

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2006.00035 vom 18. September 2002**

ZH Verwaltungsgericht, 2002-09-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_PB.2006.00035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PB.2006.00035)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2006.00035 du 18 septembre 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PB.2006.00035 del 18 settembre 2002

## **Regeste**

Lohnfortzahlung | Besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung für in Justiz und Verwaltung tätige Dolmetscher? [Der Beschwerdeführer war seit Jahren für verschiedene Gerichte und Behörden auf Abruf als Übersetzer/Dolmetscher tätig. Seit 2000 arbeitete er durchschnittlich mehr als 60 Std./Woche für dieselbe Amtsstelle. Nach seiner Erkrankung im März 2004 verlangte er Lohnfortzahlung gemäss kantonalem Personalrecht.] Der Anfechtungsweg wäre vorliegend unabhängig von der Frage zulässig, ob ein vertragliches oder ein verfügbares Rechtsverhältnis zwischen den Parteien vorliegt, da die Weigerung zur Leistung von Lohnfortzahlungen eine personalrechtliche Anordnung darstellt (E. 1). Die vorliegende Streitigkeit ist öffentlichrechtlicher Natur, weshalb das Verwaltungsgericht zuständig ist (E. 2). Zum massgeblichen Zeitpunkt war das kantonale Personalrecht bereits in Kraft. Für dessen Anwendbarkeit ist allerdings in sachlicher Hinsicht ein "Arbeitsverhältnis" vorausgesetzt. Es rechtfertigt sich, für die Definition des Arbeitsverhältnisses im Sinne des Personalgesetzes den zivilrechtlichen Begriff analog zu berücksichtigen. Liegt hier zivilrechtlich betrachtet ein Arbeitsverhältnis vor, ist demnach das Personalrecht anwendbar (E. 3). Das für ein Arbeitsverhältnis zentrale Kriterium der Subordination ist vorliegend nicht gegeben (E. 4). Weder nach Auftrags- noch nach Werkvertragsrecht besteht eine Pflicht zur Lohnfortzahlung bei Krankheit, weshalb offen bleiben kann, wie das Rechtsverhältnis im Einzelnen zu qualifizieren wäre (E. 5). Kostenfolgen: Gutheissung des Gesuchs um Kostenfreiheit und unentgeltliche Rechtsverteidigung (E. 6). Abweisung [Abweichende Meinung der Gerichtsssekretärin]

## **Erwägungen**

### **E. 4**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

### **E. 4.1**

Nach insofern unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz wurde der Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner als Dolmetscher im Bereich der Telefonkontrolle eingesetzt; er hatte Direktschaltungen im fremdsprachigen Täterumfeld abzuhören und laufend über den Inhalt der Gespräche Bericht zu erstatten oder schriftliche Übersetzungen von Tonbandaufzeichnungen zu erstellen. Sein Beizug erfolgte jeweils mündlich für bestimmte Einzelfälle durch die für die Ermittlungsverfahren zuständigen Sachbearbeiter, wobei die Einsätze zum Teil von längerer Dauer waren.

### **E. 4.2**

Die begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsverhältnisses sind das Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitszeit im Rahmen einer fremden Arbeitsorganisation

gegen Lohn. Zentrale Elemente der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Auftrag sind die typische Unterordnung, die Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation durch betriebliche Subordination und in geringerem Ausmass das Merkmal des Dauerschuldverhältnisses gegenüber dem grundsätzlich jederzeitigen Widerrufsrecht beim Auftrag (vgl. Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, 1985, Art. 319 OR N. 2–12, 49, 52; VGr, 12. Januar 2005, PB.2004.00074, E. 3.4, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Dabei steht das Subordinationsverhältnis und die damit einhergehende Kontrollbefugnis als Abgrenzungskriterium im Vordergrund. Entscheidendes Unterscheidungsmerkmal ist das Mass der Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 319 N. 6; Walter Fellmann, Berner Kommentar, 1992, Art. 394 OR N. 308 f.; je mit Hinweisen). Bei der Abgrenzung von Arbeits- und – hier grundsätzlich auch in Frage kommend – Werkvertrag (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, N. 34 und 2132, sowie Gaudenz Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, 2003, Art. 363 OR N. 11) sind folgende Punkte zu berücksichtigen: das Unterordnungsverhältnis, das Versprechen eines Arbeitserfolges, das Zeitmoment, die Regelung der Gefahrtragung und des Unternehmerrisikos. Als massgebliches Unterscheidungskriterium hat sich auch hier das Unterordnungsverhältnis herausgebildet (Frank Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, S. 21; Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 363 OR N. 148; Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, 2003, Art. 319 OR N. 13 ff.).

#### **E. 4.2.1**

Der Beschwerdeführer war während gut vier Jahren für den Beschwerdegegner tätig, wobei er im Durchschnitt weit mehr Einsatzzeit leistete als bei einer Anstellung üblich, nämlich knapp 250 Stunden pro Monat zwischen Februar 2000 und März 2004. Die Dauer der Tätigkeit ist zwar nicht das ausschlaggebende Kriterium für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, kann jedoch auch nicht völlig ausser Acht gelassen werden (vgl. VGr, 12. Januar 2005, PB.2004.00074, E. 3.4 Abs. 1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch), mit Hinweisen). Die Behörde fragte den Beschwerdeführer – wie bei Dolmetscher- und Übersetzungsarbeiten für Verwaltung und Justiz üblich – allerdings immer wieder von Neuem mündlich für die Übernahme von Einsätzen an. Dabei wurde die konkrete Präsenzzeit bzw. die Verfügbarkeit über Wochenenden und Feiertage jeweils mit dem verfahrensführenden Sachbearbeiter abgesprochen. Es war dem Beschwerdeführer somit unbenommen, Anfragen des jeweiligen Sachbearbeiters abzulehnen. Dieser Umstand spricht deutlich für ein Auftragsverhältnis, auch wenn daraus nicht zwingend auf die Art des im konkreten Fall bestehenden Vertragsverhältnisses geschlossen werden kann (vgl. KassGr, 3. September 2001, Kass.-Nr. 2001/173 S, E. 2e).

#### **E. 4.2.2**

Die monatlichen Abrechnungen führten jeweils die Sozialabzüge auf und enthielten keine Regelung des Ferienanspruchs. Das Eidgenössische Versicherungsgericht qualifizierte die Einsätze einer Gerichtsdolmetscherin, die bei mehreren kantonalen Amtsstellen arbeitete, als unselbständige Tätigkeit (EVG, 13. Juli 2001, H5/2000, E. 4, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Für die sozialversicherungsrechtliche Frage, ob Arbeitnehmerqualität – und damit Unselbständigkeit – vorliegt, wird die zivilrechtliche Umschreibung allerdings nicht übernommen bzw. ist die Rechtsnatur des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses nicht massgebend (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich etc. 2003, Art. 10 Rz. 3 und 5; EVG 13. Juli 2001, H5/2000, E. 2a, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

### **E. 4.2.3**

Massgeblich bleibt damit auch in der vorliegenden Abgrenzungsproblematik die Frage nach der Subordination. Der Beschwerdeführer konnte in den Räumlichkeiten des Beschwerdegegners ein Büro benutzen und war auch im Besitz eines Schlüssels; eine räumliche Eingliederung ist damit erfolgt. Zudem standen dem Beschwerdeführer gewisse Hilfsmittel für die Übersetzung zur Verfügung. In entscheidenden Punkten erfolgte jedoch keine für das Arbeitsverhältnis typische Eingliederung in die Organisation des Beschwerdegegners: Es bestehen keine Hinweise für eine Überwachung von Präsenz- oder Arbeitszeit. Weisungen bezüglich täglicher Arbeitszeit, Ferien oder dergleichen erfolgten nicht. Der Beschwerdeführer war lediglich verpflichtet, die aufgewendeten Stunden abzurechnen. Dabei wurde ihm der tägliche Arbeitsweg zusätzlich vergütet. Sodann bestanden keine Mechanismen zur Kontrolle; der Beschwerdeführer war keiner Person unterstellt; Leistung und Verhalten des Beschwerdeführers wurden nicht qualifiziert. Weisungen inhaltlicher oder formeller Natur bestanden – abgesehen etwa davon, dass die Übersetzungsprotokolle in einem Word-Dokument zu verfassen waren – nicht. Bei dieser Sachlage war der Beschwerdeführer in Gestaltung und Ausübung seiner Tätigkeit weitgehend frei. Eine massgebliche Unterordnung des Beschwerdeführers ist nicht ersichtlich (vgl. auch KassGr, 20. Mai 2003, Kass.-Nr. 2002/322 S, E. 2c S. 14–17).

### **E. 4.3**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die langjährige Tätigkeit des Beschwerdeführers für den Beschwerdegegner durchaus gewisse Elemente eines Arbeitsverhältnisses aufweist. Angesichts der weitgehend fehlenden Subordination hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses jedoch zulässigerweise verneint. Damit kommen das kantonale Personalgesetz und seine Ausführungsbestimmungen nicht zur Anwendung.

### **E. 5**

Weder das zivile Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR), dessen sinngemässe Anwendung § 16 Abs. 2 DolmV vorsieht, noch der Werkvertrag gemäss Art. 363 ff. OR sehen bei Krankheit des Beauftragten bzw. des Unternehmers eine Pflicht zur Lohnfortzahlung vor. Ob das umstrittene Rechtsverhältnis als Auftrag oder Werkvertrag zu qualifizieren ist, kann daher offen bleiben. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Anzufügen bleibt, dass kein Anlass für die vom Beschwerdeführer eventualiter verlangte Sistierung des Beschwerdeverfahrens besteht. Der sozialversicherungsrechtliche Status des Beschwerdeführers ist – wie gesehen (oben 4.2.2) – nicht massgebend für die Qualifikation der Rechtsbeziehung als Arbeitsverhältnis oder als Auftrag bzw. Werkvertrag.

### **E. 6**

Der Streitwert liegt weit über Fr. 20'000.- (oben 2.4). Das Beschwerdeverfahren wäre deshalb gemäss § 80b VRG selbst dann nicht kostenfrei, wenn vorliegend eine personalrechtliche Streitigkeit im Sinne von § 74 VRG angenommen würde. Als unterliegende Partei wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig und hat er von vornherein keinen Anspruch auf Parteientschädigung (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 70 VRG; § 17 Abs. 2 VRG). Allerdings stellt er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung. Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, ist auf entsprechendes Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten zu erlassen. Sie haben überdies Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn sie nicht in der Lage sind, ihre Rechte im

Verfahren selbst zu wahren. (§ 16 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 70 VRG; Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; Kölz/ Bosshart/Röhl, § 16 N. 39). Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers erscheint aufgrund der Akten als glaubhaft. Angesichts der dargelegten Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags lässt sich sein Begehren zudem nicht als offensichtlich aussichtslos bezeichnen. Schliesslich war er auf den Beistand eines Rechtsanwalts angewiesen. Das Gesuch des Beschwerdeführers ist deshalb gutzuheissen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.