

Gerichtspraxis zum Lehrpersonalrecht

MARCO DONATSCH

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	6
A. Vielschichtige Interessenlage	6
B. Gesetzesvollzug durch die Schulbehörden und nachträgliche Gerichtskontrolle – eine unterschiedliche Aufgabe	7
II. Ausgewählte Problemfelder der Gerichtspraxis	8
A. Prozessuales	8
1. Aufschiebende Wirkung und Entscheidungsbefugnis der Rechtsmittelinstanzen	8
a) Bei der Freistellung	9
b) Bei der Kündigung	9
c) Bei der Versetzung	12
2. Anfechtungsobjekte	12
a) Mitarbeiterbeurteilung (MAB)	12
b) Ansetzung einer Bewährungsfrist	14
B. Arbeitszeit	14
1. Arbeitszeit – Entlohnung	15
2. Arbeitszeit – Überzeit	16
a) Rechtsgrundlagen und Problemstellung	16
b) Erwägungen des Verwaltungsgerichts	16
c) Ergebnis	17
3. Würdigung	18
4. Hinweis: Neue Regelung der Arbeitszeit für Lehrpersonen	18
C. Versetzung	19
1. Versetzung als Dauermassnahme	19
2. Versetzung von Lehrpersonen	20
D. Freistellung	21
1. Rechtsgrundlagen	21
2. Formelle Gesichtspunkte der Freistellung	22
3. Materielle Voraussetzungen der Freistellung und der Lohnkürzung bzw. -einstellung	23
E. Kündigung	24
1. Grundsätzliches	24
2. Schwierige Abgrenzung: Kündigung wegen unbefriedigenden Verhaltens – Kündigung wegen Vertrauensverlustes	25
a) Gesetzliche Regelung	25
b) Kündigung wegen Vertrauensverlustes – Entwicklung der Rechtsprechung	26
c) Würdigung	27
3. Kündigung von Lehrpersonen wegen Vertrauensverlustes	28
a) Materielle Gesichtspunkte	28
b) Formelle Gesichtspunkte	29

I. Einleitung

Nachstehend wird versucht, einen Überblick über die Anwendung des Lehrpersonalrechts in der Gerichtspraxis zu verschaffen. Ins Blickfeld werden demnach die Regelungsbereiche bzw. Problemfelder gerückt, welche in der Praxis zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führen. Es wird damit auch zu Überschneidungen mit den weiteren Beiträgen dieses Tagungsbandes kommen.

Bevor auf einzelne Gerichtsentscheide eingegangen wird, sei eine kurze Vorbemerkung zu folgenden Aspekten erlaubt: Zum einen stehen die Schulbehörden bei der Anwendung des Lehrpersonalrechts – im Unterschied zu vielen anderen Anstellungsverhältnissen – in tatsächlicher Hinsicht vor einer besonders komplexen Interessenlage (A.); zum anderen gilt es aus Sicht der Schulbehörden als erstinstanzlichen Vollzugsorganen bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung die besondere gerichtliche Perspektive bei der Entscheidungsfindung im Auge zu behalten (B.).

A. Vielschichtige Interessenlage

Bei «gewöhnlichen» Anstellungsverhältnissen entstehen Konflikte zwischen der angestellten Person und ihren Vorgesetzten oder anderen Mitarbeitenden. Diese Konflikte sind in der Regel zwischenmenschlicher Natur und haben mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung relativ wenig – bis gar nichts – zu tun; sie spielen sich im Innern einer Verwaltungseinheit ab, ohne dass Aussenstehende davon betroffen sind.

Die Stellung der Lehrpersonen ist demgegenüber, sowohl was die zwischenmenschlichen Kontakte wie auch die mit der Aufgabenerfüllung betroffenen öffentlichen und privaten Interessen betrifft, eine überaus komplexe: Eine Lehrperson steht im Rahmen ihres Anstellungsverhältnisses bei der Erfüllung ihres Berufsauftrages einer Vielzahl von «Interessengruppen» gegenüber. Da sind – nur kurz und auch unvollständig erwähnt – die politisch gewählte Schulpflege, die Schulleitung und ein Lehrerteam sowie die Schülerinnen und Schüler und deren Eltern. Allen Beteiligten geht es selbstverständlich um das Wohl der Kinder – doch wie dieses zu verwirklichen ist, darüber gehen die Meinungen in der Lebenswirklichkeit, zumal aufgrund divergierender Wahrnehmung der tatsächlichen Verhältnisse, auseinander.

B. Gesetzesvollzug durch die Schulbehörden und nachträgliche Gerichtskontrolle – eine unterschiedliche Aufgabe

Die Perspektive des Verwaltungsgerichts bzw. der Rechtsprechung ist eine besondere – aus Sicht der (erstinstanzlich) rechtsanwendenden Behörden nicht selten auch eine «weltfremde». Die Gerichtskontrolle ist auf die nachträgliche Beurteilung eines tatsächlichen Geschehens und dessen rechtliche Würdigung beschränkt. Das Gericht urteilt mit anderen Worten ohne in einen echtzeitlichen Entscheidungsprozess eingebunden zu sein, ohne direkte Wahrnehmung der zwischenmenschlichen Spannungen der Beteiligten in einem in aller Regel schriftlichen Verfahren gestützt auf das Aktendossier. – Um kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Gerade durch diese Stellung des Gerichts als unabhängige und ex post urteilende Instanz wird die möglichst richtige und objektive Rechtsprechung garantiert.

Die Kenntnis der Leitlinien der Rechtsprechung ist für die rechtsanwendenden Behörden unerlässlich. Die Schulbehörden haben der richtigen Rechtsanwendung von Amtes wegen Sorge zu tragen und ihr Handeln muss dem öffentlichen Interesse und insbesondere dem Interesse der Schülerinnen und Schüler dienen; dabei muss zugleich auch – aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit fliessend – der Rechtsstellung und den privaten Interessen der Lehrpersonen Rechnung getragen werden (vgl. nur Art. 5 BV). Aufgrund der vielschichtigen Interessenlagen und Konfliktpotentiale zwischen Schulbehörden, Lehrpersonen, Schülerinnen und Schüler sowie deren Eltern bildet das Lehrpersonalrecht relativ häufig Gegenstand personalrechtlicher Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht.

Gerade diese Komplexität der auf dem Spiel stehenden Interessen und damit auch die gegensätzlichen Darstellungen der tatsächlichen Umstände stellen die Schulbehörden vor eine grosse Aufgabe – eine Aufgabe, die zu lösen nach den strengen Vorgaben des Lehrpersonalrechts und der verwaltungsgerichtlichen Praxis mitunter sehr schwierig ist. Das Vorgehen der Schulbehörden muss eben nicht allein in rechtlicher Hinsicht einer nachträglichen Kontrolle standhalten, sondern auch aktuell eine praktikable Lösung bieten und die Entscheide müssen oftmals unter Zeitdruck und trotz gegensätzlicher Tatsachendarstellungen gefällt werden.

II. Ausgewählte Problemfelder der Gerichtspraxis

Das Verwaltungsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zum Lehrpersonalrecht namentlich mit den folgenden Problemfeldern beschäftigt:

Häufiges Kopfzerbrechen bereiten die prozessualen Fallstricke bei der Durchsetzung von Rechtsansprüchen (A.). Das besondere Arbeitsmodell der Lehrpersonen namentlich hinsichtlich der Arbeitszeit hat Auswirkungen auf die Festlegung der Entlohnung sowie den Umgang mit der Überzeit der Lehrpersonen (B.). Ebenfalls beschäftigt hat sich das Verwaltungsgericht mit der Zulässigkeit der Versetzung (C.) und der Freistellung (D.) von Lehrpersonen. Schliesslich bildete die Beurteilung der Zulässigkeit von Kündigungen wegen Vertrauensverlustes Gegenstand mehrerer verwaltungsgerichtlicher Entscheide (E.).

Ausgeklammert bleiben nachstehend die Entscheide zu derlohneinstufung. Es kann dazu auf den Beitrag von KATRIN CHANSON-HILDEBRANDT in diesem Tagungsband verwiesen werden.

A. Prozessuales

1. Aufschiebende Wirkung und Entscheidbefugnis der Rechtsmittelinstanzen

Wird eine Anordnung einer Behörde bei einer Rechtsmittelinstanz angefochten, kommt der Einreichung des Rechtsmittels in der Regel aufschiebende Wirkung zu (vgl. § 25 Abs. 1 und § 55 VRG). Die aufschiebende Wirkung bedeutet, dass die im Dispositiv der angefochtenen Anordnung angeordnete Rechtsfolge keine Wirkungen entfaltet. Damit gilt für die Dauer des Verfahrens der bestehende Zustand.¹ Hinzu kommt, dass eine angefochtene Anordnung, wenn sie von der Rechtsmittelinstanz als unrechtmässig befunden wird, entsprechend dem Sinn und Zweck eines wirksamen Rechtsschutzes aufgehoben wird.

Wendet man diese allgemeinen Grundsätze des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes auf die einschneidenden Anordnungen der Schulbehörden gegenüber den Lehrpersonen, wie insbesondere die Kündigung und Freistellung,

¹ Vgl. ALFRED KÖLZ/JÜRGEN BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 25 N 1.

an, so hiesse das Folgendes: Wird eine Kündigung angefochten, so dauert das Anstellungsverhältnis für die gesamte Verfahrensdauer fort und im Falle der Gutheissung des Rechtsmittels greift der Bestandesschutz, das heisst, die betroffene Lehrperson wird weiterbeschäftigt. Wird eine Freistellung angefochten – und ergeht bei Vorliegen besonderer Gründe keine gegenteilige Anordnung der verfügenden Behörde oder der Rechtsmittelinstanz –, entfaltet diese für die Dauer des Verfahrens ebenfalls keine Wirkung.

Die Gerichtspraxis und der Gesetzgeber haben andere Lösungswege eingeschlagen:

a) Bei der Freistellung

Nach § 10 Abs. 2 LPG und § 25 Abs. 2 lit. a VRG kommt den Rechtsmitteln gegen die Freistellung keine aufschiebende Wirkung zu. Da es sich bei der Freistellung um eine vorläufige Lösung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme handelt (dazu hinten II.D.2.), entspricht es dem Sinn und Zweck der Anordnung, dass diese sofort ihre Wirkung entfaltet. Ein spezialgesetzliches Abweichen vom Grundsatz von § 25 Abs. 1 VRG ist daher ohne weiteres sachgerecht, zumal ohnehin in aller Regel besondere Gründe vorliegen dürften, welche nach § 25 Abs. 3 VRG den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würden.

Hinzu kommt, dass es den Rechtsmittelinstanzen ebenso verwehrt ist, eine Freistellung aufzuheben (vgl. § 27a Abs. 1 in Verbindung mit § 63 Abs. 3 VRG). Der Gesetzeswortlaut spricht von der «Einstellung im Amt», womit auf § 29 PG Bezug genommen wird²; die bisherige Rechtsprechung versteht darunter aber auch die Freistellung nach § 24 Abs. 3 LPG (Näheres dazu hinten II.D.).³

b) Bei der Kündigung

Weitaus komplexer verhält es sich bei der Kündigung. Für die dem Lehrpersonalgesetz unterstellten Lehrpersonen⁴ gilt diesbezüglich das allgemeine kantonale Personalrecht.

² ABI 2009, S. 888.

³ VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00040, E. 1.3.

⁴ Vgl. dazu den Beitrag «Einleitung: Was regelt das Lehrpersonalrecht?» in diesem Tagungsband.

Das Verwaltungsgericht geht in konstanter Praxis davon aus, dass das kantonale Personalrecht keinen Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Weiterbeschäftigung bei rechtswidriger Kündigung einräume.

Dies folge einerseits aus der Auslegung von § 18 Abs. 3 PG: Der Wortlaut dieser Bestimmung zeige mit der Einschränkung, wonach sich die Entschädigung nur im Fall der Nichtwiedereinstellung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung bemesse, dass nicht zwingend eine Wiedereinstellung erfolgen müsse. Andererseits lasse sich auch aus den Gesetzesmaterialien schliessen, dass eine ungerechtfertigte Kündigung eine Entschädigung nach sich ziehe und im Übrigen ein qualifiziertes Schweigen vorliege.⁵

Hinzu kommt, dass es dem Verwaltungsgericht – nicht aber seinen Vorinstanzen – bis zur am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes auch gestützt auf den dadurch aufgehobenen § 80 Abs. 2 VRG verwehrt war, eine Kündigungsverfügung aufzuheben und damit eine Weiterbeschäftigung anzuordnen. Immerhin galt dies nur «unter Vorbehalt der Vereitelung von Bundesrecht»⁶; überdies kann eine Weiterbeschäftigung angeordnet werden, wenn sich eine Kündigung als nichtig erweist.⁷

Das Verwaltungsgericht selbst hat die Frage in den Raum gestellt, ob die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV allenfalls zur Aufgabe dieser Praxis zwingen könnte.⁸ Es gehört zum materiellen Gehalt der Rechtsweggarantie, dass mindestens einer gerichtlichen Instanz volle Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen zukommen muss.⁹ Zudem muss der Rechtsschutz wirksam sein. Unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt eines wirksamen Rechtsschutzes erscheint daher durchaus die Auffassung vertretbar, dass im Rechtsmittelverfahren eine Kündigung, welche vor der Verfassung nicht standhält, aufzuheben ist und dass das verfassungswidrige Vorgehen des Gemeinwesens nicht durch eine – zumal geringfügige – Entschädigung abgegolten werden kann.

Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der Revision des Verwaltungsrechtspflegegesetzes mit diesen – verfassungsrechtlich motivierten – Einwänden nicht

⁵ Vgl. VGr ZH, 18. November 2009, PB.2009.00027, E. 2.1 f. mit zahlreichen Hinweisen.

⁶ VGr ZH, 1. April 2009, PB.2009.00002, E. 1.3 mit weiteren Hinweisen.

⁷ RB 2008 Nr. 102.

⁸ VGr ZH, 1. April 2009, PB.2009.00002, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen.

⁹ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 916.

auseinandergesetzt und lediglich aus praktischer Sicht ausgeführt, dass eine Aufhebung der Kündigung und damit eine Weiterbeschäftigung nicht sinnvoll wäre, da das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeberin oder Arbeitgeber und Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer oftmals (zu) stark beeinträchtigt sei.¹⁰

Die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts wurde daher gesetzlich verankert, und zwar nicht nur für dieses selbst, sondern auch für die erstinstanzlichen Rekursbehörden. Letzteres erfolgte mit der Begründung, dass die für das Verwaltungsgericht bislang geltende Regelung (§ 80 altVRG) in der Praxis auch in entsprechenden Rekursverfahren angewendet werde.¹¹

§ 27a Abs. 1 VRG (in Kraft seit 1. Juli 2010) hält jetzt fest, dass sich die Entscheidbefugnis der Rekursinstanz auf die Feststellung der Unrechtmässigkeit der Kündigung und die Festlegung – und zwar von Amtes wegen – der vom Gemeinwesen zu entrichtenden Entschädigung beschränkt. Eine umfassende Entscheidbefugnis besteht nur dann, wenn das kommunale Personalrecht eine Weiterbeschäftigung vorsieht (vgl. § 27a Abs. 2 VRG).

Dieselbe Entscheidbefugnis kommt gestützt auf den Verweis in § 63 Abs. 3 VRG auch dem Verwaltungsgericht zu. Bemerkenswert ist dabei, dass auch das Verwaltungsgericht die Entschädigung von Amtes wegen festzusetzen hat. In der bisherigen Praxis – das heisst vor Inkrafttreten von § 63 Abs. 3 VRG – tat sich das Verwaltungsgericht schwer damit, auf Feststellungsbegehren betreffend die Rechtswidrigkeit einer Kündigung einzutreten.¹² Zudem geht das Verwaltungsgericht bei einer nicht näher bezifferten – bzw. nicht auf die Anzahl Monatslöhne bestimmten – Entschädigungsforderung davon aus, dass die gesetzlich maximal zulässige Entschädigung im Streit liege.¹³ Dies wirkt sich auf die Bemessung der Gerichtsgebühr (und deren Auferlegung) sowie die Parteientschädigung¹⁴ aus. Es ist daher zu empfehlen, in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht die geforderte Höhe der Entschädigung im Rechtsbegehren genau zu bezeichnen (Anzahl Monatslöhne).

¹⁰ Vgl. Antrag und Weisung des Regierungsrates vom 29. April 2009 zum Gesetz über die Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrenrechts, ABI 2009, S. 801 ff., 886 f.

¹¹ ABI 2009, S. 887.

¹² Vgl. RB 2004 Nr. 22; ferner VGr ZH, 22. Juni 2005, PB.2005.00012, E. 1.2.

¹³ RB 2004 Nr. 14.

¹⁴ Zur Veranschaulichung: Liegt eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen im Streit und spricht das Verwaltungsgericht der beschwerdeführenden Partei eine solche von drei Monatslöhnen zu, fehlt es an einem mehrheitlichen Obsiegen, sodass kein Anspruch auf Parteientschädigung besteht (vgl. § 17 Abs. 2 VRG).

Aufgrund der gesetzlich eingeschränkten Entscheidbefugnis sieht § 25 Abs. 2 lit. a VRG (und § 55 VRG) folgerichtig vor, dass Rechtsmitteln in personalrechtlichen Angelegenheiten bei einer Kündigung keine aufschiebende Wirkung zukommt.¹⁵ Da eine rechtswidrige Kündigung nicht aufgehoben werden kann, macht es keinen Sinn, das Rechtsmittel gegen die Kündigungsverfügung mit aufschiebender Wirkung auszustatten.¹⁶ Das Verwaltungsgericht ist schon in seiner bisherigen Rechtsprechung auf Beschwerden gegen Zwischenentscheide über den in der Praxis standardmässig angeordneten Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten, da der oder dem Betroffenen daraus kein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwachse. Erkenne die Rekursinstanz auf Nichtigkeit der Kündigung, bestünden rückwirkende Lohnzahlungsansprüche.¹⁷

Nicht übersehen werden darf aber, dass nach § 25 Abs. 3 VRG aus besonderen Gründen eine gegenteilige Anordnung getroffen werden kann. Nach dem Wortlaut «gegenteilige Anordnung» und der Systematik von § 25 VRG kann demnach auch einem Rechtsmittel gegen eine Kündigung ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung erteilt werden, was insbesondere bei einer plausibel erscheinenden Nichtigkeit geprüft werden sollte.

c) Bei der Versetzung

Die Versetzung wird weder in § 25 VRG (aufschiebende Wirkung) noch in § 27a VRG (Entscheidungsbefugnis) erwähnt. Das Verwaltungsgericht tritt aber auf Zwischenentscheide der Rekursinstanzen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich nicht ein, da es auch hier an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil fehlt: Wird die Versetzung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben, besteht Anspruch auf Lohnfortzahlung in der Höhe des bisherigen Lohnes.¹⁸

2. Anfechtungsobjekte

a) Mitarbeiterbeurteilung (MAB)

Die Mitarbeiterbeurteilung (MAB) dient unterschiedlichen Zwecken, wobei die gestützt auf eine MAB zu treffenden rechtlichen Anordnungen aus Sicht

¹⁵ Vgl. auch ABI 2009, S. 888.

¹⁶ ABI 2009, S. 888.

¹⁷ RB 2008 Nr. 28 (VGr ZH, 8. Januar 2008, PB.2007.00056, E. 2).

¹⁸ VGr ZH, 10. März 2010, PB.2009.00045, E. 2.

der Angestellten kaum unterschiedlicher sein könnten. Die MAB bildet Grundlage für die berufliche Qualifizierung, die (positive oder negative) Lohnentwicklung und schliesslich für eine allfällige Kündigung.¹⁹ Es verwundert daher nicht, dass die MAB immer wieder Gegenstand gerichtlicher Streitigkeiten bildet.

Das Verwaltungsgericht lehnt es gestützt auf die Lehre²⁰ in ständiger Rechtsprechung ab, auf Beschwerden gegen die MAB als solche einzutreten. Mitarbeiterbeurteilungen bilden mit anderen Worten keine der Anfechtung unterliegenden personalrechtlichen Anordnungen; sie dienen lediglich der Sachverhaltsfeststellung und als Begründung für darauf gestützte Anordnungen wie Beförderungen oder Rückstufungen.²¹ Die MAB kann daher nur im Zusammenhang mit solchen Anordnungen im Rechtsmittelverfahren überprüft werden.

Hat die Qualifikation in der MAB zur Folge, dass eine Lehrperson nicht befördert wird und verfügt die Schulpflege bzw. das Volksschulamt – auf Antrag der betroffenen Lehrperson hin –, dass keine lohnwirksame Beförderung erfolge, so kann dagegen der Rechtsmittelweg beschritten werden. Bemerkenswert ist dabei, dass die Rekursinstanz (Bildungsdirektion) auch die Angemessenheit der Beurteilung in der MAB prüfen muss (§ 20 Abs. 1 VRG). Beschränkt sich die Rekursinstanz auf eine Rechts- bzw. Willkürprüfung, verletzt sie den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Das Verwaltungsgericht als zweite Rechtsmittelinstanz ist alsdann auf eine Rechtskontrolle beschränkt, das heisst es darf keine Prüfung der Angemessenheit der Qualifikation in der MAB vornehmen (vgl. § 50 VRG). Das Verwaltungsgericht prüft aber, ob die MAB nachvollziehbar ist, keine offensichtlichen Mängel aufweist oder auf sachfremden Kriterien beruht.²² – Im Ergebnis trifft damit die Schulbehörden gerade bei negativen Bewertungen in der MAB eine erhebliche Begründungs- und Nachweispflicht.

¹⁹ Vgl. zur Mitarbeiterbeurteilung den Beitrag von FRANZISKA MICHEL PRECHTL in diesem Tagungsband.

²⁰ ANDREAS KEISER, Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht nach dem revidierten Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, ZBl 99/1998, S. 193 ff., 201 f.; KÖLZ/BOSSHART/RÖHL (Fn. 1), § 74 N 7.

²¹ Vgl. z.B. VGr ZH, 3. November 2004, PB.2004.00077, E. 3.

²² VGr ZH, 24. Januar 2007, PB.2006.00025, E. 2 und 3. – Vgl. auch STEPHAN HÖRDEGEN, Aktuelle Aspekte des gerichtlichen Rechtsschutzes im Volksschulrecht, in: Thomas Gächter/Tobias Jaag (Hrsg.), Das neue Zürcher Volksschulrecht, Zürich/St. Gallen, 2007, S. 65 ff.

b) Ansetzung einer Bewährungsfrist

Das Verwaltungsgericht qualifiziert die Ansetzung einer Bewährungsfrist und die damit verbundene Erteilung von Verhaltens- oder Leistungsanweisungen an die oder den Angestellten verfahrensrechtlich als einen *Zwischenentscheid*. Zwischenentscheide sind nur anfechtbar, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren erspart würde (§ 19a Abs. 2 VRG in Verbindung mit Art. 93 Abs. BGG).

Die Ansetzung einer Bewährungsfrist bildet lediglich den ersten Schritt auf dem Weg zu einer allfälligen Kündigung und kann daher nicht als Zwischenentscheid angefochten werden, da eine solche Anordnung grundsätzlich für die oder den Betroffenen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat. Eine Ausnahme hiervon lässt das Verwaltungsgericht immerhin für den Fall offen, dass die erteilten Leistungs- oder Verhaltensanweisungen einen schwerwiegenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte bedeuten.²³

Das Verwaltungsgericht geht damit davon aus, dass die Einwände gegen die Ansetzung der Bewährungsfrist im Verfahren gegen eine allfällige Kündigung vorzubringen sind. Dabei bedeute es für die oder den Betroffenen keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, dass bei der Anfechtung der Kündigung keine Weiterbeschäftigung, sondern lediglich eine Entschädigung erreicht werden könne (dazu vorne II.A.1.b). Da das Verwaltungsgericht nicht in die Auflösung des Anstellungsverhältnisses eingreifen dürfe, könne es im Weiteren auch keine Verlängerung der Bewährungsfrist – womit eine Verlängerung der Anstellung bei drohender Kündigung angestrebt werde – anordnen.²⁴

B. Arbeitszeit

Das Verwaltungsgericht hat im Zusammenhang mit Entscheiden bzw. Erwägungen zur Arbeitszeit von Lehrpersonen Aufschlussreiches zum besonderen Anstellungsmodell der Lehrpersonen festgehalten.

²³ VGr ZH, 6. Juli 2010, PB.2010.00019, E. 4.1 f.

²⁴ VGr ZH, 6. Juli 2010, PB.2010.00019, E. 4.2.

1. Arbeitszeit – Entlohnung

Bis zu Beginn des Schuljahres 2001/2002 hatten die Sekundarlehrpersonen 28 Lektionen (Abteilung A der Sekundarschule), die Reallehrpersonen 29 Lektionen (Abteilungen B und C der Sekundarschule) zu unterrichten, und zwar bei gleicher Entlohnung. Eine Lehrperson der Realstufe wollte sich damit nicht abfinden und beantragte eine Lohnnachzahlung, da sie trotz gleichwertiger Tätigkeit eine um 3,5% (1/28) höhere Pflichtstundenzahl zu unterrichten hatte.

Das Verwaltungsgericht erwog dazu zunächst in grundsätzlicher Hinsicht unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit gleich entlohnt wird. Das Bundesgericht gesteht den politischen Behörden bei der Ausgestaltung von Besoldungsordnungen dabei einen grossen Spielraum zu. Durch das System der Lohnklassen würden Tätigkeiten mit unterschiedlichem Arbeitswert in pauschalierender Weise jeweils in einer Lohnklasse zusammengefasst. Da bei Einkommen in der Grössenordnung, wie sie Lehrpersonen an der Oberstufe erzielen, die Lohndifferenz zwischen zwei Lohnklassen rund 6% betrage, sei ein Mehrwert an Arbeit erst dann notwendigerweise durch eine höhere Entlohnung abzugelten, wenn dieser Mehrwert von rund 6% erreicht werde. Die gleiche Entlohnung trotz unterschiedlicher Pflichtlektionenzahl verstosse daher – jedenfalls im vorliegenden Umfang – nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot.²⁵

Hinzu kommt, obschon sich das Arbeitspensum von Lehrpersonen aufgrund der Anzahl Wochenlektionen bestimmt, dass aus der Pflichtstundenzahl nicht auf die tatsächliche Arbeitszeit geschlossen werden kann. Wenn eine Lehrperson pro Woche eine Pflichtstunde mehr erteilen müsse als eine andere, so bedeutet dies gemäss dem Verwaltungsgericht noch nicht, dass sie auch tatsächlich mehr arbeiten muss. Die Erteilung und Vorbereitung von Unterricht bildet nämlich nur einen Teil der Lehrtätigkeit. Dazu gehören auch die berufliche Weiterbildung, administrative Tätigkeiten, Teamarbeit, Schülerbetreuung oder Elternkontakte.²⁶ Unterschiede im Wochenpensum aufgrund der Anzahl der Pflichtlektionen (bei einem Vollpensum) sind daher auch unter diesem Gesichtspunkt selbst bei gleichwertiger Tätigkeit in gewissem Ausmass zulässig.

²⁵ VGr ZH, 24. August 2005, PB.2005.00004, E. 2.2.

²⁶ VGr ZH, 24. August 2005, PB.2005.00004, E. 2.2.

2. Arbeitszeit – Überzeit

a) Rechtsgrundlagen und Problemstellung

Der Beschäftigungsumfang von Lehrpersonen wird aufgrund der Zahl der Unterrichtsstunden festgelegt (vgl. § 6 und 19 LPG; ferner §§ 7 f., 10 LPVO). Es gilt damit nicht wie für die übrigen kantonalen Angestellten eine Regelarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche bzw. eine dementsprechende Jahresarbeitszeit (vgl. § 116 VVPG). Die Arbeitszeit der Lehrpersonen bestimmt sich vielmehr durch den Schuljahresplan, die ordnungsgemässe Erfüllung der Unterrichtsverpflichtung gemäss Lektionenplan, die weiteren Berufspflichten (Zusammenarbeit im Schulhaus, in der Gemeinde, mit den Eltern und Behörden, Erledigung administrativer Arbeiten; vgl. § 12 LPVO) sowie durch die obligatorische und freiwillige Weiterbildung (§ 13 Abs. 1 LPVO).

Vorgesehen ist im Weiteren einzig eine Vergütung für Mehrstunden (vgl. 11 LPVO), während die Bestimmungen des allgemeinen kantonalen Personalrechts betreffend die Arbeitszeit, Überzeit sowie die Vergütung besonderer Dienste wie etwa Nacht- und Sonntagsdienst ausdrücklich keine Anwendung auf die Lehrpersonen finden sollen (vgl. § 13 Abs. 2 LPVO).

Der Gesetzeswortlaut der einschlägigen Bestimmungen über die Arbeitszeit der Lehrpersonen schliesst damit eine (finanzielle) Abgeltung geleisteter Überzeit von Lehrpersonen aus. Eine Lehrperson²⁷, welche ihre geleistete Arbeitszeit akribisch erfasst hatte, setzte sich gegen diese ungleiche Behandlung zur Wehr und machte auf Vergleichsbasis der Wochen- bzw. Jahresarbeitszeit der übrigen kantonalen Angestellten eine Überzeitforderung geltend.

b) Erwägungen des Verwaltungsgerichts

Das Verwaltungsgericht hatte bei dieser Ausgangslage die Rechtsfrage zu klären, ob das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Abgeltung oder Kompensation von Überzeit gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verstösst. Trifft mit anderen Worten § 13 Abs. 2 LPVO, welcher wie erwähnt die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Überzeit ausschliesst, eine rechtliche Unterscheidung, für die ein vernünftiger Grund in den zu re-

²⁷ Der Entscheid betraf eine Mittelschullehrperson. Für diese gilt nicht die Lehrpersonalgesetzgebung, sondern die Mittel- und Berufsschullehrerverordnung (MBVO) sowie die dazugehörige Vollzugsverordnung (MBVVO). Die Vorschriften betreffend die Arbeits- und Überzeit stimmen aber überein, sodass die Erwägungen des Verwaltungsgerichts analog auch für die Lehrpersonen der Volksschule gelten.

gelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist? Das Verwaltungsgericht liess sich bei der Beantwortung dieser Fragestellung von den folgenden Erwägungen leiten:²⁸

Die gesetzliche Ungleichbehandlung resultiere aus der Tatsache, dass für Lehrpersonen im Vergleich zu den übrigen kantonalen Angestellten ein anderes, speziell auf ihren Berufsauftrag und die Bedürfnisse der Schule zugeschnittenes Arbeitsmodell gelte, das grosse Gestaltungsfreiheiten bezüglich Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit mit sich bringe.

So können Lehrpersonen ausserhalb der Unterrichtszeiten – und wenn keine andere Präsenzpflcht besteht – ihren *Arbeitsort* frei bestimmen.

Die *unterrichtsfreie Zeit* ermöglicht es der Lehrperson nach freiem Ermessen, Überzeit aus den stärker belasteten Unterrichtswochen zu kompensieren.

Lehrpersonen kommen in Bezug auf die *Gestaltung ihrer Arbeitsinhalte und -methoden* erhebliche Freiheiten zu. Sie können aufgrund der Methodenfreiheit weitgehend selbst bestimmen, wie sie ihren Unterricht gestalten und wie sie die Leistungen der Schülerinnen und Schüler bewerten wollen.

Im Gegensatz dazu haben die übrigen kantonalen Angestellten keine solche Gestaltungsfreiheiten hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit. Deren Arbeitszeit ist daher mess- und kontrollierbar, sodass notwendige Überzeit angeordnet und kontrolliert werden kann.

c) Ergebnis

Gestützt auf die vorstehend skizzierten Erwägungen ist das Verwaltungsgericht zu folgendem Ergebnis gelangt:²⁹

Die 42-Stunden-Woche bzw. die jährliche Normalarbeitszeit der kantonalen Angestellten ist im Lehrberuf nur als Richtwert verbindlich. Die Lehrpersonen sind berechtigt, für ihre Arbeit von diesem Richtwert auszugehen. Sie sind nicht gehalten, dauernd weit mehr Zeit für ihre Berufstätigkeit aufzuwenden.

Aufgrund des durch grosse *Autonomie* und *Verantwortung* geprägten Arbeitsmodells der Lehrpersonen liegt damit ein sachlicher Grund für die vom allgemeinen Personalrecht abweichende Regelung der Arbeitszeit vor. Lehr-

²⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden RB 2007 Nr. 88 (VGr ZH, 29. März 2007, PB.2006.00039, E. 5).

²⁹ VGr ZH, 29. März 2007, PB.2006.00039, E. 5.1.2 f.

personen haben daher *keinen Anspruch* auf Kompensation oder Vergütung von Überzeit.

3. Würdigung

Die Erwägungen des Verwaltungsgerichts zeigen sehr gut die Besonderheiten des Anstellungsverhältnisses der Lehrpersonen auf:

Die Arbeitsleistung von Lehrpersonen erschöpft sich – selbstverständlich – nicht in der Erteilung des Unterrichts sowie dessen Vor- und Nachbereitung. Zudem verfügen die Lehrpersonen über eine sehr weitgehende Autonomie bzw. Eigenverantwortung bei der Erfüllung ihres Berufsauftrages. Die das Arbeitsverhältnis grundsätzlich charakterisierenden Elemente der Subordination bzw. Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht sind für das Anstellungsverhältnis der Lehrpersonen damit kaum prägend.

Diese den Lehrpersonen zukommenden «Freiheiten» dürfen einerseits gewiss als Privileg bezeichnet werden; andererseits sind sie, gerade was die Belastung der Lehrpersonen in zeitlicher Hinsicht betrifft, nicht unproblematisch. Gesetzgeberisches Handeln steht nun aber in Aussicht.

4. Hinweis: Neue Regelung der Arbeitszeit für Lehrpersonen

Der Regierungsrat hat dem Kantonsrat am 7. Dezember 2011 eine Vorlage zur Änderung des Berufsauftrages der Lehrpersonen vorgelegt.³⁰ Dabei ist es unpräzise, wenn von einem neuen Berufsauftrag die Rede ist, da der geltende Berufsauftrag inhaltlich unverändert bleibt.

Geändert werden soll hingegen die Festlegung des Arbeitspensums der Lehrpersonen, in dem dieses nicht mehr durch die Anzahl der Unterrichtslektionen, sondern durch einen Beschäftigungsgrad und eine dementsprechende Jahresarbeitszeit festgelegt wird. Dies erfordert eine Regelung über die Erfassung der Arbeitszeit der Lehrpersonen.

Dazu wird der Berufsauftrag in vier Tätigkeitsbereiche gegliedert: Unterricht, Schule, Zusammenarbeit und Weiterbildung. Auf Verordnungsstufe soll sodann die Arbeitszeit, das heisst deren Aufteilung auf diese Tätigkeitsbereiche geregelt werden. Der Zeitaufwand für den Unterricht (und die Klassenlehrerfunktion) soll pauschal angerechnet werden, da ein Arbeitszeitnachweis sehr

³⁰ ABI 2011, S. 3764 ff., 3768.

aufwändig wäre und zu neuen Belastungen der Lehrpersonen führen würde. Für die drei weiteren Tätigkeitsbereiche (Schule, Zusammenarbeit und Weiterbildung) soll hingegen die aufgewendete Arbeitszeit gegenüber der Schulleitung ausgewiesen werden (vgl. §§ 18–19 neuLPG).³¹

Der Regierungsrat geht davon aus, dass durch die angestrebte Gesetzesänderung keine Mehrkosten entstehen.³² Das Problem der Überzeit bzw. der Abgeltung der Überzeit wird in der Weisung bzw. Vorlage an den Kantonsrat nicht angesprochen. Entweder scheint der Regierungsrat davon auszugehen, dass weiterhin kein Anspruch auf Abgeltung der Überzeit bestehen soll, oder dieser Aspekt wurde schlicht übersehen. Es besteht Klärungsbedarf, da sich bei einer gesetzlich vorgeschriebenen Erfassung der Arbeitszeit eine ungleiche Behandlung der Lehrpersonen gegenüber den übrigen kantonalen Angestellten rechtlich nicht mehr leichtthin rechtfertigen liesse.

C. Versetzung

1. Versetzung als Dauermassnahme

Nach dem allgemeinen kantonalen Personalrecht kann die Anstellungs- oder Aufsichtsbehörde Angestellte unter Beibehaltung des bisherigen Lohnes für die Dauer der Kündigungsfrist sowie im Rahmen der Zumutbarkeit versetzen, wenn es der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz erfordern (§ 28 PG).

Das Verwaltungsgericht hat zunächst in einem Obiter dictum erwogen, dass die Versetzung nach § 28 PG Ausdruck der altrechtlichen, traditionellen Pflichten der auf feste Amtsdauer gewählten Beamtinnen und Beamten sei und daher nur noch während einer längeren Kündigungsfrist einen Sinn ergebe, da nach deren Ablauf richtigerweise das bisherige durch ein neues Arbeitsverhältnis ersetzt werde, sei es durch (Änderungs-)Kündigung oder Vereinbarung.³³

In Anlehnung an den Standpunkt des kantonalen Personalamtes ist das Verwaltungsgericht nunmehr von dieser Haltung abgewichen und hat die Versetzung als eine Dauermassnahme qualifiziert, auf die keine weitere Verfügung und damit insbesondere keine Änderungskündigung folgen müsse.

³¹ ABI 2011, S. 3769.

³² ABI 2011, S. 3770.

³³ RB 2005 Nr. 110 (VGr ZH, 9. März 2005, PB.2004.00075, E. 5.2).

Begründet wird dies insbesondere mit dem Wortlaut und dem Satzbau von § 28 PG, wonach die Kündigungsfrist ausschliesslich für die Beibehaltung des bisherigen Lohnes von Bedeutung sei.³⁴ Im Weiteren habe der Gesetzgeber durchaus erkannt, dass es sich bei der Versetzung um einen erheblichen Eingriff in die Anstellungsbedingungen handle. Zudem erscheine die Versetzung gegenüber der Kündigung als mildere Massnahme, da sie nicht den Verlust der Arbeitsstelle – genauer: des Anstellungsverhältnisses – bedeute.³⁵

Diese Auslegung von § 28 PG hat zur Folge, dass die arbeitgebende Behörde Angestellte versetzen kann, wobei nach Ablauf der Kündigungsfrist selbst Lohnkürzungen zulässig sind. Die Zulässigkeit der Versetzung hängt dabei davon ab, ob sie der betroffenen Person zumutbar ist und ob der Dienst oder der wirtschaftliche Personaleinsatz die Versetzung erfordern.

Bei der Voraussetzung der Zumutbarkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von den rechtsanwendenden Behörden unter Berücksichtigung der gesamten Umstände im Einzelfall zu konkretisieren ist. Im Allgemeinen gilt dabei eine Versetzung als zumutbar, wenn die neue Stelle der Ausbildung, den Fähigkeiten, der bisherigen Tätigkeit und beruflichen Stellung sowie den persönlichen Verhältnissen der oder des Angestellten angemessen Rechnung trägt. Hinsichtlich der Höhe der Lohneinbusse will der Regierungsrat eine solche von bis zu 20% als zumutbar erscheinen lassen, während das Verwaltungsgericht – ohne dass sich dazu eine Praxis herausgebildet hätte – wohl zu Recht einen strengeren Massstab anlegen dürfte.³⁶

2. Versetzung von Lehrpersonen

Gestützt auf diese sehr arbeitgeberfreundliche neue Rechtsprechung dürfte die Versetzung von Lehrpersonen in aller Regel zumutbar und damit zulässig sein. Das Verwaltungsgericht hat bereits in einem etwas älteren Entscheid – allerdings die unbefristete Abordnung eines Verwesers betreffend – festgehalten, dass eine Lehrperson grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Beibehaltung einer bestimmten Klasse und Verbleiben in einem bestimmten Schulhaus

³⁴ Aus dem Wortlaut von § 28 PG kann ebenso gut geschlossen werden, dass eine Versetzung nur für die Dauer der Kündigungsfrist zulässig ist. Das Verwaltungsgericht hätte daher mit guten Gründen an seiner ursprünglichen Auffassung festhalten können.

³⁵ VGr ZH, 9. Februar 2011, PB.2010.00042, E. 2.1.

³⁶ Vgl. VGr ZH, 9. Februar 2011, PB.2010.00042, E. 2.2, wonach eine Lohneinbusse von zwölf Prozent wohl bereits als erheblich und für die betroffene Person als nicht zumutbar zu betrachten sei.

habe. Unwesentliche Änderungen des Tätigkeitsgebietes und kleinräumige Verlegungen des Arbeitsortes seien ohne weiteres zumutbar.³⁷

Hinzu kommt, dass die Schulpflege nach § 42 Abs. 3 Ziff. 4 VSG für die Anstellung der Lehrpersonen sowie deren Zuteilung an die Schulen zuständig ist. Der Gesetzeswortlaut unterscheidet damit zwischen der eigentlichen Anstellung und der Zuteilung an die Schulen. Das bedeutet, dass die Zuteilung in ein Schulhaus bzw. einer Klasse nicht Bestandteil der Anstellungsverfügung bildet; die Anstellung bezieht sich mit anderen Worten einzig auf die Schulgemeinde. Es liesse sich damit auch die Auffassung vertreten, dass die Zuteilung bzw. eine spätere Umteilung einer Lehrperson an eine bestimmte Schule gar nicht als Versetzung im Sinne von § 28 PG gilt, sondern durch § 42 Abs. 3 Ziff. 4 VSG als *lex specialis* geregelt wird.

D. Freistellung

1. Rechtsgrundlagen

Das Lehrpersonalgesetz regelt die Voraussetzungen der Freistellung in offener und unbestimmter Art und Weise. Nach § 24 Abs. 3 LPG kann eine Lehrperson vom Schuldienst freigestellt werden, wenn es das Wohl der Schule verlangt, insbesondere wenn eine Gefährdung von Schülerinnen und Schülern zu befürchten ist.

Das Personalgesetz regelt überdies für sämtliche dem kantonalen Personalrecht unterstellten Angestellten die vorsorgliche Einstellung im Amt. Eine solche ist nach § 29 Abs. 1 PG möglich, wenn genügende Hinweise auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehen (lit. a), wenn wegen eines Verbrechens oder Vergehens ein Strafverfahren eingeleitet worden ist (lit. b) oder wenn zwingende öffentliche Interessen oder eine Administrativuntersuchung dies erfordern (lit. c).

Wird eine Lehrperson freigestellt oder vorsorglich im Amt eingestellt, so ist auch über die Weiterausrichtung, die Kürzung oder den Entzug des Lohnes zu entscheiden (vgl. § 29 Abs. 2 PG). Erfolgt die Freistellung mit (ungekürzter) Lohnfortzahlung, kann der ausbezahlte Lohn zurückgefordert werden, wenn die freigestellte Lehrperson wiederholt oder schwer ihre Berufspflichten verletzt oder in anderer Weise, insbesondere wegen Verurteilung zu einer Frei-

³⁷ VGr ZH, 23. Mai 2001, PB.2000.00031, E. 3.

heitsstrafe infolge eines Verbrechens oder Vergehens, ihre Vertrauenswürdigkeit schwer beeinträchtigt hat (vgl. § 24 Abs. 4 LPG).

2. Formelle Gesichtspunkte der Freistellung

Das Verwaltungsgericht anerkennt, dass die Freistellung auch bei Lohnfortzahlung in die Rechte der Angestellten eingreifen kann, obschon diesen insofern keine Nachteile erwachsen, als dass kein Anspruch auf effektive Beschäftigung besteht. Die Freistellung kann eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, insbesondere wenn das berufliche oder persönliche Umfeld der betroffenen Person aus den Umständen schliessen muss, dass diese einer Straftat verdächtigt wird oder schwere Verfehlungen gegen Dienstpflichten vorliegen. Solche Umstände können sich nachteilig auf das weitere berufliche Fortkommen auswirken.³⁸ Entsprechend wird in solchen Fällen auf Beschwerden eingetreten.

Im Weiteren gilt es zu beachten, dass bei der Freistellung nach § 24 Abs. 3 LPG nicht auch ein Hauptverfahren eingeleitet werden muss, obschon es sich bei der Freistellung um eine vorläufige Lösung «im Sinn einer vorsorglichen Massnahme» handelt.³⁹ Die Freistellung gestützt auf § 24 Abs. 3 LPG unterscheidet sich insoweit von einer vorsorglichen Einstellung im Amt bei Vorliegen der in § 29 Abs. 1 PG genannten Gründe. Bei Letzterer handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme (vgl. den Randtitel zu § 29 PG), was die Eröffnung eines Hauptverfahrens impliziert.

Schliesslich beurteilt sich gemäss dem Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit einer Freistellung aufgrund der Kenntnisse im Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung.⁴⁰ Die arbeitgebende Behörde erhält auch dadurch einen weit gehenden Entscheidungsspielraum, da sie sich die Erkenntnisse einer nachfolgenden Untersuchung – die mit Blick auf weitere Anordnungen regelmässig erfolgen dürfte – nicht entgegenhalten lassen muss.

³⁸ VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00040, E. 3.3.

³⁹ VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00040, E. 4.1.2.

⁴⁰ VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00040, E. 4.1.1.

3. Materielle Voraussetzungen der Freistellung und der Lohnkürzung bzw. -einstellung

Gestützt auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts lässt sich auf eine weit gehende Zulässigkeit einer Freistellung schliessen:

In allgemeiner Hinsicht hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass im gekündigten Dienstverhältnis die zur Kündigung führenden Gründe regelmässig für eine Freistellung sprechen würden (vgl. auch § 15 Abs. 2 Satz 1 VVPG).⁴¹ Zudem ist die Freistellung als eine mildere Massnahme anstelle der Kündigung anzuordnen, wenn gegen eine Lehrperson ein Strafverfahren hängig ist.⁴² Dies ergibt sich nicht nur aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) und der Beachtung der Unschuldsvermutung (dazu hinten II.E.3.a), sondern ist ebenso in § 29 Abs. 1 lit. b PG vorgezeichnet.

Im Übrigen verfügen die Schulbehörden gestützt auf § 24 Abs. 3 LPG über einen sehr grossen Beurteilungsspielraum, insbesondere wenn die Freistellung einer Lehrperson mit der ungekürzten Weiterausrichtung des Lohnes angeordnet wird. Ist aufgrund der Umstände der Freistellung kein Bezug zu den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Person erkennbar, kann lediglich ein tatsächliches Interesse an der effektiven Beschäftigung geltend gemacht werden. Sofern darin überhaupt ein schutzwürdiges Interesse (vgl. § 21 Abs. 1 VRG) anerkannt würde, ändert dies nichts daran, dass die Rechtsmittelinstanzen die Freistellung nicht aufheben, sondern lediglich eine Entschädigung zusprechen können (§ 27a Abs. 1 und § 63 Abs. 3 VRG; vorne II.A.1.a). Die Rechtswidrigkeit der Freistellung liesse sich damit einzig mit einer Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit begründen⁴³, für den Fall, dass das private Interesse an der tatsächlichen Beschäftigung das öffentliche Interesse an der Freistellung zum «Wohl der Schule» überwiegt.

Gar keine publizierte Praxis des Verwaltungsgerichts besteht zu den Voraussetzungen der Lohnkürzung bzw. der gänzlichen Lohneinstellung und auch § 29 Abs. 2 PG schweigt sich dazu aus. § 24 Abs. 4 LPG lässt immerhin erkennen, dass eine nachträgliche Rückforderung nur bei sehr schwer wiegenden Verfehlungen in Frage steht und auch nicht zwingend erfolgen muss.⁴⁴ Eine Kürzung des Lohnes dürfte sich damit bloss in begründeten Ausnahmesituationen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbaren lassen.

⁴¹ VGr ZH, 12. Januar 2011, PB.2010.00005, E. 6.2.

⁴² VGr ZH, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 5.3.

⁴³ Vgl. auch VGr ZH, 12. Januar 2011, PB.2010.00005, E. 6.2.2.

⁴⁴ Die Besoldung «kann» zurückgefordert werden (§ 24 Abs. 4 LPG).

Insbesondere darf die betroffene Person nicht in eine finanzielle Notlage versetzt werden, zumal mangels Vermittelbarkeit kein Arbeitslosengeld bezogen werden kann.⁴⁵

E. Kündigung

1. Grundsätzliches

Die Kündigung eines Anstellungsverhältnisses durch eine staatliche Behörde setzt immer einen sachlichen Kündigungsgrund voraus. Für die Angestellten des öffentlichen Dienstes, und damit auch für die Lehrpersonen der Volksschule, gilt dies selbst dann, wenn das anwendbare Personalrecht keine dementsprechenden Kündigungsschutzbestimmungen enthält. Der (sachliche) Kündigungsschutz ist damit im öffentlichen Personalrecht nicht auf die Missbrauchstatbestände des privaten Arbeitsvertragsrechts beschränkt. Vielmehr gilt von Verfassungs wegen ein qualifizierter Kündigungsschutz.⁴⁶

Eine Kündigung muss materiell immer auf sachlichen und das heisst auch für einen Dritten objektiv nachvollziehbaren Gründen beruhen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet einerseits die Prüfung einer mildereren Massnahme sowie die Vornahme einer Interessenabwägung. Andererseits lässt sich ebenso unmittelbar aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ableiten, dass bei einer Kündigung wegen mangelhafter Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens bzw. anderweitiger Dienstpflichtverletzungen in der Regel zunächst eine Ermahnung ergehen muss, um der oder dem Betroffenen die Möglichkeit der Bewährung zu ermöglichen.⁴⁷ Dabei handelt es sich zugleich um eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).⁴⁸ Aus dem Gehörsanspruch folgt auch, dass vor Aussprache der Kündigung der oder dem Angestellten Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist. Schliesslich trägt die Behörde die Beweislast für das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes.

⁴⁵ So die Praxis für die Angestellten des Bundes, vgl. BVGer, 20. August 2010, A-1675/2010, E. 8.3.3 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden MARCO DONATSCH, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 18 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

⁴⁷ Vgl. BGer, 30. Juni 2008, 1C_277/2007, E. 5; VGr ZH, 5. Dezember 2007, PB.2007.00023, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen.

⁴⁸ VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.2.

2. Schwierige Abgrenzung: Kündigung wegen unbefriedigenden Verhaltens – Kündigung wegen Vertrauensverlustes

a) Gesetzliche Regelung

Sowohl unbefriedigendes Verhalten der oder des Angestellten wie auch ein Vertrauensverlust können einen sachlichen Kündigungsgrund darstellen. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zur Abgrenzung dieser beiden Kündigungsgründe und der damit verbundenen (praktischen) Probleme betraf gerade auch die Kündigung von Lehrpersonen; die Entwicklungslinien (oder -brüche) dieser Rechtsprechung lassen sich nur vor dem Hintergrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Kündigung im Zusammenhang mit dem Verhalten sowie der vorgenommenen Gesetzesänderung verstehen.

Sofern eine Kündigung auf Grund unbefriedigenden Verhaltens (oder mangelnder Leistung) in Aussicht genommen wird, ist dies der oder dem Angestellten im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung zu eröffnen; dabei ist schriftlich eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten anzusetzen. Nach Ablauf der Bewährungsfrist wird eine weitere Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt und bevor schliesslich die Kündigung ausgesprochen wird, erhält die betroffene Person Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme (§ 19 PG und § 18 VVPG in der bis Ende 2005 geltenden Fassung). Sinn und Zweck der Bewährungsfrist ist es, das Vorliegen des Kündigungsgrundes zu prüfen und zu objektivieren; zugleich wird der betroffenen Person die Möglichkeit eingeräumt, ihr Verhalten (oder ihre Leistung) zu verbessern bzw. zu ändern, um so die in Aussicht stehende Kündigung abzuwenden.⁴⁹ Wie bereits erwähnt werden dadurch ebenso die verfassungsmässigen Rechte der betroffenen Person gewahrt.

Per 1. Januar 2006 wurden die formellen Schutzvorschriften in § 19 PG (und § 18 VVPG) etwas gelockert: Von einer Bewährungsfrist kann nunmehr ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann. Zudem können die Kündigungsgründe nicht nur durch die Mitarbeiterbeurteilung(en), sondern auch durch andere, gleichwertige Verfahren belegt werden.⁵⁰

Der Vertrauensverlust als sachlicher Kündigungsgrund ist demgegenüber im Personalgesetz nicht geregelt.

⁴⁹ Vgl. VGr ZH, 23. August 2006, PB.2005.00066, E. 4.3.

⁵⁰ Vgl. ABI 2005, S. 4 ff., 10 ff.

b) Kündigung wegen Vertrauensverlustes – Entwicklung der Rechtsprechung

In einem ersten Leitescheid im Jahr 2004 hielt das Verwaltungsgericht apodiktisch fest, dass das kantonale Personalrecht einen ungeschriebenen Kündigungstatbestand «wegen fehlenden Vertrauens» ausschliesse.⁵¹ Das verlorene Vertrauensverhältnis als eigenständigen Kündigungstatbestand zu betrachten, würde darauf hinauslaufen, dass jedes als mangelhaft empfundene Verhalten, das zu Streitigkeiten zwischen den Parteien Anlass bietet, in eine Störung des Vertrauensverhältnisses umdeutbar wäre und so die besonderen Schutzvorschriften – Ansetzung einer Bewährungsfrist, Beurteilungen, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme der betroffenen Person – umgangen werden könnten.

In einem weiteren Entscheid im Frühjahr 2005 führte das Verwaltungsgericht aus, dass der Vertrauensverlust in aller Regel aus einem unbefriedigenden Verhalten und/oder einer mangelhaften Leistung resultiere. Abgesehen von besonderen Fällen gehe das Vertrauen nicht im luftleeren Raum verloren, sondern meistens aufgrund bestimmter Vorgänge, die entweder mit der Arbeitsleistung oder dem Verhalten am Arbeitsplatz zu tun hätten.⁵²

In demselben Entscheid erwog das Verwaltungsgericht zudem, dass sich die arbeitgebende Behörde, wenn sie der Auffassung sei, es bestehe kein Vertrauensverhältnis mehr, zwischen einer ordentlichen oder aber einer fristlosen Kündigung entscheiden müsse. Erachtet die Behörde aufgrund des Vertrauensverlustes nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als nicht zumutbar, steht ihr die Möglichkeit der fristlosen Kündigung offen (§ 22 PG), womit die beiden Mitarbeiterbeurteilungen sowie die dazwischen liegende Bewährungsfrist entfallen. Begründet hingegen der Vertrauensverlust keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung, kann einzig der Weg der ordentlichen Kündigung – unter Beachtung der formellen Kündigungsschutzvorschriften – eingeschlagen werden. Die abschliessend genannten Beendigungsgründe in § 16 PG schliessen damit «so etwas wie eine fristlos-ordentliche Kündigung (mit den Verfahrensvorschriften einer fristlosen und den Voraussetzungen bzw. Rechtsfolgen einer ordentlichen Kündigung)» aus.⁵³

⁵¹ RB 2004 Nr. 115 (VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4).

⁵² VGr ZH, 23. März 2005, PB.2004.00087, E. 4.2.

⁵³ VGr ZH, 23. März 2005, PB.2004.00087, E. 4.2.

Unter Bezugnahme auf diese beiden Entscheide präzisierte das Verwaltungsgericht Ende 2005 seine bisherige Rechtsprechung. Das Gericht kam zum Schluss, dass Fälle denkbar bleiben müssten, bei welchen eine ordentliche Kündigung wegen Vertrauensverlustes ohne Bewährungsfrist und Mitarbeiterbeurteilung zulässig sei.⁵⁴ Beruhe der eingetretene Vertrauensverlust auf Vorfällen, die weder in Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten *am Arbeitsplatz* stehen, mache die Ansetzung einer Bewährungsfrist keinen Sinn.⁵⁵

In der Folge bestätigte das Verwaltungsgericht diese Rechtsprechung, indem es fehlendes Vertrauen als einen ungeschriebenen Kündigungsgrund bezeichnete. Der Vertrauensverlust müsse allerdings durch Verhaltensweisen der entlassenen Person begründet sein, die ihn für Dritte als nachvollziehbar erscheinen liessen, weshalb er zu untersuchen und zu gewichten sei.⁵⁶ Das Verhalten der gekündigten Person betraf dabei eine nicht korrekte Information zuhanden des Arbeitsgebers über den Ausbildungsstand. Es handelte sich damit nicht um ein unmittelbar am Arbeitsplatz manifestierendes Verhalten, das den Vertrauensverlust begründete.

Schliesslich führte das Verwaltungsgericht in einem jüngsten Entscheid aus, dass sich der Vertrauensverlust als separater Kündigungsgrund nur schwer vom Kündigungsgrund des unbefriedigenden Verhaltens abgrenzen lasse, sodass eine analoge Anwendung der formellen Schutzvorschriften von § 19 PG und § 18 VVPG auch bei der Kündigung wegen Vertrauensverlustes gerechtfertigt sei.⁵⁷

c) Würdigung

Der Kündigungsgrund des Vertrauensverlustes bereitet dem Verwaltungsgericht offensichtlich erhebliche Schwierigkeiten. Zunächst sollte dieser Kündigungsgrund verbannt werden, um die Umgehung der formellen Schutzvorschriften bei der Kündigung wegen mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens zu verhindern. Dann wurde zutreffend erkannt, dass bestimmte Verhaltensweisen bzw. Geschehnisse, welche sich nicht am Arbeitsplatz bzw. bei der Arbeitsverrichtung manifestieren, durchaus einen Vertrauensverlust begründen können, welcher eine Kündigung – und zwar ohne Durchführung des Bewährungsverfahrens – rechtfertigt. Gleichzeitig schuf

⁵⁴ RB 2005 Nr. 107 (VGr ZH, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034).

⁵⁵ Ebd. E. 5.2.3.

⁵⁶ RB 2007 Nr. 90 (VGr ZH, 5. Dezember 2007, PB.2007.00023, E. 3.2).

⁵⁷ VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 4.1.

der Gesetzgeber – mit der Änderung von § 19 PG – die Rechtsgrundlage, um ausnahmsweise von der Bewährungsfrist abzusehen, selbst wenn die Leistung oder das Verhalten am Arbeitsplatz die Kündigung veranlassen.

Angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung und der Änderung von § 19 PG ist die jüngste Wendung, dass auch bei einer Kündigung wegen Vertrauensverlustes eine analoge Anwendung der Vorschriften über das Bewährungsverfahren gerechtfertigt sei, nicht leichthin nachvollziehbar. Der Vertrauensverlust steht in aller Regel im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten am Arbeitsplatz. Dann greift die Vorschrift von § 19 PG (mit oder ohne Bewährungsfrist) und es braucht für all diese Fälle nicht noch des zusätzlichen Kündigungsgrundes des Vertrauensverlustes.

Als ungeschriebenem Kündigungsgrund kommt damit dem Vertrauensverlust nur dann selbständige Bedeutung zu, wenn dieser weder in Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten am Arbeitsplatz steht. In solchen Fällen dürfte aber die Ansetzung einer Bewährungsfrist jedenfalls grundsätzlich keinen Sinn machen.⁵⁸

3. Kündigung von Lehrpersonen wegen Vertrauensverlustes

a) Materielle Gesichtspunkte

Steht die Arbeitsleistung oder das Verhalten einer Lehrperson, das einen Zusammenhang mit der Erfüllung des Berufsauftrages aufweist, in der Kritik, so ist eine allfällige Kündigung nach Massgabe von § 19 PG zu prüfen. Wie vorstehend begründet, sollte dabei aus rechtlicher Sicht vermieden werden, die Kündigung wegen unbefriedigenden Verhaltens mit der Kündigung wegen Vertrauensverlustes zu vermengen. Einfach gesagt: Verhält sich eine Lehrperson mangelhaft, so ist das zu tadeln und – in der Regel – das Bewährungsverfahren durchzuführen. Eine allfällige Kündigung wird alsdann durch das mangelhafte Verhalten begründet. Selbstverständlich führt ein mangelhaftes Verhalten in der Regel auch zu einem Vertrauensverlust; für eine sachlich gerechtfertigte Kündigung nach § 19 PG ist ein solcher aber nicht (zusätzlich) erforderlich.

Führen ausserschulisches Verhalten oder Geschehnisse zu einem Vertrauensverlust, ist kritisch zu prüfen, ob eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses auch objektiv (für aussenstehende Dritte) nachvollziehbar ist. Es

⁵⁸ So auch RB 2005 Nr. 107 (VGr ZH, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034).

dürfen zwar keine übertriebenen Anforderungen an das ausserschulische Verhalten einer Lehrperson gestellt werden; die Rechtsprechung anerkennt aber, dass das Vertrauen von Kindern, Eltern und Schule in die Lehrpersonen Voraussetzung für den Bildungserfolg ist, sodass ein gewichtiges öffentliches Interesse am Vorliegen eines ungestörten Vertrauensverhältnisses besteht.⁵⁹

In den besonders heiklen Fällen, bei welchen Lehrpersonen sexuelle Übergriffe vorgeworfen werden, treten die vorstehenden rechtlichen bzw. dogmatischen Unterscheidungen zum Kündigungsgrund in den Hintergrund.

Zunächst gilt es zu beachten, dass staatliche Behörden als Arbeitgeber an die Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV gebunden sind und damit die Verdachtskündigung ausgeschlossen ist. Weder eine Anklageerhebung noch eine erstinstanzliche, aber noch nicht rechtskräftige Verurteilung rechtfertigen eine Kündigung. Erforderlich ist ein rechtskräftiges Urteil.

Dies gilt aber nur dann, wenn die Kündigung mit dem strafbaren Verhalten der Lehrperson begründet wird. Da eine Kündigung kein strafbares Verhalten, sondern einen sachlichen Grund voraussetzt, kann gemäss dem Verwaltungsgericht eine Kündigung aufgrund eines bestimmten erstellten Sachverhaltes erfolgen, und zwar unabhängig von dessen strafrechtlicher Würdigung.⁶⁰

Folgerichtig hat das Verwaltungsgericht die Kündigung einer Lehrperson geschützt, welche im Umgang mit Schülerinnen und Schülern sowohl in der Vergangenheit wie auch aktuell die «Nähe/Distanz-Regeln» verletzt hat. Die Schulbehörde begründete die Kündigung aufgrund des Vertrauensverlustes, der unabhängig von der strafrechtlichen Qualifizierung der Verhaltensweisen/Vorfälle eingetreten ist.⁶¹

b) Formelle Gesichtspunkte

Auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist bei einer Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens darf nach § 19 Abs. 1 Satz 2 PG nur verzichtet werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann. Das Verwaltungsgericht hat eine solche Zwecklosigkeit – in analoger Anwendung dieser Bestimmung auf die Kündigung wegen Vertrauensverlustes – im Fall der Lehrperson, welche die «Nähe/Distanz-Regeln» ver-

⁵⁹ Vgl. VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 3.3 a.E.

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 3.4 mit zahlreichen Hinweisen.

⁶¹ VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013.

letzt hat, bejaht: Der Vertrauensverlust hätte sich auch nicht beheben lassen, wenn sich die Lehrperson während der Bewährungsfrist professionell und wohl verhalten hätte.⁶²

Im Weiteren hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist nur dann verzichtet werden könne, wenn die strengen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäss § 22 PG erfüllt seien, mithin also die Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses nach Treu und Glauben als unzumutbar erscheine.⁶³ – Das Gericht stellt sich damit, und zwar ohne dass darauf Bezug genommen wurde, in Widerspruch zu seiner früheren Auffassung, wonach die abschliessend genannten Beendigungsgründe in § 16 PG so etwas wie eine fristlos-ordentliche Kündigung ausschliessen würden (vorne II.E.2.b). Inwiefern die Änderung von § 19 PG daran etwas geändert haben könnte, ist jedenfalls gestützt auf den Wortlaut dieser Bestimmung nicht erkennbar. Es erscheint daher wenig ratsam, den Verzicht auf die Ansetzung einer Bewährungsfrist mit der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses zu begründen.

Schliesslich gilt es zu beachten, dass auch bei einem zulässigen Verzicht auf eine Bewährungsfrist nach § 19 Abs. 1 PG der Kündigungsgrund ebenfalls durch eine Mitarbeiterbeurteilung oder ein gleichwertiges Verfahren belegt werden muss (§ 19 Abs. 2 PG) und der betroffenen Person das rechtliche Gehör zu gewähren ist.⁶⁴

⁶² VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 4.3.

⁶³ VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00033, E. 5.1.

⁶⁴ VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 4.2.