

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Ewa Surdyka

«Unter Verdankung der geleisteten Dienste»

**Die Auflösung des öffentlich-rechtlichen
Arbeitsverhältnisses nach dem Personalrecht
des Kantons Zürich**

Inhaltsverzeichnis

Dankeswort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialien	XLI
Internetquellen	XLIII

Teil I: Die Grundlagen des Personalrechts 1

Kapitel 1: Einleitung	3
I. Relevanz des Themas	3
II. Ausgangslage	4
III. Gegenstand und Gang der Untersuchung	6
1. Fragen und Ziele	6
2. Gliederung	6
Kapitel 2: Rechtsgrundlagen	8
I. Kantonalrechtliche Grundlagen	8
1. Personalgesetz	8
2. Verordnungen	8
2.1 Personalverordnung	8
2.2 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz	9
3. Spezialerlasse für besondere Berufsgruppen	10
3.1 Rechtspflegepersonal	10
3.2 Lehrpersonen an Volksschulen	11
3.3 Universitätspersonal	12
3.4 Spitalpersonal	13
3.5 Pfarrer und Angestellte der Landeskirchen	14
II. Bundesrechtliche Grundlagen	15
1. Obligationenrecht	15

1.1 OR kraft Verweises.....	15
1.2 OR zur Lückenfüllung	16
1.3 OR als Mindeststandard?	17
2. Gleichstellungsgesetz.....	18
2.1 Geschlechterdiskriminierende Kündigung.....	19
2.2 Racheündigung nach GlG	20
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	21
1. Bindung an die Verfassungsgrundsätze	21
2. Ausprägungen im Personalrecht	22
2.1 Grundsatz der Gesetzmässigkeit	22
2.2 Grundsatz des öffentlichen Interesses.....	23
2.3 Grundsatz der Verhältnismässigkeit	23
2.4 Grundsatz von Treu und Glauben	25
2.5 Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot	26
Kapitel 3: Begriffe	27
I. Öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis	27
1. Umschreibung.....	27
2. Sonderstatusverhältnis	29
3. Ausschluss privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse.....	30
4. Exkurs: Personalverleih	32
II. Angestellte.....	35
1. Umschreibung.....	35
2. Kreis der Angestellten	36
3. Unbefristete und befristete Anstellung	37
4. Vollzeit- und Teilzeitanstellung.....	39
III. Anstellungs- und Aufsichtsbehörde.....	40
1. Anstellungsbehörde	40
2. Aufsichtsbehörde	41
Teil II: Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis	43
Kapitel 1: Begründung und Stellenantritt.....	45
I. Begründung	45
1. Begründung durch Verfügung	45
2. Begründung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	46
3. Begründung durch Wahl.....	47

II.	Stellenantritt.....	48
1.	Effektives und fiktives Eintrittsdatum	48
2.	Kündigung vor Stellenantritt.....	49
2.1	Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung	49
2.2	Auflösung in gegenseitigem Einvernehmen	50
2.3	Kündigung durch die Behörde	51
2.4	Sperrfristen und Lohnfortzahlung.....	52
2.5	Fristlose Auflösung.....	53
III.	Probezeit.....	53
1.	Zweck und Dauer.....	53
2.	Kündigung vor Ablauf der Probezeit.....	56
2.1	Möglichkeit einer raschen Auflösung	56
2.2	Formelle Anforderungen.....	56
2.3	Materielle Anforderungen.....	57
2.4	Sperrfristen und Lohnfortzahlung.....	59
Kapitel 2: Rechte und Pflichten der Angestellten.....		60
I.	Rechte.....	60
1.	Vermögensrechte	60
1.1	Lohn.....	60
1.2	Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall.....	62
1.3	Dienstaltersgeschenk.....	64
2.	Recht auf Ferien und Urlaub.....	66
2.1	Ferien.....	66
2.2	Urlaub	67
3.	Rechte angestellter Eltern	68
3.1	Rechte und Kündigungsschutz der Mutter	68
3.2	Rechte und Kündigungsschutz des anderen Elternteils.....	71
3.3	Betreuungsurlaub	73
3.4	Adoptionsurlaub.....	73
4.	Grundrechte	74
4.1	Glaubens- und Gewissensfreiheit.....	74
4.2	Meinungsäußerungsfreiheit.....	75
4.3	Niederlassungsfreiheit.....	77
4.4	Wirtschaftsfreiheit	78
4.5	Streikfreiheit	81
5.	Recht auf Fürsorge.....	82
5.1	Rechte aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.....	82
5.2	Kündigungsschutz für (dienst)ältere Angestellte?	84

6.	Recht auf Beurteilung	88
6.1	MAB als Recht und Pflicht	88
6.2	Regelmässige und zusätzliche MAB	89
6.3	MAB als Förder- und Beurteilungsinstrument	89
6.4	MAB als Beurteilungssystem mit Zielvereinbarung	92
6.5	Besprechung der MAB	92
II.	Pflichten	94
1.	Arbeitspflicht	94
2.	Treuepflicht	95
2.1	Arbeitsverhältnis als Treueverhältnis	95
2.2	Zweck und Umfang der Treuepflicht	96
2.3	Dauer der Treuepflicht	101
3.	Gehorsamspflicht	101
4.	Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses	103
5.	Exkurs: Whistleblowing	104
5.1	Begriff des Whistleblowers	104
5.2	Kündigungsschutz bei Whistleblowing	105
6.	Geschenkannahmeverbot	109
Kapitel 3: Personalrechtliche Massnahmen		110
I.	Mahnung	110
II.	Verweis	114
III.	Kürzung der Lohnfortzahlung	115
IV.	Vorsorgliche Einstellung im Amt	116
V.	Versetzung	122

**Teil III: Die Auflösung des öffentlich-rechtlichen
Arbeitsverhältnisses 127**

Kapitel 1: Auflösung von Gesetzes wegen		129
I.	Ablauf einer befristeten Anstellung	129
II.	Erreichen der Altersgrenze	130
III.	Tod des Angestellten	131
Kapitel 2: Auflösung durch den Angestellten		132
I.	Ordentliche Kündigung	132
II.	Fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen	134

III. Vorzeitiger Altersrücktritt.....	136
IV. Verzicht auf Wiederwahl und Rücktritt.....	137
Kapitel 3: Auflösung durch die Behörde.....	138
I. Ordentliche Kündigung	138
1. Form und Rechtsnatur der Kündigung.....	138
1.1 Schriftliche Kündigungsverfügung.....	138
1.2 Bedingte Kündigungsverfügung?	139
1.3 Verfahren auf Erlass der Kündigungsverfügung.....	140
1.4 Zustellung und Eröffnung der Kündigungsverfügung	141
2. Verbot der Missbräuchlichkeit.....	143
2.1 Missbräuchliche Kündigungsmotive.....	143
2.2 Missbräuchlichkeit durch die Art und Weise der Kündigung.....	145
2.3 Missbräuchlichkeit infolge einer Fürsorgepflichtverletzung.....	147
a Bei Konflikt	149
b Bei Mobbing	153
2.4 Beweislast für die Missbräuchlichkeit	155
3. Gebot der sachlichen Begründetheit	157
3.1 Erfordernis eines sachlich zureichenden Grundes.....	157
a Ausfluss des Verfassungsrechts.....	157
b Unabhängig vom Verschulden des Angestellten.....	159
c Aufzählung möglicher Kündigungsgründe.....	161
d Ausschluss der politisch motivierten Kündigung.....	161
e Ausschluss der Verdachtskündigung	162
3.2 Mangelhafte Leistung oder unbefriedigendes Verhalten	163
a Mangelhafte Leistung	163
b Unbefriedigendes Verhalten.....	166
c Vertrauensverlust.....	168
d Verletzung gesetzlicher Pflichten	171
3.3 Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen	172
a Stellenaufhebung.....	172
b Organisatorische oder wirtschaftliche Gründe.....	174
c Angebot einer anderen, zumutbaren Stelle.....	177
d Begriff der Zumutbarkeit	179
e Ablehnen einer anderen, zumutbaren Stelle	183
f Flankierende Massnahmen.....	184
3.4 Arbeitsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen.....	188
a Arbeitsunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen.....	188

b	Wiederholte oder dauernde Arbeitsunfähigkeit	190
c	Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit.....	193
d	Arztzeugnis	195
e	Vertrauensärztliche Untersuchung.....	197
f	Case Management	200
g	Keine Verkürzung der Lohnfortzahlung.....	202
3.5	Beweislast für das Vorliegen sachlicher Gründe	204
4.	Schriftliche Mahnung und Frist zur Verbesserung	207
4.1	Statt Mitarbeiterbeurteilung und Bewährungsfrist.....	207
4.2	Schriftliche Mahnung.....	209
4.3	Frist zur Verbesserung	213
a	Zweck der Frist zur Verbesserung	213
b	Dauer der Frist zur Verbesserung	214
c	Verzicht auf das Ansetzen einer Frist zur Verbesserung	216
d	Abbruch einer angesetzten Frist zur Verbesserung	219
e	Rückfall nach bestandener Frist zur Verbesserung	220
5.	Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine.....	220
5.1	Kündigungsfristen und -termine	220
a	Kündigungsfristen	220
b	Kündigungstermine	224
5.2	Freistellung während der Kündigungsfrist.....	224
6.	Beachtung der Sperrfristen	227
6.1	Keine Kündigung zur Unzeit	227
a	Zweck der Sperrfristen.....	227
b	Geltung der Sperrfristen.....	228
6.2	Rechtsfolgen einer Kündigung zur Unzeit.....	230
7.	Gewährung des rechtlichen Gehörs	232
7.1	Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung	232
a	Zweck und Inhalt der Anhörung.....	232
b	Zeitpunkt der Anhörung.....	236
c	Form und Frist der Anhörung.....	238
d	Anhörung als Recht und nicht als Pflicht	240
7.2	Recht auf Einsicht in die Akten	240
a	Akteneinsichtsrecht	240
b	Einschränkung des Akteneinsichtsrechts.....	242
c	Aktenführungspflicht.....	243
7.3	Recht auf Begründung	244
7.4	Rechtsfolgen der Verletzung des rechtlichen Gehörs	246

II.	Fristlose Kündigung aus wichtigen Gründen.....	247
1.	Grundlagen	247
2.	Erfordernis eines wichtigen Grundes.....	250
2.1	Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	250
2.2	Mahnung und Androhung einer fristlosen Kündigung.....	253
3.	Verwirkung des wichtigen Grundes.....	255
3.1	Reaktions- bzw. Erklärungsfrist.....	255
3.2	Bindungswirkung der ersten Massnahme	258
3.3	Sozial- bzw. Schonfrist	259
4.	Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung.....	260
III.	Entlassung invaliditätshalber	261
1.	Grundlagen	261
2.	Invaliderklärung.....	263
3.	Invaliditätsbegriff	265
4.	Invaliditätsgrad	267
5.	Keine Verkürzung der Lohnfortzahlung.....	268
IV.	Entlassung altershalber	268
1.	Grundlagen	268
2.	Erfordernis des sachlichen Grundes.....	270
3.	Erreichen der Altersschwelle	272
4.	Kein Verschulden an der Entlassung	274
5.	Keine zumutbare Weiterbeschäftigung.....	274
V.	Nichtwiederwahl.....	275
Kapitel 4: Auflösung in gegenseitigem Einvernehmen.....		276
I.	Abschluss eines Aufhebungsvertrages.....	276
1.	Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	276
2.	Zeitpunkt des Vertragsabschlusses	279
II.	Form und Inhalt des Aufhebungsvertrages	282
1.	Form des Aufhebungsvertrages	282
2.	Inhalt des Aufhebungsvertrages.....	283
2.1	Gegenseitige Zugeständnisse	283
2.2	Saldoklausel.....	284
III.	Folgen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld	286

Teil IV: Die Rechtsfolgen der Kündigung..... 289

Kapitel 1: Entschädigung bei unrechtmässiger Kündigung..... 291

I.	Voraussetzungen der Entschädigung	291
1.	Unrechtmässige Kündigung.....	291
1.1	Materielle und/oder formelle Unrechtmässigkeit der Kündigung.....	291
1.2	Irrelevanz der Kausalität zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses...	291
2.	Keine Wiedereinstellung.....	292
2.1	Keine Wiedereinstellung als Grundsatz.....	292
2.2	Wiedereinstellung als Ausnahme.....	298
a	Bei Anordnung durch die Aufsichtsbehörde.....	298
b	Bei Racheündigung nach GlG.....	300
c	Bei Nichtigkeit der Kündigung.....	301
2.3	Exkurs: Nichtigkeit der Kündigungsverfügung	301
a	Evidenztheorie.....	302
b	Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts	304
c	Rechtsprechung des Bundesgerichts	306
d	Fazit.....	307
II.	Höhe der Entschädigung.....	308
1.	Höchstsumme	308
2.	Bemessungskriterien.....	310
3.	Entschädigungspraxis	311
III.	Zweck und Rechtsnatur der Entschädigung.....	315

Kapitel 2: Abfindung bei unverschuldeter Kündigung..... 316

I.	Voraussetzungen der Abfindung.....	316
1.	5 Dienstjahre und 35 Lebensjahre.....	316
2.	Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Veranlassung des Kantons und ohne Verschulden des Angestellten	317
2.1	Auflösung auf Veranlassung des Kantons	317
2.2	Auflösung ohne Verschulden des Angestellten.....	319
II.	Höhe der Abfindung.....	321
1.	Höchstsumme	321
2.	Bemessungskriterien.....	323
3.	Abfindungspraxis.....	324
III.	Zweck und Rechtsnatur der Abfindung	327
IV.	Form der Abfindung.....	329

V.	Zuständigkeit für die Festsetzung der Abfindung.....	331
VI.	Kürzung und Rückzahlung der Abfindung.....	333
VII.	Abfindung im Rahmen eines Aufhebungsvertrages.....	338

Teil V: Der Rechtsmittelschutz bei Kündigung..... 343

Kapitel 1: Rechtsmittelschutz im Personalrecht..... 345

I.	Vom justizfreien Hoheitsakt zum richterlichen Rechtsschutz.....	345
II.	Verfahrensrechtliche Besonderheiten.....	347
1.	Eingeschränkte Entscheidbefugnis.....	347
2.	Keine aufschiebende Wirkung.....	351
3.	Kostenlosigkeit des Verfahrens.....	353
4.	Mitberichtsverfahren des Personalamtes.....	357

Kapitel 2: Rechtsweg und Rechtsmittel bei Kündigung..... 358

I.	Rekursverfahren.....	358
1.	Rekursinstanzen.....	358
1.1	Allgemeine Rekursinstanzen.....	358
1.2	Rekursinstanzen für besondere Berufsgruppen.....	359
a	Rechtspflegepersonal.....	359
b	Lehrpersonen an Volksschulen.....	360
c	Universitätspersonal.....	360
d	Spitalpersonal.....	361
e	Pfarrer und Angestellte der Landeskirchen.....	362
2.	Rekurs.....	363
2.1	Frist und Form.....	363
2.2	Legitimation.....	364
2.3	Kognition.....	364
II.	Verfahren vor Verwaltungsgericht.....	366
1.	Verwaltungsgericht.....	366
2.	Verwaltungsbeschwerde.....	368
2.1	Frist und Form.....	368
2.2	Legitimation.....	369
2.3	Kognition.....	370
III.	Verfahren vor Bundesgericht.....	371
1.	Bundesgericht.....	371
2.	Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.....	372

2.1 Frist und Form	372
2.2 Legitimation.....	373
2.3 Kognition	373
3. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde.....	375
Teil VI: Schlussbetrachtung	377
Kapitel 1: Erkenntnisse.....	379
Kapitel 2: Schlusswort	387
Stichwortregister	389