



**o m b u d s m a n n**

DES KANTONS ZÜRICH

**TÄTIGKEITSBERICHT  
2012**



# Tätigkeitsbericht an den Kantonsrat

Zürich, 17. April 2013

Sehr geehrter Herr Präsident  
Sehr geehrte Damen und Herren  
Kantonsrätinnen und Kantonsräte

Gemäss § 87a. Verwaltungsrechts-  
pflegegesetz (VRG) erstatte ich Ihnen  
Bericht über die Tätigkeit des  
Ombudsmanns im Jahr 2012.

Ombudsmann des Kantons Zürich  
Thomas Faesi

## Inhaltsverzeichnis

3	Beschwerden 2012
13	Zum Tätigkeitsbericht
15	Dank
16	Team
17	Gastreferate zum Personalrecht:
17	Dr.iur. Susanne Raess-Eichenberger, Rechtsanwältin
31	lic.iur. Anita Vogel, Leiterin Rechtsdienst, Personalamt, Finanzdirektion
45	Statistik
46	Fallbeispiele
90	Adresse

Im Berichtsjahr sind 721 (2011: 699) Beschwerden beim Ombudsmann eingegangen, erledigt wurden während dieser Zeit 727 (2011: 697) Fälle, ins neue Jahr übernommen und weitergeführt wurden 88 (2011: 93) Verfahren. Der Ombudsmann hat 2012 229 Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer zur Besprechung empfangen und in 281 Fällen bei der Verwaltung eine Vernehmlassung eingeholt bzw. um Aktenvorlage gebeten. Zudem wurden in 264 Fällen Behördenmitglieder und Verwaltungsangehörige als Auskunftspersonen angehört, neunmal erwies sich die Durchführung eines Augenscheins als sinnvoll. In 71.0 (2011: 61.8) Prozent aller Fälle hat der Ombudsmann Rat für das weitere Vorgehen (§ 93 lit. a Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG) erteilt, in 29 (2011: 38) Prozent bedurfte das Finden einer korrekten und einvernehmlichen Lösung verschiedener Kontakte mit Behörden und Amtsstellen (§ 93 lit. b VRG) (vgl. Statistik S. 45). Eine schriftliche Empfehlung (§ 93 lit. c VRG) wurde nicht ausgesprochen.

Die Personalfälle machten im Berichtsjahr 17.9 (2011: 22.3) Prozent des Fallbestandes aus, womit ein weiterer Rückgang dieser Fallkategorie festzustellen ist. 31 Fälle (4.3 Prozent; 2011 4.3 Prozent) können als Gemeindefälle bezeichnet werden (16 Fälle Ombudsgemeinden [2.2 Prozent] und 15 weitere Gemeindefälle [2.1 Prozent]).

141 (2011: 137) Beschwerden konnten innert 10 Tagen erledigt werden, in 167 (2011: 164) Fällen lag die Bearbeitungsdauer zwischen elf und 30 Tagen, und bei 411 (2011: 385) Verfahren betrug die Bearbeitungszeit zwischen 31 Tagen und

einem Jahr. 8 (2011: 11) Fälle bedurften einer überjährigen Bearbeitungszeit.

## Beschwerdenhäufigkeit, Beschwerdeverteilung 2012

Im Vergleich zum Vorjahr hat die Anzahl der Beschwerden wieder zugenommen. Eine nennenswerte Veränderung hinsichtlich der Verteilung der Fälle auf einzelne Direktionen kann nicht festgestellt werden. Immerhin kann auf den substantiellen Rückgang der sich gegen die Baudirektion richtenden Beschwerden (2011: 41 Fälle, 5.9 Prozent) hingewiesen werden.

Der Baudirektion können 19 Fälle (2.6 Prozent des Fallbestandes) zugeordnet werden. 65 Fälle (9 Prozent) können der Bildungsdirektion (ohne Universität und ohne Fachhochschulen) zugeordnet werden, 90 Fälle (12.5 Prozent) der Finanzdirektion, wobei Steueranliegen mit 82 Fällen (11.4 Prozent) wiederum wie im Vorjahr 2011 klar im Vordergrund standen. Aus dem Bereich der Gesundheitsdirektion (ohne Universitätsspital und ohne Kantonsspital Winterthur, die separat ausgewiesen werden) stammen 40 Fälle (5.5 Prozent), 22 davon (3 Prozent) aus dem Spitalbereich (18 Fälle aus den kantonalen psychiatrischen Kliniken, 4 Fälle aus weiteren kantonalen Spitälern). 13 Fälle (knapp 2 Prozent) sind im Zusammenhang mit dem Veterinäramt zu verzeichnen.

32 Fälle (4.4 Prozent) können der Direktion Justiz und Inneres zugeordnet werden. 108 Neueingänge (15 Prozent) stehen im Zusammenhang mit der Sicherheitsdirektion (dabei entfallen auf

die Kantonspolizei 37, auf das Migrationsamt 36 und das Strassenverkehrsamt 27 Fälle). Auf die Volkswirtschaftsdirektion entfallen 41 Fälle (5.7 Prozent), dies ohne den Zürcher Verkehrsverbund (ZVV), der als Anstalt des öffentlichen Rechts separat ausgewiesen wird. Die die Volkswirtschaftsdirektion betreffenden Beschwerden stammen hauptsächlich aus den Gebieten Arbeitslosenversicherung, Arbeitsmarkt und Regionale Arbeitsvermittlungszentren.

Die Bezirke sind mit 19 Fällen (2.6 Prozent) am Fallbestand vertreten. 31 Fälle (4.3 Prozent) sind der Kategorie Diverse zugeordnet, darunter fallen beispielsweise die kantonale Gebäudeversicherung, das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich oder auch Grundbuch-, Betreibungsämter, Notariate usw. Aus den Ombudsgemeinden stammen gerade 16 (2.2 Prozent), aus weiteren Gemeinden 15 (2.1 Prozent) Fälle, insgesamt richten sich 2012 31 Beschwerden (4.3 Prozent) gegen Gemeinden.

Auf das Kantonsspital Winterthur entfällt 2012 gerade eine Beschwerde, die Kirchen verzeichnen hingegen acht Eingänge, das Obergericht des Kantons Zürich 17 und der Regierungsrat des Kantons Zürich zwei. Gegen die Sozialversicherungsanstalt richten sich im Berichtsjahr 49 Beschwerden (6.8 Prozent), gegen die Universität des Kantons Zürich 31 (4.3 Prozent), und im Zusammenhang mit dem Universitätsspital werden 20 (2.8 Prozent) Beschwerden erhoben. 93 Fälle (12.9 Prozent) werden 2012 im Zusammenhang mit dem ZVV erhoben. Auf die Zürcher

Fachhochschulen fällt ein Anteil von 21 Beschwerden (2.9 Prozent), auf die Zentralbibliothek entfallen drei Beschwerden.

## Personalrecht – ein Hinweis

Der Bericht enthält wiederum Fälle aus dem Alltag, wobei er eine grössere Anzahl von Personalfällen enthält als üblich. Dies hat nichts mit der Menge der Personalfälle zu tun, die im Vergleich zum Vorjahr erfreulicherweise abgenommen hat, sondern mit dem Entscheid, Ihnen über diesen Bereich der Arbeit des Ombudsmanns und seines Teams ebenfalls zu berichten, nachdem doch immer wieder Beschwerden zu behandeln sind, deren Inhalt sich schlagwortartig wie folgt bezeichnen liesse: Mitarbeiterbeurteilung, Ansetzen Bewährungsfrist, Auflösungsvereinbarung, Freistellung, Abfindung und Formulierung des entsprechenden Zeugnisses.

Ich habe zum Thema Personalrecht zwei Autorinnen um Mitarbeit und darum gebeten, ihre Sicht der Dinge darzulegen: Die als Partnerin einer Anwaltskanzlei tätige Frau Dr. Susanne Raess legt ihrem Beitrag eine Arbeitnehmeroptik zugrunde, während die Leiterin der Rechtsabteilung des Personalamts der Finanzdirektion, Frau Rechtsanwältin lic.iur. Anita Vogel, von mir gebeten wurde, die Sicht des kantonalen Arbeitgebers einzubringen. Wie Sie sehen, sind die Bewertungsunterschiede gering. Denn beide Autorinnen stellen die einschlägigen Grundsätze, Rechtsinstitute und Bestimmungen übersichtlich dar, und beide weisen auf die zu beachtenden

Unterschiede zwischen privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen und öffentlich-rechtlichen und auf die diversen Konfliktpunkte und Schwierigkeiten im Vollzug hin.

Auch für den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber gilt die Kündigungsfreiheit. Diese ist jedoch so konstruiert, dass allgemeine Verfassungsgrundsätze und spezielle Regeln des Personalrechts zu beachten sind. Eine solche Regel besagt beispielsweise, dass einer Mitarbeiterin oder einem Mitarbeiter mit mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhalten arbeitgeberseitig die Möglichkeit zur Bewährung einzuräumen sei. Auch im Berichtsjahr hat sich gezeigt, dass ein Teil der Linienverantwortlichen sich so verhält, als wären sie Chefs eines privaten Unternehmens und könnten sich deshalb von der Beachtung der einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen des Kantons dispensieren. Dies kann dazu führen, dass ein Mitarbeiter nach einem Fehler sofort entlassen und freigestellt wird, ohne dass ihm eine Chance auf Verbesserung eingeräumt worden wäre, was den Kanton nicht selten einen «schönen Batzen» kostet. Oder die Chefin kennt das Personalrecht und will es beachten, doch alle Beteiligten ahnen schon vor Beginn der Bewährungsfrist, dass an ein erfolgreiches Bestehen nicht (mehr) gedacht werden kann: Zuviel ist schon geschehen, als dass den Beteiligten die Aufrechterhaltung der Beschäftigung noch weiter zugemutet werden könnte. Dann wird vielleicht die Bewährungsfrist noch abgesessen, irgendwie (oft unter Leiden aller Beteiligten) bestanden – schliesslich verlangt das Personalrecht

ein solches Vorgehen, und es hat auch der Ombudsmann darauf hingewiesen, dass die rechtlichen Bestimmungen einzuhalten seien -, doch am Ende ist klar, was schon zu Beginn klar war, das Arbeitsverhältnis hat keine Chance mehr (erhalten).

Selbstverständlich soll mit dieser etwas zugespitzten Darstellung nicht behauptet werden, es ginge regelmässig nach diesen beiden Szenarien, ebenfalls wird damit nicht indiziert, es gäbe nicht eine grosse Zahl von personalrechtlichen Massnahmen, die ohne Mentalreservation angeordnet und akzeptiert worden sind. Es geht lediglich um den Hinweis, dass das geltende Personalrecht «das Gute will», aber nicht immer in der Lage ist, «das Gute zu schaffen».

Ich bedanke mich bei den beiden Autorinnen für ihre Beiträge, die ich Ihrer Aufmerksamkeit empfehlen möchte.

## Berichtsfälle

Es gibt die Berichtsfälle und die grosse Anzahl der Nichtberichtsfälle. Die Berichtsfälle unterscheiden sich im Normalfall nicht gross von anderen Fällen, ausser vielleicht etwas von den Fällen, deren Publikation zwar ebenfalls informativ wäre, bei denen sich die gewünschte Anonymität jedoch nur schwer wahren liesse und darum auf Aufnahme in den Bericht verzichtet wurde. Zugenommen hat die Bearbeitungsintensität von Beschwerden von Vätern, die ihr/e Kind/er zu wenig sehen können, und die der Auffassung sind, den

Behörden sei es bei etwas mehr gutem Willen möglich, ein ihrem Bedürfnis entsprechendes Besuchsrecht effektiv auch durchzusetzen. Zu den Nichtberichtsfällen gehören auch die zahllosen Abklärungen und Telefonkontakte, die mit der Mitteilung enden, dass der Ombudsmann wegen seiner fehlenden Zuständigkeit wirklich nicht helfen und er sich nicht einmischen dürfe, dass sich die ratsuchende Person jedoch an die vom Ombudsmann bezeichnete Institution wenden könne.

Der Fall «Wir mussten drei Jahre unsere verkrüppelten Bäume ansehen» (Fall 1, Seite 46) umschreibt die Folgen einer an sich gebotenen Hochwasserschutzmassnahme, bei der es die Verwaltung unterliess, den betroffenen Grundeigentümer rechtzeitig und hinsichtlich des Umfangs des Eingriffs korrekt zu informieren. Nach wenig ergiebigen Verhandlungen wird ein runder Tisch organisiert, der schliesslich Einigkeit über die Höhe der an den Grundeigentümer zu entrichtenden Entschädigung bringt, womit sich ein für alle Beteiligten aufwendiges Gerichtsverfahren vermeiden lässt.

«Im Grenzbereich der Ombudstätigkeit» (Fall 2, Seite 49) ist ein Fall angesiedelt, bei dem ein Nachbar der Beschwerdeführerin im ortsbildgeschützten Teil der Gemeinde Neubauten plant, was sowohl von der Gemeinde als auch von der Baudirektion so bewilligt wird. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung der kommunalen Bauvorschriften geltend und kritisiert die Lage der geplanten Bauten in der Freifläche. Der Ombudsmann ist weder für eine Vermittlung zwischen den privaten Grund-

eigentümern zuständig noch kann er mit der Gemeinde Kontakt aufnehmen, da es sich nicht um eine Ombudsgemeinde handelt. Nach Sistierung des Rekursverfahrens bespricht der Ombudsmann verschiedene kritische Punkte der ortsbildschutzrechtlichen kantonalen Bewilligung mit der Baudirektion. Dabei werden ein Widerruf der erteilten Bewilligung und ein aufsichtsrechtliches Vorgehen des Kantons besprochen. Beides geschieht nicht: Eine sorgfältig vorgenommene Interessensabwägung steht einem Widerruf entgegen. Und dem aufsichtsrechtlichen Handeln steht der Umstand im Weg, dass die Beschwerdeführerin zur Einhaltung der Rechtsmittelfrist ein Rekursverfahren anhängig gemacht hat. Und so muss das Ombudsverfahren beendet werden, während das Rekursverfahren seinen Lauf nimmt.

Der Zusammenschluss zweier Kantonschulen bildet den Hintergrund des Falls «Auskunftspflicht des Mittelschul- und Berufsbildungsamtes?» (Fall 3, Seite 51). Ein Lehrer macht einen Konflikt zwischen der designierten Schulleitung und der Lehrerschaft geltend. Er habe sich mit der Bitte um eine Rechtsauskunft an das MBA gewandt, er habe jedoch keine Auskunft erhalten, sondern sei an die Schulleitung verwiesen worden. Diese Darlegung des Sachverhalts wird vom Amt im Wesentlichen bestätigt. Es habe den Ansprecher um Kontaktaufnahme mit der Schulleitung gebeten, um zu verhindern, dass über verschiedene Ansprechpartner in die Schule hinein kommuniziert werde. Der Ombudsmann beurteilt das Vorgehen des Amtes als zulässig, und er kann das ihm vom

MBA vorgetragene Argument nachvollziehen. Der Beschwerdeführer widerspricht dem Ombudsmann nicht, doch wird damit nicht behauptet, er wäre mit dieser Beurteilung durch den Ombudsmann zufrieden gewesen.

«Welchen Lohn bei Reduktion des Beschäftigungsgrades ab Geburt?» (Fall 4, Seite 53) – diese Frage stellt eine Beschwerdeführerin beim Ombudsmann im Zusammenhang mit der Mutterschaftsentschädigung. Das Amt stellt sich auf den Standpunkt, die temporär erhöhte Beschäftigung könne bei der Höhe der genannten Entschädigung keine Rolle spielen, während der Zeit der Mutterschaft sei schliesslich wieder der reduzierte Beschäftigungsgrad zur Anwendung gekommen. Die anwendbare Bestimmung der Verordnung zum Erwerb ersatzgesetz (Art. 31 Abs. 1) lautet jedoch: «Die Entschädigung wird auf Grund des letzte vor der Geburt erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet», m.A.W. ist der Entschädigung der höhere Beschäftigungsgrad zugrunde zu legen. Damit ist die Frage zu Gunsten der Beschwerdeführerin entschieden.

«Briefkasten, Zustellfiktion und Prozessrechtsverhältnis» (Fall 5, Seite 55) behandelt die sich immer wieder stellende Frage, welche Bedeutung einer eingeschriebenen und nicht abgeholtten Postsendung zukommt und ob ein Steuerpflichtiger unter solchen Umständen mit einer Einschätzung nach Ermessen rechnen musste. Die Beurteilung des vorliegenden Falls wird durch den nachgewiesenen Umstand erleichtert, dass

vor der Einschätzung nach Ermessen der Zustellungsbeleg der entsprechenden Mahnung durch einen WG-Kollegen des Pflichtigen unterzeichnet wurde, womit sie in dessen Machtbereich gelangte, und der Steuerpflichtige ab diesem Zeitpunkt mit der Zustellung eines Einschätzungsentscheids rechnen musste. Dies unbeschadet des allfälligen Umstandes, ob er effektiv von der Mahnung Kenntnis erhielt.

Die gesundheitsbedingte Auflösung eines Arbeitsverhältnisses liegt dem Fall «Arbeitszeugnis – Differenzen durch Vermittlung erfolgreich gelöst» (Fall 6, Seite 58) zugrunde. Arbeitnehmerin und Arbeitgeberin sind sich vor allem nicht einig darüber, ob und wie die Krankheit im Arbeitszeugnis angesprochen werden soll. Der Vorschlag des Ombudsmanns findet schliesslich die Zustimmung beider Parteien: Die die Auflösung der Beschäftigung bewirkende Krankheit wird im Schlusszeugnis zwar erwähnt, doch ebenfalls enthält das Zeugnis die (ebenfalls) zutreffende Angabe der gesundheitlichen Verbesserung in den Wochen vor dem Kündigungstermin. Die konstruktive Haltung beider Parteien hat zur Bereinigung der Differenzen und damit zur Vermeidung eines Gerichtsverfahrens geführt.

Die «Änderung des Vornamens bei Neugeborenen» (Fall 7, Seite 60) ist keine einfache Sache. Das hat der Beschwerdeführer erfahren, der nach der Geburt seiner Tochter durch Kaiserschnitt eine Namenskarte unterschrieben hat, ohne dass seine Frau diese ebenfalls unterschrieben hätte bzw. zu diesem Zeitpunkt überhaupt nur in der Lage gewesen wäre, ebenfalls zu un-

terschreiben. Der Beschwerdeführer gibt an, er sei vom Krankenhauspersonal zur Unterschrift gedrängt worden, auch sei ihm versichert worden, das sei alles kein Problem, denn erst mit der Unterschrift auch seiner Ehefrau werde das gültig. Die etwas später zugestellte Geburtsurkunde belehrt ihn eines Besseren, denn sie enthält den nicht gewünschten falschen (zweiten) Vornamen des Kindes, so wie das auf der von ihm allein unterschriebenen Karte angegeben ist. Der Beschwerdeführer bittet um eine möglichst formlose Anpassung und Korrektur des Fehlers. Der Ombudsmann wendet sich an das Gemeindeamt und schlägt unter Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen vor, das Amt möge den Namen wegen eines offenkundigen Versehens korrigieren. Das Amt ist damit nicht einverstanden und verweist dazu ebenfalls auf verschiedene Normen und eine bundesgerichtliche Praxis aus dem Jahr 1975. Auch ein weiterer Austausch von Argumenten veranlasst das Amt nicht zu einer Änderung seiner ursprünglichen Auffassung, nach der das Ehepaar entweder die Namensgebung gerichtlich anfechten oder ein Namensänderungsverfahren anhängig machen könne. So bleibt dem Ombudsmann nur der Rat an den Beschwerdeführer, den Weg des Verfahrens zur Namensänderung zu beschreiten. Der Beschwerdeführer verschliesst sich dem nicht, er kann das Gemeindeamt jedoch nicht verstehen, und auch der Ombudsmann hätte sich ein etwas kreativeres Vorgehen der Verwaltung gewünscht, die rechtlichen Voraussetzungen hätten dies – seiner Auffassung nach – durchaus ermöglicht.

«So geht es natürlich nicht!» (Fall 8, Seite 64), mit diesen Worten erzählt der Beschwerdeführer dem Ombudsmann, er habe eine Verkehrsbusse von Fr. 100 erhalten, die sei vom Statthalteramt erhöht und vom Bezirksgericht wieder reduziert worden. Schliesslich sei er vom Obergericht des Kantons Zürich freigesprochen worden. Die Busse ist aufgrund eines Spurwechsels auf der A51 ausgestellt worden, wobei sich der Beschwerdeführer ursprünglich auf einer «normalen» Spur befand, die schliesslich zu einer Ausfahrspur mutierte. Da er nicht aus-, sondern weiterfahren wollte, nahm er den Spurwechsel vor, wobei ihn keine ausgezogene Sicherheitslinie daran hinderte, auch wenn auf der zu verlassenenden (nun zur) Ausfahrspur (gewordenen) bereits Abweispfeile vorhanden waren. Aus den Erwägungen des Obergerichts ergab sich, dass der Beschwerdeführer richtig handelte. Ausgehend von dieser Beurteilung fragt der Ombudsmann den Kommandanten der Kantonspolizei, weshalb dem Beschwerdeführer eine Busse erteilt worden sei, da die vom Obergericht angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichts auch der Polizei bekannt sei. Die Polizei spricht nach den verschiedenen Entscheidungen von einer nicht ganz klaren Rechtslage. Auch wird deutlich, dass sie den entsprechenden Bundesgerichtsentscheid anders als das Obergericht auslegt. Der Ombudsmann hätte es begrüsst, die Polizei hätte die – zugegeben nicht mehr ganz junge – bundesgerichtliche Praxis beachtet und auf eine Verzeigung des nicht fehlbaren Automobilisten verzichtet. Denn wichtig ist ihm, dass sich Fälle nicht wiederholen, bei denen die



betroffenen Personen erst nach aufwendigen Rechtsmittel- und Strafverfahren zu ihrem Recht kommen. Der Kommandant der Kantonspolizei sichert dem Ombudsmann die Überprüfung der Verzeigpraxis solcher und vergleichbarer Fälle zu. Heute ist die entsprechende Stelle deutlich mit einer Sicherheitslinie signalisiert, womit keine Unklarheit mehr verbleibt, wann die Spur (noch) gewechselt werden darf, und wann nicht mehr.

«Schwerwiegende ausländerrechtliche Massnahmen wegen Sozialhilfebezugs» (Fall 9, Seite 67) sind einer Ausländerin aus der Elfenbeinküste für den Fall angedroht worden, dass sie weiter auf Sozialhilfe angewiesen sei oder sie Anlass zu berechtigten Klagen gäbe. Ebenfalls verfügungsweise wird ihr der Besuch eines Deutschkurses auferlegt. Der Ombudsmann erhält Einsicht in die Akten des Migrationsamtes, woraus sich ergibt, dass die Verfügung unangefochten rechtsbeständig geworden ist. Beim Gespräch mit dem Ombudsmann erklärt die Beschwerdeführerin differenziert und in deutscher Sprache ihre Situation und dass sie einen «Bachelor of arts ZFH in Übersetzen mit Vertiefung in mehrsprachiger Kommunikation» (so lautet die volle Bezeichnung dieses Titels) erworben, hingegen keine Sozialhilfe bezogen habe, sondern lediglich und auf Anraten der Gemeinde ihr Kind habe betreuen lassen. Die Gemeinde bestätigt die Darlegung der Beschwerdeführerin und einen Buchungsfehler («wirtschaftliche Sozialhilfe» statt «freiwillige wirtschaftliche Hilfe»). Auf die Anfrage des Ombudsmanns hebt das Migrationsamt die entsprechende Verfügung wegen Ver-

letzung des rechtlichen Gehörs auf. Damit trägt es den sachlichen und rechtlichen Umständen dieses Falles Rechnung.

«Gelebter Name und Schengen» (Fall 10, Seite 69) belegt die für die Beschwerdeführerin überraschende behördenveranlasste Namensänderung: Nicht mehr dürfe sie ihren jahrzehntelang geführten Familiennamen führen, sondern ihren Ledignahmen. Der Ombudsmann ist der Auffassung, dass ein «Neuer Name wegen Schengen» (so die Überschrift einer Zeitschrift) nicht sein könne und bittet den Chef des Migrationsamtes um Erläuterung. Dieser erklärt die Hintergründe und weist darauf hin, dass eine diesbezügliche Weisung des Justiz- und Polizeidepartements vorliege. Das Zürcher Migrationsamt ist bereit, der Beschwerdeführerin den Ausländerausweis kostenlos umzutauschen und den neuen Ausweis mit ihrem korrekten Familiennamen zu versehen. Dass die durch das Bundesamt für Migration eingeführte Änderung der Namensschreibweise schliesslich dazu führt, dass auf der Vorder- und Rückseite des entsprechenden Ausweisdokuments unterschiedliche Namen stehen können, indiziert (im Zusammenhang mit Schengen) Überkomplexität einer an sich einfachen Sache.

Der Fall «Hausdienstarbeit: 10 oder 5 % Quellensteuer?» (Fall 11, Seite 72) beschreibt eine typische Situation im Zusammenhang mit dem Abrechnungsverfahren (Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge). Bei kurzfristigen oder umfangmässig geringen Beschäftigungsverhältnissen wird den Arbeitgebern ein

vereinfachtes Abrechnungsverfahren mit einem Quellensteuerabzug von 5 % ermöglicht. Im vorliegenden Fall wird ein materiell falsches Resultat (Quellensteuerabzug 10 %) durch die Verwaltung korrigiert (Quellensteuerabzug 5 %), dies auch für zurückliegende Perioden, was vor der Anfrage des Ombudsmanns als ein Ding der Unmöglichkeit schien. Ein nach Intervention des Ombudsmanns korrektes Resultat.

Die «Freistellung und (der) Verzicht auf Bewährungsfrist» (Fall 12, Seite 74) geschehen an der Universität Zürich. Zwei seit sehr langer Zeit an einem Institut angestellten Mitarbeitern ist ein folgenschwerer Fehler unterlaufen, worauf sie von der Leitung des Instituts sofort freigestellt werden. Der Einblick in die Personalakten zeigt bislang immer gut gewesene Mitarbeiterbeurteilungen. Die Institutsleitung wirft den Mitarbeitern bewusste Unsorgfältigkeit vor, weshalb eine Publikation des Instituts von einem renommierten wissenschaftlichen Magazin abgelehnt worden sei. Der Vorwurf ist stark, aber nach Lage der Personalakten ist nichts Derartiges nachgewiesen. Der Ombudsmann vertritt die Auffassung, den beiden Mitarbeitern hätte nach dem dokumentierten Fehler eine Bewährungsfrist eingeräumt werden müssen, eine Freistellung (noch vor beabsichtigter Entlassung!) und die in Aussicht gestellte Entlassung seien nicht angezeigt. Die Institutsleitung macht geltend, die Freistellung sei verfügt worden, damit keine weiteren Fehler mehr geschehen könnten, auch würde man die Mitarbeiter bei einer Bewährungsfrist nicht genügend kontrolliert haben kön-

nen, weshalb auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist verzichtet worden sei. Der Ombudsmann verweist nochmals darauf, dass einzig der dokumentierte Fehler Anlass für personalrechtliche Massnahmen sein könne und nicht im Nachhinein vortragene Vermutungen der Institutsleitung. Die angebliche Unmöglichkeit, die Arbeit während laufender Bewährungsfrist kontrollieren zu können, spreche gegen die Institutsleitung, die sich um das Personalrecht einfach nicht kümmere. Der Ombudsmann schlägt eine Auflösungsvereinbarung vor, die der Rechtsverletzung seitens des Arbeitgebers Rechnung trägt. Die Universität reduziert während der laufenden Verhandlungen ihr Angebot soweit, dass sich die beiden Mitarbeiter beim Ombudsmann bedanken und den Rechtsweg wählen.

«Die Auflösungsvereinbarung – ein ‚Klassiker‘ im öffentlichen Personalrecht» (Fall 13, Seite 78) beschreibt einen Fall einer Mitarbeiterin, die einen neuen Chef erhalten hat und der einige Fehler unterlaufen sind, was zu einer ausserordentlichen Mitarbeiterbeurteilung und zu einer ihr angesetzten Bewährungsfrist führt. Nach verschiedenen Auseinandersetzungen reicht die Mitarbeiterin ein Arztzeugnis ein und erscheint nicht mehr zur Arbeit. Ihr ist klar, dass aufgrund der ungenügend ausgefallen Beurteilung keine Chance auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses mehr besteht, weshalb sie dieses mittels einer Vereinbarung beenden möchte. An einem vom Ombudsmann organisierten runden Tisch einigen sich die Parteien auf die zu regelnden Punkte und unterzeichnen die entsprechende Vereinbarung. Alle

Teilnehmer sind froh, dass der Konflikt gütlich hat beigelegt werden können.

Beim Fall «Arbeitszeugnis und individuelle Leistungsvereinbarung» (Fall 14, Seite 81) stellt sich als erste Frage diejenige, über welchen Zeitraum sich ein Arbeitszeugnis zu erstrecken habe. Während die Arbeitgeberin die Auffassung vertritt, ein Zeugnis könne sich nur über die Zeit aussprechen, während der der Angestellte mit dem das Zeugnis unterschreibenden Chef zusammengearbeitet habe, nicht jedoch für die Zeit davor, ist der Angestellte mit dem Ombudsmann der Ansicht, das Zeugnis habe sich über die ganze Zeit der Anstellung auszusprechen. Schliesslich erhält der Angestellte das von ihm erwünschte Zeugnis. Seine weitere Angabe, er hätte – wäre er nicht krank geworden – gemäss individueller Leistungsvereinbarung noch zusätzliche Stunden arbeiten müssen, was seinem Gleitzeitsaldo gutgeschrieben werden müsse, erweist sich als unzutreffend. Aus diesem Grund werden ihm die von ihm geltend gemachten zusätzlichen Stunden richtigerweise auch nicht gutgeschrieben. Der Beschwerdeführer akzeptiert das Resultat und bedankt sich für die Unterstützung des Ombudsmanns.

Beim Fall «Gültiges Ticket erforderlich: Die Verantwortung wächst mit dem Alter» (Fall 15, Seite 83) beklagt sich der Vater einer 14 Jährigen beim Ombudsmann, seine Tochter sei bei einer Kontrolle ohne das für die Zusatzzone noch nötige (zusätzliche) Ticket angetroffen worden, sie habe eine Busse von 70 Franken erhalten und habe noch weitere 100 Franken bezahlen müssen, dies wegen eines Flucht-

verdachts. Er schliesst daraus, dass der ZVV seine Tochter kriminalisiere. Der Ombudsmann erklärt zunächst, dass es sich beim Betrag von 70 Franken nicht um eine Busse bzw. eine Strafe handle, sondern um eine Aufwandgebühr im Zusammenhang mit den aus den Kontrollen erwachsenden Kosten. Nachdem die Tochter bei der Kontrolle lediglich einen teilweise gültigen Ausweis habe präsentieren können, sei richtigerweise ein reduzierter Zuschlag erhoben worden. Der Ombudsmann weist auf die Möglichkeiten den Zonenplan einzusehen hin. Auch ist er der Ansicht, dass von einer eigenständig reisenden 14 Jährigen erwartet werden kann, sich entsprechend kundig zu machen und sich vor Antritt der Reise die richtigen Billets zu beschaffen. Auch das Argument des Zeitdrucks sei nicht entlastend. Das spezielle Verhalten der Kontrollierten lässt die Schlussfolgerungen des Kontrollpersonals nachvollziehbar erscheinen, dass sie sich der Kontrolle zu entziehen versuchte. Mit einigen Überlegungen zu den Möglichkeiten sich gegen erhobene Gebühren zur Wehr zu setzen wird der Fall geschlossen.

Beim Fall «E-Ticket – Fahrausweiskontrolle – leerer Handy-Akku! Was nun?» (Fall 16, Seite 86) hat sich der Akku des iPhone des Beschwerdeführers genau im falschen Moment entleert, so dass er das gelöste E-Ticket bei der Kontrolle im Bus nicht vorweisen kann, weshalb ihm nebst einer Fahrpreispauschale auch eine Gebühr auferlegt wird. Der Ombudsmann verweist bei seiner Diskussion mit dem ZVV auf den Umstand, dass sich die SBB bei vergleichbaren Fällen kulant zeigten und lediglich eine stark reduzierte Bearbeitungsgebühr

verlangten. Nach einlässlicher Darlegung der Rechtslage unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis verweist der ZVV darauf, dass er Abklärungen an die Hand nehme, wie künftig ein kundenfreundliches Vorgehen bei Fällen mit entleerten Akkus sichergestellt werden könne, wobei dieses Problem sinnvollerweise schweizweit gleich geregelt werden solle. Der ZVV ist kulanterweise bereit, dem Beschwerdeführer ebenfalls eine stark reduzierte Bearbeitungsgebühr aufzuerlegen, womit dieser einverstanden ist.

## Whistleblowing

Im vergangenen Jahr sind wiederum nur wenige Fälle unter dieser Rubrik eingegangen. In einem der Fälle hat sich der geltend gemachte Sachverhalt bestätigt, und die Verwaltung hat den Missstand behoben, so dass das Ombudsverfahren hat abgeschlossen werden können.

In der AJP 2012 S. 490 ist unter dem Titel «Whistleblowing in der öffentlichen Verwaltung» ein Beitrag des kürzlich verstorbenen Prof. Dr. Yvo Hangartner publiziert worden, der sich mit den grundrechtlichen Aspekten dieses Themas und der Rechtsprechung dazu auseinandersetzt. Dazu seien mir zwei Anmerkungen erlaubt:

Im Beitrag wird die Auffassung des Bundesgerichts wiedergegeben, nach der der Whistleblower nicht aus subjektiven Gründen handeln dürfe, sondern er im Interesse notwendiger oder wünschenswerter Reformen tätig werden müsse, also im öffentlichen Interesse. Solche

Anforderungen scheinen mir doch etwas zu streng zu sein. Nach meiner Erfahrung geht jeder Meldung (im Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung) der Bruch einer Arbeitsbeziehung voraus, weshalb die Meldung dann im Rahmen des Personalfalls erstattet wird. Das Motiv einer Meldung ist nicht entscheidend für die Frage, ob eine Meldung in guten Treuen gemacht worden ist. Allein entscheidend scheint mir, dass keine falschen Anschuldigungen erhoben werden, weshalb zu verlangen ist, dass die Whistleblowerin den gemeldeten Sachverhalt für wahr hält bzw. aus guten Gründen hat für wahr oder für zumindest für möglich hat halten dürfen, wobei Tatsachen und Vermutungen auseinanderzuhalten sind.

Prof. Dr. Hangartner vertritt die Auffassung, die Ombudsleute seien als Ansprechpartner von Whistleblowern weniger geeignet, denn sie hätten nach den geltenden Regelungen eine Beratungs- und Vermittlungsfunktion im Verhältnis des Bürgers zum Staat.

Es ist zutreffend, dass diese Funktionen zur Tätigkeit der Ombudsfrauen und Ombudsmänner gehört, doch es wäre falsch daraus zu schliessen, dass es damit sein Bewenden hätte: Der Zürcher Ombudsperson ist vom Gesetz ausdrücklich aufgegeben zu prüfen, ob die Behörden nach Recht und Billigkeit verfahren. In diesem Sinn fungiert die Ombudsstelle auch als kantonale Korruptionsmeldestelle.

Im Rahmen eines fachlichen Austausches mit Prof. Dr. Walter Haller rückte Prof. Dr. Yvo Hangartner von seiner Auffassung ab

und pflichtete bei, dass die von der Verwaltung unabhängigen Ombudsstellen neben der Beratungs- und Mittlerfunktion auch eine Kontrollfunktion ausüben und deswegen eine geeignete Anlaufstelle für Whistleblower sein können.

## Beteiligung der Gemeinden an den Kosten der Ombudsperson

Der Kantonsrat hat am 26. September 2011 die Verordnung über die Beteiligung der Gemeinden an den Kosten der Ombudsperson (LS 176.5) erlassen, die am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist. Die Kosten des Jahres 2012 sind nun erfasst. (§ 5 der Verordnung). Leistungen des Ombudsmanns sind bei neun Ombudsgemeinden in Anspruch genommen worden, doch nur in einer Gemeinde sind mehr Aufwendungen entstanden als entgolten worden. Die Ombudsstelle hat im Berichtsjahr 2012 insgesamt 10'005 Stunden Arbeit geleistet, für die Gemeinden, die sich für eine Zusammenarbeit mit dem Ombudsmann entschieden haben, 58 Stunden. Insgesamt entsprechen die 58 Stunden der für die Ombudsgemeinden geleisteten Stunden Kosten im Betrag von Fr. 6'540. Der Ombudsmann hat von den Ombudsgemeinden insgesamt Beiträge in der Höhe von 43'490 Fr. erhalten. Damit ergibt sich für das erste Berichtsjahr eine Differenz von insgesamt 36'950 Fr. zu Gunsten des Kantons. Dieses Resultat ist sehr unausgeglichen, dies auch bei Anerkennung des Versicherungsgedankens und des Umstandes, dass bereits nur wenige Fälle einmal sehr aufwendig werden können. Darum ist es ohne Zuzwarten erforderlich, Alternativen zum gegenwärtigen Kostenbeteiligungssystem zu prüfen.

## Weiteres

Im Berichtsjahr hat der Ombudsmann die Arbeiten zur Erneuerung der Website auf-

genommen, die im Jahr 2013 beendet sein werden. Ebenfalls hat der Ombudsmann das System Swisslex für die juristische Arbeit aufgeschaltet.

Für die mir eingeräumte Möglichkeit, bei der Überarbeitung des VRG-Kommentars die eine oder andere Anregung geben zu können, möchte ich mich bei den Professoren Tobias Jaag und Alain Griffel herzlich bedanken.

Im Berichtsjahr hat der Ombudsmann verschiedene Vorträge gehalten, so beispielsweise beim Zürcher Seniorenverband, bei wohltätigen Organisationen und Serviceclubs. Wie in den Jahren zuvor konnten auch in diesem Berichtsjahr verschiedene Themen mit Angehörigen der Verwaltung und der Gerichte – hier insbes. mit dem Obergericht bzw. dem Betreibungsinspektorat – auch ausserhalb der Fallbearbeitung besprochen werden. Die Kantonspolizei ermöglichte dem Ombudsmann im Berichtsjahr, seine Arbeit und die seines Teams den Polizeiaspirantinnen und Aspiranten vorzustellen. Regelmässiger Kontakt besteht mit der Kantonalen Finanzkontrolle und dem Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich sowie mit den parlamentarischen Ombudsleuten der Schweiz. Interne Weiterbildungsveranstaltungen wurden 2012 nicht besucht. Ein Mitarbeiter hat sich extern weitergebildet. Im Jahr 2012 arbeiteten vier Auditorinnen bzw. Auditoren beim Ombudsmann (Ausbildungsplatz).

## Form des Tätigkeitsberichts

Der Bericht des Ombudsmanns wird an die Kantonsrätinnen und Kantonsräte sowie an alle Interessierte in Form eines elektronischen Dokumentes verschickt. Wer jedoch einen Ausdruck erhalten möchte ist gebeten, mir dies mitzuteilen. Ich werde wie bereits letztes Jahr dafür besorgt sein, dass diejenigen Personen, die einen Ausdruck bevorzugen, umgehend bedient werden.



## Spezieller Dank

Mein erster Dank geht an diejenigen Personen, die meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und mir ihr Vertrauen geschenkt haben. Wenn

dieses Vertrauen auch in den Fällen aufrechterhalten werden konnte, die nicht den von den Ratsuchenden gewünschten Ausgang genommen haben, freut mich das besonders. Mein besonderer Dank gilt auch dieses Jahr den Angehörigen der Kantonsverwaltung, der Anstalten und der Gerichte, mit denen ich erfolgreich zusammenarbeiten konnte. Ein weiterer Dank geht an den Zürcher Kantonsrat und dessen Geschäftsleitung sowie an den Zürcher Regierungsrat. Speziell danken möchte ich dem Chef der Zürcher Finanzkontrolle, dem Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich und den Kolleginnen und Kollegen der verschiedenen Ombudsstellen für die vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Mein abschliessender herzlicher Dank geht an meine Mitarbeiterinnen Dr. iur. Ursula Abderhalden (neu ab Mai 2012), Elisabeth Behrens, Hedwig Hitz, Dr. phil. et lic. iur. Helen Wormser (bis Ende April 2012), Stephanie Zöbeli und an meinen Mitarbeiter lic. iur. Simon Gerber. Ebenso bedanke ich mich bei meiner Stellvertreterin lic. iur. Dorothee Jaun für die kollegiale Unterstützung. Das Ombudsteam hat im Jahr 2012 eine sehr gute Arbeit geleistet.

Bestand der Institution Ombudsmann am 31. Dezember 2012:

**Ombudsmann:**

Thomas Faesi, Dr. iur., Rechtsanwalt, Rorbas (Wiederwahl: Juli 2011)

**Stellvertreterin:**

Dorothee Jaun, lic. iur., Rechtsanwältin, Fällanden (Wiederwahl: Juli 2011)

**Juristische Sekretärin:**

Ursula Abderhalden, Dr. iur., Zürich

**Juristischer Sekretär:**

Simon Gerber, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich

**Kanzleisekretärinnen:**

Stephanie Zöbeli, Zürich

Elisabeth Behrens, Feldmeilen

Hedwig Hitz, Zürich

Beanspruchte Stelleneinheiten: Juristisches Sekretariat 1.5, Kanzlei 1.5





# Segen und Fluch des Personalrechts des Kantons Zürich

Dr. iur. Susanne Raess, Rechtsanwältin, Rappold & Partner, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	18
A.	Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber	18
B.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	18
C.	Segen oder Fluch?	19
II.	Schutz der Mitarbeitenden in der Personalgesetzgebung des Kantons Zürich	19
A.	Formeller und materieller Kündigungsschutz	19
1.	Mitarbeiterbeurteilung	19
2.	Bewährungsfrist	19
3.	Kündigungsfristen	20
4.	Inhaltliche Einschränkungen des Rechts auf Kündigung	20
5.	Entschädigungspflicht	21
B.	Auswirkungen des Kündigungsschutzes	21
1.	Grundsätzliches	21
2.	Mitarbeiterbeurteilungen	21
3.	Finanzielle Forderungen	22
C.	Auflösungsvereinbarung	22
III.	Vollzugsprobleme	23
A.	Kündigungsschutz	23
B.	Auflösungsvereinbarung	23
1.	Entschädigung	23
2.	Arbeitszeugnis	24
IV.	Wie weiter?	24
A.	Grundsätzliche Überlegungen	24
1.	Konstruktiv statt konfrontativ	24
2.	Transparente Führung der Mitarbeiter	24
3.	Transparente Darlegung der Kosten	25
B.	Information	25
1.	Problem	25
2.	Lösungsansatz	25
C.	Auflösungsvereinbarungen	26
1.	Problem	26
2.	Lösungsansatz	26
D.	Mediation oder ähnliche Problemlösungsansätze	27
1.	Problem	27
2.	Lösungsansatz	27
E.	Interne / externe Stellenvermittlung	27
1.	Problem	27
2.	Lösungsansatz	27
F.	Ausbau Sozialstellenpool / Behinderungsangepasste Arbeitsplätze	28
1.	Problem	28
2.	Lösungsansatz	28
3.	Unterstützungsleistungen	28
G.	Ombudsstelle	28
1.	Problem	28
2.	Lösungsansatz	28
V.	Schluss	29

## I. Einleitung

### A. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber

Der öffentlich-rechtliche Sektor ist im Kanton Zürich einer der grossen Arbeitgeber. Wenn man berücksichtigt, dass nicht nur die Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung öffentlich-rechtlich angestellt, sondern auch die Arbeitsverhältnisse in Gemeinden und Zweckverbänden, an der Universität, den Fachhochschulen und den Spitälern so oder ähnlich geregelt sind, so kommt dem in diesem Bereich geltenden Personalrecht eine sehr grosse praktische Bedeutung zu.

Mitarbeitende grosser Berufsgruppen haben zudem oft keine Auswahl, ob sie bei einem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber arbeiten wollen oder nicht, da nur das öffentliche Gemeinwesen entsprechende Anstellungen anbietet. Im Bereich des Schulwesens, der Polizei aber auch der wissenschaftlichen Forschung sind der Kanton Zürich und der Bund in weiten Teilen ein so genannter Monopol-Arbeitgeber. Mitarbeitende dieser Berufsgruppen, die ihre Stelle verlieren, haben unter Umständen grosse Mühe bei der beruflichen Neuorientierung. In dieser Situation erscheint es grundsätzlich nachvollziehbar, wenn die entsprechenden Anstellungsverhältnisse anders ausgestaltet sind als Arbeitsverhältnisse des privaten Wirtschaftssektors. Insbesondere erscheint es richtig, dass die Anstellungsverhältnisse in diesem Bereich mit einem gewissen Kündigungsschutz ausgestaltet sind.

### B. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Arbeitgeber im öffentlichen Recht ist bei der Ausübung seiner Funktion an verschiedene, in der Verfassung niedergelegte Grundsätze gebunden. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die Grundsätze der Gesetzmässigkeit<sup>1</sup>, des öffentlichen Interessens<sup>2</sup>, der Rechtsgleichheit<sup>3</sup>, des Willkürverbotes<sup>4</sup> und der Verhältnismässigkeit<sup>5</sup>. An diese Prinzipien ist der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber auch gegenüber seinen Angestellten gebunden. Für die Angestellten des Kantons Zürich und der Zürcher Gemeinden resultiert aufgrund dieser Prinzipien ein qualifizierter, von den Regelungen des privaten Arbeitsrechts abweichender Kündigungsschutz<sup>6</sup>.

Für die Mitarbeitenden führt die Anwendung dieser Grundsätze namentlich dazu, dass eine Kündigung erhöhten formalen Voraussetzungen genügen muss. Zudem ist eine Kündigung nur möglich, wenn einigermassen qualifizierte Gründe dafür vorliegen<sup>7</sup>. Zwar bietet das Personalrecht des Kantons Zürich keinen Anspruch auf Wiederanstellung, wenn die Kündigung einmal ausgesprochen ist. Immerhin führen aber Kündigungen des öffentlichen Rechts regelmässig dazu, dass Arbeitnehmenden weit höhere Entschädigungen und Abfindungen ausgerichtet werden müssen, als dies nach privatrechtlichen Grundsätzen möglich wäre.

## C. Segen oder Fluch?

Diese Bestimmungen des formellen und materiellen Kündigungsschutzes führen in der personalrechtlichen Praxis häufig zu Problemen. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber möchte verstärkt ebenfalls nach dem Prinzip der Kündigungsfreiheit handeln können. Vorgesetzte weigern sich zum Teil ostentativ, die öffentlich-rechtlichen Kündigungsbestimmungen anzuwenden und verweisen ihre Mitarbeitenden auf den Prozessweg, wenn diese die entsprechenden Bestimmungen einfordern wollen. Sind nun die Normen, die die öffentlich-rechtlich angestellten Mitarbeitenden schützen ein Segen oder eher ein Fluch? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden, wobei der Fokus auf dem erhöhten materiellen Kündigungsschutz liegt, den die öffentlich-rechtliche Personalgesetzgebung regelmässig vorsieht.

## II. Schutz der Mitarbeitenden in der Personalgesetzgebung des Kantons Zürich

### A. Formeller und materieller Kündigungsschutz

#### 1. Mitarbeiterbeurteilung<sup>9</sup>

Gemäss § 136 VVO zum Personalgesetz sind die Angestellten von ihren Vorgesetzten einmal jährlich zu beurteilen. Entsprechende Vorschriften gibt es auch in vielen anderen öffentlich-rechtlichen Personalordnungen. Mitarbeiterbeurteilungen müssen u.a. aus datenschutzrechtlichen Gründen wahr und vollständig sein<sup>9</sup>. Eine

Bedeutung hat die Mitarbeiterbeurteilung auch im Rahmen eines Kündigungsverfahrens. Wird nämlich eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens in Betracht gezogen, ist dies der oder dem Angestellten im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung zu eröffnen<sup>10</sup>.

#### 2. Bewährungsfrist

Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigendem Verhaltens ausspricht, räumt sie der oder dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von maximal sechs Monaten ein. Sinn und Zweck der Bewährungsfrist ist, zu eruieren, ob sich die Kündigungsgründe weiterhin manifestieren oder nicht<sup>11</sup>. Damit wird den Angestellten Gelegenheit gegeben, Leistung bzw. Verhalten zu verbessern, um so eine in Aussicht stehende Kündigung abzuwenden. Das Verhalten innerhalb der Bewährungsfrist dient der Objektivierung des Kündigungsgrunds unbefriedigenden Verhaltens. Von einer Bewährungsfrist kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann<sup>12</sup>.

Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 PG kann von einer Bewährungsfrist abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann. Der Verzicht auf eine Bewährungsfrist soll jedoch die Ausnahme bleiben; immer wenn objektiv die Möglichkeit der Besserung und Bewährung gegeben ist, muss eine Frist angesetzt werden. Auf eine Bewährungsfrist kann aber etwa verzichtet werden, wenn Mitarbeitende anlässlich der Mitarbei-

terbeurteilung zu verstehen geben, dass sie das ihnen vorgeworfene Verhalten als korrekt betrachten und deshalb weder motiviert noch gewillt sind, ihr Verhalten zu ändern (vgl. ABl 2005, 10 f.)<sup>13</sup>. In diesem Sinne kann eine angesetzte Bewährungsfrist verkürzt bzw. abgebrochen werden, wenn die betroffenen Mitarbeitenden eine Änderung ihres Verhaltens verweigern und damit offensichtlich ist, dass der Zweck der Bewährungsfrist nicht mehr erreicht werden kann. Weil in diesen Fällen das Abwarten der Bewährungsfrist einzig zu einer Verlängerung der Frist für die sowieso unumgängliche Kündigung führen würde, rechtfertigt es sich, dem Arbeitgeber die Möglichkeit einer Verkürzung der Bewährungsfrist zuzugestehen. Dass Mitarbeitende sich einer Änderung des Verhaltens verweigern, darf jedoch nicht leichthin angenommen werden. Jedenfalls liegt noch keine Verweigerungshaltung vor, wenn sich eine Besserung während der Bewährungsfrist erst langsam einstellt, ein Bemühen um Besserung aber ersichtlich ist.

### 3. Kündigungsfristen

Geschützt ist der Mitarbeiter auch durch die Vorschriften über die Kündigungsfristen<sup>14</sup>. Zu bedenken ist, dass im öffentlich-rechtlichen Bereich vom Gesetzgeber bewusst lange Kündigungsfristen gewählt worden sind. Bei Lehrpersonen wurde zudem nur ein möglicher Kündigungstermin pro Jahr festgelegt<sup>15</sup>; das Arbeitsverhältnis einer Lehrperson kann aus diesem Grund von Arbeitgeber und Arbeitnehmer lediglich per Ende Schuljahr gekündigt werden. So können Wechsel an einer Klasse während des

Schuljahres gering gehalten werden. In Konflikt- oder Krankheitssituationen ist diese Regelung für den Arbeitgeber aber ungünstig, da eine rasche Bereinigung der Situation unter Umständen, zumindest unter finanziellen Aspekten, nicht möglich ist<sup>16</sup>.

### 4. Inhaltliche Einschränkungen des Rechts auf Kündigung

Kündigungen bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen benötigen im Unterschied zur Regelung bei privaten Arbeitsverhältnissen einen sachlich zureichenden Grund und dürfen nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR sein<sup>17</sup>. Ein sachlich zureichender Grund besteht nach der Regelung des Kantons Zürich in den folgenden Fällen<sup>18</sup>:

- mangelhafte Leistung oder unbefriedigendes Verhalten
- Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen
- gesundheitliche Gründe
- Vertrauensverlust

Eine massive Störung des Vertrauens wird von der Gerichtspraxis als Kündigungsgrund akzeptiert. Der Vertrauensverlust muss jedoch durch Verhaltensweisen der entlassenen Person begründet sein, die ihn für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen. Der Vertrauensverlust ist in einem solchen Fall Anlass für die Mitarbeiterbeurteilung, die vor einer Kündigung zu erfolgen hat<sup>19</sup>.

Wie im Privatrecht dürfen auch im öffentlichen Recht Kündigungen nicht diskriminierend im Sinne des Gleichstel-

lungsgesetzes sein<sup>20</sup>. Weiter dürfen sie nicht zur Unzeit erfolgen<sup>21</sup>.

## 5. Entschädigungspflicht

Erweist sich eine Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt, und wird der Angestellte nicht wieder eingestellt, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung. Die Entschädigung ist damit auf maximal sechs Monatslöhne beschränkt. Die Ausrichtung einer Abfindung bleibt zudem ebenfalls vorbehalten<sup>22</sup>.

## B. Auswirkungen des Kündigungsschutzes

### 1. Grundsätzliches

Es darf nicht vergessen werden, dass die heutigen Bestimmungen des Personalgesetzes gegenüber dem früheren Beamtenstatus eine Schlechterstellung der Mitarbeitenden der Verwaltung zur Folge hatten. Dies ist insofern von Bedeutung als der Kanton in vielen Bereichen als einziger Arbeitgeber entsprechende Stellen anbietet. So ist es für einen Polizisten, aber auch für eine Lehrperson oder einen spezialisierten Wissenschaftler oft schwierig, nach Verlust des Arbeitsverhältnisses beim Kanton eine neue Stelle zu finden.

Der oben kurz skizzierte Kündigungsschutz ist im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis des Kantons Zürich gut ausgebaut. Dies führt aber nicht dazu, dass das Recht auf Kündigung in diesem Bereich eingeschränkt ist. Im Unterschied

zur Regelung des Bundespersonalrechts und des Personalrechts einiger anderer Kantone, besteht im Kanton Zürich nach erfolgter Kündigung kein Anspruch auf Wiederanstellung. Das heisst, dass in Rekursverfahren aufgrund einer Kündigung nur finanzielle Forderungen gestellt werden können.

### 2. Mitarbeiterbeurteilungen

Auch die Vorschriften über die Mitarbeiterbeurteilung schützen Mitarbeitende vor ungerechtfertigten Kündigungen. Nach § 19 Abs. 2 PG müssen Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, durch eine Mitarbeiterbeurteilung oder durch ein gleichwertiges Verfahren belegt werden<sup>23</sup>. Aus dieser Bestimmung kann auch abgeleitet werden, dass die Beweislast für das Vorliegen zureichender Gründe für eine Kündigung beim öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber liegt. Dieser hat demnach auch die Folgen eines fehlenden Beweises zu tragen. Die Mitarbeiterbeurteilung ist dabei zwar notwendiges Beweismittel und insofern zum Nachweis mangelhafter Leistung und ungenügenden Verhaltens geeignet; sie ist jedoch im Rahmen freier Beweiswürdigung zu beurteilen. In besonderem Masse hat dies zu gelten, wenn der zur Kündigung führende Konflikt im Wesentlichen zwischen dem Mitarbeitenden und dem Beurteilenden bestand<sup>24</sup>.

Im Rahmen des Rekursverfahrens betreffend eine Kündigung wird auch die Mitarbeiterbeurteilung, mit der die umstrittene Kündigung begründet wird, überprüft. Nur was sich aufgrund der im MAB-Verfahren gesammelten und im Re-

kursverfahren eingereichten Dokumente den Akten entnehmen lässt, kann zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden und diese rechtfertigen.

### 3. Finanzielle Forderungen

Eine unrechtmässige Kündigung kann je nach Alter des Mitarbeitenden unterschiedliche finanziellen Entschädigungen zur Folge haben:

- Entschädigung: Eine Kündigung kann für den Arbeitgeber zu Entschädigungszahlungen in der Höhe von maximal 6 Monatslöhnen wegen formeller oder materieller Verstösse gegen die Bestimmungen über den Kündigungsschutz führen. Es gibt sehr viele Gerichtsentscheide zur Frage der Höhe der Entschädigung. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist zum Beispiel bei der Verletzung des rechtlichen Gehörs eine Entschädigung von einem Monatslohn geschuldet<sup>25</sup>.
- Abfindung: Je nach Alter, Dienstalter und persönlichen Verhältnissen<sup>26</sup> des Mitarbeitenden ist bei unverschuldeter Entlassung eine Abfindung geschuldet.
- Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche: Wird einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin nach Erreichen des 58. Altersjahres unverschuldet gekündigt, so bedeutet dies, dass die Kündigung eine Entlassung altershalber bei der BVK zur Folge hat. In diesem Fall hat der Arbeitgeber die statuarisch festgelegten Leistungen zu entrichten. Insbesondere ist die Ergänzung der Spargutschriften auf das Rentenalter zu bezahlen. Weiter ist zu berücksich-

tigen, dass Mitarbeitende Anspruch auf einen Überbrückungszuschuss haben. Dieser wird einerseits durch den Mitarbeitenden und andererseits durch monatliche Beiträge des Arbeitgebers finanziert.

### C. Auflösungsvereinbarung

Gemäss § 23 Personalgesetz können Arbeitsverhältnisse im gegenseitigen Einvernehmen abweichend von den Bestimmungen dieses Gesetzes beendet werden. Eine Abfindung kann bis zum Höchstbetrag gemäss § 26 Personalgesetz ausgerichtet werden.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben damit eine gewisse Freiheit bei der Vereinbarung einer Kündigung und den damit verbunden Rechtsfolgen. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist es aber klar wünschenswert, dass sich Auflösungsvereinbarungen bei der Auslegung des Personalrechts an diejenigen Grundsätzen orientieren, die durch die klare Gerichtspraxis des Verwaltungsgerichts ausgearbeitet worden sind. Es erscheint im Gegenteil stossend, wenn Mitarbeitende auf den lange dauernden Prozessweg verwiesen werden, um ihre Recht zu erkämpfen. Grundsätzlich sind Verletzungen von Vorschriften des materiellen oder formellen Kündigungsschutzes auch im Rahmen von Auflösungsvereinbarungen zu berücksichtigen und entsprechend finanziell abzugelten.

### III. Vollzugsprobleme

#### A. Kündigungsschutz

Vorgesetzte tun sich oft schwer mit der effektiven Ausübung ihrer Rolle und ihrer Funktion. Als Anwältin kann ich immer wieder dieselben Abläufe beobachten: Mitarbeitende werden über lange Zeit in einem Betriebe oder einem Amt mitgetragen, selbst wenn ihre Leistungen oder ihr Verhalten nicht befriedigt. Dies manifestiert sich insbesondere in den in der Zwischenzeit jährlich durchzuführenden Mitarbeiterbeurteilungen. Leider werden im Rahmen dieses Beurteilungsprozesses die wirklichen Probleme oft nicht angesprochen, so dass der Mitarbeiter selber weder Veranlassung noch Möglichkeit hat, sein Verhalten oder seine Leistung so zu ändern, dass keine Probleme entstehen. Oft lassen sich so aufgeschobene Probleme aber irgendwann einmal nicht mehr zudecken: zur abrupten Kehrtwende kommt es oft bei einem Vorgesetztenwechsel oder wenn zusätzliche Anforderungen eine Arbeitsstelle unter erhöhten Leistungsdruck stellen. In der Praxis sehen wir auch oft, dass verhaltensauffällige oder leistungsschwache Mitarbeitende zu Konflikten im Team führen.

Entschliesst sich in einer solchen Situation ein Vorgesetzter zu Kündigung des umstrittenen Mitarbeitenden, so fehlen sehr oft die dafür nötigen formellen Voraussetzungen. Die Probleme, die zur Begründung der Kündigung dienen, wurden in Mitarbeiterbeurteilungen nie angesprochen, eine Bewährungsfrist wurde nicht angesetzt etc. Gleichzeitig ist nun

aber der Druck so gross, dass der nun im Fokus stehende Mitarbeitende so rasch als möglich das Amt verlassen sollte. In einer solchen Situation ist sehr schwierig, die verpassten Führungshandlungen nachzuholen.

#### B. Auflösungsvereinbarung

In einer solchen Situation bietet sich die Auflösungsvereinbarung grundsätzlich als Lösungsansatz an. Auch hier gibt es aber in der Praxis eine Vielzahl von Vollzugsproblemen, die zu Konflikten führen.

##### 1. Entschädigung

Vorgesetzte sind sich bewusst, dass Auflösungsvereinbarungen über Defizite im Führungsverhalten Auskunft erteilen. Je besser eben ein Führungsverantwortlicher eine Kündigung mit dokumentierten Gesprächen und Mitarbeiterbeurteilungen vorbereitet hat, desto tiefer fallen ausgehandelte Entschädigungen und die Abfindung aus. Das führt in der Praxis oft zu langwierigen Vergleichsverhandlungen, die nicht selten damit enden, dass Mitarbeitende in Auflösungsvereinbarungen deutlich weniger finanzielle Entschädigungen aushandeln können, als ihnen beim Beschreiten des Rekursweges zugesprochen würden. So ist mir ein Fall bekannt, in dem einer Angestellten, deren Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt worden ist, vom zuständigen Amt eine Vergleichsofferte mit Leistungen von insgesamt 6 Monatslöhnen unterbreitet worden ist. Die Mitarbeiterin lehnte in der Folge die Offerte ab und setzte das bereits eingeleitete Rekursverfahren fort. In der Folge holte die zuständige Direktion einen Mitbericht des Personalamtes ein,

das zum Schluss kam, dass aufgrund der rechtlichen Beurteilung der Mitarbeiterin unter diversen Titeln finanzielle Leistungen von 13 Monatslöhnen zustanden.

## 2. Arbeitszeugnis

Sowohl bei der Ausformulierung eines allfälligen Zwischenzeugnisses als auch beim Abschlusszeugnis sind Vorgesetzte erfahrungsgemäss nicht bereit, die Leistungen der Arbeitnehmenden korrekt über die ganze Dauer des Arbeitsverhältnisses und unter Berücksichtigung der Mitarbeiterbeurteilungen darzustellen. Konflikte, die zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führten, werden prominent erwähnt; dagegen bleiben Bereiche, in denen der Mitarbeitende oder die Mitarbeitende gute Leistungen erbracht hat, unerwähnt.

Es besteht zusammengefasst leider die Tendenz bei der Ausstellung des Arbeitszeugnisses denjenigen Konflikt weiterzuführen, der bereits dazu geführt hat, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden musste.

## IV. Wie weiter?

### A. Grundsätzliche Überlegungen

#### 1. Konstruktiv statt konfrontativ

Kündigungen lassen sich nicht vermeiden. Konflikte am Arbeitsplatz, der grosse Druck auf die Vorgesetzten und die Mitarbeitenden aber auch persönliche Probleme der Mitarbeitenden führten ab Inkrafttreten des neuen Personalrechts im Jahr 2000 auch im Kanton Zürich dazu, dass die

Kündigung im öffentlich-rechtlichen Bereich zu den üblichen Problemlösungsstrategien gehört. Dieser Umstand ist zu akzeptieren. Kündigungen können aber immer konstruktiv in Zusammenwirken mit dem Mitarbeitenden ausgesprochen werden. Dieser konstruktive Weg ist dem konfrontativen vorzuziehen. Einvernehmliche Lösungen sind auf allen Ebenen möglich, mit anderen Worten: das Durchführen einer Kündigung ist lernbar. Bei guter Vorbereitung kann schon der Arbeitgeber selber eine Kündigung so durchführen, dass ein Rekursverfahren verhindert werden kann. Auf jeden Fall kann aber die verwaltungsinterne Rekursinstanz Vergleichsverhandlungen anordnen und durchführen. Dies wäre heute aufgrund der sehr klaren Praxis des Verwaltungsgerichts zu vielen personalrechtlichen Fragestellungen ohne Weiteres möglich. Nötig wäre lediglich eine entsprechende Weisung an die mit den Kündigungsverfahren befassten Rechtsdienste und eine damit einhergehende Kompetenzdelegation. Entsprechende gut funktionierende Einrichtungen gibt es bereits in der Verwaltung. So bemüht sich der Lehrpersonalbeauftragte im Volksschulamt der Bildungsdirektion durchaus mit Erfolg, Kündigungen von Lehrpersonen auf einvernehmlichem Weg durchzuführen. Diese Bemühungen sind auch darum zu begrüssen, weil Rekursverfahren im Personalrecht oft mehrere Jahre dauern, was für alle Betroffenen sehr schwierig ist.

#### 2. Transparente Führung der Mitarbeiter

Klar ist, dass sich Führungsversäumnisse finanziell bei öffentlich-rechtlichen



Arbeitsverhältnissen stärker auswirken als bei privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnissen, da aufgrund des Kündigungsschutzes bei unverschuldeter Entlassung vor allem langjähriger und älterer Mitarbeiter entsprechende Kosten für Abfindungen, Entschädigungen und sozialversicherungsrechtliche Leistungen anfallen können. Umso wichtiger sind in diesem Bereich transparente Mitarbeiterbeurteilungen, die Defizite von Mitarbeitenden auch wirklich aufzeigen. Probleme mit schwierigen Mitarbeitenden können nicht einfach ausgesessen werden, sie müssen mit aktivem Führungsverhalten angegangen werden.

### 3. Transparente Darlegung der Kosten

Wichtig erscheint es, dass sich Arbeitgeber, bevor sie sich für den einen oder anderen Lösungsweg entscheiden, über die daraus resultierenden Kosten bewusst werden. Diese Kosten einer Kündigung ohne sachlich zureichenden Grund (Abfindung, Entschädigung) sind unvermeidbar und vom Gesetzgeber so gewollt. Zu berücksichtigen sind zudem auch die Kosten, die durch lange Rekursverfahren entstehen. Auf Seiten der Angestellten sind da vor allem Anwaltskosten zu erwähnen. Auf Seiten des Arbeitgebers führt ein Rekursverfahren aber ebenfalls zu grossem Arbeitsaufwand. Es werden damit Rechtsdienste belastet, die auch noch andere operative Aufgaben zu erledigen hätten. Die Erledigung eines verwaltungsinternen Rekurses dauert nach meiner Erfahrung bis zu zwei oder gar drei Jahre. Nicht zu vernachlässigen sind zudem die Probleme, die eine Kündigung im Team auslösen kann. Ein

langes Rekursverfahren führt dazu, dass die Situation im Team lange nicht geklärt wird und mit weiteren Abgängen gerechnet werden muss. So führte zum Beispiel die Entlassung einer Schulleiterin in einer Gemeinde des Kantons Zürich dazu, dass drei oder vier Lehrpersonen die Gemeinde zum Teil nach längerer Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ebenfalls verliessen. In Zeiten des Lehrermangels sind solche Auswirkungen für die Schulgemeinde schwer zu tragen.

## B. Information

### 1. Problem

Meiner Erfahrung nach fehlt es Arbeitgebern oft an den für die Problemlösung nötigen rechtlichen Informationen. Leider wird auch oft die im Privatrecht geltende Kündigungsfreiheit, die Vorgesetzte oder Mitglieder von Laienbehörden aus früheren Tätigkeit kennen, ohne Weiteres auf die öffentlichen Arbeitsverhältnisse übertragen.

### 2. Lösungsansatz

Der Kanton Zürich, die Gemeinden des Kantons Zürich, aber auch die weiteren öffentlichen-rechtlichen Körperschaften des Kantons Zürich können personalrechtliche Auskünfte beim Personalamt der Finanzdirektion einholen. Der Rechtsdienst des Personalamtes ist auf die Beantwortung von personalrechtlichen Fragestellungen spezialisiert. Dabei kann eine Auskunftserteilung nur von relevanter Bedeutung sein, wenn den zuständigen Juristen auch der komplette Sachverhalt zur Verfügung gestellt wird. Zudem bestehen in den Direktionen der

kantonale Verwaltung ebenfalls Rechtsdienste, die über spezifische Kenntnisse der Arbeitsverhältnisse der Direktion verfügen. Beratungen rund um sozialversicherungsrechtliche Ansprüche erfolgen durch die Anbieter von Case Management oder die SVA.

## C. Auflösungsvereinbarungen

### 1. Problem

Das Aushandeln einer Auflösungsvereinbarung gleicht oft einem Ringkampf. In unendlichen Besprechungen, bei denen die Entscheidungsträger sich teilweise gar vertreten lassen, wird um Details einer Vereinbarung gerungen. Wer kündigt nun effektiv, der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber? Erfolgt eine Freistellung für die Dauer der Kündigungsfrist? Wie lauten die Formulierungen im Arbeitszeugnis?

### 2. Lösungsansatz

Auflösungsvereinbarungen haben sich grundsätzlich an den gesetzlichen Bestimmungen über die Kündigung zu orientieren. Dabei ist darauf zu achten, dass das jeweilige Fehlverhalten des Arbeitnehmers resp. des Arbeitgebers bei der Festlegung der finanziellen Folgen der Kündigung mitberücksichtigt wird.

Sinnvoll ist es, die durch die verwaltungsgerichtliche Praxis ausgebildeten Grundsätze bei der Festlegung von Entschädigungen mit zu berücksichtigen. So hat beispielsweise die Verletzung des rechtlichen Gehörs bei einer bereits erfolgten Kündigung zu einer Entschädigung zu führen. Zu berücksichtigen ist auch, wenn im Personaldossier, na-

mentlich den Mitarbeiterbeurteilungen, jegliche Hinweise auf das Fehlverhalten des gekündigten oder zu kündigenden Mitarbeiters fehlen. In einem solchen Fall ist sowohl eine Entschädigung wegen eines fehlenden sachlich zureichenden Grunds für die Kündigung als auch eine Abfindung geschuldet. Auch das Arbeitszeugnis muss entsprechend diesen Grundlagen formuliert werden. Auf der anderen Seite können solche finanziellen Forderungen nicht gestellt werden, wenn die Defizite des Mitarbeiters schon vor der Kündigung transparent angesprochen und dokumentiert worden sind und entsprechende Verbesserungen in der Leistung oder im Verhalten ausblieben.

Weiter sind in der Auflösungsvereinbarung alle diejenigen Punkte zu regeln, die erneut zu einem Konflikt zwischen den Parteien führen könnten: Wichtig ist es daher, Absprachen über die interne und externe Kommunikation zu treffen. In vielen Fällen macht es auch Sinn festzulegen, wie gegenüber der Arbeitslosenkasse kommuniziert wird. Weiter sind der letzte Arbeitstag und eine allfällige Freistellung zu vereinbaren. Sinnvoll können zudem Abmachungen über die Schlüsselabgabe und die Räumung des Büros sein. Ebenfalls sind weitere potentielle Forderungen des Arbeitnehmenden zu klären, also Ansprüche auf Abgeltung von Überzeit, Ferien, Spesen etc. Eine solche Vereinbarung kann dann mit einer Saldoklausel versehen werden, wobei dabei zu bedenken ist, dass eine solche Saldoklausel auch die Wegbedingung der Lohnfortzahlung infolge Krankheit mitumfassen kann<sup>27</sup>.

## **D. Mediation oder ähnliche Problemlösungsansätze**

### **1. Das Problem**

Probleme in Arbeitsverhältnissen führen zwangsläufig zu Konflikten zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitenden. Dabei ist zu beachten, dass es bei genauerem Hinsehen wie so oft, wenn Menschen mit einander streiten, weniger um die Sache, dass heisst um Erkenntnisse oder Einschätzungsdifferenzen, als vielmehr um Profilierungen, Status- und Machtkämpfe und nicht zuletzt um Existenzängste geht<sup>28</sup>. Zum Konflikt trägt auch der in der öffentlichen Verwaltung immer grösser werdende Leistungs- und Spardruck bei. Nur wenn diese Konflikte aufgelöst werden können, sind letztendlich Lösungen möglich, die mit dem öffentlichen Personalrecht vereinbar sind.

### **2. Lösungsansatz**

Oft sind in Konfliktsituationen die daran Beteiligten, also der Vorgesetzte und der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterinnen ohne externe Hilfe nicht mehr in der Lage, Lösungen zu finden. Entsprechend müssen in diesem Fall zumindest erste Gespräche zwischen den Konfliktbeteiligten mit externer Hilfe geführt werden. Dabei können folgende Lösungsansätze zielführend sein:

- Beizug des Personaldienstes, vorausgesetzt, diesem ist ein von den Vorgesetzten einigermaßen unabhängiges Agieren möglich;
- Beizug von Case Managern, vorausgesetzt, diese sind von dem sie finanzierenden Arbeitgeber mit genügend

Unabhängigkeit ausgerüstet;

- Beizug von Anwälten, vorausgesetzt, diese sind an Lösungen und nicht an Prozessen interessiert;
- Beizug von Mediatoren, vorausgesetzt, diese sind mit genügend Unabhängigkeit ausgerüstet.

## **E. Interne / externe Stellenvermittlung**

### **1. Problem**

Die Erkrankung eines Mitarbeitenden oder ein Konflikt am Arbeitsplatz verunmöglichen oft die Weiterbeschäftigung des Mitarbeitenden am bisherigen Arbeitsplatz. Je länger eine solche Situation andauert, desto eher sind die in einem solchen Konflikt einander zugefügten Verletzungen allzu gravierend, respektive ist eine Lösung des Konflikts ohne Gesichtsverlust nicht mehr möglich.

### **2. Lösungsansatz**

Der Kanton Zürich ist wohl einer der grössten Arbeitgeber der Schweiz. Es müsste daher möglich sein, für qualifizierte Mitarbeitende eine neue Einsatzmöglichkeit zu finden, vorausgesetzt die Arbeitgeber und die Mitarbeitenden verfügen über die entsprechenden Informationen<sup>29</sup> und die Bereitschaft, interne Stellenbewerbende in den Auswahlprozess miteinzubeziehen. Sinnvoll wäre sicher eine zum Beispiel beim Personalamt angesiedelte Stelle, die mit einem entsprechenden Personalvermittlungsauftrag ausgerüstet würde.

## **F. Ausbau Sozialstellenpool/Behinderungsangepasste Arbeitsplätze**

### **1. Problem**

Die Leistungsfähigkeit eines Mitarbeitenden kann sich verändern. Es kann sein, dass eine Erkrankung zu neuen psychischen oder körperlichen Einschränkungen führt, die schon bald auch das Arbeitsverhältnis betreffen.

### **2. Lösungsansatz**

Auch diese Mitarbeitenden können eine volle Arbeitsleistung erbringen, wenn sie richtig und ihrem Leistungspotential entsprechend eingesetzt werden. Ein solcher Einsatz ist zwar für den Arbeitgeber mit Aufwand verbunden, er hat aber auch unbestreitbare Vorteile:

- So kann das Wissen und Können des erkrankten Mitarbeitenden dem Gemeinwesen erhalten werden.
- Es können Kostenersparnisse erzielt werden. Insbesondere entfallen Lohnfortzahlungskosten resp. Kosten für eine Invalidisierung.
- Der Mitarbeitende ist unter Umständen mit hoher Motivation tätig, wenn er erkennt, dass er trotz einer Erkrankung seinen Arbeitsplatz erhalten kann.

### **3. Unterstützungsleistungen**

Gemeinwesen oder Stellen der Verwaltung, die einen solchen Schritt wagen, können von verschiedenen Stellen Unterstützung erhalten. So gibt es verschiedene Organisationen, die auf die Integration genau solcher Mitarbeitenden spezialisiert sind<sup>30</sup>. Unterstützung finanzieller Natur kann zum Beispiel über

die Invalidenversicherung beantragt werden. Im Rahmen der nun eingeführten Früherkennungsmassnahmen können Leistungen für die Anpassung des Arbeitsplatzes, für ein Job Coaching oder für Arbeitsversuche bis zu 6 Monaten bezogen werden<sup>31</sup>.

## **G. Ombudsstelle**

### **1. Problem**

Wie schon erwähnt, können Konflikte am Arbeitsplatz oft nicht ohne die Beteiligung von Dritten aufgelöst werden. Nur diese verfügen über die nötige Distanz um den in den Konflikt Involvierten für alle Seiten akzeptable Lösungsansätze vorzuschlagen. Der Kanton Zürich und die beiden Städte Zürich und Winterthur verfügen auch zu diesem Zweck über eine Ombudsstelle<sup>32</sup>, die insbesondere mit der nötigen Unabhängigkeit ausgestattet ist.

### **2. Lösungsansatz**

Auch Gemeinden und öffentlich-rechtliche Körperschaften können ihren Mitarbeitenden und Vorgesetzten eine solche Dienstleistung organisieren. Möglich sind die folgenden Lösungsansätze:

- Anschluss an eine der bestehenden Ombudsstellen. Die kantonale Ombudsstelle kann in Gemeinden des Kantons Zürich tätig werden, vorausgesetzt die Gemeindeordnung sieht dies vor.
- Einrichtung einer (gemeinde-)eigenen Ombudsstelle: selbstverständlich kann eine Gemeinde oder eine öffentlich-rechtliche Organisation wie ein Zweckverband eine eigene Ombudsstelle einrichten.

## V. Schluss

Die Personalgesetzgebung des Kantons Zürich bietet die Möglichkeit, in Konfliktsituationen befriedigende Lösungen zu treffen. Eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen ist zudem aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht möglich und auch nicht nötig. Dem aufgrund dieser Personalgesetzgebung entstandenen Vollzugsproblem kann mit den bereits bekannten Konfliktlösungsansätzen begegnet werden.

## Anmerkungen:

- <sup>1</sup> Art. 5 und Art. 36 Abs. 1 Bundesverfassung.
- <sup>2</sup> Art. 5 Bundesverfassung.
- <sup>3</sup> Art. 8 Bundesverfassung.
- <sup>4</sup> Art. 9 Bundesverfassung.
- <sup>5</sup> Art. 5 und 36 Abs. 3 Bundesverfassung.
- <sup>6</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz Marco Donatsch, Privatrechtlicher Arbeitsvertrag und der öffentliche Dienst, in: Jusletter, 3. Mai 2010, S. 6 N22 ff.. VGr vom VB.2011.00595, E.5.2.: «Die Notwendigkeit, in diesen Fällen eine Bewährungsfrist anzusetzen, ist insbesondere Ausdruck des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (VGr, 16. Juni 2010, PB.2010.0007, E. 8; vgl. Fritz Lang, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff., 67). Sie ist darüber hinaus auch als Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu verstehen (VGr, 3. Mai 2006, PB.2005.00036, E. 4.2).»
- <sup>7</sup> Vgl. dazu §§ 18 Personalgesetz.
- <sup>8</sup> Vgl. dazu Franziska Michel Prechtel, Rechtliche Aspekte des Anstellungsverhältnisses, Die Mitarbeiterbeurteilung in: Marco Donatsch/Thomas Gächter, Zürcher Lehrpersonalrecht, Zürich 2012, S. 79 ff.
- <sup>9</sup> Franziska Michel, Mitarbeiterbeurteilung S. 95.
- <sup>10</sup> § 18 Abs. 1 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (LS 177.111).
- <sup>11</sup> VGr Zürich vom 7.3.2012, VB.2011.00595, E 5.2.
- <sup>12</sup> § 19 Personalgesetz (LS 177.10); § 18 Abs. 2 VVO zum PG.
- <sup>13</sup> Vgl. VGr vom 7.3.2012, VB.2011.00595 E.5.2; Susanne Raess, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in Marco Donatsch / Thomas Gächter, Zürcher Lehrpersonalrecht, Zürich 2012, S. 119 ff. und darin zitierte Entscheide.

- <sup>14</sup> § 17 PG in Verbindung mit § 6 Personalverordnung (LS 177 11).
- <sup>15</sup> § 8 Lehrpersonalgesetz (LS 412.31).
- <sup>16</sup> Im Lehrpersonalgesetz sind aber für die Lehrpersonen des Kantons Zürich relativ viele Ausnahmen vorgesehen. So ist eine Kündigung wegen Stellenabbaus gemäss § 8 Abs. 3 Lehrpersonalgesetz auch während des Schuljahrs möglich.
- <sup>17</sup> § 18 Abs. 2 PG in Verbindung mit § 16 VVO zum PG.
- <sup>18</sup> § 16 VVO zum PG. Vgl. dazu Susanne Raess, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, S. 147 und dort zitierte Entscheide.
- <sup>19</sup> § 19 PG.
- <sup>20</sup> Art. 10 Gleichstellungsgesetz (SR 151.1).
- <sup>21</sup> Art. 336 c Obligationenrecht.
- <sup>22</sup> § 18 Abs. 3 PG in Verbindung mit Art. 336 OR. Vgl. dazu Susanne Raess, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, S. 151 ff.
- <sup>23</sup> Franziska Michel, Mitarbeiterbeurteilung, S. 94.
- <sup>24</sup> VGr vom 7. 3.2012, VB.2011.00595, E.4.
- <sup>25</sup> Vgl. dazu Susanne Raess, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, S. 151 und dort zitierte Entscheide des Verwaltungsgerichtes.
- <sup>26</sup> Berücksichtigt werden im Rahmen der persönlichen Verhältnisse gemäss § 16g Abs. 3 VVO zum PG die Arbeitsmarktchancen, die finanziellen Verhältnisse und die Umstände des Stellenverlustes.
- <sup>27</sup> Der Kanton Zürich kennt keine Krankentaggeldversicherung, die Lohnfortzahlung infolge Krankheit erfolgt zwar etwa im gleichen Umfang. Jedoch ist die Lohnfortzahlung im Unterschied zur Versicherungslösung immer an den Bestand des Arbeitsverhältnisses gebunden. In Auflösungsvereinbarungen sollte aus diesem Grund zumindest ein Hinweis erfolgen, dass trotz der Auflösung des Arbeitsverhältnisses die gesetzlichen Bestimmungen über die Lohnfortzahlung infolge Krankheit anwendbar bleiben.
- <sup>28</sup> Vgl. dazu Markus Müller, Psychologie im öffentlichen Verfahren, Bern 2010, S 3.
- <sup>29</sup> Informationen über Stellen in der öffentlichen Verwaltung und den Gemeinden finden sich heute auf [www.publicjobs.ch](http://www.publicjobs.ch).
- <sup>30</sup> Informationen bietet zum Beispiel die Internetseite [www.compasso.ch](http://www.compasso.ch).
- <sup>31</sup> Vgl. dazu die Informationen auf [www.svazuerich.ch](http://www.svazuerich.ch).
- <sup>32</sup> [www.ombudsmann.zh.ch](http://www.ombudsmann.zh.ch); <http://www.stadt.winterthur.ch/stadt-politik/ombudsstelle/>; <http://www.stadt-zuerich.ch/ombudsstelle>.

## Inhaltsverzeichnis

1. Stellung des Arbeitgebers im kantonalen Personalrecht.....	32
1.1 Geltungsbereich.....	32
1.2 Öffentliches Recht .....	32
1.3 Strenge Formvorschriften .....	32
1.3.1 Verfügung .....	32
1.3.2 Rechtliches Gehör .....	33
1.3.3 Bewährungsfrist bei Kündigung.....	33
1.3.4 Rechtsmittelverfahren .....	33
1.3.5 Verletzung von Formvorschriften .....	34
1.4 Grundsatz der Verhältnismässigkeit.....	34
1.5 Sachlicher Grund .....	34
1.6 Fazit: Fairness .....	35
2. Stellung der Arbeitnehmenden im kantonalen Personalrecht .....	35
2.1 Pflichten der Arbeitnehmenden .....	35
2.2 Keine Formvorschriften.....	35
2.3 Rechtsschutz .....	36
3. Die Kündigung durch den Kanton .....	36
3.1 Kündigungen sind manchmal notwendig .....	36
3.2 Die «ideale» Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.....	36
3.3 Unterschiedliche Wahrnehmung .....	37
3.4 Das Problem im Einflussbereich der Vorgesetzten.....	37
3.4.1 Die Mitarbeiterbeurteilung.....	37
3.4.2 Mögliche Folgen von zu guten Mitarbeiterbeurteilungen .....	37
3.4.3 Fehlende Ressourcen.....	38
3.4.4 Verantwortung gegenüber dem Team.....	39
3.4.5 Rechtsweg .....	39
3.5 Das Problem aus Sicht der Arbeitnehmenden .....	39
3.5.1 Existenzangst .....	39
3.5.2 Kritik an der Person .....	40
3.5.3 Eigenverantwortung .....	40
3.5.4 Krankheit.....	40
4. Das kantonale Personalrecht: Fluch oder Segen?.....	41

Das Arbeitsverhältnis mit dem Kanton Zürich unterscheidet sich in wichtigen Punkten von der Anstellung bei einer Arbeitgeberin, die dem Privatrecht untersteht. Während die grundsätzliche Vertragsbeziehung «regelmässige Arbeitsleistung gegen Lohn»<sup>1</sup> in beiden Fällen die gleiche ist, unterliegt der Kanton als Arbeitgeber strengeren (Form-) Vorschriften. Der formelle Arbeitnehmerschutz<sup>2</sup> ist im öffentlichen Personalrecht deutlich besser ausgebaut als im Privatrecht. Dies ist aber nicht immer nur zum Vorteil der Arbeitnehmenden. Nachfolgend seien die wesentlichen rechtlichen Grundlagen und die sich stellenden praktischen Probleme anhand des Beispiels «Kündigung» kurz umrissen.

## 1. Stellung des Arbeitgebers im kantonalen Personalrecht

### 1.1 Geltungsbereich

Für den Kanton Zürich als Arbeitgeber (im Folgenden jeweils «der Kanton») gilt das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals<sup>3</sup> und dessen Ausführungserlasse<sup>4</sup>. Findet sich dort keine Regelung, oder bestehen Unklarheiten über die Auslegung, wird das für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis massgebende Obligationenrecht sinngemäss herangezogen.

Direkt dem Personalgesetz unterstellt ist das Personal des Staates und seiner unselbständigen Anstalten. Für die Lehrkräfte an Seminaren, Mittelschulen und Berufsschulen gilt es, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen<sup>5</sup>.

Für die Lehrpersonen der Volksschule gilt das Lehrpersonalgesetz<sup>6</sup>, das seinerseits wiederum für gewisse Regelungen auf das Personalgesetz verweist.

### 1.2 Öffentliches Recht

Im Privatrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Private dürfen grundsätzlich alles vereinbaren (oder tun), was nicht durch einen Rechtssatz verboten ist. Im Geltungsbereich des öffentlichen Rechts ist das anders. Für den Kanton gilt das Legalitätsprinzip, d.h. er darf nur das tun (oder vereinbaren), was durch einen Rechtssatz erlaubt ist<sup>7</sup>.

### 1.3 Strenge Formvorschriften

#### 1.3.1 Verfügung

Eine Verfügung ist – vereinfacht dargestellt – ein einseitiger Hoheitsakt, der Rechte und Pflichten einer konkreten Person begründet oder aufhebt. Die Durchsetzung einer Verfügung kann erzwungen werden und sie ist Anfechtungsobjekt im Rechtsmittelverfahren<sup>8</sup>.

Der Kanton muss im Arbeitsverhältnis grundsätzlich alle Anordnungen, die die Rechte und Pflichten seiner Angestellten betreffen, in Form einer Verfügung erlassen (z.B. individuelle Lohnerhöhung oder Versetzung). Ausgenommen sind die konkreten Dienstanweisungen (z.B. Anordnung eine bestimmte Aufgabe zu erledigen)<sup>9</sup>.

Die Verfügung muss schriftlich erfolgen, ist von der zuständigen Behörde zu unterzeichnen und muss eine Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung enthal-



ten. Auf die Begründung kann ausnahmsweise verzichtet werden, in diesem Fall muss aber auf die Möglichkeit hingewiesen werden, dass eine Begründung verlangt werden kann.

### 1.3.2 Rechtliches Gehör

Vor Erlass einer belastenden Verfügung muss der betroffenen Person stets das rechtliche Gehör gewährt werden<sup>11</sup>. Mitarbeitende müssen also informiert werden, was für eine Verfügung geplant ist und warum. Ausserdem ist Ihnen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen. Der Kanton ist verpflichtet, die Argumente der Mitarbeitenden vor Erlass der Verfügung zu prüfen und konkret zu begründen, warum er diesen allenfalls nicht folgt.

In den meisten Fällen wird den Mitarbeitenden in einem persönlichen Gespräch erläutert, worum es geht, und sie können sich direkt mündlich dazu äussern. Zusätzlich muss ihnen weiter die Gelegenheit eingeräumt werden, innert einer bestimmten Frist auch noch schriftlich Stellung zu nehmen. Die angesetzte Frist muss lang genug sein, dass die Mitarbeitenden Gelegenheit haben, sich mit der Situation auseinanderzusetzen und sich allenfalls auch Hilfe zu suchen. Üblich ist eine Frist von mindestens zehn Tagen. Bei zeitlicher Dringlichkeit (z.B. geplante fristlose Entlassung) kann die Frist aber auch verkürzt werden. Das rechtliche Gehör kann auch nur schriftlich gewährt werden. In diesem Fall ist bei der Fristberechnung auch die Zeit bis zur Zustellung zu berücksichtigen<sup>12</sup>.

### 1.3.3 Bewährungsfrist bei Kündigung

Kommt es soweit, dass durch den Kanton eine Kündigung geprüft wird, ist ein mehrstufiges Verfahren einzuhalten. Zunächst ist den betroffenen Mitarbeitenden im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung zu eröffnen, dass eine Kündigung geprüft wird. Es ist ihnen konkret aufzuzeigen, inwiefern ihre Leistung und/oder ihr Verhalten nicht genügen. Es wird eine Bewährungsfrist angesetzt um den Mitarbeitenden die Möglichkeit zu geben, Leistung und/oder Verhalten zu verbessern<sup>13</sup>. Nach Ablauf der Bewährungsfrist erfolgt eine erneute Mitarbeiterbeurteilung bei der den Mitarbeitenden eröffnet wird, ob die erwartete Verbesserung eingetreten ist oder nicht. Wenn nicht, wird den Mitarbeitenden das rechtliche Gehör gewährt, bevor die Kündigung verfügt wird.

### 1.3.4 Rechtsmittelverfahren

Eine Besonderheit des öffentlichen Rechts zeigt sich auch darin, dass immer erst eine Verfügung des Arbeitgebers vorliegen muss, bevor Mitarbeitende den Rechtsweg beschreiten können. Die Verfügung muss zunächst bei der nächsthöheren Verwaltungsbehörde mittels Rekurs angefochten werden<sup>14</sup>. Erst bei einem erneut negativen Entscheid steht den Mitarbeitenden der Rechtsweg an eine Gerichtsbehörde offen. Wenn Mitarbeitende eine Forderung gegenüber dem Kanton stellen wollen, müssen sie daher zunächst eine Verfügung verlangen. Der Kanton ist verpflichtet, eine Verfügung zu erlassen, er kann dies aber natürlich hinauszögern. Der Rechtsweg steht solange grundsätzlich nicht offen.

Im Privatrecht können die Mitarbeitenden ihre Ansprüche direkt auf dem Klageweg geltend machen. Beide Parteien stehen sich in diesem Fall gleichberechtigt vor einer unabhängigen Gerichtsbehörde gegenüber.

In der Praxis werden während eines laufenden Arbeitsverhältnisses aber nur wenige Verfahren angestrengt, da solche die persönliche Arbeitsbeziehung natürlich belasten können.

#### 1.3.5 Verletzung von Formvorschriften

Werden die Formvorschriften verletzt, gibt es zwei mögliche Folgen. Die Verfügung kann nichtig sein, sie hat also überhaupt keine Wirkung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine unzuständige Behörde verfügt. Eine nichtige Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis somit nicht.

Oder die Verfügung wird anfechtbar, z.B. weil das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde. Im Rechtsmittelverfahren kann diese aufgehoben und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, oder es kann zu Schadenersatzzahlungen führen. Es besteht aber bei einer Kündigung kein Anspruch auf Wiedereinstellung.

### 1.4 Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Der Kanton muss aber bei seinen Handlungen nicht nur formellen Anforderungen genügen. Er muss sich materiell an verfassungsmässige Grundrechte und Verfahrensgarantien halten, die für Pri-

vate gar nicht oder zumindest nicht im gleichen Umfang gelten. Dazu gehören insbesondere der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung, Schutz vor Willkür oder der Anspruch auf Behandlung nach Treu und Glauben<sup>15</sup>. Im Personalrecht von grosser Bedeutung ist insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Die Verhältnismässigkeit wird durch drei Grundsätze konkretisiert. Die geplante Massnahme muss geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erfüllen<sup>16</sup>. Die Massnahme muss erforderlich sein, es muss also die mildeste sinnvolle Massnahme angeordnet werden<sup>17</sup>. Es muss zudem eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen werden. Das heisst konkret, dass der angestrebte Zweck und die Massnahme selbst in einem vernünftigen Verhältnis zu berechtigten Interessen der Mitarbeitenden stehen sollen<sup>18</sup>.

Folge einer unverhältnismässigen Verfügung ist Anfechtbarkeit und je nach Sachverhalt ist Schadenersatz geschuldet. Bei der Kündigung ist zu beachten, dass auch dann keine Wiedereinstellung erfolgt, wenn die Kündigung sich als missbräuchlich herausstellt<sup>19</sup>.

### 1.5 Sachlicher Grund

Eng mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit verwandt ist auch das Erfordernis eines sachlichen Grundes. Bei der Umschreibung der Kündigungsvorschriften ist dieses Erfordernis ausdrücklich erwähnt, und es werden mögliche sach-

liche Gründe aufgezählt<sup>20</sup>. Es muss aber auch für alle anderen personalrechtlichen Verfügungen ein sachlicher Grund vorliegen. So darf zum Beispiel eine individuelle Lohnerhöhung nur gewährt werden, wenn mindestens eine gute Mitarbeiterbeurteilung vorliegt<sup>21</sup>.

Wurde eine Verfügung ohne sachlichen Grund erlassen, ist die Folge Anfechtbarkeit und je nach Sachverhalt auch Schadenersatz. Ein Anspruch auf Wiedereinstellung besteht aber auch bei einer Kündigung ohne sachlichen Grund nicht.

## 1.6 Fazit: Fairness

Die für den Kanton geltenden Verfahrensvorschriften und die zu gewährleistenden Grundsätze lassen sich umgangssprachlich gut mit dem Begriff Fairness umschreiben. Wenn Mitarbeitende nicht die geforderte Leistung erbringen oder ein unangebrachtes Verhalten an den Tag legen, sollen sie zeitnah und transparent darüber aufgeklärt werden, und sie sollen eine faire Chance erhalten, ihre Leistung zu verbessern oder das Verhalten anzupassen.

Halten sich Vorgesetzte an das Gebot der Fairness, werden nicht nur die Verfahrensvorschriften eingehalten, es lassen sich auch einige Konflikte vermeiden.

## 2. Stellung der Arbeitnehmenden im kantonalen Personalrecht

### 2.1 Pflichten der Arbeitnehmenden

Mitarbeitende des Kantons haben sich rechtmässig zu verhalten, die Rechte und Freiheiten des Volkes zu achten, die ihnen übertragenen Aufgaben persönlich, sorgfältig, gewissenhaft und wirtschaftlich auszuführen und die Interessen des Kantons in guten Treuen zu wahren<sup>22</sup>. Das entspricht grundsätzlich den Pflichten von Arbeitnehmenden einer privatrechtlichen Arbeitgeberin<sup>23</sup>.

Weitergehende Regeln bestehen betreffend das Geschenkannahmeverbot<sup>24</sup>, das Amtsgeheimnis<sup>25</sup>, Nebenbeschäftigungen<sup>26</sup> bzw. öffentliche Ämter<sup>27</sup> und vertrauensärztliche Untersuchungen<sup>28</sup>.

### 2.2 Keine Formvorschriften

Mitarbeitende des Kantons haben gegenüber ihrem Arbeitgeber keine Formvorschriften einzuhalten. Insbesondere ist eine Kündigung durch die Mitarbeitenden auch mündlich gültig. Es empfiehlt sich aber aus Beweisgründen dennoch eine schriftliche Kündigung einzureichen.

Weiter sind Mitarbeitende im Verhältnis zum Kanton auch nicht an Grund- oder Verfahrensrechte oder das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden<sup>29</sup>. Die Treuepflicht der Arbeitnehmenden geht in diesem Bereich wesentlich weniger weit, als die Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers.

## 2.3 Rechtsschutz

Mitarbeitende können ihre eigenen Ansprüche – im Gegensatz zum Kanton – nicht durch den einseitigen Erlass einer Verfügung durchsetzen. Sie müssen allfällige Forderungen bei den Vorgesetzten geltend machen und bei einem negativen Bescheid eine beschwerdefähige Verfügung verlangen. Sie haben im Gegenzug aber auch die Möglichkeit für jede Anordnung der Vorgesetzten, die über eine blosser Arbeitsanweisung hinausgeht, eine beschwerdefähige Verfügung zu verlangen. Sämtliche Verfügungen können vor der nächsthöheren Verwaltungsinstanz angefochten werden.

## 3. Die Kündigung durch den Kanton

### 3.1 Kündigungen sind manchmal notwendig

Nicht alle Mitarbeitenden sind in der Lage, die an sie gestellten Anforderungen zu erfüllen, und nicht jedes Defizit lässt sich durch Schulungen beheben. Ist diese Situation gegeben<sup>30</sup>, sollte das bestehende Arbeitsverhältnis beendet werden<sup>31</sup>. Vorgesetzte sind hier gut beraten, frühzeitig die mangelhaften Leistungen anzusprechen. Ein Zuwarten schadet ihnen selbst, den betreffenden Mitarbeitenden und dem Team.

Aber auch die betroffenen Mitarbeitenden tragen Verantwortung. Werden sie auf die ungenügenden Leistungen angesprochen, sollten sie die Kritik ernst nehmen und sich ehrlich fragen, ob sie die

geforderte Leistungssteigerung schaffen können<sup>32</sup>. Müssen sie die Frage mit nein beantworten, ist eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch in ihrem Interesse. Denn ein gutes Gefühl werden sie an dieser Stelle nicht erreichen. Zudem steigt durch die ständige Überforderung die Wahrscheinlichkeit, dass sie krank werden. Auf Dauer kommen auch Konflikte mit den übrigen Teammitgliedern hinzu, die wegen der mangelhaften Leistung Fehler ausbügeln oder Zusatzarbeiten erledigen müssen.

### 3.2 Die «ideale» Beendigung eines Arbeitsverhältnisses

Im «**Idealfall**» führt eine ehrliche Beurteilung der Mitarbeitenden durch die Vorgesetzten zu einem Gespräch, in dem über eine Auflösung diskutiert und ein für alle Beteiligten gangbarer Weg gefunden werden kann. Ist eine Versetzung an eine andere Stelle organisatorisch möglich, so ist dieser Weg zu wählen. Gibt es keine passende Stelle, kann mit einer Auflösungsvereinbarung zu Gunsten der Mitarbeitenden beispielsweise eine längere Kündigungsfrist oder auch die frühzeitige Freistellung zur Stellensuche vereinbart werden. Bei langjährigen Dienstverhältnissen wäre an sich auch die Finanzierung eines Outplacements zu prüfen.

Leider ist der Idealfall in der Praxis selten. Fehler passieren sowohl auf Seiten der Vorgesetzten<sup>33</sup> als auch auf Seiten der Mitarbeitenden<sup>34</sup>.

### 3.3 Unterschiedliche Wahrnehmung

Wird eine Kündigung durch den Kanton von Vorgesetzten geschildert, ist üblicherweise Folgendes passiert: Mitarbeitende haben eine ungenügende Leistung erbracht, sie waren nicht in der Lage oder nicht gewillt, ihre Leistung zu verbessern, also musste nach mehreren Chancen auf Bewährung leider die Kündigung ausgesprochen werden.

Aus Sicht der Mitarbeitenden würde das Gleiche wohl ungefähr so dargestellt werden: Nach mehrjähriger guter Arbeit bekam das Team eine neue vorgesetzte Person, dieser konnte man es einfach nicht recht machen. Plötzlich war die Leistung nicht mehr gut genug, und es erfolgten ungerechte Beurteilungen und schikanöse Kontrollen. Ohne einen sachlichen Grund wurde die Kündigung ausgesprochen.

Wahrscheinlich schildern beide Parteien ehrlich ihre Wahrnehmung, und das zeigt das Hauptproblem mit Kündigungen auf. Konflikte entstehen meist auf der persönlichen Ebene und lassen sich durch rechtliche Vorschriften kaum verhindern. Letztlich kann das Recht hier höchstens im Nachhinein für einen finanziellen Ausgleich von entstandenem Schaden sorgen.

### 3.4 Das Problem im Einflussbereich der Vorgesetzten

#### 3.4.1 Die Mitarbeiterbeurteilung

Das zentrale Element im Umgang mit Mitarbeitenden, die die Erwartungen

nicht erfüllen, ist die zeitnahe, ehrliche Mitarbeiterbeurteilung. Das muss nicht in jedem Fall gleich eine ‚ungenügende‘ Beurteilung bedeuten. Auch die Beurteilung mit ‚genügend‘, mit den entsprechenden Zusatzbemerkungen und einer konstruktiven Zielvereinbarung, signalisiert den Mitarbeitenden, dass eine Verbesserung in Leistung oder Verhalten eintreten muss, damit die Zusammenarbeit langfristig eine Chance hat. So erhalten Mitarbeitende eine ehrliche Chance für Veränderung, in einer Zeit in der noch kein Konflikt besteht und Kontrollen nicht als Schikane sondern als Hilfestellung angenommen werden können.

Klar festzuhalten ist, dass grundsätzlich die Vorgesetzten definieren, was eine gute oder eben ungenügende Leistung ist, nicht die Mitarbeitenden. Selbstverständlich gibt es objektive Kriterien, die sich z.B. aus technischen Spezifikationen oder aus gesetzlichen Grundlagen ergeben. Es gibt aber immer auch ‚subjektive‘ Kriterien, die von verschiedenen Vorgesetzten unterschiedlich gewichtet werden. Auch solche Kriterien sind zulässig, sie müssen aber klar und nachvollziehbar kommuniziert werden, dürfen nicht willkürlich sein und müssen für alle Mitarbeitenden gleichermaßen gelten. Auch an diese Vorgaben müssen sich Mitarbeitende halten, auch wenn sie selbst eine andere Meinung vertreten.

#### 3.4.2 Mögliche Folgen von zu guten Mitarbeiterbeurteilungen

Viele Vorgesetzte scheuen die direkte Konfrontation, daher wird in Mitarbeiterbeurteilungen nicht oft genug klar dargelegt,

wenn Mitarbeitende die Erwartungen nicht erfüllen. Das ist zwar im ersten Moment der einfachste Weg, aber bei weitem keine Lösung. Weder erhalten Mitarbeitende eine Chance ihre Leistung zu verbessern oder das Verhalten zu ändern, noch können sie versuchen darzulegen, inwiefern die Beurteilung allenfalls auf einem Missverständnis beruht. Der schwere Arbeitskonflikt ist quasi vorprogrammiert und entwickelt sich in etwa so:

Die Mitarbeitenden kennen weder ihre Defizite noch die genauen Erwartungen, darum werden sie diese auch weiterhin nicht erfüllen. Teammitglieder müssen Fehler ausbügeln oder Mehrleistungen erbringen, das bringt sie gegen die ungenügenden Mitarbeitenden auf. Auch die Vorgesetzten reagieren zunehmend gereizt, da sie für die Zielerreichung ihres Bereichs verantwortlich sind. Die enttäuschten Erwartungen führen zu persönlichen Spannungen, und irgendwann eskaliert der Konflikt und die ungenügenden Mitarbeitenden sind persönlich für Team und Vorgesetzten nicht mehr tragbar. Aber auch für die ungenügenden Mitarbeitenden ist die Situation letztlich unerträglich. Dennoch kündigen die Mitarbeitenden in solchen Situationen selten.

Die Kündigung durch den Kanton ist nun unausweichlich, da in der Konfliktsituation eine Auflösungsvereinbarung kaum mehr zustande kommt. Die Vorgesetzten stehen vor der Wahl, das ordentliche Verfahren durchzuführen oder 'die Notbremse' zu ziehen. Im ersten Fall führen sie die Mitarbeiterbeurteilung mit dem Resultat 'ungenügend' durch. Sie set-

zen zwar eine Bewährungsfrist an, sind aber an der weiteren Zusammenarbeit gar nicht mehr interessiert. Die ungenügende Mitarbeiterbeurteilung wird von den Mitarbeitenden als ungerecht und die Bewährungsfrist samt notwendiger Standortbestimmungen als reine Schikane empfunden. Sehr häufig werden Mitarbeitende in dieser Situation krank, was die Drucksituation für beide Parteien verlängert. Oftmals ist eine Rückkehr an den Arbeitsplatz nicht mehr möglich, sodass die Kündigung nach Ablauf der Lohnfortzahlung wegen langdauernder Krankheit ausgesprochen wird. In diesem Fall ist bei gegebenen Voraussetzungen eine Abfindung geschuldet.

Zieht der Vorgesetzte aber die Notbremse und spricht die Entlassung ohne korrektes Verfahren aus, wäre das zwar für Mitarbeitende und Vorgesetzte meist weniger gesundheitsschädigend, es wird aber eine hohe Entschädigung auf Kosten der Staatskasse fällig, wenn die Mitarbeitenden den Rechtsweg beschreiten.

### 3.4.3 Fehlende Ressourcen

Vielerorts verfügt die kantonale Verwaltung nur über knappe Ressourcen, die Aufgaben nehmen stetig zu, nicht aber das zur Erfüllung verfügbare Personal. Vorgesetzte sind daher darauf angewiesen, dass ihre Mitarbeitenden leistungsfähig und belastbar sind. Der Druck auf Vorgesetzte und Mitarbeitende ist hoch.

Werden ungenügende Mitarbeitende korrekt beurteilt, bedeutet dies für die Vorgesetzten kurzfristig mehr Aufwand.

Klare Zielsetzungen sind zu definieren, und Hilfestellungen sind zu leisten. Vieles ist schriftlich festzuhalten. Sowohl um den Mitarbeitenden Klarheit zu geben, als auch um in einem allfälligen späteren Rechtsstreit entsprechende Beweise vorlegen zu können. Diesen Aufwand scheuen viele Vorgesetzte bzw. ihnen fehlen die entsprechenden Ressourcen.

Mittel- und langfristig kann sich dies – wie vorstehend ausgeführt – aber als Bumerang erweisen. Wenn Mitarbeitende rechtzeitig auf ihre Defizite aufmerksam gemacht werden, besteht auch eine echte Chance auf Verbesserung. Aber auch wenn die Verbesserung nicht eintritt, kann das korrekte Verfahren für eine Entlassung konfliktärmer und effizienter durchgeführt werden. Sowohl die finanziellen als auch personellen Ressourcen werden geschont.

#### 3.4.4 Verantwortung gegenüber dem Team

Es braucht Mut und Energie, eine ungenügende Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen. Noch schwerer fällt der Entscheid, eine Person zu entlassen. Vorgesetzte tragen aber gegenüber ihrem Team die Verantwortung. Werden Mitarbeitende mit ungenügender Leistung oder Verhalten weiterbeschäftigt, ohne dass wenigstens der Versuch unternommen wird, eine Verbesserung zu erreichen, müssen die übrigen Teammitglieder das «ausbaden». Da sie selbst keine Handlungsmöglichkeiten haben, führt dies nicht selten zu Mobbing im Team.

#### 3.4.5 Rechtsweg

Häufig unterlassen Vorgesetzte es, rechtzeitig mit ungenügenden Mitarbeitenden zu sprechen, weil sie ‚Angst‘ vor dem Rechtsweg haben, der allen Mitarbeitenden offen steht. Entweder glauben sie, der Aufwand für das korrekte Verfahren sei gar nicht zu bewältigen, oder sie wissen schlicht nicht, was zu tun wäre und nicht zuletzt fürchten sie die Folgen<sup>35</sup>, sollte eine Kündigung durch die Rekursinstanz oder das Verwaltungsgericht nicht geschützt werden. Oder sie wissen ganz einfach nicht, was in einem solchen Fall konkret zu tun ist.

Damit eine Kündigung auch vor Gericht Bestand hat, braucht es neben der ehrlichen Kommunikation und der fairen Chance auf Bewährung ‚nur‘ eine ausreichende Dokumentation der geführten Gespräche und der Grundlagen für die Leistungsbeurteilung. Dies lässt sich mit Aktennotizen, Protokollen von Mitarbeitergesprächen oder auch dem Aufbewahren von Mails mit einem vertretbaren Aufwand gewährleisten.

### 3.5 Das Problem aus Sicht der Arbeitnehmenden

#### 3.5.1 Existenzangst

Die Befriedigung, die Menschen in der Arbeit im Idealfall finden, ist sehr wichtig für die Gesundheit. Dennoch müssen letztlich die meisten Personen für ihren Lebensunterhalt arbeiten. Erfolgt nun eine ungenügende Mitarbeiterbeurteilung und wird gar von einer Bewährungsfrist und einer drohenden Entlassung gesprochen, kann dies direkt

die Existenz bedrohen und grosse Angst auslösen. Angst wiederum führt häufig zu Blockaden und verhindert eine Leistungssteigerung. Die Mitarbeitenden stecken in einem Teufelskreis fest.

### 3.5.2 Kritik an der Person

Eine ungenügende Beurteilung kann ausserdem sehr schnell als Zurückweisung der eigenen Person empfunden werden. Auch konstruktive und berechtigte Kritik ist nicht ganz einfach entgegenzunehmen. Vor allem im ersten Moment erzeugt dies heftige Abwehr und Verleugnung. Dies kann bis zu – ungerechtfertigten – Mobbingvorwürfen gegenüber den Vorgesetzten gehen.

Diese Reaktion ist zwar für Vorgesetzte sehr unangenehm aber zumindest im ersten Moment aus der Emotionalität heraus durchaus verständlich. Wenn Mitarbeitende sich aber auch nach einiger Zeit noch weigern, ihren eigenen Anteil anzuschauen und Veränderungen wenigstens in Betracht zu ziehen, kann kaum noch eine gütliche Einigung gefunden werden. Hier bleibt nur noch der formell korrekte Weg zur Kündigung.

### 3.5.3 Eigenverantwortung

Mitarbeitende sollten bei Kritik an ihrer Leistung oder ihrem Verhalten immer prüfen, ob sie die an sie gesetzten Anforderungen erfüllen können und wollen. Wenn nicht, sollten sie nach Alternativen suchen und allenfalls auch eine Versetzung beantragen oder mit ihren Vorgesetzten über eine Auflösungsvereinbarung sprechen.

Aber auch wenn die Kritik die Leistung betreffend unberechtigt sein sollte, ist das unbedingte Festhalten an dieser Stelle nicht immer im besten Eigeninteresse. Denn auf Dauer wird an dieser Position kein gutes Arbeitsverhältnis mehr bestehen können, was nicht nur unzufrieden, sondern auch krank machen kann. Mitarbeitende die sich eine neue Stelle suchen und selbst kündigen, vermeiden unter Umständen einen schweren Arbeitskonflikt und mögliche Gesundheitsschäden. Gespräche über eine Auflösungsvereinbarung können im Übrigen auch von Mitarbeitenden ausgehen. Wenn objektiv keine Kündigungsgründe gegeben sind, besteht eine gute Ausgangslage, um eine lange Kündigungsfrist und eine Abfindung auszuhandeln.

### 3.5.4 Krankheit

Genauso wie es schwierig ist, eine ungenügende Beurteilung abzugeben, ist es schwierig, eine solche anzunehmen. Es gibt Mitarbeitende, die diesem Druck nur schlecht gewachsen sind und krank werden. Wenn bereits ein schwerer Arbeitskonflikt vorliegt und dann eine Bewährungsfrist angesetzt wird, ist der Druck der dazugehörigen Kontrollen<sup>36</sup> für kaum jemanden mehr wirklich auszuhalten. Die Krankheit ist dann oft unausweichlich, wenn die Mitarbeitenden nicht selbst handeln.

Erfolgt die ungenügende Beurteilung erstmals nach einem Vorgesetztenwechsel, wird die Kritik erst recht nicht akzeptiert, und es werden nur bei den Vorgesetzten Fehler gesucht bzw. ge-



sehen. Mitarbeitende sind dann oft nicht mehr in der Lage, ihren Anteil an der Situation wahrzunehmen. Da die Vorgesetzten aber letztlich die Macht haben, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, führt die Existenzangst und die empfundene Ohnmacht ebenfalls häufig zur Krankheit.

Im schlechtesten Fall handelt es sich um eine langdauernde Krankheit, die – nach Ablauf der Lohnfortzahlungspflicht – ebenfalls zur Kündigung führt. In diesem Fall ist – bei gegebenen Voraussetzungen – eine Abfindung geschuldet, was den Mitarbeitenden nur kurzfristig nützt und die Vorgesetzten verärgert. Der Arbeitskonflikt kann nicht mehr gelöst werden und belastet vor allem die betroffenen Mitarbeitenden weit über Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus nachhaltig. Hier wäre eine Auflösungsvereinbarung sicher weniger belastend für alle Beteiligten. Dies erfordert aber natürlich auch die Einsicht der Mitarbeitenden, dass ein Verbleiben an dieser Stelle nicht mehr möglich ist.

#### **4. Das kantonale Personalrecht: Fluch oder Segen?**

Vorgesetzte, die sich mit ungenügenden Mitarbeitenden herumschlagen, empfinden den Kündigungsschutz im kantonalen Personalrecht als störend, konflikträchtig und teuer. Häufig glauben sie sogar, dass eine Kündigung überhaupt nicht möglich ist. Wurden über Jahre hinweg zu gute Mitarbeiterbeurteilungen gemacht, dann ist eine Entlassung tatsächlich schwierig. Eine einmalige ungenügende Mitarbeiter-

beurteilung reicht dann nicht mehr aus, um bereits eine Bewährungsfrist auslösen zu können. Die rechtlich notwendige Einhaltung der Vorschriften führt in solchen Situationen fast zwangsläufig zu massiven Konflikten. Mitarbeitende und Vorgesetzte können aus lauter Überforderung krank werden, und die Leistungen ganzer Teams nehmen massiv ab. Auch wirkliches Mobbing wird in einer solchen Situation sehr wahrscheinlich.

Grund für solche Konflikte ist aber nicht ein zu stark ausgebauter Kündigungsschutz. Das Problem liegt vielmehr darin, dass Vorgesetzte ihre Führungsverantwortung nicht wahrgenommen haben bzw. nicht wahrnehmen konnten<sup>37</sup>. Ist der Konflikt aber erst eskaliert, dann wäre eine schnelle Beendigung des Arbeitsverhältnisses für alle Beteiligten die 'gesündere' Lösung. Solche Fälle lassen sich eigentlich nur noch über eine Auflösungsvereinbarung lösen. Diese scheitert aber nicht selten an der fehlenden Bereitschaft der Mitarbeitenden<sup>38</sup>.

Aus Sicht der Mitarbeitenden ist der Kündigungsschutz dagegen ungenügend, weil die einmal ausgesprochene Kündigung auch dann das Arbeitsverhältnis endgültig beendet, wenn sie missbräuchlich war. Es besteht kein Anspruch auf eine Weiterbeschäftigung. Hier ist allerdings anzumerken, dass fast ausnahmslos jeder Kündigung – die nicht auf eine Reorganisation oder Budgetkürzungen zurückgeht – ein Konflikt vorangeht, der die Weiterbeschäftigung auch für die Mitarbeitenden als wenig sinnvoll erscheinen lässt. Zum Streiten gehören

immer zwei, und auch die Mitarbeitenden tun gut daran, sich über ihren Anteil klar zu werden. Manchmal stimmt einfach die Chemie nicht oder aber die eigenen Anforderungen an eine Stelle haben sich so verändert, jedenfalls sollte eine neue Stelle gesucht werden. Der Verbleib an einer Stelle aus den falschen Gründen kann ebenso krank machen, wie ein Arbeitskonflikt.

Aus meiner Sicht ist das kantonale Personalrecht daher weder Fluch noch Segen. Es ist eine grundsätzlich taugliche Regelung, um für alle Beteiligten ein faires Verfahren zu garantieren und die Mitarbeitenden vor Willkür zu schützen. In diesem Sinne richtig angewandt, hilft es bei der Vermeidung und Beilegen von Konflikten und gibt Mitarbeitenden eine echte Chance, sich entweder zu bewähren oder aber mit ausreichender Vorwarnzeit eine neue Stelle zu suchen. Die absolute Schlüsselbedeutung in einem verträglichen Prozess kommt dabei der **ehrlichen Mitarbeiterbeurteilung** zu. Vorgesetzte sollten daher in der Wahrnehmung ihrer Verantwortung noch mehr unterstützt und auch geschult werden, um schwere Konflikte möglichst gar nicht erst entstehen zu lassen. Sie sollten sich aber auch selbst die notwendige Unterstützung suchen, sei es bei ihren Vorgesetzten, der zuständigen HR-Abteilung oder auch einem externen Coach.

Aber genauso wie es ungenügende Mitarbeitende gibt, genügen auch Vorgesetzte nicht immer den an sie gestellten Anforderungen. Und keine Vorschrift kann verhindern, dass Entlassungen

ohne nachgewiesenen sachlichen Grund oder missbräuchlich ausgesprochen werden. In diesen Fällen wird den betroffenen Mitarbeitenden durch den Kündigungsschutz zwar keine Anstellung aber wenigstens «Schmerzensgeld» garantiert. Dies halte ich persönlich für die bessere Lösung als die Wiederanstellung und zwar für alle Beteiligten.

## Anmerkungen

- <sup>1</sup> vgl. Art. 319 Abs. 1 OR.
- <sup>2</sup> Damit ist in der Regel vor allem der Kündigungsschutz gemeint.
- <sup>3</sup> Personalgesetz, LS 177.10.
- <sup>4</sup> Personalverordnung (PVO), LS 177.11 und Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO), LS 177.111.
- <sup>5</sup> § 1 Personalgesetz.
- <sup>6</sup> LS 412.31.
- <sup>7</sup> Art. 2 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich, LS 101.
- <sup>8</sup> Im zürcherischen Recht findet sich keine Definition für die Verfügung. Die Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) kann sinngemäss herangezogen werden (Kölz, Bosshart, Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., 1999).
- <sup>9</sup> Dennoch kann unter bestimmten Voraussetzungen sogar für blosser Realakte eine beschwerdefähige Verfügung verlangt werden, vgl. § 10 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG), LS 175.2.
- <sup>10</sup> §10a VRG.
- <sup>11</sup> § 31 Abs. 1 Personalgesetz.
- <sup>12</sup> Wird das rechtliche Gehör eingeschrieben versandt, müssen also sieben Tage Zustellfrist plus Zeit zur Beantwortung eingerechnet werden.
- <sup>13</sup> § 18 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (VVO), LS177.111.
- <sup>14</sup> Das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach dem VRG, vgl. § 33 Personalgesetz.
- <sup>15</sup> Art. 8 und 9 der Bundesverfassung, SR 101.
- <sup>16</sup> Z.B. Anordnung eines Computerkurses um die erforderlichen Fähigkeiten zu erwerben.
- <sup>17</sup> Eine Versetzung oder Lohnreduktion wäre bei mangelnden PC Kenntnissen erst zulässig, wenn vorher Computerkurse keinen Erfolg brachten.
- <sup>18</sup> Der Computerkurs sollte grundsätzlich während der Arbeitszeit angeordnet werden und geht zu Lasten des Arbeitgebers. Nur in besonderen Ausnahmefällen könnte ein Kurs auch während der Freizeit der Mitarbeitenden verfügt werden.
- <sup>19</sup> Anders wäre es, wenn sich eine Lohnreduktion als unverhältnismässig herausstellt. Diese wird rückgängig gemacht.
- <sup>20</sup> § 18 Abs. 2 Personalgesetz, § 16 VVO (ungenügende Leistung oder Verhalten, Aufhebung der Stelle, langdauernde Krankheit).
- <sup>21</sup> § 17 Personalverordnung (PVO), LS 177.11.
- <sup>22</sup> § 49 Personalgesetz.
- <sup>23</sup> Vgl. Art. 319 und 321 OR.
- <sup>24</sup> § 50 Personalgesetz.
- <sup>25</sup> § 51 Personalgesetz.
- <sup>26</sup> § 53 Personalgesetz.
- <sup>27</sup> § 54 Personalgesetz.
- <sup>28</sup> § 55 Personalgesetz.
- <sup>29</sup> So brauchen Angestellte dem Kanton z.B. weder das rechtliche Gehör zu gewähren, wenn sie kündigen wollen, noch müssen sie im Verhältnis zu Arbeitskollegen oder Vorgesetzten das Rechtsgleichheitsgebot wahren. Selbstverständlich müssen Mitarbeitende diese Grundsätze aber bei der Erledigung ihrer Aufgaben und im Verhältnis zu Bürgerinnen und Bürgern erfüllen.
- <sup>30</sup> Das kann zu Beginn des Arbeitsverhältnisses so sein oder aber sich erst im Laufe der Zeit durch veränderte Umstände ergeben.
- <sup>31</sup> Sollte eine passende und zumutbare Funktion innerhalb des Amtes, der Direktion oder des Kantons zur Verfügung stehen, wäre eine Versetzung auszusprechen.
- <sup>32</sup> Das Gleiche gilt natürlich, wenn sie selbst erkennen, dass sie die Leistungen nicht erbringen können, bevor sie darauf angesprochen werden.
- <sup>33</sup> Vorgesetzte sprechen zum Beispiel ungenü-

gende Leistungen zu spät an oder machen unklare Zielvorgaben.

- <sup>34</sup> Mitarbeitende suchen beispielsweise Fehler nicht bei sich, sondern nur bei anderen oder sie akzeptieren die von den Vorgesetzten definierten Anforderungen nicht.
- <sup>35</sup> Zum Beispiel den möglichen Imageverlust für sie persönlich oder den Kanton.
- <sup>36</sup> Diese sind zur Dokumentation des Kündigungsgrundes notwendig.
- <sup>37</sup> Mögliche Gründe sind z.B. fehlende Ressourcen, Ausbildung oder Unterstützung seitens der nächsthöheren Vorgesetzten.
- <sup>38</sup> Man muss sich nur selbst einmal vorstellen wie es wäre, nach zehn Jahren klagloser Arbeit und stets guter bis sehr guter Mitarbeiterbeurteilungen plötzlich – beispielsweise von einer neuen Chefin, einem neuen Chef – ungenügend beurteilt zu werden. Hier reagiert wohl jeder Mensch mit Widerstand und nicht mit Selbsterkenntnis.

# Statistik:

## Der Eingang der Beschwerden und ihre Erledigung

### 2012

sind 721 neue Fälle eingegangen  
sind 727 Fälle abgeschlossen worden  
sind 88 Fälle pendent (Ende Jahr)

### Aktivitäten (abgeschlossene Fälle):

727 Total erledigt, davon

- 281 von der Verwaltung eingeholte Vernehmlassungen bzw. Akteneinsicht
- 264 angehörte Auskunftspersonen von Behörden und Verwaltung
- 9 Augenscheine und Besprechungen bei Beschwerdeführenden
- 229 empfangene Beschwerdeführende

### 2012 wurden die Geschäfte nach folgenden Gesetzesgrundlagen erledigt

71.0 % Nach § 93a VRG (Rat erteilen)  
29.0 % Nach § 93b VRG (Besprechung mit Behörden)  
0.0 % Nach § 93c VRG (Schriftliche Empfehlung)

### Erledigungsdauer

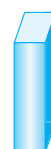
141 bis 10 Tage  
167 11 bis 30 Tage  
411 31 Tage bis 1 Jahr  
8 über 1 Jahr

### 2012 kamen die Beschwerden von:

77.1 % Privatpersonen  
1.9 % Juristischen Personen  
17.9 % Staatspersonal  
2.2 % Eigene Wahrnehmung  
0.6 % Gemeinden  
0.3 % Gemeindepersonal

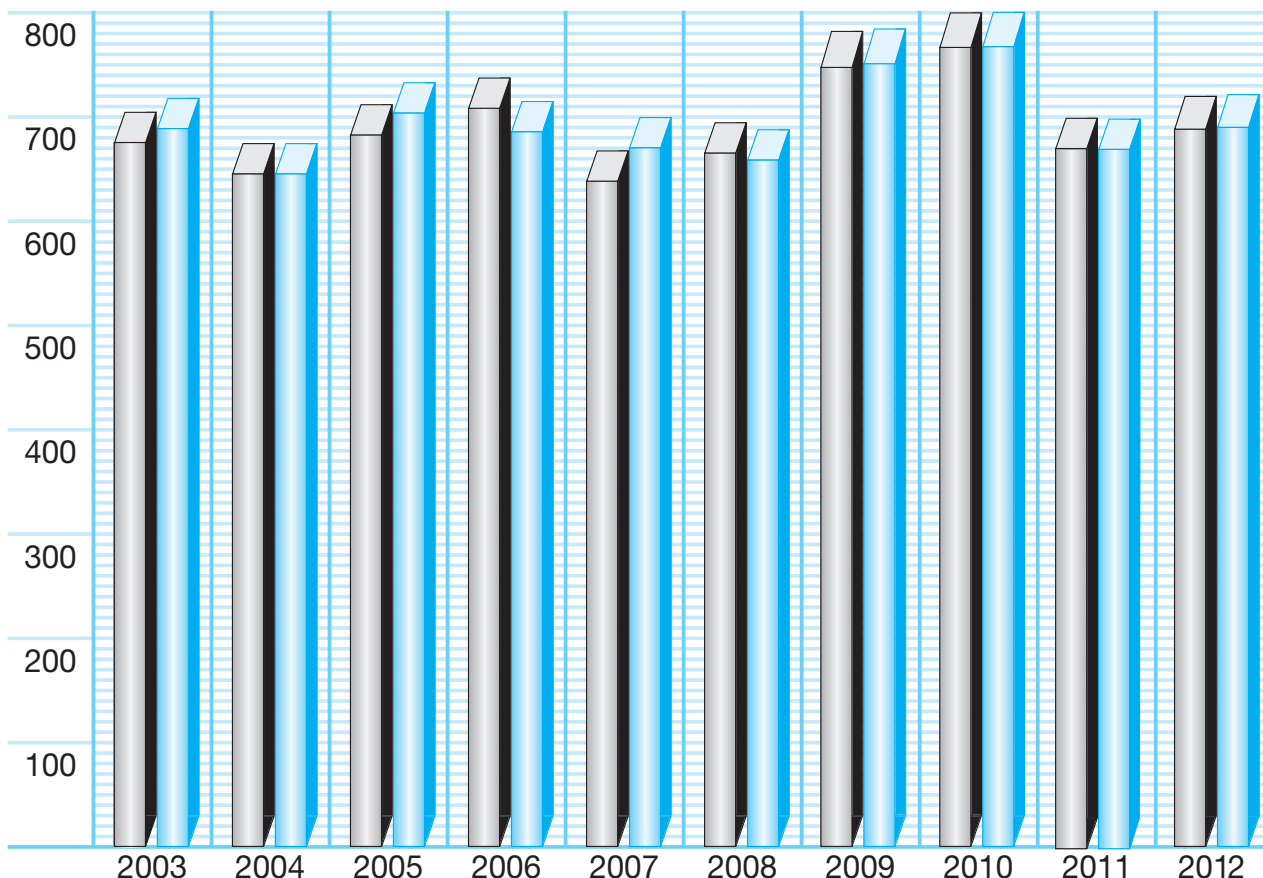


Eingegangene  
Geschäfte



Erledigte  
Geschäfte

### Der 10-Jahres-Rückblick: Der Eingang der Beschwerden und ihre Erledigung



Baudirektion

**P wohnt am Rhein. Der Kanton lässt dort als Bauherr Hochwasserschutzmauern errichten. Jenen Oktobermorgen im Jahr 2008, als die Maschinen auf seinem Land vorrückten, wird P nicht so schnell wieder vergessen.**

P berichtet dem Ombudsmann: Damals habe ihn die Bauleitung kurzfristig wie folgt informiert: Der grosse Löffelbagger stehe jetzt 30 Meter rheinaufwärts zum Einsatz bereit. Dessen seitliche Aushubschnecke würde beim Arbeitsgang die ganzen Rosenbeete durchpflügen, die er doch bitte «opfern» möge, die Maschine

---

*P: «Allfällige späte Früchte dieser Bäume gehen an eine wohltätige Organisation und nicht in mein Sparschwein.»*

---

sei in ein bis zwei Stunden soweit. Der Einsatz eines kleineren, terrainangepassten Baggers sei nicht möglich, der Beton sei in grossen Mengen bestellt und unterwegs. Da er sich nicht habe querstellen wollen, sei er bereit gewesen, die «Rosen fallen zu lassen». Um die – gemäss «Inventar der schutzwürdigen Ortsbilder von überkommunaler Bedeutung» – geschützten «markanten Bäume» auf dem Grundstück, von denen nicht die Rede gewesen sei, habe er sich auch angesichts des schützenden, nahen Fährpfostens keine Sorgen gemacht. Zwei Stunden später sei er von einer Besorgung nach Hause zurückgekehrt: Alle grösseren Äste seiner drei Feldahorne seien jetzt auf ca. anderthalb bis zwei Meter ab Strassenrand zurückgesägt worden. Ein kleiner Schaufelbagger sei

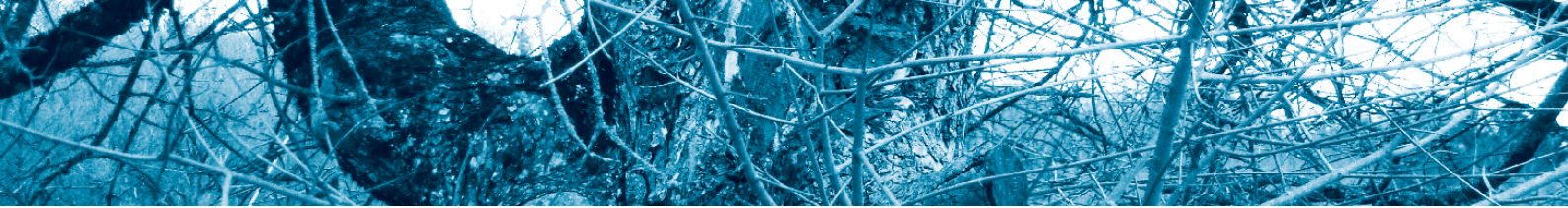
am Werk gewesen. Der Aushub habe sich meterhoch und bis weit hinter die ungeschützten Baumstämme aufgetürmt.

Die Arbeiter hätten erklärt, die Äste hätten wegen des grossen Baggers entfernt werden müssen. Der kleine Bagger sei da, weil man nicht beachtet habe, dass mit dem grossen gar nicht am Pfosten vorbei zu kommen sei. Dann habe es gekracht: der letzte grosse Süd-Ast des Westbaumes sei abgebrochen, und der Baum sei tief eingerissen.

Angesichts der Beschädigung der Bäume und der Grabungsarbeiten im Wurzelbereich fürchtet P um deren Überleben. Eine Baumexpertise errechnet einen Schaden von rund Fr. 27'000. Später entdeckt P, dass hinter der fast fertig erstellten Grundwasserschutzmauer ein ca. 10 Meter langes und bis zu einem Meter in sein Grundstück hineinragendes Mauerstück gebaut wurde; er spricht von einer verdeckten Enteignung und einer mutwilligen Beschädigung, wofür er entschädigt werden wolle.

Aus den Akten ergibt sich: Nach der Wiederherstellung des Rosenbeets und der Beseitigung der Einwirkung weiterer Eingriffe bot das AWEL per Saldo aller Ansprüche eine Pauschalentschädigung von Fr. 10'000 für einen allfälligen Ersatz des am stärksten betroffenen Baumes an. Die anderen Bäume erachtete das AWEL als nicht gefährdet.

P war mit diesem Vorschlag nicht zufrieden: Die angebotenen Fr. 10'000 hätte er für den ersten, am meisten geschädig-



ten Baum erhalten wollen; schliesslich reduzierte er seine Gesamtforderung auf rund Fr. 20'000, nach-dem zwei der drei Bäume «erfreuliches Erholungspotenzial» zeigten. Der Kanton blieb bei seinem Angebot für die Bäume. Als Entschädigung für die Benützung seines Grundstückes zur Erstellung der Hochwasserschutzmassnahmen offerierte das AWEL eine minimale Entschädigung, basierend auf dem ortsüblichen Landpreis für Freihaltezonen. Das Amt wies P noch darauf hin, dass er doch von den ergriffenen Massnahmen auch einen Nutzen habe.

Die Verhandlungen gerieten schliesslich ins Stocken. P verlangte wiederholt eine anfechtbare Verfügung, für die sich aber angeblich weder die Baudirektion noch die Finanzdirektion als zuständig erachteten. Im November 2011 setzte das AWEL P eine einmonatige Frist zur Annahme der Vergleichsofferte für Bäume und Land. Die Pauschalentschädigung für die Bäume sei grosszügig bemessen. Gemäss einer erneuten Beurteilung liege der Schaden an den Bäumen «höchstens noch im Tausenderbereich».

Anfangs Dezember 2011 gelangt P an den Ombudsmann. Dieser bittet das AWEL um Einsicht in die entsprechenden Akten. Nach Einsichtnahme erläutert er P seine Beurteilung der Sache:

Wer einen Schaden ersetzt haben wolle, müsse diesen beweisen. Das Bundesgericht habe sich in einem Entscheid (BGE 127 III 73 ff.) damit auseinandergesetzt, nach welchen Prinzipien ein Baumschaden mit Totalverlust zu berechnen sei.

Bei ihm (P) gehe es um einen allfälligen Wertverlust. Der hauptsächlich betroffene Feldahornbaum habe sich doch auch weiter erholt, allenfalls würde ein aktuelles Gutachten auch Aufschluss über den derzeitigen Minderwert (als Schadensposition) ergeben. Skeptisch zeigt sich der Ombudsmann auch hinsichtlich eines möglichen Fristablaufs zur Geltendmachung eines Schadens: Möglicherweise seien sowohl Ansprüche gegen den Unternehmer gemäss dem Schweizerischen Obligationenrecht verjährt, als auch solche gegenüber dem Kanton gemäss kantonalem Haftungsgesetz verwirkt. Der Ombudsmann erachtet es daher als keinesfalls sicher, dass ein Gericht dem Beschwerdeführer ein Entschädigung von über Fr. 10'000 zusprechen würde. Darum empfiehlt der Ombudsmann, dass P das immer noch aufrechterhaltene (aber befristete) Angebot des AWEL annehme.

P kann sich mit diesen Aussichten nicht recht anfreunden, erklärt aber seine Bereitschaft, an der vorgeschlagenen Aussprache mit dem AWEL teilzunehmen. Nebst der Baumthematik solle auch die Inanspruchnahme des Landes besprochen werden. Auch das AWEL zeigt sich Gesprächsbereit.

Im März 2012 findet der runde Tisch beim Ombudsmann statt: P erhält dabei die Gelegenheit, die seinen Forderungen zu Grunde liegenden Überlegungen zu den Baumschäden, zur Landthematik und zum Verhalten des Unternehmers nochmals zu verdeutlichen. Auch das AWEL kann seine Sicht der Dinge noch-



mals darlegen. Es entschuldigt sich bei P «in aller Form» für das entstandene Ungemach und bekennt einen «klaren Planungsfehler», was vorliegend einen erhöhten Landpreis nach sich ziehen könnte. Schliesslich sichert es zu, sich beim Geometer für eine zeichnerische Verdeutlichung der Pläne einzusetzen.

Nach Klärung der noch offenen Punkte bestätigt das AWEL P eine leicht über dem ursprünglich vorgesehenen Betrag liegende Entschädigung. P akzeptiert. Dem Ombudsmann teilt er mit: «Ich danke Ihnen ganz herzlich für Ihre wertvolle Hilfe, vor allem auch dafür, dass Sie mich von einem aussichtslosen, nervenaufreibenden Gerichtsgang bewahrt haben.» Monate später orientiert P den Ombudsmann, dass er von der empfangenen Entschädigung einen vierstelligen Betrag an zwei wohltätige Einrichtungen gespendet habe.



Baudirektion

**Z wohnt im ortsbildgeschützten Teil einer Zürcher Gemeinde. In der Nachbarschaft plant ein Grundeigentümer die Errichtung zweier neuer Gebäude, was Gemeinde (betr. Bauvorschriften) und kantonale Baudirektion (betr. Ortsbildschutz) bewilligen. Gegenüber dem Ombudsmann macht Z einerseits die Verletzung verschiedener kommunaler Bauvorschriften geltend und bemängelt andererseits die Lage der geplanten Gebäude in der sog. Freifläche.**

Mit diesem Fall sollen nicht konkrete baurechtliche Fragen dargelegt, sondern es soll die Gratwanderung bei Zuständigkeitsfragen aufgezeigt werden, mit denen der Ombudsmann konfrontiert sein kann. Nachdem verschiedene Akteure im Fall eine Rolle spielen, ist die Zuständigkeit des Ombudsmanns für jede/n der Beteiligten speziell zu prüfen.

So besteht nach den gesetzlichen Vorschriften z.B. keine Möglichkeit einer Vermittlung zwischen dem privaten Bauherrn und Z.

Auch ist der Ombudsmann für die Gemeinde, in der gebaut werden soll, nicht zuständig, denn diese hat sich nicht für eine Zusammenarbeit mit dem Ombudsmann entschieden (entsprechend Art. 81 Zürcher Kantonsverfassung). Darum und aufgrund der für die Ombudsgemeinden bestehenden Kostenpflicht entscheidet sich der Ombudsmann auch gegen eine informelle Kontaktnahme.

Nachdem die Bewilligungsverfügungen durch Gemeinde und Kanton eröffnet

sind, läuft dagegen eine 30tägige Rekursfrist. Um keines Rechts verlustig zu gehen, ist Z gehalten, rechtzeitig ans Baurekursgericht zu gelangen, was sie tut. Dieses Spezialverwaltungsgericht liegt wegen seiner richterlichen Unabhängigkeit ausserhalb der Überprüfungsmöglichkeit des Ombudsmanns. In ihrer Rekurseingabe stellt Z aber den Antrag, das Rekursverfahren sei für die Dauer und zugunsten der Abklärungen des Ombudsmanns zu sistieren. Diesem Ersuchen entspricht das Baurekursgericht, nachdem alle am Rekursverfahren Beteiligten (Z, ein weiterer Rekurrent sowie als Rekursgegner die Gemeinde, die Baudirektion und der Bauherr) damit einverstanden sind.

Die Sistierung des Rekursverfahrens ermöglicht es dem Ombudsmann, die ortsbildschutzrechtliche Bewilligung des Kantons mit dem Amt für Raumentwicklung (ARE) zu besprechen, nachdem dazu noch verschiedene Fragen offen sind. Beim Gespräch mit den Vertretern des ARE steht einerseits der Widerruf der durch die Baudirektion erteilten kantonalen Bewilligung zur Diskussion, andererseits wird auch ein aufsichtsrechtliches Einschreiten der Baudirektion gegenüber der Gemeinde zur Diskussion gestellt.

Weil die erteilten Bewilligungen zur Hauptsache die kommunale Zuständigkeit betreffen, entschliesst sich der Ombudsmann – trotz bestehenden Rekurses und aufgrund eines von der Verwaltung angeführten Vergleichsfalls – beim Vorsteher der Baudirektion anzuregen, ein aufsichtsrechtliches Handeln gegenüber



der Gemeinde zu prüfen. Der Vorsteher der Baudirektion lehnt ein solches Vorgehen unter Hinweis auf das derzeit vor Baurekursgericht hängige Rechtsmittelverfahren ab.

Das ARE sieht sich nach einer Interessenabwägung auch nicht imstande, die kantonale Bewilligung zu widerrufen. Zutreffenderweise werden Rechtssicherheit und Vertrauensschutz stärker gewichtet als die richtige Anwendung des objektiven Rechts. Weil ein solcher (anfechtbarer) Widerruf der kantonalen Bewilligung das Verfahren auch unnötig komplizieren statt vereinfachen könnte, sieht der Ombudsmann davon ab, das Ziel des Widerrufs weiter zu verfolgen.

Z bleibt daher nur, sich entweder mit der Bauherrschaft aussergerichtlich zu einigen oder beim Baurekursgericht um Fortsetzung des Verfahrens zu ersuchen bzw. zu gegebenem Zeitpunkt bei Rekursabweisung den Gang ans Verwaltungsgericht zu prüfen. Z entschliesst sich zur Fortsetzung des Rekursverfahrens.

Der Fall zeigt Grenzen der Ombudstätigkeit bei Entscheiden, an denen verschiedene Gemeinwesen und Personen beteiligt sind, wobei der Ombudsmann nur bei den kantonalen Behörden zuständig ist, und er sich nach der bestehenden Kostenpflicht für Ombudsgemeinden auch Zurückhaltung auferlegt bei einer Kontaktaufnahme mit einer Nichtombudsgemeinde, die sich auch (freiwillig) auf das Ombudsverfahren einlassen könnte. Auch bemüht sich der Ombudsmann bei bereits anhängig gemachtem

Rechtsmittel um eine Sistierung des Rechtsmittelverfahrens, soweit die Möglichkeit der Vermittlung und einer entsprechenden Lösung besteht. Die Erfahrung zeigt, dass die Behörden mit richterlicher Unabhängigkeit Sistierungen bewilligen, wenn der Ombudsmann zu vermitteln versucht und die entsprechenden prozessualen Voraussetzungen vorliegen. Können Gerichtsverfahren zugunsten einer fairen Verhandlungslösung vermieden werden, hat sich der Einsatz des Ombudsmanns gelohnt.

Bildungsdirektion

**M ist Lehrer an der Kantonsschule Oerlikon. Diese soll auf Schulanfang 2012 mit der Kantonsschule Birch zur neuen Kantonsschule Zürich Nord zusammengeführt werden. Ein Gründungskonvent mit Lehrerinnen und Lehrern beider Schulen wird einberufen. Die Konventsordnung enthält folgende Bestimmungen zum Beschlussverfahren: «Falls ein Beschluss von mindestens drei Vierteln der stimmberechtigten Konventsmitglieder von einer der beiden Schulen abgelehnt wird, gilt das Vetorecht». M möchte nun vom MBA (Mittelschul- und Berufsbildungsamt) wissen, ob diese Bestimmung zulässig sei. Das Amt gibt M zur Antwort, seine Anfrage könne nicht direkt beantwortet werden, das Amt habe jedoch bereits rechtliche Fragen des Schulleiters zur Konventsordnung direkt beantwortet, weshalb er (M) an die Schulleitung verwiesen werde.**

M wendet sich an den Ombudsmann und macht geltend, dass gerade bei dieser Frage ein Konflikt zwischen designierter Schulleitung und Lehrerschaft bestehe. Aus diesem Grund habe ein anderer Lehrer ein Rechtsgutachten erstellen lassen, das die Zulässigkeit der Vetoklausel verneine: «Die Einführung des Vetorechts in Ziff. 8.1. stellt eine unzulässige Erweiterung von § 15 Mittelschulverordnung (MSV) dar. Dabei handelt es sich um keine Konkretisierung, sondern damit wird neues Recht der Konventsmitglieder begründet, welches weder im Mittelschulgesetz (MSG) noch in der MSV vorgesehen ist. Der Gesamtkonvent überschreitet damit seine Kompetenzen,

weshalb das Vetorecht unzulässig ist». Auch der Rechtsdienst des MBA habe eine Anfrage des Schulleiters übereinstimmend mit dem Gutachten beantwortet.

Vom Ombudsmann möchte M wissen, ob das MBA verpflichtet sei, Lehrern direkt eine Rechtsauskunft zu erteilen; und bei welcher Instanz Rekurs gegen Konventsentscheide erhoben werden könne.

Der Ombudsmann beantwortet die letzte Frage mit Hinweis auf § 39 MSG: Gegen Entscheide von Schulorganen kantonaler Mittelschulen kann bei der Bildungsdirektion ein Rekurs anhängig gemacht werden. Der Ombudsmann weist M darauf hin, dass er das MBA nach den Gründen der offenbar verweigerten Auskunfterteilung befragen könne, sofern der Beschwerdeführer den Ombudsmann von seiner gesetzlichen Schweigepflicht entbinde. Nachdem dies geschehen ist bittet der Ombudsmann das MBA um Information, welche Auskunft das Amt wem erteilt oder auch nicht erteilt habe. Im Fall der nicht gegebenen Auskunft würden ihn vor allem die Gründe dafür interessieren.

Das MBA anerkennt den ihm vorgelegten Sachverhalt. Es weist aber darauf hin, dass die Frage nach der Zulässigkeit des Vetorrechts ein schulorganisatorisches Problem betreffe, das entsprechend § 7 MSG in der Verantwortung der Schulleitung liege. Das Amt habe mit





der Schulleitung Kontakt gehabt. Bei der Kommunikation sei aber zu berücksichtigen gewesen, dass sich die beiden Kantonsschulen Oerlikon und Zürich Birch nach dem Beschluss des Kantonsrates über die Gründung der neuen Kantonsschule in einer sensiblen Phase befunden hätten. Darum habe das MBA der Kommunikation eine grosse Bedeutung beigemessen, auch sei es ihm wichtig gewesen, dass nicht auf zwei Ebenen Einfluss genommen werde.

Der Ombudsmann versteht diese Haltung des MBA. Dennoch fragt er sich, weshalb auch unter diesen nicht ganz einfachen Umständen eine Auskunfterteilung an die Lehrer und Lehrerinnen durch das MBA nicht möglich sein soll. Dies aus der Überlegung, dass sich die Lehrer über die Konventsordnung ja auszusprechen haben und es deshalb als geboten erscheint, sich vor diesem Schritt über die rechtliche Zulässigkeit einer Bestimmung der Konventsordnung beim MBA zu vergewissern.

Im Laufe des Verfahrens wird deutlich, dass sich nach dem Entscheid des Kantonsrates innerhalb der Lehrerschaft(en) verschiedene Konfliktlinien gebildet hatten. Vor allem aus diesem Grund sei es für das Amt wichtig gewesen, nicht über verschiedene Ansprechpartner in die Schule hinein zu kommunizieren, sondern die Kommunikation über einen zentralen Partner des MBA – die Schulleitung – sicherzustellen. Diese Argumentation ist für den Ombudsmann verständlich und nachvollziehbar, was er M mitteilt. Ebenso informiert er M, dass damit keine Aussage

darüber gemacht werde, ob das Amt den Besten aller möglichen Wege gewählt habe, was aber angesichts der vorliegenden und erwogenen Umstände offen bleiben könne.

M stösst sich am Umstand, dass der Ombudsmann seine Frage nach der Pflicht des MBA zur Rechtsauskunft an Lehrerinnen und Lehrer nicht ausreichend beantwortet habe. Auch weist er darauf hin, dass die Lehrerschaft ein privates Gutachten habe in Auftrag geben und bezahlen müssen, um ihren Standpunkt zu rechtfertigen. Der Ombudsmann beantwortet die Frage nach der Auskunftspflicht negativ: Das MBA habe sich bei seinem Vorgehen durchaus korrekt innerhalb des rechtlichen Rahmens bewegt, womit auch gesagt ist, dass das Amt nicht zu individuell an einzelne Lehrer abzugebende Rechtsauskünfte verpflichtet ist. Der Ombudsmann erläutert, dass das MBA bei der bestehenden Konfliktsituation alles habe unterlassen wollen, was von Beteiligten als «Öl ins Feuer giessen» hätte missverstanden werden können, die zuvor noch offene Rechtsfrage nach der Zulässigkeit des Vetorechts sei geklärt, und bei vermuteter Verletzung ihrer Rechts stünde den Lehrern verschiedene unabhängige Rechtsauskunftsstellen zur Verfügung, nicht zuletzt der Mittelschullehrerverband Zürich oder der VPOD. Der Ombudsmann schliesst daraus, dass es die Erstellung teurer Privatgutachten entbehrlich gewesen wäre. M widerspricht der Auffassung des Ombudsmanns nicht. Mit den erhaltenen Auskünften ist er wohl nicht wirklich zufrieden, aber er akzeptiert den Ausgang des Ombudsverfahrens.

Bildungsdirektion

**R ist Mediothekarin an einer Zürcher Kantonsschule. Wegen Krankheit einer Arbeitskollegin wird ihr Beschäftigungsgrad von 60 % um 5 %, zunächst befristet bis zum 31. März, aufgestockt. Für die Zeit ab 1. April ist wieder ein Pensum von 60 % vorgesehen und ab 1. August erneut ein solches von 65 %. Am 29. März tritt R ihren Schwangerschaftsurlaub an, am 1. April kommt ihr Kind zur Welt. In der Folge entsteht zwischen R und dem Mittelschul- und Berufsbildungsamt (MBA) eine unterschiedliche Auffassung darüber, welcher Beschäftigungsgrad der Mutterschaftsentschädigung zu Grunde zu legen ist: Während R von 65 % ausgeht, nimmt das MBA 60 % an.**

Das MBA stellt sich zunächst auf den Standpunkt, dass gemäss Antrag der Schule der Beschäftigungsgrad (BG) von R nur bis Ende März (befristet) erhöht worden sei. Deshalb habe R für die Dauer von Anfang April bis Ende Juli nur Lohn auf der Basis eines BG von Fr. 60 % erhalten. Die BG-Reduktion sei nicht aufgrund des Mutterschaftsurlaubes erfolgt, weshalb das MBA die weiteren 5% nicht zusätzlich auszahlen könne. Die Lohnzahlung aufgrund eines BG von 60 % sei korrekt.

Die Abklärungen des Ombudsmanns ergeben ein anderes Bild:  
Art. 31 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung zum Erwerbssersatzgesetz (EOV) lautet: «Die Entschädigung wird auf Grund des letzten vor der Geburt erzielten und auf den Tag umgerechneten massgebenden Lohns berechnet.»



Der letzte vor Geburt erzielte Lohn ist der ausbezahlte Märzlohn, basierend auf dem BG 65 %. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem «Kreisschreiben über die Mutterschaftsentschädigung (KS MSE)» vom 1. Juli 2005 (Stand 1. Januar 2011) des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV): «Bei der Prüfung, ob die Mutter im Zeitpunkt der Niederkunft als Arbeitnehmerin gilt, ist in der Regel auf den Arbeitsvertrag bzw. die arbeitsrechtliche Situation abzustellen. Das Arbeitsverhältnis muss dabei mindestens bis und mit dem Tag der Niederkunft dauern.» (RZ 1053). «Unerheblich ist somit, ob die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Niederkunft in einem gekündigten oder ungekündigten Arbeitsverhältnis steht, im unbezahlten Urlaub ist und ob sie nach dem Mutterschaftsurlaub die Erwerbstätigkeit wieder aufnehmen wird.» (RZ 1054 1/10).

Auch die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hatte in ihrem Bericht zur parlamentarischen Initiative «Revision Erwerbssersatzgesetz. Ausweitung der Erwerbssersatzansprüche auf erwerbstätige Mütter» (vgl. BBI 2002, S. 7547) bereits folgendes (zu Art. 16e Abs. 2 Erwerbssersatzgesetz, EOG) festgehalten: «Die Grundentschädigung wird auf dem Einkommen, welches die Mutter unmittelbar vor der Niederkunft erzielt hat, bemessen.»

«Erzielt haben» konnte R vor Geburt ihres Kindes am 1. April 2010 ausschliesslich



den Märzlohn; der Aprillohn wäre damals rechtlich noch nicht entstanden gewesen bzw. ohnehin – weil erst dann fällig – Ende April ausbezahlt worden.

Gesetz- und Verordnungsgeber wie auch das BSV stellen somit für die Entschädigungshöhe auf die Vergangenheit ab, und nicht auf einen künftigen Lohn. Dies auch dann, wenn ein solcher Lohn ohne Zusammenhang mit Schwangerschaft und Niederkunft bezüglich des BG geändert worden wäre. Wenn nun selbst im Falle von unbezahlten Ferien die Entschädigung geschuldet ist, kann es umso weniger auf den Beschäftigungsgrad ankommen.

Der Ombudsmann teilt dem MBA diese Beurteilung der Rechtslage mit und ersucht um Stellungnahme.

Einige Zeit später trifft die Antwort des MBA ein: Das Amt räumt ein, dass – unabhängig von der gesundheitsbedingten

---

R: «Es freut mich,  
diesen Bescheid zu erhalten.»

---

Lohnsituation der Arbeitskollegin – bei R für den bezahlten Mutterschaftsurlaub auf den bisherigen Lohn (BG 65 %) hätte abgestellt werden sollen. Im Ergebnis sei R darum – der Schlussfolgerung des Ombudsmanns folgend – die Differenz von 5 % (von 60 % auf 65 % gerechnet) für den bezahlten Mutterschaftsurlaub nachzuzahlen. Sie erhalte die Verfügung dazu in den nächsten Tagen.

Finanzdirektion

**D ist Student und wohnt in einer WG im Zürcher Kreis 4. Er versäumt es, die Steuererklärung 2010 fristgerecht einzureichen, weshalb ihm die Steuerbehörden zeitgleich eingeschriebene Ermessenseinschätzungen für Staats-, Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer zustellen, die aber mit dem Vermerk «nicht abgeholt» an die Absender zurückgehen. Erst als ihn die Schlussrechnung des städtischen Steueramtes erreicht, wird D aktiv. Er bemüht sich beim kantonalen Steueramt erfolglos um eine Wiederherstellung der Fristen. Auch auf eine Einsprache gegen die Einschätzung kann wegen Verspätung nicht mehr eingetreten werden.**

D beklagt die als Folge seines Versäumnisses entstehenden Mehrkosten von rund Fr. 6'400 für Steuern, Wehrpflichtersatz und Verlust der individuellen Prämienverbilligung, bzw. die dadurch für sein Budget entstehenden, schwerwiegenden finanziellen Folgen. Er bittet den Ombudsmann um Rat und Unterstützung und macht geltend, er habe weder (wie von den Behörden behauptet) eine eingeschriebene Mahnung zur Nachreichung der Steuerklärung, noch habe er später einen postalischen Abholavis für die Einschätzungsentscheide erhalten. Das habe möglicherweise mit der örtlichen Lage seines Briefkastens in einem überdachten Durchgang zu tun, wo zu jeder Tages- und Nachtzeit Leute «herumlungerten» und sich die «bizarren Gestalten» aufhalten würden. Auch sei es möglich, Sachen aus dem nicht allzu grossen Briefkasten zu entfernen, ohne dabei Einspruchspuren zu hinterlassen.

Der Ombudsmann weist zunächst darauf hin, dass nach pflichtgemäßem Ermessen eingeschätzt wird, wer innert Frist keine Steuererklärung einreicht (vgl. § 139 Abs. 2 des kantonalen Steuergesetzes und – inhaltlich identisch – Art. 130 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer).

Dann stellen sich dem Ombudsmann zwei Fragen:

1. Welche Bedeutung kommt einer eingeschriebenen, bei der Post aber nicht abgeholtten Sendung zu («Zustellfiktion»)?
2. Musste D mit einer Einschätzung nach pflichtgemäßem Ermessen rechnen («Prozessrechtsverhältnis»)?

Zu Bedeutung und Wirkung der sogenannten Zustellfiktion hat sich das Schweizerische Bundesgericht 2011 (2C\_780/2011) wie folgt geäussert: Eine eingeschriebene Sendung sei spätestens am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Poststelle am Ort des Empfängers als zugestellt zu betrachten, sofern tatsächlich ein erfolgloser (Briefkasten- oder Postfach-) Zustellungsversuch mit entsprechender Abholungseinladung unternommen wurde und der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste. Mit einer solchen Beweislastumkehr gilt die Zustellung so lange als erfolgt, als der Empfänger nicht den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit von Fehlern bei der Zustellung erbringt. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt der Empfänger.



Gegenüber dem Ombudsmann erläutert das kantonale Steueramt, dass es nicht Sache der Steuerbehörden sei, die Zustellverfügbarkeit von Postsendungen der Steuerpflichtigen zu gewährleisten, noch dafür Gewähr zu leisten, dass der Steuerpflichtige vom Einschätzungsentscheid auch tatsächlich Kenntnis erhalte, sondern nur, dass dieser Entscheid in den Machtbereich des Pflichtigen gelange. Alternativ zu einem Briefkasten könnten

---

D: «Weshalb ich Ihnen den sozialen Verkehr in der Nähe meines Briefkastens so detailgetreu als möglich zu beschreiben versuche, ist die Gegebenheit, dass es möglich ist, ohne Einbruchspuren Sachen aus dem Briefkasten zu entfernen.»»

---

Postsendungen auch postlagernd hinterlegt werden, was in schwierigen sozialen Verkehrssituationen von Briefkästen, wie vorliegend von D beschrieben, zu empfehlen sei.

Aber musste D überhaupt mit einer Einschätzung nach pflichtgemäßem Ermessen rechnen?

Nach einem Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 2010 (SB.2010.00076 und dort zitierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung) muss mit der Zustellung eines behördlichen Aktes nach Treu und Glauben dann gerechnet werden, «wenn zwischen dem Adressaten und der Behörde ein Prozessrechtsverhältnis besteht».

Aber wann begann für D ein solches «Prozessrechtsverhältnis», so dass er

mit der Zustellung insbesondere eines Einschätzungsentscheides hätte rechnen müssen?

Ein Teil der juristischen Literatur stellt dafür auf die durch die Steuerbehörde gegenüber dem Steuerpflichtigen förmlich bekannt gegebenen Einleitung eines Verfahrens ab oder auf eine verfahrensleitende Handlung durch den Steuerpflichtigen selbst (z.B. Einreichen der Steuererklärung oder eines Rechtsmittels).

Eine andere Lehrmeinung stellt dagegen auf die im Amtsblatt alljährlich publizierte Aufforderung zur fristgerechten Einreichung der Steuererklärung ab, welche als «Allgemeinverfügung» das steuerliche Einschätzungsverfahren einleitet. Spätestens mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Steuererklärung müsse daher ein säumiger Steuerpflichtiger damit rechnen, von den Steuerbehörden zur Nachbringung der Steuererklärung gemahnt zu werden.

Die weiteren Recherchen des Ombudsmanns ergeben schliesslich, dass die den Einschätzungen vorausgegangene Mahnung zur Einreichung der Steuererklärung zugestellt worden war: Der Zustellbeleg war durch einen WG-Kollegen von D unterzeichnet worden. Dadurch war die Mahnung in den Machtbereich von D gelangt; ob er sie auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hat, bleibt rechtlich unerheblich. Spätestens ab diesem Zeitpunkt befand sich D damit in einem «Prozessrechtsverhältnis» mit den Steuerbehörden und musste darum mit der





Zustellung eines Einschätzungsentscheidungen rechnen. Folglich konnte auch die Zustellfiktion greifen, die D aufgrund der plausiblen Begründung des kantonalen Steueramtes nicht rechtsgenügend zu widerlegen vermochte.

Aufgrund dieser Situation bleibt der rechtskräftige Einschätzungsentscheid unabänderlich. Um Betreuungsmassnahmen zu vermeiden, rät der Ombudsmann D, mit den Steuerbehörden Ratenzahlungen zu vereinbaren.

Gemeinde

**Nach über 18jähriger Tätigkeit als Pflegerin in einem Alters- und Pflegeheim einer Zürcher Gemeinde wird C wegen Krankheit gekündigt, da sie im Heben von Lasten eingeschränkt ist. Mit dem Schlusszeugnis kann sich C nicht einverstanden erklären. Sie wendet sich an einen Anwalt; trotz zweifachem Schriftenwechsel mit dem Arbeitgeber können die offenen Punkte nicht bereinigt werden. C wendet sich an den Ombudsmann und bittet um Unterstützung.**

Für die Anpassung des Schlusszeugnisses hat C, nebst einigen kleineren Änderungswünschen, vor allem zwei Hauptanliegen, denen der Arbeitgeber bisher nicht entsprechen wollte: C möchte, dass die im Zeugnis als Kündigungsgrund erwähnte Krankheit entfernt wird, da sie befürchtet, sonst nirgends mehr eine Anstellung zu finden. Zudem wünscht C die Formulierung im Zeugnis, sie sei stets freundlich und korrekt gewesen.

Arbeitszeugnisse haben nicht nur klar, vollständig und wohlwollend, sondern auch wahr zu sein. Zur Anführung der Krankheit als Kündigungsgrund im Zeugnis äussert sich das Schweizerische Bundesgericht wie folgt (A4\_187/2010):  
«Ein qualifiziertes Zeugnis darf und muss (...) bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind (...). Dies trifft auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in



Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete (...). Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, darf dagegen nicht erwähnt werden (...).»

Wohl war es im Fall von C die Krankheit, die letztlich zur Kündigung führte; C

---

*Ombudsmann: «Die Vermittlung durch den Ombudsmann hat sich auch für die Gemeinde gelohnt, konnten doch so die strittigen Punkte auf dem Verhandlungsweg bereinigt werden und liess sich dadurch ein aufwändiger Zeugnisprozess vermeiden.»*

---

konnte allerdings ein ärztliches Zeugnis des Universitätsspitals Zürich vorlegen, das ihr für die letzten rund 13 Wochen der Kündigungsfrist und im Rahmen der 60%igen Anstellung eine volle Arbeitsfähigkeit attestierte, allerdings mit der Einschränkung, dass keine Lasten über 5 kg gehoben werden sollten.

Dem zeugnisrechtlichen Wahrheitsgebot folgend und in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Ombudsmann der Auffassung, dass die Krankheit zwar im Schlusszeugnis zu erwähnen ist, sodann aber auch die gesundheitliche Verbesserung in den Wochen vor dem Kündigungstermin.

Im Einverständnis mit C zieht der Ombudsmann beim Arbeitgeber die Personalakte

bei. Nach vorgängiger Rücksprache mit C und Erläuterung der Rechtslage nimmt der Ombudsmann mit dem Arbeitgeber Kontakt auf.

Unter Hinweis auf die geltende Rechtslage regt der Ombudsmann gegenüber dem Arbeitgeber an, den in der aktuellen Zeugnisversion bereits vorhandenen Satz: «Aufgrund gesundheitlicher Probleme konnte Frau (...) [C] nur noch leichte Lasten heben, was eine Weiterbeschäftigung bei uns leider verunmöglichte», wie folgt zu ergänzen: «..., dies trotz kontinuierlicher Steigerung der Arbeitsfähigkeit, die anfangs Juni (...) gem. ärztlichem Zeugnis bis Ende August (...) wieder 100 % in angepasster Tätigkeit betrug».

In der Personalakte findet der Ombudsmann sodann keine Anhaltspunkte dafür, wonach das Verhalten von C nicht stets freundlich und korrekt gewesen wäre. Er weist den Arbeitgeber darauf hin und betont, dass sich im Dossier im Übrigen auch keine Mitarbeiterbeurteilungen befänden: daraus hätten sich möglicherweise nähere Anhaltspunkte zum Verhalten von C ergeben.

Im persönlichen Gespräch mit dem Ombudsmann gibt sich der Arbeitgeber zunächst skeptisch. Er macht verschiedene Argumente geltend, weshalb C das Wort «stets» im Zeugnis nicht verwendet werden könne. Der Ombudsmann erläutert, dass ein Arbeitszeugnis die ganze Anstellungsdauer angemessen zu widerspiegeln habe und nicht nur die letzten Monate, die allenfalls konfliktbelastet gewesen sein könnten.

Angesichts der knappen Aktenlage und eines damit verbundenen Prozessrisikos wird dem Arbeitgeber klar, dass C sich mit einer Zeugnisklage möglicherweise durchsetzen könnte. Er ist bereit, das Zeugnis anzupassen und das Verhalten von C als « (...) stets freundlich und korrekt» zu umschreiben. Auch wird der Vorschlag des Ombudsmanns einer ergänzenden Formulierung zur Krankheit als Kündigungsgrund akzeptiert.

Der Ombudsmann informiert C über dieses Ergebnis und bespricht mit ihr allfällige Prozessrisiken für die Durchsetzung weitergehender Änderungswünsche.

C erklärt sich mit den durch Vermittlung des Ombudsmanns ausgehandelten Anpassungen einverstanden, was dieser dem Arbeitgeber mitteilt. Der Arbeitgeber passt darauf das Schlusszeugnis vereinbarungsgemäss an und stellt es C unterzeichnet zu.

Im Dankeschreiben an alle Beteiligten hält der Ombudsmann zum Schluss folgendes fest: «Nach längeren Bemühungen (...) konnte ein m.E. ausgewogenes und gutes Ergebnis erzielt werden, zu dem beide Seiten ja sagen konnten. Für Ihre konstruktive Zusammenarbeit möchte ich mich darum an dieser Stelle ausdrücklich bedanken: Aus Erfahrung weiss ich, dass es oftmals einen Effort braucht, um sich aufeinander zuzubewegen. Das ist Ihnen vorliegend gelungen, was mich sehr freut.»

Direktion der Justiz und des Innern

**P brachte im Januar 2012 seine Frau in der 25. Schwangerschaftswoche ins Universitätsspital Zürich (USZ). Sie musste ab Eintritt konstant liegen, die Kinder wurden von den Grosseltern betreut. Sieben Wochen vor dem errechneten Termin wurde die Tochter des Ehepaares am 24. Februar 2012 per Notkaiserschnitt geboren (33. Schwangerschaftswoche). Direkt nach der Geburt sei P vom Krankenhauspersonal dazu gedrängt worden, eine grüne Namenskarte zu unterschreiben, um den Namen der Tochter festzulegen, obwohl er gesagt habe, der Name sei noch nicht geklärt. Ihm sei zugesichert worden, ohne Unterschrift der Ehefrau sei die Namenskarte nicht gültig. Kurz darauf sei diese – ohne Unterschrift der Ehefrau – verschwunden. Am 1. März 2012 wurde Familie P eine Geburtsurkunde mit einem falschen zweiten Vornamen, beruhend auf der nur von P unterschriebenen Namenskarte, zugestellt. P's Anliegen ist es, den Vornamen der Tochter auf den von beiden Eheleuten bestimmten Namen zu ändern.**

Dazu nimmt er Kontakt mit dem entsprechenden Amt der Stadt Zürich auf. Dieses weist P darauf hin, dass das Amt den Namen der Tochter nicht ändern könne, es handle sich schliesslich nicht um ein Versehen des städtischen Amtes. Die Anfrage von P wird nun an das kantonale Gemeindeamt weitergeleitet, das die Frage als Namensänderungsgesuch gemäss Art. 30 ZGB interpretiert; das Namensänderungsverfahren würde P etwa 600 Franken kosten.

P findet das ungerecht. Er ist der Auffassung, es liege ein Fehler des städtischen Amtes vor, da die Namenskarte ohne die Unterschrift der Ehefrau weitergeleitet worden sei. Er weist darauf hin, dass die Eheleute am 24. Februar 2012 die Karte noch nicht unterschrieben hätten, da die Namensfindung noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Das USZ habe die mangelhaft ausgefüllte Karte einfach weitergeleitet, und das städtische Amt sei dann ohne Rückfrage entsprechend

---

*P: «Wir hatten am 24. 2. 2012 die Namensfindung noch nicht abgeschlossen und deshalb die Karte nicht beidseitig unterschrieben.*

*Die Weiterleitung des Universitätsspitals Zürich erfolgte ohne unser Zutun. Das (...) Amt hat weder uns noch beim Spital um die fehlende Unterschrift nachgefragt und die Urkunde trotz diesem Formmangel ausgestellt.»*

---

tätig geworden und habe die Urkunde ausgestellt. Aus diesen Gründen passe das Namensänderungsverfahren nicht. Es könne doch einfach nicht sein, dass der Name eines Kindes von nur einem Elternteil vergeben werden könne, schliesslich bedürften sogar Abzahlungsverträge oder die Kündigung der Familienwohnung der Unterschrift beider Partner.

Der Ombudsmann weist das Gemeindeamt bei seiner Kontaktnahme auf Art. 37 Abs. 1 Satz 1 der Zivilstandsverordnung hin, welche Vorschrift besagt: «Sind die Eltern miteinander verheiratet, so bestimmen sie die Vornamen des Kin-

des». Bestimmen sie den Vornamen, so bestimmen sie ihn gemeinsam. Der Ombudsmann weist noch auf Art. 43 ZGB hin, der es den Zivilstandsbehörden ermöglicht, Fehler von Amtes wegen zu korrigieren, wenn sie auf einem offensichtlichen Versehen oder einem Irrtum beruhen. Diese Bestimmung würde es dem Amt – nach Auffassung des Ombudsmanns – problemlos ermöglichen, den Namen der Tochter in gewünschtem Sinn zu korrigieren.

Das Gemeindeamt weist dies zurück. Es begründet seine Haltung einmal mit

---

*Gemeindeamt:*

*«Vielmehr entspricht es bei der Vielzahl von Geburten einer ständigen Praxis, auf Angaben und die Unterschrift eines Elternteils abzustellen, zumal der andere Elternteil (meist die gebärende Mutter) unter der Belastung einer Geburt oftmals gar nicht in der Lage wäre, eine Namenskarte auszufüllen oder zu unterschreiben»».*

---

der Rechtsprechung des Bundesgerichts (aus dem Jahr 1975), die besagt «dass die Berichtigung einer Eintragung auf dem Verwaltungsweg keinesfalls in Frage kommen kann, wenn von irgend einer Seite mit einem Widerspruch zu rechnen ist oder wenn die Eintragung den Angaben entspricht, über die der Zivilstandsbeamte verfügt». Weiter verweist das Amt auf Art. 166 ZGB: In diesem Zusammenhang gäbe es eine verbindliche Weisung des Bundes, nach der vom Einverständnis des andern Elternteils ausgegangen

werde, wenn nur die Unterschrift eines Elternteils auf der Namenskarte vorhanden sei. Nicht eine kantonale Praxis läge vor, sondern eine verbindliche Weisung des Bundesamtes für Zivilstandswesen sei zu beachten. Auch sei auf der Namenskarte ausdrücklich angegeben, dass das Einverständnis des anderen Elternteils vorausgesetzt werde, wenn nur ein Elternteil unterschreibe.

Das Amt schliesst aus all diesen Einwänden, es bleibe für P nichts anderes zu tun, als die Namensgebung gerichtlich anzufechten oder eben ein Namensänderungsverfahren durchzuführen. Beim Namensänderungsverfahren könne die Vornamensänderung ausnahmsweise auch ohne Nachweis der Namensführung im privaten Bereich über längere Zeit bewilligt werden, wenn entsprechende Gründe und aussergewöhnliche Umstände bei der Geburt glaubhaft gemacht würden.

Es ist nicht so, dass der Ombudsmann die Antwort des Gemeindeamtes nicht nachvollziehen könnte, doch teilt er die Meinung des Amtes nicht, nach der es nur diesen vom Amt vorgeschlagenen und keinen andern zulässigen Weg gäbe, das Problem zu lösen. Darum macht er das Gemeindeamt auf folgendes aufmerksam: Die Weisung des Bundesamtes für Zivilstandswesen besage, dass bei nur einer Unterschrift von der Zustimmung des zweiten Elternteils ausgegangen werden darf, aber nicht von der Zustimmung des zweiten Elternteils ausgegangen werden muss. Ein gewisser Spielraum bleibe somit bestehen, denn

auch Art. 37 der Zivilstandsverordnung lasse die Auslegung zu, dass beide Eltern den Namen des Kindes gemeinsam bestimmen.

Zum Vermerk auf der Namenskarte erlaubt sich der Ombudsmann die Anmerkung, dass es unter den von P glaubhaft dargelegten konkreten Umständen (Frühgeburt mittels Notkaiserschnitts) immerhin verständlich sei, dass er das «Kleingedruckte» auf der Karte nicht mit der (an sich) gebotenen Aufmerksamkeit gelesen habe. Dies gelte umso mehr, als ihm mündlich offenbar etwas Anderes zugesichert worden sei. Zur vom Amt zitierten Praxis des Bundesgerichts erlaubt sich der Ombudsmann den Hinweis, dass die damalige restriktive Haltung des Gerichts durch den Umstand motiviert gewesen sei, dass bei einer Berichtigung die betroffenen Personen bei einer weniger restriktiven Auslegung «der Garantien beraubt würden, die ihnen nur ein gerichtliches Verfahren bieten kann». Vorliegend werde die Berichtigung gerade von den Betroffenen angeregt, das im Entscheid angesprochene Problem der Rechtsweggarantie stellte sich damit nicht.

Das Gemeindeamt lässt sich nicht überzeugen. Es verweist in seiner Antwort noch einmal auf die geltende gerichtliche Praxis zu Art. 43 ZGB und nochmals auf Art. 166 ZGB, der das Vertretungsrecht bei Ehegatten ausdrücklich festhalte. «Dürfen» im Sinne der Weisung des Bundesamtes für Zivilstandswesen heisse in diesem Kontext nicht, dass die Behörden in jedem Einzelfall anders entscheiden sollten. «Vielmehr entspricht es bei der

Vielzahl von Geburten einer ständigen Praxis, auf Angaben und die Unterschrift eines Elternteils abzustellen, zumal der andere Elternteil (meist die gebärende Mutter) unter der Belastung einer Geburt oftmals (...) nicht in der Lage wäre, eine Namenskarte auszufüllen oder zu unterschreiben». Zudem verweist das Amt auf die Rechte des Kindes: Gemäss Art. 7 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes sei das Kind unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register einzutragen; das Kind habe das Recht auf einen Namen von Geburt an. Es stehe deshalb nicht im Belieben der Eltern, die Vornamen des Kindes jederzeit in einem formlosen Verfahren, wie es bei einer Berichtigung nach Art. 43 ZGB der Fall wäre, anders beurkunden zu lassen. Weiterhin bleibe aber die Möglichkeit bestehen, dass Familie P am Namensänderungsgesuch für ihre Tochter festhielte.

Da das Gemeindeamt kein Einsehen hat und sich nach der grossen Menge von Einwänden nicht in der Lage sieht, P entgegenzukommen, rät der Ombudsmann, den Weg des Namensänderungsgesuchs zu beschreiten und die Sache hinter sich und zu einem Abschluss zu bringen. Manchmal sei das einfach der klügere Weg, dies allenfalls auch dann, wenn man sich mit einem durchaus berechtigten Anliegen an die Verwaltung gewandt habe und sehen müsse, dass ein möglicher Erfolg in weiter Ferne liege und darum die Frage von Aufwand und Ertrag geprüft werden müsse.

P nimmt dies zur Kenntnis, kann die Begründung des Gemeindeamtes aber

noch immer nicht recht verstehen, was auch sein erneuter Hinweis auf die Regeln beim Abzahlungsvertrag bezeugt.

---

P: «Trotz juristisch wohlklingender Zeilen [des Amtes] bleibt es für mich im Raum stehen, dass ich, etwas populistisch ausgedrückt, den Fiat Punto mittels Abzahlungsvertrag nicht ohne Unterschrift meiner Frau kaufen könnte (wir sprechen von CHF 15'000 Investitionen), wohl aber den Namen des gemeinsamen Kindes alleine bestimmen könnte (ein lebenslanger Entscheid, nicht in Franken quantifizierbar) – dies ist und bleibt für uns seltsam».

---

Der Ombudsmann kann dem Gemeindeamt zwar nicht vorhalten, es entscheide in Abweichung einer zulässigen Konkretisierung der einschlägigen Bestimmungen. Aber er ist der Ansicht, das Amt hätte sich ohne Schaden auf eine etwas kreativere Konkretisierung der Vorschriften einlassen dürfen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der aussergewöhnlichen Umstände, die zum «falschen Namen» geführt haben.

Nur schwer nachvollziehbar ist für den Ombudsmann zudem die Bezugnahme der Verwaltung auf Art. 166 ZGB. Diese Bestimmung besagt, «jeder Ehegatte vertritt während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die laufenden Bedürfnisse der Familie». Warum der Vornamen des Kindes zu den «laufenden Bedürfnissen» gemäss dieser Bestimmung zählen soll, erscheint nur schwer verständlich. Dies gilt auch vor

dem Hintergrund von Art. 37 Abs. 1 der Zivilstandsverordnung, deren Auslegung ebenfalls nahelegt, dass die Eheleute gemeinsam die Vornamen des Kindes bestimmen.



Sicherheitsdirektion

Mit diesen Worten schildert ein emporer A dem Ombudsmann seine Geschichte: Nach Erteilung einer Verkehrsbusse (Fr. 100) durch die Kantonspolizei, welche anschliessend zunächst sowohl durch das Statthalteramt (erhöht auf Fr. 600) als auch durch das Bezirksgericht (reduziert auf Fr. 100) bestätigt wurde, sprach ihn das Obergericht – in Übereinstimmung mit der geltenden Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts – schliesslich frei. A wünscht vom Ombudsmann, dass «die entsprechenden Behörden nicht wieder ein solches Verhalten an den Tag legen werden.»

Was war vorgefallen? A hatte mit seinem PW auf der von der A51 (aus Richtung Kloten) herkommenden Spur, die in die signalisierte Ausfahrt Seebach/Glattbrugg/Rümlang übergeht, auf die A1 in Richtung Bern/Basel gewechselt, und zwar wegen starken Verkehrsaufkommens erst nach Beginn der am Boden markierten Abweispfeile auf der Ausfahrtspur (Fahrstreifen nach rechts verlassen).

Das Obergericht bestätigte diesen Sachverhalt und bekräftigte, dass A aufgrund des hohen Verkehrsaufkommens nicht die Möglichkeit gehabt habe, den Spurwechsel zu einem früheren Zeitpunkt vorzunehmen, ohne andere Verkehrsteilnehmer zu gefährden. In der rechtlichen Würdigung hielt das Gericht unter Hinweis auf Art. 74 Abs. 2 SSV [eidg. Signalisationsverordnung] und die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 104 IV 110 ff.) unter anderem folgendes fest: «Da jedoch ein Spurwechsel durch den

Verkehr auf der angestrebten Spur verzögert werden kann und der Beginn der Einspurstrecke nicht eindeutig feststeht, ist gemäss Bundesgericht ein Einspuren auch nach Beginn der Pfeilmarkierungen zulässig, solange die Spuren durch eine Leitlinie und nicht durch eine Sicherheitslinie getrennt sind.» Art. 74 Abs. 2 SSV verbiete demnach nicht den Spurwechsel von der Rechtsabbiegespur auf die

---

A: «Eine ungerechtfertigte Busse von Fr. 100 hat den Staat nun mehrere Tausend Franken gekostet. Die Fr. 400, die ich als Entschädigung erhalte, sind nur ein jämmerliches Trinkgeld für den Ärger, der mir dieser sogenannte Rechtsstaats beschert hat».

---

Geradeauspur, sondern verpflichte den Fahrzeuglenker zur Einhaltung der durch die Einspurpfeile markierten Richtung (erst) beim Befahren der Verzweigung, jedoch nicht bereits davor.

Der Ombudsmann erklärt A, dass er sich nicht in die Rechtsprechung von Statthalter, Bezirksgericht und Obergericht einmische und darum bei diesen Behörden auch nicht intervenieren werde. Eine Abklärungsmöglichkeit sehe er bei der Kantonspolizei.

Der Ombudsmann wendet sich nach Entbindung der Schweigepflicht an den Kommandanten der Kantonspolizei. Er möchte gern wissen, weshalb dem Beschwerdeführer in Kenntnis der bundesgerichtlichen Praxis dennoch eine Busse erteilt worden sei. Der Ombudsmann weist noch auf folgendes hin: «Die





betroffenen Personen haben bei einer solchen Situation nur zwei Möglichkeiten: Entweder sie entrichten die Busse oder sie unterziehen sich einem aufwendigen Rechtsmittel- bzw. Strafverfahren, obwohl bei dargelegter Rechtslage nicht gesagt werden kann, diese Personen hätten das Verfahren durch ihre Handlungsweise selbst zu verantworten.»

In seiner Antwort betont der Kommandant, dass A durch zwei Instanzen (Statthalter und Bezirksgericht) verurteilt und erst durch das Obergericht freigesprochen worden sei. Daraus ergebe sich, dass die Rechtslage nicht eindeutig sei. Folglich sei die rechtliche Qualifikation durch den handelnden Polizeifunktionär weder rechtsmissbräuchlich noch in anderer Weise zu beanstanden. Noch heute präsentiere sich die Rechtslage nicht eindeutig. Aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid, der eine Verkehrssituation innerorts behandle, könne nicht generell abgeleitet werden, man dürfe auch auf Einspurstrecken von Autobahnen rechts an Fahrzeugkolonnen vorbeifahren und müsse sich erst am Schluss der Einspurstrecke wieder in den Verkehr der Normalspur einfügen. Bis anhin sei nicht geklärt, ob sich der Fahrzeugführer in diesen Situationen eines verbotenen Rechtsüberholens schuldig mache, und was unter «frühzeitigem» Einspuren zu verstehen sei. Die Kantonspolizei habe unter anderem deshalb an der Busse festgehalten, weil A als Ortskundiger und gemäss der Feststellung des handelnden Polizisten genügend Zeit gehabt habe, um frühzeitig einzuspuren. Demgegenüber habe es das Obergericht als erwiesen erachtet, dass A wegen hohen Verkehrs-

aufkommens einen Spurwechsel nicht früher habe vornehmen können, ohne andere Verkehrsteilnehmer zu gefährden: «Je nachdem, von welchem Sachverhalt man ausgeht, ist das Verhalten gemäss BGE 104 IV 110 zulässig oder nicht.»

Diese Antwort befriedigt den Ombudsmann nicht. Unter Hinweis auf die verbindliche gerichtliche Sachverhaltsfeststellung gelangt er nochmals an den Kommandanten: Das Gericht habe festgestellt, dass die beiden Polizisten nicht gesehen hätten, ob ein Spurwechsel möglich gewesen wäre oder nicht; bei ihren Aussagen seien sie vielmehr von ihren allgemeinen Erfahrungen und Streckenkenntnissen ausgegangen. Entsprechend könne heute nicht mehr mit der damaligen «Feststellung der handelnden Polizisten» als Sachverhaltsvariante argumentiert werden, wonach A «genügend Zeit gehabt habe, um frühzeitig einzuspuren».

Wichtig scheint dem Ombudsmann zudem in jedem Fall, dass die Kantonspolizei in gleich gelagerten Fällen künftig darauf achtet, nur solche Sachverhalte anzuzeigen, die auf die konkreten Umstände abstellen und nicht auf allgemeine Erfahrungen und Streckenkenntnisse: «Andernfalls besteht die Gefahr, dass Bürgerinnen und Bürger unnötig in ein aufwendiges und belastendes Verfahren gezwungen werden.» Auch sei nicht nachvollziehbar, worauf die Polizei ihre Überlegungen abstütze, das innerorts geltende Strassenverkehrsrecht lasse sich nicht ohne weiteres auf Einspurstrecken übertragen.



Ausgehend von den Überlegungen des Obergerichts erscheint dem Ombudsmann der Spurwechsel von A nicht nur nicht missbräuchlich, sondern – mangels Alternativen – geradezu geboten. Die Frage des Ombudsmann an den Kommandanten zum Schluss: «Welche Möglichkeiten bestehen, um künftig Fälle wie jenen von A zu vermeiden oder zumindest die Eintrittswahrscheinlichkeit zu reduzieren?».

In seiner Antwort erklärt der Kommandant dem Ombudsmann, die kritischen Anmerkungen ernst zu nehmen. Gleichwohl gehe es um die Frage, wie der Sachverhalt zu würdigen sei. Selbstverständlich werde akzeptiert, dass das Obergericht den eingeklagten Sachverhalt als nicht erfüllt angesehen habe: «Abschliessend können wir Ihnen aber verbindlich zu-

sichern, unsere Verzeigungspraxis in diesen und ähnlich gelagerten Fällen zu überprüfen.»

Diese Antwort freut den Ombudsmann und weckt bei ihm die Hoffnung, dass die Kantonspolizei bei gleich gelagerten Fällen in Zukunft anders handeln könnte.

Nachträgliche Abklärungen des Ombudsmanns ergeben, dass achteinhalb Monate später die örtliche Bodenmarkierung geändert ist: Heute muss ein Spurwechsel von der A51 auf die A1 in Richtung Bern/Basel wegen der neu angebrachten Sicherheitslinie bereits rund 200 Meter früher vollzogen werden; ein späterer Spurwechsel ist nicht mehr möglich und es kann nur noch die Ausfahrt Seebach/Glattbrugg/Rümlang benützt werden (vgl. Abbildungen 1 und 2).



Abbildung 1: vorher (Quelle: Ombudsstelle)



Abbildung 2: nachher (Quelle: Ombudsstelle)

Sicherheitsdirektion

**I stammt von der Elfenbeinküste und wohnt mit ihrer Familie in Pfäffikon ZH. Sie besitzt eine Aufenthaltsbewilligung B, die jährlich verlängert werden muss. Am 21. Mai 2012 erhält I eine Verfügung, mit der sie verwarnet wird und ihr «schwerer wiegende ausländerrechtliche Massnahmen in Aussicht gestellt werden für den Fall, dass sie weiterhin auf Sozialhilfe angewiesen sei oder ihr Verhalten zu anderen berechtigten Klagen Anlass geben sollte. Die Bewilligung werde unter der Auflage verlängert, dass I bis zur nächsten Verlängerung das Zertifikat «Start Deutsch 2» vorweisen könne.**

Nach Erhalt der Verfügung informiert I zunächst das Sozialamt der Gemeinde Pfäffikon. Dieses bittet das Migrationsamt am 7. Juni 2012, die Verfügung aufzuheben, da sie nicht auf bestehenden Tatsachen beruhe. Zwar treffe zu, dass die Gemeinde die Kosten für den Betreuungsplatz der Tochter von I übernommen habe. Dies sei aber deshalb geschehen, weil die Fremdbetreuung nicht von I, sondern von der Gemeinde initiiert worden sei, da man dies im Hinblick auf die Integration von I als sinnvoll angesehen habe. Die Kosten seien von der Gemeinde irrtümlich als wirtschaftliche Sozialhilfe verbucht worden und nicht, was korrekt gewesen wäre, als freiwillige wirtschaftliche Hilfe. I erhält eine Kopie des Briefes der Gemeinde und betrachtet die Angelegenheit und die Verfügung vom 21. Mai 2012 als erledigt. Erst am 26. Juli 2012 bittet I das Amt um den Erlass einer neuen Verfügung. Dieses Ersuchen wird am 3.

August 2012 infolge Ablaufs der Rechtsmittelfrist abgelehnt.

I erklärt dem Ombudsmann, sie wünsche eine Aufhebung der Verfügung. Sie habe seit dem Jahr 2008 keine Sozialhilfe mehr bezogen. Zudem werde in der Verfügung das «Zertifikat Start Deutsch 2» verlangt. Bei diesem Kurs handle es sich um einen sechsmonatigen Einführungskurs. Sie habe aber an der ZHAW bereits ein Studium auf Deutsch abgeschlossen. Auch verfüge sie über einen «Bachelor of Arts ZFH in Übersetzen mit Vertiefung in mehrsprachiger Kommunikation». Zudem habe das Sozialamt Pfäffikon klar angegeben, dass sie keine Sozialhilfe erhalten habe. Die Argumentation wird mit entsprechenden Unterlagen belegt. Das Gespräch mit dem Ombudsmann führt I auf deutsch, dabei drückt sie sich klar und differenziert aus.

Der Ombudsmann bittet das Migrationsamt um Einsicht in die Akten und darum, dass der Sache nachgegangen werde. Insbesondere macht er die Behörde auf das Diplom von I und die durch die Sozialhilfebehörden selbst initiierte Fremdbetreuung aufmerksam.

Das Migrationsamt unterrichtet den Ombudsmann nach vorgenommener Überprüfung, es sei zum Schluss gekommen, die Verfügung vom 21. Mai 2012 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben, was bereits (ebenfalls verfügungsweise) geschehen sei. Die Frage der Sozialhilfeleistungen will das Migrationsamt nochmals mit den beteiligten Sozialbehörden klären.

I zeigt sich erleichtert über die Antwort des Migrationsamtes, doch macht sie sich Sorgen, da sich das Amt zur Frage der Tagesbetreuungskosten (materiell) nicht äusserte. I erklärt dazu: «In der Tat sind Kosten für die Gemeinde ent-

---

*Migrationsamt: «Vor Erlass der Verfügung haben wir es versäumt, I das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Massnahme und zur Auflage zu gewähren. Damit erweist sich unsere Verfügung als formell fehlerhaft».*

---

standen, weil wir einen Vertrag mit dem Tagesfamilienverein Bezirk Pfäffikon ZH unterzeichnet haben. Dieser war für die Berechnung des Anteils der Gemeinde an den Kosten zuständig. Damals hatten uns die Verantwortlichen des Vereins (und das Jugendsekretariat) versichert, dass dieser Anteil auf keinen Fall als Sozialhilfe angesehen werde. Es gibt ein Abkommen zwischen dem Verein und manchen Wohngemeinden, das den Tagesmüttern eine gerechte Entschädigung für ihre Leistungen gewährleisten wollte.» I möchte wissen, ob die Frage des Charakters der Tagesbetreuung endgültig geklärt werden könne.

Der Ombudsmann empfiehlt, das Ergebnis der Abklärungen des Migrationsamtes abzuwarten. In einem Brief an das Migrationsamt erlaubt sich der Ombudsmann aber folgenden Hinweis: «Es erschiene mir (...) etwas seltsam, wenn zuträfe, dass die eine Hand (zum Beispiel Beistand, AJB) die fragliche Betreuung initiierte, und die andere Hand (das

Migrationsamt) eben dies zum Anlass nähme, zu verwarnen und schwerwiegende ausländerrechtliche Massnahmen in Aussicht zu stellen». Der Ombudsmann bittet das Migrationsamt um Zustellung einer Kopie der Verfügung, sollte in der Sache nochmals verfügt werden. Bis jetzt hat er keine Kenntnis von einer weiteren Verfügung erhalten.

Das Ziel von I, die Aufhebung der Verfügung, wurde durch die Intervention des Ombudsmannes erreicht. I hätte es begrüsst, wenn auch die Frage nach dem Charakter der Tagesbetreuungskosten geklärt worden wäre. Mit dem Hinweis auf die Verweigerung des rechtlichen Gehörs hat das Migrationsamt aber den richtigen Weg gewählt, die Verfügung wegen des Verfahrensfehlers in Wiedererwägung zu ziehen.

Sicherheitsdirektion

**Maria und Julio, spanische Staatsangehörige, heirateten 1970 und lebten fortan in der Schweiz. Vor der Heirat hiess die Frau Maria Martinez, danach – durch Annahme des Familiennamens von Julio – Maria Costa Martinez (alle Namen geändert). Seit ihrem Zuzug in die Schweiz wurde Maria sowohl bei den Behörden als auch bei Post, Bank, AHV, Versicherungen etc. unter dem Namen Costa Martinez geführt. – Und dann sollte sie plötzlich wieder Martinez heissen. Für Maria steht die Welt Kopf, weil der «neue Name» im Ausländerausweis im Alltag immer wieder zu Identitätsproblemen führe.**

In der bis 2014 gültigen Niederlassungsbewilligung C heisst Maria nun also wieder Martinez; kurz darauf versieht das entsprechende Amt der Stadt Zürich die Meldebestätigung für ausländische Personen mit dem gestempelten Vermerk «ungültig». Das ungültig erklärte Dokument ist mit dem seit Jahrzehnten geführten Namen Costa (mit Allianzname Martinez) versehen. Die neue Meldebestätigung lautete hingegen wieder auf den ledigen Namen: Maria Martinez – was im Übrigen den Angaben im gültigen spanischen Reisepass entspricht.

Für eine Kontaktnahme mit dem Migrationsamt des Kantons Zürich dokumentiert Maria Costa den Ombudsmann mit zahlreichen, bis ins Jahr 1985 zurückgehenden Unterlagen, die belegen, dass sie den Namen Costa bzw. Costa Martinez über all die Jahre auch tatsächlich gelebt hat.

Der Ombudsmann weist im Kontakt mit dem Migrationsamt auf die schengenveranlasste Praxis zur Namensgebung hin und macht auf einen Beitrag einer Zeitschrift («Neuer Name wegen Schengen») aufmerksam, dem zu entnehmen sei, dass das Migrationsamt einer Ausländerin in Aussicht gestellt habe, per Ausnahmeregelung dafür zu sorgen, dass auf ihrem Ausländerausweis wieder ihr vertrauter Familienname steht. Der Ombudsmann bittet um Prüfung der Angelegenheit und um Stellungnahme, insbesondere, ob es möglich wäre, der Beschwerdeführerin wieder einen Ausländerausweis lautend auf den gewohnten Namen Maria Costa Martinez auszustellen.

«Ihre Frage können wir bejahen.», teilt der Chef des kantonalen Migrationsamtes alsdann dem Ombudsmann mit. Frau Costa werde in einigen Tagen vom zuständigen Kreisbüro eine Einladung zum kostenlosen Umtausch ihres Ausländerausweises auf den bis anhin im ZEMIS (Zentrales Migrationsinformationssystem) eingetragenen Familiennamen Costa-Martinez erhalten.

Sodann erläutert der Amtschef weitere Hintergründe der Thematik: Schwierigkeiten bei der Namensregistrierung von verheirateten spanischen, italienischen, französischen und niederländischen Frauen bestünden seit längerer Zeit, weil diese Frauen nach einer Heirat (gem. Heimatrecht) den angestammten Namen behalten würden. Damit lasse sich erklären, warum in früheren Jahren, in Analogie zum schweizerischen Nam-

# SCHENGEN



ensrecht, die Führung des verheirateten Namens bevorzugt und dieser im Einwohnerkontrollregister sowie im Ausländerausweis eingetragen worden sei. Mit der Assoziierung der Schweiz zu Schengen bzw. mit der Einführung des biometrischen Ausländerausweises im Kreditkartenformat habe die Erfassung des Namens einen neuen Stellenwert erhalten. Die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzte Weisung über die Bestimmung und Schreibweise der Namen von ausländischen Staatsangehörigen verlange, dass der amtliche Name unverändert und vollständig aus den vorgelegten ausländischen Ausweispapieren zu übernehmen sei. Liege jedoch ein schweizerisches Zivilstandsereignis vor, sei der Eintrag im Personenstandsregister in die andern Systeme, in denen die Person ebenfalls geführt werde, zu übernehmen. Das bedeute, dass die zivilstandsamtliche Namensführung im ZEMIS zur Hauptidentität werde und im aktuellen Ausländerausweis für EU/EFTA-Staatsangehörige einzutragen sei. Die vom EJPD erlassene Weisung zur Namensführung

beinhalte Interpretationsspielraum und Klärungsbedarf. Aus diesem Grund habe sich die zürcherische Begleitgruppe «Migrationsamt-Einwohnerkontrollen» im Vormonat einmal mehr mit der Namensschreibweise befasst. Sie habe den Auftrag, die Zusammenarbeit zwischen dem Migrationsamt und den Einwohnerkontrollen laufend zu überprüfen; dies namentlich unter Berücksichtigung von Änderungen im Ausländerrecht einerseits und der Entwicklung technischer Hilfsmittel andererseits. Unter Berücksichtigung aller abgegebenen Voten habe das Migrationsamt im Juli 2012 beschlossen, dass verheiratete italienische, spanische, französische und niederländische Frauen ihren vor dem 1. Januar 2012 geführten Familiennamen behalten würden.

In Ergänzung dazu informierte der Chef des Zürcher Migrationsamtes den Ombudsmann schliesslich über die im November 2012 durch das Bundesamt für Migration (BFM, Bern) eingeführte Änderung zur Namensschreibweise: Es werde der Druck auf dem Ausländerausweis von EU/EFTA-Staatsangehörigen an den Druck des Ausländerausweises



Quelle: BFM



# SCHENGEN



im Kreditkartenformat angepasst. Neu werde der Name gemäss Pass auf der Vorderseite und der Name gemäss Zivilstand auf der Rückseite eingetragen (vgl. Abb.). Wenn die Namensführung nach Zivilstandsregister von derjenigen auf dem heimatlichen Reisepass abweiche, stehe der Zivilstandsname somit künftig auf der Rückseite des Ausländerausweises. Diese Anpassung werde insbesondere bei Frauen aus EU/EFTA-Staaten, die sich seit mehreren Jahren in der Schweiz aufhalten und ihren Namen im Reisepapier nicht an die zivilstandsamtliche Namensführung anpassen könnten, zu Änderungen im Ausländerausweis führen, da bei diesen bislang in der Regel der Zivilstandsname auf der Vorderseite aufgeführt gewesen sei.

Welche Konsequenzen die Änderung der Namensschreibweise auch haben mag, die Beschwerdeführerin ist jedenfalls froh über den in ihrem Fall gefundenen Ausgang.

Sozialversicherungsanstalt

**Obwohl B von der SVA über die Anwendbarkeit des vereinfachten Abrechnungsverfahrens mit reduziertem Steuersatz (5 %) informiert worden war und er anschliessend das Anmeldeformular zurücksandte, erhielt er später vom Gemeindesteueramt die Mitteilung, dass seine ausländische Arbeitnehmerin zum vollen Quellensteuersatz (Nebenerwerb, generell 10 % des Bruttolohns) besteuert werde.**

In Ergänzung zum allgemeinen Abrechnungsverfahren ist das sog. vereinfachte Abrechnungsverfahren Teil des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA). Von diesem Verfahren kann der Arbeitgeber freiwillig Gebrauch machen. Es erleichtert ihm die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV/ Familienzulagen) und gleichzeitig der Quellensteuer. In erster Linie ist es gedacht für kurzfristige oder im Umfang geringe Arbeitsverhältnisse, wie sie zum Beispiel in Privathaushalten regelmässig vorkommen (vgl. AHV-Merkblatt 2.07). Diese Quellensteuer von 5 % setzt sich zusammen aus 0.5 % Direkte Bundessteuer und 4.5 % Staats- und Gemeindesteuern.

Im Anschluss an die erwähnte telefonische Auskunft der SVA im Juli 2010 und die Einsendung des Anmeldeformulars «Fragebogen für Arbeitgebende von Mitarbeitenden in Hausdienst und Hauswartung» zog B anschliessend in den Lohnabrechnungen konsequent 5 % Quellensteuer ab. Ferner verliess er sich auf die Zusage der SVA, wonach sie «den Rest erledigen»

werde. Umso mehr irritierte ihn der später im Juli 2012 durch das Gemeindesteueramt angekündigte Quellensteuerabzug von 10 % (Tarif D).

Anlässlich einer erneuten Kontaktnahme mit der SVA erhielt B die Auskunft, dass nun für die vergangenen Abrechnungsjahre 2010 und 2011 das vereinfachte Abrechnungsverfahren nicht mehr rückwirkend angewendet werden könne. Das ihm erst jetzt – nebst dem erwähnten

---

SVA: «Aufgrund des glaubwürdig dargestellten Sachverhalts wäre es stossend, wenn die Korrektur des Abrechnungsverfahrens an rein formalen Gründen scheitern würde».

---

Merkblatt 2.07 der AHV – zugesandte, nun für die «Vereinfachte Abrechnung mit Steuerabzug: Anmeldung für Arbeitnehmende» korrekte Formular schickte er mit dem Vermerk zurück: «Entspricht eingesandtem Formular vom August 2010!».

Die Reaktion der SVA befremdet B und gegenüber dem Ombudsmann bemängelt er, dass ihm die SVA nicht bereits im Anschluss an seinen ersten Anruf das korrekte Formular oder zumindest das Merkblatt der AHV zugesandt habe.

Nach Prüfung aller durch B vorgelegten Unterlagen (inkl. Lohnabrechnungen) sowie der bei der SVA beigezogenen Akten kontaktiert der Ombudsmann sowohl das Kantonales Steueramt als auch die SVA.





In seiner Antwort an den Ombudsmann lädt der Chef des Kantonalen Steueramtes B ein, gegenüber der Dienstabteilung Quellensteuer schriftlich sowie unter Beilage einer Bewilligung der SVA zu bestätigen, dass er die Quellensteuer seiner Haushalthilfe über das vereinfachte Abrechnungsverfahren abliedere. Entsprechend werde die Quellenbesteuerung zum Tarif D (10 %) hinfällig.

Gegenüber der SVA weist der Ombudsmann – nebst einer ausführlichen Darlegung der Situation – insbesondere auf den ursprünglichen Anruf von B hin und auf den nachfolgend konsequenten Quellensteuerabzug von 5 % in den Lohnabrechnungen als gewichtiges Indiz für die Annahme von B, dass nun das »vereinfachte Verfahren« gelte.

Daraufhin teilt die SVA dem Ombudsmann mit, dass – entgegen der früheren Auskunft – nun trotzdem eine rückwirkende Korrektur der Erfassung vorgenommen werde, «weil der Betroffene aufgrund Ihrer Darstellung guten Glaubens sein durfte, sich korrekt angemeldet zu haben. Es wäre stossend, wenn wir unter diesen Umständen dem Kundenanliegen nicht entsprechen könnten.»

Gegenüber B hält die SVA in ihrem Schreiben fest: «Wir bedauern, dass wir es bei Ihrer Kontaktaufnahme am 6. Juli 2010 unterlassen haben, Sie vollumfänglich über die beiden Verfahren zu informieren, so dass darauf Missverständnisse entstehen konnten.»

B ist hoch erfreut über dieses Vermittlungsergebnis des Ombudsmanns, das nun den reduzierten Quellensteuersatz von 5 % gem. dem vereinfachtem Verfahren berücksichtigt und damit verhindert, dass er seiner Hausdienstmitarbeiterin nachträglich – gem. Tarif D – zusätzliche 5 % Quellensteuer vom Lohn für die Jahre 2010 und 2011 abziehen muss.

Universität Zürich

**J und H sind seit über zehn Jahren Angestellte eines Instituts der Universität Zürich. Nachdem ihnen ein folgenschwerer Fehler unterlaufen ist, werden sie von einem Tag auf den anderen freigestellt. Deshalb wenden sie sich an den Ombudsmann.**

J und H erklären, dass sie nach einem Umzug der Arbeitsräumlichkeiten vergessen hätten, ein Arbeitsgerät zu zügeln. Dies wiederum habe dazu geführt, dass sie während zweier Monate einen für die Forschung unerlässlichen Arbeitsschritt vergessen hätten. Ihre Arbeit und das Arbeitsumfeld am neuen Ort seien vom Vorgesetzten nicht kontrolliert worden. Als der Fehler ans Tageslicht gekommen und ihnen vorgehalten worden sei, hätten sie ihn sofort zugegeben. Kurz danach seien sie zu ihrem Chef gerufen worden, der ihnen ihre Freistellung mitgeteilt und die Kündigung in Aussicht gestellt habe. Er habe dies damit begründet, dass er ihnen nun nicht mehr vertrauen könne. Zur sofort verfügten Freistellung hätten sie sich nicht äussern können. Auch die Personalverantwortliche, an die sie sich gewandt hätten, habe sie nicht anhören wollen.

J und H erklären dem Ombudsmann, ihre Mitarbeiterbeurteilungen seien bisher immer gut gewesen, allerdings habe die letzte nicht stattgefunden, weil ihr Vorgesetzter keine Zeit dafür gehabt habe. Gerne würden sie weiter an ihrer Stelle arbeiten, dies auch deshalb, weil sie in einem Bereich arbeiteten, wo es wenig Stellen gebe und es deshalb sehr schwer sei, etwas anderes zu finden.



Der Ombudsmann weist darauf hin, dass es schwierig sei, ein Arbeitsverhältnis auf Dauer aufrechtzuerhalten, wenn eine Partei, in diesem Fall der Vorgesetzte, dies wegen mangelnden Vertrauens nicht mehr wolle. Sofern die Angelegenheit so vor sich gegangen sei, wie sie das geschildert hätten, sei das Vorgehen des Vorgesetzten allerdings schwer mit dem geltenden Personalrecht vereinbar, zumindest hätte ihnen der Arbeitgeber eine Bewährungsfrist einräumen müssen.

Der Ombudsmann bittet den Vorgesetzten und die Personalverantwortliche für die Dauer des Ombudsverfahrens weitere personalrechtliche Massnahmen zu unterlassen und nimmt Einsicht in die Personalakten von J und H. Am kurz darauf stattfindenden Gespräch erklärt der Vorgesetzte, beim Verhalten der Mitarbeiter handle es sich um «bewusste Unsorgfältigkeiten». Durch diese sei seine jahrelange Forschung in Frage gestellt. Schon zu einem früheren Zeitpunkt seien ungewöhnliche Resultate festgestellt worden. Dies sei auf die Fehler von J und H zurückzuführen. Und deswegen sei eine Publikation von einem renommierten wissenschaftlichen Magazin abgelehnt worden. Der angerichtete Schaden sei unbezifferbar. Er müsse davon ausgehen, dass die Fehler von J und H während Jahren seine Forschungsergebnisse verfälscht hätten. Für den Vorgesetzten ist die Freistellung unwiderruflich. Die Personalverantwortliche informiert, die Freistel-



lung sei verfügt worden, damit keine weiteren Fehler mehr geschehen könnten. Da man die beiden Mitarbeiter nicht genügend hätte kontrollieren können, sei auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist verzichtet worden. Auch hätten J und H die Tragweite ihrer Fehler nicht wirklich eingesehen.

Der Ombudsmann informiert über das korrekte Vorgehen nach Personalrecht. Nachdem einzig der Anlass zur Freistellung gebende Fehler dokumentiert sei, müsse über das personalrechtlich zutreffende Vorgehen einzig aufgrund dieses Fehlers und nicht aufgrund von Vermutungen des Chefs über frühere Fehler von J und H entschieden werden. Und darum hätte eine ausserordentliche Mitarbeiterbeurteilung mit Ansetzen einer Bewährungsfrist durchgeführt werden müssen. Das Argument der Unmöglichkeit einer genügenden Kontrolle (auch während Dauer einer Bewährungsfrist) spreche nicht für die Professionalität des Chefs im Umgang mit seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Schliesslich sei es eine der Aufgaben eines Chefs, wirksame Abläufe und Prozeduren einzuführen und sicherzustellen, dass Fehler entdeckt und mit geeigneten Massnahmen verhindert werden. Wenn die Vermutung des Chefs zutrefte, dass während Jahren (bislang offenbar unentdeckte) Fehler gemacht worden seien, so liege ein Teil der Verantwortung dafür auch beim Chef selbst. Die Argumentation des Ombudsmanns überzeugt weder den Chef noch die HR-Verantwortliche.

Ziel des Ombudsmannes ist es nun, eine gerechte Auflösungsvereinbarung zu erwirken. Bei deren Ausgestaltung könne man sich daran orientieren, wie viel Lohn J und H bekommen hätten, wenn eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses in Übereinstimmung mit den personalrechtlichen Vorschriften erfolgt wäre. Dabei wären folgende Punkte mit einzubeziehen: Die Bewährungsfrist, die Kündigungsfrist und eine Abfindung. Bei der Abfindung bestehe allerdings das Problem, dass die Mitarbeiter durch ihr fehlerhaftes Verhalten eine Verantwortung an der entstandenen Situation trügen. Der Gesetzestext sehe vor, dass eine Abfindung nur bei einer gänzlich unverschuldeten Entlassung gezahlt werde, die Rechtsprechung sei hier aber flexibler und lasse sie auch bei einer gewissen Mitverantwortung der Mitarbeitenden zu. Auf der genannten Basis errechnet der Ombudsmann eine Lohnfortzahlung ab Aussprache der Freistellung für insgesamt dreizehn Monate. Diese Zeit setzt sich zusammen aus einer Bewährungsfrist von vier Monaten, einer Kündigungsfrist von sechs Monaten und einer Abfindung von drei Monatslöhnen.

Die Höhe der Abfindung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, den persönlichen Verhältnissen und auch nach den Arbeitsmarktchancen. Mitberücksichtigt wird auch der Kündigungsgrund. Bei einem Dienstalder von 13 und 20 Jahren und einem Alter der Mitarbeiterinnen von 45 bis 52 Jahren sieht die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz Abfindungen in der Höhe von sechs bis elf Monatslöhnen vor. Wegen des

Mitverschuldens der Mitarbeiter hat der Ombudsmann diese Beträge in seinem Vorschlag angemessen gekürzt.

Die Mitarbeiter sind mit diesem Vorschlag einverstanden, nicht aber ihr

---

HR-Verantwortliche:

«Nach den einschlägigen Bestimmungen des Personalrechts, auf die Sie sich beziehen, hätten die Mitarbeiterinnen höchstens Anrecht auf ein Verfahren mit Bewährungsfrist, was wegen der klaren Sachlage relativ kurz angesetzt worden wäre, und die entsprechende Kündigungsfrist, ohne jedes weitere Zugeständnis».

---

Vorgesetzter. Die HR-Verantwortliche sieht die Situation wie folgt: «Ich habe Ihren Vorschlag aufmerksam durchgelesen und stelle fest, dass (...) H und J (...) noch mehr zugesprochen erhielten, als ihnen bei einer völlig unverschuldeten Entlassung zustehen würde. Die Ausgangslage ist aber eine verschuldete Entlassung». Die HR-Verantwortliche ist der Ansicht, den Mitarbeiter könne nur die Zeit der Bewährungsfrist und der Kündigungsfrist entgolten werden, die Bewährungsfrist würde zudem nur kurz gewesen sein, wäre eine solche angesetzt worden.

Die Arbeitgeberseite möchte das Ombudsverfahren nun so rasch als möglich abschliessen. Da zwar eine sofortige Freistellung angeordnet, aber entsprechend der Bitte des Ombudsmanns noch keine Kündigung ausgesprochen wurde, verlängert jeder Verfahrenstag die Dauer

des noch zu entrichtenden Lohns, dies auch dann, wenn am Ende keine Einigung zustande kommen sollte.

Nach Rücksprache mit dem Chef unterbreitet die HR-Verantwortliche folgenden Vorschlag: Eine Lohnfortzahlung von sechs Monaten für beide Mitarbeiter, was sich aus der Kündigungsfrist ergebe, und als Ersatz für die nicht gewährte Bewährungsfrist eine Abfindung von vier Monaten für J und von drei Monaten für H. Der Vorschlag unterschiedlicher Abfindungshöhen sei gerechtfertigt aufgrund eines dafür entscheidenden Unterschieds im Sachverhalt. Somit würde J eine Entschädigung im Umfang von zehn Monatslöhnen entrichtet, und H von neun Monatslöhnen. Im Übrigen wird klar gemacht, dass sich die Arbeitgeberseite nicht mehr bewegen will.

Während sich J und H den Vorschlag durch den Kopf gehen lassen, wofür ihnen der Ombudsmann nicht allzu viel Zeit einräumen kann, informiert die HR-

---

Ombudsmann: «Ich muss (...) darauf hinweisen, dass die Ursache dieser Geschichte im Fehler der beiden Mitarbeiterinnen liegt, dann jedoch im nicht personalrechtskonformen Vorgehen des Vorgesetzten.»

---

Verantwortliche den Ombudsmann über ihr Interesse, die Sache nun abzuschliessen: «Ich hatte darum gebeten, dass eine Entscheidung bis Mitte Monat zustande käme, sonst würde uns die Möglichkeit genommen, bei Nichtzustandekommen

der Auflösungsvereinbarung die Kündigung auszusprechen». Der Ombudsmann weist den Arbeitgeber schliesslich darauf hin, dass sein personalrechtlich nicht korrektes Vorgehen eine erhebliche Mitursache für die nun vorliegende Situation gesetzt habe.

---

H und J: «Nach nochmaliger intensiver Auseinandersetzung mit dieser Geschichte haben wir uns zu Folgendem entschlossen:

Wir können diese (...) Vereinbarung nicht akzeptieren und haben einen Anwalt zugezogen».

---

Die Mitarbeiter können sich schliesslich mit dem Ergebnis der Verhandlungen nicht einverstanden erklären und ziehen es vor, die Kündigung abzuwarten. Sie werden diese mit Hilfe eines Anwalts gerichtlich anfechten.

Es ist eine der Aufgaben des Ombudsmanns, bei der Verwaltung auf Einhaltung des Personalrechts zu bestehen. Setzen sich Chefs darüber hinweg, verletzen sie nicht nur einen Anspruch ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, sondern sie belasten den Kanton auch mit vermeidbaren Kosten verschiedener Art.

# Die Auflösungsvereinbarung – ein ‚Klassiker‘ im öffentlichen Personalrecht

Fall 13

Universitätsspital

**Immer wieder wenden sich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Kanton und (angeschlossenen) Gemeinden in Konfliktsituationen vertrauensvoll an den Ombudsmann. Sie lassen sich beraten oder ersuchen um Vermittlung. Ergibt eine Analyse des Konflikts, dass das Anstellungsverhältnis keine Zukunft mehr hat, begleitet der Ombudsmann vermittelnd den Prozess der Auflösung und unterstützt den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung.**

---

Z: «Meines Erachtens bin ich einfach im Weg und muss auf legale Art und Weise entsorgt werden.»

---

Z arbeitet seit mehreren Jahren am USZ. Ein neuer Chef und zwei ihr jüngst unterlaufene Fehler hätten wie aus heiterem Himmel zu einer ausserordentlichen Mitarbeiterbeurteilung (aoMAB) geführt; innert einer Bewährungsfrist von rund sechs Monaten sollte sie die ihr gesetzten Ziele erreichen, andernfalls würde ihr gekündigt. Nach weiteren Beschimpfungen, so Z, habe sie sich bis auf weiteres krank schreiben lassen müssen.

Z möchte sich zunächst rechtlich beraten lassen und stellt dem Ombudsmann per Mail verschiedene anstellungsrechtliche Fragen zum Kündigungsschutz, zur Freistellung, zur Abfindung und zum »Mobbing«.

Abschliessend an die Beantwortung der gestellten Fragen weist der Ombudsmann Z darauf hin, dass sie Einblick in ihr Personaldossier nehmen könne. Auch bie-

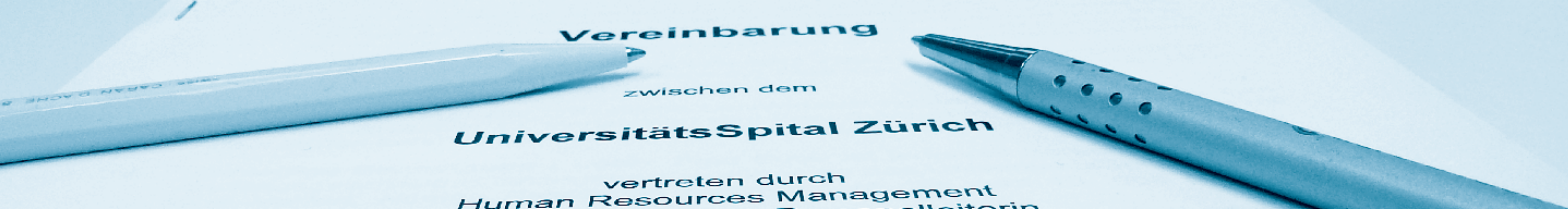
tet er an zu vermitteln, sofern Z an einer Auflösungsvereinbarung interessiert sei. Z teilt dem Ombudsmann nun mit, eine von ihr verfasste schriftliche Stellungnahme zur aoMAB sei unbeachtet geblieben, und sie wolle sich noch mit ihrer Psychologin besprechen.

In der Folge erläutert der Ombudsmann Z im Einzelnen den Ablauf einer Vermittlung betr. Auflösung des Anstellungsverhältnisses: Entbindung des Ombudsmanns von der Schweigepflicht gegenüber den Behörden, Kontaktaufnahme des Ombudsmanns mit dem USZ als Arbeitgeber, Einladung zu einem Gespräch und Bitte um Zusendung der Personalakten, anschliessend ev. runder Tisch mit allen Beteiligten oder alternativ zunächst Gespräch mit dem Arbeitgeber allein und Auslotung der Bedingungen für die konkrete Auflösung des Arbeitsverhältnisses, dann Rückmeldung an Z, Vereinbarung, Unterzeichnung.

Z selber räumt dem Arbeitsverhältnis, angesichts der ungenügend ausgefallenen aoMAB, kaum mehr Chancen ein; vielmehr gibt sie sich überzeugt, dass man ihr dann nach Ablauf der Bewährungsfrist sowieso kündigen werde. Sie wünsche sich daher »einen sauberen Abgang im USZ, ohne Schaden anzurichten.«

Drei Wochen später teilt Z dem Ombudsmann mit, sie werde in rund vier Wochen wieder arbeitsfähig sein und wäre froh, wenn der Ombudsmann für sie beim USZ





auf diesen Zeitpunkt hin eine Freistellung erwirken könnte.

Z entbindet den Ombudsmann förmlich von seiner Schweigepflicht, dieser informiert das USZ in Absprache mit Z über deren Absicht, das Anstellungsverhältnis mittels Vereinbarung auflösen zu wollen und ersucht um Zusage des vollständigen Personaldossiers im Original. Ferner stellt er ihren Wunsch zur Diskussion, ab wiedererlangter Arbeitsfähigkeit freigestellt zu werden.

Das USZ weist richtig darauf hin, dass eine Freistellung (in Anwendung des kantonalen Personalrechts) die Auflösung des Anstellungsverhältnisses zur Voraussetzung hat: Einer Freistellung mit Abschluss einer Austrittsvereinbarung, werde das USZ aber zustimmen. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass Z nicht mehr an den bisherigen Arbeitsplatz zurückkehren kann. Ziel müsse darum sein, eine Vereinbarung betr. Auflösung des Anstellungsverhältnisses bis zur Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit »unter Dach und Fach« zu bringen.

In den nachfolgenden Tagen kommuniziert der Ombudsmann wiederholt mit Z und dem USZ. Als Diskussionsgrundlage für die Auflösungsvereinbarung dient ein durch das USZ entworfener Text, den der Ombudsmann für die gemeinsame Besprechung mit den Beteiligten am runden Tisch überarbeitet und den er Z anlässlich einer persönlichen Vorbesprechung im Einzelnen erläutert.

Am anschliessenden runden Tisch verständigen sich die Parteien über die einzelnen zu regelnden Punkte.

Bereits einen Tag später, nach letzten textlichen Anpassungen, unterzeichnen die Parteien die Vereinbarung. Geregelt wurden dabei folgende Punkte:

---

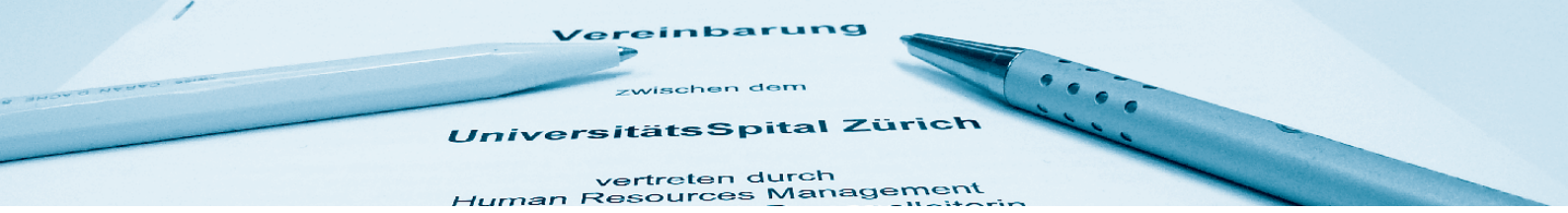
Z: «Ich bin Ihnen noch ewig dankbar für Ihre Unterstützung».

---

Beendigung des Anstellungsverhältnisses (Kündigung durch Z), Freistellung (mit Berücksichtigung von Mehr- und Überzeit sowie Ferien), Lohnfortzahlung, vorzeitige Beendigung und Lohn, Dienstaltersgeschenk, Zeugnis (Zwischen- und Schlusszeugnis), Arbeitslosenversicherung (Bestätigung des USZ), Rückgabe firmeneigener Gegenstände, Verbindlichkeit (bei Krankheit und Unfall), Referenzen, Kommunikation Austritt (intern / extern), Stillschweigen, Saldoklausel.

Erfahrungsgemäss sind die Parteien sehr froh, einen Konflikt – hier am Arbeitsplatz – durch Vermittlung des Ombudsmanns gütlich beilegen zu können.

Wichtig ist dem Ombudsmann, Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter zu unterstützen, möglichst rasch »aus der Krankheit herauszufinden«. Denn länger dauernde, krankheitsbedingte Abwesenheiten am Arbeitsplatz erschweren meist eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz oder die Suche und den Antritt einer neuen Stelle.



Die Beendigung eines Arbeitsplatzkonflikts mittels Auflösungsvereinbarung ermöglicht daher in der Regel die zeitnahe Rückkehr in die Arbeitswelt, etwas, was allen nützt.



ZHAW – Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften



**A ist seit September 2006 bei der ZHAW als Dozent angestellt. Er informiert den Ombudsmann, er habe bis zum September 2010 immer gute Rückmeldungen für seine Arbeit erhalten. Allerdings hätten keine Mitarbeiterbewertungen stattgefunden. Im Mai 2011 habe er einen neuen Vorgesetzten erhalten. Das Zwischenzeugnis vor dem Wechsel des Vorgesetzten sei sehr gut ausgefallen. Im Mai 2012 habe er dann den Wunsch geäußert, an eine andere Hochschule zu wechseln. Bei seinem Austritt aus der ZHAW habe er ein Arbeitszeugnis erhalten, das nur die Zeit nach dem Vorgesetztenwechsel beurteile, nicht aber den langen Zeitraum von September 2006 bis Mai 2011. Für diese Zeit werde auf das Zwischenzeugnis verwiesen. Das Schlusszeugnis sei zudem markant schlechter als das Zwischenzeugnis. P wünscht sich ein Zeugnis für die ganze Anstellungsdauer.**

A hat sich vor Besprechung mit dem Ombudsmann mit dem Anliegen, ein Zeugnis für die ganze Anstellungsdauer zu erhalten, an seine neue Vorgesetzte Z gewandt. Diese entgegnete A, sie wisse nicht, ob das überhaupt ginge, könne sie doch nicht für die Zeit unterschreiben, «wo du mir nicht unterstellt warst». Das HR der ZHAW informiert A wie folgt: «Die Verweisung auf vorangegangene Zwischenzeugnisse ist bei uns an der ZHAW die gängige Handhabung. Ich kann Ihnen leider nicht sagen, woher dies kommt, werde dem aber nachgehen und Abklärungen treffen, ob wir eine Ausnahme machen können».

Nach Rücksprache mit dem Ombudsmann möchte A zunächst die Ergebnisse zu den Abklärungen des HR zum Arbeitszeugnis abwarten, bevor er weitere Schritte ins Auge fasst. Nach längerer Wartezeit erledigt sich diese Sache ohne Intervention des Ombudsmannes: A wird mitgeteilt, es würde nun nicht seine letzte Vorgesetzte, sondern sein erster und langjähriger Vorgesetzter das Arbeitszeugnis unterschreiben. A erklärt dem Ombudsmann, das erhaltene Zeugnis «kontrastiert vollumfänglich mit demjenigen von Frau Z und äussert sich in der Art und Weise über meine Tätigkeit, wie ich es objektiv gerechtfertigt finde. Interessant wäre (...), wie zwei so unterschiedliche Varianten entstehen konnten, und warum die eigentlich dafür zuständige Vorgesetzte Z das so nicht signieren wollte...». Trotz dieser Fragen verzichtet A auf eine entsprechende Intervention des Ombudsmanns.

Im Gespräch mit dem Ombudsmann weist A auf ein weiteres Problem hin: Ihm seien Überstunden gutgeschrieben worden. Während zweier Wochen sei er jedoch krankgeschrieben gewesen. In dieser Zeit hätte er gemäss individueller Leistungsvereinbarung (ILV) noch zusätzliche Stunden arbeiten müssen. Diese zusätzlichen Stunden habe er wegen Krankheit nicht leisten können. A ist deshalb der Auffassung, es hätten ihm diese zusätzlichen Stunden im Gleitzeit-saldo gutgeschrieben werden müssen. Er berichtet, seine Vorgesetzten hätten

ihm gesagt, «es könne nicht sein, dass man mit Krankheit Überzeit macht». A ist hingegen der Ansicht, dass Krankheit eine bezahlte Abwesenheit darstelle, was den Saldo der Arbeitszeit erhöhe und daher nicht saldoneutral gebucht werden dürfe. Im Übrigen habe sich sein Gleitzeit-saldo bei seinem Vaterschaftsurlaub 2012 ja ebenfalls erhöht.

Der Ombudsmann ist interessiert von der ZHAW zu erfahren, ob die Darlegung von P zutrifft, nach der er aufgrund der ILV noch zusätzliche Stunden zu arbeiten gehabt habe, und nach der der Vater-

---

A: «Ich bin der Ansicht, dass die Sache mit der Auszahlung des Gleitzeit-saldos nicht korrekt ist – Krankheit ist m.E. auch nach Personalrecht des Kantons Zürich/der Zürcher Fachhochschule eine bezahlte Abwesenheit und muss den Saldo der Arbeitszeit erhöhen und darf nicht saldoneutral gebucht werden».

---

schaftsurlaub hinsichtlich des Gleitzeit-saldos nicht gleich behandelt worden sei wie die Krankheit.

Die ZHAW äussert sich wie folgt: «Naturgemäss können während der Arbeitsunfähigkeit keine Überstunden geleistet werden bzw. die ZHAW kann nur effektiv geleistete Überstunden ab-gelten. Auch wenn Herr A angeblich die Absicht gehabt hat, (...) noch erhebliche Überstunden zu absolvieren – angeord-net wurden diese nicht – so konnte er diese Überstunden unfallbedingt nicht effektiv leisten, weshalb nach unserem

Verständnis in diesem Zeitpunkt keine Überstunden entstanden sein können. Dies wird von Herrn A offenbar auch an-erkannt, wenn er eine Anrechnung bzw. Abgeltung von «voraussichtlich anfallen-den Überstunden» verlangt.»

Der Angabe, es seien keine Überstun-den angeordnet worden, widerspricht A nicht, so dass der Ombudsmann seiner

---

A: «Ihre Bemühungen haben mir ermöglicht, die Trennung von der ZHAW auf eine Art und Weise zu verarbeiten, welche die zukünftige Tätigkeit nicht negativ beeinflusst und es erlaubt, den Blick nach vorne zu richten. Dafür möchte ich Ihnen herzlich danken».

---

Beurteilung den von der ZHAW geltend gemachten Sachverhalt zugrunde legt und die Auffassung der ZHAW zur Über-stundenproblematik unterstützt. Damit entfällt auch die Notwendigkeit, auf mögliche Unterschiede zwischen Krank-heit und Vaterschaftsurlaub im vorliegen-ten Zusammenhang einzugehen.

Nachdem das Thema Überstunden erle-digt ist und A ein gutes Arbeitszeugnis erhalten hat, entscheidet er sich nach Rücksprache mit dem Ombudsmann, dieses Ergebnis zu akzeptieren.

Zürcher Verkehrsverbund

**Ein Vater (V) berichtet dem Ombudsmann von dem, was seiner 14-jährigen Tochter wiederfahren sei: Auf dem Weg von Zürich Oerlikon nach Wallisellen habe sie sich mit Kolleginnen zum Freibad Wallisellen begeben wollen, als sie im Zug kontrolliert worden sei. Sie habe zwar ein ZVV-Jahresabonnement (gültig für die Stadt Zürich) gehabt, für die Zusatzzone (21) habe sie aber kein gültiges Billet vorweisen können. Sie sei dann mit einer Busse von Fr. 70 und mit einer Zusatzstrafe von Fr. 100 wegen Fluchtverdachts bestraft worden, ausserdem habe man von ihr noch weitere fünf Franken verlangt.**

Der Ombudsmann beantwortet die verschiedenen Fragen von V wie folgt:

**Aufwandgebühr nicht Strafe:** Zunächst erläutert der Ombudsmann den Unterschied zwischen einer Busse und einer Gebühr. Dabei verweist er insbesondere auf Art. 20 des eidg. Personenbeförderungsgesetzes und die Richtlinie 7 «Fahrausweiskontrolle» des ZVV. Bei den in Rechnung gestellten Kosten handle es sich nicht um eine Busse bzw. eine

---

Ombudsmann:

«Auch bei Kindern unter 14 Jahren kann von einem Bewusstsein ausgegangen werden, dass regelmässig vor Antritt der Fahrt ein Ticket zu kaufen ist».

---

Zusatzstrafe im strafrechtlichen Sinn, sondern um eine rechtlich vorgesehene Aufwandgebühr im Zusammenhang mit

den durchzuführenden und durchgeführten Kontrollen. In diesem Sinn erweist sich die Annahme von V, seine Tochter werde durch die Aufwandgebühr «kriminalisiert», als nicht zutreffend.

**Höhe des Zuschlags:** Da die Tochter von V nur ein Billet für die Stadt Zürich vorweisen konnte und der ZVV darum richtigerweise vom Vorliegen eines teiltägigen Fahrausweises ausgeht, gelangt ein reduzierter Zuschlag von Fr. 70.- wegen des fehlenden Zusatztickets zur Anwendung. Bei den ferner erhobenen Fr. 5 handelt es sich um die (ebenfalls reduzierte) Pauschale zur Deckung des Fahrpreises im Falle des Vorliegens eines teiltägigen Fahrausweises (vgl. zum Ganzen: Verbundtarif ZVV «4. Preise, Gebühren, Zahlungsmittel»).

Werden allein reisende, gebührenpflichtige Kinder unter 12 Jahren ohne gültiges Fahrbillet angetroffen, werden ihre Personalien aufgenommen. Die Gebühren müssen nicht sofort bezahlt werden, sondern diese werden den Eltern bzw. Erziehungsberechtigten in Rechnung gestellt (Richtlinie Fahrausweiskontrolle).

Im Falle einer Gebührenauflegung wird nicht nach Alter unterschieden: Für Kinder fallen damit gleich hohe Kosten an wie für Erwachsene.

**Zonenplan:** Der Ombudsmann macht V auf die verschiedenen Möglichkeiten aufmerksam, den Zonenplan einzusehen. Dieser sei im Internet publiziert, und die Pläne seien an den Haltestellen und in



den S-Bahn-Waggons angeschlagen. Auch ist der Ombudsmann der Ansicht, «dass von einem 14-jährigen Menschen, der altersgerecht in der Lage ist, den Weg von Oerlikon ins Schwimmbad Wallisellen (auch erstmalig) selber zu bewältigen, erwartet werden kann, dass er in die Fahrt mit den öffentlichen Verkehrsmitteln auch die Planung der Strecke mit einbezieht, bzw. sich selber oder mit Hilfe der Eltern bzw. erwachsenen Bezugspersonen Rechenschaft darüber gibt, welche Tarifzonen von der Reise betroffen sind.»

Nach Angabe von V waren die gleichaltrigen Begleiterinnen aus der Gruppe zudem nicht das erste Mal auf dem Weg ins Schwimmbad Wallisellen; trotzdem waren auch diese nicht im Besitze des erforderlichen (zusätzlichen) Tickets. Wenn nun – was oft in diesem Zusammenhang von den Betroffenen gesagt wird – der Zeitdruck für das fehlende Billet verantwortlich gemacht wird, dann ist dem zu entgegen, dass eigentlich noch immer nur Personen für eine Handlung verantwortlich sein können, und nicht die Zeit, die sich die Personen einteilen müssen, dies gerade auch bei zeitlich knappen Verhältnissen.

**Fluchtversuch:** Ein Fluchtversuch liegt vor, wenn ein Fahrgast sich offensichtlich einer Kontrolle zu entziehen versucht (Richtlinie Fahrausweiskontrolle). Entgegen der Annahme von V bedarf es dafür bzw. für die Erhebung der entsprechenden Zusatzgebühr von Fr. 100 keiner tatsächlich bereits erfolgten Flucht: Der Versuch dazu genügt (Verbundtarif «4.

Preise, Gebühren, Zahlungsmittel»).

Nach dem Bericht von V eilte die Mädchengruppe nach Sichtung des herannahenden Kontrollpersonals zum Ausgang des Waggons und wartete dort auf das Anhalten des Zuges. Nachdem V keinen plausiblen Grund für die gezeigte Eile nennen kann, erscheint dem Ombudsmann die Schlussfolgerung des Kontrollpersonals naheliegend, dass sich die Gruppe der Mädchen der bevorstehenden Kontrolle zu entziehen versuchte.

**Einsprache gegen Gebühren?:** Der Transportvertrag mit dem öffentlichen Verkehr ist privatrechtlicher Natur. Über Streitigkeiten entscheidet daher der Zivilrichter (eidg. Personenbeförderungsgesetz). Nicht bezahlte Gebühren müsste der ZVV auf dem Betreuungsweg erhältlich machen oder mittels Klage im Zivilprozess einfordern. Die vorbehaltlose Bezahlung der Rechnung wird vom ZVV als Anerkennung der Gebührenforderung verstanden. Als zivilrechtliche Forderungen sind Gebühren des ZVV damit nicht bei den Verwaltungsbehörden oder beim Verwaltungsgericht anfechtbar.

**Schlussbemerkung:** Der Ombudsmann ist sich im Klaren, dass es sich um einen erheblichen Gesamtbetrag an Gebühren handelt, der dem ZVV zu entrichten ist. Ob und inwieweit sich Minderjährige, deren Eltern oder Erziehungsberechtigte eine Gebührenrechnung bezahlt haben, an den verursachten Kosten zu beteiligen haben, ist eine ausschliesslich familieninterne Angelegenheit. Nach den anwendbaren rechtlichen Bestimmungen und



der Darlegung des Sachverhalts durch V schliesst der Ombudsmann, dass ein Gesuch um Reduktion der Gebühren aussichtslos sein würde. Der Ombudsmann verzichtet darum auf Weiterungen und schliesst den Fall ab.

Zürcher Verkehrsverbund

**I gerät im Bus auf der Fahrt von Fehrlort nach Russikon in eine Ticketkontrolle. Weil der Akku seines iPhones leer ist, kann er das gelöste E-Ticket nicht vorweisen. Die Folge: Ein Zuschlag von Fr. 90 und eine Fahrpreispauschale von Fr. 10, total Fr. 100: eine teure Fahrt.**

Die Bemühungen von I, den Kosten von Fr. 100 zu entgehen, scheitern.

Das Transportunternehmen gibt ihm auf Anfrage abschlägigen Bescheid: „Beim Lösen des E-Tickets können Sie unter ‚Allgemeine Bestimmungen Mobile Tickets‘ nachlesen, dass nur vollständig sicht- und lesbare mobile Tickets vom Kontrollpersonal akzeptiert werden können. Andernfalls sind die Tickets ungültig. Die Fahrgäste gelten als ‚Reisende ohne gültigen Fahrausweis‘. Aus den bereits erwähnten Gründen können wir nicht auf Ihr Anliegen eingehen, den Zuschlag zu vermindern oder zu erlassen. Bitte überweisen Sie den Zuschlag mittels des Einzahlungsscheins, welchen Sie bereits per Post erhalten haben.“

Via die Ombudsstelle öffentlicher Verkehr gelangt I an den für den ZVV zuständigen kantonalen Ombudsmann. Mit Hinweis auf Medienberichte weist I auf die in solchen Fällen durch die SBB geübte Kulanz mit einer reduzierten Gebühr von Fr. 30 hin. Ihn interessiert, ob sich auch der ZVV kulant zeigen könne.

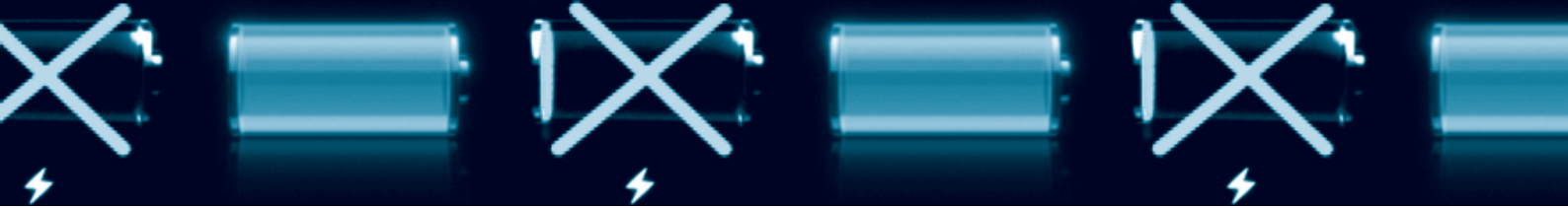
Im Kontakt mit dem ZVV verweist der Ombudsmann auf einen online erschienen Medienbeitrag, nachdem die SBB bei

leeren Akkus im Zusammenhang mit gelösten, aufs Handy geladenen E-Tickets nachträglich eine reduzierte Bearbeitungsgebühr von Fr. 30 verlangten. Auch eine weitere Zeitung hatte sich in ihrer online Ausgabe dem Thema gewidmet („E-Tickets verärgern SBB-Kunden“). Die SBB liessen dazu verlauten, dass inzwischen feststehe, wie die SBB mit einem leeren Akku bei korrekt gelöstem Billet umgingen: „Wir überprüfen das Ticket nachträglich und – wegen des Aufwands – für eine Gebühr von 30 Franken. So ist sichergestellt, dass kein Zuschlag mehr anfällt.“

I informiert, er sei ohne weiteres bereit, einen Zuschlag analog den SBB von Fr. 30 zu bezahlen, nicht aber den in Rechnung gestellten vollen Betrag von Fr. 100.

Der Ombudsmann ersucht den ZVV um Prüfung der Angelegenheit. Dabei interessieren ihn auch die rechtlichen Grundlagen (unter Berücksichtigung der aktuellen Praxis der SBB), gestützt auf die der ZVV im Zusammenhang mit gelösten und elektronisch gespeicherten E-Tickets Gebühren erhebt.

Aus der Darlegung des ZVV ergibt sich, dass es sich bei den E-Tickets um persönliche Fahrausweise handelt; für den Kauf solcher Bilette müsse sich der Fahrgast vorgängig registrieren lassen. Reisende, die bei einer Kontrolle keinen gültigen Fahrausweis vorweisen könnten, müssten den Fahrpreis und einen Zuschlag bezahlen. Am mutmasslichen Einnahmeausfall orientiert, seien diese



## T600 - Allgemeiner Personentarif

### 41.2 Allgemeine Bestimmungen MobileTickets

41.20 Für den Erwerb von MobileTickets sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen:

- Die Kundschaft muss im Besitz einer gültigen Kreditkarte sein (ausgenommen B2B-Kunden)
- Die Kundschaft muss sich über das Onlineportal eines am Tarif beteiligten Transportunternehmens registriert haben (z.B. unter [www.sbb.ch](http://www.sbb.ch))
- Die Kundschaft muss ein Mobiltelefon mit aktiver SIM-Karte besitzen
- Das Mobiltelefon muss MDIP 2.0 fähig sein
- Das Mobiltelefon muss mindestens eine Bildschirmauflösung von 160 x 200 Pixel aufweisen.

41.21 Alle 3 Anzeigeebenen des MobileTickets müssen vollständig sicht- und lesbar sein sowie dem Kontrollpersonal einwandfrei zur Kontrolle vorgewiesen werden können. Andernfalls sind die MobileTickets zur Fahrt ungültig. Die Reisenden gelten als Reisende ohne gültigen Fahrausweis gemäss Tarif 600.5, Kapitel 1.

41.22 Bei MobileTicket für mehrere Personen muss die ganze Reise gemeinsam unternommen werden.

Zuschläge im nationalen Tarif mit Fr. 75 bzw. Fr. 100 festgesetzt worden, womit sie deutlich unter dem bundesgerichtlichen anerkannten Mindestaufwand von Fr. 130 (pro kontrollierter Fahrt) lägen. Gemäss Bundesgericht sei sodann bei der Bemessung des mutmasslichen Einnahmeausfalls eine Pauschalierung zulässig. Der ZVV habe sich dieser Regelung angeschlossen. Als Partner des Verbands öffentlicher Verkehr (VÖV), sei der Personentarif T 600 für den ZVV anwendbar, der sich auch bezüglich E-Tickets äussere (vgl. Abbildung). Ein leerer Akku beeinträchtigt die vollständige Sicht- und Lesbarkeit des Mobile Tickets, weshalb das Billet für die Fahrt ungültig sei, der Reisende daher als Fahrgast ohne gültigen Fahrausweis gelte und einen entsprechenden Zuschlag zu entrichten habe. Das in den Medien geschilderte Vorgehen entspreche grundsätzlich nicht der tariflichen Regelung. Angesichts des Alleingangs der SBB zweifle der ZVV auch am Kulanzcharakter des reduzierten Zuschlags.

Eine unbesehene Übernahme der Regelung für den ZVV oder sämtliche anderen Verkehrsunternehmen sei insbesondere auch aus Gründen des Datenschutzes problematisch, seien doch die SBB als Anbieterin des Ticketshops alleinige Dateninhaberin. Andere Transportunternehmen hätten daher keinen Zugriff auf diese Daten, so auch nicht das Busunternehmen im vorliegenden Fall. Eine rasche und einfache, nachträgliche Abfrage betreffend Vorliegen eines gültigen mobilen Tickets sei nicht möglich, und der Aufwand sei entsprechend grösser.

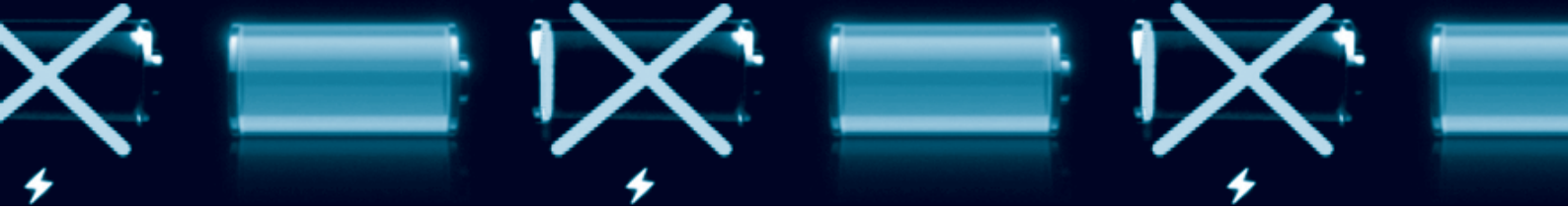
Der ZVV habe nun aber Abklärungen an die Hand genommen, wie künftig bei

---

I: «Ich bin mit den Fr. 30 einverstanden, da ich ja auch einsehe, dass für den ZVV ein Mehraufwand entstanden ist. Ich hoffe, dass dies in (naher) Zukunft zum Standard werden wird».

---

Fällen mit leeren Akkus kundenfreundlich reagiert werden könne: Dabei müsse



sinnvollerweise schweizweit einheitlich vorgegangen werden, was voraussichtlich einer Änderung des nationalen Tarifs und vertraglicher Regelungen über die Datenbearbeitung usw. bedürfe.

Bis zur Einführung einer solchen Lösung bietet der ZVV im Fall von I an, die Gebühr von 100 Franken ebenfalls auf 30 Franken zu reduzieren, da I tatsächlich über ein gültiges Ticket verfügte. Dies geschehe allerdings ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aus Kulanzüberlegungen. Das Vorgehen bei ähnlichen Fällen werde weiterhin im Einzelfall geprüft.







# ombudsman

DES KANTONS ZÜRICH

OMBUDSMANN DES KANTONS ZÜRICH

Forchstrasse 59

8032 Zürich

Telefon 044 269 40 70

Telefax 044 269 40 79

[www.ombudsmann.zh.ch](http://www.ombudsmann.zh.ch)

[ombudsmann@ombudsmann.zh.ch](mailto:ombudsmann@ombudsmann.zh.ch)

