

# Keine Lohnfortzahlung bei Krankheit eines Beauftragten

Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht von Bund und Kantonen / Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2008 (1C\_252/2007)



RA Dr. Michael Merker  
Lehrbeauftragter Uni St. Gallen

Ob ein Arbeitsverhältnis oder ein Auftrag vorliegt, ist mitunter schwierig zu entscheiden. Der Graubereich ist breit. Die Unterscheidung ist jedoch von grosser praktischer Bedeutung, im privaten Arbeitsrecht ebenso wie im öffentlichen Personalrecht. Dies zeigte sich im Fall des von der Kantonspolizei Zürich für Telefonkontrollen eingesetzten X., dem nach Krankmeldung die Lohnfortzahlung mit der Begründung verweigert wurde, es bestehe nicht ein Arbeits-, sondern lediglich ein Auftragsverhältnis.



Beat Dold  
Dr. iur.

## Keine Lohnfortzahlungspflicht bei Auftragsverhältnis

Der als Dolmetscher und Übersetzer tätig gewesene X. arbeitete seit 1996 für die Kantonspolizei Zürich im Bereich der Telefonkontrolle. Arbeitseinsatz und Einkommen waren beträchtlich. X. erfüllte ein Jahrespensum von teilweise über hundert Prozent und erhielt dafür einen Lohn von zwischen CHF 173 000.– und 286 000.–.

Im März 2004 wurde X. krank. Er erklärte sich deshalb bis auf weiteres für arbeitsunfähig, legte der Kantonspolizei

Zürich ein Arztzeugnis vor und verlangte die üblichen Lohnfortzahlungen. Diese wurden ihm jedoch verweigert.

X. wollte sich die ihm seiner Meinung nach zustehenden CHF 220 000.– auf dem Rechtsweg erstreiten, scheiterte damit jedoch sowohl vor der zürcherischen Justiz wie auch vor Bundesgericht.

## Grosse Wirkung einer feinen dogmatischen Abgrenzung

Der Auftrag ist das allgemeinste Vertragsverhältnis auf Arbeitsleistung. Die Arbeit

eines Treuhänders fällt ebenso darunter wie die eines Babysitters. Auch einzelne Auskünfte können Gegenstand eines Auftrags bilden, sofern die beteiligten Personen den Willen äussern, sich rechtlich zu binden.

Ein Auftrag kann in der Regel ebenso schnell aufgelöst wie geschlossen werden. Eine zwingende Bestimmung des Obligationenrechts (Art. 404 OR) sieht vor, dass der Auftrag jederzeit von jeder Partei gekündigt werden kann. Nur wenn dies zur Unzeit geschieht, kann für die kün-

dende Partei eine Schadenersatzpflicht resultieren (man denke etwa an die Niederlegung des Mandats durch einen Sporttrainer kurz vor der Olympiade).

Die von sozialen Erwägungen getragenen Schutzvorschriften des Arbeitsrechts sind dem Auftragsrecht weitgehend fremd. Neben Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung fehlen im Auftragsrecht auch eine Fürsorgepflicht, Bestimmungen über Freizeit und Ferien, Arbeitszeugnis, Abgangentschädigung oder Kündigungsfristen.

Diese im OR zu Gunsten des Arbeitnehmers zwingend ausgestalteten Vorschriften werden oftmals im öffentlichen Personalrecht noch erweitert. So sind beispielsweise die Kündigungsfristen im öffentlichen Personalrecht in der Regel länger als jene im OR.



## Abgrenzungskriterien im Privatrecht und im öffentlichen Recht

Wann ein öffentliches Arbeitsverhältnis vorliegt, entscheidet sich nach dem anwendbaren personalrechtlichen Erlass. Wer diesen konsultiert, wird jedoch vergeblich nach einer praktikablen Definition suchen. Rechtsprechung und Lehre haben deshalb seit jeher die zum Privatrecht entwickelten Kriterien herangezogen. Diese werden auf diese Weise zu «subsidiärem öffentlichem Recht», dienen mit anderen Worten der Lückenfüllung im öffentlichen Recht.

Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses beurteilt sich demnach an Hand von vier Kriterien. Es sind dies

- erstens die Pflicht zur Arbeitsleistung,
- zweitens die Dauer,
- drittens die Entgeltlichkeit und
- viertens die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation.

Da sich jedoch auch der Auftragnehmer zu einer Arbeitsleistung verpflichtet und diese je nach Vereinbarung sowohl von Dauer sein wie auch gegen Entgelt geleistet werden kann, rückt als **massgebliches Abgrenzungskriterium** die

**Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation** in den Vordergrund.

## Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

Wessen Arbeitszeit und Arbeitsplatz sich nach den Weisungen des Vertragspartners bestimmt, wer dessen Anordnungen Folge zu leisten und des-

sen Kontrolle zu dulden hat, wer kein Unternehmerrisiko trägt, mit Arbeitsgeräten ausgestattet wird, Ferien beziehen kann, regelmässige Lohnzahlungen empfängt, ausschliesslich oder vorwiegend für denselben Vertragspartner tätig ist, einem Konkurrenzverbot unterliegt und eine Probezeit durchlaufen muss, ist Arbeitnehmer.

In der Regel sind diese Kriterien jedoch nicht gleichzeitig gegeben, liegen vielmehr nur einzeln oder nur in einem gewissen Umfang vor. Zum Teil handelt es sich dabei sowohl um Indizien wie auch Folgen des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses. So bildet nach dem Gesagten eine Vereinbarung über Ferienbezug ein Indiz für ein Arbeitsverhältnis. Umgekehrt ist der Ferienanspruch Folge



der Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag.

Massgeblich ist deshalb letztlich eine Gesamtwürdigung, wobei keine Rolle spielt, wie die Parteien das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis nennen. Auch ein mit «Auftrag» betitelter schriftlicher Vertrag kann mit anderen Worten ein Arbeitsvertrag sein. Von Bedeutung ist es, sich im Rahmen der Gesamtwürdigung die Schutzvorschriften des (öffentlich- oder privatrechtlichen) Arbeitsrechts vor Augen zu halten. Zu fragen ist im Sinn einer Folgerewägung danach, ob sich im konkreten Fall die Anwendung der Schutzvorschriften aufdrängt. Wenn ein selbständiger Arzt für ein Unternehmen regelmässig Untersuchungen durchführt, ist diese Frage zu

verneinen; zu bejahen indessen, wenn die arbeitsleistende Partei drei Viertel der in einem landwirtschaftlichen Betrieb anfallenden Arbeiten ausführt und die Vertragsparteien über längere Zeit zusammen auf dem Hof leben.

## Der konkrete Fall

Der beschwerdeführende X. machte vor Bundesgericht geltend, er sei während vier Jahren ausschliesslich für den Kanton Zürich tätig gewesen und habe ausschliesslich in den Räumlichkeiten des Kantons gearbeitet. Es hätten Weisungen bestanden, da er strafrechtlich auf das Amtsgeheimnis und auf richtige Übersetzung verpflichtet worden sei. Im Übrigen sei es widersprüchlich, von seinem Lohn Sozialabgaben abzuziehen und gleichzeitig ein





