



VB.2019.00174

Urteil

der 4. Kammer

vom 14. November 2019

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Tamara Nüssle (Vorsitz), Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert.

In Sachen

A, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Universität Zürich, vertreten durch RA C,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Kündigung,

hat sich ergeben:

I.

A war von September 1990 bis August 1997 und erneut ab Juli 2001 in verschiedenen Funk-

tionen am Medizinhistorischen Institut der Universität Zürich tätig, zuletzt als wissenschaftliche Mitarbeiterin. Nachdem ab September 2012 im Tages-Anzeiger mehrere kritische Artikel über den damaligen Konservator des Medizinhistorischen Museums erschienen waren, welche unter anderem Bezug auf den zu diesem Zeitpunkt noch nicht veröffentlichten Akademischen Bericht 2011 nahmen, reichte die Universität Zürich am 19. September 2012 Strafanzeige gegen unbekannte Täterschaft wegen Amtsgeheimnisverletzung ein. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens fanden am 14. November 2012 an der Privatadresse von A sowie in ihrem Büro am Medizinhistorischen Institut Hausdurchsuchungen statt. Am 16. November 2012 wurde A vorsorglich im Amt eingestellt.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 löste der Rektor der Universität Zürich das Anstellungsverhältnis mit A per Ende April 2014 auf, hielt an der Einstellung im Amt bis zu diesem Zeitpunkt fest und ordnete sinngemäss die Lohneinstellung bis zum Ende des Anstellungsverhältnisses sowie die Rückforderung des während der Einstellung im Amt bereits ausbezahlten Lohns an.

II.

Mit Rekurs vom 28. November 2013 liess A im Wesentlichen beantragen, unter Entschädigungsfolge sei die Nichtigkeit, Missbräuchlichkeit oder Unrechtmässigkeit der Kündigung festzustellen und das Anstellungsverhältnis weiterzuführen, eventualiter sei ihr eine "Entschädigung" in der Höhe von 13 Monatslöhnen zu bezahlen; zudem seien die vorsorgliche Einstellung im Amt, die Lohneinstellung sowie die Lohnrückforderung aufzuheben. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2013 widerrief der Rektor ad interim die Verfügung vom 29. Oktober 2013 teilweise und hob die Lohneinstellung sowie die Lohnrückforderung auf. Mit Präsidialverfügung vom 13. Januar 2014 wies die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen den Antrag auf Aufhebung der vorsorglichen Massnahme ab.

Das Bezirksgericht Zürich sprach A mit Urteil vom 5. Dezember 2014 vom Vorwurf der mehrfachen Amtsgeheimnisverletzung frei; dabei kam es unter anderem zum Schluss, dass die aus einer Randdatenerhebung der Telefon- und E-Mail-Kommunikation an der Universität sowie aus der Hausdurchsuchung bei A stammenden Beweismittel einem Verwertungsverbot unterlägen und deshalb nicht berücksichtigt werden dürften. Daraufhin sistierte die

Rekurskommission mit Präsidialverfügung vom 14. Januar 2015 das Rekursverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens. Das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 1. Dezember 2015 und das Bundesgericht mit Urteil vom 29. November 2016 (1B_26/2016) bestätigten die Unverwertbarkeit der genannten Beweismittel. Mit Beschluss vom 14. März 2017 schrieb das Obergericht das inzwischen bei diesem hängige Strafverfahren als durch Rückzug der Berufungen erledigt ab. Die Rekurskommission nahm das Verfahren mit Präsidialverfügung vom 15. März 2018 wieder auf.

Mit Beschluss vom 7. Februar 2019 stellte die Rekurskommission fest, dass die Kündigung wegen Unzuständigkeit des Rektors formell mangelhaft gewesen sei, und sprach A eine Entschädigung von zwei Bruttomonatslöhnen zu (Dispositiv-Ziff. I). Im Übrigen wies sie den Rekurs ab, soweit sie darauf eintrat (Dispositiv-Ziff. II), und sprach keine Parteientschädigungen zu (Dispositiv-Ziff. IV).

III.

A liess am 13. März 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge auch für das Rekursverfahren seien Dispositiv-Ziff. II und IV im Rekursentscheid aufzuheben und Dispositiv-Ziff. I insofern abzuändern, als die Nichtigkeit der Kündigung sowie ihr Anspruch auf Weiterbeschäftigung im früheren Umfang festzustellen sei, eventualiter sei die materielle Unrechtmässigkeit der Kündigung festzustellen und ihr eine Abfindung von 13 Monatslöhnen und eine Entschädigung von 6 Monatslöhnen zuzusprechen. Die Rekurskommission schloss mit Vernehmlassung vom 27. März 2019 auf Abweisung der Beschwerde. Die Universität Zürich liess am 6. Mai 2019 die Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge beantragen. Mit weiteren Stellungnahmen von A vom 11. Juni und 19. August 2019 sowie der Universität Zürich vom 4. Juli 2019 wurde an den jeweiligen Anträgen festgehalten. Die Universität Zürich verzichtete am 3. September 2019 auf eine weitere Stellungnahme. Mit Verfügung vom 22. August 2019 hatte der Referent das Personaldossier von A beigezogen.

Die Kammer erwägt:

1.

Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Rekursentscheide der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen über die Auflösung eines Anstellungsverhältnisses zuständig (§§ 41 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG, LS 175.2]). Weil auch die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Wird die Feststellung der Nichtigkeit einer Kündigung bzw. die Weiterbeschäftigung beantragt, gelten als Streitwert praxisgemäss die Bruttobesoldungsansprüche bis zum Zeitpunkt der Hängigkeit beim Verwaltungsgericht zuzüglich der Ansprüche bis zur nächstmöglichen Auflösung des Dienstverhältnisses (VGr, 17. Juli 2019, VB.2018.00589, E. 1.2, und 24. Oktober 2018, VB.2018.00333, E. 1.2). Das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin hätte bei Eingang der Beschwerde frühestens per Ende September 2019 gekündigt werden können (§ 11 des Universitätsgesetzes vom 15. März 1998 [UniG, LS 415.11] in Verbindung mit der Personalverordnung der Universität Zürich vom 29. September 2014 [LS 415.21] sowie § 17 Abs. 1 lit. d des Personalgesetzes vom 27. September 1998 [PG, LS 177.10]). Damit liegen die Bruttobesoldungsansprüche von Anfang Mai 2014 bis Ende September 2019 im Streit. Die Beschwerdeführerin war zuletzt in Lohnstufe ... der Lohnklasse ... eingereiht. Daraus ergeben sich strittige Bruttobesoldungsansprüche im Gesamtbetrag von rund ...

3.

3.1 Die Vorinstanz hielt fest, dass der Rektor für die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht zuständig gewesen und die Kündigung deshalb formell mangelhaft sei. Das ist hier nicht mehr strittig (vgl. hierzu im Übrigen auch VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00105, E. 3.1). Im Folgenden ist deshalb nur noch zu prüfen, wie es sich mit der materiellen Rechtmässigkeit der Kündigung verhalte.

3.2 Die hier anwendbare Personalverordnung der Universität Zürich vom 5. November 1999

(OS 55, 541 ff.) enthält keine Bestimmungen zu den zulässigen Kündigungsgründen, weshalb sich diese Frage nach den für das Staatspersonal geltenden Bestimmungen richtet (§ 11 UniG). Gemäss § 18 Abs. 2 PG darf die Kündigung durch den Arbeitgeber nicht missbräuchlich sein und setzt einen sachlich zureichenden Grund voraus. Mit dem zusätzlichen Erfordernis des sachlich zureichenden Kündigungsgrunds geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts (BGr, 25. August 2011, 8C_594/2010, E. 4.4 mit Hinweisen). Eine Kündigung ist dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung der betreffenden angestellten Person dem öffentlichen Interesse widerspricht. Dabei genügt jedoch nicht jedes öffentliche Interesse. Die Kündigungsgründe müssen vielmehr so gewichtig sein, dass die Beendigung des Anstellungsverhältnisses insgesamt verhältnismässig ist.

3.3 Die Beweislast für das Vorliegen hinreichender Gründe für die Auflösung eines Anstellungsverhältnisses liegt nach ständiger Rechtsprechung bei der Arbeitgeberin (VGr, 8. November 2017, VB.2017.00300, E. 6.1 mit Hinweisen). Hier hat deshalb die Beschwerdegegnerin darzulegen und zu beweisen, dass ein sachlicher Kündigungsgrund vorlag, und trafen sie entsprechend auch die Folgen einer Beweislosigkeit.

4.

4.1 Die Beschwerdegegnerin begründete die Kündigung damit, dass die Beschwerdeführerin mit einem Journalisten des Tages-Anzeigers in Kontakt gestanden und diesem vertrauliche Informationen, über die sie nur aufgrund ihrer beruflichen Stellung verfügt habe, weitergegeben habe. Sie habe zudem einen geplanten Zeitungsartikel über den Konservator des Medizinhistorischen Museums vorab erhalten, daran Korrekturen angebracht und dem Journalisten dazu gratuliert. Weiter habe sie sich dahingehend geäussert, sie freue sich sehr, dass "einiges ins Rollen komme", und hoffe, dass "nicht die falschen Köpfe rollen" würden. Weiter habe sie dem Journalisten ihren "UZH-internen" Benutzernamen sowie das Passwort mitgeteilt, damit dieser gewisse Abklärungen selber "auf den Rechnern der UZH" habe vornehmen können. Ihre Sachdarstellung stützte die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf Erkenntnisse, die aus den Akten des Ermittlungsverfahrens gegen die Beschwerdeführerin

stammten, namentlich auf die Auswertung von Datenträgern, die anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmt worden waren.

4.2 Das Bezirksgericht Zürich sprach die Beschwerdeführerin mit Urteil vom 5. Dezember 2014 vom Vorwurf der Amtsgeheimnisverletzung frei. Nachdem die Staatsanwaltschaft und der Privatkläger dagegen erhobene Berufungen zurückgezogen hatten, erwuchs dieses Urteil in Rechtskraft.

Das Bezirksgericht kam im Wesentlichen zum Schluss, dass sowohl eine auf Bitte der Staatsanwaltschaft durchgeführte Randdatenerhebung durch die Beschwerdegegnerin als auch die von der Staatsanwaltschaft durchgeführte Hausdurchsuchung rechtswidrig gewesen seien, was zur Unverwertbarkeit der in diesem Rahmen erhobenen Beweismittel führe. Das Obergericht mit Beschluss vom 1. Dezember 2015 und das Bundesgericht mit Urteil 1B_26/2016 vom 29. November 2016 bestätigten die Unverwertbarkeit dieser Beweise. Das Bundesgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus, die Auswertung der Fernmeldedaten durch die Beschwerdegegnerin stelle einen Eingriff ins verfassungsrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis (Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) dar. Für einen solchen Eingriff durch die Beschwerdegegnerin habe es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage gefehlt bzw. seien – soweit gesetzliche Grundlagen vorhanden sind – die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Eingriff nicht erfüllt gewesen, insbesondere erweise sich die flächendeckende Auswertung der Fernmelderanddaten als unverhältnismässig (E. 4.2 f.). Weil die weiteren Verfahrenshandlungen im Strafverfahren einzig auf den Erkenntnissen aus der unzulässigen Datenerhebung gründeten und keine konkreten Anhaltspunkte beständen, wonach die Ermittlungsbehörden auf andere, rechtmässige Weise genügend Hinweise für die Begründung eines Tatverdachts gegen die Beschwerdeführerin hätten erlangen können, handle es sich dabei um ebenfalls nicht verwertbare Folgebeweise (E. 4.5). Dies führte im Strafverfahren insbesondere zur Unverwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweismittel.

4.3

4.3.1 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, damit seien die fraglichen

Beweismittel auch im Verwaltungsverfahren unverwertbar. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, die Beschwerdeführerin habe "den Sachverhalt selber erstellt", weshalb die Frage der Verwertbarkeit sich gar nicht stelle. Ausserdem handle es sich beim bei der Hausdurchsuchung gefundenen Datenträger um einen Folgebeweis, dessen Verwertung zwar im Strafprozess, nicht aber im verwaltungsrechtlichen Verfahren untersagt sei. Schliesslich überwiege das öffentliche Interesse der Beschwerdegegnerin an einer Verwertung besagter Beweise das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Unverwertbarkeit. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass die Ergebnisse der Randdatenuntersuchung im personalrechtlichen Verfahren verwendet werden dürften, weil insofern das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Wahrheitsfindung das entgegenstehende Interesse der Beschwerdeführerin am Schutz des Fernmeldegeheimnisses überwiege. Dies hat nach Auffassung der Vorinstanz zur Folge, dass auch die aus der Hausdurchsuchung stammenden Beweise verwertbar seien, weil die Hausdurchsuchung – nachdem die Randdatenerhebung verwertet werden dürfe – nicht mehr als unrechtmässig erscheine. Selbst wenn die aus der Hausdurchsuchung stammenden Beweise auch im personalrechtlichen Verfahren als rechtswidrig erlangt gälten, änderte dies nach Auffassung der Vorinstanz nichts an deren Verwertbarkeit, weil auch insofern das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung überwiege.

4.3.2 Gemäss § 60 Satz 3 VRG sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) über das Beweisverfahren im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sinngemäss anzuwenden. Der Verweis bezieht sich nur auf das *Beweisverfahren*, nicht jedoch auf die *Beweismittel* (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 60 N. 16, auch zum Folgenden). Damit findet hier entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin und der Auffassung der Vorinstanz auch nicht die Bestimmung von Art. 152 Abs. 2 ZPO Anwendung, wonach rechtswidrig beschaffte Beweise nur berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Vielmehr richtet sich die Sachverhaltsermittlung nach § 7 VRG; diese Bestimmung enthält keine Regel zur Verwendung rechtswidrig erlangter Beweise. Ein grundsätzliches Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Beweismittel ergibt sich hingegen direkt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV). Dieses Verbot gilt jedoch

nicht absolut. Praxisgemäss bedarf es vielmehr auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren einer Güterabwägung zwischen dem Interesse der betroffenen Person, ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel nicht zu ihren Lasten zu verwenden, und dem öffentlichen Interesse an einer Verwendung des fraglichen Beweismittels; dabei ist auch zu berücksichtigen, ob das Beweismittel auf rechtmässigem Weg hätte erlangt werden können (BGE 139 II 95 [= Pra 102/2013 Nr. 83] E. 3, 139 II 7 [= Pra 102/2013 Nr. 82] E. 6.4.1, 120 V 435 E. 3; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 155; Christoph Auer/Anja Martina Binder in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. A., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 12 N. 26). Angesichts des damit verbundenen Eingriffs in Verfahrensgrundrechte vermag regelmässig nur ein erhebliches öffentliches Interesse die Berücksichtigung rechtswidrig erlangter Beweismittel zu rechtfertigen (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 481).

4.3.3 Was die Zulässigkeit der Erhebung von Fernmeldedaten durch die Beschwerdegegnerin betrifft, kann zunächst auf die Ausführungen des Bundesgerichts im Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin verwiesen werden: Eine derartige Auswertung tangiert das in Art. 13 BV geschützte Fernmeldegeheimnis und ist demnach nur zulässig, sofern sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig ist sowie den Kerngehalt des Grundrechts wahrt (Art. 36 BV). Hier fehlt es schon an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für die flächendeckende Auswertung der Randdaten: Beim von der Universitätsleitung erlassenen und nicht amtlich publizierten Reglement über den Einsatz von Informatikmitteln an der Universität Zürich (REIM, vgl. <https://www.rd.uzh.ch/de/rechtssammlung/richtlinien.html> → Informatik) handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung und nicht um einen Rechtserlass; im Übrigen lässt dieses Reglement ohnehin keine flächendeckende Auswertung der Randdaten zu, sondern nur Massnahmen bei einem konkreten Missbrauchsverdacht, der hier nicht vorlag. Letzteres gilt auch hinsichtlich der Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail vom 17. September 2003 (LS 177.115); eine mögliche Amtsgeheimnisverletzung zählt sodann gar nicht zu den Missbrauchstatbeständen gemäss dieser Verordnung. Schliesslich verpflichtet (der nach § 11 UniG auch auf die Beschwerdegegnerin anwendbare) § 31 Abs. 3 der Vollzugsverordnung

zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVO, LS 177.111) die Beschwerdegegnerin ausdrücklich, eine Aufzeichnung oder Auswertung der Daten zur Überwachung und Kontrolle der Angestellten durch organisatorische und technische Massnahmen zu unterbinden. Einzig bei begründetem Verdacht auf missbräuchliche private Benutzungen können Kontrollen durchgeführt werden (§ 31 Abs. 4 VVO); gegen die Beschwerdeführerin aber bestand im Zeitpunkt der Auswertung der Randdaten kein begründeter Verdacht im Sinn dieser Bestimmung.

Darüber hinaus erweist sich dieses Vorgehen auch nicht als verhältnismässig: Betroffen von der Auswertung waren sämtliche Angehörigen der Universität (hinsichtlich der E-Mail-Daten neben den Mitarbeitenden auch die Studierenden, vgl. S. 20 f. des Berichts des Datenschutzbeauftragten vom 3. Juli 2014), wobei sämtliche Personen, die Kontakte mit bestimmten Medienhäusern hatten, einer genaueren Überprüfung unterzogen wurden; gemäss den Feststellungen des Bundesgerichts ergab die Auswertung eine grosse Zahl von Treffern und waren demnach zahlreiche Personen vom Grundrechtseingriff betroffen. Das Interesse der Beschwerdegegnerin lag demgegenüber einzig darin zu ermitteln, wer dem Journalisten Zugang zum Akademischen Bericht verschafft hatte. Dieser war zum fraglichen Zeitpunkt zwar noch nicht öffentlich publiziert, aber dafür vorgesehen und befand sich bereits in der zur Publikation vorgesehenen Fassung, was das Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdegegnerin gering erscheinen lässt. Insgesamt überwiegt das Interesse am Schutz der Privatsphäre der von der Auswertung Betroffenen damit das Interesse der Beschwerdegegnerin (so auch BGr, 29. November 2016, 1B_26/2016, E. 4.3.2). Ob die flächendeckende Auswertung von Fernmeldedaten darüber hinaus mit Art. 26 Abs. 1 der Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (SR 822.113; Verbot der Überwachung am Arbeitsplatz) vereinbar ist (vgl. hierzu etwa BGE 139 II 7 [Pra 102/2013 Nr. 82]), braucht damit nicht mehr geprüft zu werden.

Demnach hätte die Beschwerdegegnerin die Beweismittel, welche überhaupt erst einen konkreten Verdacht gegen die Beschwerdeführerin begründeten, auch dann nicht rechtmässig beschaffen können, wenn sie dies aus eigenem Antrieb und nicht erst auf Aufforderung der

Staatsanwaltschaft gemacht hätte. Die Auswertung der Randdaten ist deshalb auch im vorliegenden Verfahren als rechtswidrig erlangtes Beweismittel zu qualifizieren.

4.3.4 Soweit die Beschwerdegegnerin auf Beweismittel abstellt, welche aus der Hausdurchsuchung bei der Beschwerdeführerin stammen, kann zur fehlenden Rechtmässigkeit vollumfänglich auf die Ausführungen des Bundesgerichts verwiesen werden. Da es sich bei der Hausdurchsuchung um ein strafprozessuales Zwangsmittel handelt, zu dem die Beschwerdegegnerin offenkundig nicht befugt gewesen wäre, hat der Entscheid im Strafverfahren, dass diese Beweismittel rechtswidrig beschafft worden seien, zwingend zur Folge, dass sie auch im Verwaltungsverfahren als rechtswidrig erlangt zu qualifizieren sind. Den Überlegungen der Beschwerdegegnerin zur angeblichen Verwertbarkeit eines Folgebeweises im Verwaltungsverfahren lässt sich schon aus diesem Grund nicht folgen.

4.3.5 Es bleibt zu prüfen, ob hier ein überwiegendes öffentliches Interesse die Berücksichtigung der rechtswidrig erlangten Beweise dennoch rechtfertigen könnte. Die Beschwerdegegnerin macht in diesem Zusammenhang geltend, sie habe ein erhebliches Interesse daran zu wissen, wer "diese massiven Pflichtverletzungen begangen" habe und ob sie "der 'richtigen' Person" gekündigt habe. Nach Auffassung der Vorinstanz überwiege hier das öffentliche Interesse an einer Berücksichtigung der Beweismittel, weil "eine allfällige Amtsgeheimnisverletzung sehr weitreichende Folgen haben [könne], die eine öffentlich-rechtliche Anstalt schwer in ihren Persönlichkeitsrechten verletzen und unter anderem zu einer nachhaltigen Rufschädigung führen können". Der gute Ruf einer Hochschule sei ein "hohes Gut, welches es zu schützen gilt und dessen Verletzung eine Hochschule schwer treffen kann". Dem lässt sich nicht folgen. Wenn die Beschwerdegegnerin zunächst einer Mitarbeiterin gestützt auf rechtswidrig erlangte Beweise kündigt, um hernach geltend zu machen, die rechtswidrigen Beweise müssten berücksichtigt werden, damit sie wisse, ob sie überhaupt der richtigen Mitarbeiterin gekündigt habe, unterliegt sie einem Zirkelschluss: Die genannte Unsicherheit bestünde gar nicht, wenn die Beschwerdegegnerin auf den Beizug rechtswidrig erlangter Beweismittel verzichtet hätte. Was die drohende Rufschädigung betrifft, wird primär ein privates Interesse der (öffentlich-rechtlich organisierten) Beschwerdegegnerin geltend gemacht. Allerdings ist ohnehin nicht ersichtlich, inwiefern durch die Zeitungsartikel der Ruf

der Beschwerdegegnerin in erheblicher Weise hätte beeinträchtigt werden können. Gegenstand der Zeitungsartikel bildete weniger die Beschwerdegegnerin als vielmehr der Konservator des Medizinhistorischen Museums, und dieser war nicht aufgrund seiner Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin, sondern vielmehr wegen seiner politischen Tätigkeit im Fokus der Medien. Es kommt hinzu, dass die vermutete Weitergabe des Akademischen Berichts bzw. des sogenannten Jütte-Berichts, welche die rechtswidrige Beweiserhebung auslösten, kaum als schwere Beeinträchtigung öffentlicher Interessen qualifiziert werden können. Der Akademische Bericht war ohnehin zur Publikation freigegeben (und dessen Inhalt schon zahlreichen Personen bekannt), und in den Jütte-Bericht hätte die Beschwerdegegnerin gestützt auf das im Kanton Zürich geltende Öffentlichkeitsprinzip auf Gesuch hin Einsicht gewähren müssen (Art. 17 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [LS 101], § 20 Abs. 1 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 [LS 170.4]). Erhebliche öffentliche Interessen, die hier ausnahmsweise die Berücksichtigung der rechtswidrig erlangten Beweise erlauben würden, sind damit nicht ersichtlich.

4.3.6 Die Beschwerdegegnerin führt in diesem Zusammenhang schliesslich an, die Frage der Verwertbarkeit stelle sich gar nicht, weil die Beschwerdeführerin sich zu den rechtswidrig erlangten Beweismitteln geäussert und diese zudem im Rekursverfahren selber eingereicht habe, womit sie "*den rechtserheblichen Sachverhalt selber erstellt*" habe. Es habe der Beschwerdeführerin freigestanden, stattdessen die Aussage zu verweigern.

Auch in diesem Punkt lässt sich der Beschwerdegegnerin nicht folgen. Entscheidend ist nämlich, dass die rechtswidrig erlangten Beweismittel durch die Beschwerdegegnerin ins (erstinstanzliche) Verfahren eingebracht wurden. Es widerspräche dem Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV), wenn die Beschwerdeführerin sich in der Folge hierzu nicht hätte äussern dürfen, ohne das Recht zu verlieren, die Unverwertbarkeit der fraglichen Beweismittel geltend zu machen, was sie schon im Rahmen des Kündigungsverfahrens zumindest sinngemäss tat. Mit der Feststellung der Unverwertbarkeit der Beweismittel sind in Nachachtung des Anspruchs auf ein faires Verfahren deshalb auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu diesen Beweismitteln unbeachtlich. Ein von der Beschwerdegegnerin

rin postuliertes "Aussageverweigerungsrecht" existiert im Übrigen im Verwaltungsverfahren gar nicht; vielmehr gilt eine Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 7 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdeführerin kann deshalb auch nicht entgegengehalten werden, sie habe auf eine Verweigerung der Aussage verzichtet. Unzutreffend ist sodann die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe die Beweismittel selber ins Verfahren eingebracht, indem sie diese als Beilage zu ihrer Rekurschrift eingereicht habe. Wie bereits dargelegt, hat die Beschwerdegegnerin diese Beweismittel im erstinstanzlichen Verfahren beigezogen, womit sie Teil der Verfahrensakten wurden. Wenn die Beschwerdeführerin zum besseren Verständnis der Rekurschrift die von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Beweismittel bereits als Beilage einreichte, bedeutet dies deshalb nicht, dass die Beschwerdeführerin die fraglichen Beweismittel "in das personalrechtliche Verfahren eingebracht" habe; sie waren vielmehr schon Teil der Verfahrensakten.

4.3.7 Nach dem Gesagten wurden die Beweismittel, auf deren Grundlage die Beschwerdegegnerin die Kündigung aussprach, rechtswidrig erlangt und sind im personalrechtlichen Verfahren nicht verwertbar. Andere Kündigungsgründe als die sich auf die nicht verwertbaren Beweismittel stützenden macht die Beschwerdegegnerin nicht geltend. Schon weil die behaupteten Kündigungsgründe damit unbewiesen geblieben sind, erweist sich die Kündigung als rechtsfehlerhaft, ohne dass noch geprüft werden müsste, ob die angeführten Gründe eine Kündigung überhaupt gerechtfertigt hätten.

5.

5.1 Erweist sich die Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt und wird der oder die Angestellte nicht wiedereingestellt, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR, SR 220) über die missbräuchliche Kündigung (§ 18 Abs. 3 Satz 1 PG). Das Verwaltungsgericht legt § 18 Abs. 3 Satz 1 PG in konstanter Praxis dahingehend aus, dass ein Anspruch auf Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung ausgeschlossen ist (vgl. VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00105, E. 4.1 Abs. 2 – 5. März 2014, VB.2013.00685, E. 7 Abs. 3 – 1. April 2009, PB.2009.00002, E. 2.1 – 11. Juni 2003, PB.2003.00011, E. 2b = RB 2003 Nr. 116). Entsprechend kann das Verwal-

tungsgericht nach § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 VRG nur die Unrechtmässigkeit einer Kündigung feststellen und eine Entschädigung zusprechen, hingegen die Kündigung an sich nicht aufheben; anders verhielte es sich nur, wenn das anwendbare Personalrecht einen Weiterbeschäftigungsanspruch bei unrechtmässiger Kündigung vorsähe (VGr, 8. November 2017, VB.2017.00300, E. 3; BGE 144 I 181 E. 5).

5.2 Die Beschränkung der Entscheidbefugnis nach § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG gilt von vornherein nicht, wenn sich die angefochtene Kündigungsverfügung als nichtig erweist: In diesen Fällen geht es nicht um die Frage, ob eine Kündigung un gerechtfertigt und deshalb eine Entschädigung zuzusprechen ist, sondern um die originäre Gültigkeit der Kündigung (VGr, 20. Februar 2013, VB.2012.00747, E. 2 mit Hinweis). Nichtig Verfü gungen entfalten zu keinem Zeitpunkt Rechtswirkungen, sie sind rechtlich inexistent; Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Sie ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (vgl. Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 31 N. 14; BGE 136 II 415 E. 1.2).

Ob Nichtigkeit vorliegt, bestimmt sich gemeinhin nach der Evidenztheorie: Es muss ein schwerwiegender Rechtsfehler vorhanden sein, der Fehler muss offenkundig oder zumindest leicht erkennbar sein, und die Annahme der Nichtigkeit darf nicht zu einer ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit führen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Als Nichtigkeitsgründe fallen namentlich schwerwiegende Zuständigkeitsfehler, schwerwiegende Verfahrens- und Formfehler sowie in seltenen Ausnahmefällen ausserordentlich schwerwiegende inhaltliche Mängel in Betracht (BGr, 31. August 2010, 8C_1065/2009, E. 4.2.3). Nichtigkeit darf nicht leichthin angenommen werden; die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ist im Einzelfall aufgrund einer Interessenabwägung zu ziehen (VGr, 20. April 2005, PB.2004.00078, E. 4.1, und 23. August 2006, PB.2005.00066, E. 3.2 [je mit Hinweisen]). Im vorliegenden Kontext ist dabei jedoch zu berücksichtigen, dass es den Rechtsmittelbehörden gerade verwehrt ist, die Kündigung aufzuheben. Die sehr strenge Praxis zur Nichtigkeit beruht auf der Prämisse, dass fehlerhafte Verfügungen auf dem Rechtsmittelweg aufgehoben werden können, und lässt sich deshalb nicht unbesehen auf das

kantonale Personalrecht übertragen, wo diese Möglichkeit bei einer Kündigung gerade nicht besteht. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass selbst im privaten Arbeitsrecht die Verletzung bestimmter Schutzvorschriften die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge hat (Art. 336c Abs. 1 f. OR). Umgekehrt darf der gesetzgeberische Wille, keinen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, nicht über eine zu grosszügige Praxis bei der Annahme der Nichtigkeit umgangen werden. Mithin muss die Nichtigkeit der Kündigung auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben, in welchen die materielle Fehlerhaftigkeit der Kündigung derart schwer wiegt, dass eine blosser Feststellung der Unrechtmässigkeit und die Zusprechung einer Entschädigung diesen Unrechtsgehalt nicht zu beseitigen vermöchten (so im Ergebnis schon VGr, 13. Juni 2018, VB.2017.00444, E. 5). Eine derart schwerwiegende materielle Fehlerhaftigkeit liegt insbesondere dort vor, wo aufgrund des verwertbaren Beweisergebnisses überhaupt kein Kündigungsgrund ersichtlich ist, die Kündigung also gänzlich unmotiviert und damit willkürlich erscheint.

5.3 Es gilt zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin auch ohne die unverwertbaren Beweismittel eine Veranlassung gehabt hätte, ein Kündigungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin einzuleiten. Das ist zu verneinen. Zwar zählte die Beschwerdeführerin als Mitarbeiterin des Medizinhistorischen Instituts durchaus zum Kreis der für die Weitergabe von Informationen infrage kommenden Personen; das hätte aber auch auf zahlreiche andere Personen zutreffen; ein auch nur ansatzweise konkretisierter Verdacht lag nicht vor. Ohne die rechtswidrig erlangten Beweismittel hätte die Beschwerdegegnerin deshalb überhaupt keine Veranlassung gehabt, ein Kündigungsverfahren gegen die Beschwerdeführerin einzuleiten; insofern erscheint die Kündigung als gänzlich unmotiviert und willkürlich, was nach dem vorgängig Ausgeführten zur Nichtigkeit der Kündigung führt. Diese Rechtsfolge drängt sich auch deshalb auf, weil andernfalls die rechtswidrig erlangten Beweismittel indirekt doch Berücksichtigung fänden, indem sie zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses führten. Ein derartiges Ergebnis wäre rechtsstaatlich nicht hinnehmbar. Nachdem die Beschwerdeführerin ausdrücklich die Nichtigkeit der Kündigungsverfügung geltend macht und eine Weiterbeschäftigung objektiv möglich ist, spricht auch das Gebot der Rechtssicherheit nicht dagegen, die Kündigung als nichtig zu qualifizieren, zumal die Beschwerdeführerin bereits heute wieder Lehrleistungen für die Beschwerdegegnerin erbringt.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Mit der Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung ist der vorinstanzliche Entscheid vollständig (auch hinsichtlich der vorinstanzlich zugesprochenen Entschädigung von zwei Monatslöhnen wegen formell mangelhafter Kündigung) aufzuheben. Die Nichtigkeit der Kündigung ist im Dispositiv dieses Entscheids festzustellen.

7.

Weil der Streitwert mehr als Fr. 30'000.- beträgt (vorn E. 2), ist das Verfahren kostenpflichtig (§ 65a Abs. 3 Satz 1 VRG). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese ist zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der Rekurskommission der Zürcher Hochschulen vom 7. Februar 2019 aufgehoben. Es wird festgestellt, dass die das Anstellungsverhältnis der Beschwerdeführerin auflösende Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 29. Oktober 2013 nichtig ist.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 260.-- Zustellkosten,
Fr. 15'260.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 15'000.- zu bezahlen.

5. Gegen dieses Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sie ist binnen 30 Tagen ab Zustellung einzureichen beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern.
6. Mitteilung an ...