

Arbeitsgericht Zürich

4. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AN110043-L/U

Mitwirkend: Präsident lic. iur. E. Kaufmann als Vorsitzender, die Arbeitsrichterin B. Jaeggi-Geel und der Arbeitsrichter W. Portmann sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. A. Thiébaud

Urteil vom 30. April 2013

in Sachen

A.,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt X.____

gegen

Stiftung B.,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y.____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von CHF 29'799.15 und eine Abfindung in der Höhe von CHF 52'148.50 und Verzugszins zu 5% ab 12.05.2011 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis

[...]

Erwägungen:

1. Unbestrittener Sachverhalt

1.1. Bei der Beklagten, der Stiftung B.___, handelt es sich um eine mit öffentlicher Urkunde vom [Datum] errichtete privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Sie ist im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 44/29). Die Stiftung hat zum Zweck, [Stiftungszweck]. Die Leistungen werden in drei Betrieben erbracht, im C.___, im D.___ und im E.___. Der jährliche Finanzbedarf von rund [Betrag] wird im Rahmen von [anonymisiert] und durch Spenden gedeckt (act. 4/3, act. 18/1.1 und 18/1.2).

Der Kläger ist von Beruf Psychologe.

1.2. Die Parteien schlossen am 2. Mai 2005 einen Anstellungsvertrag, wonach der Kläger per 17. Mai 2005 mit einem Beschäftigungsgrad von 80 % als Leiter des [Betriebs] D.___ angestellt wurde (act. 4/4 = 18/4). In seiner Funktion als Betriebsleiter war er auch Mitglied der Geschäftsleitung. Die Geschäftsleitung besteht aus dem Geschäftsführer und den drei Leitern der Betriebe C.___, D.___ und

E.__. Vorgesetzter des Klägers war der jeweilige Geschäftsführer der Beklagten (act. 1 S. 4; act. 16 S. 6 f.).

Für dielohneinstufung (Besoldungsklasse) wird im Anstellungsvertrag auf das Personalrecht des Kantons Zürich verwiesen. Als Kündigungsfrist war im ersten Jahr ein Monat, im zweiten Jahr zwei Monate und danach drei Monate vereinbart. Pensionskasse ist die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK). Der Lohn betrug zuletzt CHF 6'869.35 brutto pro Monat, zuzüglich Kinderzulagen und 13. Monatslohn (act. 4/5).

1.3. Im Herbst 2008 standen Verhandlungen mit dem [F.___] an. Der F.___ bestimmt, ob die Beklagte Leistungen vom Kanton erhält. Die Verhandlungen wurden von G.___, dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten, H.___, Mitglied des Stiftungsausschusses, und dem Kläger geführt (act. 1 S. 5; act. 16 S. 12). Bis zu den Leistungsverhandlungen mit dem F.___ verlief das Arbeitsverhältnis offenbar reibungslos. Anfangs 2009 brachte der Kläger erstmals (aktenkundig) Kritik an der Arbeit des Geschäftsführers und den Kompetenzen der Geschäftsleitung an (act. 1 S. 5; act. 16 S. 12 f.; vgl. auch act. 18/25.2).

1.4. G.___ schied per Ende März 2009 bei der Beklagten aus. Seit 1. April 2009 steht H.___ im Amt des Geschäftsführers (act. 1 S. 5 und 7; act. 16 S. 14). Da die Mitarbeiterbeurteilung (MAB) des Klägers noch durch G.___ erfolgte, wurde diese dem Kläger am 31. Juli 2009 auf schriftlichem Wege eröffnet (act. 4/7). Der Kläger war mit der Beurteilung nicht einverstanden und füllte daher eine eigene Mitarbeiterbeurteilung aus. In dieser kritisierte er G.___ und den Stiftungsausschuss (act. 4/8 = 18/11, act. 18/8).

1.5. Am 20. und 21. Juli 2009 fand eine Geschäftsleitungs-Retraite mit den drei Betriebsleitern und dem neuen Geschäftsführer H.___ statt. Ziel der Retraite war, Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Kompetenzen des Geschäftsführers einerseits und der Geschäftsleitung andererseits zu klären (act. 18/25.5). Da es aufgrund unterschiedlicher Erwartungen und Auffassungen hinsichtlich der Aufgaben des Geschäftsführers zu Unstimmigkeiten kam, wurde im Herbst 2009 unter Beizug eines externen Mediators eine Mediation zwischen der Geschäftsleitung und

dem Geschäftsführer durchgeführt (act. 1 S. 7 f.; act. 16 S. 16 f.). Darauf stellte H.____ im Namen der Geschäftsleitung am 17. August 2009 einen Antrag an den Stiftungsausschuss, gemeinsam einen extern begleiteten Prozess durchzuführen, um Rolle, Funktion und Kompetenzen der Geschäftsleitung in der Stiftung zu klären (act. 32/5 = 44/30). Der Stiftungsausschuss erkannte einen grundsätzlichen Bedarf, das Thema aufzugreifen, wollte damit aber noch bis Abschluss des Geschäftsjahrs zuwarten (vgl. act. 18/25.8 = 32/6, Ziff. 6).

1.6. Am 17. Februar 2010 stellte der Kläger dem Stiftungsrat einen Antrag auf Durchführung eines Mediationsprozesses durch eine unabhängige Organisationsberatungsfirma "zu den seit Jahren andauernden Kompetenzstreitigkeiten". In seinem Antrag beklagte er sich über massive statutenwidrige Kompetenzüberschreitungen durch den Geschäftsführer H.____ und den Stiftungsausschuss (act. 4/11 = 18/12; vgl. auch act. 31 S. 12). In der Folge lud der Stiftungspräsident I.____ den Kläger mit E-Mail vom 3. März 2010 zu einer Sitzung mit ihm und dem Vizepräsidenten K.____ ein. Thema der Sitzung war "Voraussetzungen und Klärung der weiteren Arbeit von A.____ im Rahmen der Stiftung B.____ (act. 4/12 = 18/14). Die Sitzung fand am 8. März 2010 statt. Über den genauen Inhalt des Gesprächs sind sich die Parteien nicht einig: Nach Darstellung des Klägers sei ihm in diesem Gespräch als Einschüchterungsversuch sinngemäss angedroht worden, man werde ihm kündigen, wobei man sich strikte an die Vorgehensweise im kantonalen Personalrecht halten werde. Der Geschäftsführer werde ein ausserordentliches Mitarbeitergespräch durchführen und man werde schon etwas finden, weswegen man ihn warnen könne (act. 1 S. 9). Demgegenüber sei gemäss der Beklagten Ziel des Gesprächs gewesen, den Kläger anzuhören und ihm die Haltung des Stiftungsausschusses darzulegen. Er sei ermahnt worden, die Entscheidungen des Geschäftsführers mitzutragen und seine Einstellung und Art der Mitarbeit zu ändern, ansonsten sehe man die weitere Zusammenarbeit gefährdet (act. 16 S. 20 ff.).

1.7. H.____ führte darauf am 23. April 2010 eine ausserordentliche Mitarbeiterbeurteilung (MAB) mit dem Kläger durch. Dem Kläger wurden genügende, teils ungenügende Leistungen attestiert. Namentlich wurde ihm vorgehalten, sein Verhalten

in der Geschäftsleitung führe immer wieder zu Konflikten. Gleichzeitig wurde ihm die Kündigung angedroht und eine Bewährungsfrist von drei Monaten angesetzt (act. 4/13 = 18/16). Nach Ablauf der Bewährungsfrist fand am 11. August 2010 eine erneute Mitarbeiterbeurteilung statt. Die Verwarnung wurde wieder aufgehoben und eine Kündigung nicht ausgesprochen (act. 4/14 = 18/18).

1.8. Nachdem das Verhalten des Klägers in der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 von der Beklagten erneut beanstandet worden war, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 27. Dezember 2010 unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist auf den 31. März 2011 (act. 4/15). Sie begründete die Kündigung damit, der Kläger sei in alte Verhaltensmuster zurückgefallen, die bereits Anlass einer Kündigungsandrohung gewesen seien (unsachliche, verletzend und beleidigende Äusserungen und Unterstellungen gegenüber dem Geschäftsführer und dem Stiftungsausschuss). Der Kläger wurde per sofort bis zum Vertragsende freigestellt (act. 4/16).

1.9. Mit Schreiben vom 14. Januar 2011 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung (act. 4/17). Mit seiner Klage fordert er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von vier Monatslöhnen in der Höhe von CHF 29'799.15 und eine Abfindung nach §§ 18 Abs. 2 und 26 PG von sieben Monatslöhnen in der Höhe von CHF 52'148.50 nebst Zins (act. 1 S. 16 f.).

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 22. September 2011 (Datum des Poststempels) reichte der Kläger Klageschrift und Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Zürich, Kreise [...], vom 23. Juni 2011 beim Gericht ein (act. 1 und 3).

2.2. Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses wurde der Beklagten am 26. Oktober 2011 Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 5, 7 und 10). Die Klageantwort datiert vom 11. Januar 2012 (act. 16). In der Folge wurden die Parteien am 27. Januar 2012 zur Instruktionsverhandlung vorgeladen, welche am 20. März 2012 stattfand und zu keiner Einigung führte (act. 19; Prot. S. 6 f.). Da auch aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen gescheitert sind (act. 24), wurde mit

Präsidialverfügung vom 18. April 2012 für Replik und Duplik ein Schriftenwechsel angeordnet (act. 25). Die Replik ging am 18. Juni 2012 und die Duplik am 26. September 2012 ein (Datum des Poststempels; act. 31 und 42).

2.3. Mit Präsidialverfügung vom 6. März 2013 wurde den Parteien in Anwendung von Art. 233 ZPO Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie gemeinsam auf die Durchführung der Hauptverhandlung verzichten (act. 45). Die Beklagte verzichtete mit Eingabe vom 11. März 2013 und der Kläger mit Eingabe vom 18. März 2013 auf die Durchführung der Hauptverhandlung (act. 47 und 48).

Der Prozess ist spruchreif.

3. Parteidarstellungen

3.1. Der Kläger ist der Auffassung, der Inhalt des Arbeitsverhältnisses richte sich nach kantonalem Personalgesetz. Die Parteien hätten dieses für anwendbar erklärt und sich während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch daran gehalten. Die Androhung der Kündigung in der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 sei nicht rechtens gewesen, da dem Kläger keinerlei Vorhaltungen betreffend Leistung oder Verhalten hätten gemacht werden können, wie dies im Personalgesetz vorgesehen sei. In der Mitarbeiterbeurteilung vom August 2010 sei keine Kündigung ausgesprochen worden, sondern erst am 27. Dezember 2010, ohne dass noch einmal eine Mitarbeiterbeurteilung vorgenommen worden sei. Damit erweise sich die Kündigung als sachlich nicht begründet. Ganz abgesehen davon habe keinerlei Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses bestanden (act. 1 S. 3 f. und 13 f.; act. 31 S. 2 ff.).

Die Kündigung erweise sich auch als missbräuchlich im Sinne der Bestimmungen des Obligationenrechts. Ursache der Kündigung sei ein Konflikt um die operative Leitung der Beklagten zwischen der Geschäftsleitung auf der einen und aus der Allianz aus Stiftungsausschuss und Geschäftsführer auf der anderen Seite. Die Situation habe sich im Herbst 2008 zugespitzt, als es zu den Leistungsverhandlungen mit dem F.____ gekommen sei. Die Verhandlungen habe der gesundheitlich angeschlagene G.____, damaliger Geschäftsführer der Beklagten, geführt. Ange-

sichts dessen Zustands habe sich der Kläger dazu gezwungen gesehen, während der Verhandlungen mit dem F.____ das Zepter an sich zu reissen, was letztlich zu einem ausserordentlich positiven Verhandlungserfolg geführt habe. Am 9. Februar 2009 habe er in einer Sitzung G.____ als "Oberwurstl" bezeichnet. Daher habe der wohl durch diese Äusserung gekränkte G.____ in der Mitarbeiterbeurteilung vom 31. Juli 2009 negative Wertungen eingefügt. Er habe sich beim Präsidenten des Stiftungsratsausschusses, I.____, darüber beschwert. Im Gefolge dieser Beschwerde habe er im Oktober 2009 eine Lohnerhöhung und ein gutes Zwischenzeugnis erhalten. Dies sei ca. drei bis vier Monate vor der Kündigungsandrohung gewesen. Seine Gegendarstellung zur Mitarbeiterbeurteilung von G.____ sei in Form einer eigenen Mitarbeiterbeurteilung ins Personaldossier aufgenommen worden. Darin habe er es als erster Betriebsleiter gewagt, den Stiftungsausschuss direkt zu kritisieren. Er gehe davon aus, dass dies der Anfang der Kündigung gewesen sei (act. 1 S. 4 f. und 14; act. 31 S. 12, S. 16 und 18 f.).

In seinem Antrag an den Stiftungsrat vom 17. Februar 2010 habe er diverse Missstände gerügt und den Antrag auf ein Mediationsverfahren gestellt. Sein statutarisches Rederecht zu seinem Antrag sei ihm verweigert und ihm stattdessen in der Mitarbeiterbeurteilung im April 2010 die Kündigung angedroht worden. Nach der Verwarnung habe die Beklagte mitgeteilt, dass er und der Betriebsleiter des [Betriebs] C.____ (L.____) kein Teil der Verhandlungsdelegation mit dem F.____ mehr seien. Nur der Geschäftsführer H.____ und der Betriebsleiter des Teilbetriebs E.____, M.____, hätten die Verhandlungsdelegation gebildet. Er sei nicht darüber orientiert worden, dass sein Betrieb in den Leistungsverträgen nicht mehr berücksichtigt werde. In der Geschäftsleitungssitzung im Dezember 2010 sei ihm schliesslich der Kragen geplatzt und er habe den Geschäftsführer als inkompetent bezeichnet. In einer anschliessenden Mail an L.____ mit cc an den Geschäftsführer H.____ und den Betriebsleiter M.____ mit dem Betreff "Informationsausschluss" habe er dem Geschäftsführer zu Recht Mobbing vorgeworfen. Als Folge davon sei ihm gekündigt worden (act. 1 S. 10 ff.; act. 31 S. 12 und S. 37 f.).

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände sei eine Entschädigung in der Höhe von vier Monatslöhnen und eine Abfindung von sieben Monatslöhnen angemessen (act. 1 S. 16 f.).

3.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, das Arbeitsverhältnis sei privatrechtlicher Natur und habe sich nicht nach der Personalverordnung des Kantons Zürich, sondern nach dem Schweizerischen Obligationenrecht gerichtet. Einzig die Lohneinstufung habe sich nach der Personalverordnung des Kantons Zürich gerichtet. Die Parteien hätten weder das Personalgesetz noch die Personalverordnung des Kantons Zürich generell für das Arbeitsverhältnis als anwendbar erklärt. Eine Abfindung sei daher nicht geschuldet. Ohnehin hätte aber auch unter der Geltung des Personalrechts angesichts des Verhaltens des Klägers keine neuerliche Mitarbeiterbeurteilung durchgeführt und schon gar nicht eine weitere Bewährungsfrist angesetzt werden müssen. Dessen Verhalten erscheine als subjektiv vorwerfbar, weshalb er auch deshalb keinen Anspruch auf eine Abfindung habe (act. 16 S. 1, 5, 7 f. und 39 ff.; act. 42 S. 3-6).

Einen Konflikt zwischen der Geschäftsleitung auf der einen und dem Stiftungsausschuss und dem Geschäftsführer auf der anderen Seite habe es nicht gegeben. Es werde bestritten, dass G.____ die negative Beurteilung des Klägers in Ziffer 5.5 der MAB vom 31. Juli 2009 wegen Kränkung eingefügt haben soll. Die Beurteilung sei vielmehr Folge der Geschäftsleitungssitzungen vom 12. Januar 2009 und 2. März 2009 (act. 16 S. 10 und 13).

Auch treffe es nicht zu, dass der Kläger aus der Verhandlungsdelegation ausgeschlossen und vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei. Im Gegensatz zu früher habe die Beklagte mit dem [F.____ bzw.] N.____ [...] einen Rahmenvertrag [für alle Betriebe] für die Laufzeit von [...] ausgehandelt. Weil es um einen Rahmenvertrag für die gesamte Stiftung gegangen sei, habe die Verhandlungsdelegation aus I.____, H.____ und zeitweise auch dem Stellvertreter des Geschäftsführers, M.____, bestanden. Der Kläger sei über den Stand der Verhandlungen mit dem N.____ an den Geschäftsleitungssitzungen im August, Oktober und November 2010 informiert worden. Einzig richtig sei, dass die Endfassung des Rahmen- und Leistungsver-

trages den Betriebsleitern im Anschluss an die Sitzung versehentlich nicht per E-Mail zugestellt worden sei (act. 16 S. 28 ff.).

Das Verhalten des Klägers anlässlich der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 habe das Fass endgültig zum Überlaufen gebracht. Es bestehe Kündigungsfreiheit und dessen Verhalten setze einen genügenden Kündigungsgrund. Gekündigt worden sei dem Kläger nicht, weil er sich gegen die Schliessung seines Betriebes gewehrt haben wolle, sondern weil er es sich in offensichtlicher Unkenntnis angemasst habe, dem Geschäftsführer Inkompetenz, Überforderung und Unfähigkeit vorzuwerfen. Eine missbräuchliche Kündigung liege nicht vor, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 16 S. 34 und 39 ff.).

4. Anwendbarkeit des kantonalen Personalrechts

4.1. Zunächst ist die Frage zu klären, ob sich das Arbeitsverhältnis nach dem Personalrecht des Kantons Zürich richtet. Das ist insofern von Bedeutung, als die Beendigung bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen von strengeren formalen und materiellen Voraussetzungen abhängig ist als bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Begrenzt wird die Kündigungsfreiheit einzig durch den sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis kann hingegen einem Arbeitnehmer nur gekündigt werden, wenn dafür ein sachlicher Grund vorliegt und – bei Kündigungen im Zusammenhang mit dem Verhalten oder der Leistung – ein bestimmtes formelles Verfahren eingehalten wird.

Das Personalgesetz ist anwendbar auf das Personal des Staates und seiner unselbstständigen Anstalten (§ 1 Abs. 1 PG). Das Arbeitsverhältnis des Staats- und Gemeindepersonals untersteht dem öffentlichen Recht (Art. 47 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101).

[...]. Die Beklagte ist aber keine öffentlich-rechtliche Anstalt, sondern eine privatrechtliche Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB. Das Arbeitsverhältnis ist privatrechtlicher Natur und richtet sich daher grundsätzlich nach Obligationenrecht (OR). Die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Personalgesetzes und der da-

zugehörigen Verordnungen sind allenfalls kraft vertraglichem Verweis anwendbar. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

4.2. Nach Auffassung des Klägers hat die Beklagte die kantonalen Richtlinien bereits im Voraus per Inserat auf ihre Arbeitsverhältnisse für anwendbar erklärt. Er beruft sich hierzu auf Stelleninsetate der Beklagten (act. 31 S. 2-6). Zudem habe ihm die Beklagte die Sammlung der Erlasse zum kantonalen Personalrecht zusammen mit den im Arbeitsvertrag erwähnten Kopien übergeben. Dabei sei nicht zwischen der Anwendbarkeit des Personalgesetzes und/oder der Personalverordnung und/oder der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz bzw. zwischen der Anwendung einzelner Bestimmungen differenziert worden. Dies erhelle auch daraus, dass sich in der Personalverordnung selber gar keine Bestimmungen zur Lohneinstufung befänden, sondern gemäss § 8 Personalverordnung der Regierungsrat den Einreichungsplan in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz festlege. G.____ habe im Anstellungsgespräch Anfang April 2005 das kantonale Personalrecht ausdrücklich für anwendbar erklärt (act. 31 S. 3-5). Die Parteien hätten sich während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch daran gehalten. Namentlich seien Mitarbeiterbeurteilungen, wie sie beim Kanton gebräuchlich seien, verwendet worden. Dass die Beklagte selber von der Anwendbarkeit der kantonalen Vorgaben ausgegangen sei, gehe auch aus einem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 hervor (act. 1 S. 13; act. 31 S. 7).

Die Beklagte hält dem entgegen, sie habe in den Stellenausschreibungen keine Anstellung nach dem kantonalen Personalrecht, sondern nur nach kantonalen Richtlinien offeriert. Dabei sei klar, dass sie sich dabei vor allem auf die Lohneinstufung bezogen habe. Gemäss Anstellungsvertrag würden weder Kündigungsfristen noch Ferienanspruch des Klägers mit den kantonalen Richtlinien übereinstimmen. Sie bestreitet, dass G.____ gegenüber dem Kläger damit geworben haben soll, das Anstellungsverhältnis unterstehe dem kantonalen Recht. Beim Abschluss des schriftlichen Anstellungsvertrages hätten sich die Parteien auf keine weiteren Unterlagen als die darin selbst genannten, d.h. die Personalverordnung bezogen. Dem Kläger sei der bei der kdmz zu beziehende Separatdruck personalrechtliche Erlasse ("blaues Büchlein") übergeben worden, da die Grundsätze der Lohnein-

stufung in der Personalverordnung, der Einreihungsplan aber in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz aufgeführt und diese nicht separat erhältlich gewesen seien (act. 42 S. 3-6).

4.3. Ist der Inhalt des Vertrages zwischen den Prozessparteien strittig, so ist der vereinbarte Inhalt durch die Auslegung des Vertrags durch das Gericht zu ermitteln. Der Arbeitsvertrag ist in erster Linie nach dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen auszulegen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn kein solcher Wille festgestellt werden kann, ist eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen, wie die Erklärungen der Parteien nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der klare Wortlaut Vorrang vor den weiteren Auslegungsmitteln (BGE 131 III 467 E. 1.1; BGE 128 III 265 E. 3a; Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd I, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1196 ff., mit weiteren Hinweisen).

Für die Unterstellung des Arbeitsverhältnisses unter das kantonale Personalrecht ist der Kläger beweispflichtig (Art. 8 ZGB).

4.4. Die Stelle des Klägers wurde am 5. März 2005 mit dem folgenden Wortlaut auf der Homepage der Beklagten inseriert (act. 32/2; Hervorhebung durch das Gericht):

"Wir bieten einen spannenden und abwechslungsreichen Arbeitsalltag im professionellen Umfeld, hohe Autonomie, geregelte Arbeitszeiten (keine Wochenende- und Nachtdienste), Supervision, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten sowie *Anstellung/Besoldung nach kantonalen Richtlinien.*"

Bereits früher, im Stelleninserat der Beklagten [...] für einen Sozialarbeiter/Sozialpädagogen (80 %) wurde auf "Anstellung nach kantonalen Richtlinien" verwiesen (act. 32/1). Das Stelleninserat für den Nachfolger des Klägers (BetriebsleiterIn 80 %) auf dem Internetportal [...] erfolgte ebenfalls mit dem Hinweis "Anstellung nach kantonalen Richtlinien" (act. 32/3; vgl. auch act. 23/1-2).

In den Stelleninseraten wird nicht nur für die Lohneinstufung (Besoldung), sondern für die Anstellung an sich auf die kantonalen Richtlinien hingewiesen. Von

einer Einschränkung der Anwendbarkeit der kantonalen Richtlinien auf die LohnEinstufung ist, wie der Kläger zutreffend ausführt, nicht die Rede. Das ist ein klares Indiz dafür, dass seitens der Beklagten die Absicht bestand, das Vertragsverhältnis als Gesamtes dem kantonalen Personalrecht zu unterstellen.

4.5. Der Arbeitsvertrag vom 2. Mai 2005 erklärt das Personalrecht des Kantons Zürich dagegen nicht ausdrücklich als anwendbar. Unter den Anstellungsbedingungen wird indessen aufgeführt: "Besoldungsklasse / Stufe (PG) LR 01 / 18 / 08 (ES 5)". Für die LohnEinstufung wird demnach auf das Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG, LS 177.10) und die Einreihung gemäss den kantonalen Richtlinien hingewiesen. Pensionskasse der Beklagten ist die Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK). Als Beilagen zum Anstellungsvertrag werden die Anmeldung BVK, die Personalverordnung Kanton Zürich und der Vorsorgeplan der BVK erwähnt. Nicht erwähnt werden das Personalgesetz und die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (act. 4/4 = 18/4).

Die Personalverordnung des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1998 (PVO, LS 177.11) regelt den Vollzug des Personalgesetzes und enthält Bestimmungen zur Besoldung. Im Anhang sind die Mindest- und Höchstbeträge der Lohnklassen aufgeführt. Gemäss § 8 Abs. 1 Personalverordnung legen der Regierungsrat und die obersten kantonalen Gericht in der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19. Mai 1999 (VVP, LS 177.111) den Einreihungsplan fest, welcher die Richtpositionen enthält, die nach 29 Lohnklassen geordnet sind. Die Einreihung der Stellen nach den 29 Lohnklassen und die Beträge der verschiedenen Lohnklassen sind im Anhang zur VVP aufgeführt. Die VVP enthält nebst Lohnbestimmungen, dem Einreihungsplan und den Beträgen der Lohnklassen auch Bestimmungen über Begründung, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die gesetzliche Grundlage der LohnEinstufung ist in § 40 PG normiert. Das PG regelt Begründung, Inhalt und Beendigung der Arbeitsverhältnisse auf Gesetzesstufe.

Es ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kläger bei Vertragsschluss nicht nur die im Anstellungsvertrag erwähnte Personalverordnung, sondern den Separatdruck personalrechtliche Erlasse des Kantons Zürich übergeben hat. Der Sam-

meldruck, welcher bei der kantonalen Drucksachen- und Materialzentrale Zürich (kdmz) bezogen werden kann, enthält das Personalgesetz, die Personalverordnung, die Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, einen Auszug aus dem Obligationenrecht, die Verordnung über die Nutzung von Internet und E-Mail sowie Gesetz und Statuten der BVK.

Mit der Übergabe der personalrechtlichen Erlasse des Kantons durfte der Kläger grundsätzlich davon ausgehen, die entsprechenden Richtlinien fänden auch Anwendung. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass im Stelleninserat auf Anstellung/Besoldung nach kantonalen Richtlinien verwiesen wurde. Ein Widerspruch oder ein genereller Vorbehalt gegenüber dem kantonalen Recht war aus dem Arbeitsvertrag des Klägers nach Treu und Glauben nicht herauszulesen und wird von der Beklagten auch nicht behauptet. Dass nach Sachdarstellung der Beklagten G. mit der Übergabe des Separatdrucks gegenüber dem Kläger (angeblich) festgehalten habe, darin sei die Lohneinstufung geregelt (act. 42 S. 4), vermag daran nichts zu ändern. Das schliesst nicht aus, dass auch für die übrigen Anstellungsbedingungen kantonales Recht zur Anwendung gelangt. Hätte die Beklagte, wie sie geltend macht, nur die Anwendung der kantonalen Richtlinien bezüglich der Lohneinstufung als anwendbar erklären wollen, so ist nicht ersichtlich, weshalb sie sich nicht auf die Übergabe von Auszügen der relevanten Lohnbestimmungen (PVO und Anhang VVPG) beschränkte und/oder im Vertrag einen entsprechenden schriftlichen Vorbehalt anbrachte.

Unbehelflich ist, dass nach der – soweit ersichtlich – neuen Behauptung der Beklagten weder Kündigungsfristen noch Ferienanspruch des Klägers mit den kantonalen Richtlinien übereinstimmen und den Angestellten der Teuerungsausgleich nur zur Hälfte gewährt worden sei, währendem die Angestellten des Kantons Zürich den vollen Teuerungsausgleich erhalten hätten (act. 42 S. 5). Daraus kann nicht abgeleitet werden, die Parteien hätten das Personalrecht bezüglich der im Arbeitsvertrag nicht geregelten Punkte nicht anwenden wollen. Den Parteien bleibt es unbenommen, im Arbeitsvertrag von den kantonalen Richtlinien abzuweichen und eine andere Regelung zu treffen. Im Übrigen kündigte die Beklagte

das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten, welche mit § 17 Abs. 1 lit. c PG übereinstimmt.

4.6. Der Kläger stützt sich für seine Sachdarstellung weiter auf die Mitarbeiterbeurteilungen, auf das Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 sowie auf den Umstand, dass er bei der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich versichert war (act. 1 S. 3 f.; act. 31 S. 7).

1.1.1. In der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 wurde dem Kläger eine Bewährungsfrist von drei Monaten angesetzt (act. 4/13). Die Durchführung einer Mitarbeiterbeurteilung mit Ansetzen einer Bewährungsvorschrift entspricht den kantonalen Richtlinien (vgl. § 19 PG und § 18 VVPG). Allerdings gibt es in der Mitarbeiterbeurteilung keinen Hinweis auf eine Norm des kantonalzürcherischen Personalrechts. Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, als dass Mitarbeiterbeurteilungen auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen durchgeführt werden.

1.1.2. Im Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 8. Februar 2010 (act. 4/6) hält der Stiftungsausschuss ("SRA") zur Pendeuz Nr. 36 der Pendenzenliste (neue Arbeitsverträge Mitarbeiter) wörtlich fest: "Nr. 36: Pendeuz noch offen. Der SRA hat z.T. signalisiert, dass die kantonalen Richtlinien beibehalten werden sollen". Die Pendeuz Nr. 36 (act. 4/6 und 18/25.1) lautet wie folgt: "GL. Neue Arbeitsverträge für die Mitarbeitenden der Stiftung B.____. Entweder komplett nach Personalrecht des Kantons oder Vertrag nach OR mit einigen Goodies aus dem kantonalen Personalrecht."

Dass die kantonalen Richtlinien beibehalten werden sollen, deutet darauf hin, dass sich die Anstellung nach kantonalem Personalrecht richtet. Mit kantonalen Richtlinien könnten aber auch die Lohnreihenungen gemeint sein. Dem Wortlaut der Pendeuz lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, ob sich die *bestehenden* Anstellungsverhältnisse nach dem Personalrecht des Kantons Zürich oder nach OR mit einzelnen Bestimmungen aus dem kantonalen Personalrecht richten. Ausserdem legt gemäss Ziffer 1.2 des Stiftungsreglements der Beklagten der Stiftungsrat und nicht die Geschäftsleitung die Lohnpolitik der Stiftung fest. Die Anstellung der Betriebsleiter und die Festlegung ihrer Besoldung obliegt

nach Ziffer 4.4 dem Geschäftsführer zusammen mit einem Mitglied des Stiftungsausschusses (act. 4/3 = 18/1.1). Massgebend ist aber in erster Linie die Vereinbarung zwischen den Parteien.

1.1.3. Was die Versicherung bei der Beamtenversicherungskasse des Kantons Zürich (BVK) anbelangt, ist zu bemerken, dass die BVK die Pensionskasse des Personals des Kantons sowie des Personals von über 500 der BVK angeschlossenen Arbeitgebern ist (act. 18/27). Mit Versicherungsvertrag vom 21. Juni 2005 hat sich die Beklagte der BVK angeschlossen (act. 18/26). Der Anschlussvertrag setzt jedoch nicht voraus, dass das Personal des Arbeitgebers dem Personalgesetz des Kantons Zürich unterstellt ist.

1.1.4. Damit lässt sich weder aus den Mitarbeiterbeurteilungen noch aus dem Protokoll der Geschäftsleitungssitzung noch aus der Versicherung bei der BVK ein klarer Schluss in die eine oder andere Richtung ziehen. Immerhin ist die Durchführung der Mitarbeiterbeurteilung nach kantonalen Vorgaben und die Thematisierung der Unterstellung der Arbeitsverträge unter das Personalrecht gewisses Indiz für die Behauptungen des Klägers.

4.7. Abschliessend ist festzuhalten, dass unter Berücksichtigung der gesamten Umstände von der Anwendbarkeit des Personalrechts auf das Anstellungsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen ist. Die Beklagte hat bereits im Stelleninserat mit einer Anstellung nach kantonalen Richtlinien geworben und dem Kläger bei Vertragsschluss den Sammeldruck personalrechtliche Erlasse übergeben. Die Bestimmungen im Arbeitsvertrag durfte und musste der Kläger daher nach Treu und Glauben im Gesamtzusammenhang so verstehen, dass für ihn generell das kantonale Personalrecht gelte. Das hat zur Folge, dass sich die formellen und materiellen Voraussetzungen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach öffentlichem Recht richten.

An dieser Stelle ist noch anzumerken, dass vertragliche Kündigungsbeschränkungen auch in privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen im Hinblick auf Art. 361 OR zulässig sind, soweit die Kündigungsmöglichkeit nicht vollständig oder ohne sachliche Gründe beschränkt wird (Arbeitsgericht Zürich in JAR 1993, S. 203 ff.;

Agnes Dormann, Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, in AJP 2011, S. 1069 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., N 2 zu Art. 335 und N 21 zu Art. 366, mit weiteren Hinweisen).

5. Materielle Voraussetzungen der Kündigung

5.1. Nach § 18 Abs. 2 PG darf die Kündigung nicht missbräuchlich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts sein und muss zudem auf einem sachlich zureichenden Grund beruhen. Eine Kündigung nach den Bestimmungen des OR ist nur missbräuchlich, wenn diese aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden. Die Aufzählung in Art. 336 OR ist aber (wie das Bundesgericht regelmässig festhält) nicht abschliessend; sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 ZGB). Demnach können auch andere Gründe, die ebenso schwer wiegen, eine Kündigung als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 134 III 108 E. 7.1; BGE 132 III 115 E. 2; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 ff. zu Art. 336). Ein sachlich zureichender Grund im Sinne des kantonalen Personalrechts besteht namentlich bei mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten der Angestellten (§ 16 Abs. 1 lit. a VVPG). Mit dem zusätzlichen Erfordernis des sachlichen Grundes geht der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz weiter als die Missbrauchstatbestände des OR (BGE 8C_649/2012 E. 8.1; BGE 8C_826/2009 E.2).

Erweist sich die Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung. Die Ausrichtung einer Abfindung nach § 26 PG bleibt vorbehalten (§ 18 Abs. 3 PG).

5.2. Gemäss kantonalem Personalrecht ist für die Anfechtung einer Kündigung erforderlich, dass der Angestellte innerhalb von 30 Tagen eine Begründung verlangt. In der Kündigung ist seitens der Anstellungsbehörde bzw. des Arbeitgebers auf den Begründungsanspruch und die Verwirkung hinzuweisen (§ 18 Abs. 1 PG). Der Kläger hat vorliegend mit Schreiben vom 14. Januar 2011 zwar nicht um eine Begründung der Kündigung ersucht, sondern unter Hinweis auf Art. 336b OR Ein-

sprache gegen die Kündigung erhoben (act. 4/17). Da er damit seinen Willen zu rechtllichem Vorgehen gegen die Kündigung klar bekundet hat und da zudem die Beklagte in ihrem Kündigungsschreiben vom 27. Dezember 2010 die Kündigung bereits begründet hatte, ohne besonders auf den Begründungsanspruch und die Verwirkungsfolgen hinzuweisen, genügt das Schreiben vom 14. Januar 2011 den Anforderungen von § 18 Abs. 1 PG vollauf. Sodann wäre die Einsprache auch dann als fristgerecht zu beurteilen, wenn in verfahrensrechtlicher Hinsicht von der Anwendbarkeit der Bestimmungen des OR, mithin von Art. 336b Abs. 1 und 2 OR, ausgegangen würde. Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 31. März 2011 geendet hat, erfolgte die Einsprache fristgerecht; und mit der Einreichung des Schlichtungsgesuchs hat der Kläger innerhalb von 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht (act. 4/15, act. 3). Die formellen Voraussetzungen für die Geltendmachung einer Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung sind damit erfüllt.

5.3. Der Kläger begründet die Missbräuchlichkeit der Kündigung folgendermassen: Er habe beim Stiftungsrat am 17. Februar 2010 diverse Missstände gerügt und den Antrag auf ein Mediationsverfahren gestellt. Als unmittelbare Reaktion darauf sei ihm die Kündigung angedroht worden. Die Beklagte habe nichts getan, um den Konflikt zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer einerseits und den Konflikt um die Kompetenzen zwischen der Geschäftsleitung und dem Stiftungsausschuss andererseits zu bereinigen. Die Beklagte habe ihn vielmehr aus der Verhandlungsdelegation mit dem F.____ ausgeschlossen, obwohl es um seinen Betrieb gegangen sei. Über den Ausschluss seines Betriebs aus dem Leistungskatalog sei er erst einen Monat nach erfolgtem Entscheid des F.____ informiert worden. Dass er in keiner Art und Weise informiert worden sei, sei als Mobbing zu qualifizieren. Als er sich an der Geschäftsleitungssitzung zu Recht darüber aufgeregt habe, sei ihm als Reaktion gekündigt worden (act. 1 S. 15 f.; act. 31 S. 11 ff.).

5.4. Ob eine Kündigung missbräuchlich ist oder nicht, beurteilt sich nach dem Motiv zur Kündigung. Die vorliegend zu beurteilende Kündigung könnte missbräuchlich sein, weil der Kläger nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Ar-

beitsverhältnis geltend gemacht hat (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). Darunter wird eine sogenannte Rachekündigung verstanden.

Im Antrag an den Stiftungsrat wehrte sich der Kläger gegen die "statutenwidrigen Einmischungen" des Stiftungsausschusses in den Kompetenzbereich der Geschäftsleitung. Zudem brachte er Kritik an der "Führungsphilosophie" des Geschäftsführers H.___ an. Der Antrag datiert vom 17. Februar 2010. Die Kündigung wurde gut zehn Monate später, am 27. Dezember 2010, ausgesprochen. Ein direkter Zusammenhang zwischen dem Antrag und der Kündigung ist daher nicht ersichtlich. Allerdings wurde der Kläger deswegen in der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 verwarnt und ihm die Kündigung angedroht (act. 4/13 = 18/16).

Ob die Vorwürfe des Klägers berechtigt waren oder nicht, ist letztlich nicht entscheidend: Die Art und Weise der Kritikausübung ist unangemessen. So führt der Kläger im Antrag an den Stiftungsrat vom 17. Februar 2010 u.a. wortwörtlich aus (act. 4/11 = 18/12; Hervorhebungen im Original):

"Zusammen mit den Vorgängen im Herbst 09 rund um die folgenschweren Kompetenzüberschreitungen der Allianz SRA und GF wird nun unmissverständlich deutlich, dass diese neue Dimension des despektierlichen Umgangs mit der GL Methode hat. Ohne vorgängige Projektorganisation - ein Akt der Unprofessionalität und Mangel an Sorgfaltspflicht sondergleichen - und explizit ohne vorgängigen GL-Beschluss wurden damals eigenmächtige Entscheide im IT-Bereich getroffen, welche die Zusammenarbeit der teilbetriebe massgeblich determinieren wird - unzweifelhaft ein GL-Geschäft! Dem SRA wäre lediglich der monetäre nicht aber der fachliche Entscheid zugestanden, hierfür ist er einfach zu weit vom Arbeitsalltag entfernt!

Ich stelle fest, dass sich die beiden Führungsinstanzen SRA und GF in einem Steigerungslauf immer autokratisch gebärden. Grenzen ihrer Kompetenzen sehen sie keine mehr und die GL wird bei Bedarf einfach missachtet. Treibende Kraft hinter diesem Willkürregim ist der neue GF [H.___]. Seiner Führungsphilosophie nach, welche er in der GL-Retraite unmissverständlich klarlegte, "*ist Führung nicht teilbar*" (Wörtliches Zitat). Die Absolutheit seines Führungsanspruches führte damals fast zum Abbruch der GL-Retraite. Nach fast einjähriger Erfahrung mit [H.___] hat er mich nun vollends davon überzeugt, dass er trotz einiger Anbiederungsaktionen für die schweizerische Stiftungen typische Gewaltentrennung und Gremien zentrierte Aufbauorganisation nie respektieren wird; für ihn kommt nur das Führer- bzw. CEO-Prinzip in Frage."

Ein Arbeitgeber muss eine Kritikausübung am Vorgesetzten in diesem Tonfall ("Unprofessionalität", "autokratisch", "Willkürregim", "Führer- bzw. CEO-Prinzip", "Führerkultur") nicht dulden. Eine Kündigung wegen unterschiedlicher Auffassungen über Organisation und Art der Arbeitsausübung oder wegen mangelhaftem Verhalten ist nicht missbräuchlich (Obergericht des Kantons Luzern in JAR 2000 S. 193 ff.; Brühwiler, Kommentar zum Einzelvertragsrecht, 2. Aufl., Bern 1996, N I zu Art. 336; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 336).

5.5. Der Kläger wirft der Beklagten weiter Mobbing vor, indem sie ihn von sämtlichen Informationen bezüglich der Verhandlungen mit dem F.____ ausgeschlossen habe, obwohl es um seinen Betrieb gegangen sei (act. 1 S. 11 und S. 14 f.; act. 31 S. 36 f.).

Das Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 10. August 2010 zeigt, dass der Kläger nicht von den Informationen bezüglich der Verhandlungen mit dem N.____ ausgeschlossen wurde. An dieser Sitzung wurden die Vertragsentwürfe des N.____ diskutiert (act. 18/25.24). Der Kläger hat am 26. August 2010 einen schriftlichen Kommentar dazu verfasst (act. 18/25.25). Auch an der Geschäftsleitungssitzung vom 4. Oktober 2010 wurde darüber informiert, dass entschieden worden sei, das [Angebot] D.____ nicht mehr zu finanzieren (act. 18/25.29). In den Mitteilungen zur Geschäftsleitungssitzung vom 30. August 2010 hielt der Kläger fest, die Ankündigung des F.____, den [Betrieb] D.____ nicht mehr finanzieren zu wollen, sei verunsichernd und werfe viele Fragen auf (act. 18/25.26, S. 5). In den Mitteilungen zur Geschäftsleitungssitzung vom 15. November 2010 ärgerte er sich über den Stand der Verhandlungen mit dem F.____ (act. 18/25.30, S. 3 f.). An der Sitzung vom 15. November 2010 fehlte der Kläger (act. 18/25.31). Die Beklagte räumt ein, dass den Betriebsleitern im Anschluss an die Geschäftsleitungssitzung die Endfassung des Rahmen- und Leistungsvertrages versehentlich nicht zugestellt worden ist (act. 16 S. 31). Der Kläger hat die Informationen aber auch nicht verlangt, obwohl er wusste, dass die Verhandlungen pendent waren. Ein Missbrauchstatbestand wird damit jedenfalls nicht im Entferntesten begründet.

5.6. Zum behaupteten Konflikt zwischen Geschäftsleitung und Stiftungsausschuss/Geschäftsführer ist zu bemerken, dass sich die Betriebsleiter und der Ge-

schäftsführer ganz offensichtlich über die Kompetenzen nicht einig waren. Das ergibt sich eindrucksvoll aus dem Protokoll der Geschäftsleitungs-Retraite vom 20. und 21. Juli 2009 (act. 18/25.5) sowie aus dem Antrag an den Stiftungsausschuss vom 17. August 2009 (act. 32/5 = 44/30). Die Beklagte erkannte die Notwendigkeit, die Organisationsstruktur zu überprüfen, bereits an der Geschäftsleitungssitzung vom 12. Januar 2009 (act. 18/25.2, Traktandum 3).

In der Stiftungsratssitzung vom 9. Juni 2010 wurde beschlossen, Stiftungsurkunde und -reglement zu überarbeiten und die Position des Geschäftsführers zu stärken (act. 18/28). H. ___ übermittelte den Betriebsleitern am 18. August 2010 die Unterlagen zu den vom Stiftungsrat in Aussicht genommenen Änderungen und ersuchte um Rückmeldung bis zum 15. September 2010 (act. 16 S. 36). Der Kläger nahm am 16. Oktober 2010 dazu Stellung. In seiner Stellungnahme beanstandete er, er sei nicht zur Sitzung eingeladen worden, obwohl er ein statutarisches Rede-recht gehabt hätte, und er habe aufgrund seines Antrages an den Stiftungsrat unter missbräuchlicher Bezugnahme auf das kantonale Personalrecht eine Kündigungsandrohung erhalten. Dass nun plötzlich ein Vernehmlassungsverfahren mit den Geschäftsleitungsmitgliedern beschlossen worden sei, konsterniere ihn. Dieses Ansinnen des Stiftungsrates stehe völlig quer zur Haltung des Geschäftsführers, weshalb er den Eindruck habe, bei der Beklagten herrsche keine Klarheit über die Führungskultur (act. 18/19). Am 1. Dezember 2010 wurde das neue Stiftungsreglement vom Stiftungsrat genehmigt (act. 32/4).

Nach Darstellung der Beklagten hat sich der Kläger in der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 abermals im Ton vergriffen. Sie verweist dazu auf das Protokoll der Geschäftsleitungssitzung (act. 18/25.33). Laut Protokoll bezeichnete der Kläger H. ___ als inkompetent und unterstellte ihm, er sei mit seiner Aufgabe überfordert und könne nicht verhandeln. Unter dem Traktandum "Varia" unterstellte er H. ___ zusätzlich buchhalterische Inkompetenz und warf ihm wiederholt Unfähigkeit, Führungsinkompetenz und Überforderung vor (act. 18/25.33). Der Kläger bestreitet pauschal alle in diesem Protokoll gemachten Aussagen, räumt aber ein, H. ___ in Sachen Buchhaltung Inkompetenz vorgeworfen zu haben (act. 31 S. 37 f.).

Welche Aussagen der Kläger an der Sitzung vom 13. Dezember 2010 inhaltlich genau machte, kann dahingestellt bleiben. Aus den Akten ist ohne Weiteres erstellt, dass der Kläger trotz Statutenänderung die Organisationsstruktur der Beklagten und die Geschäftsführung durch seinen Vorgesetzten H.____ nicht akzeptiert hat. Die nach wie vor ablehnende Haltung ergibt sich zum einen aus dem von ihm verfassten Kommentar an den Stiftungsrat zu den Änderungen von Stiftungsurkunde und -reglement vom 16. Oktober 2010. Darin sprach der Kläger erneut vom "statutenwidrigen Machtverständnis" des Stiftungsrates und des Geschäftsführers (act. 18/19). In den Mitteilungen des Klägers zur Geschäftsleitungssitzung vom 15. November 2010 hält er zum [Betrieb] D.____ unter Punkt D) fest, der bisherige Stand der Verhandlungen mit dem F.____ sei eine "absolute Katastrophe". Er tut seinen Ärger über die Haltung der Verhandlungsdelegation bestehend aus dem Geschäftsführer H.____ und M.____ kund, welche die Sparmassnahmen widerstandslos hingenommen hätten. Von der Führung fehle ihm das "Commitment" mit der Idee der Beklagten bzw. der Einsatz für die Bewohner und das Team [Betrieb] D.____ (act.18/25.30). Hinsichtlich den Vorkommnissen an der Geschäftsleitungssitzung vom 13. Dezember 2010 führte M.____ in seinem E-Mail vom 14. Dezember 2010 an den Stiftungsausschuss aus, an der Sitzung seien einmal mehr die Fetzen geflogen; seiner Ansicht nach seien sie nicht mehr handlungs- und entscheidungsfähig, da der Konflikt zwischen dem Kläger und dem Rest der Geschäftsleitung nicht mehr auf der Sachebene angehbar sei. Er glaube, dass zumindest eine Entfernung des Klägers aus der Geschäftsleitung unabwendbar sei (act. 18/21). In dieselbe Richtung geht auch eine Stellungnahme von L.____ vom selben Datum. In der an I.____ gerichteten E-Mail hält er fest, H.____ ziehe aufgrund der dauernden Beleidigungen und Diffamierungen des Klägers in Betracht, den Bettel hinzuschmeissen; soweit dürfe es nicht kommen. Das Verhalten des Klägers sei geschäftsschädigend, ehrverletzend und unlauter, weshalb er den Stiftungsausschuss bitte, dringend in der Sache zu handeln (act. 18/22). Schliesslich räumt der Kläger auch ein, H.____ an der Geschäftsleitungssitzung im Dezember als "inkompetent" bezeichnet zu haben (act. 31 S. 37 f.). Bereits vorstehend wurde ausgeführt, dass eine Kündigung wegen unterschiedlicher Auffassungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Organisation und Führung der Ge-

schäfte des Betriebs nicht missbräuchlich ist. Wird dem Arbeitnehmer gekündigt, weil er sich der betrieblichen Organisationsstruktur nicht fügen kann oder will, so ist das nach Art. 336 OR ein zulässiges Kündigungsmotiv.

5.7. Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR ist. Der Kläger wurde bezüglich seines Verhaltens bereits in der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 verwarnt (act. 4/13 = 18/16). Dennoch fiel der Kläger in alte Verhaltensmuster zurück. Eine Mobbing-situation liegt, wie dargelegt, nicht vor. Sein Verhalten stellt nach Personalrecht einen sachlich zureichenden Grund zur Kündigung dar. Der Kläger konnte sich nicht in den Betrieb einordnen und sein Verhalten führte zu einer Störung des Betriebsklimas, was auch die E-Mails von M.___ und L.___ belegen (act. 18/21 und 18/22). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich genügt das als sachlicher Grund für die Kündigung (Entscheidung vom 7. März 2012, VB.2011.00595 E. 4.1, mit Hinweisen). Damit sind die materiellen Voraussetzungen der Kündigung nach Personalrecht erfüllt.

6. Formelle Voraussetzungen der Kündigung

6.1. Dem Kläger wurde unbestrittenermassen aufgrund unbefriedigenden Verhaltens gekündigt. Bevor eine Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten ausgesprochen wird, ist dem Angestellten gemäss § 19 Abs 1 Satz 1 PG eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten einzuräumen. Ab dem zweiten Dienstjahr beträgt die Bewährungsfrist in der Regel drei bis sechs Monate (§ 18 Abs. 1 Satz 3 VVPG). Dass eine Kündigung aus den genannten Gründen in Erwägung gezogen wird, ist dem Angestellten im Rahmen einer Mitarbeiterbeurteilung zu eröffnen (§ 18 Abs. 1 Satz 1 VVPG). Nach Ablauf der Bewährungsfrist ist eine Mitarbeiterbeurteilung durchzuführen; in Ausnahmefällen kann an ihre Stelle ein gleichwertiges Verfahren gemäss § 19 Abs. 2 PG treten (§ 18 Abs. 2 VVPG). Von einer Bewährungsfrist kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann (§ 19 Abs. 1 PG). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die betroffene Person nicht gewillt ist, ihre Leistung oder ihr Verhalten während der Bewährungsfrist zu än-

dern (§ 18 Abs. 3 lit. b VVPG). Bevor die Kündigung ausgesprochen wird, ist ihr Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen (§ 18 Abs. 5 VVPG).

Leidet die Kündigung an einem formellen Mangel, so ist sie ungerechtfertigt und löst Entschädigungsfolgen aus (Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 11. November 2009, 8C_118/2009 E. 3.2; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2011, PB.2010.00022, E. 3.8.3-3.8.6).

6.2. In der Mitarbeiterbeurteilung vom 23. April 2010 wurde dem Kläger die Kündigung angedroht und eine Bewährungsfrist von drei Monaten angesetzt (act. 4/13 = 18/16). Nach Ablauf der Bewährungsfrist fand am 11. August 2010 eine erneute Mitarbeiterbeurteilung statt. Das Ziel, dass der Kläger sein Verhalten gegenüber dem Geschäftsführer und dem Stiftungsratsausschuss grundlegend zu ändern und die begründeten Führungsvorhaben zu akzeptieren habe, wurde als gut erfüllt beurteilt. Der Kläger hat sich demnach grundsätzlich bewährt. In der Mitarbeiterbeurteilung wurde weiter festgehalten (act. 4/14 S. 3 = 18/18 S. 3):

"Die ablehnende Haltung von [A.____] ist nach wie vor spürbar. Das Verhalten wurde jedoch insofern verbessert, als dass sich [A.____] sehr zurückhält. Dies liegt in erster Linie an seiner geäußerten Absicht die [Stiftung B.____] so bald als möglich zu verlassen. [A.____] macht deutlich, dass er nur deshalb sich zurückhält, weil er die Stiftung verlassen wird. Allerdings lässt er offen, wann dies sein könnte. Inwiefern dies zu einer neuerlichen Belastung auch für das Team [D.____] wird, wird sich in den nächsten Wochen zeigen."

Zu den hauptsächlichen neuen Zielsetzungen für die künftige Beurteilungsperiode 2010/2011 ist der Mitarbeiterbeurteilung sodann Folgendes zu entnehmen (act. 4/14 S. 7 = 18/18 S. 7):

Nr.	Aufgaben und/oder Ziele	Priorität (Zahl einsetzen)	Beurteilungskriterien	Zeitpunkt
1	[A.____] bereinigt die schwebende Situation seines Verbleibs in der Stiftung und klärt seinen Austritt.	1	Der Austrittstermin ist definitiv fixiert	31.12.2010

Aus der Mitarbeiterbeurteilung vom 11. August 2010 (act. 4/14 = 18/18) geht hervor, dass die Parteien davon ausgingen, der Kläger werde per Ende 2010 austreten. Die Aufhebung der Kündigungsandrohung ist unter diesem Gesichtspunkt zu

würdigen. Es fragt sich, ob angesichts der vom Kläger geäusserten Absicht, die Beklagte so bald als möglich zu verlassen, die Beklagte auf das Ansetzen einer (weiteren) Bewährungsfrist gestützt auf § 19 Abs. 1 PG i.V.m. § 18 Abs. 3 lit. b VVPG verzichten durfte. Das ist zu bejahen: Nachdem der Kläger nicht gewillt war, sein Verhalten zu ändern, und er die Absicht äusserte, die Beklagte sobald als möglich zu verlassen, konnte die Beklagte auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist absehen, da in antizipierender Würdigung der Verhältnisse feststand, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.4).

Auch bei Verzicht auf das Ansetzen einer Bewährungsfrist muss dem Betroffenen aber nochmals das rechtliche Gehör gewährt und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme im Hinblick auf die drohende Kündigung gegeben werden (§ 18 Abs. 5 VVPG). Das hat die Beklagte unterlassen. Die Kündigung vom 27. Dezember 2010 (act. 4/15) erfolgte ohne vorgängige Stellungnahme des Klägers. Damit ist die Kündigung formell mangelhaft.

7. Entschädigung/Abfindung

7.1. Nach dem Gesagten leidet die Kündigung an formellen, nicht aber an materiellen Mängeln.

Da die Beklagte gegen die Verfahrensvorschriften des kantonalen Personalrechts verstossen hat, ist eine Entschädigung geschuldet. Die Höhe der Entschädigung bemisst sich gemäss Art. 336a OR nach der Würdigung aller Umstände des Einzelfalls. Dazu gehören insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, die Dauer der Anstellung sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse (Streiff/von Kanel/Rudolph, a.a.O., N 3 zu Art. 336a). Für die Bemessung einer Entschädigung wegen formeller Mangelhaftigkeit der Kündigung ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Arbeitsverhältnis bei der Einhaltung der Formerfordernisse länger gedauert hätte, mit ein wesentlicher Gesichtspunkt (Entscheidung des Verwaltungsgerichts Zürich vom 7. März 2012, VB.2011.000595, E. 4.2 und vom 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.4.5).

7.2. In formeller Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass dem Kläger in einem formell korrekten Verfahren das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen. Die Kündigung datiert vom 27. Dezember 2010 (act. 4/15). Hätte der Kläger noch angehört werden müssen, hätte sich die Kündigungsfrist um einen Monat verlängert. Da ihm wiederholt die Gelegenheit eingeräumt wurde, zu den betreffenden Vorwürfen Stellung zu nehmen (Gespräch vom 8. März 2010, vgl. auch act. 4/13 = 18/16, act. 4/14 = 18/18), wiegt der Verfahrensfehler nicht besonders schwer. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Kläger während rund sechs Jahren bei der Beklagten angestellt war und als Betriebsleiter anerkanntermassen sehr gute Leistungen erbrachte (act. 16 S. 21 f.). Zu berücksichtigen ist in materieller Hinsicht aber auch ein gewisses Verschulden des Klägers. Die Art und Weise der Kritikäusserungen war unangemessen. Immerhin ist hier zu sagen, dass es bei der Beklagten Kompetenzstreitigkeiten gab und die Überprüfung der bestehenden Organisation, wie die Beklagte selber einräumt, erforderlich war.

7.3. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheint eine Entschädigung von knapp zwei Monatslöhnen entsprechend CHF 12'000.– als angemessen. Auf diesen Betrag sind keine Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Der darauf verlangte Zins ist nicht bestritten und auch ausgewiesen (Art. 339 Abs. 1 i.V.m. Art 102 und Art. 104 OR).

7.4. Nach § 26 Abs. 1 PG haben Angestellte mit wenigstens fünf Dienstjahren, deren Arbeitsverhältnis ohne ihr Verschulden aufgelöst wird, Anspruch auf eine Abfindung, sofern sie mindestens 35-jährig sind. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Auflösung des Dienstverhältnisses dann unverschuldet, wenn sie vornehmlich auf Gründe zurückzuführen ist, welche nicht von der betroffenen Person zu vertreten sind. Typische Fälle sind die Aufhebung der Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen einer Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht mehr erfüllen kann (Entscheide des Verwaltungsgerichts Zürich vom 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 7d und vom 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 6, je mit Hinweisen). Da die Kündigung vornehmlich vom Kläger zu vertreten ist, hat er keinen Anspruch auf eine Abfindung. Das Verhalten des Klägers führte zu einer

Störung des Arbeitsklimas und war Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Eine Abfindung ist daher nicht geschuldet.

8. Fazit

Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger CHF 12'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Mai 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt CHF 81'947.65 (act. 1).

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich gemäss Art. 106 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Der Kläger obsiegt zu rund 15% und unterliegt zu rund 85%. In diesem Verhältnis sind den Parteien die Gerichtskosten aufzuerlegen.

Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten eine auf 70% reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Bei der Bemessung ist von einer Grundgebühr gemäss § 4 AnwGebV von CHF 9'820.– auszugehen. Von dieser Grundgebühr gedeckt ist die Klagebegründung und die Teilnahme an einer ersten Verhandlung, der Instruktionsverhandlung vom 20. März 2012 (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Ein Zuschlag von insgesamt 30% für Replik bzw. Duplik und für die Eingabe betreffend Verzicht auf die Hauptverhandlung im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV erscheint gerechtfertigt. Ausgehend von einer vollen Entschädigung von CHF 12'766.– beträgt die auf 70% reduzierte Parteientschädigung somit CHF 8'936.–. Da die Beklagte die Zusprechung von Mehrwertsteuer ausdrücklich hat beantragen lassen und da sie eine steuerbefreite Stiftung ist (vgl. www.steueramt.zh.ch), ist zusätzlich 8% Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 12'000.– nebst Zins zu 5 % seit 12. Mai 2011 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen

1. Die Entscheidgebür wird auf CHF 8'000.– festgesetzt.
2. Die Gerichtskosten werden zu 85% (CHF 6'800.–) dem Kläger und zu 15% (CHF 1'200.–) der Beklagten auferlegt. Die gesamte Entscheidgebür wird aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Vorschuss im Umfang von CHF 1'200.– zu ersetzen.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 9'651.– (CHF 8'936.– plus CHF 715.– Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von act. 44/29-31.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 30. April 2013

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
4. Abteilung

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Kaufmann

lic. iur. A. Thiébaud