Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
1C 252/2007

Sitzung vom 5. März 2008
I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Féraud, Präsident,
Bundesrichter Aemisegger, Reeb, Fonjallaz, Eusebio,
Gerichtsschreiber Thönen.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Federspiel,

gegen

Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Lohnfortzahlung,

Beschwerde gegen den Entscheid vom 27. Juni 2007
des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich,
4. Abteilung, 4. Kammer.

Sachverhalt:

A.
Der 1961 geborene X._____ wurde ab 1991 von verschiedenen Gerichten und Behörden als Dolmetscher und Übersetzer auf Abruf beigezogen, unter anderem von der Fremdenpolizei (heute: Migrationsamt, Abteilung Asyl) des Kantons Zürich und vom Bundesamt für Flüchtlinge (heute: für Migration).

B.
Seit 1996 arbeitete X._____ für die Kantonspolizei Zürich im Bereich der Telefonkontrolle. Zwischen 1996 und 1999 erhielt er für diese Einsätze jährliche Brutto-Vergütungen zwischen Fr. 297.50 und Fr. 8'660.–. Ab dem Jahr 2000 erzielte X._____ bei der Kantonspolizei folgende Brutto-Erträge:
2000 Fr. 173'020.50, 2'051 Stunden
2001 Fr. 285'920.85, 3'939 Stunden
2002 Fr. 201'710.55, 2'827 Stunden
2003 Fr. 200'422.75, 2'922 Stunden
2004 Fr. 55'959.80, 737 Stunden, Januar bis März
Am 3. März 2004 teilte X._____ der Kantonspolizei unter Beilage eines Arztzeugnisses mit, er sei wegen schwerer Erkrankung bis auf weiteres nicht arbeitsfähig und verlange die üblichen Lohnfortzahlungen.

C.
Mit Verfügung vom 26. Juli 2004 stellte die Direktion für Soziales und Sicherheit (heute: Sicherheitsdirektion) des Kantons Zürich fest, das Rechtsverhältnis aus der Beschäftigung von X._____ bei der Kantonspolizei Zürich sei als Auftragsverhältnis zu qualifizieren und die Arbeitsunfähigkeit seit dem 3. März 2004 begründe keine Lohnfortzahlungspflicht.

Mit Entscheid vom 6. September 2006 wies der Regierungsrat des Kantons Zürich den Rekurs von X._____ ab.

Mit Entscheid vom 27. Juni 2007 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die Beschwerde von X._____ ab. Das Rechtsverhältnis sei infolge weitgehend fehlender Subordination kein Arbeitsverhältnis.

D.
Mit Eingabe vom 3. September 2006 (richtig: 2007) führt X._____ Beschwerde an das Bundesgericht. Er beantragt, der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 27. Juni 2007 und damit auch jene des Regierungsrates vom 6. September 2006 und der Direktion für Soziales und Sicherheit vom 26. Juli 2004 seien aufzuheben. Es sei festzustellen, dass das Rechtsverhältnis aus der Beschäftigung des Beschwerdeführers bei der Kantonspolizei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Die Kantonspolizei sei zur gesetzlichen Lohnfortzahlung (12 Monate voller Lohn von monatlich durchschnittlich Fr. 18'340.–) seit dem 3. März 2004 (Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit) zu verpflichten. Eventualiter sei das Verfahren bis zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status zu sistieren. Ausserdem stellt X._____ ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

E.
Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung des Sistierungsgesuchs und verzichtet im Übrigen auf eine Vernehmlassung. Die Sicherheitsdirektion beantragt die Abweisung der Beschwerde.

F.
Das Bundesgericht hat den Fall anlässlich der öffentlichen Sitzung vom 5. März 2008 beraten.

Erwägungen:

1.
Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG). Es untersucht deshalb grundsätzlich von Amtes wegen, ob und inwiefern auf eine Beschwerde eingetreten werden kann (BGE 133 II 249 E. 1.1 S. 251). Der Entscheid des Verwaltungsgerichts, einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), betrifft ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis und daher eine Angelegenheit im Sinne von Art. 82 lit. a BGG. Der Beschwerdeführer macht eine Forderung von rund 220'000 Franken geltend. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit (Art. 83 lit. g BGG) und die Streitwertgrenze von 15'000 Franken ist überschritten (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG). Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts ist zur Behandlung der Beschwerde zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. g Reglement für das Bundesgericht vom 20. November 2006, SR 173.110.131). Auf die rechtzeitig eingelegte Beschwerde ist einzutreten.

2.
Das Verwaltungsgericht erachtet die Weigerung zur Leistung von Lohnfortzahlungen gemäss Verfügung der Sicherheitsdirektion vom 26. Juli 2004 als personalrechtliche Anordnung, weshalb das Anfechtungsverfahren offen stehe. Es handle sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da die Einsätze des Beschwerdeführers im Rahmen einer Gerichts- bzw. Verwaltungstätigkeit staatlicher bzw. hoheitlicher Natur erfolgt seien.

Ein Arbeitsverhältnis im Sinne des kantonalen Personalrechts sei anzunehmen, wenn in analoger Anwendung des Zivilrechts ein Arbeitsverhältnis vorliege. Zwar sei die Tätigkeit des Dolmetschers gemäss kantonaler Dolmetscherverordnung vom 26./27. November 2003 als Auftrag ausgestaltet, bei gegenseitiger Zustimmung zum Dolmetscher- oder Übersetzereinsatz entstehe in diesem Umfang aber ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zwischen der Behörde und dem Dolmetscher, worauf die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag sinngemäss anwendbar seien. Massgeblich für die rechtliche Qualifikation sei die tatsächliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung. Die Behörde habe den Beschwerdeführer immer wieder von Neuem mündlich für die Übernahme von Einsätzen angefragt. Die konkrete Präsenzzeit bzw. die Verfügbarkeit an Wochenenden seien jeweils mit dem verfahrensführenden Sachbearbeiter abgesprochen worden. Der Beschwerdeführer hätte diese Anfragen jeweils ablehnen können. Dieser Umstand spreche für ein Auftragsverhältnis. Die sozialversi-

cherungsrechtliche Behandlung (Sozialabzüge, fehlende Regelung des Ferienanspruchs) sei für die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses nicht massgebend. Es bestünden keine Hinweise für eine
Überwachung von Präsenz- oder Arbeitszeit. Weisungen und Kontrollmechanismen hätten keine bestanden. Der Beschwerdeführer sei in Gestaltung und Ausübung seiner Tätigkeit weitgehend frei gewesen. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sei infolge weitgehend fehlender Subordination zu verneinen. Daher bestehe kein Anspruch auf Lohnfortzahlung und es könne offen bleiben, ob ein Auftrag oder ein Werkvertrag vorliege.

3.
Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei während vier Jahren ausschliesslich für den Kanton Zürich tätig gewesen. Es liege eine Unterordnung hinsichtlich Arbeitszeit und -organisation vor, die auf eine unselbständige Tätigkeit schliessen lasse. Er habe ausschliesslich in den Räumlichkeiten des Kantons gearbeitet und er sei nach einer einheitlichen Tarifstruktur innerhalb eines vom Kanton festgelegten Rahmens entschädigt worden. Es hätten Weisungen bestanden, da er strafrechtlich auf das Amtsgeheimnis und auf richtige Übersetzung verpflichtet worden sei. Der Kanton habe insbesondere bestimmt, dass der Beschwerdeführer im Bereich der Telefonkontrolle eingesetzt werde. Die Verneinung eines Subordinationsverhältnisses sei willkürlich. Überdies sei es widersprüchlich und treuwidrig, dass eine selbständige Tätigkeit hinsichtlich der Sozialabgaben verneint, hinsichtlich des Personalrechts aber bejaht werde.

4.
Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Nach der ständigen Praxis des Bundesgerichts liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 132 I 13 E. 5.1 S. 17 f.; 131 I 467 E. 3.1 S. 473 f., je mit Hinweisen).

5.
5.1 In tatsächlicher Hinsicht besteht Einigkeit über Dauer und Umfang der Tätigkeit des Beschwerdeführers. Streitig ist jedoch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kanton untersteht nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichts dem kantonalen öffentlichen Recht. Das Obligationenrecht wurde ergänzend und sinngemäss herangezogen; es gilt daher als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons Zürich. Das Bundesgericht kann die Verletzung kantonalen Rechts nur insoweit prüfen, als in der Beschwerde entsprechende Verfassungsrügen erhoben werden. Die Einschränkung der Beschwerdegründe hinsichtlich des kantonalen Rechts ergibt sich aus Art. 95 BGG, die Rüge- und Begründungspflicht aus Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 42 Abs. 2 BGG (Urteile 1C 68/2007 vom 14. September 2007 E. 2.3 sowie 1C 195/2007 vom 17. Dezember 2007 E. 4).

5.2 Gemäss Lehre und Rechtsprechung zum Privatrecht entscheidet sich aufgrund einer Gesamtbeurteilung des Rechtsverhältnisses und einer Mehrzahl von Kriterien, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprechen im Einzelnen folgende Merkmale: rechtliche Subordination, wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten, fixes Gehalt, Sozialabzüge, Dauer des Rechtsverhältnisses, Vereinbarungen betreffend Ferienanspruch, Probezeit und Konkurrenzverbot sowie der Umstand, dass der Betrieb Werkzeug, Material und Arbeitsräume zur Verfügung stellt (Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Rz. 14 ff. zu Art. 319 OR; Adrian Staehelin, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2006, Rz. 32 f. zu Art. 319 OR).

5.3 Das Verwaltungsgericht qualifizierte das vorliegend zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kanton als Auftrag. Es begründete seinen Standpunkt im Wesentlichen damit, dass die Arbeitseinsätze des Beschwerdeführers stets neu ausgehandelt wurden und dass kein Subordinationsverhältnis bestand, dies mangels Weisungen und Kontrollen, namentlich mangels Arbeitszeit- und Präsenzkontrollen und mangels Mitarbeiterbeurteilungen. Dagegen mass das Verwaltungsgericht den Kriterien der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Beschwerdeführers, der ausschliesslich für den Kanton tätig war, der vierjährigen Dauer

der Tätigkeit, den Sozialabzügen und der Benützung der Arbeitsräume des Kantons keine entscheidende Bedeutung bei.

Im vorliegenden Fall kommen die bundesrechtlichen Abgrenzungskriterien des Arbeitsverhältnisses lediglich als subsidiäres öffentliches Recht des Kantons zum Tragen (E. 5.1 hiervor), weshalb die Anwendung des kantonalen Rechts nur auf Willkür zu untersuchen ist. Im Unterschied zu einer Appellationsinstanz kann das Bundesgericht den angefochtenen Entscheid nicht mit voller Kognition überprüfen. Eine Gutheissung der Beschwerde kommt nur in Betracht, wenn der angefochtene Entscheid schlechterdings unhaltbar ist (hiervor E. 4). Unter diesem eingeschränkten Blickwinkel betrachtet, erweist sich das angefochtene Urteil als haltbar. Das Verwaltungsgericht hat das Rechtsverhältnis anhand rechtlich zutreffender Kriterien beurteilt und ist zu einem nachvollziehbaren Ergebnis gelangt. Die Willkürrüge ist unbegründet.

5.4 Da das angefochtene Urteil unabhängig vom sozialversicherungsrechtlichen Status des Beschwerdeführers Bestand hat, ist das Sistierungsgesuch abzuweisen.

6.
Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da jedoch sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung bewilligt wird (Art. 64 BGG), sind keine Gerichtskosten zu erheben. Der Vertreter des Beschwerdeführers ist aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird bewilligt.

3.
Es werden für das Verfahren vor Bundesgericht keine Gerichtskosten erhoben.

4.
Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Jürg Federspiel, wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'000.– ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Sicherheitsdirektion und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 4. Kammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. März 2008
Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Féraud Thönen