



<b>Entscheidinstanz:</b>	Gesundheitsdirektion
<b>Geschäftsnummer:</b>	GD-ID 165-2005
<b>Datum des Entscheids:</b>	10. Februar 2006
<b>Rechtsgebiet:</b>	Personalrecht
<b>Stichwort:</b>	ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Austrittsdatum im Arbeitszeugnis, Abfindungsanspruch
<b>verwendete Erlasse:</b>	§§ 18 Abs. 3, 19, 22, 31 Abs. 1, 46 Abs. 2 Personalgesetz Art. 330a, 336a Abs. 2, 337, 337c Abs. 3 Obligationenrecht §§ 16 Abs. 1 lit. a, 17 Abs. 1, 18 Abs. 1–3 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz

#### **Zusammenfassung:**

Eine einmalige – wenn auch schwere – Pflichtverletzung (Alkoholabusus am Arbeitsplatz mit mehrtägigem Dienstausschlag) vermag in der Regel eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen, insbesondere bei einem langjährigen bisher unbescholtenen Mitarbeitenden.

Der Anspruch auf Ersatz des Lohnes bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung umfasst auch anteilmässig die vereinbarten oder gesetzlichen Zulagen und den anteiligen 13. Monatslohn. Der Arbeitgeber schuldet in einem solchen Fall in der Regel auch eine Entschädigung gemäss Art. 337c OR. Davon ist er nur ausnahmsweise entbunden, wenn sich dies durch besondere Umstände des Einzelfalls, die nicht durch den Arbeitgeber zu vertreten sind, begründen lässt.

Bei der Bemessung der Entschädigung sind die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die Enge und Dauer des Arbeitsverhältnisses und ein allfälliges Mitverschulden des Angestellten zu berücksichtigen. Betrifft der Kündigungsgrund Leistung und Verhalten des Angestellten, ist der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz mit einem mehrmonatigen Bewährungsverfahren zu berücksichtigen, das nicht durch das Aussprechen einer fristlosen Kündigung umgangen werden soll.

Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung entfällt ein Abfindungsanspruch nicht zum Vorherein. Darüber ist jedoch in einem separaten Verfahren erstinstanzlich zu entscheiden.

Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis wird bei Beendigung der Anstellung fällig und besteht unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits um die fristlose Entlassung. Allerdings darf eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung im Zeugnis nicht erwähnt werden und das Austrittsdatum ist auf ein (fiktives) Monatsende wie bei einer ordentlichen Kündigung auszustellen, da hier die Wahrheitspflicht ihre Grenze in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers findet.

#### **Anonymisierter Entscheidtext:**

- A. S.A. war seit dem (Datum) im Portierdienst beim Spital T angestellt. In der Nacht vom (Datum) auf den (Datum) wurde er um Mitternacht von einem Sicherheitsangestellten beim Haupteingang des Spital T bewusstlos am Boden liegend aufgefunden, worauf ein Nachtportier des Spitals alarmiert wurde. Kurz zuvor war S.A. im Korridor zusammen mit einem Berufskollegen gesehen worden, als er in stark angetrunkenem Zu-



stand Richtung Haupteingang ging. Nach einem Reanimationsversuch durch den Nachtportier vor Ort wurde er in der Notfallaufnahme untersucht und behandelt. Dort wurde ein Alkoholspiegel von 2.68 ‰ festgestellt und ein Diabetes mellitus (Altersdiabetes) diagnostiziert. In der Folge war er vom (Datum) bis (Datum) zu 100% krankgeschrieben. Auf Grund des beschriebenen Vorfalles wurde das Anstellungsverhältnis mit S.A. am (Datum) fristlos gekündigt.

- B. Gegen diese Kündigung erhebt S.A. am 19. Januar 2005 innert Frist Rekurs bei der Gesundheitsdirektion und beantragt:
- «1. Es sei die Verfügung vom (Datum), mit der die fristlose Kündigung verfügt wurde, aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht beendet wurde;
  2. es sei die Verfügung vom (Datum), mit der das Hausverbot erteilt wurde, aufzuheben;
  3. eventualiter sei die Rekursgegnerin zu verpflichten, dem Rekurrenten den Betrag von Fr. ... zu bezahlen, und es sei dem Rekurrent eine Abfindung sowie eine Entschädigung, im Ermessen der Rekursinstanz, zu entrichten;
  4. eventualiter sei dem Rekurrenten ferner ein Arbeitszeugnis mit nachfolgendem Wortlaut auszustellen: "...»
- C. Der Rekursgegner beantragt mit Schreiben vom 23. Februar 2005 sinngemäss die Abweisung des Rekurses.
- D. Mit Schreiben vom 1. März 2005 forderte die Gesundheitsdirektion beim Rekursgegner zusätzliche Unterlagen zum Sachverhalt ein. Diese Auflage wurde durch das Spital am 21. März 2005 beantwortet unter Beilage von zusätzlichen Beweisunterlagen.
- E. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels reichten die Parteien innert Frist ihre Stellungnahmen ein. Zudem beantragte der Rekurrent in seiner Eingabe vom 13. Mai 2005 eine Änderung bzw. eine Reduktion seiner Rekursbegehren auf das Eventualbegehren Ziffer 3 der Rekurses und auf die Ausstellung eines korrekten Arbeitszeugnisses.
- F. (Zum Mitberichtsverfahren mit dem kantonalen Personalamt)

Es kommt in Betracht:

- 1.a) (Rekurslegitimation gegeben).
- b) (teilweise Gegenstandslosigkeit des Rekurses wegen Reduktion der Rekursbegehren)
2. Gemäss den verbleibenden Anträgen verlangt der Rekurrent, dass der Rekursgegner ihm den Betrag von Fr. ... sowie eine Abfindung und eine Entschädigung nach Ermessen der Rekursinstanz zuspreche. Diese Anträge setzen voraus, dass die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt beurteilt wird, was vorab zu prüfen ist.
  - a) Nach Art. 337 OR, worauf § 22 des Zürcherischen Personalgesetzes (PG) verweist, gilt als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3).



Auf Grund einer spezifischen Verweisung auf Art. 337c Abs. 3 OR in der Weisung des Regierungsrates zum neuen Personalgesetz vom 22. Mai 1996 ergibt sich, dass das Personalrecht die OR-Bestimmungen zur ungerechtfertigten (ordentlichen) Kündigung auch auf Fälle ungerechtfertigter fristloser Kündigungen für anwendbar erklärt (vgl. Antrag Nr. 3505 des Regierungsrates vom 22. Mai 1996, S. 71).

- b) In der Praxis wird eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers als gerechtfertigt anerkannt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist, sind alle Umstände zu berücksichtigen und einer Gesamtwürdigung zu unterziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Januar 2005, 4C. 407/2004; BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit weiteren Hinweisen).
- c) Der Rekursgegner erachtet das Fehlverhalten des Rekurrenten in der Nacht auf den (Datum), als dieser wegen übermässigem Alkoholkonsum am Arbeitsplatz und während der Arbeitszeit notfallmässig behandelt werden musste und seine Arbeit nicht mehr ausführen konnte, als so schwerwiegende Pflichtverletzung, dass dadurch das gegenseitige Vertrauen völlig zerstört worden und dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Denn durch den übermässigen, zur Arbeitsunfähigkeit führenden Alkoholkonsum habe der Rekurrent, dem als Sicherheitsangestellter von Berufes wegen eine besondere Sorgfaltspflicht obliege, während der Arbeitszeit den Betrieb unmittelbar gestört sowie Patienten und Angestellte gefährdet. Der extrem hohe Alkoholwert im Blut sei nicht allein durch die Diabeteserkrankung des Rekurrenten bedingt gewesen. Sein Verhalten sei als erhebliche vorsätzliche oder zumindest grobfahrlässige Pflichtverletzung und als schweres Verschulden einzustufen, weshalb die fristlos ausgesprochene Kündigung gerechtfertigt sei. Eine weitere Zusammenarbeit während der Kündigungsfrist wäre unter solchen Umständen auch nicht unter Hinweis auf die bisherige, anstandslose Arbeitsleistung zuzumuten gewesen.

Die Einwände des Rekurrenten, wonach er durch seinen Vorgesetzten zum Alkoholkonsum animiert worden sei, weist der Arbeitgeber als unzutreffend zurück. Ebenso wenig lasse sich zwischen der fristlosen Kündigung und der geplanten Umstrukturierung des Sicherheits- und Portierdienstes ein Zusammenhang konstruieren.

Von einer vorgängigen Anhörung habe vorliegend abgesehen werden können, da der Rekurrent anschliessend an den Vorfall neun Tage lang (selbstverschuldet) arbeitsunfähig und für den Arbeitgeber nicht erreichbar gewesen sei. Der Arbeitgeber habe jedoch die fristlose Kündigung ohne Verzug erklären müssen. Ein sofortiger Entscheid sei im öffentlichen Interesse unumgänglich gewesen.



Für den Fall, dass die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt erachtet werde, sei jedenfalls eine Entschädigung abzulehnen, denn das vorsätzliche bzw. grobfahrlässige Fehlverhalten des Arbeitnehmers überwiege allfällige Verfahrensmängel des Arbeitgebers bei weitem.

- d) Demgegenüber wendet der Rekurrent ein, er habe seit über 17 Jahren klaglos und zuverlässig im Wachdienst gearbeitet, wozu Kontrollgänge, Interventionen auf Abruf bei aggressiven Patienten und das Türenöffnen am Morgen gehörten. Dementsprechend habe er immer nur sehr gute Mitarbeiterbeurteilungen (MBU) erhalten. Dabei sei jeweils besonders seine Pünktlichkeit, Teamfähigkeit und sein Pflichtbewusstsein gewürdigt worden. In der letzten Beurteilung vom 10. April 2003 sei sogar in Betracht gezogen worden, ihn als Stellvertreter der Spitalwache einzusetzen. Der Vorfall vom (Datum) könne unter diesen Umständen keinesfalls als schwere Verfehlung qualifiziert werden, schon gar nicht ohne Abmahnung, und nachdem sie vom Arbeitgeber letztlich dadurch toleriert worden sei, dass der konsumierte Wein und Lachs vom Chef (anlässlich des bevorstehenden Umzugs des Wachlokals) spendiert worden seien.

Am (Datum) sei der Rekurrent für den Nachtdienst (21 bis 7 Uhr) eingeteilt. Gegen 17 Uhr habe ihm ein Arbeitskollege telefonisch mitgeteilt, der Chef habe ihnen vier Flaschen Wein und Lachs im Wachlokal überlassen. Er solle noch Brot, Zwiebeln und Kapern mitbringen, damit sie auf die bevorstehenden Feiertage und auf den Abschied vom bisherigen Wachlokal anstossen könnten. Der Rekurrent sei gegen 19 Uhr im Wachlokal eingetroffen. Gegen 21 Uhr sei dann – sozusagen als «böser» Zufall – noch ein pensionierter Kollege auf Besuch gekommen, der dem Alkohol zugeneigt sei. Gegen Mitternacht habe sich der Rekurrent auf seinen Rundgang begeben. Kurz darauf sei er vor dem Haupteingang des Spitals bewusstlos zusammengebrochen, so dass er reanimiert und in die Notfallaufnahme gebracht werden musste. Dort sei ein Alkoholspiegel von 2.68 ‰ festgestellt und zum ersten Mal ein Altersdiabetes diagnostiziert worden. Keinesfalls sei er Alkoholiker, wie der Kurzbericht über die notfallmässige Behandlung auf den ersten Blick vermuten liesse. Die schlechten Leberwerte würden vielmehr mit der leiblichen Fülle zusammenhängen. Die chemische Blutuntersuchung und das erstellte Blutbild würden lediglich im Zusammenhang mit dem einmaligen übermässigen Alkoholenuss erhöhte Werte aufweisen, nicht jedoch abweichende Werte, die auf längerfristigen Alkoholabusus hindeuten würden. Der Altersdiabetes führe zu einem stark verzögerten natürlichen Alkoholabbau und schon bei der Einnahme von geringen Mengen alkoholischer Getränke zu höheren Blutwerten. Wegen seines gesundheitlichen Zustandes habe der Rekurrent bis (zu den Feiertagen) zu Hause bleiben müssen. Gegen die am (Datum) ohne vorgängige Abmahnung ausgesprochene fristlose Kündigung und das Hausverbot habe er am (Datum) beim nächst höheren Vorgesetzten Einspruch erhoben und mit Schreiben vom (Datum) seine Arbeitskraft weiterhin zur Verfügung gestellt, was vom Betrieb am (Datum) abgelehnt worden sei. In jenem Zeitraum sei eine Restrukturierung des Wachdienstes und damit verbunden eine Personalreduktion bis zum (Datum) geplant worden. Es sei deshalb nahe liegend, dass mit dieser Kündigung die Gelegenheit genutzt worden sei, eine erste Stelle abzubauen.

- e) Dem Rekursgegner kann dahingehend gefolgt werden, dass es sich bei der Angetrunkenheit des Rekurrenten während seiner Arbeitszeit um eine schwerwiegende Pflicht-



- verletzung handelte und dass auch die anschliessenden neun Krankheitstage vom Rekurrenten selbstverschuldet wurden. Eine Absicht des Arbeitgebers, mit der fristlosen Entlassung eine allfällige Sperrfrist zu umgehen, erscheint unter diesen Umständen nicht gegeben.
- f) Das fehlerhafte Verhalten des Rekurrenten in jener Nacht war im Übrigen durchaus geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien verhältnismässig stark zu beeinträchtigen, wie dies offenbar auch geschehen ist. Angesichts der Tatsache, dass es sich beim strittigen Vorfall um ein einmaliges Fehlverhalten des Rekurrenten gehandelt hat und dieser sich vorher während 17 Jahren nichts hat zu Schulden kommen lassen, sondern immer gute Qualifikationen betreffend Leistung und Verhalten erhalten hat, genügt der Mangel objektiv gesehen nicht, um das Vertrauen des Arbeitgebers so tief greifend zu erschüttern, dass sich nur die Anordnung der schwersten personalrechtlichen Massnahme, die an besonders strenge Bedingungen geknüpft ist, aufgedrängt hätte und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten gewesen wäre. Vielmehr erscheint vorliegend angemessen, dass der Arbeitgeber den Angestellten vorerst durch weniger einschneidende Massnahmen verwarnet und ihm die Chance gegeben hätte, sich zu bewähren. Diese Möglichkeit wurde ihm durch die fristlose Kündigung vorenthalten. Der Arbeitgeber hätte auf jeden Fall den Mitarbeiter zuerst mündlich oder schriftlich anhören müssen, bevor er weitere personalrechtliche Schritte anordnete (Verweis, Mitarbeiterbeurteilung, Verwarnung und Kündigungsandrohung, Bewährungsverfahren etc.; vgl. §§ 19 und 30 PG sowie § 18 der Vollzugsverordnung des Personalgesetzes, VVO). Das Aussprechen der fristlosen Kündigung, als schwerste personalrechtliche Sanktion, widerspricht deshalb auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit.
- g) Es ist somit festzuhalten, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht angemessen und die Weiterbeschäftigung des Rekurrenten – mindestens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist – zumutbar war. Demnach erweist sich die vorliegende fristlose Kündigung als unverhältnismässig und nicht gerechtfertigt.
3. Dementsprechend sind vorliegend die weiteren Rechtsfolgen zu prüfen, die sich aus Art. 337c OR ergeben. Mit seiner Forderung eines Betrages von Fr. ... beantragt der Rekurrent sinngemäss die Leistung von Schadenersatz für den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen sechsmonatigen Kündigungsfrist.
- a) Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre. Er muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat, und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 1 und 2 OR).
- b) In Anwendung der Kündigungsfristen gemäss PG ergibt sich für den vorliegenden Fall mit einer Anstellungsdauer von über zehn Jahren eine Kündigungsfrist von sechs Monaten (§ 17 Abs. 1 lit. d PG). Für diese Zeitspanne hat der Rekurrent Anspruch auf Ersatz des entgangenen Lohnes einschliesslich der anteilmässigen vereinbarten oder gesetzlichen Zulagen und des anteiligen 13. Monatslohnes (ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zum Arbeitsvertrag, 3. A., Zürich 1996, Art. 337c N. 8,



mit Hinweisen). Davon sind allenfalls im Zeitraum (der Kündigungsfrist) anderweitig erzielte oder erzielbare Verdienste abzuziehen.

- c) Beim genannten Ersatz des Lohnes für die Zeit der nach Gesetz zustehenden Kündigungsfrist handelt es sich zwar im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nicht um eigentlichen Lohn. Trotzdem sind dafür Sozialversicherungsabgaben zu entrichten, da dem Betroffenen ansonsten unerwünschte Beitragslücken und somit weiterer Schaden entstehen könnten. Aus diesen Gründen ist der Schadenersatz für den entgangenen Lohn in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht wie eine Lohnzahlung zu behandeln. Der Arbeitgeber hat somit, von dem zu errechnenden Bruttobetrag für den der Berechnung zu Grunde liegenden Zeitraum die Arbeitnehmerbeiträge für AHV/IV, AIV, NBU, BVG, EO zurückzubehalten und zusammen mit einem gleich hohen Arbeitgeberbeitrag an die Sozialwerke abzuliefern. Der dem Gekündigten zuzusprechende Schadenersatz ist deshalb um den Arbeitnehmeranteil der Sozialversicherungsbeiträge zu kürzen und umfasst damit nur den Nettolohn (vgl. REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, OR 337c N 6).
- d) Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Rekurrenten der Lohnersatz für sechs Monate nicht im beantragten Umfang des Bruttolohnes von Fr. ..., sondern des Nettolohnes für (die Dauer der Kündigungsfrist) (inkl. Schichtvergütung, pro-rata-Anteil des 13. Monatslohnes sowie unter An- bzw. Abrechnung anderweitig erzielter oder erzielbarer Verdienste oder Arbeitslosengelder für diesen Zeitraum) zusteht.

Die Berechnung des Gesamtbetrages hat sich dabei auf die ab 1. Januar 2005 geltenden Lohntabellen zu stützen, da per 1. Januar 2005 die Teuerungszulage im Umfang von 0.75% gewährt wurde und der Rekurrent Anspruch auf Ersatz dessen hat, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist beendet worden wäre.

Demnach ist der Rekurs in diesem Punkt teilweise gut zu heissen und zur genaueren Berechnung des Lohnersatzes, der zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge und des anrechenbaren anderweitigen Erwerbseinkommens aus dem einschlägigen Zeitraum an den Rekursgegner zurückzuweisen.

4. Im Weiteren beantragt der Rekurrent die Ausrichtung einer Entschädigung nach Ermessen der Rekursinstanz, wobei er selbst wegen aussergewöhnlich verletzender Umstände eine solche von mindestens 5 Monatslöhnen als angemessen erachtet.
- a) Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt, die jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen darf. Dieser enthält sowohl die Funktion einer Strafe als auch der Wiedergutmachung.

Nach herrschender Praxis zu Art. 337c Abs. 3 OR ist im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung der Arbeitgeber nur ausnahmsweise von dieser Entschädigungspflicht entbunden. Solche Ausnahmen müssen sich jedoch durch spezifische Umstände des konkreten Falles begründen lassen, woran der Arbeitgeber weder ein Verschulden trägt, noch dass sie ihm zur Last gelegt werden könnten (vgl. zum Ganzen: VGr ZH 26. Februar 2003, VB.2002.00038, in: ZBI 12/2004, S. 671 ff.; vgl. auch BGer-Entscheid 4C.10/2002 = Pra 3/2003 Nr. 52 ; BGE 123 III 391 Erw. 3.c S. 394 = Pra 87



Nr. 24; BGE 121 III 64 Erw. 3.c S. 68 = Pra 85 Nr. 16; BGE 116 II 300 Erw. 5.a = Pra 80 Nr. 118;).

- b) Für die Bemessung der Entschädigung ist auf die massgeblichen Umstände des Einzelfalls abzustellen, namentlich auf das Verschulden des Arbeitgebers, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die Enge und Dauer der vertraglichen Beziehungen sowie das allfällige Mitverschulden des Arbeitnehmers (vgl. VGr-Entscheid vom 26. Februar 2003, VB.2002.00038, mit Verweisen auf Literatur und Praxis).
- c) In Abwägung der verschiedenen Aspekte und der strengen Voraussetzungen bei einer fristlosen Entlassung erweist sich die Sanktion des Arbeitgebers im Vergleich zum Verschulden des Angestellten als unverhältnismässig und es erscheint unter diesen Umständen nicht angebracht, den Rekursgegner von der Entschädigungspflicht auszunehmen.

Dabei ist vorab zu berücksichtigen, dass der Rekurrent über 17 Jahre klaglos seinen Dienst versehen hat, ohne dass er je wegen mangelhaftem Verhalten oder gar wegen Alkoholproblemen hätte verwarnt werden müssen. Im Gegenteil wurde er in dieser Zeit drei Mal befördert und nahm zeitweise die Stellvertretung für den Leiter der Spitalwache wahr.

- d) Der Entschädigungsanspruch des Rekurrenten erweist sich auch aus folgenden weiteren materiellen und formellen Gründen als gerechtfertigt.
- aa) Wird eine Kündigung – wie vorliegend – wegen unbefriedigendem Verhalten des Angestellten ausgesprochen (§ 16 Abs. 1 lit. a VVO), sind die besonderen Verfahrensnormen gemäss § 19 PG in Verbindung mit § 18 Abs. 1 bis 3 VVO zu beachten.

Gemäss § 19 Abs. 1 PG hat die Anstellungsbehörde, bevor sie eine Kündigung aus diesem Grund ausspricht, dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist einzuräumen und gegebenenfalls die Kündigung vorgängig anzudrohen. Die Bewährungsfrist beträgt ab dem zweiten Dienstjahr in der Regel drei bis sechs Monate. § 19 Abs. 2 PG sieht zudem vor, dass Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, durch eine Mitarbeiterbeurteilung belegt werden müssen. Nach Ablauf der Bewährungsfrist ist eine weitere Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen. Vor Aussprechung der Kündigung muss der oder dem Angestellten Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden (§ 18 Abs. 1 bis 3 VVO). Bei Nichteinhalten dieser Schutzvorschriften erweist sich die Entlassung aus diesem Grund als sachlich nicht gerechtfertigt und ergibt sich für den Gekündigten ein Entschädigungsanspruch nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung (vgl. § 18 Abs. 3 PG). Diese Regelung gilt sowohl für materiell als auch für formell fehlerhafte Kündigungen (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., § 80 N. 5; dazu auch die Entscheide des Verwaltungsgerichts vom 8. Mai 2002, PB. 2002.00003, Ziffer 4 lit. c bb - dd) sowie vom 29. August 2002, PB.2001.00011, E. 6a).

- bb) Die Einhaltung dieser Kündigungsschutzvorschriften soll nicht durch das Aussprechen einer (ungerechtfertigten) fristlosen Kündigung umgangen werden können. Das mangelhafte Vorgehen des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang begründet auch vorliegend einen Entschädigungsanspruch gestützt auf § 18 Abs. 3 PG in Verbindung mit Art. 336a Abs. 2 OR, da auch in casu vor dem Aussprechen der Kündigung ein ent-



sprechendes Bewährungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen und die fristlose Entlassung unter diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt ist (vgl. dazu auch vorne Erw. 2.f).

- cc) Zudem fällt als formeller Verfahrensmangel erschwerend ins Gewicht, dass der Arbeitgeber dem Betroffenen weder vor noch nach dem Aussprechen der fristlosen Kündigung das rechtliche Gehör gewährt hat, indem er ihm Gelegenheit gegeben hätte, sich zum Vorfall, zur drohenden bzw. ausgesprochenen Kündigung und zu deren Verhältnismässigkeit schriftlich oder mündlich zu äussern. Kann der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen an einer Anhörung nicht teilnehmen, ist es zulässig bzw. notwendig, ihn zumindest zu einer schriftlichen Stellungnahme innert angemessener Frist aufzufordern.

Gemäss § 31 Abs. 1 PG sind die Angestellten vor Erlass einer sie belastenden Verfügung anzuhören. Dieser formelle Rechtsanspruch wird bei Kündigungen wegen unbefriedigendem Verhalten zusätzlich ausdrücklich genannt (§ 18 Abs. 3 VVO). Von einer vorgängigen Anhörung kann nur abgesehen werden, wenn ein sofortiger Entscheid im öffentlichen Interesse notwendig ist; in diesem Fall ist die Anhörung jedoch so bald wie möglich nachzuholen (Abs. 2). Daraus folgt, dass sogar eine gerechtfertigte fristlose Kündigung den öffentlichen Arbeitgeber nicht davon entbindet, dem zu Entlassenden vorgängig oder mindestens nachträglich das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. ANDREAS KEISER, Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht nach dem revidierten Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, in: ZBI 5/1998, S. 203 f.). Eine Entschädigung wegen Gehörsverletzung anlässlich einer Kündigung zählt zwar nicht direkt zu den in § 18 PG genannten Entschädigungstatbeständen, doch rechtfertigt sich die analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 PG auf diese Fälle. Insofern sind damit auch die Bemessungsregeln von Art. 336a OR bzw. Art. 337c OR massgeblich (vgl. VGer vom 18. August 2004, PB.2004.00008, mit Verweisen).

- e) Andererseits bewirkt die schwere Pflichtverletzung des Rekurrenten, die er durch seine Betrunktheit während der Arbeitszeit in der Nacht vom (Datum) und die nachteiligen Folgen für den Betrieb (Arbeitsausfall für rund 10 Tage) verursacht hat, eine Verminderung des Entschädigungsanspruchs.

Wie stark der Gekündigte durch den Alkoholkonsum von 2,68‰ in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt war, lässt sich auf Grund der vorliegenden Akten nicht eindeutig und abschliessend beurteilen. Immerhin wird aber in mehreren Berichten unabhängig voneinander der Rekurrent und einer seiner Kollegen als zwei völlig Betrunkene beschrieben, die in Richtung Haupteingang des Spitals unterwegs gewesen seien. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch der Rekurrent sich zu einem Übermass an Alkoholenuss hat verleiten lassen. Damit hat er während der Arbeitszeit kein geringes Risiko in Kauf genommen.

Leicht mindernd ist dabei zu berücksichtigen, dass der vorhandene Alkohol den Mitarbeitenden durch den Vorgesetzten zur Verfügung gestellt worden war, wenn auch nur zum Anstossen auf den bevorstehenden Umzug und nicht, um sich bis zur Arbeitsunfähigkeit zu betrinken.

- f) In Berücksichtigung aller Umstände erweist sich vorliegend eine Entschädigung (gemäss Art. 337c Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 336a OR) im Umfang von drei Mo-





natslöhnen brutto (3/12 vom Jahresbruttolohn inkl. anteiligem 13. Monatslohn, ohne Abzug von Sozialversicherungsabgaben) als angemessen. Der Rekurs ist demnach auch in diesem Punkt teilweise gutzuheissen.

- g) Nach herrschender Ansicht ist unter einem als Entschädigung im Sinne von Art. 336a und 337c OR zugesprochenen Monatslohn der Bruttolohn zu verstehen, zu dem anteilmässig auch die regelmässig ausgerichteten Zulagen hinzuzuzählen sind (vgl. ADRIAN STAEHELIN/ FRANK VISCHER, a.a.O., OR 336a N 6, mit weiteren Hinweisen). Ein Monatslohn entspricht damit dem zwölften Teil des Jahresbruttolohns, selbst wenn gemäss § 12 Abs. 1 der Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 der Jahreslohn in total 13 Monatslöhnen zur Auszahlung gelangt. Der jeweils im Dezember auszurichtende 13. Monatslohn (§ 50 VVO) wird auf diese Weise anteilmässig berücksichtigt. Grundlage für die Entschädigungszahlung bildet – im Unterschied zum Lohnersatz (vgl. oben Erw. 3.) – der zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am (Datum) geltende Lohn.

Da dieser Entschädigungsanspruch weder Lohn noch Lohnersatz darstellt, sondern der Straf- und Präventionscharakter im Vordergrund steht, sind von diesem Betrag keine Sozialversicherungsbeiträge in Abzug zu bringen (vgl. BGE 123 V E. 5; vgl. auch VGr-Entscheid vom 5. November 2003, PB.2003.00013 mit weiteren Hinweisen).

5. Weiter fordert der Rekurrent eine Abfindung nach Ermessen der Rekursinstanz. Grundsätzlich bleibt auch im Falle einer fristlosen Kündigung eine Abfindung vorbehalten (§ 22 Abs. 4 letzter Satz PG). Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen sie nicht als gerechtfertigt erachtet wird.

Auf die konkrete Frage, ob auch in casu ein Abfindungsanspruch besteht, kann jedoch im vorliegenden Rekursverfahren nicht eingetreten werden. Vielmehr hat gemäss § 17 Abs. 1 VVO die Gesundheitsdirektion über einen allfälligen Abfindungsanspruch in einem separaten Verfahren – nach Antragstellung des Betriebes und im Einvernehmen des Personalamtes – durch erstinstanzliche Verfügung zu entscheiden.

Da bereits im vorliegenden Rekurs gegen die Kündigung ein Abfindungsbegehren gestellt worden ist und zur Vermeidung von Umtrieben, wird – sobald der Kündigungsrekurs rechtskräftig geworden ist – die Gesundheitsdirektion zur Prüfung dieses Abfindungsantrages ein separates Verfahren eröffnen.

6. Schliesslich beantragt der Rekurrent in Ziffer 2 des Schreibens vom 13. Mai 2005, es sei ihm vom Arbeitgeber ein korrektes Arbeitszeugnis auszustellen. Damit verzichtet er sinngemäss darauf, dass der von ihm ursprünglich in der Rekurschrift in Ziffer 3 vorgeschlagene Wortlaut übernommen wird.
- a) Auf Grund von § 46 Abs. 2 PG können Angestellte vom zuständigen Personalverantwortlichen jederzeit ein Zeugnis verlangen, das über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten Auskunft gibt. Diese Formulierung im neuen öffentlichen Personalrecht entspricht sozusagen wörtlich derjenigen in Art. 330a OR, welche bisher in öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen sinngemäss zur Anwendung kam. Auch wenn das öffentliche Personalrecht für die zu entscheidende Einzelfrage nun eine eigenständige, explizite Norm bereitstellt, ist aus dem gleich bleibenden Wortlaut dieser neuen öffentlichrechtlichen Bestimmung grundsätzlich zu schliessen, dass sich am Umfang des Rechts auf Ausstellung eines Arbeits-



zeugnisses unter dem neuen Recht nichts geändert hat, so dass auch für die Rechtsprechung im vorliegenden Bereich auf die herrschende Lehre und Praxis zu Art. 330a OR zurückgegriffen werden kann, zumindest soweit sie mit den Grundprinzipien des Verwaltungsrechts übereinstimmen, welche zweifellos auch für den Bereich des Personalrechts und für die nunmehr öffentlich-rechtliche Bestimmung von § 46 Abs. 2 PG gelten (vgl. H.J. MOSIMANN, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, in: ZBI 1998 S. 449 ff. insbesondere S. 464 und S. 472). Dabei ist insbesondere den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.

- b) Der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis wird mit dessen Geltendmachung, spätestens jedoch zusammen mit allen anderen aus dem Arbeitsverhältnis entstandenen Forderungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Wird ein Arbeitszeugnis verlangt, hat der Arbeitgeber innert angemessener (kurzer) Frist ein solches auszustellen (vgl. SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Bern 1996, S. 35 f.). Da das Arbeitsverhältnis vorliegend am (Datum) geendet hat, ergibt sich daraus auch ein entsprechend fälliger Anspruch auf eine unverzügliche Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, unabhängig davon, ob die Kündigung rechtmässig erfolgt ist oder nicht. Denn die Beurteilung der Arbeitsleistung des Rekurrenten hat unabhängig vom Ausgang eines Rechtsstreits über die fristlose Kündigung zu erfolgen. Soweit der Rekurrent die unverzügliche Ausstellung des Zeugnisses verlangt, erscheint sein Anspruch begründet.
- c) Bei der inhaltlichen Formulierung des Arbeitszeugnisses wird der Rekursgegner jedoch auch den Ausgang des vorliegenden Rekursverfahrens zu berücksichtigen haben. Danach wäre es jedenfalls nicht zulässig, die (ungerechtfertigte) fristlose Kündigung bzw. die vom Arbeitgeber behauptete Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zu erwähnen.
- d) Unter den vorliegenden Umständen stellt sich weiter die Frage, welches Enddatum der Anstellung im Arbeitszeugnis anzugeben ist. Das Arbeitsverhältnis wurde rechtlich und faktisch am (Datum mitten im Monat) beendet. Die tatsächlichen Angaben im Arbeitszeugnis müssen objektiv richtig (wahr) sein, doch darf bei einer ausserordentlichen Kündigung, die nicht gerechtfertigt war, nicht der tatsächliche Tag der Beendigung der Anstellung, sondern nur der fiktive Tag einer ordnungsgemässen Beendigung durch ordentliche Kündigung genannt werden, da andernfalls durch die Angabe eines ungewöhnlichen Zeitpunktes der Auflösung dem Arbeitnehmer ein unnötiger Schaden entstehen kann. Die Wahrheitspflicht findet in diesem Sinn ihre Grenze in der Fürsorgepflicht (vgl. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Aufl., Bern 1999, N 116; dazu auch U. STREIFF/ A. VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. A., Zürich 2006, OR 330a N 5 mit Hinweisen). Vorliegend hätte dies zur Folge, dass als Enddatum der Anstellung des Rekurrenten (Monatsende am Schluss der ordentlichen Kündigungsfrist) zu setzen wäre. Dies hingegen wäre auf Grund der langen Kündigungsfrist von sechs Monaten gemäss Personalgesetz (im Unterschied zu üblicherweise kürzeren Kündigungsfristen gemäss Privatrecht) unter Beachtung der Wahrheitspflicht unbefriedigend. Im Interesse des ungerechtfertigt entlassenen Arbeitnehmers erscheint es deshalb angemessener, sich vorliegend damit zu behelfen, dass im



Arbeitszeugnis das auf die Entlassung nächstfolgende Monatsende als Beendigungsdatum erwähnt wird.

- e) Abschliessend ist der Rekursgegner zu verpflichten, dem Rekurrenten im Sinne der vorgenannten Erwägungen ein korrektes Arbeitszeugnis auszustellen. Insofern ist dieser Rekursantrag gutzuheissen.
7. Zusammenfassend ergibt sich auf Grund der gesamten Erwägungen, dass der Rekurs teilweise gutzuheissen ist. Dem Rekurrenten ist einerseits Schadenersatz für den Nettolohn bis zum Ablauf der ordentlichen gesetzlichen Kündigungsfrist bis Ende (Datum), basierend auf den per 1. Januar 2005 geltenden Lohntabellen (inkl. Leistung von Sozialabgaben und unter Anrechnung von anderweitig erzieltm oder erzielbarem Erwerbseinkommen) und andererseits eine Entschädigung von drei Monatslöhnen brutto (3/12 vom Jahresbruttolohn inkl. anteiligem 13. Monatslohn, ohne Abzug von Sozialversicherungsabgaben) zuzusprechen. Zudem ist der Arbeitgeber zu verpflichten, dem Rekurrenten im Sinne der Erwägungen ein korrektes Arbeitszeugnis auszustellen.
- Im Übrigen ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf einzutreten oder er nicht gegenstandslos geworden ist.
8. Da es sich im vorliegenden Verfahren um eine personalrechtliche Streitigkeit handelt, sind die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen (§ 13 Abs. 3 VRG).
9. Dem Rekurrenten ist auf Grund seines überwiegenden Obsiegens eine angemessene Parteientschädigung im Umfang von Fr. 600 zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG; Kölz/Bosshart/ Röhl, a.a.O., § 17 N 32).