

Dienstverhältnis – Verfügung oder Vertrag?

Verwaltungsgericht Zürich, 4. Abteilung/Einzelrichter, 26. September 2002, i. S. A c. Altersheimkommission der Gemeinde X, Verwaltungsrechtliche Klage, PK.2002.000041

1. Sachverhalt

A wurde mit «Anstellungsvertrag» vom 23. Januar 1997 als Sachbearbeiterin im Altersheim K in X eingestellt. Das Anstellungsverhältnis wurde durch die Besoldungsverordnung der Gemeinde X geregelt. Am 24. April 2001 kündigte A das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten per 31. Juli 2001. Da für A kein Ersatz gefunden werden konnte, zog sie auf Betreiben des Heimleiters ihre Kündigung zurück unter der Bedingung, dass ihr der seit 6. Juli 2001 bezogene unbezahlte Urlaub wie vorgesehen bis Ende Dezember 2001 gewährt würde, was das Altersheim K bewilligte.

Einen Teil der Arbeit von A übernahm in der Folge ein Treuhandbüro. Dabei soll sich gezeigt haben, dass sie die fachlichen Anforderungen, welche das Altersheim K an eine Alleinbuchhalterin stellte, nicht erfüllte. Das Altersheim K fasste eine Änderungskündigung auf Ende März 2002 ins Auge. Nach einem Gespräch mit dem Heimleiter verfasste A verschiedene Vorschläge, wie das Arbeitsverhältnis beendet werden könnte. Entsprechend dem von A favorisierten Vorschlag beschloss die Altersheimkommission der Gemeinde X am 10. Dezember 2001, A nach

ihrem unbezahlten Urlaub vom 1. Januar 2002 bis 31. März 2002 freizustellen und ihr bis dahin den bisherigen Monatslohn zu bezahlen. Im Gegenzug galt das «Vertragsverhältnis» per 31. März 2002 als aufgelöst, unter Abgeltung sämtlicher Ansprüche zwischen den «Vertragspartnern». Am 12. Dezember 2001 teilte die Heimkommission A ihren Beschluss vom 10. Dezember 2001 mit und bat darum, die entsprechende (Auflösungs-) Vereinbarung zu unterzeichnen, was A am 17. Dezember 2001 tat.

Am 29. Januar 2002 teilte A dem Altersheim K mit, dass sie seit dem 24. Dezember 2001 arbeitsunfähig sei und Anspruch auf eine Lohnfortzahlung von 28 Tagen habe. Das Altersheim K lehnte am 21. Februar – unter Hinweis auf die gegenseitige Auflösung des Vertragsverhältnisses – eine Lohnfortzahlung für den April 2002 ab.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2002 wandte sich A an den Bezirksrat mit der Anfrage, ob sie Anspruch auf eine zusätzliche Lohnzahlung für die Dauer ihrer Arbeitsunfähigkeit habe, was der Bezirksrat als Antrag auf Auszahlung des Lohnes für den Monat April behandelte. Mit Beschluss vom 10. Juli 2002 trat der Bezirksrat auf den

Rekurs von A nicht ein, weil er von einem vertraglich begründeten Dienstverhältnis ausging, woraus Ansprüche nur über eine Klage beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden könnten. In der Folge überwies der Bezirksrat die Sache an das Verwaltungsgericht zur weiteren Behandlung. Das Verwaltungsgericht trat auf die Klage nicht ein.

2. Erwägungen

a. Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses

Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes sind der Ausübung in der Regel weniger zugänglich als private Arbeitsverhältnisse, weil die Verwaltung ihr Handeln auf eine Grundlage im Gesetz zu stützen hat und die Rechte und Pflichten der Staatsangestellten zum grossen Teil normativ festgelegt sind. Der kantonale Gesetzgeber hat sich daher dafür entschieden, dass die Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes grundsätzlich durch Verfügung und nicht durch Vertrag zu begründen sind. Dies schliesst aber nicht aus, dass über Fragen, die nicht gesetzlich geregelt bzw. ihrer Natur nach nur schwer durch Verfügung festlegbar sind, eine ergänzende Parteivereinbarung zwischen dem staatli-



Dr. iur. Michael Merker
Rechtsanwalt

chen Arbeitgeber und dem anzustellenden Dienstnehmer abgeschlossen wird.

Zentrales Kriterium zur Abgrenzung von Verfügung und Vertrag ist die Stellung der Parteien des Dienstverhältnisses: Sind sie das Beschäftigungsverhältnis als gleichgestellte Vertragspartner eingegangen, so kann es 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.

Massgeblicher Handlungsspielraum als Voraussetzung für vertragliche Vereinbarungen

Neben dem beim Vertrag zweifellos notwendigen Konsens muss zur Abgrenzung auch nach inhaltlichen Kriterien gefragt werden. Für einen Vertrag spricht, wenn den Parteien bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ein erheblicher potentieller Spielraum zusteht, also die wesentlichen Punkte des Vertragsinhaltes verhältnismässig frei festgelegt werden können. Nicht massgeblich ist die Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses. So

wird häufig auch eine Anstellungsverfügung mit Arbeitsvertrag betitelt.

Nach dem kantonalen Personalgesetz und der Personalverordnung kann das Arbeitsverhältnis nur in besonderen Fällen durch Vertrag begründet werden, welcher dann hinsichtlich des Lohnes, der Arbeitszeit, der Ferien oder der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Gesetz abweichen kann. Diese Regelungen beziehen sich freilich nur auf Angestellte des Kantons und seiner unselbständigen Anstalten.

b. Autonomie der Gemeinden

Die Gemeinden verfügen bei der Regelung ihres materiellen Personalrechts über weitgehende Autonomie. Kantonalrechtlich vorgegeben ist, dass die Anstellungsverhältnisse des Staats- und Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht unterworfen sind. Den Gemeinden und Zweckverbänden steht es grundsätzlich frei, die Anstellungsverhältnisse generell mit Vertrag und nicht mit Verfügung zu begründen.

Im Lichte der oben entwickelten Grundsätze ist aber nicht bereits dann von vertraglich begründeten Anstellungsverhältnissen auszuge-

hen, wenn diese von der anwendbaren Personalordnung als solche bezeichnet werden. Massgeblich ist vielmehr, ob das anwendbare Personalrecht überhaupt genügend potentiellen Gestaltungsspielraum belässt, um individualisierte Lösungen zu treffen, oder ob die Anstellungsbedingungen im anwendbaren Personalrecht als bindend betrachtet werden.

c. Arbeitsverhältnis von A

Das Arbeitsverhältnis von A ist zwar mit einem «Anstellungsvertrag» begründet worden. Trotz dieser Bezeichnung liegt aber eine Verfügung vor. Gerade in den wesentlichen Punkten wie Besoldung, Ferienguthaben und Kündigungsfrist bestand für die Parteien kein erheblicher Gestaltungsspielraum. Die Besoldung wurde gemäss Besoldungsverordnung der Gemeinde X vorgenommen. Auf diese wurde unter anderem auch bezüglich Ferien und Kündigungsfristen verwiesen.

Der Charakter des verfügbaren Dienstverhältnisses ändert sich im Übrigen nicht dadurch, dass sich die Parteien vorliegend übereinstimmend über dessen Auflösung geeinigt haben. Selbst wenn

darin ein eigentlicher Aufhebungsvertrag zu erkennen wäre, würde das Dienstverhältnis zwischen den Parteien nicht von einem verfügbaren zu einem vertraglichen mutieren.

Die Parteien können Dienstverhältnisse, die auf Verfügung beruhen, nicht in vertragliche umdeuten

Das kantonale Personalgesetz, auf das die Besoldungsverordnung der Gemeinde X ergänzend verweist, sieht ausdrücklich vor, dass das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen abweichend von den Bestimmungen des Personalgesetzes beendet werden kann.

Das Schreiben der Altersheimkommission der Gemeinde X ist daher als Verfügung zu qualifizieren. A hat dagegen richtigerweise Rekurs beim Bezirksrat eingereicht. Eine verwaltungsrechtliche Klage ist nicht zulässig. Der Klageweg steht nur für vertraglich begründete Arbeitsverhältnisse zur Verfügung.

3. Bemerkungen

a. Faktor Zeit

In kommunalen Dienst- und Besoldungsreglementen ist immer wieder festzustellen, dass die Entscheidung, ob mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Verträge abgeschlossen werden, oder ob die Anstellung mittels (mitwirkungsbedürftiger) Verfügung zustandekommt, nicht explizit entschieden wird. Dies führt zu prozessualen Leerläufen wie dem vorliegenden, der in dienstrechtlichen Streitigkeiten schon deshalb besonders störend ist, weil diese schnell entschieden werden sollten.

Hinzu kommt, dass der öffentliche Arbeitgeber mit seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in ein engeres Treueverhältnis eingebunden ist als der private Arbeitgeber, weshalb er auch deshalb für eine schnelle Verfahrenserledigung besorgt sein müsste; dienstrechtliche Streitigkeiten beanspruchen aber im Gegensatz zu Differenzen gestützt auf privates Arbeitsvertragsrecht erheblich mehr Zeit. Das ist störend; die vorliegende Problemstellung ist allerdings nur eine Ursache dieses Missstandes.

b. Beschränkung des Handlungsspielraums

Im Entscheid des Verwaltungsgerichts wird sehr weitgehend darauf abgestellt, ob sich die Vertragsparteien gleichberechtigt gegenüberstehen; das Mass der Gleich-

Zweideutige Regelung führt zu prozessualen Leerläufen

berechtigung wird aus dem Handlungsspielraum abgeleitet, welcher den Parteien bei der näheren Ausgestaltung des Dienstverhältnisses zusteht.

Es ist fraglich, ob dieses Kriterium zentral ist. Aus der Pflicht des Staates, seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter rechtsgleich zu behandeln, ergibt sich eine vergleichsweise starke Beschränkung des Handlungsspielraums; der Staat kann nicht beim einen erlauben, was er dem anderen nicht zugesteht. Hinzu tritt, dass der Staat an das Legalitätsprinzip gebunden ist, mithin über das Dienstverhältnis zu seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern allgemeine Regeln zu erlassen hat, die er dann auch rechtsgleich zur

Nachdiplomkurse

Als Präsenzunterricht:
■ **Interkulturelle Mediation**
■ **Projektmanagement in interkulturellen Feldern**
Kursdauer: ca. 20 Kurstage
Kursort: Luzern, Nähe Bahnhof

Als eLearning- oder Fernkurse:
■ **Konflikt- und Krisenintervention in interkulturellen Feldern**
■ **Forschung und Beratung in interkulturellen Feldern**



**Institut für
Kommunikations-
forschung**

Bahnhofstrasse 8
CH-6045 Meggen
Telefon 041 377 39 91
www.ikf.ch
ikfsek@centralnet.ch

Anwendung bringen muss; auch dies schliesst grosse Handlungsspielräume eher aus.

c. Scheinbare Freiheiten

Das Verwaltungsgericht nannte unter anderem auch die Ferien und die Kündigungsfristen, bezüglich derer den Parteien kein Handlungsspielraum zugestanden habe, weshalb keine vertragliche Regelung gegeben sei. Dieser Handlungsspielraum ist aber bezüglich der Ferien aus faktischen Gründen immer beschränkt, auch in der Privatwirtschaft wird, obwohl dort weitgehende Vertragsfreiheit besteht, in etwa immer die gleiche Wochenanzahl Ferien gewährt.

Und betreffend Kündigungsfristen wird umgekehrt in öffentlichrechtlichen Personalerlassen immer häufiger normiert, dass diese in begründeten Fällen auf bis zu

sechs Monate ausgedehnt werden kann; es dürfte unbestritten sein, dass diese «Freiheit» die verfügte Anstellung

Häufig kann schlicht nicht festgestellt werden, was gemeint war

noch nicht zu einer vertraglichen macht.

d. Fehlbezeichnungen

In erster Linie wird in derartigen Fällen nach wie vor zu prüfen sein, was der kommunale Gesetzgeber beabsichtigte, als er seinen dienstrechtlichen Erlass konzipierte. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausführte, kann dabei nicht allein auf den Wortlaut oder die Verwendung des Begriffes «Vertrag» oder «Vereinbarung» abgestellt werden, da hier häufig Fehlbezeichnungen vorliegen, sondern es ist zu prüfen, welche Regelung bisher bestand, ob zum

Beispiel im Rahmen einer Revision ausdrücklich eine Änderung beabsichtigt war und auch, wie tatsächlich verfahren wurde.

Häufig aber wird man ehrlicherweise feststellen müssen, dass sich zur Frage, ob ein Vertrag geschlossen oder Verfügung erlassen wird, niemand je etwas überlegt hat und seitens der Parteien mit Blick auf das Privatrecht häufig von einer vertraglichen Vereinbarung ausgegangen wurde.

Damit bleiben folgende Möglichkeiten: Man sagt, in der Grosszahl derartiger Fälle wird verfügt, weshalb Beschwerde zu führen ist, oder aber: der Fall wird, da hängig, im Klageverfahren entschieden, weil effektiv niemand weiss, ob ein Vertrag vorliegt oder nicht. Gedient ist dem Dienstnehmer in jedem Fall mehr mit der letzten Variante.

Dr. Michael Merker

Recht verstehen...

Ihr Weg zum Recht.

www.binderlegal.ch
T 056 204 02 00

Binder
rechtsanwälte

IMPRESSUM

«ZVinfo» Organ des Zentralverbandes Staats- und Gemeindepersonal Schweiz

AUFLAGE

26 773 Exemplare
(WEMF-beglaubigt 14. 6. 2001)

HERAUSGEBER

Zentralverband Staats- und Gemeindepersonal Schweiz (ZV)
Postscheckkonto Aarau 50-7075-3
Präsident: Urs Stauffer
Beaulieuweg 23a, 2504 Biel
Tel. G 032 326 23 25, Fax G 032 32 6 13 94
Tel. P 032 341 43 09
E-Mail: urs.stauffer@fin.be.ch

VERBANDSSEKRETARIAT

Michael Merker
Langhaus 3
Postfach 1863, 5401 Baden
Tel. 056 204 02 90, Fax 056 204 02 91
E-Mail: zentral@zentral.ch

ANZEIGENVERKAUF

Kretz AG, Zürichsee Zeitschriftenverlag
Seestrasse 86, 8712 Stäfa
Tel. 01 928 56 11, Fax 01 928 56 00
E-Mail: zsverlag@seenet.ch
Internet: zsverlag.ch

REDAKTION / LAYOUT

Sandra Wittich / Michael Merker
Redaktion ZVinfo
Langhaus 3
Postfach 1863, 5401 Baden
Tel. 056 204 02 90, Fax 056 204 02 91
E-Mail: zentral@zentral.ch
www.zentral.ch

ADRESSVERWALTUNG, SATZ UND DRUCK

Druckerei Läderach AG, Beundenfeldstr. 17
Postfach, 3000 Bern 25
Tel. 031 331 61 26, Fax 031 333 00 05
E-Mail: admin@laedera.ch

REDAKTIONSSCHLUSS

Nr.	Red. Schluss	Erscheint
3 • 04	23. 02. 04	10. 03. 04
4 • 04	22. 03. 04	07. 04. 04
5 • 04	19. 04. 04	05. 05. 04
6 • 04	24. 05. 04	09. 06. 04
7/8 • 04	19. 07. 04	04. 08. 04
9 • 04	23. 08. 04	08. 09. 04
10 • 04	20. 09. 04	06. 10. 04
11 • 04	29. 10. 04	17. 11. 04
12 • 04	29. 11. 04	15. 12. 04