhältnismässige Kündigung kann zu rechtlichen Konsequenzen führen, denn eine Kündigung muss stets 'ultima ratio' sein.

9.7 Krankheit als Komplexitätsfaktor in Kündigungsverfahren

In ihrem Arbeitsalltag hat die Verfasserin leider selten die Erfahrung gemacht, dass dieser sehr aufwändige Prozess, der auf den Verfassungsgrundsätzen wie auch dem Gedanken eines umfassenden Kündigungsschutzes beruht, zum erhofften Ziel führt und sich Arbeitnehmer in ihrer Leistung oder ihrem Verhalten verbessert haben. Die Aussprache einer Mahnung mit Bewährungsfrist hatte in den meisten Fällen, welche die Verfasserin in ihrer Rolle als Leiterin HR begleitete, umgehende Krankschreibungen seitens der Arbeitnehmer zur Folge.

Genauso herausfordernd wie sich der Prozess für die Arbeitgeberin gestaltet, kann es für Arbeitnehmer sein, Kritik in Bezug auf Leistung oder Verhalten anzunehmen. Es kann schwierig sein, dem Druck standzuhalten, welcher bspw. eine Bewährungsfrist und die dazugehörigen Kontrollen mit sich bringen und es kommt häufig vor, dass eine Krankheit dann unausweichlich wird.¹⁷⁰ Dies Tatsache erhöht die Komplexität des Prozesses zusätzlich.

9.7.1 Sperrfristen

Während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist dieser für eine gewisse Dauer vor einer Kündigung geschützt.¹⁷¹ Die Dauer der Sperrfrist variiert nach Anzahl Dienstjahre und richtet sich gem. Art. 19 PR nach den Bestimmungen des OR (Art. 336c OR). Sperrfristen gelten gem. Art. 336c OR erst nach Ablauf der Probezeit.

Ist die Sperrfrist abgelaufen, wäre eine Kündigung möglich, auch wenn die Krankheitsabsenz länger andauert. Dabei sind die allgemeinen Vorgaben des PR und der AB PR zur Beendigung zu beachten. Insbesondere muss für die Kündigung jedoch ein sachlicher Grund gem. Art. 17 Abs. 3 PR vorliegen.¹⁷²

9.7.2 Krankheit ist kein Kündigungsgrund

Die Abwesenheit aufgrund von Krankheit gilt nicht als ausreichender Grund für eine Kündigung. Zudem muss einem Arbeitnehmer, der aufgrund von Leistungs- oder Verhaltensproblemen entlassen werden soll, zunächst eine Bewährungsfrist gemäss Art. 18 Abs. 1 PR gewährt werden.¹⁷³ Dies kann jedoch nur umgesetzt werden, wenn der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist.

¹⁷⁰ VOGEL, S. 40.

¹⁷¹ Siehe auch Kapitel 5.1.2 'Kündigung zur Unzeit'.

¹⁷² ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 19 PR.

¹⁷³ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 19 PR.

Die Stadt Zürich sieht auch für Kündigungen während der Probezeit einen sachlich zu-
reichenden Grund vor (bspw. mangelnde Eignung).¹⁷⁴ Auch in diesem Fall ist eine Kün-
digung aufgrund von Krankheit nicht möglich. Die Probezeit verlängert sich jedoch bei
einer Abwesenheit infolge von Krankheit (Art. 14 Abs. 3 PR).

9.7.3 Lohnfortzahlung

Wird der Arbeitnehmer wegen Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm die
Arbeitgeberin für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten
(Art. 324a Abs. 1 OR). Im ersten Dienstjahr beträgt die Lohnfortzahlung drei Wochen,
insofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei
Monate eingegangen wurde. Danach verlängert sich diese um eine angemessene Zeit
(Art. 324a Abs. 2 OR).

Um Klarheit zu schaffen, was eine angemessene Zeit ist, sind Skalen erarbeitet worden,
die für den Regelfall gelten sollen. Die älteste ist die Berner Skala, es gibt aber auch eine
für Zürich und Basel. Nach der Zürcher Skala beträgt die Lohnfortzahlung im ersten
Dienstjahr drei Wochen, im zweiten acht Wochen und danach für jedes Dienstjahr eine
Woche mehr.¹⁷⁵

Der Lohnanspruch bei Krankheit wird bei der Stadt Zürich in Art. 61 PR geregelt. Die
Lohnfortzahlung bei voller oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit beträgt bereits in den ersten
drei Monaten (also in der Regel während der Probezeit), 180 Tage (90 Tage zu 100%,
90 Tage zu 80%), vom vierten bis zum zwölften Monat 360 Tage (180 Tage zu 100%,
180 Tage zu 80%) und danach 730 Tage (180 Tage zu 100%, 550 Tage zu 80%).

Die Lohnfortzahlung bei der Stadt Zürich ist unverkennbar länger und es ist auch hier ein
besserer Schutz der Arbeitnehmer des öffentlichen Rechts gegenüber den privatrechtli-
chen Arbeitsverhältnissen zu erkennen.

9.7.4 Auflösung aus gesundheitlichen Gründen

Wie oben erwähnt, darf die Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer in der Regel nicht auf-
grund von Krankheit kündigen. Erst wenn eine gesundheitlich bedingte volle oder teil-
weise Unfähigkeit, die übertragenen Aufgaben zu erfüllen, gem. vertrauensärztlichem
Bericht oder Beurteilung der Invalidenversicherung voraussichtlich dauernd oder über
das Ende der Lohnfortzahlung gemäss Art. 61 Abs. 1 PR hinaus besteht, führt dies zur

¹⁷⁴ Siehe auch Kapitel 8.2.8 'Voraussetzungen und Vorgehen in der Probezeit'.

¹⁷⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324b OR N 7.

vollständigen oder teilweisen Auflösung des Arbeitsverhältnisses entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (Art. 23 Abs. 1 PR).

Die Auflösung erfolgt nach der vertrauensärztlichen Feststellung oder Beurteilung der Invalidenversicherung auf Ende des folgenden Monats (Art. 23 Abs. 2 PR). Vom zweiten Dienstjahr an erfolgt sie frühestens auf den Zeitpunkt des Ablaufs von 365 Tagen Lohnfortzahlung gemäss Art. 61 Abs. 1 PR. Sie kann in jedem Fall frühestens nach Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 336c Obligationenrecht verfügt werden (Art. 23 Abs. 2 PR). Zudem hat die Arbeitgeberin vor einer vollständigen Auflösung zu prüfen, ob der Arbeitnehmer an eine andere Stelle innerhalb der Stadtverwaltung vermittelt werden kann (Art. 23 Abs. 3 PR).

Der Umgang mit Krankheit im Zusammenhang mit Kündigungen stellt demnach eine besondere Herausforderung für die Arbeitgeberin dar. Die Erfahrungen zeigen, dass Arbeitnehmer auf eine Mahnung häufig mit einer Krankschreibung reagieren. Dies führt zu einer weiteren Erschwerung im Kündigungsverfahren, da während einer Krankheit Sperrfristen und Lohnfortzahlungspflichten bestehen. Die Stadt Zürich bietet zudem im Falle von Krankheit eine erweiterte Lohnfortzahlung, die deutlich über das hinausgeht, was in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen üblich ist.

Ausserdem darf ein Arbeitnehmer grundsätzlich nicht aufgrund von Krankheit gekündigt werden, es sei denn, es liegt eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit vor, die durch ärztliche Berichte bestätigt wird. Selbst in solchen Fällen ist eine umfangreiche Betrachtung der Situation erforderlich, und die Möglichkeit einer Versetzung innerhalb der Stadtverwaltung muss vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses geprüft werden.

Zusammengefasst zeigt sich, dass Krankheit im Rahmen von Kündigungsverfahren nicht nur rechtliche, sondern auch praktische und ethische Herausforderungen für die Arbeitgeberin, hier die Stadt Zürich, mit sich bringt.

10 Analyse relevanter Gerichtsurteile: Beispiele und Implikationen auf das Kündigungsrecht

Im Folgenden werden relevante Gerichtsurteile detailliert betrachtet, um die rechtlichen Aspekte und Auswirkungen auf den Kündigungsprozess zu verdeutlichen. Anhand der Urteile ist eine Tendenz erkennbar, aus welchen Gründen eine Verfügung mangelhaft oder rechtswidrig sein kann bzw. in welchen Fällen das Gericht die Kündigung gutgeheissen hat. Sie dienen dazu, die theoretischen Erkenntnisse aus früheren Kapiteln anhand von realen Fällen zu veranschaulichen. Die ersten drei Urteile betreffen spezifisch Kündigungen durch Arbeitgeberinnen im öffentlichen Recht. Das vierte Urteil behandelt eine Kündigung im privaten Recht, welche aber auch für das öffentliche Recht Relevanz hat.¹⁷⁶

10.1 Allgemeines zu fehlerhaften Verfügungen

Eine Verfügung ist dann fehlerhaft, wenn sie inhaltlich rechtswidrig ist (materieller Fehler) oder aufgrund ihres Zustandekommens oder ihrer Form Rechtsnormen verletzt (formeller Fehler).¹⁷⁷

Eine Kündigungsverfügung, die materiell fehlerhaft ist, weist inhaltliche Mängel auf. Ein Beispiel dafür ist eine Kündigung, die ohne das Vorhandensein eines sachlichen Kündigungsgrundes erlassen wurde.¹⁷⁸

Verfahrensfehler können zu formeller Mangelhaftigkeit in Verfügungen führen. Eine Kündigungsverfügung, bei welcher der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt worden ist, stellt eine formell mangelhafte Verfügung dar.¹⁷⁹

Die möglichen Rechtsfolgen einer fehlerhaften Verfügung sind bspw. Anfechtbarkeit der Verfügung, Nichtigkeit der Verfügung oder Widerrufbarkeit der Verfügung und Korrektur durch Änderung.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Siehe auch Kapitel 5.1.3 'Missbräuchliche Kündigung' und Art. 336 OR.

¹⁷⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1084.

¹⁷⁸ BURCKHARDT, N. 392.

¹⁷⁹ BURCKHARDT, N. 390.

¹⁸⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1086.

10.2 Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 2. Dezember 2012

(VB.2015.00105)

- Formelle Mängel der Kündigung gerügt.
- Gehörsanspruch im Vorfeld der Kündigung verletzt; Kündigung auch in materieller Hinsicht fehlerhaft.

Die Universität Zürich kündigte das Arbeitsverhältnis mit einem Medizinhistoriker der Universität Zürich wegen schwerer Loyalitätspflichtverletzungen in der Öffentlichkeit sowie mangelhaften Leistungen und stellte ihn per sofort frei. Der Arbeitnehmer rekurrierte dagegen und beantragte die Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses unter Entschädigungsfolgen, eventualiter seien die Unrechtmässigkeit und Missbräuchlichkeit der Kündigung festzustellen und ihm eine Entschädigung sowie eine Abfindung zuzusprechen.

Der Konflikt zwischen den Parteien entzündete sich an einem Zeitungsartikel, der aus einem bis dahin nicht freigegebenen akademischen Bericht zitierte. Dieser Artikel führte zu einer öffentlichen Kontroverse über die Arbeit des Arbeitnehmers und seines Instituts. Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wurde von Fachkollegen öffentlich in Frage gestellt (E. 4.5). Der Arbeitnehmer äusserte daraufhin öffentlich Kritik an seiner Arbeitsplatzsituation. Er warf der Universität unter anderem Mobbing vor und führte auf, dass er aufgrund seiner politischen Zugehörigkeit benachteiligt werde (E. 4.6).

Die Arbeitgeberin rechtfertigte die Kündigung damit, dass der Arbeitnehmer durch öffentliche Reaktionen auf Medienkritik an seiner beruflichen Tätigkeit schwerwiegende Verstösse gegen seine Loyalitätspflicht begangen und das Vertrauensverhältnis zerstört habe. Zusätzlich seien seine beruflichen Leistungen unzureichend gewesen, und es sei keine Verbesserung zu erwarten gewesen (E. 4.3).

Das Verwaltungsgericht lehnte diese Begründung ab. Die Arbeitgeberin hätte laut Gericht ihre Schutzpflicht wahrnehmen müssen, indem sie dem betroffenen Arbeitnehmer angemessene Unterstützung im Umgang mit der öffentlichen Kritik an seiner Arbeitstätigkeit gewährt oder angeboten hätte. Es wurde festgestellt, dass der Arbeitnehmer nicht im Voraus von der geplanten medialen Berichterstattung über seine berufliche Tätigkeit gewusst hatte und daher von der Kritik überrascht wurde. Im Gegensatz dazu hatte die Arbeitgeberin Kenntnis von den Medienplänen und hätte angemessen reagieren müssen. Die Arbeitgeberin verletzte in verschiedenen Aspekten und teilweise schwerwiegend ihre

Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer, indem sie es unterliess, angemessene Unterstützung anzubieten. Die Kündigung aufgrund von Treuepflichtverletzungen wurde als unverhältnismässig eingestuft, da die Arbeitgeberin es versäumt hatte angemessen auf die Fürsorgepflichtverletzungen zu reagieren, die den Vertrauensverlust verursacht hatten (E. 4.7.2).

Die Behauptung der Arbeitgeberin, dass der Arbeitnehmer mangelhafte Leistungen erbracht habe, wurde als treuwidrig betrachtet, da zuvor zugesicherte Überprüfungen und Bewährungsfristen nicht eingehalten worden waren (E. 4.8). Zudem stellte die Universität dem Arbeitnehmer die beabsichtigte Kündigung in Aussicht und gewährte ihm hierzu das rechtliche Gehör. Gleichentags hielt sie in einer Medienmitteilung fest, eine Rückkehr des Arbeitnehmers an dessen Arbeitsplatz sei 'nicht mehr denkbar'. Das rechtliche Gehör wurde daher nicht korrekt bzw. bloss pro forma gewährt (E. 3.2.3).

Insgesamt wurde die Kündigung sowohl formal als auch inhaltlich als fehlerhaft eingestuft (E. 4.9). Die formellen Mängel des Kündigungsverfahrens waren in diesem Fall erheblich. Zum einen wurde die Kündigung durch den nicht zuständigen Rektor ausgesprochen, und zum anderen wurde dem Arbeitnehmer nur pro forma das rechtliche Gehör gewährt. In Bezug auf die inhaltliche Fehlerhaftigkeit der Kündigung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer durch sein Verhalten in den Medien in geringem Masse zur Eskalation des Konflikts beigetragen hat.

Zum Zeitpunkt der Kündigung war der Arbeitnehmer 52 Jahre alt und hatte mehr als 27 Jahre für die Arbeitgeberin gearbeitet. Aufgrund der begrenzten Stellenmöglichkeiten für Medizinhistoriker seines Alters und der konkreten Umstände der Kündigung war zu beachten, dass es für ihn wahrscheinlich schwierig sein würde, eine neue Anstellung zu finden. Es galt jedoch auch zu berücksichtigen, dass er aufgrund seiner politischen Tätigkeit und der bereits während seiner Anstellung bei der Arbeitgeberin ausgeübten Nebenbeschäftigungen nicht vollständig aus dem Arbeitsleben gerissen werden würde und wahrscheinlich seine berufliche Tätigkeit ausbauen könnte (E. 6.2).

Das Gericht beschloss, dass die Kündigung zwar materielle und formelle Fehler aufwies, diese aber nicht wichtig sei. Es verpflichtete die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung sowie eine Abfindung zu entrichten. Den Anspruch auf Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses hat das Gericht verneint.

10.3 Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2023 (8C_271/2023)

- Dienst- und Treuepflicht verletzt; fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses strittig.
- Durfte das kantonale Gericht, ohne in Willkür zu verfallen, von einem wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und von deren Verhältnismässigkeit ausgehen?

Die Arbeitnehmerin, eine Betriebspsychologin, war seit September 2015 bei der Stadt Zürich tätig. Die Arbeitnehmerin hat sich wiederholt geweigert, die geltende Maskentragpflicht einzuhalten und sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, trotz wiederholter Aufforderungen und einer Mahnung durch die Arbeitgeberin. Sie wurde im Januar 2021 nach Gewährung des rechtlichen Gehörs fristlos entlassen. Die Arbeitnehmerin hatte unter Berufung auf ein ärztliches Zeugnis geltend gemacht, aus medizinischen Gründen keine Maske tragen zu können.

Der Stadtrat bestätigte die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung, eine Entscheidung, die auch vom Bezirksrat Zürich und vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bestätigt wurde. Die Arbeitnehmerin erhob daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht, forderte die Aufhebung der kantonalen Urteile und verlangte Entschädigung für den entgangenen Lohn, eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sowie eine Abfindung.

Das Bundesgericht bestätigte die Entscheidung des kantonalen Gerichts und wies die Beschwerde ab. Es erachtete die fristlose Kündigung als verhältnis- und rechtmässig, da die Arbeitnehmerin ihre Dienst- und Treuepflicht schwerwiegend verletzt hatte, indem sie sich sowohl der weisungskonformen Ausführung ihrer Aufgaben als auch der vertrauensärztlichen Untersuchung verweigert hatte (E. 4.2). Das Gericht stellte fest, dass die Beschwerdeführerin keine überzeugenden Gründe für die Willkür der vorinstanzlichen Entscheidung vorbrachte (E. 5.3). Demnach blieb das Urteil des kantonalen Gerichts bestehen und die Arbeitnehmerin musste die Gerichtskosten tragen.

10.4 Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2018 (8C_301/2017)

- Schwerwiegende Treuepflichtverletzung; fristlose Entlassung gerechtfertigt.
- Erfordernis der Mahnung nicht gegeben.

Der Arbeitnehmer war seit 2002 als Ermittler beim Bundesamt für Polizei (fedpol) tätig und wurde im Jahr 2004 zum Serviceleiter befördert. Am 6. September 2016 wurde der

Arbeitnehmer zu einem Gespräch eingeladen und mit dem Vorwurf konfrontiert, dass seine gestempelten Mittagspausenstunden nicht mit seiner tatsächlichen Anwesenheit bei der Arbeit übereinstimmen würden. Anschliessend wurde er unter Beibehaltung des Gehaltes sofort und bis auf Weiteres freigestellt. Der Arbeitnehmer ermächtigte fedpol zur Durchführung einer Analyse der Arbeitszeitstempel und der Daten. Diese ergaben, dass der Arbeitnehmer wiederholt, mindestens über ein Jahr hinweg, das Gebäude verlassen habe, ohne die Mittagspausen zu stempeln, und sich erst nach seiner Rückkehr wieder aus- und eingestempelt habe, um eine kürzere Pause zu simulieren. Angesichts dieser Umstände bot die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer schriftlich eine Aufhebung des Arbeitsverhältnisses per 15. Oktober 2016 sowie das rechtliche Gehör an. Sie stellte ihm den Entwurf des Aufhebungsvertrages wie auch einen Entwurf eines Kündigungsbescheids bei und vermerkte, dass, wenn der Vertragsentwurf abgelehnt werde, sie die Kündigung aussprechen werde. Der Arbeitnehmer lehnte den Entwurf des Vertrages ab, woraufhin die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 29. September 2016 fristlos kündigte.

Der Arbeitnehmer erhob Beschwerde gegen diese Entscheidung und beantragte deren Aufhebung, seine Wiederanstellung sowie auch die Zahlung seines Gehalts bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Er hatte sich auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit berufen und argumentierte, dass eine Mahnung die gewünschten Wirkungen hätte haben können, namentlich das Beenden der vorgeworfenen Handlungen und das Wiederherstellen des Vertrauensverhältnisses.

Das Gericht war jedoch anderer Meinung und wies darauf hin, dass die öffentlichen Interessen der Arbeitgeberin, insbesondere die Möglichkeit, sich auf vertrauenswürdige Führungskräfte stützen zu können, das private Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses überwog. Es kam zum Schluss, dass das Vertrauensverhältnis zur Arbeitgeberin unwiderruflich zerstört und eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sei. Eine Verwarnung sei nicht erforderlich, wenn ein Arbeitnehmer die Arbeitszeiterfassung innerhalb eines Jahres willentlich 78-mal manipuliert habe. Das Fehlverhalten stellt aufgrund der Art und Schwere, insbesondere im Hinblick auf die Wiederholungen und die berufliche Stellung des Arbeitnehmers, eine schwerwiegende Treuepflichtverletzung dar (E. 4). Die Beschwerde des Arbeitnehmers hat sich als unbegründet erwiesen und wurde abgewiesen.

10.5 Urteil des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2005 (BGE 132 III 115)

- Missbräuchliche Kündigung; Fürsorgepflicht durch Arbeitgeberin verletzt.
- Voraussetzungen, unter denen eine Kündigung missbräuchlich ist.

Der Arbeitnehmer, ein Heizungsmonteur, arbeitete seit über 40 Jahren bei der Arbeitgeberin. Kurz vor dem Ende seines 44. Dienstjahres wurde ihm mit sofortiger Freistellung gekündigt. Die Arbeitgeberin begründete die Kündigung mit der negativen Einstellung des Arbeitnehmers gegenüber neuen Projekten und seiner demotivierenden Haltung. Der Arbeitnehmer akzeptierte die Kündigung nicht und verlangte von der Arbeitgeberin eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.

Der Arbeitnehmer war der Auffassung, dass die Art und Weise, wie die Kündigung erfolgte – kurz vor seiner Pensionierung und ohne jegliches Vorgespräch oder den Versuch einer sozial verträglichen Lösung – unfair und eine Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte darstellte. Er argumentierte, dass die Gründe für die Kündigung wie die angebliche negative Einstellung gegenüber neuen Projekten und die Kritik an der Erfassung produktiver Stunden keine hinreichende Rechtfertigung für die Auflösung seines langjährigen Arbeitsverhältnisses bieten würden.

Das erstinstanzliche Gericht erachtete die Kündigung als missbräuchlich, während der Appellationshof des Obergerichtes des Kantons Bern das schlechte Verhältnis zum Vorgesetzten als ausschlaggebend ansah und eine missbräuchliche Kündigung (aufgrund seines Alters) verneinte. Das Bundesgericht hob das Urteil auf und entschied zugunsten des Arbeitnehmers.

Eine Kündigung ist rechtsmissbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin den Konflikt wesentlich mitverursacht respektive ungenügende Massnahmen zu dessen Entschärfung getroffen hat (E. 2.2). Das Gericht stellte fest, dass die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt hatte, indem sie dem Arbeitnehmer ohne Vorwarnung und ohne Lösungsversuch bei Konflikten gekündigt hatte (E.5.1). Zudem zweifelte es an der Rechtmässigkeit der eingeführten Massnahmen zur Produktivitätssteigerung. Die Kündigung erschien als Rache-kündigung und wurde als klar missbräuchlich eingestuft (E 5.2). Die Beklagte habe auch die schonende Rechtsausübung und ihre Fürsorgepflichten grob vernachlässigt (E 5.4). Angesichts der Anzahl und des Gewichts der Pflichtverstösse der Arbeitgeberin wie auch der einschneidenden Auswirkungen der Kündigung für den Arbeitnehmer sprach ihm das Bundesgericht eine maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu.

11 Zwischenfazit III: Zusammenfassung der wesentlichen Herausforderungen und kritischen Punkte im Kündigungsprozess

Fortfolgend werden die wesentlichen Herausforderungen und kritischen Punkte im Kündigungsprozess zusammengefasst, die auf theoretischer und praktischer Ebene in den vorherigen Kapiteln identifiziert wurden.

Komplexer Kündigungsprozess im öffentlichen Recht:

- Strikte Einhaltung rechtlicher Vorgaben erforderlich.
- Besondere Sorgfalt bei Kündigungen aufgrund von Mängeln in Leistung oder Verhalten notwendig.

Dokumentation und Beweislast:

- Notwendigkeit, Mängel in Leistung oder Verhalten sorgfältig zu dokumentieren.
- Subjektive Einschätzung von Verhalten erschwert die objektive Festlegung von Kriterien.

Mahnung bzw. Verzicht zur Mahnung:

- Hohe Anforderungen an schriftliche Mahnungen vor Kündigung.
- Verzicht auf Mahnung nur bei schwerwiegender Pflichtverletzung; muss gerechtfertigt sein.

Bewährungsfrist:

- Klare Zielsetzungen und objektive Beurteilung während der Bewährungsfrist erforderlich.
- Gefahr von unklaren Zielen und undefinierten Erfolgskriterien.

Rechtliches Gehör:

- Gewährleistung des rechtlichen Gehörs zwingend.
- Vermeidung von Kündigungsentscheidungen vor Anhörung des Arbeitnehmers.

Arbeitsplatzkonflikt und angemessene Massnahmen:

- Gründliche Untersuchung und angemessene Massnahmen bei Arbeitsplatzkonflikten erforderlich.
- Beachtung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer.

Verhältnismässigkeit der Kündigung:

- Kündigung muss im Verhältnis zur Schwere der Mängel in Leistung oder Verhalten stehen.
- Vermeidung von unverhältnismässigen Entscheidungen, da eine Kündigung stets 'ultima ratio' sein sollte.

Krankheitsbedingte Herausforderungen:

- Schwierigkeiten, mit dem vorgegebenen Prozess eine Verbesserung in Leistung oder Verhalten zu erzielen. Der Ausweg ist häufig die Krankheit.
- Kritikannahme durch Arbeitnehmer erschwert, daher führt geäusserte Kritik oft zu Krankheitsausfällen.
- Notwendigkeit eines sachlich zureichenden Grundes auch für Kündigung bei Krankheit.
- Langer Schutz des Arbeitnehmers während krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und grosszügige Lohnfortzahlung begünstigen Abwesenheiten.

12 Handlungsempfehlungen

Die vorliegenden Handlungsempfehlungen sollen dazu beitragen, rechtliche Risiken für die Arbeitgeberin im Kündigungsprozess zu minimieren und die Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern zu gewährleisten. Es ist wichtig zu beachten, dass alle Massnahmen den geltenden Gesetzen und Vorschriften entsprechen müssen. Die Empfehlungen lassen sich thematisch in 'korrekte Prozessführung', 'saubere Führungsarbeit' und 'weitere Lösungsansätze' aufteilen.

12.1 Korrekte Prozessführung

✓ **Beachtung der gesetzlichen und verfassungsmässigen Grundsätze:**

Da die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin an verfassungsmässige Grundsätze gebunden ist, sollten Vorgesetzte und Personalabteilungen sicherstellen, dass bei Kündigungen diese Grundsätze stets berücksichtigt und eingehalten werden.

✓ **Sachliche Gründe für Kündigungen:**

Im öffentlichen Recht ist für eine Kündigung ein sachlich zureichender Grund erforderlich. Dies unterscheidet sich vom privaten Recht, wo keine spezifischen Gründe notwendig sind. Vorgesetzte sollten sicherstellen, dass die Kündigungsgründe diesen Anforderungen entsprechen und angemessen dokumentiert sind.

✓ **Aussprechen einer Mahnung:**

Bei festgestellten Mängeln in Leistung oder Verhalten eines Arbeitnehmers sollte eine formelle Mahnung erfolgen. Die Mahnung muss die Problembereiche klar benennen, konkrete Erwartungen für Verbesserungen festlegen und realistische Fristen für deren Umsetzung vorgeben. Die Kommunikation der Mahnung muss schriftlich erfolgen, um eine eindeutige Dokumentation zu gewährleisten und rechtliche Klarheit im Falle einer möglichen späteren Kündigung zu haben.

✓ **Ansetzung einer Bewährungsfrist:**

Eine Bewährungsfrist sollte mit klar definierten, messbaren Zielen festgelegt werden, die transparent kommuniziert werden. Während der Frist ist es wichtig, regelmässiges Feedback und Unterstützung anzubieten und am Ende eine faire und objektive Bewertung der Leistung des Arbeitnehmers durchzuführen. Der gesamte Prozess sollte sorgfältig dokumentiert werden, um im Falle einer eventuellen Kündigung nach der Bewährungsfrist rechtlich abgesichert zu sein.

✓ **Rechtliches Gehör und Verhältnismässigkeitsprinzip:**

Vor einer Kündigung muss dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben werden, zu den Gründen Stellung zu nehmen. Die Entscheidung zur Kündigung darf erst nach dieser Anhörung getroffen werden, um das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Zudem sollte die Kündigung immer das letzte Mittel sein und nur eingesetzt werden, wenn keine mildereren Massnahmen möglich sind.

✓ **Umgang mit fristlosen Kündigungen:**

Fristlose Kündigungen dürfen nur bei schwerwiegenden Verfehlungen ausgesprochen werden. Bei weniger schweren Verstössen sollten andere Massnahmen wie die Mahnung in Betracht gezogen werden.

✓ **Folgen bei missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigungen:**

Bei missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigungen kann die betroffene Person eine Neuanstellung oder eine Entschädigung verlangen. Dies sollte bei der Entscheidungsfindung stets berücksichtigt werden.

✓ **Formvorschriften beachten:**

Kündigungen im öffentlichen Recht müssen in Schriftform erfolgen und als Verfügung ausgestaltet sein, einschliesslich einer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung.

12.2 Saubere Führungsarbeit

✓ **Regelmässige Leistungsbeurteilungen und Feedback-Gespräche:**

Regelmässige Beurteilungen der Leistungen von Arbeitnehmern und das Angebot von konstruktivem Feedback sind wichtig. Dies fördert die Transparenz und Akzeptanz. Zudem ermöglicht es, Probleme frühzeitig zu erkennen und anzusprechen.

✓ **Dokumentation von Leistungsproblemen:**

Leistungsprobleme und Verhaltensauffälligkeiten sollten schriftlich festgehalten werden. Die frühzeitige und ganzheitliche Dokumentation ist entscheidend, um später eine mögliche Kündigungsentscheidung rechtfertigen zu können.

✓ **Klare Kommunikation und frühzeitige Warnungen:**

Arbeitnehmer sollten klar und deutlich über die erwarteten Leistungen informiert werden. Bei Nichterfüllung der Erwartungen sollten frühzeitige Warnungen ausgesprochen und klare Ziele für Verbesserungen gesetzt werden.

- ✓ **Anhörung und Einbeziehung des Arbeitnehmers:**
Bevor disziplinarische Massnahmen oder eine Kündigung in Erwägung gezogen werden, sollte der betroffene Arbeitnehmer die Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Erklärung seiner Sichtweise erhalten.
- ✓ **Erwägung alternativer Lösungen vor einer Kündigung:**
Vor der Entscheidung zu einer Kündigung sollten alternative Lösungen wie zusätzliche Schulungen, Versetzungen oder eine Änderung der Aufgaben in der Stellenbeschreibung in Betracht gezogen werden.
- ✓ **Gleichmässige und faire Behandlung aller Arbeitnehmer:**
Es ist sicherzustellen, dass alle Arbeitnehmer gleich und fair behandelt werden, um jegliche Form von Diskriminierung oder Bevorzugung zu vermeiden.
- ✓ **Beachtung der Fürsorgepflicht:**
Die Arbeitgeberin muss ihm Rahmen ihrer Fürsorgepflicht vorsorgliche Massnahmen ergreifen, um die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Vor allem älteren und langjährigen Arbeitnehmern sollte besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden, um der erhöhten Fürsorgepflicht gerecht zu werden.
- ✓ **Konfliktmanagement und Mediation:**
Bei Konflikten am Arbeitsplatz ist es wichtig, als Arbeitgeberin aktiv zu vermitteln und nach Lösungen zu suchen, die eine weitere Zusammenarbeit ermöglichen (bspw. durch Einzelcoachings, Beratungen, Teamsupervisionen oder Mediation).

12.3 Weitere Lösungsansätze

- ✓ **Schulungen der Rechtsgrundlagen und Lösungstechniken für Konflikte:**
Es ist wichtig, regelmässige Schulungen über die aktuellen Regelungen und allfälligen Änderungen im Arbeitsrecht durchzuführen, um sowohl das Team als auch Führungskräfte stets auf dem neuesten Stand zu halten.
Zusätzlich sollten Führungskräfte für die möglichen Auswirkungen von Kritik an Leistung und Verhalten auf die Gesundheit der Arbeitnehmer sensibilisiert und in Konfliktlösungstechniken geschult werden.
- ✓ **Beratung durch HR-Experten oder Rechtsberater:**
Bei komplexen Fällen oder Unsicherheiten bezüglich der Rechtslage sollten Experten hinzugezogen werden. Dies kann die interne HR-Beratung oder ein/e Jurist:in des HRZ sein.

✓ **Aufhebungsvereinbarungen oder Outplacement:**

Gem. Art. 22 PR ist es möglich, im gegenseitigen Einvernehmen das Arbeitsverhältnis abweichend von den Bestimmungen dieser Verordnung aufzulösen. Diese Lösung kann je nach Fall sinnvoll sein und allenfalls einen langwierigen Rechtsstreit oder eine Krankschreibung durch den Arbeitnehmer verhindern.

Eine Aufhebungsvereinbarung bietet sowohl Vorteile als auch Nachteile im Vergleich zur Kündigung. Ein wesentlicher Vorteil für den Arbeitnehmer liegt darin, dass er bei der Möglichkeit einer neuen Anstellung nicht die reguläre Kündigungsfrist einhalten muss. Andererseits, wenn der Arbeitnehmer einer Aufhebungsvereinbarung zustimmt, ohne bereits eine neue Stelle zu haben, könnte dies als eine Art der Selbstkündigung interpretiert werden. In Fällen, bei denen eine Übereinkunft zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin realisierbar ist, ist der Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung eine vernünftige Option. Allerdings ist bei problematischen Arbeitsverhältnissen eine Einigung oft unwahrscheinlich.¹⁸¹

Der Arbeitnehmer darf bei einer einvernehmlichen Beendigung jedoch nicht schlechter gestellt werden, als dies bei einer einseitigen Kündigung der Fall wäre.¹⁸² Die Aufhebungsvereinbarung muss einem echten Vergleich mit gegenseitigen Zugeständnissen gleichkommen und Arbeitgeberin und Arbeitnehmer müssen sich in Würde trennen können.¹⁸³

Im Idealfall wird bei einer Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ein für alle gangbarer Weg gefunden. Dies kann mittels einer Auflösungsvereinbarung zu Gunsten des Arbeitnehmers geschehen, in der bspw. eine längere Kündigungsfrist oder eine frühzeitige Freistellung zur Stellensuche vereinbart wird. Es gibt auch die Möglichkeit, gerade bei langjährigen Arbeitsverhältnissen, die Finanzierung eines Outplacements zu prüfen.¹⁸⁴ Abhängig von den individuellen Umständen des Arbeitnehmers ist es ratsam, dass die Arbeitgeberin durch gezielte Massnahmen die Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt unterstützt und die Kosten für Dienstleistungen einer Outplacement-Firma übernimmt.¹⁸⁵

¹⁸¹ AEBISCHER, S. 106.

¹⁸² AEBISCHER, S. 107.

¹⁸³ AEBISCHER, S. 105.

¹⁸⁴ VOGEL, S. 36.

¹⁸⁵ AEBISCHER, S. 107 f.

13 Schlussbetrachtung

13.1 Beantwortung der Fragestellungen und Zielsetzungen

Inwiefern sich ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis durch spezielle Merkmale von anderen Beschäftigungsverhältnissen unterscheidet, wird in Kapitel 2 beantwortet. Ebenfalls wird in diesem Kapitel erläutert, warum an personalrechtliche Verfahren im öffentlichen Sektor hohe Anforderungen gestellt werden und inwiefern der historische Hintergrund eine Rolle dabei spielt.

Welche bedeutenden Unterschiede sich zwischen einer Kündigung durch die Arbeitgeberin im privaten Recht im Vergleich zum öffentlichen Recht erkennen lassen und wie diese Unterschiede mit den Besonderheiten des öffentlichen Rechts hängen, wird in Kapitel 6 aufgeführt.

In Kapitel 9 wird aufgezeigt, welche möglichen Herausforderungen sich in der Praxis für die Arbeitgeberin Stadt Zürich und generell im öffentlichen Arbeitsrecht ergeben, wenn eine Kündigung aufgrund mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten eines Arbeitnehmers erwogen wird. In Kapitel 10 werden auf dieser Basis relevante Gerichtsentscheide analysiert.

Das Ziel dieser Arbeit bestand darin, die kritischen Punkte im Kündigungsprozess aufzuzeigen und praxisorientierte Handlungsempfehlungen zu formulieren, um eine rechtssichere Kündigung für die Arbeitgeberin zu ermöglichen. Diese wichtigsten Herausforderungen und kritischen Punkte hat die Verfasserin in Kapitel 11 zusammengefasst. Die Handlungsempfehlungen für die Praxis folgen in Kapitel 12.

13.2 Fazit

Die Verfasserin stellt fest, dass die Hürden für eine Kündigung durch die Arbeitgeberin im öffentlich Recht generell hoch sind. Der administrative Prozess ist sehr aufwändig und anspruchsvoll. Der Arbeitnehmer hat stets die Möglichkeit, Rechtsmittel zu ergreifen, was die Beweislast für die Arbeitgeberin noch erhöht.

Als wichtigste Punkte, die es bei einer potenziellen Kündigung zu beachten gibt, erscheinen der Verfasserin die umfassende Dokumentation, die Einhaltung der rechtlichen Grundlagen und prozessualen Vorgaben wie auch die Beachtung der Fürsorgepflicht durch die Arbeitgeberin. Denn durch eine saubere Führungsarbeit, eine korrekte

Prozessführung und eine wohlwollende Haltung dem Arbeitnehmer gegenüber ist es möglich, eine Kündigung rechtssicher auszusprechen.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass der Aufbau eines soliden Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer von Beginn der Anstellung an eine grundlegende Rolle spielt. Dies ermöglicht es, etwaige Mängel in der Leistung oder im Verhalten konstruktiv und offen anzusprechen. Ein solches Vorgehen eröffnet den Raum, gemeinsam nach einvernehmlichen und für beide Seiten akzeptablen Lösungen zu suchen. Ein umsichtiges und wertschätzendes Verhalten der Vorgesetzten, gepaart mit einer fairen Beurteilung, kann nicht nur potenzielle Konflikte reduzieren, sondern erweist sich auch als effizienter und ressourcenschonender. Es minimiert das Risiko von Verfahrensfehlern und den daraus resultierenden gravierenden Folgen, die im Zusammenhang des Kündigungsprozesses im öffentlichen Recht, wie am Beispiel der Stadt Zürich illustriert, von besonderer Bedeutung sind.

Diese genannte Herangehensweise fördert nicht nur ein harmonisches Arbeitsumfeld, sondern trägt auch zur Steigerung der Produktivität und zur Vermeidung kostspieliger rechtlicher Auseinandersetzungen bei.

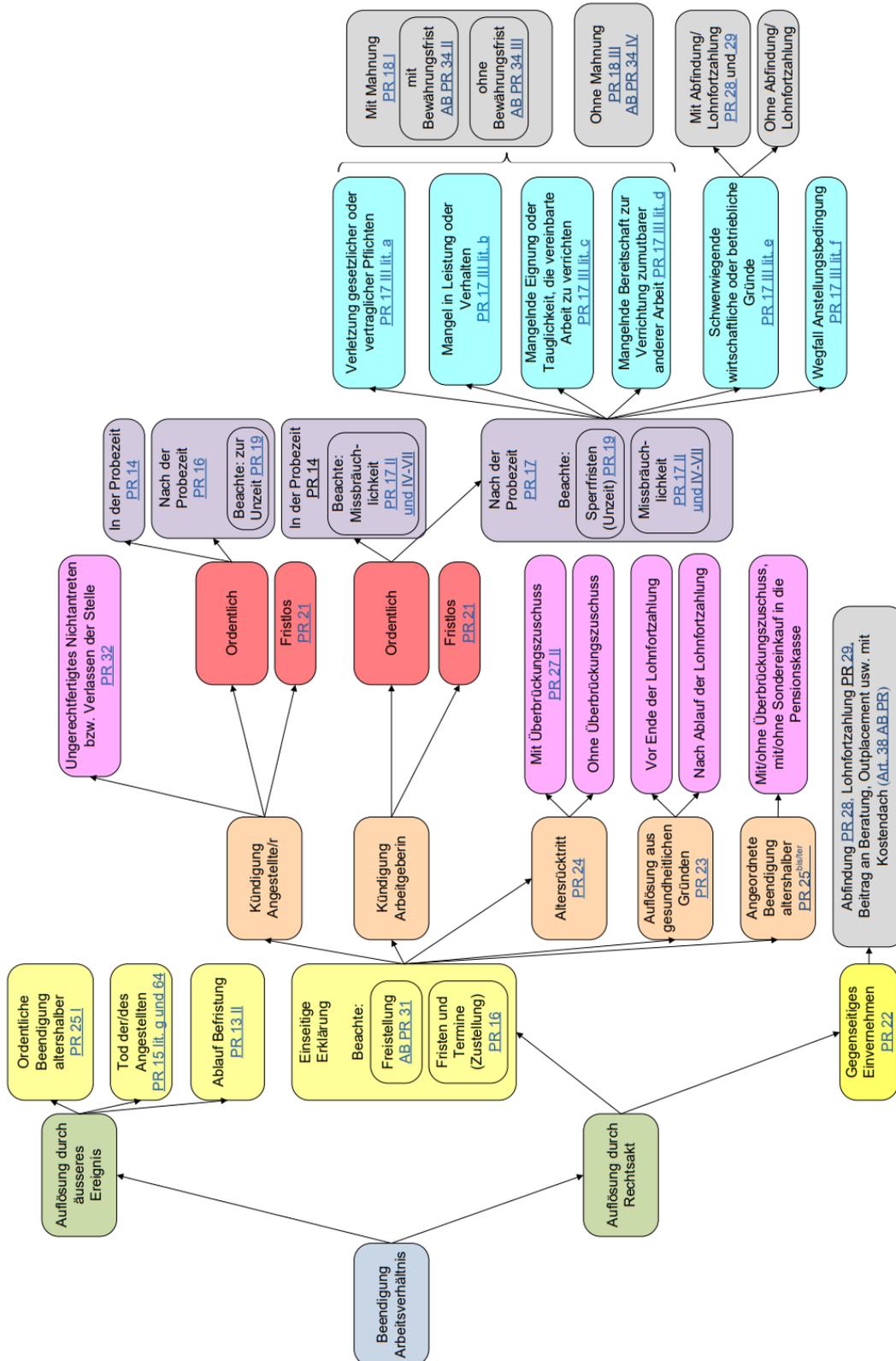
13.3 Schlusswort

Im Abschluss dieser Arbeit möchte die Verfasserin noch einmal Bezug auf die Motivation zur Themenwahl nehmen und diese reflektieren. Die entscheidenden Beweggründe für die vorliegende Arbeit waren, den komplexen Prozess der Kündigung durch die Arbeitgeberin zu veranschaulichen, die daraus resultierenden Herausforderungen eruieren und auf dieser Basis Handlungsempfehlungen für die Umsetzung in der Praxis herausarbeiten zu können. Die Erkenntnisse dieser Arbeit sollten dazu beitragen, den Kündigungsprozess im öffentlichen Recht besser zu verstehen und möglicherweise effizienter zu gestalten zu können. Aus Sicht der Verfasserin konnte dies erreicht werden.

Die tiefe Auseinandersetzung mit diesem Thema hat die Notwendigkeit eines abwägenden, gerechten und effizienten Kündigungsprozesses der öffentlichen Hand verdeutlicht. Es zeigt, dass eine angemessene Handhabung von Kündigungen nicht nur im Interesse der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmenden liegt, sondern auch im Interesse einer effizienten und ressourcenschonenden öffentlichen Verwaltung.

14 Anhänge

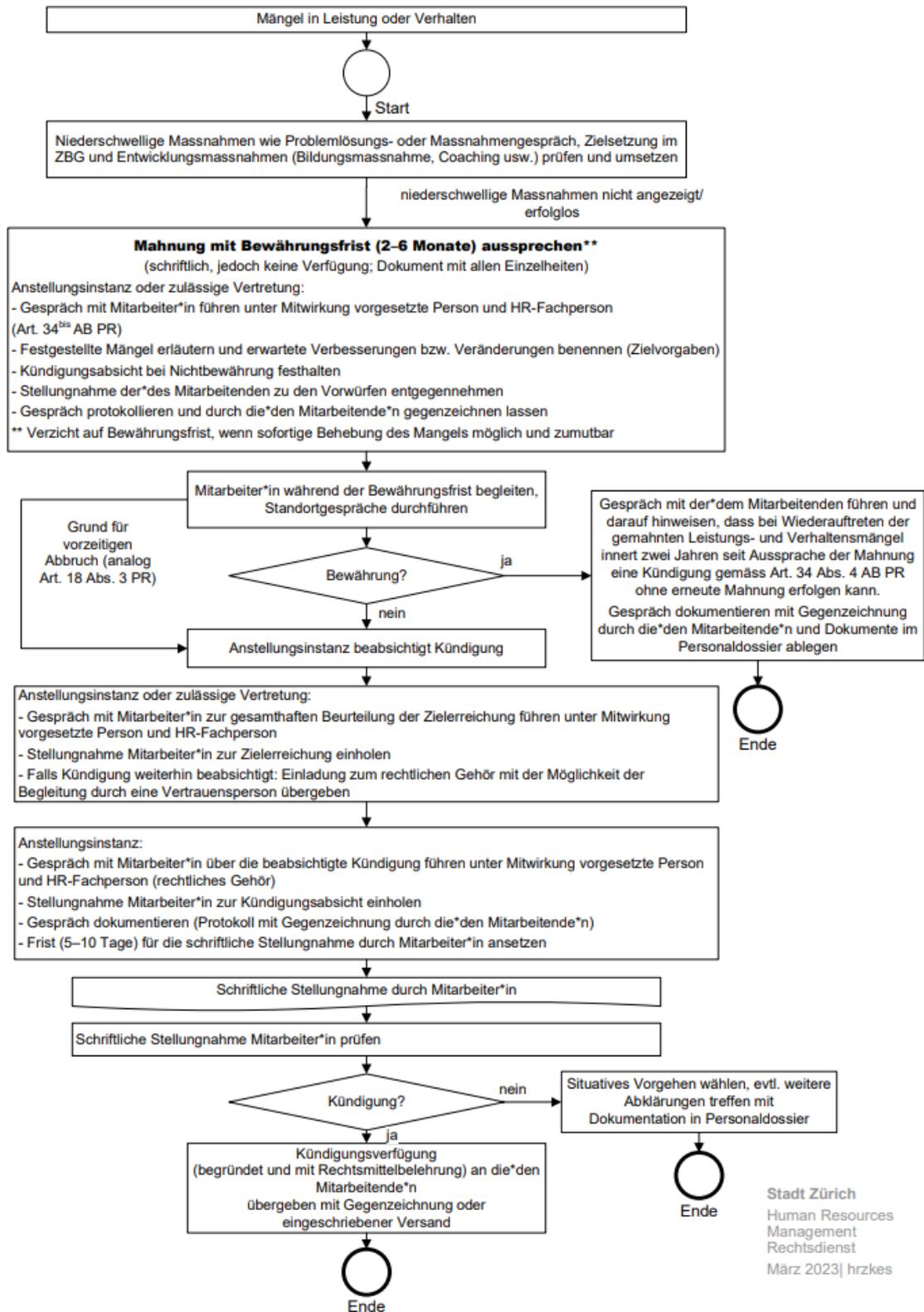
I. Graphische Darstellung der Beendigungsgründe gem. Art. 15 PR¹⁸⁶



¹⁸⁶ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 15 PR.

II. Ablaufschema Mahnung mit Bewährungsfrist gem. Art. 18 PR¹⁸⁷

Ablaufschema Mahnung mit Bewährungsfrist bei Mängeln in Leistung oder Verhalten: Vorgehen gemäss Art. 18 PR und Art. 34 ff. AB PR



¹⁸⁷ ONLINE-KOMMENTAR ZUM STÄDTISCHEN PERSONALRECHT, Art. 18 PR.