


**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

**Geschäftsnummer: PB.2009.00035**

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 27.01.2010

 Spruchkörper: 4. Abteilung/4. Kammer  
 Weiterzug: Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen  
 Angelegenheiten ist am Bundesgericht noch  
 hängig.

Rechtsgebiet: Personalrecht

**Betreff: fristlose Auflösung des  
 Arbeitsverhältnisses**

Stichworte:

[ABFINDUNG](#)
[ANZEIGEPFLICHT](#)
[BEENDIGUNG DES DIENSTVERHÄLTNISSSES](#)
[FRISTLOSE KÜNDIGUNG](#)
[LEGALITÄTSPRINZIP](#)
[ÖFFENTLICHE INTERESSEN](#)
[SCHWARZARBEIT](#)
[WIEDERERWÄGUNG](#)
[WILLKÜR](#)

Rechtsnormen:

[Art. 23 ANAG](#)
[Art. 5 Abs. I BV](#)
[§ 8 BeamtenV](#)
[Art. 337 lit. b OR](#)
[§ 22 PG](#)
[§ 22 Abs. I PG](#)
[§ 22 Abs. IV PG](#)
[§ 26 PG](#)
[§ 21 Abs. I StPO](#)

Publikationen:

- keine -

**Fristlose Kündigung durch den Angestellten**

**Strafbares Handeln der Vorgesetzten bildet für den Angestellten regelmässig einen Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Steht nicht ein strafbares, sondern ausschliesslich ein rechtswidriges Verhalten zur Debatte, liegt auf der Hand, dass nicht jede widerrechtliche Anordnung eines Vorgesetzten eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag. Gleichzeitig ist ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben ab einem gewissen Punkt für einen Angestellten nicht mehr akzeptabel (E.4.3-5).**

**Wo genau dieser Punkt liegt, kann nicht losgelöst vom Einzelfall bestimmt werden. Eine fristlose Kündigung wird in der Regel erst in Betracht kommen, wenn die Grenze zur Willkür überschritten ist. Weiter ist ein subjektives Element auf Seiten der Vorgesetzten zu verlangen (E.4.6).**

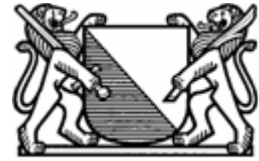
**Vorliegend haben sich die Behörden über Monate hinweg um eine Bewilligung für die bulgarische Haushaltshilfe des damaligen künstlerischen Direktors des Schauspielhauses Zürich bemüht. Mit ihren Bemühungen standen sie in klarem Widerspruch zur Rechtslage. Ihrem Vorgehen haftet etwas Willkürliches an. Dies gilt umso mehr, als das Wissen um die fehlenden Voraussetzungen für eine Aufenthaltsbewilligung schon von Beginn weg vorhanden war. Aufgrund dieser Kenntnisse hätte sich eine Strafanzeige gegen den Direktor des Schauspielhauses aufgedrängt (E.16.1).**

**Nicht ersichtlich ist, inwiefern von Amtsseite ein öffentliches Interesse verfolgt worden ist. Die Bedeutung des künstlerischen Direktors für das Kulturangebot im Kanton ist von dessen privater Stellung zu trennen. Das geltende Recht würde ansonsten für bestimmte Personengruppen faktisch ausser Kraft gesetzt (E.16.2).**

**Die fristlose Kündigung der zeitweise mit dem Dossier betrauten juristischen Sekretärin erscheint als gerechtfertigt (E.16.4) und erfolgte fristgerecht (E.17). Es stehen ihr eine Entschädigung sowie eine Abfindung zu (E.19 und 20).**

**Gutheissung der Beschwerde**

Verwaltungsgericht  
des Kantons Zürich  
4. Abteilung



---

PB.2009.00035

## Entscheid

der 4. Kammer

vom 27. Januar 2010

Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtssekretär Stefan Schürer.

In Sachen

**A,**  
vertreten durch Rechtsanwalt B,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

**Staat Zürich,**  
vertreten durch die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons  
Zürich,

**Beschwerdegegner,**

**betreffend fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses,**

hat sich ergeben:

### **I.**

A wurde mit Verfügung vom 5. Dezember 2000 als juristische Sekretärin beim im Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Zürich angesiedelten Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eingestellt. Als effektives Antrittsdatum wurde der 16. März 2001 verfügt. Mit Schreiben vom 16. Februar 2007 reichte sie ihre fristlose Kündigung ein. Sie begründete diesen Schritt mit Gefälligkeiten der Amtsleitung im Zusammenhang mit der Erteilung von Arbeitsbewilligungen. In einem Fall sei gar der Straftatbestand der Begünstigung erfüllt.

Nachdem die Volkswirtschaftsdirektion vergeblich versucht hatte, A von ihrem Entschluss abzubringen, erliess sie am 27. Februar 2007 eine Austrittsverfügung, welche das Arbeitsverhältnis rückwirkend fristlos per 22. Februar 2007 auflöste. Als Austrittsgrund nennt die Verfügung "Kündigung durch Mitarbeitende". Weiter heisst es, die Volkswirtschaftsdirektion gehe von der Unrechtmässigkeit der fristlosen Kündigung aus und behalte sich allfällige Forderungen ausdrücklich vor. Eine Begründung der Verfügung könne innert 30 Tagen verlangt werden. A tat dies offenbar mit Schreiben vom 9. März 2007.

Darauf hin erliess die Volkswirtschaftsdirektion am 4. April 2007 eine weitere Austrittsverfügung, welche mit jener vom 27. Februar 2007 weitgehend identisch ist. Hinzugefügt wurde primär die beantragte Begründung. Diese lautet: "Das Arbeitsverhältnis wurde gemäss Schreiben von A vom 22. Februar 2007 fristlos aufgelöst." Ausserdem wurde vermerkt, dass durch die neue Verfügung jene vom 27. Februar 2007 ersetzt werde.

### **II.**

Gegen die Verfügung vom 4. April 2007 liess A am 4. Mai 2007 Rekurs an den Regierungsrat erheben. Sie beantragte, die Verfügung aufzuheben, die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung festzustellen und ihr den Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu bezahlen. Zudem beantragte sie eine Abfindung in der Höhe von sieben bis elf Monatslöhnen.

Mit Beschluss vom 19. August 2009 trat der Regierungsrat mangels anfechtbarer Anordnung im Sinn von § 19a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) auf den Rekurs nicht ein und verweigerte A eine Parteientschädigung.

### **III.**

Dagegen liess A am 28. September 2009 Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben. Sie beantragte, unter Entschädigungsfolge den Beschluss des Regierungsrats vom 19. August 2009 aufzuheben, die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung festzustellen und ihr den Lohn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu bezahlen. Zudem beantragte sie eine Abfindung in der Höhe von sieben bis elf Monatslöhnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte A einen zweiten Schriftenwechsel. Ausserdem sei ihr Einsicht in die Akten und Stellungnahme der Volkswirtschaftsdirektion zu gewähren.

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2009 verwies die Staatskanzlei im Auftrag des Regierungsrats auf die Begründung im angefochtenen Beschluss und verzichtete im Übrigen auf eine Vernehmlassung. Nachdem dem Gesuch der Volkswirtschaftsdirektion um Fristerstreckung am 30. Oktober 2009 Folge gegeben worden war, beantragte diese in ihrer Beschwerdeantwort vom 12. November 2009, unter Entschädigungsfolge die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sie verwies auf die Begründung im angefochtenen Beschluss sowie ihre Rekursantwort vom 5. Juli 2007. Darüber hinaus wies sie die ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe von A als "haltlos und in keiner Weise substantiiert" zurück.

Die Kammer zieht in Erwägung:

**1.**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Rekursentscheid über eine personalrechtliche Anordnung gemäss § 74 Abs. 1 VRG. Das Verwaltungsgericht ist hierfür zuständig. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist. Der Streitwert übersteigt 20'000 Franken. Die Erledigung hat deshalb in Kammerbesetzung zu erfolgen (vgl. § 38 Abs. 1 und 2 VRG).

**2.**

**2.1** Die Vorinstanz ist mangels einer anfechtbaren Anordnung im Sinn von § 19 VRG nicht auf den Rekurs der Beschwerdeführerin eingetreten. Sie erwog, den beiden mit "Austrittsverfügung" betitelten Schreiben vom 27. Februar respektive 4. April 2007 komme lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Weiter fehle es der Beschwerdeführerin an einem schutzwürdigen Interesse. Das Schreiben vom 4. April 2007 bestätige lediglich die Rechtslage, wie sie A gewollt herbeigeführt habe. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin im Rekurschreiben erstmals finanzielle Forderungen gestellt und damit den Rekursgegenstand unzulässigerweise ausgeweitet. Der Beschwerdegegner habe über die finanziellen Folgen der Kündigung nicht verfügt. Es sei nicht Sache des Regierungsrats, an Stelle des Beschwerdegegners erstinstanzlich über die finanziellen Folgen der Kündigung zu entscheiden.

**2.2** Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder nach Ablauf einer bestimmten Zeit beendet. Die Kündigung stellt keinen Antrag auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses dar. Vielmehr wird mit der Kündigung ein Gestaltungsrecht ausgeübt. Sie bedarf keines Akzepts durch die andere Vertragspartei. Das Arbeitsverhältnis endet im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (vgl. Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 2007, Art. 335 OR N. 4 ff.; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich etc. 2006, Art. 337 N. 24; Harry Nötzli, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, Bern 2005, S. 84).

**2.3** Der Vorinstanz ist zustimmen, wenn sie davon ausgeht, das Arbeitsverhältnis sei mit Empfang des Kündigungsschreibens am 22. Februar 2007 aufgehoben worden. Daraus lässt sich indes nicht schliessen, den erwähnten Verfügungen vom 27. Februar respektive 4. April 2007 komme lediglich deklaratorischen Charakter zu. Ebenso wenig ist der Schluss zulässig, es liege keine anfechtbare Anordnung im Sinn von § 19 VRG zu.

Die Beschwerdeführerin hat ihre Stelle gemäss "gemäss § 22 Abs. 2 und 4 PG in Verbindung mit Art. 337 und 337b OR" gekündigt. Der Verweis auf die beiden Bestimmungen macht deutlich, dass nach Ansicht der Beschwerdeführerin zum einen ein wichtiger Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorlag, weshalb sie diese als gerechtfertigt betrachtete, und sie zum anderen Schadenersatz für sich beanspruchte. Dies ist auch dem Beschwerdegegner nicht entgangen. Der stellvertretende Chef des AWA, D, schrieb in einer Mail vom 26. Februar 2007, die unter anderem an Amtschef E ging: "Hinsichtlich der Frage der Lohnzahlung sage ich Frau A, dass ihre Austrittsverfügung vorbereitet werde, sie erhalte diese in den nächsten Tagen. Wenn sie damit nicht einverstanden ist, steht ihr der Rechtsweg offen." Zuvor hatte D in einer Mail vom 22. Februar 2007 die Anwendbarkeit von Art. 337b OR thematisiert. Zudem erklärte er, die Beschwerdeführerin habe ihm gegenüber mündlich mitgeteilt, sie sei der Ansicht, sämtliche aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen geltend machen zu können. Er schlug deshalb folgendes Vorgehen vor: "Austrittsverfügung mit Lohn, Ferienabgeltung usw. bis 22. Feb. Wenn Frau A dagegen rekurriert, muss sie einen begründeten und konkreten Antrag stellen."

Die Verfügung vom 4. April 2007, welche jene vom 27. Februar 2007 ersetzt, hält fest, die Volkswirtschaftsdirektion gehe von der Unrechtmässigkeit der fristlosen Kündigung aus. Damit wies der Beschwerdegegner aber die auf Art. 337b OR gestützte Forderung der Beschwerdeführerin zurück. Es kann deshalb entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht von einer bloss deklaratorischen Bedeutung der Verfügung vom 4. April 2007 ausgegangen werden.

**2.4** Darüber hinaus verkennt die Vorinstanz, dass es für die Frage, ob eine nach § 19 anfechtbare Anordnung vorliegt, unerheblich ist, ob für den Beschwerdegegner "gar kein Raum mehr für eine einseitige hoheitliche Anordnung, welche Rechte oder Pflichten begründen, aufheben oder gestalten würde", bestanden hat. Entscheidend für das Vorliegen einer nach § 19 VRG anfechtbaren Anordnung ist, dass eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder *feststellend* in verbindlicher Weise geregelt wird, sodass diese unmittelbar vollstreckbar ist und keiner weiteren Konkretisierung bedarf (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 4–31 N. 11 f.). Die feststellende Verfügung dient dabei lediglich der Klärung der Rechtslage, indem das Bestehen, das Nichtbestehen oder der Umfang von Rechten und Pflichten festgestellt wird (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich etc. 2006, S. 188).

**2.5** Nach dem Gesagten geht auch die Erwägung der Vorinstanz fehl, die finanziellen Forderungen der Beschwerdeführerin würden den Streitgegenstand in unzulässiger Weise erweitern. Streitgegenstand des Rekursverfahrens ist die im Rekursantrag enthaltene Rechtsfolgebehauptung im Rahmen des Umfangs der erstinstanzlichen Verfügung, wobei bei letzterer auch jene Aspekte zu berücksichtigen sind, die bei richtiger Gesetzesauslegung Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung hätten sein sollen (Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19–28 N. 86).

Vorliegend wurde die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung sowohl in der Verfügung vom 4. April 2007 wie auch im Rekursantrag thematisiert und war deshalb im vorinstanzlichen Verfahren vom Streitgegenstand erfasst.

**2.6** Nicht zuzustimmen ist der Vorinstanz auch insoweit, als sie von einem fehlenden Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin ausgegangen ist. Zum Rekurs ist berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges, aktuelles Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat (§ 21 lit. a VRG). Das schutzwürdige Interesse besteht im materiellen Nutzen, den ein erfolgreicher Rekurs dem Rekurrenten einträgt. Dabei genügt es, wenn der Rekurrent rein tatsächliche Interessen geltend macht (Kölz/Bosshart/Röhl, § 21 N. 21).

Wie aufgezeigt hat die Verfügung vom 4. April 2007 entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht lediglich die Rechtslage bestätigt, welche die Beschwerdeführerin herbeiführen wollte. Mit der behaupteten Rechtmässigkeit der Kündigung wurde zugleich die Forderungen nach Art. 337b OR zurückgewiesen. Die Beschwerdeführerin verfügt daher über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügung.

**2.7** Schliesslich ist zu beachten, dass nach Praxis des Verwaltungsgerichts sämtliche vermögensrechtlichen Forderungen aus einer Kündigung bei deren Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg vorgebracht werden dürfen, auch wenn die erste Instanz darüber nicht verfügt hat (VGr, 17. Mai 2006, PB.2005.00061, E. 2.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); vgl. auch VGr, 10. Juli 2002, ZBl 104/2003, S. 185 E. 2c/ff).

**2.8** Kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz – wie vorliegend – zu Unrecht auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten ist, heisst es die Beschwerde gut und weist die Sache in der Regel zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Ausnahmsweise kann das Gericht aus Gründen der Verfahrensökonomie direkt einen Sachentscheid fällen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19–28 N 98, § 64 N. 2). Dies ist hier angezeigt. Zum einen sind zwischen Rekuserhebung und Rekursentscheid mehr als zwei Jahre verstrichen. Zum anderen hat der Beschwerdegegner in seiner Rekursantwort vom 5. Juli 2007 ausführlich zum Sachverhalt und zur materiellen Rechtslage Stellung genommen. Daneben liegt ein Mitbericht des kantonalen Personalamts vom 19. Oktober 2007 vor. Die Vorinstanz schliesslich thematisiert einzelne materiellrechtlich bedeutsame Aspekte in ihrem Beschluss vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin.

### 3.

**3.1** Gemäss § 22 Abs. 1 Satz 1 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen beidseitig ohne Einhaltung von Fristen jederzeit aufgelöst werden. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist (§ 22 Abs. 2 PG). Tatbestand und Rechtsfolgen der fristlosen Auflösung richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR; § 22 Abs. 4 Satz 1 PG). Das Gericht hat zu prüfen, ob im Einzelfall ein wichtiger Grund vorliegt (Art. 337 Abs. 3 OR). Die fristlose Kündigung ist ultima ratio und untersteht dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Sie ist insbesondere erst zulässig, wenn dem Kündigenden nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (BGr, 16. Mai 2002, 4C.345/2001, E. 3.1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); VGr, 26. Februar 2003, PB.2002.00038, E. 3b/aa, und 5. Juli 2002, PB.2002.00008, E. 2a/aa, beides unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

**3.2** Eine Verfehlung muss zum einen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass der anderen Seite die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Zum andern muss sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (BGE 130 III 213 E. 3.1; BGr, 4. April 2003, 4C.357/2002, E. 3, und 8. April 2004, 4C.36/2004, E. 3.2, beides unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

**3.3** Die fristlose Kündigung ist unverzüglich nach der Kenntnis des wichtigen Grundes zu erklären; andernfalls wird das Recht zur sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses verwirkt. Einerseits ist aus einem längeren Zuwarten nach Treu und Glauben zu schliessen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses doch zumutbar ist; andererseits soll ein betroffener Arbeitnehmer nicht über Gebühr in der Ungewissheit verbleiben, ob er mit sofortiger Wirkung entlassen werde (BGE 130 III 28 E. 4.1; Portmann, Art. 337 OR N. 12 f.). Bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen ist zu berücksichtigen, dass den Betroffenen vor Aussprechung der Kündigung das rechtliche Gehör gewährt werden muss, wozu die Gewährung einer verhältnismässigen Frist gehört, um sich zu äussern (BGr, 10. Februar 2004, 2A.518/2003, E. 5.1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### 4.

**4.1** So wie das strafbare Verhalten des Angestellten dessen Arbeitnehmer regelmässig zur fristlosen Kündigung berechtigt (siehe etwa BGE 130 III 28 E. 4.1, 117 II 560 E. 3b; Portmann, Art. 337 N. 22; Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 5), bilden umgekehrt strafbare Handlung des Arbeitgebers für den Angestellten einen Grund zur fristlosen Auflösung des Vertrags. Ansonsten würde die Reputation des Angestellten in Mitleidenschaft gezogen. Gleiches gilt, wenn der Angestellte aufgefordert wird, an einem Delikt mitzuwirken (Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 9).

**4.2** Wie es sich bei einer öffentlichrechtlichen Anstellung mit einer ausserordentlichen Kündigung verhält, welche nicht ein strafbares, sondern ausschliesslich ein *rechtswidriges* Verhalten betrifft, ist vom Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Entlassung eines Chefbeamten, welcher mit seinem Vorgehen den gesetzmässigen und rechtsgleichen Vollzug des Steuerrechts vereitelte, offen gelassen worden. Die Kündigung erwies sich aus einem anderen Grund bzw. aufgrund einer Gesamtwürdigung als gerechtfertigt (VGr, 2. Mai 2007, PB.2006.00020, E. 7.6.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Der Regierungsrat hatte im selben Fall den Verstoss gegen gesetzliche Bestimmungen und das Gebot der Rechtsgleichheit als einen von vier Kündigungsgründen angegeben.

**4.3** Die Frage ist grundsätzlich anhand der allgemeinen Kriterien gemäss Art. 22 Abs. 2 PG respektive Art. 337 Abs. 2 OR zu klären. In aller Regel liegt der wichtige Grund in einer Vertragsverletzung der gekündigten Partei, bei – wie hier auf Verfügung beruhenden – öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen in einer Verletzung von dessen Rechtsgrundlagen. Allerdings können auch objektive Gründe eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Art. 337 Abs. 2 OR umschreibt den wichtigen Grund, ohne eine Vertragsverletzung oder gar ein Verschulden einer Partei vorauszusetzen. Auch Vorkommnisse ausserhalb einer Vertragsverletzung können eine ausserordentliche Vertragsbeendigung rechtfertigen, wenn sie die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschüttern, dass eine Fortsetzung der vertraglichen Beziehung subjektiv und objektiv als nicht zumutbar erscheint. Objektiver Grund für eine fristlose Entlassung kann deshalb ein Ereignis sein, mit dem die Parteien bei Vertragsbegründung weder rechnen konnten noch rechnen mussten. Es genügt indes nicht, dass die Fortsetzung des Vertrages bloss der kündigenden Partei unerträglich ist. Vielmehr muss diese Einschätzung auch von einem objektiven Standpunkt aus als angemessen erscheinen (BGE 129 III 380 E. 2.2)

**4.4** Auf der Hand liegt dabei, dass nicht jede rechtswidrige Anordnung eines öffentlichrechtlichen Arbeitgebers oder eines Staatsangestellten die Kündigung zu rechtfertigen vermag. Grundsätzlich ist jedes Gesetz interpretationsbedürftig (grundlegend René Rhinow, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, S. 1 f.). Legt eine Amtsperson das Gesetz aus oder macht von ihrem Ermessen Gebrauch, kann der Umstand, dass eine andere Instanz diese Auslegung oder Ermessensbetätigung als unzutreffend erachtet, keinen Kündigungsgrund darstellen. Insofern besteht eine gewisse Parallele zum Staatshaftungsrecht, wo nicht jede Änderung eines Entscheides im Rechtsmittelverfahren zur Haftung des Gemeinwesens führt. Eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit setzt dort einen besonderen Fehler voraus, der nicht schon vorliegt, wenn sich ein Entscheid später als unrichtig, gesetzeswidrig oder willkürlich erweist. Nach § 6 Abs. 2 des Haftungsgesetzes vom 14. September 1969 (Haftungsg, LS 170.1) haftet der Staat nur, wenn ein Beamter einer Vorinstanz arglistig gehandelt hat. Nach der Praxis des Bundesgerichts setzt eine Haftung voraus, dass die Amtsperson eine wesentliche Amtspflicht verletzt hat (BGE 120 Ib 248 E. 2b; Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 480).

**4.5** Gleichzeitig ist offensichtlich, dass ein Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben ab einem gewissen Punkt für einen Angestellten nicht mehr akzeptabel ist. Er deckt ansonsten das Vorgehen

seiner Vorgesetzten. Das Recht ist gemäss Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Die Bindung der staatlichen Organe an abstrakte formulierte Normen kennzeichnet den Rechtsstaat. Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes schützen den Privaten vor ungleicher Behandlung und garantieren die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns. Von den rechtsanwendenden Behörden wird verlangt, dass sie sich an das gesetzte Recht halten (vgl. Giovanni Biaggini, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 5 N. 7 ff.; Yvo Hangartner in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, 2. A., Zürich etc. 2008, Art. 5 N. 5 ff.).

**4.6** Wo genau der Punkt liegt, ab dem ein Abweichen der Vorgesetzten von den gesetzlichen Vorgaben für den Angestellten nicht mehr zumutbar ist, kann nicht losgelöst vom Einzelfall bestimmt werden. Mit dem Kriterium der wichtigen Gründe sowie dem Massstab von Treu und Glauben hat der Gesetzgeber Art. 337 OR so ausgestaltet, dass den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden kann (Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 2). Aus dem Gesagten ergeben sich für den Angestellten, der ein gesetzeswidriges Vorgehen seiner Vorgesetzten beanstandet, aber gewisse Schranken: Zusätzlich zu den generellen Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung muss eine qualifizierte Widerrechtlichkeit vorliegen. Eine fristlose Kündigung wird dabei in der Regel erst in Betracht kommen, wenn die Grenze zur Willkür überschritten ist. Das Vorgehen der Vorgesetzten muss etwa offensichtlich unhaltbar erscheinen, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, eine Norm krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen (zur Willkür in der Rechtsanwendung BGE 131 I 467 E. 3.1; Biaggini, Art. 9 N. 8). Weiter ist in Anlehnung an Art. 6 Abs. 2 HaftungsG ein subjektives Element auf Seiten der Vorgesetzten zu verlangen. Eine fristlose Kündigung lässt sich nur bei einem wissentlichen und willentlichen Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben rechtfertigen. Bereits aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit der fristlosen Kündigung ergibt sich schliesslich, dass ein einmaliges Vorkommnis eine fristlose Kündigung regelmässig ausschliesst.

## 5.

**5.1** Ob bereits der blosser Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung eine fristlose Kündigung rechtfertigt, ist vom Bundesgericht zuletzt offen gelassen worden (BGr, 3. Januar 2006, 4C.317/2005, E. 5.3; siehe auch BGr 8. Oktober 2002, 4C.112/2002, E. 6 [beides unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)]; zum Ganzen Denis Humbert/Alfons Volken, Fristlose Entlassung [Art. 337 OR] – Unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, AJP 2004, S. 564 ff., 566 ff.; Daniel Egli, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000, S. 16 ff.; vgl. auch VGr, 21. Dezember 2005, PB.2005.00034, E. 5.3, und 2. Mai 2007, PB.2006.00020, E. 9.1 f., beides unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). In einer Entscheidung vom 9. August 1999 hat das Bundesgericht erwogen, es bestehe heute Einigkeit darüber, dass eine Weiterbeschäftigung beim Vorliegen eines erheblichen Verdachts einer schweren Straftat nicht zugemutet werden könne. Erweise sich der Verdacht ex post als begründet, sei die fristlose Kündigung gerechtfertigt. Die Rechtmässigkeit der

Verdachtskündigung ergebe sich diesfalls schon aus der Zulässigkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen (JAR 2001, S. 304, E. 3a und b). Darüber hinaus soll eine Verdachtskündigung nicht nur bei einer vermuteten Straftat, sondern auch bei einer Verletzung des Arbeitsvertrags überhaupt zulässig sein (BGr, 2. April 1998, JAR 1999, S. 289, E. 2; Portmann, Art. 337 N. 23; Humbert/Volken, S. 566).

**5.2** Stellt sich der Verdacht nachträglich als falsch heraus, richten sich die Folgen nach Art. 337b Abs. 2 OR, sodass kein Raum für eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR bleibt. Vorausgesetzt wird allerdings, dass vor der Kündigung alle zumutbaren Abklärungen vorgenommen worden sind. Die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV steht einer Verdachtskündigung nicht entgegen. Bei einer Verdachtskündigung geht es gemäss Bundesgericht nicht um eine strafrechtliche Schuld, sondern um die Frage, ob die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (zum Ganzen BGr, 9. August 1999, JAR 2001, S. 304, E. 3b).

## **6.**

**6.1** Der fristlosen Kündigung der Beschwerdeführerin war folgender Sachverhalt vorausgegangen: Mit Schreiben vom 30. März 2006 erkundigte sich der damalige Stadtpräsident N in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident des Schauspielhauses Zürich bei der Direktorin der Volkswirtschaftsdirektion, Regierungsrätin P, nach der Möglichkeit einer zeitlich befristeten Arbeitsbewilligung für die bulgarische Staatsangehörige Z im Haushalt von R, des seinerzeitigen künstlerischen Direktors des Schauspielhauses. P teilte N mit Schreiben vom 21. April 2006 mit, dass dem Wunsch entsprochen werden könne. Das Kindermädchen erfülle die Voraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung. Das Gesuch von R sei am 18. April 2006 "nach Bern" übermittelt worden.

In einer Mail vom 18. April 2006 mit dem Thema "Arbeitsbewilligung Z" hatte der stellvertretende Chef des AWA, D, an Mitarbeitende der Volkswirtschaftsdirektion allerdings Folgendes mitgeteilt: "Bereits in Deutschland wurde die Erzieherin durch den Arbeitgeber R illegal beschäftigt. Ebenso wird sie in der Schweiz seit mehreren Monaten illegal beschäftigt. Dies hätte eigentlich eine Bewilligungssperre gemäss BVO 55 für ihn zur Folge. Demnach könnte die Beschäftigung nicht bewilligt werden. Bei jedem kleinen Handwerksbetrieb müsste diese Massnahme erfolgen, auch wenn sie für den Betrieb schwerwiegende Folgen hätte. All dies kann aus Gründen des Amtsgeheimnisses dem StP [gemeint ist Stadtpräsident N] nicht mitgeteilt werden. Das Problem der Sonderbehandlung gewisser Berufsgattungen wie Kunstschaffender taucht in den Arbeitsfeldern des AWA mit schöner Regelmässigkeit auf (z.B. auch in der Arbeitslosenversicherung). Wir müssen dann immer darauf hinweisen, dass bei allem Verständnis für deren spezielle Situation die Rechtsordnung gleichwohl zu beachten ist. Für den Umstand häufig wechselnder Arbeitgeber gibt es angemessene Lösungen z.B. im AVIG oder im Ausländerrecht."

Das Bundesamt für Migration (BFM) lehnte das Gesuch in der Folge ein erstes Mal ab. Zu Gunsten von Haushaltspersonal für Haushaltsaufgaben, Kinderbetreuung oder Behindertenpflege seien in Einzelfällen zwar Ausnahmen nach Art. 8 Abs. 3 lit. a der Verordnung vom 6. Oktober über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Begrenzungsverordnung, BVO; AS 1986, 1791) möglich. Das Gesuch von R erfülle jedoch die entsprechenden Voraussetzungen in zweierlei Hinsicht nicht. Haushaltspersonal gelte nur dann als qualifiziert, wenn es bereits vor Einreichung eines Gesuchs im Haushalt des Gesuchstellers in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis von mindestens zwei Jahren angestellt gewesen sei. Dies sei beim bulgarischen Kindermädchen nicht der Fall. Handle es sich aber um eine Neuanstellung, müssten eine mindestens fünfjährige spezifische Berufserfahrung sowie ein fester Wohnsitz in einem EU- oder EFTA-Staat seit mindestens fünf Jahren nachgewiesen werden. Zudem habe der Gesuchsteller den Nachweis zu erbringen, dass in der Schweiz und in den EU-/EFTA-Staaten Rekrutierungsbemühungen unternommen worden seien.

In einer Mail vom 3. Mai 2006 an Mitarbeiter des AWA schlug der Leiter Standortförderung des AWA, G, vor, nochmals Rücksprache "mit Bern" zu nehmen und zu Gunsten von Z eventuell fünf Jahre Erfahrung als Kinderbetreuerin geltend zu machen.

Das AWA teilte R den Entscheid des BFM am 23. Mai 2006 mit und beschied ihm, er könne eine rekursfähige Verfügung verlangen. Soweit ersichtlich verzichtete R auf eine derartige Verfügung. Stattdessen wandte er sich mit Schreiben vom 27. Mai 2006 an den Leiter Standortförderung des AWA, G, und stellte einen Antrag auf Wiedererwägung. Z sei in der Tat seit Februar 2004 bei seiner Familie als Kindermädchen tätig. Der seinerzeit offenbar bemühte Aufenthaltzweck "Deutschkurse" wurde nach Angabe von R "auf Empfehlung der deutschen Behörden" gewählt. Zudem fügte R an, er gehe davon aus, dass während des neuerlichen Antragsverfahrens eine provisorische Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für Z bestehe. G teilte R mit Schreiben vom 6. Juli 2006 mit, die Wiedererwägung werde "wohlwollend" geprüft.

Im September 2006 teilte der stellvertretende Chef des AWA, D, das Dossier der Beschwerdeführerin zu. Diese erläuterte R mit Schreiben vom 8. November 2006 die unveränderte Rechtslage, wies ihn auf die Möglichkeit hin, eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, und machte ihn darauf aufmerksam, dass ein allfälliger Aufenthalt zu Erwerbszwecken ohne Bewilligung illegal sei.

Gleichentags informierte die Beschwerdeführerin unter der Überschrift "Schwarzarbeit" das kantonale Migrationsamt, die Sozialversicherungsanstalt sowie das Steueramt dahingehend, es sei aufgrund der Umstände wahrscheinlich, dass Z sich bei der Familie R aufhalte und dort auch erwerbstätig sei. R habe mit Z am 10. April 2006 erneut einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Am 18. April 2006 habe er ein Gesuch für eine Arbeitsbewilligung eingereicht. Zuvor sei Z von Februar 2004 bis Juli 2005 in Deutschland als Kinderbetreuerin bei der Familie R

angestellt gewesen. Die Beschwerdeführerin schloss mit dem Hinweis an die Ämter, "die je aus Ihrer Sicht gutscheinenden Schritte zu ergreifen".

Am 9. November 2006 teilte die Beschwerdeführerin dem Chef des AWA, E, mit, die Wiedererwägung habe ergeben, dass das Gesuch von R im Frühjahr zu Recht abgewiesen worden sei. Am 15. November 2006 teilte die Assistentin von E in dessen Auftrag den von der Beschwerdeführerin angeschriebenen drei Ämtern mit, das Schreiben betreffend Schwarzarbeit sei als "nichtig" zu betrachten. Der Fall sei noch beim AWA pendent und könne nicht als erledigt betrachtet werden.

Mit einem vom 1. Dezember 2006 datierenden Schreiben ersuchte R erneut um Wiedererwägung. Zuvor hatte er den Entwurf des Schreibens der Assistentin von Amtschef E "[v] erabredungsgemäss" per Mail zugestellt, verbunden mit der Frage: "Sind Sie mit dem Entwurf so einverstanden?" Diese sandte ihm das Schreiben zwei Tage später per Mail und mit der Bitte zurück, die angebrachten Korrekturen vorzunehmen. Am 7. Dezember 2006 wurde das Dossier einer Mitarbeiterin zugeteilt. Im Begleitschreiben der Assistentin von Amtschef E heisst es: "Gerne bitte ich Sie das Gesuch wie bereits vorbesprochen zu prüfen und die Bewilligung entsprechend zu erteilen."

Am 14. Dezember 2006 wurde das Gesuch dem BFM zur Wiedererwägung unterbreitet. Daraufhin liess die Beschwerdeführerin am 22. Dezember 2006 gegen die verantwortlichen Personen der Volkswirtschaftsdirektion bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich Strafanzeige wegen Begünstigung und ausländerrechtlicher Vergehen einreichen. Die Beschwerdeführerin äusserte den Verdacht, Amtschef E habe sich strafbar gemacht, indem er mit seinem Vorgehen gegenüber den drei von der Beschwerdeführerin angeschriebenen Ämtern eine allfällige Einleitung eines Strafverfahrens unterbunden habe, obschon es sehr wahrscheinlich sei, dass Z seit der Einreise der Familie R ohne Bewilligung für diese tätig sei.

Das BFM verweigerte am 8. Januar 2007 erneut seine Zustimmung zum Gesuch von R. Mit Schreiben vom 22. Januar 2007 wandte sich daraufhin Volkswirtschaftsdirektorin P an den damaligen Direktor des BFM, L. Darin bat sie ihn zu prüfen, ob eine "ausnahmsweise Regelung des Aufenthaltes möglich" sei. L antwortete mit Schreiben vom 9. Februar 2007. Das BFM könne unter Berücksichtigung der Rechtsgleichheit keine Lösung anbieten.

**6.2** Mit Schreiben vom 16. Februar 2007 kündigte die Beschwerdeführerin ihre Stelle fristlos. Zur Begründung führte sie Gefälligkeiten und missbräuchliche Einflussnahme von Seiten der Amtsleitung und des Standortförderers bei der Erteilung von Arbeitsbewilligungen an. Es dränge sich deshalb der Verdacht von Vetternwirtschaft auf. Im "Fall R" sei es wohl gar zu strafbaren Handlungen gekommen. Nachdem sie wie in Verdachtsfällen üblich das kantonale Migrationsamt, das Steueramt und die Sozialversicherungsanstalt informiert habe, habe ihr die Assistentin von Amtschef E ausgerichtet, "die Politik [sei] involviert", weshalb sie die Meldung besser unterlassen hätte. Am 14. Februar 2007 habe ihr D das Antwortschreiben des BFM-Direktors mit dem

Kommentar, es würden noch Instruktionen folgen, weitergeleitet. Ihr Vertrauen in die Vorgesetzten sei mit den letzten Vorkommnissen endgültig zerstört worden. Es würden amtsintern, "je nach Wichtigkeit der gesuchstellenden Person, alle Hebel in Bewegung gesetzt, um aus sachfremden Motiven heraus auch Bewilligungen zu erteilen, die bei gesetzmässigem Vorgehen niemals zulässig wären."

**6.3** Zuvor hatte die Staatsanwaltschaft am 11. Januar 2007 die Angelegenheit zwecks Entscheids über die Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen "Beamte" an das Obergericht überwiesen. Mit Beschluss vom 22. Februar 2007 eröffnete die Anklagekammer des Obergerichts eine Strafuntersuchung gegen Amtschef E. Zugleich erstattete sie Anzeige bei der Oberstaatsanwaltschaft gegen R. Es bestehe der Verdacht, dieser habe Z ohne Bewilligung als Kinderbetreuerin in seinem Haushalt beschäftigt. Nicht stattgegeben wurde dem Ersuchen der Beschwerdeführerin um Geheimhaltung. Bei einem Verfahren gemäss § 22 Abs. 6 der Strafprozessordnung vom 4. Mai 1919 (StPO, LS 321) sei die Nennung der Anzeigerstatterin trotz des Umstands, dass die Beschwerdeführerin auch nach Einreichen der Strafanzeige im AWA tätig geblieben sei, zwingend vorgeschrieben.

**6.4** Mit Schreiben vom 13. März 2007 wandte sich der stellvertretende Chef des AWA an das Migrationsamt, das Steueramt sowie die Sozialversicherungsanstalt, liess den drei Ämtern die "Anzeige" des AWA vom 8. November 2006 betreffend Schwarzarbeit im selben Wortlaut nochmals zukommen und bat sie, die aus ihrer Sicht gutscheinenden Schritte zu ergreifen.

**6.5** Mit Verfügung vom 29. Juni 2007 stellte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung gegen Amtschef E ein. Die Staatsanwaltschaft hielt fest, es liege weder eine Erleichterung des illegalen Aufenthalts gemäss Art. 23 Abs. 1 alinea 5 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1, 121) noch ein Amtsmissbrauch nach Art. 312 des Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311) noch eine Begünstigung nach Art. 305 StGB vor. Das Handeln von E habe einzig darin bestanden, die Meldungen der Beschwerdeführerin an die drei Ämter zurückziehen. Die Meldungen seien nicht als Strafanzeige gedacht gewesen, weshalb deren "Widerruf" als Begünstigungs- oder Erleichterungshandlung ausscheide. E sei auch nicht selbst zur Strafanzeige verpflichtet gewesen. Eine solche Pflicht gemäss § 21 Abs. 1 StPO bestehe nur bei erwiesener Strafbarkeit. Ein Anfangsverdacht vermöge keine Anzeigepflicht auszulösen. E sei sich einer Anzeigepflicht "nachvollziehbar und von der Sachlage her gerechtfertigt" auch deshalb nicht bewusst gewesen, weil zum einen der Sachverhalt nicht geklärt und zum anderen die Bewilligungsfrage verfahrensmässig noch in der Schwebe und nicht rechtskräftig entschieden gewesen sei. Betreffend Sachverhalt sei unklar gewesen, ob Z tatsächlich bereits während längerer Zeit bei der Familie R gewohnt habe und dort allenfalls tätig gewesen sei. Zudem habe auch bei einer tatsächlichen Anwesenheit von Z nicht zwingend von einem illegalen Aufenthalt ausgegangen werden müssen, da sich R weiterhin auf den Standpunkt stelle, Z habe sich lediglich als Touristin bei seiner Familie aufgehalten.

Gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. November 2007 Rekurs an das Obergericht. Dieses trat mit Beschluss vom 20. Dezember 2007 auf den Rekurs mangels Legitimation nicht ein. Gegen R wurde Ende 2007 offenbar ein Strafbefehl erlassen.

## 7.

**7.1** Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden haben grundsätzlich auf die *tatsächlichen* Feststellungen eines Strafurteils abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung von Parteien und Einvernahme von Zeugen ergangen ist, es sei denn, es bestünden klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Tatsachenfeststellung. Gegenüber einem Strafscheid, der im Strafbefehlsverfahren ergangen ist, besteht unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls eine Bindewirkung (dazu BGE 123 II 97 E. 3c/aa). Keine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen eines Strafurteils besteht, sofern die Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden Tatsachen feststellen und ihrem Entscheid zugrundelegen, die dem Strafrichter unbekannt waren, oder wenn sie zusätzliche Beweise erheben. Keine Bindung an die tatsächlichen Feststellungen besteht zudem, sofern der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt hat (BGE 124 II 103 E. 1c/aa).

**7.2** Bei der *rechtlichen* Würdigung des Sachverhalts sind Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden demgegenüber grundsätzlich nicht an die Erkenntnis des Strafrichters gebunden. Anders kann es sich verhalten, sofern die rechtliche Würdigung sehr stark von der Würdigung von Tatsachen abhängt, die der Strafrichter besser kennt als die Verwaltungsbehörde. Dies kann etwa der Fall sein, wenn er den Beschuldigten persönlich einvernommen hat (BGE 124 II 103 E. 1c/bb; BGr, 16. Mai 2006, 6A.19/2006, E. 1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); siehe auch Kölz/Bosshart/Röhl, § 1 N. 31; Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 13 ff.).

**7.3** Die Einstellungsverfügung im Strafverfahren gegen Amtsleiter E nimmt demnach die tatsächliche und rechtliche Würdigung nicht zwingend vorweg. Dies gilt umso mehr, als vorliegend nicht die Bindung an ein gerichtliches Urteil oder einen Strafbefehl zur Debatte steht, sondern an eine Verfügung der Staatsanwaltschaft. Dennoch besteht keine Veranlassung, von der strafrechtlichen Würdigung der Staatsanwaltschaft abzuweichen. Im Folgenden ist deshalb davon auszugehen, dass es im Fall R auf Seiten des Beschwerdegegners zu keinen strafbaren Handlungen gekommen ist.

## 8.

**8.1** Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerdeschrift vor, eine Zusammenarbeit mit ihren Vorgesetzten sei ihr nicht mehr zumutbar gewesen. Im Kündigungsschreiben vom 16. Februar 2006 warf sie diesen sinngemäss vor, im Fall R den Vorrang des Gesetzes gemäss Art. 5 Abs. 1 BV missachtet und hintertrieben sowie das Primat der rechtsstaatlichen Verwaltung untergraben zu haben. Amtsleitung und Standortförderer würden mittels Direktiven missbräuchlich auf die Arbeit

der Angestellten Einfluss nehmen, sodass sich der Verdacht der Vetternwirtschaft aufdränge. Im Fall R sei gar der Straftatbestand der Begünstigung erfüllt.

**8.2** Die Beschwerdeführerin unterstellt demnach ihren Vorgesetzten zum einen ein strafbares Verhalten. Wie erwähnt ist indes davon auszugehen, dass es auf Seiten des Beschwerdegegners im Fall R nicht zu strafbaren Handlungen gekommen ist. Hinsichtlich des Vorwurfs strafbaren Verhaltens scheidet eine Tatkündigung deshalb aus. In Betracht zu ziehen ist einzig eine Verdachtskündigung. Zum andern hält die Beschwerdeführerin ihren Vorgesetzten ein bewusstes Abweichen vom Vorrang des Gesetzes und damit ein rechtswidriges Verhalten vor. Dieser Vorwurf steht nach wie vor im Raum. Das Verfahren gegen E beschränkte sich naturgemäss auf die Frage der Strafbarkeit. Zudem ist nicht nur das Verhalten von E zu würdigen, sondern der involvierten Vorgesetzten insgesamt. Der Verfahrenseinstellung kommt daher in diesem Zusammenhang bloss beschränkte Tragweite zu. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich über den Fall R hinaus Gefälligkeiten rügt, werden diese nirgends substantiiert und sind insofern unbeachtlich.

## **9.**

**9.1** Im Folgenden ist zu untersuchen, ob der Beschwerdegegner mit seinem Verhalten im Fall R trotz Fehlen einer Straftat einen wichtigen Grund für eine fristlose Aufhebung des Dienstverhältnisses nach Art. 22 Abs. 2 PG in Verbindung mit Art. 337 Abs. 2 OR gesetzt hat. Auch Vorkommnisse ausserhalb einer Vertrags- bzw. Personalrechtsverletzung können eine fristlose Aufhebung rechtfertigen. Vorausgesetzt wird, dass sie die wesentlichen Grundlagen der rechtlichen Bindung derart erschüttern, dass eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses als nicht zumutbar erscheint (BGE 129 III 380 E. 2.2). Einem blossen Abweichen von den gesetzlichen Vorgaben kommt dabei nicht das notwendige Gewicht zu, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Eine solche ist regelmässig erst in Betracht zu ziehen, wenn das Legalitätsprinzip von Seiten der Vorgesetzten bewusst missachtet wird und ihr Verhalten im Ergebnis als unhaltbar erscheint.

**9.2** Zu prüfen ist daher, ob im Fall R der Vorrang des Gesetzes bewusst untergraben worden ist und sachfremde Motive das Verhalten der Vorgesetzten bestimmten. Hierfür ist zunächst das massgebende Recht darzustellen (unten 10) und die Rechtslage hinsichtlich des Gesuchs von R zugunsten von Z zu klären (11). Anschliessend sind die verschiedenen Vorgänge innerhalb der Volkswirtschaftsdirektion einzeln zu bewerten: das fortlaufende Ausblenden der bewilligungslosen Tätigkeit von Z durch das AWA (unten 12); der Rückruf der Meldung betreffend Schwarzarbeit (13); die Behandlung des zweiten Wiedererwägungsgesuchs (14); das Schreiben der Volkswirtschaftsdirektorin an das BFM (15). Schliesslich ist eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen (16).

**9.3** Der Beschwerdegegner verwahrt sich gegen die erhobenen Vorwürfe. Diese seien "haltlos und in keiner Weise substantiiert". Zutreffend sei einzig, dass sich das AWA im Fall R für eine

Bewilligung beim BFM eingesetzt habe. Dies sei im gesetzlichen Rahmen geschehen. In Bezug auf das Schreiben vom 22. Januar 2007 an den damaligen Direktor des BFM, L, in welchem Regierungsrätin P nach erneuter Abweisung des Gesuchs um eine "ausnahmsweise Regelung" ersuchte, hat der Beschwerdegegner mit Eingabe 5. Juli 2007 festgehalten, ein nochmaliges Nachfragen bei der zuständigen Behörde stelle keine Rechtswidrigkeit dar. Was den Rückruf der Meldungen betreffend Schwarzarbeit betrifft, hat der Beschwerdegegner in seiner Eingabe vom 5. Juli 2007 vorgebracht, es sei nicht erstellt, dass Z illegal bei der Familie R beschäftigt werde. Die Beschwerdeführerin habe dies behauptet, ohne den Sachverhalt geklärt zu haben. R selber bestreite eine Anstellung.

## 10.

**10.1** R beantragte für Z eine befristete Jahresaufenthaltsbewilligung nach Art. 8 und 14 Abs. 4 BVO. Für eine solche war nach seinerzeit gültigem Recht die Zustimmung des Bundes notwendig (Art. 42 Abs. 5 BVO; siehe dazu Ziff. 132.21 der Weisungen und Erläuterungen des BFM über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt, 3. Auflage, Mai 2006 [ANAG-Weisungen]). Nachfolgend sind einschlägiges materielles Recht, Verfahren und Zuständigkeit sowie Sanktionen darzustellen.

**10.2** Nach Art. 3 Abs. 3 ANAG darf der nicht niedergelassene Ausländer eine Stelle erst antreten und von einem Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt worden ist. Dabei entscheidet die Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt (Art. 4 ANAG). Die Bewilligungsbehörden haben bei ihren Entscheidungen die ausländerrechtlichen Zielsetzungen, namentlich die Stabilisierung des Ausländerbestandes und im vorliegenden Zusammenhang den Schutz des inländischen Arbeitsmarktes, vorrangig zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 1 ANAG, Art. 1 und Art. 7 BVO). Nach Art. 42 Abs. 1 BVO verfügt die Arbeitsmarktbehörde bei Gesuchen um Zulassung erwerbstätiger Ausländer in einem für die kantonale Fremdenpolizei (im verneinenden Fall stets) verbindlichen Vorentscheid (Art. 42 Abs. 4 Satz 1 BVO), ob die Voraussetzungen zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (Art. 6–11 BVO) erfüllt sind.

**10.3** Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit dürfen nach Art. 7 Abs. 1 BVO nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber keine einheimische Arbeitskraft findet, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten. Gemäss Art. 8 Abs. 1 BVO wird eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit "in erster Linie" den Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten nach dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) sowie den Angehörigen der EFTA-Mitgliedstaaten nach dem Übereinkommen 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 0.632.31) erteilt. Nach Art. 8 Abs. 2 BVO gilt der Grundsatz von Abs. 1 nicht für hoch qualifizierte Personen, die um eine Bewilligung für eine zeitlich begrenzte Tätigkeit gemäss den von der Schweiz abgeschlossenen Wirtschafts- und Handelsvereinbarungen

nachsuchen. Ausnahmen vom Grundsatz von Art. 8 Abs. 1 BVO können die Arbeitsmarktbehörden im Vorentscheid zu Bewilligungen verfügen, wenn es sich um qualifizierte Arbeitskräfte handelt und wenn besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigen (Art. 8 Abs. 3 lit. a BVO; vgl. Ziff. 432.32 ANAG-Weisungen, wonach für eine solche Ausnahme von der "Rekrutierungspriorität" beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen).

**10.4 Ausnahmen** nach Art. 8 Abs. 3 Buchstabe a BVO zu Gunsten von Hauspersonal für Haushaltsaufgaben, Kinderbetreuung und für die Behindertenpflege sind in Einzelfällen unter folgender Bedingung möglich: Hauspersonal, welches mit Haushaltsaufgaben und/oder mit Kinderbetreuung beauftragt ist, gilt als "qualifiziert", wenn es bereits vorher bei derjenigen Familie (und Gesuchstellerin) in einem ordentlichen Arbeitsverhältnis von mindestens zwei Jahren angestellt war, welche sich vorübergehend oder definitiv in der Schweiz niederlässt. Handelt es sich um eine Neuanstellung, muss eine mindestens fünfjährige spezifische Berufserfahrung (Haushalt und Kinderbetreuung) und eine entsprechende Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung in einem EU- oder einem EFTA-Land seit mindestens fünf Jahren nachgewiesen werden. Bei der Aufenthaltsdauer wird nur die Periode angerechnet, während der der Arbeitnehmer durch das Ausländerrecht des EU- oder EFTA Mitgliedstaates *regulär* auf dem Arbeitsmarkt zugelassen gewesen ist (ANAG-Weisungen Anhang 4/8a Ziff. 491.18).

**10.5 Der Vollzug** im Bereich der Begrenzungsverordnung liegt vollständig bei den Kantonen. Die kantonalen Behörden prüfen unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung (Art. 6–11 BVO) in jedem Fall selbst. Diese Beurteilung erfolgt auf der Basis der Weisungen des BFM zu Art. 8 BVO. Vorentscheide zu Aufenthaltsbewilligungen nach Art. 14 BVO leitet die kantonale Arbeitsmarktbehörde mit dem Arbeitsmarktdossier an das BFM zur Zustimmung weiter (Art. 42 Abs. 5 BVO). Der kantonale Vorentscheid muss immer den klaren Hinweis enthalten, dass er unter dem Vorbehalt der Zustimmung des BFM ergangen ist (vgl. Art. 19 Abs. 5 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer; AS 1949, 228). Beabsichtigt die kantonale Behörde dagegen, keine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit zu erteilen, hat sie in eigener Zuständigkeit eine entsprechende negative Verfügung unter Angabe der kantonalen Rechtsmittel zu erlassen.

Das BFM besitzt im Rahmen des Zustimmungsverfahrens gestützt auf Art. 18 Abs. 3 ANAG eine umfassende Befugnis zur Überprüfung der kantonalen Entscheide. Das BFM greift jedoch nicht ohne wichtige Gründe in das Ermessen der Kantone ein, soweit es um die Beurteilung der kantonalen Arbeitsmarktlage geht. Das BFM überprüft aber, ob die Bewilligungserteilung durch die Kantone gesetzmässig erfolgt ist und keine Ermessensüberschreitung vorliegt. Diese Überprüfung erfolgt auf der Basis der Weisungen des BFM zur Begrenzungsverordnung. Beim BFM erfolgt auch eine ausländerrechtliche Überprüfung des Gesuchs (vgl. ANAG-Weisungen Ziff. 483).

**10.6** Die *administrativen* Sanktionen gegenüber fehlbaren Arbeitgebern liegen in der Kompetenz der Arbeitsmarktbehörden. Als Massnahme kommt die teilweise oder gänzliche Ablehnung von Aufenthaltsgesuchen des fehlbaren Arbeitgebers für ausländische Arbeitskräfte in Frage. Die Sanktionen sind unter Berücksichtigung der Schwere des Falles und der weiteren Umstände zu dosieren. In der Regel ist eine Sanktion dem Unternehmen zuerst schriftlich anzudrohen. Dies gilt insbesondere bei erstmaligen oder geringen Verstössen. (ANAG-Weisungen Ziff. 487).

**10.7** Die *strafrechtlichen* Folgen sind in Art. 23 ANAG geregelt. Demnach wird derjenige, der vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten, zusätzlich zu einer allfälligen Bestrafung nach Art. 23 Abs. 1 ANAG für jeden rechtswidrig beschäftigten Ausländer mit einer Busse bis zu 5'000 Franken bestraft (Art. 23 Abs. 4 Satz 1 ANAG). Handelt der Täter fahrlässig, so beträgt die Busse bis zu 3'000 Franken (Satz 2). In besonders leichten Fällen kann von einer Bestrafung Umgang genommen werden (Satz 3).

## 11.

**11.1** Z hat die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung zu Gunsten von Hauspersonal nach Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO nicht erfüllt. Gemäss Lebenslauf war sie seit Februar 2004 als Kindermädchen bei der Familie R tätig. Stellt man allein auf diese Angabe ab, war Z im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung – das Gesuch von R datiert vom 18. April 2006 – seit mehr als zwei Jahren für diesen tätig. Aus den dem Gesuch beigelegten Unterlagen ist indes nicht ersichtlich, dass die Tätigkeit regulär erfolgte. So fehlt insbesondere der Nachweis, dass Z in Deutschland im Besitz einer Arbeitsbewilligung für die Tätigkeit als Kindermädchen gewesen ist (so auch das BFM). Dessen war man sich im AWA durchaus bewusst. In der erwähnten Mail vom 18. April 2006 mit dem Thema "Arbeitsbewilligung Z" hatte der stellvertretende Chef des AWA, D, festgehalten: "Bereits in Deutschland wurde die Erzieherin durch den Arbeitgeber R illegal beschäftigt." Gemäss einem Lebenslauf, der mit 14. Juli 2006 datiert ist, absolvierte Z zudem ab Februar 2004 wiederholt mehrmonatige Sprachaufenthalte in Deutschland. Während sechs Monaten besuchte sie einen Intensivkurs. Von September 2005 bis anfangs Dezember 2005 sowie seit Mitte Januar 2006 will sie sich als Touristin in der Schweiz aufgehalten haben. Es ist folglich offensichtlich, dass von einer mindestens zwei Jahre dauernden legalen Beschäftigung im Haushalt der Familie R nicht die Rede sein kann.

**11.2** Eine Ausnahme nach Art. 8 Abs. 3 Bst. a BVO lässt sich auch nicht unter dem Titel der Neuanstellung rechtfertigen. Wie erwähnt muss bei einer Neuanstellung eine mindestens fünfjährige spezifische Berufserfahrung sowie eine entsprechende Arbeits- und Aufenthaltsgewilligung in einem EU- oder einem EFTA-Land für dieselbe Zeitspanne nachgewiesen werden (ANAG-Weisungen Anhang 4/8a Ziff. 491.18). Ein Blick auf den Lebenslauf von Z macht deutlich, dass sie diese Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt. Bulgarien ist erst seit dem 1. Januar 2007 Mitglied der Europäischen Union und gehörte nie der EFTA an. Dessen ungeachtet schlug der Leiter Standortförderung des AWA, G, in einer Mail vom

3. Mai 2006 vor, zu Gunsten von Z eventuell fünf Jahre Erfahrung als Kinderbetreuerin geltend zu machen.

**11.3** Das BFM hat seine Zustimmung aus diesen Gründen zwei Mal verweigert. Hinzu kommt das Schreiben seines Direktors an Regierungsrätin P vom 9. Februar 2007, in welchem unter Verweis auf die langjährige Praxis ein weiteres Mal die Rechtslage erläutert wird. Bezeichnenderweise hat R jeweils auf eine anfechtbare Verfügung verzichtet.

## **12.**

**12.1** Gegen R wurde Ende 2007 im vorliegend interessierenden Zusammenhang wegen Widerhandlungen gegen das ANAG offenbar ein Strafbefehl erlassen. Zudem hielt R im Schreiben vom 27. Mai 2006 an den Leiter Standortförderung des AWA, G, fest, er gehe davon aus, dass während des neuerlichen Antragsverfahrens eine provisorische Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für Z bestehe. Weiter liegt bei den Akten ein vom 10. April 2006 datierender Arbeitsvertrag zwischen R und Z. Es ist deshalb davon auszugehen, R habe Z illegal beschäftigt. Zwar begründete die Staatsanwaltschaft im Verfahren gegen Amtschef E die Einstellungsverfügung vom 29. Juni 2007 unter anderem damit, dass auch bei einer tatsächlichen Anwesenheit von Z nicht zwingend von einem illegalen Aufenthalt ausgegangen werden müsse, da sich R weiterhin auf den Standpunkt stelle, diese habe sich lediglich als Touristin bei seiner Familie aufgehalten. Genau diese Angaben von R waren von der Anklagekammer des Obergerichts allerdings als "wenig überzeugend" taxiert worden. Mit dem Erlass eines Strafbefehls gegen R, was nach § 317 Abs. 1 StPO ein Eingeständnis hinsichtlich des Sachverhalts voraussetzt, darf die Frage als geklärt betrachtet werden.

**12.2** Zumindest einem Teil der Verantwortlichen der Volkswirtschaftsdirektion war die illegale Anstellung von Z schon früh bewusst. Wie erwähnt hatte der stellvertretende Chef des AWA, D, in einer Mail vom 18. April 2006 an Mitarbeitende der Volkswirtschaftsdirektion – unter anderem G, nicht aber E – mitgeteilt, dass Z von R "in der Schweiz seit mehreren Monaten illegal beschäftigt" werde. Als Antwort auf die Anfrage von Stadtpräsident N schlug er vor, darauf hinzuweisen, "dass bei allem Verständnis für [die ] spezielle Situation die Rechtsordnung gleichwohl zu beachten" sei.

**12.3** Die Kenntnis der illegalen Beschäftigung wirft ein schiefes Licht auf die nachfolgenden Bemühungen um eine Bewilligung für Z. Nach Art. 3 Abs. 3 ANAG darf der nicht niedergelassene Ausländer – von hier nicht einschlägigen Abkommen und Ausnahmen abgesehen – eine Stelle erst antreten und vom Arbeitgeber zum Antritt der Stelle nur zugelassen werden, wenn ihm der Aufenthalt zum Stellenantritt bewilligt worden ist (dazu Marc Spescha/Peter Sträuli, Ausländerrecht, 2. A., Zürich 2004, S. 34). Wie der stellvertretende Chef des AWA, D, in der Mail vom 18. April 2006 festgehalten hat, hätte die illegale Anstellung nach Art. 55 BVO eigentlich eine Bewilligungssperre zur Folge, wobei die Kompetenz für deren Anordnung beim AWA liegt. Denkbar wäre nach Art. 55 Abs. 2 BVO auch eine Verwarnung gewesen. Dessen ungeachtet setzte das AWA seine Bemühungen um eine Arbeitsbewilligung für Z fort.

**12.4** Hinzu kommt, dass ein Staatsangestellter nach § 21 Abs. 1 StPO verpflichtet ist, strafbare Handlungen anzuzeigen, die er bei Ausübung seiner Amtstätigkeit wahrnimmt. Eine Anzeigepflicht besteht hinsichtlich aller gemäss materiellem Strafrecht des Bundes strafbaren Taten. Vorausgesetzt wird weiter, dass sich für den Staatsangestellten aufgrund bestimmter Tatsachen der konkrete und erhebliche Verdacht ergibt, dass eine Straftat begangen worden ist (Niklaus Schmid in: Andreas Donatsch/ders. [Hrsg.], Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 2007, § 21 N. 16 und 20).

Diese Voraussetzungen waren vorliegend erfüllt. Ein Teil der Verantwortlichen hatte Kenntnis von der illegalen Anstellung von Z. Einschlägige Strafnorm bildete Art. 23 Abs. 4 Satz 1 ANAG, wonach die bewilligungslose Beschäftigung eines Ausländers strafbar ist.

### **13.**

**13.1** Am 15. November 2006 liess Amtschef E den von der Beschwerdeführerin angeschriebenen drei Ämtern mitteilen, das Schreiben betreffend Schwarzarbeit sei als "nichtig" zu betrachten.

**13.2** Die Verwaltung ist hierarchisch strukturiert (dazu Tobias Jaag, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2005, Rz. 1405 ff.). Die übergeordnete Amtsstelle oder der übergeordnete Amtsträger ist demnach befugt, generelle Weisungen und konkrete Anordnungen zu erlassen und auch in einer bestimmten Sache anstelle der untergeordneten Dienststelle oder Person zu handeln (sogenanntes Evokations- oder Selbsteintrittsrecht; vgl. zum Ganzen Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 63; Blaise Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 4. A., Basel/Frankfurt a.M. 1992, N. 7 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Vol. III, Bern 1992, S. 9 ff.).

**13.3** Praxis und Lehre äussern sich kaum zu Umfang und Voraussetzungen der Weisungsbefugnis und des Evokationsrechts in Einzelfällen. Leitfaden muss sein, dass Organisationsvorschriften letztlich der effizienten Durchsetzung des materiellen Rechts gemäss den Anforderungen des Verfassungsrechts dienen. Entsprechend will das Hierarchieprinzip nicht die Machtfülle des Vorgesetzten als Selbstzweck absichern, sondern die Verpflichtung der Verwaltung auf die korrekte und einheitliche Umsetzung der im demokratischen Verfahren zustande gekommenen Rechtsnormen (vgl. Giovanni Biaggini, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 48 f.; Gygi, S. 63; vgl. auch Moor, S. 10). Weisungsbefugnis und Evokationsrecht können daher nicht voraussetzungslos ausgeübt werden; die blosser Berufung auf das Hierarchieprinzip zu ihrer Begründung greift zu kurz. Die Inanspruchnahme der Leitungsfunktionen muss mit der Aufgabe der Verwaltung übereinstimmen. Sie muss der Rechtsverwirklichung dienen. Allerdings muss einem Amtschef beim Entscheid über die Ausübung seiner Leitungsbefugnisse ein grosser Ermessensspielraum zukommen. Dieser ist notwendiges Gegenstück seiner Verantwortlichkeit. Aufgrund des weiten Ermessensspielraums sind verschiedenste Gründe für die Inanspruchnahme des Weisungs- oder des Evokationsrechts denkbar, etwa die rechtliche, politische oder wirtschaftliche Bedeutung eines Falles, die

Durchsetzung einer Praxisänderung oder auch Mängel der Verfahrensleitung durch die eigentlich zuständige Verwaltungseinheit oder Person. Es kann daher nur ein klar sachfremder Grund bereits für sich allein genommen auf eine unzulässige Ausübung der Weisungsbefugnis oder des Evokationsrechts schliessen lassen. Daneben sind die gewählten Mittel, das Verhältnis von Ziel und Mitteln sowie das Ergebnis zu beachten (VGr, 2. Mai 2007, PB.2006.00020, E. 7.3.5 ff., [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

**13.4** Amtschef E hat im Fall R eigenen Angaben zufolge von den Entwicklungen zwischen April und November 2006 keine Kenntnis gehabt. Über die Meldung betreffend Schwarzarbeit vom 8. November 2006 wurde er von der Beschwerdeführerin am Folgetag informiert. Den Widerruf der Meldung habe er veranlasst, weil zum einen keine rekursfähige Verfügung vorgelegen habe und offen gewesen sei, ob R eine solche verlange. Zum anderen habe er Regierungsrätin P über den Sachverhalt informieren wollen. Der Ausdruck "nichtig" sei nicht von ihm eingebracht worden. Er sei der Auffassung gewesen, der Versand der Meldung sei verfrüht erfolgt, da R der ordentliche Rechtsweg offen gestanden sei.

**13.5** Ein Gesuch um Wiedererwägung ist ein formloser Rechtsbehelf, mit dem die verfügende Verwaltungsbehörde ersucht wird, auf ihre Verfügung zurückzukommen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 391 ff.). Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht ausnahmsweise, sofern dargetan wird, dass sich die sachlichen oder rechtlichen Grundlagen seit dem Erlass der ursprünglichen Verfügung massgeblich geändert haben (vgl. etwa BGE 120 Ib 42 E. 2b; VGr, 12. Mai 2004, VB.2004.00047, E. 2.5.6, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Die Rechtskraft einer Anordnung wird durch ein *Gesuch* um Wiedererwägung nicht berührt. Ergeht aufgrund eines Wiedererwägungsgesuchs allerdings ein neuer Sachentscheid, steht gegen diesen der gewöhnliche Rechtsmittelweg offen (BGE 116 V 62 E. 3a).

**13.6** Vorliegend ist das AWA auf das Wiedererwägungsgesuch von R eingetreten. Mit Schreiben vom 8. November 2006 teilte es diesem den neuen, inhaltlich unveränderten Entscheid in der Sache mit und verwies auf die Möglichkeit, innert 20 Tagen eine anfechtbare Verfügung zu verlangen.

Folglich war im Zeitpunkt des Rückrufs noch keine formelle Rechtskraft eingetreten. Insofern ist der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft zuzustimmen, wo darauf verwiesen wird, die Bewilligungsfrage sei verfahrensmässig noch in der Schwebe gewesen. Da auch eine vorgängige Information der Volkswirtschaftsdirektorin angesichts der Umstände des Falls durchaus angebracht war, erscheint der Rückruf der Meldung unter den vom Amtschef E genannten Aspekten durchaus als gerechtfertigt.

**13.7** Bestehen bleibt dagegen der bereits von der Anklagekammer des Obergerichts erhobene Einwand, dass die Meldung betreffend Schwarzarbeit auch losgelöst vom Stand des Bewilligungsverfahrens ihre Richtigkeit hatte. Nach Art. 3 Abs. 3 ANAG setzt der Stellenantritt eines nicht niedergelassenen Ausländers eine vorgängig erteilte Bewilligung voraus. Die

Beschwerdeführerin hatte in besagter Meldung die angeschriebenen drei Ämter nicht nur auf die Ablehnung des Wiedererwägungsgesuchs aufmerksam gemacht, sondern vor allem – unter Verweis auf den Arbeitsvertrag zwischen R und Z – auf deren unbewilligte Tätigkeit für die Familie R. Die Beschwerdeführerin schloss deshalb das Schreiben vom 8. November 2006 mit dem Hinweis an die Ämter, "die je aus Ihrer Sicht gutscheinenden Schritte zu ergreifen".

**13.8** Unter diesen Umständen und angesichts der Sachlage – R erklärte schriftlich, er gehe für die Dauer des Verfahrens von einer provisorischen Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für Z aus, zudem bestand bereits ein Arbeitsvertrag – fügt sich der Rückruf der Meldung *im Ergebnis* ein in die zuvor aufgezeigten Bemühungen des AWA um eine Bewilligung für Z, obschon diese bereits illegal tätig war.

## 14.

**14.1** Mit Eingabe vom 1. Dezember 2006 ersuchte R ein zweites Mal um Wiedererwägung. Das AWA leitete das Gesuch am 14. Dezember 2006 dem BFM weiter.

**14.2** Hierzu ist festzuhalten, dass eine Wiedererwägung von Anordnungen, die in Rechtskraft erwachsen sind, nicht beliebig zulässig sein kann. Sie darf namentlich nicht dazu dienen, rechtskräftige Anordnungen immer wieder in Frage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen. Auch bei negativen Verfügungen scheidet eine Wiedererwägung aus, wenn den Behörden kurze Zeit nach einem abgelehnten Gesuch erneut ein identisches Gesuch unterbreitet wird (BGr, 4. August 2009, 2C\_114/2009, E. 2.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); BGE 120 Ib 42 E. 2b). Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht wie dargelegt bloss, sofern sich die sachlichen oder rechtlichen Grundlagen seit dem Erlass der ursprünglichen Verfügung massgeblich verändert haben (vgl. etwa BGE 120 Ib 42 E. 2b).

**14.3** Im Beschluss des Regierungsrats vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin heisst es zum zweiten Wiedererwägungsgesuch, die Berufung von R an ein Theater in Y habe diesen zur Gesuchseinreichung bewogen. R selber hatte in seinem Gesuch vom 1. Dezember 2006 in der Tat auf das absehbare Ende seiner Anstellung am Schauspielhaus Zürich im Juni 2009 verwiesen und bemerkt, er gedenke Z dann mit nach Y zu nehmen. Insofern bestand gegenüber der ursprünglichen Anordnung vom 23. Mai 2006 tatsächlich eine veränderte Sachlage. Unklar ist allerdings, weshalb R den Wechsel nach Y nicht bereits im Verlauf des ersten Wiedererwägungsverfahrens vorbrachte. Als nämlich der Leiter Standortförderung des AWA, G, R mit Schreiben vom 6. Juli 2006 mitteilte, die Wiedererwägung werde "wohlwollend" geprüft, war dessen Berufung an das Theater in Y seit gut drei Wochen bekannt. Diese war am 13. Juni 2006 öffentlich gemacht worden. Zudem erscheint es angesichts der Kriterien für eine Ausnahmbewilligung – ordentliches Arbeitsverhältnis von mindestens zwei Jahren oder mindestens fünfjährige spezifische Berufserfahrung bei einer Neuanstellung – offensichtlich, dass die veränderte Sachlage auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluss haben konnte.

## 15.

**15.1** Nachdem das BFM am 8. Januar 2007 erneut seine Zustimmung zum Gesuch von R verweigert hatte, wandte sich Volkswirtschaftsdirektorin P mit Schreiben vom 22. Januar 2007 an den Direktor des BFM und bat ihn zu prüfen, ob eine "ausnahmsweise Regelung des Aufenthaltes möglich" sei.

**15.2** Dem Regierungsrat ist zuzustimmen, wenn er im Beschluss vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin erwägt, es stehe den kantonalen Behörden offen, ihre Interessen gegenüber dem Bund in Bittschreiben zu vertreten. Nicht gefolgt werden kann dem Regierungsrat allerdings, wenn er das Schreiben der Volkswirtschaftsdirektorin an das BFM damit begründet, mit der Berufung von R nach Y sei eine neue Sachlage entstanden. Im Zeitpunkt des Schreibens waren seit der Berufung acht Monate vergangen. Zudem hatte R das Ende seiner Anstellung am Schauspielhaus in seinem zweiten Wiedererwägungsgesuch wie erwähnt ausdrücklich thematisiert, worauf das BFM seine Zustimmung in Kenntnis des Umstands verweigerte. Im Beschluss vom 19. August 2009 über die Aufsichtsbeschwerde heisst es denn auch an anderer Stelle, der Leiter Standortförderung des AWA, G, sowie N hätten mit ihren Bemühungen um eine Bewilligung R für die bis zur Ausreise verbleibende "kurze Zeitspanne" optimale Lebensbedingungen schaffen wollen. Der bloss temporäre Charakter des Aufenthalts von R in Zürich war den Verantwortlichen folglich längst bewusst.

**15.3** Für das kantonale Personalamt ist das Schreiben, wie das Amt in seinem Mitbericht vom 19. Oktober 2007 zum Rekurs festhält, "geeignet, den Verdacht der 'Vetternwirtschaft' im Fall R zu nähren".

## **16.**

**16.1** Z hat die Voraussetzungen für eine Arbeitsbewilligung nach dem seinerzeit einschlägigen Recht offensichtlich nicht erfüllt. Der Bund hat dem AWA diese Rechtslage insgesamt drei Mal mitgeteilt. Dennoch bemühten sich die Verantwortlichen über Monate hinweg um eine Bewilligung für Z. Mit ihren Bemühungen standen sie dabei in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Situation. Dem Vorgehen des AWA haftet deshalb etwas Willkürliches an. Dies gilt umso mehr, als das Wissen um die fehlenden Voraussetzungen im AWA schon von Beginn des Bewilligungsverfahrens an vorhanden war. Aufgrund der Kenntnisse wären eine Bewilligungssperre respektive eine Verwarnung die angemessene Reaktion gewesen. Zudem hätte sich aufgrund des Wissens um die illegale Beschäftigung von Z eine Strafanzeige aufgedrängt.

**16.2** Nicht ersichtlich ist, inwiefern das AWA mit seinem Vorgehen öffentliche Interessen verfolgte. Die vom Regierungsrat erwähnte "grosse Bedeutung des künstlerischen Direktors für das Kulturangebot in Zürich" ist von dessen privater Stellung zu trennen. Das geltende Recht würde ansonsten für bestimmte Personengruppen faktisch ausser Kraft gesetzt. Gleiches gilt, wenn Standortinteressen bemüht werden. Sofern schliesslich "optimale Lebensbedingungen" für R sowie das Wohl seiner Kinder angeführt werden, werden die Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Interessen vollständig aufgehoben.

**16.3** Der Beschwerdegegner bringt vor, das Bittschreiben vom 22. Januar 2007 der Direktionsvorsteherin an den Direktor des BFM vermöge eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb der Briefwechsel der Tropfen sei, "der das Fass zum Überlaufen brachte". Sie verkennt, dass auch weniger gewichtige Vorkommnisse, die für sich allein die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 OR darstellen können (BGr, 23. Dezember 1998, JAR 1999, S. 271, E. 2d; Portmann, Art. 337 N. 3). Mit Kenntnis des Schreibens des BFM-Direktors durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die fragwürdigen Bemühungen zu Gunsten von R auch mit dem erneuten abschlägigen Bescheid des BFM nicht eingestellt worden waren.

**16.4** Zusammenfassend erweist sich das Vorgehen des Beschwerdegegners als bewusstes Abweichen von den üblicherweise für die Erteilung einer Arbeitsbewilligung notwendigen Voraussetzungen. Dies geschah trotz klarer Sach- und Rechtslage, weshalb das Vorgehen als willkürlich erscheint. Statt gegen R Anzeige einzureichen, wurde dieser in seinen Bemühungen noch unterstützt. Ein öffentliches Interesse für das gewählte Vorgehen lässt sich nicht ausmachen. Aufgrund der wiederholten Anläufe kann nicht von einem "Ausrutscher" gesprochen werden. Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat getreu der Rechtslage das erste Wiedererwägungsgesuch abgelehnt und die einschlägigen Ämter über die unbewilligte Tätigkeit von Z für die Familie R unterrichtet. Beide Handlungen sind rechtlich nicht zu beanstanden, wurden aber von Seiten des AWA in fragwürdiger Weise zunichte gemacht. Zum einen unterstützte das AWA in der Folge R bei dessen zweitem Wiedererwägungsgesuch, trat auf dieses ein, fällte einen positiven Vorentscheid und leitete das Gesuch am 14. Dezember 2006 an das BFM weiter. Zum andern rief das AWA die Meldung betreffend Schwarzarbeit zurück.

**16.5** Unter diesen Umständen erscheint eine fristlose Kündigung grundsätzlich als angemessene Reaktion. Das Vorgehen des Beschwerdegegners war geeignet, das gegenseitige Vertrauen, welche die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören. Ein Verbleib im AWA war der Beschwerdeführerin, der das Dossier zeitweise anvertraut war, deshalb nicht mehr zuzumuten. Dies gilt umso mehr, als sie mit über zehn Dienstjahren eine ordentliche Kündigungsfrist von sechs Monaten hätte abwarten müssen (vgl. § 17 Abs. 1 lit. d PG).

**16.6** Nicht ersichtlich ist, dass der Beschwerdeführerin mildere zielführende Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten. Mit dem Rückruf der Meldung betreffend Schwarzarbeit, der Unterstützung von R bei dessen zweitem Wiedererwägungsgesuch, der Zuteilung des Dossiers an eine andere Mitarbeiterin, verbunden mit der Anweisung, das Wiedererwägungsgesuch gutzuheissen, sowie dem Bittschreiben an den Direktor des BFM gab der Beschwerdegegner deutlich zu verstehen, dass er an seinem Vorgehen festzuhalten gedenke. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners kann der Beschwerdeführerin deshalb nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe sich nicht an ihren Vorgesetzten oder die nächsthöhere Stelle gewandt. Der Rückruf der Meldung betreffend Schwarzarbeit erfolgte im Auftrag von Amtschef E, das Schreiben an den Direktor des BFM war von Direktionsvorsteherin P verfasst worden war.

Nach Ansicht des kantonalen Personalamts hätte die Beschwerdeführerin indes vorgängig die kantonale Ombudsstelle einschalten sollen. Richtig daran ist einzig, dass auch das Staatspersonal die Ombudsstelle anrufen kann (vgl. Walter Haller in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich etc. 2007, Art. 81 N. 21). Macht man jedoch die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung des Staatsangestellten von einem Schlichtungsversuch der Ombudsstelle abhängig, errichtet man im Vergleich zur Kündigung durch den Staat zusätzliche, sachlich nicht begründete Hürden. Ein Anrufen der Ombudsstelle drängt sich dort auf, wo Personen im Sonderstatusverhältnis Hemmungen haben, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 87–94 N. 3). Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall.

Nicht zuzustimmen ist dem Personalamt, soweit dieses der Beschwerdeführerin vorhält, sie hätte zunächst eine Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat oder den Kantonsrat richten sollen. Ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar, berechtigt dies den Angestellten zur fristlosen Kündigung. Aufsichtsbeschwerden an den Kantonsrat sind zudem nur bei Geschäften des Regierungsrats zulässig und auf die Rüge der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung beschränkt (Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19–28 N. 35).

Generell verkennen die Einwände die Situation des Staatsangestellten, für den die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses untragbar geworden ist. Wartet der Staatsangestellte nach Kenntnis der massgebenden Tatsachen mit der fristlosen Kündigung zu, geht das Kündigungsrecht unter (Portmann, Art. 337 N. 12 f.). Seine Situation ist deshalb von jener zu unterscheiden, in der ein Staatsangestellter einzig auf interne Missstände aufmerksam machen will und deshalb die Öffentlichkeit informiert. Ein solches Vorgehen ist unzulässig, solange der Staatsangestellte "nicht mit allen ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen, insbesondere dienstlichen Mitteln versucht hat, gegen die Amtspflichtverletzungen oder sonstigen Missstände anzukämpfen, die er in seiner Stellung wahrgenommen haben will" (BGE 94 IV 68 E. 2; Niklaus Oberholzer, Basler Kommentar, 2007, Art. 320 StGB N. 15).

## 17.

**17.1** Die Frist zur Einreichung der Kündigung bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Hat der Kündigende sichere und möglichst vollständige Kenntnis des Kündigungsgrunds, werden ihm der Regel zwei bis drei Arbeitstage für die entsprechende Erklärung zugestanden (BGE 130 III 28 E. 4.4; Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 17), wobei die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung auch im öffentlichen Recht erst wirksam wird, wenn sie dem Adressaten zugegangen ist (BGr, 10. Februar 2004, 2A.518/2003, E. 41, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die Beweislast für die Rechtzeitigkeit trägt der Kündigende (Humbert/Volken, S. 572). Bei wiederholten Vorfällen beginnt die Frist mit dem letzten Vorfall (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N. 17).

**17.2** Mit der kurzen Erklärungsfrist soll verhindert werden, dass ein Angestellter über sein weiteres Schicksal im Unklaren gelassen wird (vgl. Humbert/Volken, S. 573). Die Rechtsprechung zur Erklärungsfrist wurde denn auch anhand von Fällen der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber entwickelt. Sie kann nicht unbesehen auf den seltenen Fall einer fristlosen Kündigung durch den Staatsangestellten übertragen werden. Für ihn hat die fristlose Kündigung in der Regel stärker einschneidende Konsequenzen als für einen Arbeitgeber, der bloss einen von in der Regel mehreren Angestellten entlässt. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht auch bei Kündigungen durch den Arbeitgeber nicht mechanisch von der zwei- bis dreitägigen Erklärungsfrist ausgeht (dazu Humbert/Volken, S. 573 f.). Eine Ausnahme von der dreitägigen Frist wird etwa angenommen, wenn die Arbeitgeberin eine juristische Person ist, die aufgrund ihrer Kompetenzordnung Zeit für die Entscheidung benötigt (BGr, 13. Dezember 2005, 4C.291/2005, E. 3.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch); siehe auch BGE 93 II 18 S. 19). Bei einer Kündigung durch einen öffentlichrechtlichen Arbeitgeber hat das Bundesgericht unter Verweis auf den Anspruch auf rechtliches Gehör eine Erklärungsfrist von zehn Tagen als zulässig erachtet (BGr, 10. Februar 2004, 2A.518/2003, E. 5.2, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Generell ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch machen will (BGr, 1. Oktober 2007, 4A\_238/2007, E. 4.1, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Die Frage, was billig ist, beantwortet der Richter nach seinem Ermessen (Humbert Volken, S. 573). Ein Zuwarten über die Zeitspanne von zwei bis drei Arbeitstagen hinaus, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ausreichen sollte, wird dabei als zulässig angesehen, sofern dies mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Es liegt auf der Hand, dass einem klaren Sachverhalt anders vorgegangen werden muss als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder die Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Dabei ist es nicht in allen Fällen möglich, die zulässige Überlegungszeit in eine Abklärungsfrist und eine Überlegungsfrist einzuteilen (BGr, 1. Oktober 2007, 4A\_238/2007, E. 4.1, und 16. Mai 2002, 4C.345/2001, E.3.2, beides unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

**17.3** Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe vom Antwortschreiben von BFM-Direktor L am 14. Februar 2007 Kenntnis erhalten. Ihr Vertrauen in die Vorgesetzten sei damit endgültig zerstört worden. Das Kündigungsschreiben der Beschwerdeführerin datiert vom 16. Februar 2009. Eine persönliche Übergabe des Schreibens fand nach Angaben des Beschwerdegegners am Donnerstag, 22. Februar 2007, statt. Diese Darstellung wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Der 14. Februar 2007 war ein Mittwoch. Bis zur Kündigung liess die Beschwerdeführerin demnach fünf volle Arbeitstage verstreichen.

**17.4** Die Beschwerdeführer hat Geburtsjahr 1951. Im Zeitpunkt der Kündigung war sie knapp 56 Jahre alt. Ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt sind in hohem Mass ungewiss. Es erscheint verständlich, dass sie sich zumindest ein paar Tage für einen derart weit reichenden Entschluss Zeit liess, der im Falle der Unzulässigkeit für sie schwerwiegende finanzielle Konsequenzen haben konnte. Zudem ist zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass nicht ein einmaliger Vorfall wie etwa

eine schwere Beschimpfung oder Tätlichkeit Anlass zur Kündigung ab, sondern eine Kaskade von Vorfällen, deren rechtliche Einordnung überdies von erhöhter Komplexität war. Wird aber bereits bei einfachen Sachverhalten eine Erklärungsfrist von bis zu drei Tagen zur Klärung der Rechtslage eingeräumt, so erscheint eine längere Frist bei einem komplexen Sachverhalt als gerechtfertigt. Offensichtlich vergewisserte sich die Beschwerdeführerin vorgängig der Rechtslage. Ihr Kündigungsschreiben listet die Kündigungsgründe auf und gibt ihre Rechtsauffassung wieder. Mit Blick die Umstände des konkreten Falls – Erklärungsfrist von fünf vollen Arbeitstagen, Alter der Beschwerdeführerin, Konsequenzen der Kündigung, Schwierigkeit des Falls, Klärung der Rechtslage – erscheint das Zuwarten der Beschwerdeführerin über die Zeitspanne von drei Arbeitstagen hinaus als verständlich. Die fristlose Aufhebung des Dienstverhältnisses durch die Beschwerdeführerin erweist sich nach dem Gesagten als rechtmässig.

## **18.**

**18.1** Zusätzlich zum Vorwurf der "Vetternwirtschaft" hat die Beschwerdeführerin ihren Vorgesetzten im Fall R auch ein strafbares Verhalten unterstellt. Wie gesehen fällt diesbezüglich eine Tatündigung ausser Betracht. Eine fristlose Verdachtskündigung bleibt dagegen denkbar. Deren Zulässigkeit setzt voraus, dass auch nach den zumutbaren Abklärungen ein erheblicher Verdacht bestehen bleibt, wobei sich dieser auf ein Delikt von erheblicher Schwere beziehen muss. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar (BGr, 9. August 1999, JAR 2001, S. 304 ff., E. 3b; Streiff/von Kaenel, Art. 337 N. 10).

**18.2** Die Anklagekammer des Obergerichts hat im Beschluss vom 22. Februar 2007 über die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen Amtschef E das Vorliegen eines Anfangstatverdachts beurteilt. Nach Ansicht der Anklagekammer stehen aus strafrechtlicher Sicht die Vorgänge um die erwähnten Mails im Vordergrund, mit welchen die Meldung betreffend Schwarzarbeit als "nichtig" widerrufen worden ist. Hierzu hat die Anklagekammer – "ohne die ausländerrechtliche Frage abschliessend beurteilen zu müssen" – festgehalten, ein Aufenthalt zu Erwerbszwecken bedürfe auch während eines laufenden Verfahrens einer Bewilligung. Die Angaben von Z, sie habe sich als Touristin in der Schweiz aufgehalten, erscheinen für die Anklagekammer "im geschilderten Kontext wenig überzeugend". Vielmehr existierten Hinweise, dass Z seit der Übersiedlung der Familie R in die Schweiz im Sommer 2005 bei dieser tätig gewesen sein könnte. Es sei demnach davon auszugehen, dass die besagte Meldung betreffend Schwarzarbeit nicht vom Stand des hängigen Bewilligungsverfahrens abhängig war, "so dass die Meldung auch nicht nichtig sein konnte und die Revokation zumindest aus dieser Sicht der Grundlage entbehrte." Auch die Annahme, in der Sache sei noch keine Rechtskraft eingetreten, sei "äusserst fraglich", da ein Wiedererwägungsgesuch den Eintritt der Rechtskraft nicht verhindern könne. Es sei deshalb namentlich der Tatbestand des Amtsmissbrauchs in Betracht zu ziehen.

**18.3** Die Eröffnung einer Untersuchung nach § 22 Abs. 4 in Verbindung mit § 22 Abs. 6 StPO setzt einen hinreichenden Tatverdacht voraus. Verlangt wird ein durch tatsächliche Anhaltspunkte objektiv begründeter Anfangsverdacht (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich etc.

2004, Rz. 785; BGr, 5. Februar 2002, VPB 66.101 E. 6b). Die Anklagekammer des Obergerichts hat das Vorliegen solcher Verdachtsmomente bejaht. A fortiori durfte auch die Beschwerdeführerin, deren Kündigung zeitlich mit der Eröffnung der Strafuntersuchung zusammenfiel, ein deliktisches Verhalten annehmen. Dieses wies überdies auch die notwendige Schwere auf: Die Beschwerdeführerin ging von einer Begünstigung aus, die Anklagekammer von einem Amtsmissbrauch. Die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses erweist sich demnach auch unter diesem Aspekt als gerechtfertigt.

## 19.

**19.1** Die Folgen der gerechtfertigten Auflösung sind in Art. 337b OR geregelt. Hat ausschliesslich eine Partei die Auflösung schuldhaft durch vertragswidriges Verhalten herbeigeführt, gelangt Absatz 1 zur Anwendung. Bei beidseitigem Verschulden ist Absatz 2 einschlägig, ebenso, wenn keine Seite die Auflösung schuldhaft herbeigeführt hat (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 2). Absatz 2 regelt weiter die vermögensrechtlichen Folgen der gerechtfertigten fristlosen Vertragsauflösung aus anderen Gründen als einer Vertragsverletzung (BGE 129 III 380 E. 2.2). Schliesslich wird über Absatz 2 auch eine Verdachtskündigung abgewickelt, die sich ex post als unbegründet erweist, im Zeitpunkt der Kündigung aber als plausibel erschien und deshalb einen wichtigen Grund darstellte (BGr, 9. August 1999, JAR 2001, S. 304, E. 3b; Matthias Schwaibold in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel 2008, Art. 337b N. 8)

**19.2** Die Partei, welche die Auflösung durch ihr schuldhaftes und vertragswidriges Verhalten zu verantworten hat, wird nach Art. 337b Abs. 1 OR voll schadenersatzpflichtig. Dem Arbeitnehmer steht im Wesentlichen der entgangene Lohn abzüglich Ersatzverdienst und Einsparungen zu (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5). In den anderen Fällen bestimmt der Richter die vermögensrechtlichen Folgen der fristlosen Auflösung unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen (Abs. 2). Der Gesetzgeber hat dem Richter damit bewusst einen maximalen Spielraum überlassen. Zu berücksichtigen sind etwa Ausgestaltung und Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Höhe des Lohns, die finanziellen Verhältnisse sowie die Natur des wichtigen Grundes (Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 7).

**19.3** Vorliegend steht nicht eine Vertrags- bzw. eine Personalrechtsverletzung zur Debatte, sondern eine Kündigung aus anderen Gründen. Für die Kündigungsfolgen ist deshalb Art. 337b Abs. 2 OR massgebend. Zu beachten ist dabei, dass Art. 337b OR im Gegensatz zu Art. 337c Abs. 3 OR keine zusätzliche Entschädigung vorsieht (dazu Portmann, Art. 337b OR N. 4; Schwaibold, Art. 337b N. 7; Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5), während im Anwendungsbereich des Personalgesetzes in Fällen einer fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen eine Abfindung ausdrücklich vorbehalten wird (§ 22 Abs. 4 Satz 2 PG).

**19.4** Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, steht der Beschwerdeführerin eine Abfindung in Höhe von neun Monatslöhnen zu (unten 20.6). Zudem ist sie ledig und kinderlos. Ihre finanziellen Verhältnisse hat sie nicht offen gelegt. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin sind dagegen die

Umstände der Kündigung zu berücksichtigen. Gleiches gilt hinsichtlich der Dauer der Anstellung: Die Beschwerdeführerin wechselte 2001 aufgrund der Kantonalisierung ihres Tätigkeitsbereichs vom Arbeitsamt der Stadt Zürich in das kantonale AWA. Ihre Einstellungsverfügung gibt daher als fiktives Eintrittsdatum den 1. Dezember 1993 an. Ihre Kündigungsfrist betrug sechs Monate (§ 17 Abs. 1 lit. d PG). Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine Zahlung von drei Monatslöhnen.

**19.5** Auf Schadenersatz sind grundsätzlich keine Sozialabzüge geschuldet. Dies gilt nicht, sofern die Entschädigung wie vorliegend Lohnersatzcharakter aufweist. Die Entschädigung von drei Monatslöhnen untersteht daher der Prämienpflicht. Während der Arbeitnehmerbeitrag vom Bruttolohn abzuziehen ist, ist der Arbeitgeberbeitrag zu verdoppeln und durch den Beschwerdegegner bei den entsprechenden Sozialwerken einzubezahlen (vgl. BGE 123 V 5 E. 5; Streiff/von Kaenel, Art. 337c N. 15). Als Monatslohn gilt deshalb ein Zwölftel des zuletzt erhaltenen Jahres-Bruttolohns. Die Beschwerdeführerin verdiente zuletzt bei einem Pensum von 60 Prozent 70'557 Franken. Die Entschädigung beträgt demnach 17'639.25 Franken.

## **20.**

**20.1** Nach § 26 Abs. 1 Satz 1 PG haben Angestellte ab einem Alter von 35 Jahren Anspruch auf eine Abfindung, wenn das Arbeitsverhältnis nach wenigstens fünf Dienstjahren auf Veranlassung des Staates und ohne Verschulden des Angestellten aufgelöst worden ist. Die Abfindung will Staatsangestellten, die zwar aus objektiven Gründen, aber ohne persönliches Verschulden entlassen werden, ab einer bestimmten Zahl von Dienstjahren eine gewisse Überbrückungshilfe und Anerkennung für ihre Diensttreue gewähren und zugleich die sozialen Härten einer Kündigung mildern helfen.

**20.2** Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Auflösung des Dienstverhältnisses dann unverschuldet, wenn sie vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, welche nicht von dem oder der Angestellten zu vertreten sind (vgl. dazu RB 2001 Nr. 114; VGr, 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 7d [= ZBI 102/2001, S. 581 ff., 601], auch zum Folgenden). Typische Fälle sind die Aufhebung einer Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen einer Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht mehr erfüllen kann. Hingegen führt die Entlassung wegen ungenügender Leistungen aus anderen Gründen oder wegen des Verhaltens in aller Regel nicht zu einer Abfindung (vgl. Fritz Lang, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Tomas Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff., 70). Somit bedeutet Verschulden im Sinn von § 26 Abs. 1 PG mehr als blosser Verursachung; zusätzlich ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer die Kündigung hätte vermeiden können, beispielsweise durch das Erbringen der erwarteten Leistung oder die geforderte Verhaltensänderung, wenn ihm solches zumutbar und aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse objektiv möglich war. Dem Arbeitnehmer wird auch dann kein Verschulden im Sinn von § 26 PG vorzuwerfen sein, wenn ein Konflikt, der nur durch eine Kündigung bereinigt werden konnte, nicht vornehmlich durch ihn verursacht worden ist, sondern

zu seiner Entstehung oder Verschärfung die vorgesetzte Behörde oder andere Mitarbeitende massgeblich beigetragen haben.

**20.3** Kein Anspruch auf Abfindung besteht nach § 26 Abs. 3 PG unter anderem bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung des Angestellten. Die Kündigung im Sinn des Personalgesetzes ist in § 16 lit. a und in den §§ 17–21 PG geregelt. Vorliegend steht indes in der Terminologie des Personalgesetzes eine "fristlose Auflösung aus wichtigen Gründen" nach § 22 PG zur Debatte. Ausgeschlossen ist eine Abfindung auch bei einer Auflösung aus wichtigen Gründen (§ 26 Abs. 3 in Verbindung mit § 12 lit. d PG). § 22 Abs. 4 PG behält bei einer *fristlosen* Auflösung aus wichtigen Gründen eine Abfindung nach § 26 indes ausdrücklich vor. Der Vorbehalt ist zum einen notwendig, da bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen dem Arbeitnehmer, der gerechtfertigt fristlos kündigt, wohl keine Entschädigung zusteht (dazu Portmann, Art. 337b N. 4; Streiff/von Kaenel, Art. 337b N. 5). Zum andern liegt seine Bedeutung darin, dass bei einer fristlosen Auflösung durch den Angestellten von der Voraussetzung "auf Veranlassung des Staates" nach § 26 Abs. 1 Satz 1 PG abgesehen werden kann. Andernfalls würde sich der Vorbehalt bei einer Auflösung durch den Angestellten als nutzlos erweisen.

**20.4** Die Beschwerdeführerin ist 1951 geboren. Als Eintrittsdatum ist vom 1. Dezember 1993 auszugehen. Die Beschwerdeführerin erfüllt sowohl die Voraussetzung des Mindestalters als auch das Erfordernis betreffend Anzahl Dienstjahre gemäss § 26 Abs. 1 Satz 1 PG. Den Anlass für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete das Verhalten ihrer Vorgesetzten im Fall R. Der Verbleib im AWA war ihr nicht mehr zuzumuten. Folglich erfolgte die Auflösung ohne ihr Verschulden.

**20.5** Der Regierungsrat regelt die Festsetzung der Abfindung und bestimmt einen nach dem Alter abgestuften Rahmen als Richtlinie; die Abfindung beträgt höchstens fünfzehn Monatslöhne (§ 26 Abs. 4 PG). Die Abfindung wird nach den Umständen des Einzelfalles festgelegt; angemessen berücksichtigt werden insbesondere die persönlichen Verhältnisse, die Arbeitsmarktchancen, die Dienstzeit, der Kündigungsgrund sowie ein während der Abfindungsdauer erzieltetes Einkommen (Abs. 5 Sätze 1 und 2). Gemäss § 7 Abs. 1 lit. c der Personalverordnung vom 16. Dezember 1998 (LS 177.11) beträgt die Abfindung je nach den im Einzelfall massgeblichen Umständen ab dem 51. Altersjahr drei bis fünfzehn Monatslöhne.

Im vorliegend massgebenden Zeitpunkt noch nicht in Kraft war § 16g Abs. 2 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (LS 177.111). Dieser sieht vor, dass sich die Höhe der Abfindung primär nach einem an gleicher Stelle definierten Rahmen richtet, der auf Dienstalter und Alter abstellt. Innerhalb dieses Rahmens wird die Abfindung aufgrund der persönlichen Verhältnisse festgelegt. Die Bestimmung übernimmt in den Grundzügen die Regelung, wie sie vom Regierungsrat mit Beschluss vom 25. April 2001 festgelegt worden war (RRB Nr. 599/2001; siehe ABl 2008, 911). Der Beschluss des Regierungsrats ist – da es sich um interne Weisungen handelt – für das Gericht allerdings nicht bindend, liefert aber Anhaltspunkte

für die Bemessung der Abfindung (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 50 N. 58; VGr, 22. Juni 2005, PB.2005.00012, E. 3.4, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Gemäss dem Beschluss werden für die Festsetzung der Abfindung das Lebensalter, das Dienstalter und der Kündigungsgrund sowie die persönlichen Verhältnisse zu gleichen Teilen berücksichtigt. Bei einem Alter von mehr als 51 Jahren ist eine Abfindung in der Höhe von zwölf bis fünfzehn Monatslöhnen vorgesehen. Für dreizehn Dienstjahre beträgt die Abfindung ab 51 Altersjahren fünf bis sechs Monatslöhne.

**20.6** Die Beschwerdeführerin war im Zeitpunkt der Kündigung knapp 56 Jahre alt. Ihre anrechenbare Dienstzeit beträgt dreizehn Jahre und drei Monate. Die aufgrund des Alters eher ungünstigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt sind zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Umstände der Kündigung. Hingegen ist die Beschwerdeführerin ledig und hat keine Kinder, weshalb keine familiären Unterstützungspflichten bestehen. Ihre finanziellen Verhältnisse sind nicht ersichtlich. Es ist ihr eine Abfindung von neun Monatslöhnen zuzusprechen. Diese berechnen sich wie bei der Entschädigung (oben 19.5 dritt- und zweitletzter Satz).

Ob auf diesem Betrag Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten sind, richtet sich nach den einschlägigen Bestimmungen der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101), insbesondere nach Art. 7 lit. q und 8<sup>bis</sup> AHVV (vgl. zum Übergangsrecht Ziff. II f. der Änderung der Verordnung vom 17. Oktober 2007, AS 2007 5125 ff.).

## **21.**

Die fristlose Aufhebung des Dienstverhältnisses durch die Beschwerdeführerin war gerechtfertigt. Nach dem Gesagten stehen ihr eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen sowie eine Abfindung in der Höhe von neun Monatslöhnen zu.

Da der Streitwert über 20'000 Franken liegt, besteht für die Parteien keine Kostenfreiheit (§ 80b VRG). Ausgangsgemäss sind die Kosten zu 2/3 dem Beschwerdegegner und zu 1/3 der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 80c in Verbindung mit § 70 und § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG).

Wie schon im Rekursverfahren beantragt die Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung. Sowohl im Rekurs- wie auch im Beschwerdeverfahren kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenseite verpflichtet werden, sofern – wie vorliegend – die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Der Beschwerdeführerin ist deshalb für Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung in angemessener Höhe zu entrichten. Diese beträgt 2'000 Franken.

## **22.**

Da der Streitwert 15'000 Franken übersteigt, kann gegen den vorliegenden Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden (vgl. Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG).

Demgemäss entscheidet die Kammer:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die fristlose Auflösung des Dienstverhältnisses durch die Beschwerdeführerin gerechtfertigt war. Dispositiv-Ziffer I und III des Beschlusses des Regierungsrats vom 19. August 2009 werden aufgehoben. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin im Sinn der Erwägungen eine Entschädigung von drei Monatslöhnen sowie eine Abfindung von neun Monatslöhnen zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 6'000.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 60.-- Zustellungskosten,  
Fr. 6'060.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden zu 1/3 der Beschwerdeführerin und zu 2/3 dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, die Beschwerdeführerin für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren mit insgesamt Fr. 2'000.- zu entschädigen.
5. Gegen diesen Entscheid kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, einzureichen.
6. Mitteilung an ...