

Mitarbeiterin des Volkswirtschaftsdepartements des Kantons Zürich durfte fristlos kündigen – wegen mutmasslicher Vetternwirtschaft

Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 2010 (PB.2009.00035) – noch nicht rechtskräftig



RA Dr. Michael Merker
Lehrbeauftragter Uni St. Gallen

Die Affäre um das bulgarische Kindermädchen des damaligen künstlerischen Direktors des Schauspielhauses Zürich beschäftigte auch Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Eine langjährige Mitarbeiterin des Amts für Wirtschaft und Arbeit (AWA) kündigte fristlos, weil sich ihre Vorgesetzten über Monate hinweg für eine Arbeitsbewilligung für das Kindermädchen einsetzten – willkürlich und im Wissen darum, dass die Voraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung nicht gegeben waren. Das Verwaltungsgericht schützte die fristlose Kündigung der Mitarbeiterin. Eine Strafuntersuchung gegen den Chef des AWA wurde später eingestellt. Der künstlerische Direktor wurde offenbar gebüsst.



Adrian Kramer
Rechtsanwalt

1. Sachverhalt

X wurde mit Verfügung vom 5. Dezember 2000 als juristische Sekretärin beim im Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Zürich angesiedelten Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eingestellt.

Am 30. März 2006 fragte der damalige Zürcher Stadtpräsident bei der Volkswirtschaftsdirektion an, ob für eine bulgarische Staatsangehörige im Haushalt des seinerzeitigen künstlerischen Direktors des Schauspielhauses eine Arbeitsbewilligung erteilt werden könne. Die Volkswirtschaftsdirektorin bejahte dies. Bereits vorher hatte aber der stellvertretende Chef des AWA mitgeteilt, die Beschäftigung könne – bei allem Verständnis für die spezielle Situation – nicht bewilligt werden. Das Bundesamt für Migration

(BFM) lehnte das Gesuch in der Folge ab. Der künstlerische Direktor stellte beim AWA einen Antrag auf Wiedererwägung; dieses teilte ihm mit, das Gesuch werde «wohlwollend» geprüft.

Das Dossier landete nun auf dem Tisch von X. Sie wies den künstlerischen Direktor erneut darauf hin, dass ein allfälliger Aufenthalt des Kindermädchens zu Erwerbszwecken ohne Bewilligung

illegal sei. Gleichentags informierte sie unter der Überschrift «Schwarzarbeit» das kantonale Migrationsamt, die Sozialversicherungsanstalt sowie das Steueramt. Sie schloss mit dem Hinweis an die Ämter, «die je aus Ihrer Sicht gutscheinenden Schritte zu ergreifen».

Eine Woche später liess der Chef des AWA den angeschriebenen Ämtern über seine Assistentin

mitteilen, das Schreiben von X betreffend Schwarzarbeit sei als «nichtig» zu betrachten.

Der künstlerische Direktor ersuchte erneut um Wiedererwägung. Zuvor hatte er den Inhalt dieses Gesuches sogar noch per Mail mit der Assistentin des Chefs des AWA abgesprochen. Das Dossier wurde nun nicht X, sondern einer anderen Mitarbeiterin zugeteilt, und im Begleitschreiben der



Assistentin hiess es: «Gerne bitte ich Sie das Gesuch wie bereits vorbesprochen zu prüfen und die Bewilligung entsprechend zu erteilen.» Das Gesuch wurde dem BFM zur Wiedererwägung unterbreitet, das indessen am 8. Januar 2007 erneut seine Zustimmung verweigerte. Inzwischen hatte X gegen die verantwortlichen Personen der Volkswirtschafts-direktion Strafanzeige wegen Begünstigung und ausländerrechtlicher Vergehen eingereicht.

Am Ende schaltete sich auch noch die Volkswirtschaftsdirektorin ein und wandte sich am 22. Januar 2007 persönlich an den damaligen Direktor des BFM. Dieser antwortete am 9. Februar 2007, das BFM könne unter Berücksichtigung der Rechtsgleich-

heit keine Lösung anbieten. X wurde dieses Antwortschreiben des BFM-Direktors am 14. Februar 2007 mit dem Kommentar, es würden noch Instruktionen folgen, weitergeleitet.

X reichte mit Schreiben vom 16. Februar ihre fristlose Kündigung ein. Sie begründete diesen Schritt mit Gefälligkeiten der Amtsleitung im Zusammenhang mit der Erteilung von Arbeitsbewilligungen; in einem Fall sei gar der Straftatbestand der Begünstigung erfüllt gewesen. Das Vertrauen in die Vorgesetzten sei mit den letzten Vorkommnissen endgültig zerstört worden: Es würden amtsintern, «je nach Wichtigkeit der gesuchstellenden Person, alle Hebel in Bewegung gesetzt, um aus sachfremden Motiven heraus

auch Bewilligungen zu erteilen, die bei gesetzmässigem Vorgehen niemals zulässig wären».

Die Staatsanwaltschaft stellte die Strafuntersuchung gegen den Chef des AWA später ein. Das Obergericht trat auf einen Rekurs von X gegen die Einstellungsverfügung mangels Legitimation nicht ein. Gegen den künstlerischen Direktor wurde offenbar ein Strafbefehl erlassen.

2. Erwägungen

Gemäss § 22 Abs. 1 Satz 1 des Personalgesetzes des Kantons Zürich vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen beidseitig ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (§ 22 Abs. 2 PG). Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR; § 22 Abs. 4 Satz 1 PG). Die fristlose Kündigung ist ultima ratio und untersteht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist insbesondere erst zulässig, wenn dem Kündigenden nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (Entscheid des Bundesgerichts vom 16. Mai 2002, 4C.345/2001; Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2003, PB.2002.00038, und 5. Juli 2002, PB.2002.00008).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat festgehalten, die verantwortlichen Personen seien im vorliegenden Fall – trotz klarer Sach- und Rechtslage – bewusst von den üblicherweise für die Erteilung einer Arbeitsbewilligung

notwendigen Voraussetzungen abgewichen. Das sei willkürlich. Statt gegen den künstlerischen Direktor Anzeige einzureichen, sei dieser in seinen Bemühungen noch unterstützt worden. Ein öffentliches Interesse für das gewählte Vorgehen lasse sich nicht ausmachen, und aufgrund der wiederholten Bemühungen könne nicht von einem «Ausrutscher» gesprochen werden.

X hingegen habe getreu der Rechtslage das erste Wiedererwägungsgesuch abgelehnt und die einschlägigen Ämter über die unbewilligte Tätigkeit unterrichtet. Beide Handlungen seien rechtlich nicht zu beanstanden und von Seiten des AWA in fragwürdiger Weise zunichte gemacht worden: Zum einen habe das AWA in der Folge den künstlerischen Direktor bei dessen zweitem Wiedererwägungsgesuch unterstützt, sei auf dieses eingetreten, habe einen positiven Vorentscheid gefällt und das Gesuch an das BFM weitergeleitet; und zum andern habe das AWA die Meldung betreffend Schwarzarbeit bei den angeschriebenen Ämtern zurückgerufen.

Unter diesen Umständen erscheine eine fristlose Kündigung grundsätzlich als angemessene Reaktion. Das Vorgehen der Verantwortlichen sei geeignet gewesen, das gegenseitige Vertrauen, welche die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören. Ein Verbleib im AWA sei X, der das Dossier zeitweise anvertraut war, deshalb nicht mehr zuzumuten gewesen. Das gelte umso mehr, als sie mit über zehn Dienstjahren eine ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten hätte abwarten müssen. Eine mildere zielführende Massnahmen habe X nicht zur Verfügung gestanden. Die Verantwortlichen hätten durch ihre wiederholten Handlungen deutlich zu verstehen gegeben, dass man am

Bank Coop: Exklusive Vergünstigungen für ZV-Mitglieder



Sie profitieren von:

- Vorzugszinsen auf Hypotheken
- Rabatten im Wertschriftengeschäft
- Reduktionen bei Kartengebühren
- Ermässigungen für die Finanzplanung sowie von weiteren attraktiven Produkten und Dienstleistungen zu fairen Konditionen.

Nehmen Sie mit uns Kontakt auf:
0800 88 99 66, www.bankcoop.ch/zentralverband

fair banking
bank coop

Vorgehen festzuhalten gedenke. Es könne der Beschwerdeführerin deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe sich nicht an ihren Vorgesetzten oder die nächsthöhere Stelle gewandt. Auch ein vorheriger Gang an die kantonale Ombudsstelle sei nicht notwendig gewesen: Würde man die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung des Staatsangestellten von einem Schlichtungsversuch der Ombudsstelle abhängig machen, errichte man im Vergleich zur Kündigung durch den Staat eine zusätzliche, sachlich nicht begründete Hürde. Auch eine Aufsichtsbeschwerde habe X vorliegend nicht beschreiten müssen bzw. können.

Das Verwaltungsgericht schützte die fristlose Kündigung von X und sprach ihr eine Entschädigung von drei Monatslöhnen sowie eine Abfindung von neun Monatslöhnen zu.

3. Bemerkungen

a. *Rechtswidriges Verhalten des (öffentlichrechtlichen) Arbeitgebers als Kündigungsgrund?*

Ein strafbares Verhalten eines Angestellten berechtigt dessen Arbeitgeber regelmässig zur fristlosen Kündigung (vgl. BGE 130 II 28, Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 337 N 22). Umgekehrt darf der Arbeitnehmer fristlos kündigen, wenn er vom Arbeitgeber zur Mitwirkung an einer Straftat (z. B. auch Steuerhinterziehung oder Betrug) aufgefordert wird (Streiff/von Kaenel, Art. 337 N 9). Im Einzelfall darf der Arbeitnehmer fristlos kündigen, wenn sich der Arbeitgeber selbst strafbar macht (z. B. Fälschung von Buchhaltungsbelegen, Versicherungsbetrug etc.), hier ist indessen Vorsicht geboten. Was aber, wenn die Handlungen des Arbeitgebers nicht strafbar, sondern «nur»

rechtswidrig sind? Und wie weit geht das Weisungsrecht des Arbeitgebers?

Klar ist, dass nicht jede rechtswidrige Anordnung eines (öffentlichrechtlichen) Arbeitgebers eine fristlose Kündigung des Arbeitnehmers zu rechtfertigen vermag. Beurteilt beispielsweise eine übergeordnete Instanz eine Rechtsfrage anders, so kann ein beteiligter Mitarbeiter der unteren Instanz offensichtlich nicht gestützt darauf fristlos kündigen. Ferner ist zu beachten, dass einem Amtschef bei der Ausübung seiner Leitungsbefugnisse – als Gegenstück zu seiner Verantwortung – ein grosser Ermessensspielraum zukommt. Hier können durchaus auch politische oder wirtschaftliche Überlegungen einfließen, aber es können so auch die Durchsetzung einer Praxisänderung oder Mängel in der Verfahrensleitung angepackt werden.

Zur Durchsetzung von klar sachfremden Gründen darf das Weisungsrecht aber nicht ausgeübt werden. Die Verfassung schreibt vor, dass staatliches Handeln rechtmässig zu sein hat (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 2 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005). Auf der Hand liegt, dass dem Angestellten das Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben ab einem gewissen Punkt nicht mehr zumutbar ist und er seine Vorgesetzten nicht zu decken hat. Die Grenze der Zumutbarkeit ist bei Vorliegen einer qualifizierten Rechtswidrigkeit überschritten, namentlich bei Willkür: Ist das Vorgehen des Vorgesetzten offensichtlich unhaltbar, steht es mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch, verletzt es eine Norm krass oder läuft es in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwider, muss sich dies der Arbeitnehmer nicht ge-

fallen lassen. Ein einmaliges Vorkommen dürfte aber nicht ausreichen. Und schliesslich ist wohl zu verlangen, dass der Vorgesetzte wissentlich und willentlich rechtswidrig handelt. Nur unter diesen einschränkenden Voraussetzungen wird ein Arbeitnehmer fristlos kündigen dürfen. Eine or-

etwa Amtsmissbrauch, ungetreue Amtsführung, Bestechungsdelikte, Begünstigung etc.). Die herrschende Lehre geht davon aus, dass eine fristlose Verdachtskündigung jedenfalls dann auch ohne Nachweis der Tat berechtigt ist, wenn auch nach den zumutbaren Abklärungen ein erheblicher Ver-



dentliche Kündigung steht ihm selbstredend ohnehin offen.

b. *Bemerkung zum vorliegenden Urteil*

Klar festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der blosser Verdacht, es werde im eigenen Amt «Vetternwirtschaft» betrieben, den Mitarbeiter regelmässig nicht zu einer fristlosen Kündigung berechtigen wird. «Vetternwirtschaft» oder «Nepotismus» ist juristisch nicht oder nur schwer als Gesamtes erfassbar; «Vetternwirtschaft» ist nicht strafbar, höchstens einzelne Handlungen (in Frage kommen

dacht eines schweren Delikts bestehen bleibt (JAR 2001 S. 304 = Pra 2000 Nr. 11).

Das Verwaltungsgericht lässt offen, ob das Bittschreiben der Volkswirtschaftsdirektorin an das BFM eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag. Es hält bloss – aber richtigerweise – fest, dass auch weniger gewichtige Vorkommnisse, welche für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 OR darstellen können. Richtig ist auch, dass auch objektive Gründe,



welche keine Verletzung des Arbeitsvertrages oder ein Verschulden einer Partei voraussetzen, Grund für eine fristlose Entlassung sein können (Art. 337 Abs. 2 und Art. 337b Abs. 2 OR; vgl. BGE 129 III 380).

Eine konkrete Anweisung zur Erteilung der Bewilligung erhielt im vorliegenden Fall bloss eine andere Mitarbeiterin; sie hätte allenfalls gestützt hierauf fristlos kündigen können. Mitarbeiterin X erhielt keine solche konkrete An-

weisung, rechtswidrig eine Arbeitsbewilligung zu erteilen – und es wurden ihr schon gar nicht Konsequenzen für den Fall angedroht, dass sie sich dem widersetze. Eine fristlose Kündigung aufgrund der Bemerkung, es würden «noch Instruktionen folgen», wird ein Gericht kaum jemals schützen – auch dann nicht, wenn dem Arbeitnehmer vorab klar zu sein scheint, wie die Instruktionen dereinst lauten werden. Das war auch dem Verwaltungsgericht klar. Es hat die Vorkommnisse vor der fristlosen Kündigung deshalb in einen Gesamtkontext gestellt und sie als den berühmten Tropfen, der das Fass zum überlaufen gebracht habe, interpretiert. Das öffnet zwar den Beurteilungshorizont, führt aber im Ergebnis auch zu einer Unschärfe hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit; ein singuläres Ereignis kann besser beurteilt werden als ein sich über Monate entwickelnder Konflikt. Zweifelsohne ist eine solche Gesamtbetrachtung aber zulässig (vgl. dazu Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel/Bern/Zürich, Art. 337 N 3). Das Gericht gelangte so zur Auffassung, es sei durch das Vorgehen der Vorgesetzten das gegenseitige Vertrauen, welche Grundlage eines Arbeits-

verhältnisses bilde, zerstört worden, und es sei die fristlose Kündigung zulässig gewesen. Die vorliegend zugesprochene Entschädigung von drei Monatslöhnen erscheint als angemessen. Das Urteil ist im Ergebnis vertretbar; es wäre indessen auch ein anderes Fazit denkbar gewesen.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Gut möglich, dass im letzten Akt der Affäre um das Kindermädchen des damaligen Schauspielhausdirektors auch noch das Bundesgericht seinen Auftritt hat.

*lic. iur. Adrian Kramer
Dr. iur. Michael Merker*

Verpflegungsbeiträge



Schweizer Lunch-Check
8027 Zürich
Tel. 044 202 02 08
Fax 044 202 78 89
www.lunch-check.ch

Lunch-Checks sind erste Wahl.

Bis CHF 180.– pro Monat (CHF 2'160.– pro Jahr) sind Lunch-Checks von Sozialabgaben (AHV/IV/EO/ALV/NBU) befreit. Erfahren Sie mehr unter www.personalverpflegung.ch.