

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PK.2002.00002 vom 18. Juli 2001

ZH Verwaltungsgericht, 2001-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_PK.2002.00002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__PK.2002.00002)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PK.2002.00002 du 18 juillet 2001

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT PK.2002.00002 del 18 luglio 2001

## Regeste

Schadenersatzanspruch (Beamtenhaftung) | Dem zwischen 1998 und 2000 aufgrund von Verleihverträgen als Fürsorgesekretär bei der Klägerin beschäftigten Beklagten wird angelastet, durch grobfahrlässiges Verhalten einen hohen finanziellen Schaden verursacht zu haben. Teilklage auf Fr. 50'000.- mit Nachklagevorbehalt. Nichteintreten. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten: Aufspaltung des Arbeitsverhältnisses des Beklagten (E. 3), öffentlich-rechtlicher Charakter des Verhältnisses (E. 4). Notwendigkeit des Verfügungs- und Anfechtungsverfahrens, wenn dem Gemeinwesen in der entsprechenden Frage Verfügungskompetenz zukommt. Anwendung der in PK.2002.00003 verfeinerten Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall (E. 4+5): Auch im vorliegenden Fall ist zunächst der Anfechtungsweg zu beschreiten. Selbst bei einer anderen Qualifikation des Grundverhältnisses wäre aufgrund der einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen vorliegend der Anfechtungs- und nicht der Klageweg zu beschreiten (E. 6). Nichteintreten auf die Klage und Überweisung der Sache an den Bezirksrat (E. 7).

## Erwägungen

### E. 4

Spätestens gemäss § 7 PVO, der die zeitgleich und mithin während der Tätigkeit des Beklagten bei der Klägerin in Kraft getretenen Art. 11 Abs. 2 Satz 1 der Kantonsverfassung vom 18. April 1869 (LS 101) sowie § 72 (ehemals Abs. 2) Satz 1 GemeindeG je in der Version vom 27. September 1998 (OS 54 S. 750 ff., 765, und 55 S. 62) befolgt, untersteht das Arbeitsverhältnis des Gemeindepersonals öffentlichem Recht (siehe auch §§ 65 f. PVO). Man mag sich fragen, kann aber offen lassen, ob die Klägerin, welche insofern etwa keine privatrechtliche Auslagerung betrieb, zur Behebung ihres eigenen Arbeitskräftemangels im Fürsorgesekretariat überhaupt Personal entleihen durfte. Jedenfalls muss sich alles, was nicht bereits durch die Arbeitsverträge des Beklagten mit D AG sowie die Verleihverträge zwischen dieser und der Klägerin privatrechtlich geregelt wird und deshalb die hier einzig interessierende Beziehung der Parteien ausmacht, nach öffentlichem Recht bestimmen. Das bedingt die Annahme eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses. In diesem Sinn fällt der Beklagte in den Regelungsbereich der klägerischen Personalverordnung. Kraft § 1 Abs. 1 Sätze 1 f. PVO unterliegt ihr zwar nur das kommunal Angestellte und Besoldete umfassende städtische Personal. Wie gesagt muss der Beklagte jedoch partiell als Arbeitnehmer der Klägerin betrachtet werden und empfing er von ihr über D AG wenigstens indirekt Lohn. Dass die Personalverordnung eine solche Anwendungsweite beansprucht, erhellt auch aus ihrem § 2 Abs. 1, wonach sie ebenso für die Amtsstellung und das Arbeitsverhältnis der InhaberInnen behördlicher Ämter gilt;

zudem definiert § 3 PVO als Angestellte die Personen, welche (un)befristet mit einem vollen oder teilweisen Pensum in einem Arbeitsverhältnis zur Klägerin stehen. Nun fand die Kammer am 18. Juli 2001 in zwei Geschäften, die auf §§ 1 ff. und 19 Abs. 2 HaftungsG gestützte und von beiden Parteien als gegeben erachtete Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Haftungsklagen des Gemeinwesens gegen dessen Angestellte (vgl. eine der vorliegenden analoge Sache in RB 1982 Nr. 49) oder umgekehrt entfalle, sobald sich nach § 79 in Verbindung mit § 74 Abs. 1 VRG der Anfechtungsweg beschreiten lasse, was bei Verfügungsmässiger Begründung des Arbeitsverhältnisses zutrefte (PK.2001.00001 E. 5 und PK.2001.00003 E. 2 f., je [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung), Regest in RB 2001 Nr. 31). Wenn der Beklagte betont, seit April 2000 nicht länger bei der Klägerin eingesetzt worden zu sein, hindert das allein keine nachträgliche Anordnung derselben über die hier strittigen Ansprüche (RB 1999 Nr. 34 f.; siehe ferner § 17 letzter Abs. HaftungsG). Des Weiteren hat die Kammer in einem Mehrheitsentscheid vom 14. August 2002 ihre Praxis zur Abgrenzung von personalrechtlichem Klage- und Rechtsmittelverfahren verfeinert (PK.2002.00003, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung)), worauf es sofort zurückzukommen gilt, weil der Beklagte eine Verfügungskompetenz der Klägerin bestreitet. Vorauszuschicken erlaubt sei, dass er die Sachlegitimation beider Parteien anerkennt. Prinzipiell wohl zu Recht will ihn die Klägerin dem Haftungsgesetz unterwerfen, welches einen funktionellen Beamtenbegriff verwendet (Balz Gross, Die Haftpflicht des Staates, Zürich 1996, S. 160 in Verbindung mit S. 153 ff., ebenso zum Nachherigen). Ein solcher soll zwar geschädigte Dritte gegenüber der öffentlichen Hand und weniger diese vor den für sie Tätigen schützen, doch dürfte das Haftungsgesetz eine unterschiedliche Beamtendefinition einerseits für die externe Staats- und andererseits für die interne Haftung der Bediensteten verbieten. Vielmehr erhebt sich die doppelte Frage, ob die Klägerin durch ihr Vorgehen bei der Beschäftigung des Beklagten nicht vorab und alsdann statthafter Weise (vgl. Reinhold Hotz, Die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staat, Zürich 1973, S. 153 ff.) auf dessen direkte Haftung verzichtet habe, da finanzielle Aspekte eher zur Beziehung zwischen Verleiher und Arbeitnehmer sowie jenem und Entleiher als der zwischen den Parteien gehören. Eine Antwort kann unter dem Eintretensgesichtspunkt indes ausbleiben.

## **E. 5**

Im erwähnten Präjudiz vom 14. August 2002 hat die Kammer zur Abgrenzung von vertraglicher und verfügter Anstellung erwogen (E. 2c/dd): "... Sind die ...parteien das Beschäftigungsverhältnis als gleichgestellte Vertragspartner eingegangen, so kann dieses Anstellungsverhältnis als vertraglich begründet gelten. Als gleichgestellt sind die Parteien aber nur dann zu betrachten, wenn beide Seiten beim Eingehen des Anstellungsverhältnisses über einen massgeblichen Handlungsspielraum verfügt haben ... .. besteht bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung ein erheblicher (potentieller) Spielraum, der nicht durch eine vom anstellenden Gemeinwesen als bindend erachteten Ordnung (bindende Anstellungs- oder Besoldungsvorschriften) eingeengt wird, können also wesentliche Punkte des Vertragsinhaltes von den diesbezüglich als gleichgestellt zu betrachtenden Parteien verhältnismässig frei gestaltet werden, so kann gegebenenfalls von einem vertraglich begründeten Anstellungsverhältnis ausgegangen werden ... Welche Punkte als wesentlich zu betrachten sind, lässt sich etwa aus § 12 Abs. 2 PG [Personalgesetz vom 27. September 1998, LS 177.10] und § 5 Abs. 2 PV [Personalverordnung vom 16. Dezember 1998, LS 177.11] ableiten. Demnach kann nur in besonderen Fällen ein Anstellungsverhältnis mit Vertrag begründet werden, welcher dann hinsichtlich des Lohnes, der Arbeitszeit, der Ferien oder der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Gesetz

abweichen kann. Als Spezialfälle werden in der Personalverordnung die persönlichen Mitarbeitenden der Mitglieder des Regierungsrates, Angestellte, deren Lohn durch Drittmittel finanziert wird, und Lehrlinge genannt (§ 5 Abs. 1 PV). Im Übrigen ist die vertragliche Anstellung nur ausnahmsweise und nur für Spezialistenfunktionen zulässig, zu deren Besetzung zwingend vom Personalrecht abgewichen werden muss; in diesen Fällen ist zusätzlich die Genehmigung der vorgesetzten Direktion oder des zuständigen obersten kantonalen Gerichts notwendig (§ 5 Abs. 2 PV). Freilich beziehen sich die genannten Grundsätze nur auf Angestellte des Kantons und seiner unselbständigen Anstalten; sie sind aber bei der Auslegung von § 79 VRG zu berücksichtigen, da das neue Personalrecht sowie die Revision des personalrechtlichen Rechtsschutzes ja auf einer verwandten Grundkonzeption beruhen." Für kommunal Beschäftigte ist wie folgt fortgefahren worden (E. 2d): "... ... Massgeblich ist ..., ob das anwendbare Personalrecht ... genügend potentiellen Gestaltungsspielraum belässt, um individualisierte Lösungen zu treffen, oder ob die Anstellungsbedingungen im anwendbaren Personalrecht als bindend betrachtet werden. Letzteres ist dann zu bejahen, wenn das jeweilige Gemeinwesen von den Regelungen im anwendbaren Personalrecht nicht wesentlich abweichen darf. Diese Frage lässt sich in der Regel durch die Auslegung des anwendbaren Rechts beantworten. ..." Laut § 12 PVO nun beruht das Arbeitsverhältnis prinzipiell auf einer Verfügung, in besonderen Fällen aber auf einem öffentlichrechtlichen Vertrag, welcher hinsichtlich des Lohnes, der Arbeitszeit, der Ferien sowie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses "von diesem Gesetz" abweichen kann. Solch vielleicht spezielle Punkte fanden hier ihre Regelung allerdings in der jeweiligen Rechtsbeziehung der Parteien zu D AG und nicht in der zwischen Klägerin und Beklagtem. Diesbezüglich deutet nichts auf Ausserordentliches in dem Sinn hin, dass ein potentiell erheblicher Gestaltungsspielraum durch eine individualisierte Lösung ausgenützt worden wäre. Das partielle Arbeitsverhältnis der Parteien ist deshalb als konkludent (vgl. Hans Rudolf Schwarzenbach, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz – Das Haftungsgesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1985, S. 165; ferner betreffend faktische Verfügung VGr, 20. Dezember 2000, PK.2000.00003, Ziff. 3b Abs. 3 des Minderheitsvotums, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung)) oder (angelehnt an die Ausdrucksweise in BGE 88 II 439 E. 3 S. 446) quasi verfügtes aufzufassen. Die Fürsorgebehörde erliess denn auch am 7. September 1998 sowie 11. Januar und 25. Oktober 1999 den Beklagten angehende Beschlüsse. Selbst die Annahme eines Vertrages zwischen den Parteien eröffnete der Klägerin jedoch keine Klagemöglichkeit:

## **E. 6**

Die Kammer hat im bereits zitierten Entscheid vom 14. August 2002 nämlich generell und speziell für den dortigen Fall weiter erwogen, der Klageweg bilde "... bei öffentlichrechtlichen Verträgen die Regel, die aber auch in einzelnen Rechtsschutzsystemen durchbrochen wird. So schreiben verschiedene kantonale Rechtsordnungen sowie der Bund auch für vertragliche öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnisse das Anfechtungsverfahren vor ... Neben den inhaltlichen Massstäben, mit denen ermittelt werden soll, ob es sich um ein vertragliches oder ein verfügtes Arbeitsverhältnis handelt, muss bezüglich des Rechtsschutzes deshalb auch beachtet werden, welche Entscheidung die anwendbare Rechtsordnung getroffen hat. Häufig entscheidet sich nämlich ein öffentlichrechtlicher Arbeitgeber nur deshalb für die Möglichkeit einer vertraglichen Anstellung, weil dadurch bezüglich einzelner Inhalte des Rechtsverhältnisses eine grössere Flexibilität erreicht werden kann; ein allfälliger Unterschied im Rechtsschutz ist damit nicht immer beabsichtigt. Auf kantonaler Ebene ist die grundsätzliche Präferenz von verfügten

Arbeitsverhältnissen und des Rechtsschutzes im Anfechtungsverfahren ... klar. Bei den anderen öffentlichrechtlichen Arbeitgebern (Gemeinden, Zweckverbänden) ist dagegen zu beachten, welchen Rechtsweg eine allfällige Personalordnung vorsieht. Auf das Klageverfahren als einschlägiges Rechtsschutzsystem, das im Verwaltungsrechtspflegegesetz die Ausnahme darstellt, darf dabei nur geschlossen werden, wenn die zu beurteilenden Arbeitsverhältnisse einerseits objektiv als vertraglich zu beurteilen sind und andererseits aus der anwendbaren Ordnung erkennbar ist, dass der Klageweg eingeschlagen werden muss [E. 2c/ff]. ... Weiter ist zu berücksichtigen, ob der anwendbaren Rechtsordnung eine Entscheidung für das Klageverfahren entnommen werden kann. Aufgrund der deutlichen Präferenz des Anfechtungsverfahrens im Verwaltungsrechtspflegegesetz, das auch bei Streitigkeiten aus kommunalen Anstellungsverhältnissen zu Anwendung gelangt ..., ist der Klageweg nicht zu vermuten ... Dieser öffnet sich nur dann, wenn tatsächlich ein so erheblicher Gestaltungsspielraum besteht, dass sich die private Partei und das Gemeinwesen als gleichberechtigte Partner gegenüberstehen, und wenn er zudem im anwendbaren Personalrecht vorgezeichnet ist [E. 2d]. ... Entsprechend dem klar nachweisbaren gesetzgeberischen Willen bildet denn auch die personalrechtliche Klage gemäss § 79 VRG die Ausnahme. Damit müssen die Arbeitnehmenden in allen Arbeitsverhältnissen, die nicht im Sinne der genannten Kriterien als vertraglich zu qualifizieren sind und für die zudem nicht der Klageweg vorgezeichnet ist, zunächst vom anstellenden Gemeinwesen eine Verfügung verlangen, um damit den Anfechtungsweg zu öffnen [E. 2f/aa]. ... Nach dem neuen, seit dem ... gültigen Personalreglement des Beklagten [eines Zweckverbands] werden Anstellungsverhältnisse grundsätzlich mit Vertrag begründet. Ob die so abgeschlossenen Verträge tatsächlich als vertragliche Arbeitsverhältnisse im Sinne von § 79 VRG gelten könnten, kann hier aber offen bleiben, denn bereits aus der näheren Betrachtung des Personalreglements ergibt sich, dass auch bei den vertraglichen Arbeitsverhältnissen nicht der Klage-, sondern der Beschwerdeweg vorgesehen ist. Namentlich richtet sich laut Art. ... des Personalreglements "der Weiterzug von personalrechtlichen Entscheidungen durch das Personal nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz". Diese Terminologie ("Entscheidungen", "Weiterzug") deutet klar auf das Anfechtungsverfahren hin, da ein Weiterzug dem Personalklageverfahren fremd ist. Dasselbe ergibt sich auch aus Art. ... der Statuten für den Zweckverband ... vom ...: Gegen die Anordnungen der ... kann nach der genannten Bestimmung die Überprüfung durch den ... verlangt werden. Gegen dessen Entscheidung wiederum ist nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung der Rekurs möglich. Es liegt damit der Fall einer Entscheidung für das Vertragsmodell, aber gegen den Klageweg vor ... Dies erscheint – gerade im Hinblick auf den bereits auf kantonaler Ebene subsidiär ausgestalteten Weg der Personalklage – zulässig und systemgerecht [E. 3b/cc]. ... Insgesamt steht ... damit nicht der Klage-, sondern nur der Anfechtungsweg zur Verfügung. Auf die personalrechtliche Klage ist deshalb nicht einzutreten [E. 3c]." Sogar umgekehrt als jenes Personalreglement erklärt die klägerische Personalverordnung die verfügte Anstellung zum Prinzip, gestaltet hingegen den Rechtsschutz identisch, indem § 34 PVO lautet: "Der Weiterzug von personalrechtlichen Entscheidungen durch das Personal der Stadt richtet sich nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz und der Gemeindeordnung." Der Verweis auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz visiert nicht etwa die Klage im Sinn von § 79 VRG an, weil eine solche keinen Weiterzug einer personalrechtlichen Entscheidung bedeutet. Das erhellt auch aus der zusätzlichen Nennung der Gemeindeordnung, welche dem Rekurs an den Bezirksrat (§ 152 GemeindeG in Verbindung mit §§ 19 ff. VRG; siehe

Kölz/Bosshart/Röhl, § 74 N. 14) und der anschliessenden Personalbeschwerde ans Verwaltungsgericht (§§ 74 f. VRG) eine gemeindeinterne Einsprache vorschalten kann (§§ 57 und 115a je Abs. 3 GemeindeG; vgl. dazu Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19-28 N. 13 f.). Zudem beginnen die Rechtsschutzbestimmungen hier so, dass die Angestellten vor Erlass einer sie belastenden Verfügung anzuhören seien (§ 32 Abs. 1 PVO), welcher Maxime die Klägerin übrigens schon – vermeintlich freiwillig – nachgelebt hat. Gewiss lehnt sich der Rechtsschutz gemäss klägerischer Personalverordnung stark an den kantonalen an, zeigt aber eine ausschlaggebende Differenz. Denn nur § 33 PG sagt: "Soweit dieses Gesetz nichts Abweichendes regelt, richtet sich der Weiterzug von personalrechtlichen Entscheidungen durch das Staatspersonal nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz." Der wiederholt referierte Entscheid der Kammer vom 14. August 2002 hat aufgezeigt, dass der personalrechtliche Rechtsschutz des revidierten Verwaltungsrechtspflegegesetzes und das neue staatliche Personalgesetz eng zusammenhängen (E. 2a sowie c/aa+dd). Die durch § 79 VRG für (echte) vertragliche Arbeitsverhältnisse geschaffene Klagemöglichkeit wird so im einleitenden Nebensatz von § 33 PG realisiert. Gerade an etwas Derartigem gebricht es § 34 PVO.

#### **E. 7**

Ist die vorliegende Auseinandersetzung der Parteien mithin im Anfechtungsverfahren auszutragen, kann die Klage nicht an die Hand genommen werden. Es schiene ein formeller Leerlauf, wenn die Klägerin zunächst verfügen müsste. Zwanglos kann die Klage als Anordnung und die Klageantwort als Rekurs dagegen gelten. Dass dieser nicht analog § 22 Abs. 1 VRG binnen 30 Tagen nach Zustellung der Klageschrift an den Beklagten erfolgte, kann Letzterem schon deshalb nicht schaden, weil er in einer verfahrensmässig derart schwierigen Angelegenheit auf die verwaltungsgerichtlichen Fristansetzungen und -erstreckungen vertrauen durfte (siehe oben B Abs. 2). Die Akten sind darum kraft § 80c in Verbindung mit §§ 70 und 5 Abs. 2 Satz 1 VRG zur Behandlung der Sache als Rekurs dem Bezirksrat ... zu überweisen, der alsdann das Nötige vorzukehren und wohl zunächst oder doch später der Klägerin Gelegenheit zu geben hat, sich zur Klageantwort des Beklagten im Sinn von § 26 Abs. 2 VRG vernehmen zu lassen (vgl. zum Ganzen auch VGr, 18. Juli 2001, PK.2001.00003, E. 4, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung)). Demnach erübrigt sich, das Problem aufzugreifen, wie sich etwa im Sinn von § 5 Abs. 2 Satz 2 VRG der Gefahr einer gemäss § 25 HaftungsG drohenden Anspruchsverwirkung (vgl. dazu Tobias Jaag, Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Rz. 2140 f.) steuern liesse, wenn die Klägerin nunmehr zuerst verfügen müsste. Immerhin gehen die Ansichten der Parteien nebst anderem auch schon bei der Frage auseinander, ob hier rechtzeitig geklagt worden sei.

#### **E. 8**

Der Streitwert unterschreitet hier Fr. 20'000.- nicht, so dass es für das gegenwärtige Verfahren keine Kostenfreiheit im Sinn von § 80b VRG gibt. Da Klägerin und Beklagter zu Unrecht die (sofortige) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts befürworten, erscheinen beide Parteien als unterliegend und müssen in gleichem Mass kostenpflichtig werden (§ 80c in Verbindung mit §§ 70 und 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Aus dem nämlichen Grund können sie keine Parteientschädigung erhalten (§ 17 Abs. 2 VRG).