

**Stadt Zürich  
Bericht des Beauftragten in Beschwerdesachen  
(Ombudsmann)**

**1994**

Gestützt auf Art. 39 Abs. 4 der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970/21. Juni 1992, erstattet der Beauftragte in Beschwerdesachen (Ombudsmann) dem Gemeinderat der Stadt Zürich über seine Tätigkeit vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 1994 den folgenden 24. Bericht:

Zürich, 30. Juni 1995

Der Beauftragte  
in Beschwerdesachen

Dr. W. Moser  
Ombudsmann

**Ombudsmann der Stadt Zürich**

Kanzlei: Oberdorfstrasse 10  
8001 Zürich

Telefon: 01/2613733

Telefax: 01/2613718

Sprechstunden: nach Vereinbarung

## Inhalt

<b>Allgemeiner Teil</b> .....	5
I. 1994: Durchschnittsjahr auf hohem Belastungsniveau .....	5
II. Personal, Räumlichkeiten und Betriebsmittel .....	7
1. Personal .....	7
a) «Aktive» .....	7
b) Stellvertretung .....	8
2. Büroräumlichkeiten .....	8
3. Betriebsmittel .....	8
III. Öffentlichkeitsarbeit .....	8
1. Besuche, Einladungen, internationale Kontakte .....	8
2. Vierte Europäische Ombudsmann-Konferenz in Berlin (31. Mai–4. Juni 1994) .....	10
3. Quatrième Table Ronde des Europarates mit den europäischen Ombudsleuten in Lissabon (16./17. Juni 1994) .....	11
4. Besuch beim Petitionsausschuss des Landtags von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf (12.–14. Dezember 1994) .....	12
IV. Statistiken zum Geschäftsjahr 1994 .....	14
1. Übersicht: Neueingänge, Erledigungen und Pendenzen .....	14
2. Detailangaben zu den Neueingängen .....	14
3. Detailangaben zu den Erledigungen .....	16
4. Anfragen .....	18
V. Problemschwerpunkte des Jahres 1994 .....	19
1. Gebühren mit Strafcharakter .....	19
2. Rückforderung bzw. Rückerstattung grundlos erbrachter Leistungen .....	19
3. Die Verwandtenunterstützungspflicht – Erweckung aus dem Dornröschenschlaf .....	20
4. Staatliche Beschränkungen privater, insbesondere gewerblicher Tätigkeiten .....	21

Besonderer Teil .....	23
Beispiele von Anliegen und Beschwerden .....	23
I. Gebühren mit Strafcharakter .....	23
1. Tramfahrt mit irrtümlich benütztem Juniorenabonnement .....	24
2. Trambillett-Collage .....	27
3. Die «Züri-Sack»-Babuschka .....	28
II. Rückforderung bzw. Rückerstattung staatlicher Leistungen und öffentlicher Abgaben .....	30
4. Rückforderung zu grosszügig bevorschusster Unterhaltsbeiträge .....	30
5. Rückforderung von Versicherungskassenleistungen .....	35
6. Rückforderung bevorschusster Versicherungsleistungen .....	38
7. Besoldungsrückforderungen .....	40
8. Rückforderung der Handänderungssteuer .....	42
9. Erstattung friedensrichterlicher Weisungskosten .....	45
III. Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht .....	47
10. Rechtzeitige Benachrichtigung unterstützungspflichtiger Verwandter .....	48
11. Kooperative oder autoritäre Geltendmachung der Verwandtenunterstützung? .....	51
IV. Staatliche Beschränkungen privater Tätigkeiten .....	57
12. Ein Grab ist auch eine Art «Privatgärtchen» .....	57
13. Gemeinschaftsgräber folgen anderen Regeln .....	59
14. Der Kaminfegertarif in den Verstrickungen behördlicher Genehmigungen .....	60
15. Modeschmuck-Verkauf am Flohmarkt .....	63
16. Gefesselte Kabelanschlussgebühren .....	65

*Klagen, nichts als Klagen!  
Bittschriften, nichts als Bittschriften!  
G. E. Lessing, Emilia Galotti*

## Allgemeiner Teil

### I. 1994: Durchschnittsjahr auf hohem Belastungsniveau

Das Ombudsmannjahr 1994 präsentiert sich im Rückblick als Durchschnittsjahr auf unverändert hohem Belastungsniveau. Zwar blieb die im letzten Jahresbericht mit einer gewissen Besorgnis registrierte Verteuerung der städtischen Leistungen weiterhin ein regelmässig aufscheinendes Stichwort in der Geschäftsliste, und die Sorge um den städtischen Arbeitsplatz liess erneut manch eine(n) Bedienstete(n) beim Ombudsmann Hilfe erbitten. Dennoch hält man vergeblich Ausschau nach auffallenden Häufungen oder Verlagerungen bei einzelnen Beschwerdematerien oder nach markanten statistischen Abweichungen, namentlich bei Neueingängen, Erledigungen und Pendenzen, von den Vorjahreswerten. Insbesondere verharrete auch der Anteil der Personalgeschäfte im – leicht erhöhten – Durchschnitt jener früheren Jahre, in welchen die Wiederwahl des auf Amtsdauer gewählten Personals anstand. Man kann also bezüglich des Geschäftsjahres 1994 füglich von *Business as usual* sprechen, was nicht als betuliche Aufgabenerfüllung missverstanden werden darf. Trotz zurückhaltender Öffentlichkeitsarbeit hielten Zahl und Verschiedenartigkeit der Neueingänge den Ombudsmann derart auf Trab, dass ihm kaum Zeit verblieb, seine Arbeit aus Distanz zu analysieren und auszuwerten. Daher ist für ihn die alljährliche Redaktion des Jahresberichts eine willkommene Gelegenheit, der Absorption vom aktuellen Geschehen durch retrospektive Gesamtschau und Analyse seiner Jahresproduktion zu begegnen. In diesem Sinne sei es ihm gestattet, hier einige aus seiner Praxis gewonnene Überlegungen in die Diskussion des Themas bürgernahe Verwaltung einzuwerfen, die ihm von besonderer Aktualität zu sein scheinen.

Gemeinderat und Öffentlichkeit sind zu Beginn dieses Jahres durch den Stadtrat darüber orientiert worden, nach vollbrachter *Verwaltungsreorganisation* schicke er sich mit dem Projekt *Verwaltungsreform* nun an, die strukturellen, finanziellen und prozessualen Rahmenbedingungen für eine bürgernähere Verwaltungstätigkeit zu schaffen. Damit soll der Schritt von der bürokratischen Verwaltung zu einem stärker leistungs- und wirkungsorientierten Verwaltungsmanagement vollzogen und der Tendenz entgegengewirkt werden, die Probleme im Verhältnis zwischen Bürgern/Bürgerinnen und Verwaltung überwiegend oder gar ausschliesslich beim direkten Kontakt, bei Freundlichkeit und Dienstbeflissenheit des Verwaltungspersonals, zu orten. So anerkennens- und prüfenswert dieses Unterfangen auch ist, wird doch zwei Faktoren nach

der Überzeugung des Ombudsmannes weiterhin eine Schlüsselfunktion für die Bürgernähe der Verwaltungsarbeit zukommen, nämlich:

- der Qualität der direkten Kontakte zwischen dem Verwaltungspersonal und seiner «Klientel» und
- der hinreichenden rechtsstaatlichen Verankerung der Verwaltungstätigkeit.

Zahlreiche seiner Fälle belegen die überragende *Bedeutung der direkten persönlichen Kontakte* für Akzeptanz, Beanstandung oder Rückweisung administrativer Verhaltensweisen und Massnahmen. Sie eröffnen die Chance, den anonymen, undurchschaubaren, als bedrohlich, abschreckend oder alles verschlingend empfundenen Apparat in fassbare, überschau- und berechenbare personifizierte «Bestandteile» aufzulösen und in die nüchterne, oft unangenehme und bedrückende Sachfragenbehandlung den wichtigen moderierenden «human touch» einzubringen. Auch noch so gute Produkte verkaufen sich bekanntlich nicht von selbst, sondern sind darauf angewiesen, von sachkundigen und kommunikationsfähigen «Aussendienstmitarbeitern» dargebracht und ins rechte Licht gerückt zu werden, sollen sie beim Publikum ankommen. Das trifft auch auf die Leistungen der Verwaltung zu. Sie haben intakte Aussichten, bei Bürgerinnen und Bürgern anzukommen, wenn deren Kontakte mit der Verwaltung sowohl auf der Beziehungsebene (Aufnahmebereitschaft, Offenheit, Wertschätzung, Vorurteilsfreiheit) als auch auf der Sachebene (Sattelfestigkeit, Artikulationsfähigkeit) zufriedenstellend verlaufen. Unfreundlichkeit, Missgriffe im Ton und Fehlschläge im Takt sind nur eine, wenn auch wichtige, Begleiterscheinung der Kontakte, welche sie für Bürgerinnen und Bürger wie für Bedienstete zum unerquicklichen und verdriesslichen Erlebnis machen. Unausgewogenheit der Gesprächsanteile und mangelnde Bereitschaft zur Problemergründung und zur Suche nach oder zur Erläuterung, Erklärung und Begründung von Lösungen sind andere, nicht minder wichtige Faktoren, welche der Qualität von Verwaltungskontakten und Verwaltungsleistungen abträglich sind. Umgekehrt vermag ein von gegenseitigem Respekt und Verständnis getragenes und seitens der Verwaltung mit Geduld, Anhörungs- und Informationsbereitschaft geführtes Gespräch manch eine Bürgerin und manch einen Bürger dazu zu bringen, einen enttäuschenden Bericht oder entlastenden Entscheid der Verwaltung hinzunehmen. Von wesentlichem Einfluss auf die Publikumsorientierung der Verwaltungstätigkeit sind zweifellos Auswahl, Ausbildung und Plazierung des Verwaltungspersonals. Da Bürgerinnen und Bürger weitgehend «so genommen werden müssen, wie sie sind», muss notgedrungen hauptsächlich ihm die Fähigkeit zur Anpassung an Artikulations- und Handlungsvermögen des Gegenübers zugemutet werden. Diese Anpassungsleistung kann durch Reformen bezüglich der Organisationsstrukturen und Arbeitsabläufe erleichtert und unterstützt, nicht aber ersetzt werden.

Bei einer Veränderung der organisatorischen, finanziellen und verfahrensmässigen Rahmenbedingungen der Verwaltungstätigkeit zum Zweck des Abbaus bürokratischer Schwerfälligkeiten und Hindernisse und der Steigerung

von Flexibilität, Effizienz und Effektivität des Verwaltungshandelns wird ausser auf eine angemessene Berücksichtigung der «human resources» auch darauf Bedacht zu nehmen sein, *rechtsstaatliche Errungenschaften* wie den Grundsatz hinreichender rechtsatzmässiger Einbindung des Verwaltungshandelns und die Garantie eines angemessenen Rechtsschutzes zu *erhalten*. Antreibende und von strukturellen und prozessualen Hindernissen befreiende Reformvorhaben, wie begrüssenswert sie auch immer erscheinen, dürfen den steuernden und kontrollierenden Elementen, welche unsere Gemeinwesen als demokratisch-rechtsstaatliche legitimieren, nicht enteilen. Sie bedürfen ihrer schöpferischen Begleitung. Eines der schwierigsten Probleme der Verwaltungsreform wird darin bestehen, die Verwaltungstätigkeit schon in den Versuchsphasen und mit den Pilotprojekten nicht in einem Masse von rechtlicher Bindung und Kontrolle freizusetzen, das der Rechtsunsicherheit und Willkür Tür und Tor öffnet. Erwägenswert erschiene mir in diesem Zusammenhang der in der Verwaltungsrechtswissenschaft schon verschiedentlich erörterte Vorschlag zu sein, den Verwaltungsrechtsschutz aus seiner rigiden Abhängigkeit vom Institut der Verfügung zu lösen und immer dann greifen zu lassen, wenn der oder die einzelne durch das Verhalten der Verwaltung in seinen/ihren subjektiven Rechten verletzt erscheint oder wenn öffentliche Interessen sicherzustellen sind (so namentlich Thomas Fleiner-Gerster, Von der bürokratischen Verwaltung zum Verwaltungsmanagement, in der von Martin Bullinger im Nomos-Verlag, Baden-Baden, 1993, herausgegebenen Veröffentlichung gleichen Titels, S. 53ff.).

## II. Personal, Räumlichkeiten und Betriebsmittel

### 1. Personal

#### a) «Aktive»

In der Zusammensetzung des Ombudsmannenteams und im Rendement seiner Angehörigen sind im Berichtsjahr keine Änderungen eingetreten. Sie präsentieren sich im Zeitpunkt der Redaktion dieses Berichts unverändert wie folgt:

Dr. Werner Moser (100%)

Dr. Rolf Steiner (100%)

Susann Graber (100%)

Heidi Berther (80%)

Sieht man ab von des Ombudsmannes – inzwischen operativ kurierten – Hüftgelenkbeschwerden, erfreuten sich die Teamangehörigen wiederum robuster Gesundheit und Unfallfreiheit. Diese erleichterten es ihnen, die sehr verschiedenartige und nicht durchwegs pflegeleichte Kundschaft mit ihren teils temperamentvoll, teils entnervt, teils niedergeschlagen vorgebrachten Anliegen flexibel aufzunehmen und ihr mit Rat und angemessenen Vermittlungslösungen beizustehen.

### *b) Stellvertretung*

Nachdem die Stadtzürcher Stimmberechtigten einer Institutionalisierung der Stellvertretung für den städtischen Ombudsmann in der Gemeindeordnung am 21. Juni 1992 zugestimmt hatten, wählte der Gemeinderat am 13. Juli 1994 auf Antrag seines Büros Frau Verena Bräm einstimmig zur Stellvertretenden Beauftragten in Beschwerdesachen. Schon in den letztjährigen Kontakten mit den Teamangehörigen, vor allem aber im Verlauf des «Ernstfalles» zu Beginn dieses Jahres, sollte sich bestätigen, was aufgrund des respektablen Leistungsausweises und der umgänglichen Art der Gewählten vorauszusehen war, nämlich, dass der Gemeinderat mit der Wahl von Frau Bräm eine glückliche Hand gehabt hat. Auf deren Einsatz in diesem Frühjahr wird im nächsten Jahresbericht näher einzugehen sein.

## **2. Büroräumlichkeiten**

Um der Institution die Büroräumlichkeiten, die in ihnen tätigen Personen und die darin untergebrachten Betriebsmittel vor Unheil und Schaden zu bewahren, hat der Berichterstatter die Lokalitäten im vergangenen Jahr durch Vertreter vom Hochbauinspektorat und Sicherheitsdienst der Stadtpolizei auf ihre Einbruch-, Überfall- und Brandsicherheit überprüfen lassen. Die festgestellten Sicherheitsdefizite sollen im Verlauf dieses Jahres mit angemessenem Aufwand behoben werden.

## **3. Betriebsmittel**

Der ansehnliche Maschinenpark des Büros zeigte sich im Berichtsjahr erneut von seiner besten Seite. Er blieb aber, bei allen Erleichterungen, die er den Teamangehörigen darbietet, doch stets Mittel zum Zweck und emanzipierte sich nicht aus seiner dienenden und unterstützenden Rolle. Die Automation von Information und Kommunikation soll ja nicht – bei einem Ombudsmann so wenig wie bei der Verwaltung – eine Alternative zum herkömmlichen Verkehr mit dem Publikum sein, sondern vielmehr Ressourcen freisetzen für eine speditivere und profundere, bürgerfreundlichere Geschäftsbehandlung.

## **III. Öffentlichkeitsarbeit**

### **1. Besuche, Einladungen, internationale Kontakte**

Auch 1994 war der Berichterstatter bemüht, seine Öffentlichkeitsarbeit in einem der Institution zuträglichen, der «Kundenbetreuung» und Geschäftsbearbeitung aber nicht abträglichen Rahmen zu halten. Aus der solcherweise unerlässlichen Selektion resultierte folgender Veranstaltungskalender:

Referate u. a. vor:

- einer vom Centre for Studies of Overseas Local Authorities in Tokyo nach Europa entsandten Studiengruppe japanischer Gemeindebehördenvertreter;
- der Kirchgemeinde Balgrist.

Treffen zum Zwecke des Erfahrungsaustauschs und zur Pflege der kollegialen Beziehungen mit

- seinen schweizerischen Kollegen, Dr. Adolf Wirth (ZH), Andreas Nabholz (BS), Louis Kuhn (BL) und Franz Probst (Winterthur) in Liestal und Zürich;
- Amtskolleginnen und -kollegen aus über 20 europäischen Ländern anlässlich der  
– 4. Europäischen Ombudsmannkonferenz vom 31. Mai bis 4. Juni in Berlin (vertreten durch Dr. Rolf Steiner, vgl. nachstehende Ziff. 2);  
– 4. Table Ronde des Europarates mit den europäischen Ombudsleuten vom 16./17. Juni in Lissabon (vgl. nachstehende Ziff. 3);
- dem als Personalombudsmann eingesetzten Generalsekretär der SWISS-AIR, Herrn Dr. N. Corrodi;
- seinem Amtsvorgänger Dr. Jacques Vontobel, seinem Kollegen Dr. Adolf Wirth und den stellvertretenden Ombudsleuten Dr. Ullin Streiff (Kanton Zürich) und Frau Verena Bräm (Stadt Zürich).

Empfang an seinem Amtssitz von

- Dr. György Mohay, Commissioner of Human Rights der Stadt Budapest;
- Herrn Christoph Kranich, Patientenbeauftragter der Stadt Hamburg;
- Frau Gemeinderätin Zollinger zur Erörterung der Frage «Mobbing in der städtischen Verwaltung?»;
- Frau Gemeinderätin Marguerite Wuhrmann, Referentin der GPK, zur Berichterstattung über den Gang der Geschäfte und zur Vorbesprechung des Geschäftsberichts;

Annahme von Einladungen, Teilnahme an

- Sitzungen von Petitionsausschuss und Landtag des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf (zusammen mit Ombudsmann Dr. Wirth);
- Konferenzen der Dienstchefs der städtischen Verwaltung;
- der Reise des Büros des Gemeinderates nach Barcelona;
- Weiterbildungsveranstaltungen an der Universität Zürich zu den Themen «Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung» und «Öffentliche Dienstverhältnisse» (durch seinen Mitarbeiter Dr. R. Steiner);
- dem traditionellen Treffen des Stadtrates mit den Medienvertretern;
- der Vereidigungsfeier der Polizeirekruten in der Kirche St. Peter;
- der Winterversammlung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte;
- der Feier 75 Jahre Berufsberatung.

Dem Ombudsmann ist es ein Anliegen, allen Persönlichkeiten und Organisationen für die ihm mit diesen Einladungen, Veranstaltungen und Besuchen erwiesene Aufmerksamkeit und Gastfreundschaft auch an dieser Stelle nochmals herzlich zu danken.

## **2. Vierte Europäische Ombudsmann-Konferenz in Berlin (31. Mai – 4. Juni 1994)**

An dieser vom Europäischen Ombudsmann-Institut (E.O.I.) auf Einladung des Berliner Abgeordnetenhauses mit Unterstützung des Deutschen Bundestages veranstalteten Konferenz im Berliner Reichstagsgebäude liess sich der Bericht-erstatte durch seinen Mitarbeiter, Dr. Rolf Steiner, vertreten, der darüber wie folgt berichtet:

Die rund 110 Teilnehmer und Teilnehmerinnen verschiedener europäischer Nationen widmeten sich dem Thema «Konsolidierung von Bürgerrechtseinrichtungen in Europa» und verschafften sich einen Überblick über den Stand und die Wirkungsweise der verschiedenen Ombudsmann- und ähnlichen Einrichtungen (Petitionsausschüsse, parlamentarische Kommissionen zum Schutze von Menschen- und Bürgerrechten), insbesondere auch in den Ländern Osteuropas.

Der Vergleich mit den in Deutschland überwiegend anstelle von Ombudsleuten bestehenden parlamentarischen Petitionsausschüssen zeigte zwar verschiedene, vor allem verfahrensmässige Unterschiede, machte aber bei der Erörterung konkreter Fallbeispiele zwei Dinge deutlich: Gemeinsames Wesensmerkmal ist stets das Bestreben, in Konfliktsituationen des Bürgers nach Recht und Billigkeit eine vernünftige Lösung zu suchen, durch die klassischen Ombudsleute wohl etwas mehr im Einzelfall, durch die Petitionsausschüsse vielleicht etwas mehr mit Blick auf generelle Änderungen. Bei den zu diesem Zwecke zur Verfügung stehenden Befugnissen ist – von Minimalstandards (uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht u. dgl.) abgesehen – weniger entscheidend, mit welchen Kompetenzen Ombudsleute und Petitionsausschüsse ausgestattet sind, als vielmehr, ob und wie diese genutzt werden. Vor allem in den Diskussionen im Anschluss an die Referate, in denen die Ombudsmann-Einrichtungen der verschiedenen Nationen genau analysiert worden waren, wurde verschiedentlich die Frage aufgeworfen, was denn unter *Billigkeit* zu verstehen sei.

### *Der parlamentarische Ombudsmann, der «Prätor» von heute?*

Eine *billige* Lösung ist immer dann gefragt, wenn das nach dem Buchstaben des Gesetzes gefundene Ergebnis nach allgemeinem Rechtsempfinden als ungerecht erscheint. Schon vor zweitausend Jahren standen die Prätores des alten Roms, die dem Richter das Recht zu weisen hatten, vor dem Problem, mit den strengen Klageformeln des altrömischen Rechts («*stricti iuris iudicia*»), die keine Ausnahmen zuliessen, ein unbilliges Ergebnis in Kauf zu nehmen.

Die Prätores begannen, einer höheren Gerechtigkeit zu folgen und einredeweise *Ausnahmen* («*exceptiones*», z. B. die «*exceptio doli*») zu gewähren. Die Zulassung einer «*exceptio*» wurde in der Gerichtspraxis des Prätors zum wichtigsten Mittel, um gegenüber dem strengen «*ius civile*» der *Billigkeit* zum Durchbruch zu verhelfen. Durch Ergänzung einer Vielzahl von Klageformeln mit dem Zusatz «*ex fide bona*» räumten sie dem Richter einen grossen Ermessensspielraum ein («*bonae fidei iudicia*»): Die Richter urteilten nach Recht und Billigkeit («*ex bono et aequo*»). Die von Juristen beratenen Prätores trugen mit ihrer Praxis wesentlich zur Rechtsentwicklung bei (zunächst im «*ius gentium*», dann im «*ius honorarium*») und bildeten im Gegensatz zu den erstarrten Formen des «*ius civile*» ein neues, von der Billigkeit beherrschtes Recht heran.

Die Parallele zur Funktion eines Ombudsmannes ist frappant: Gerade vom Ombudsmann wird immer wieder erwartet, sich für eine «*Ausnahme*» zu verwenden. Tatsächlich gibt es immer wieder Fälle, die bei allzu enger Anlehnung an den Buchstaben des Gesetzes zu einem unbilligen Ergebnis führen würden. Beurteilungskriterien sind für den Ombudsmann stets Recht und Billigkeit. In einem Rechtsstaat ist aber auch der Ombudsmann an das Gesetz gebunden. Zur Erzielung eines billigen Ergebnisses steckt daher der Ombudsmann die äussersten Grenzen einer gesetzlichen Regelung durch Auslegung genau ab und nützt dann den gewonnenen Raum für eine optimale Lösung. Ist dies nicht möglich, so kann er versuchen, auf eine Gesetzesänderung hinzuwirken, indem er das Problem etwa in seinem Jahresbericht aufgreift und in dieser Form Regierung und Parlament unterbreitet. Auf diese Weise kann der Ombudsmann – ähnlich wie früher der Prätor – seinen Teil zur Rechtsentwicklung beitragen. (Dr. R. Steiner)

## **3. Quatrième Table Ronde des Europarates mit den europäischen Ombudsleuten in Lissabon (16./17. Juni 1994)**

Bereits zum vierten Mal, und zwar auf Einladung des portugiesischen Ombudsmannes und des Europarates in Lissabon, hatten Ombudsleute und Vertreterinnen und Vertreter ombudsmannähnlicher Einrichtungen aus über 25 europäischen Ländern Gelegenheit, unter sich und mit Angehörigen der Strassburger Menschenrechtsorgane (namentlich der Kommission, des Gerichtshofs und des Menschenrechtsausschusses der Beratenden Versammlung) Themen gemeinsamen Interesses und der Zusammenarbeit zu diskutieren. Die Schweiz war am Runden Tisch ausser durch den Bericht-erstatte durch die Ombudsleute der Kantone Zürich und Baselland, Dr. Adolf Wirth und Louis Kuhn, vertreten. Zur Diskussion gestellt waren die Themen

- Schutz von Bürgerinnen und Bürgern als «Konsumenten» staatlicher Leistungen,
- Der Ombudsmann in den Ländern Mittel- und Osteuropas und
- Zusammenarbeit der Ombudsleute unter sich und mit dem Europarat.

Die Diskussion des ersten Themas bestätigte im wesentlichen die Erfahrungen der schweizerischen Gesprächsteilnehmer, dass Ombudsleute den bei ihnen Hilfe Suchenden im Bereich der Leistungsverwaltung oft weniger Schutz vor administrativen Fehlleistungen und Übergriffen zu gewähren haben als vor unzureichender Aufklärung über Art und Ausmass staatlicher Leistungen und vor mangelnder Bereitschaft der Verwaltung zur Entgegennahme und aktiven Bewältigung individueller Anliegen sowie zur Ausschöpfung von Ermessensspielräumen zugunsten der Hilfesuchenden.

Das zweite Thema gab den Teilnehmenden aus den mittel- und osteuropäischen Staaten Gelegenheit, über Bestrebungen zur Einführung von Ombudsstellen (so namentlich in der tschechischen, der slowakischen und der slowenischen Republik sowie in Rumänien und Ungarn) und über Erfahrungen mit bereits eingerichteten Institutionen (namentlich in Polen, Russland und Kroatien) zu berichten. Es veranlasste die Teilnehmenden aus West-, Nord- und Südeuropa, ihre Institutionen im Lichte dieser zwischen Hoffnung, Zuversicht und Ernüchterung schwankenden Berichte in verschiedenen Punkten zu überdenken.

Die Behandlung des dritten Themas zeigte Berührungspunkte und Felder intensivierungsfähiger Kooperation in den Aktivitäten von Ombudsleuten und Organen des Europarates auf (Ombudsleute als Hilfsorgane bei der friedlichen Streiterledigung, für den Minderheitenschutz und den Vollzug von Strassburger Menschenrechtsentscheiden), gab aber auch wachsender Besorgnis über eine zunehmende «Absorption» der Ombudsleute durch internationale Aktivitäten und Aufgaben Ausdruck.

#### **4. *Besuch beim Petitionsausschuss des Landtags von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf (12.–14. Dezember 1994)***

Dieser Besuch – Gegenbesuch zur Visite einer Delegation des nordrhein-westfälischen Petitionsausschusses im Oktober 1990 in Zürich – gab den Ombudsleuten von Stadt und Kanton Zürich Gelegenheit, das ombudsmannähnlich ausgestaltete Petitionsbehandlungsverfahren durch den vom nordrhein-westfälischen Landtag hierfür eingesetzten Petitionsausschuss und dessen Sekretariat vor Ort kennenzulernen und derweise einen Systemvergleich anzustellen. Im Ergebnis fanden die Besucher ihre Annahme bestätigt, die in den alten und den neuen Bundesländern sowie auf Bundesebene dominierende parlamentsausschussmässige Petitionsbehandlung und die in Deutschland bisher lediglich im Land Rheinland-Pfalz (seit 1974) bekannte ombudsmännische Individualbeschwerdebehandlung stellten zwei gangbare Wege zum gemeinsamen Ziel dar, der verbreiteten Staatsverdrossenheit entgegenzuwirken und Bürgerinnen und Bürger durch Entschärfung von Konflikten mit der Verwaltung ihrem Gemeinwesen wieder näherzubringen. Wege freilich, denen jedem gegenüber dem anderen Vor-, wohl aber auch Nachteile anhaften. So muss wohl ein Petitionsausschuss im Falle von Auseinandersetzungen

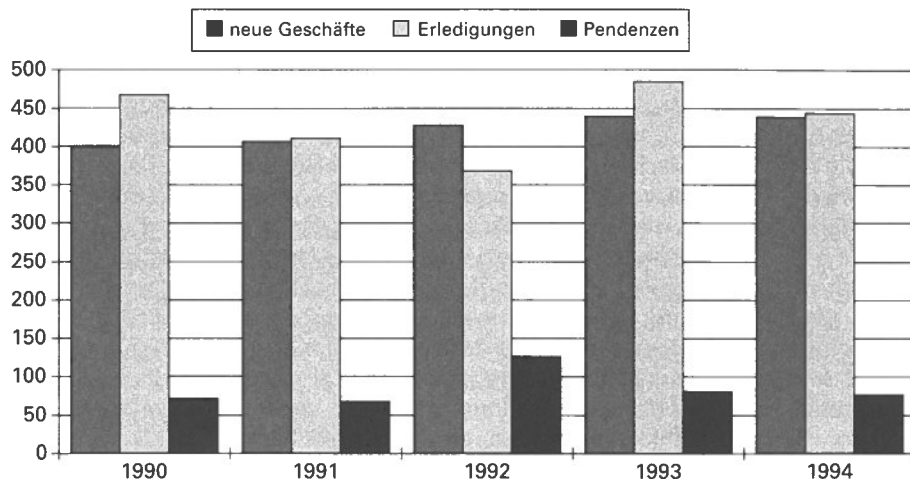
mit Regierung und Verwaltung über die einer Petition zu gebende Folge um Rückhalt im Parlament weniger besorgt sein als ein vom Parlament gewählter Ombudsmann. In manch einem Fall wird er zudem seine Änderungs- und Verbesserungsempfehlungen gegenüber einer widerstrebenden Regierung und/oder Verwaltung mit mehr Nachdruck vorzubringen und ihnen möglicherweise eher Nachachtung zu verschaffen wissen als ein Ombudsmann. Umgekehrt dürfte die Personalisierung und die starke Diskurs- und Kooperationsorientierung der Beschwerdebehandlung durch einen Ombudsmann der Aufklärungs-, Vermittlungs- und Integrationsfunktion grössere Entfaltungschancen geben als die doch überwiegend ohne Mitwirkung und fern der Petenten ablaufende Petitionsbehandlung durch einen anonymen Parlamentsausschuss. Den Besuchern schien es überdies, diese erfolge angesichts der grossen Zahl von Petitionen – jährlich rund 3000 – im Ausschussplenium nicht mit dem den Abklärungen der zürcherischen Ombudsleute vergleichbaren Tiefgang. Die Hauptlast an (präparativer) Abklärungs- und Entscheidungsarbeit scheint bei diesem System auf den Schultern der mit der Berichterstattung über die einzelnen Fälle betrauten Ausschussmitglieder und des personell recht ansehnlich ausgestatteten Ausschusssekretariats zu ruhen. Vor allem wohl mit Blick darauf nehmen die einzelnen Ausschussmitglieder für sich in Anspruch, die Rolle von Bürgerbeauftragten beziehungsweise Ombudsleuten zu spielen. Der Berichterstatter gewann aber aufgrund seiner Beobachtungen den Eindruck, die Befriedigung des individuellen Rechtsschutzbedürfnisses, welches Bürgerinnen und Bürger wohl in der erdrückenden Mehrzahl der Fälle zur Anschrift des Petitionsausschusses veranlasst, trete bei der Petitionsbehandlung gegenüber der Hauptfunktion parlamentarischer Verwaltungskontrolle, der Verwirklichung des objektiven Rechts, zurück und sei allenfalls willkommenes Nebenprodukt der dominierenden Sorge um die Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Wie hierzulande scheinen die einzelnen Beschwerdeführenden als auslösende Elemente parlamentarischer Oberaufsicht der Hilfe des Ausschusses weniger um ihrer subjektiven Interessen willen teilhaft zu werden als deshalb, weil der Ausschuss im beanstandeten administrativen Verhalten eine Verletzung öffentlicher Interessen oder ein Indiz für gesetzgeberische Unzulänglichkeit oder für eine fehlgeleitete Praxis erblickt. Die Tätigkeit eines Ombudsmannes heutigen Zuschnitts erschöpft sich demgegenüber nicht in Ausübung von Verwaltungskontrolle nach Art und mit den Zielen der parlamentarischen Oberaufsicht, sondern hat darüber hinaus namentlich durch ihre Vermittlungsfunktion sehr wesentlichen Anteil am immer wieder neu in Gang zu haltenden Prozess der Integration zwischen Volk und Staat.

#### IV. Statistiken zum Geschäftsjahr 1994

An statistischen Angaben folgen:

1. Übersicht (Neueingänge, Erledigungen und Pendenzen)
2. Detailangaben zu den Neueingängen
3. Detailangaben zu den Erledigungen
4. Anfragen

##### 1. Übersicht: Neueingänge, Erledigungen und Pendenzen



Mit 439 Neueingängen ist die Zahl der im Jahre 1994 beim Ombudsmann neu eingegangenen Geschäfte unverändert hoch, ja zu hoch (vgl. dazu die Ausführungen im Jahresbericht 1993, S.14). Der Ombudsmann hofft, dass sich die Geschäftslast wieder auf etwas tieferem Niveau einpendeln wird.

Im Jahre 1994 konnten 444 Geschäfte erledigt werden, wodurch sich die Pendenzenzahl auf 77 verminderte. Aus früheren Jahren sind keine Geschäfte mehr offen; die Ende 1994 noch unerledigten Geschäfte sind alle erst im Laufe des Jahres 1994 eingegangen.

##### 2. Detailangaben zu den Neueingängen

###### Eingangsart

Erfahrungsgemäss werden dem Ombudsmann rund drei Viertel aller Geschäfte mündlich unterbreitet, meist während einer Sprechstunde. Im Jahre 1994 beträgt der Anteil der mündlich vorgetragenen Anliegen 78,1% (343 Geschäfte), derjenige der schriftlichen Eingaben 21,9% (96 Geschäfte).

###### Personalgeschäfte

Der Anteil der verwaltungsinternen Personalgeschäfte liegt mit 17,1% (75 Geschäfte) im leicht erhöhten Durchschnitt früherer Beamtenwiederwahljahre.

###### Angaben zu den Gesuchstellenden

Es sind stets Menschen verschiedensten Alters, die die Dienste des Ombudsmannes in Anspruch nehmen. Das Durchschnittsalter der Gesuchstellenden bewegt sich seit gut zwanzig Jahren unverändert im Bereich zwischen 48 und 52 Jahren; im Jahre 1994 betrug es 52 Jahre.

Im Vergleich zum Vorjahr ist der Frauenanteil wieder leicht zurückgegangen:

- Gesuchstellerinnen: 40,1% (Vorjahr: 43,4%)
- Gesuchsteller: 57,2% (Vorjahr: 54,5%)
- Juristische Personen: 2,7% (Vorjahr: 2,1%)

Der Anteil der Verheirateten beträgt 35%, derjenige der Ledigen 24,4% und derjenige der Geschiedenen und gerichtlich Getrennten 16,2% (verwitwet 7,3% und unbekannt 17,3%).

Die Gesuchstellenden haben 23 verschiedene Nationalitäten. 83% von ihnen sind Schweizer. An zweiter Stelle stehen italienische Staatsangehörige, gefolgt von österreichischen und deutschen.

Jede/r fünfte Gesuchstellende (20,5%) hat schon in früheren Jahren die Dienste des Ombudsmannes in Anspruch genommen.

Von den 439 Gesuchstellenden wohnen fast alle (436) in der Schweiz, nämlich:

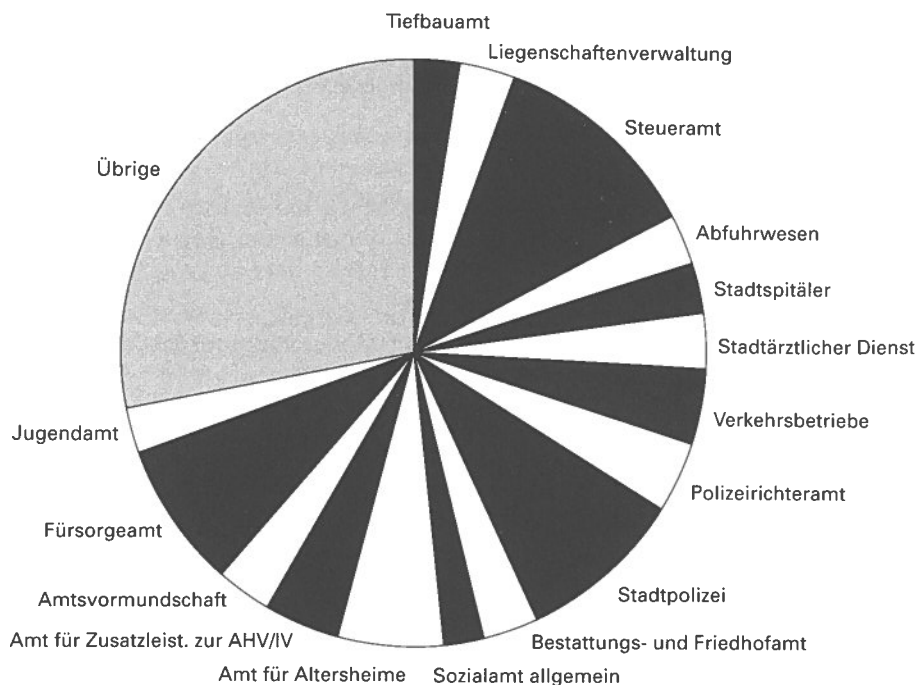
- in der Stadt Zürich: 366 (83,9%)
- im übrigen Kanton Zürich: 56 (12,8%)
- in andern Kantonen: 14 (3,3%)

Innerhalb der Stadt Zürich stammen die meisten Beschwerden aus dem Postleitzahlkreis 8006. An zweiter Stelle stehen die Kreise 8003 und 8004, gefolgt von den Kreisen 8050 (Oerlikon), 8049 (Höngg) und 8047 (Albisrieden). Diese Angaben bestätigen die Feststellung im Jahresbericht 1993 (S.16), dass die Beschwerden aus den genannten Postleitzahlkreisen verschiedene Problembereiche betreffen, kreisspezifische Beschwerdematerien also nicht auszumachen sind. Auffallend niedrig ist die Zahl der Beschwerden aus dem Kreis 8005.

###### Verteilung auf die einzelnen Dienstabteilungen

Die folgende Grafik zeigt die Verteilung der eingegangenen Geschäfte auf die verschiedenen Dienstabteilungen der Zürcher Stadtverwaltung. Den grössten Anteil weisen naturgemäss diejenigen Ämter auf, die im alltäglichen Leben zum Bürger am meisten Berührungspunkte aufweisen. Es wäre daher verfehlt, aus der Grafik irgendwelche Rückschlüsse auf die Arbeitsqualität einzelner Dienstabteilungen zu ziehen. In die Kategorie «Übrige» fallen alle Dienstabteilungen mit weniger als zehn Geschäften.





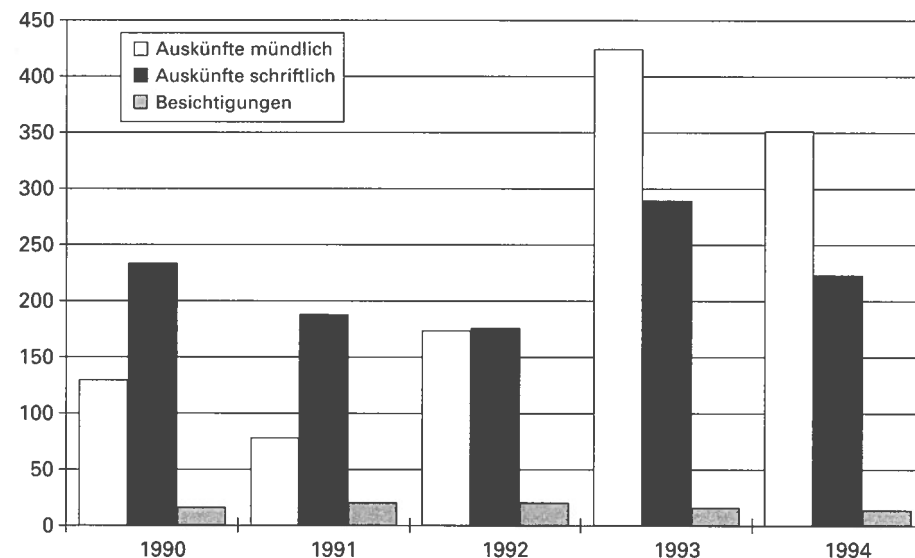
### 3. Detailangaben zu den Erledigungen

#### Ergebnisse

Im Jahre 1994 hat der Anteil der *Gutheissungen* von 19% auf 27% deutlich zugenommen, während der Anteil der *Abweisungen* von 34% auf 26% entsprechend abgenommen hat. Die überdurchschnittlich hohe Zahl von Gutheissungen geht hauptsächlich auf die «Krippenfälle» (vgl. Jahresbericht 1993, S. 27 ff.) zurück. Gleichgeblieben ist der Hauptanteil von 47% der für einen Ombudsmann typischen *Vermittlungstätigkeit*, welche in der Mitte zwischen Gutheissung und Abweisung liegt.

#### Abklärungen

Der Abklärungsaufwand der im Jahre 1994 erledigten Geschäfte ist im Vergleich zum Vorjahr zwar etwas zurückgegangen; er ist jedoch noch immer überdurchschnittlich hoch: Es fanden 352 mündliche Abklärungen und Besprechungen statt, 223 schriftliche Stellungnahmen wurden eingeholt und 14 Besichtigungen durchgeführt:



#### Bearbeitungsdauer

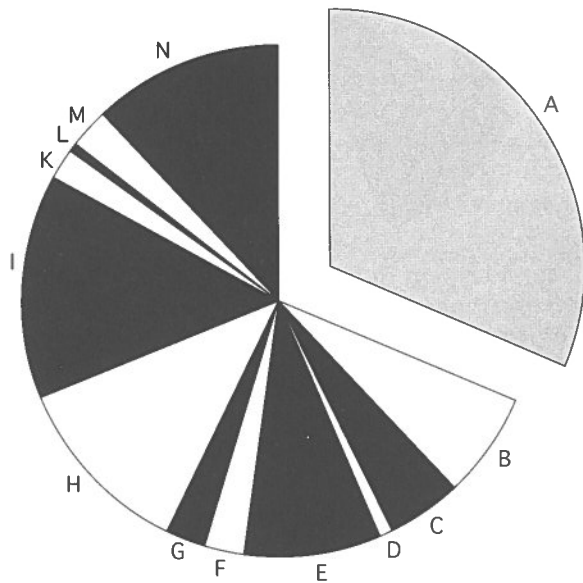
Ein Ombudsmann kann seinem Ruf als «schneller Helfer» nur gerecht werden, wenn sich die Bearbeitungszeit in einem vernünftigen Rahmen hält. Erfreulicherweise müssen seit 1993 bei Jahresende jeweils keine alten, unerledigten Geschäfte mehr aus dem Vorjahr übernommen werden. Die Bearbeitungsdauer ist daher ausser vom jeweiligen Arbeitsaufwand nur noch von der Anzahl pender Geschäfte abhängig: Je mehr unerledigte Geschäfte beim Ombudsmann hängig sind, desto länger dauert es, bis neu eingehende Geschäfte, sind sie nicht von allererster Dringlichkeit, an die Reihe kommen und bearbeitet werden können. Dringende neue Anliegen, die keinen Aufschub erdulden, führen dazu, dass weniger dringende zurückgestellt werden müssen. Letztere kommen wiederum um so eher an die Reihe, je weniger Geschäfte pendent sind. Mit der Verminderung der Pendenzenzahl konnte daher die durchschnittliche Bearbeitungsdauer aller im Jahre 1993 erledigten Geschäfte erstmals auf unter 100 Tage gesenkt und im Jahre 1994 noch weiter verkürzt werden. Ausserdem ist in dieser durchschnittlichen Bearbeitungsdauer – im Gegensatz zur Zählweise in früheren Jahren – die Zeit von der telefonischen Sprechstundenanmeldung bis zur eigentlichen Sprechstunde (etwa 10 Tage), die dem Ombudsmann ein Tätigwerden erst erlaubt, inbegriffen.

#### Erledigungsart

Von den insgesamt 444 Erledigungen erfolgten 267 (60,1%) durch Erstattung eines Schlussberichtes, 177 (39,9%) durch entsprechende Aktennotiz im Protokoll.

#### 4. Anfragen

Zusätzlich zu den eingangs erwähnten 439 Geschäften gingen im Jahre 1994 beim Ombudsmann 484 Anfragen ein. Unter «Anfragen» sind Anliegen zu verstehen, die wegen geringen Bearbeitungs- bzw. Erledigungsaufwandes die Eröffnung eines eigentlichen Geschäftes nicht rechtfertigen. Dazu gehören vor allem Probleme, für die der Ombudsmann nicht zuständig ist. Anrufer mit Anliegen ausserhalb der Zuständigkeit werden an andere, in der Regel ebenfalls unentgeltliche Beratungs- und Rechtsauskunftsstellen verwiesen. Rund ein Drittel der Anfragen fällt jedoch in die Zuständigkeit des Ombudsmannes. Da auch all diese «kleinen» Fälle in Aktennotizen festgehalten werden, lassen sie sich nach Sachgebieten ordnen:



##### Legende:

A = Ombudsmann zuständig

##### Unzuständigkeit des städtischen Ombudsmannes:

B = Gerichtssache, laufendes Rechtsmittelverfahren

C = privates Arbeitsvertragsrecht

D = nicht-städtische Ausländerfragen

E = privatrechtliche Konsumentenfragen

F = nicht-städtische Krankenkassenprobleme

G = privates Mietvertragsrecht

H = nicht-städtische Patientenfragen

I = übrige privatrechtliche Probleme

K = Privatversicherung

L = nicht-städtische Sozialversicherungsprobleme

M = kantonale Steuerangelegenheiten

N = übrige

#### V. Problemschwerpunkte des Jahres 1994

##### 1. Gebühren mit Strafcharakter

Das staatliche Strafmonopol verbietet die Privatjustiz; es ist ausschliesslich Sache des Staates, Strafen zu verhängen. Die Übertragung der Strafgewalt an demokratisch legitimierte staatliche Instanzen ist denn auch rechtsgeschichtlich als bedeutender Fortschritt zu werten. Das moderne materielle Strafrecht und insbesondere das Strafprozessrecht enthalten eine Reihe von Garantien zum Schutze des Angeschuldigten: Existenz von Strafrechtspflegeorganen, Rechtliches Gehör, den Grundsatz «in dubio pro reo», Würdigung des Verschuldens usw. Die zunehmende Tendenz von Privatstrafen etwa im Bereiche der Ladendiebstähle, privater Parkhäuser u. dgl. ist daher rechtlich nicht unproblematisch. Wer eine Privatstrafe, eine sogenannte Umtriebsentschädigung einzutreiben versucht, indem er mit einer Strafanzeige droht, begeht gar eine Nötigung, wenn für die Drohung kein ernsthafter Grund vorliegt (BGE 120 IV 17). Ein weites Problemspektrum öffnet sich, wenn zwar der Staat Geldleistungen mit pönalem Charakter einfordert, dies aber nicht im Rahmen eines Strafverfahrens tut, weil er das verlangte Geld nicht als Strafe, sondern als Gebühr deklariert. Bei den ersten Fallbeispielen im Besonderen Teil dieses Berichts geht es um solche Gebühren; in den beiden ersten Fällen um Zusatzgebühren der VBZ und im dritten Fall um Strafgebühren des AWZ wegen Abfallentsorgung ohne «Züri-Sack».

##### 2. Rückforderung bzw. Rückerstattung grundlos erbrachter Leistungen

Nach gefestigter Praxis sind Zuwendungen, die «ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund» (so Art. 62 Abs. 2 des OR) erfolgen, zurückzuerstatten, und zwar auch dann, wenn es sich bei ihnen um öffentlich-, insbesondere verwaltungsrechtliche handelt (BGE 78 I 88 und seitherige konstante Praxis). Diese These gilt als allgemeiner ungeschriebener Grundsatz des schweizerischen Verwaltungsrechts und erhebt als solcher Anspruch auf Respektierung auch in Verwaltungsbereichen, in deren einschlägigen Gesetzgebung er nicht ausdrücklich statuiert ist. Hat aber das bereichsspezifische positive Recht die Frage der Rückerstattung geordnet, so ist zunächst und so lange auf diese Ordnung abzustellen, als sie sich nicht im Lichte übergeordneten Rechts als mehrdeutig oder unvollständig erweist. Dabei ist nicht von Belang, ob die ungerechtfertigte Leistung vom Gemeinwesen oder vom Individuum erbracht worden ist. Im Sozialversicherungsrecht kann das Gemeinwesen grundsätzlich auf eine Rückforderung grundlos erbrachter Leistungen verzichten bzw. dem Empfänger die Rückerstattung erlassen, wenn der Leistungsbezug guten Glaubens erfolgte und die Rückerstattung für den Pflichtigen gleichzeitig eine grosse Härte bedeuten würde (so die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Janu-

ar 1948 geltende, für die anderen Sozialversicherungszweige und die zürcherische Sozialgesetzgebung – wenngleich mit Abwandlungen – wegweisend gewordene AHV-rechtliche Rückerstattungsregelung). Stellte diese Regelung angesichts der darin gehäuft verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe («unrechtmässiger» Leistungsbezug; «guter Glaube», «grosse Härte») die um eine einheitliche Praxis bemühten Rechtsanwendungsinstanzen schon für sich allein vor beträchtliche Probleme, so wuchsen diese namentlich für die Rechtspflegeinstanzen nochmals um ein Vielfaches infolge der bereichsspezifischen Abwandlungen der AHV-rechtlichen Rückerstattungsordnung in den andern Sozialversicherungszweigen und in verschiedensten zürcherischen Gesetzgebungsbereichen. Der Ombudsmann, aufgrund mehrerer Rückforderungsfälle ihrer ansichtig geworden, fragte sich, ob die bunte Vielfalt der Regelungen und die damit einhergehenden Abweichungen der Verwaltungspraxis sachlich gerechtfertigt und die Differenzierungsgründe von solchem Gewicht seien, dass sie vor den überwölbenden verfassungsrechtlichen Grundsätzen der *Rechtsgleichheit* und von *Treu und Glauben* zu bestehen vermöchten. Er konnte keine solchen Gründe ausmachen. Gegenteils fand er sich durch die in den Entwurf für ein Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts eingebaute einheitliche Rückforderungsregelung in seiner Auffassung bestärkt, dem Gutgläubenschutz als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes sei, allenfalls relativiert durch das Erfordernis der grossen Härte, mittels umfassender Harmonisierung der Gesetzgebung und Vereinheitlichung der Praxis generell zum Durchbruch zu verhelfen. Die Rückerstattungsproblematik ist für den Mikrokosmos des einzelnen Verwaltungs- und Beschwerdeverfahrens und für die betroffenen Personen oft von erheblichem administrativem bzw. finanziellem Gewicht; im Makrokosmos der Sozialgesetzgebung ist sie dagegen von vernachlässigbarer Bedeutung. Ein dem Vertrauensgrundsatz konsequent Rechnung tragendes und mit einer gewissen Souplesse handhabbares Rückforderungsregime scheint daher, zumal in der Sozialgesetzgebung, am Platz zu sein.

### **3. Die Verwandtenunterstützungspflicht – Erweckung aus dem Dornröschenschlaf**

In jeder Gemeinschaft ist die gegenseitige Beistandspflicht der einzelnen Glieder ein Gebot der Sittlichkeit. Moralische Gebote allein vermögen jedoch erfahrungsgemäss weder Notlagen einzelner zu verhindern oder zu beseitigen, noch eine gerechte Ordnung aufrechtzuerhalten. Der Staat kommt nicht darum herum, die gegenseitige Beistandspflicht seiner Glieder in angemessenem Umfang zur Rechtspflicht zu erheben und ihre Durchsetzbarkeit zu gewährleisten. Er kann das tun, indem er die Pflicht ausschliesslich seinen Gliedern überbindet und demzufolge rein privatrechtlich regelt. Er kann diese Aufgabe aber auch auf Kosten seiner Glieder vollumfänglich selbst übernehmen und damit dem öffentlichen (Fürsorge-)Recht unterstellen. Schliesslich

kann er sich mit seinen Gliedern in näher festzulegender Weise in die Aufgabe teilen. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich für diese letzte Variante entschieden: Neben der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht des Staates besteht innerhalb der Verwandtschaft für einen beschränkten Personenkreis eine privatrechtliche gegenseitige Beistandspflicht, die Verwandtenunterstützungspflicht im Sinne der Art. 328 und 329 ZGB. Ursprünglich eine fortschrittliche Regelung, hat dieses Institut während der rund 8 Jahrzehnte seit seiner Einführung als Folge der Entwicklung des Familienverbandes zur Kleinfamilie und einer weiteren Lockerung der verwandtschaftlichen Bande gegenüber den schrittweise ausgebauten öffentlich-rechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsregelungen beträchtlich Terrain eingebüsst und ist auch im Rechtsbewusstsein von Bürgerinnen und Bürgern sowie von Behörden etwas verblasst. In Zeiten defizitärer öffentlicher Haushalte und imperativer Sparzwänge kann es freilich nicht erstaunen, dass sich Sozial- und Fürsorgeämter der Verwandtenunterstützungspflicht wieder vermehrt entsinnen und sie zur Entlastung der wachsenden Sozialausgaben wieder konsequenter als auch schon geltend machen. Das ist legitimer Umgang mit einem Rechtsinstitut, das wie andere «Konjunkturschwankungen» durchlebt und nach Jahren eines Dämmer schlafs plötzlich zu neuem Leben erweckt wird. Geht eine solche Revitalisierung massgeblich von Behörden aus, so darf sie allerdings nicht forciert, sondern muss behutsam zusammen mit den unterstützungspflichtigen Verwandten angegangen werden. Das gelingt, wie die Fallbeispiele 10 und 11 zeigen, wohl zumeist nicht auf Anhieb. Die Stadtzürcher Verwaltung ist aber auf gutem Weg zu diesem Ziel.

### **4. Staatliche Beschränkungen privater, insbesondere gewerblicher Tätigkeiten**

Aufgrund der ihnen nach der Bundesverfassung verbliebenen wirtschaftsrechtlichen Zuständigkeiten und ihrer Herrschaft über die öffentlichen Sachen können Kantone und Gemeinden privates Verhalten und Tätigwerden

- bloss regeln, lenken, kontrollieren, nach einzelnen Richtungen hin einschränken oder von einer Bewilligung abhängig machen,
- einzelnen Privatrechtssubjekten vorbehalten, d. h. konzessionieren, oder aber durch eigenes Tätigwerden
- konkurrenzieren oder
- ausschliessen, indem sie Monopole zu ausschliesslicher Eigennutzung errichten.

Kanton und Stadt Zürich haben von diesen Befugnissen regen und in ihrer Gesamtheit und ihren Teilbereichen schwer überblickbaren Gebrauch gemacht. Lediglich beispielhaft seien erwähnt:

Regelungen über das Taxi-, Kaminfeger-, Gast-, Bau-, Unterhaltungs-, Markt- und Wandergewerbe, über das unbeschränkte Parkieren in Blauen Zonen

(Parkkartenvorschriften) sowie über die Benützung des öffentlichen Grundes zu politischen, künstlerischen, gewerblichen, gesellschaftlichen und anderen Sonderzwecken.

Führung, in Konkurrenz mit privaten Trägern, von Kultur- und Kunstinstituten, Kinder- und Altersheimen, Schulen, Horten und Krippen, Verkehrsbetrieben, Spitälern und Krankenheimen.

Monopolisierungen bzw. Erklärung zu öffentlichen Aufgaben: der Abfallsammlung und -beseitigung, des gewerbsmässigen Schlachtens von Tieren (Schlachthofzwang), des Bestattungswesens und der Gräberpflege auf den öffentlichen Friedhöfen, der Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen mittels Kabel und der Versicherung von Gebäuden gegen Feuer-, Elementar- und Erdbebenschäden.

Aus grundsätzlichen ordnungspolitischen Überlegungen und weil ein beachtlicher Teil des privaten Verhaltens- und Tätigkeitsspektrums verfassungsmässigen Grundrechtsschutzes teilhaft ist, bedürfen solche Regelungs-, Konkurrenz- und Verdrängungseingriffe der öffentlichen Hand der Legitimation durch ein hinreichendes öffentliches Interesse sowie einer gesetzlichen Grundlage, dürfen nicht fiskalisch oder wirtschaftspolitisch motiviert sein (wirtschaftspolitische Massnahmen sind dem Bund vorbehalten) und müssen den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit entsprechen. Danach fällt die Monopolisierung einer Tätigkeit durch das Gemeinwesen als über blosser Regelung oder Konkurrenzierung privaten Verhaltens weit hinausgehende Massnahme nur in Betracht, wenn ein ausreichender Schutz eines polizeilichen Gutes (wie insbesondere der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit) ohne Ausschluss privater Konkurrenz nicht gewährleistet ist oder wenn sich das öffentliche Wohl, insbesondere die Versorgung der Bevölkerung mit gewissen Leistungen, mit weniger weitreichenden Massnahmen nicht sicherstellen lässt. Die Berufung auf – schwer messbare – Interessen des öffentlichen Wohls und die Herrschaft über die öffentlichen Sachen haben sich seit je als niederschwellige Pforten für Überregulierungen und überbordende administrative Kontrollen und Beschränkungen privaten Verhaltens und Wettbewerbs erwiesen (vgl. namentlich Paul Richli, Kantonale Monopole – die offene Flanke der Handels- und Gewerbefreiheit, in Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 90 [1989], S. 476 ff.). Es kann daher nicht erstaunen, dass auch der Ombudsmann, veranlasst durch Beschwerden, namentlich von Gewerbetreibenden, immer wieder etwa in die Lage kommt, die öffentlichen Interessen, welche privater Entfaltung entgegengesetzt werden, zu gewichten und ungerechtfertigte Übergewichte ausbalancieren zu helfen.

## Besonderer Teil

### Beispiele von Anliegen und Beschwerden

Mit der nachfolgenden Kasuistik soll die auch im Jahr 1994 wieder äusserst facettenreich anmutende Tätigkeit der Ombudsstelle in gewohnter Weise durch Berichte über und Auszüge aus ausgewählten Fallbeispielen veranschaulicht werden: Für Gemeinderat und Medien zur Ausübung ihres Wächteramts bezüglich des recht- und zweckmässigen Funktionierens der staatlichen Institutionen, für Stadtrat, Stadtverwaltung und Öffentlichkeit zur Information über die vielfältigen Probleme und Anliegen von Bürgerinnen und Bürgern im Verkehr mit der Verwaltung. Die Beispiele geben Kenntnis von berechtigter und unberechtigter Kritik an der Verwaltung und Aufschluss über die Arbeitsweise und Wirksamkeit des Beauftragten in Beschwerdesachen. Parlament, Regierung und Verwaltung können sie zudem Impulse geben zu Verbesserungen rechtssetzender, organisatorischer und administrativer Natur. Um all diesen Anforderungen zu genügen, bedarf die Fallsammlung einer gewissen thematischen Breite; diese schliesst aber Akzentsetzungen bei einzelnen Problemschwerpunkten oder eine Fallauswahl nach Querschnittproblemen im jeweiligen Berichtsjahr nicht aus, wie sie in den Berichten früherer Jahre mit ausdrücklicher Zustimmung der gemeinderätlichen Geschäftsprüfungskommission gehandhabt worden sind.

### I. Gebühren mit Strafcharakter

Problematisch sind Gebühren mit Strafcharakter deshalb, weil sie «weder Fisch noch Vogel» sind: Für blosser Kontrollgebühren sind sie im Einzelfall zu hoch, und für eigentliche Strafen fehlt es ausserhalb der Strafjustiz an den rechtsstaatlich gebotenen Rahmenbedingungen.

Das eigentliche Strafrecht «bezweckt nicht, die Bürger unmittelbar zur Befolgung der materiellrechtlichen Gesetze zu verpflichten. Es hat diese Wirkung nur mittelbar, indem gesetzwidriges Verhalten eine Rechtsfolge in Form der Strafe nach sich zieht. Eine solche Strafe greift ein, wenn der Staat gesetzeskonformes Verhalten mittels Vollzugszwangs nicht – oder nicht mehr – direkt erreichen kann oder wenn ein Verhalten, gegen das der Vollzugszwang möglich ist, als derart schwerwiegend gegen das öffentliche Interesse verstossend betrachtet wird, dass es zusätzlich mit Strafe belegt werden muss» (Blaise Knapp im Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Note 3 zu Art. 64<sup>bis</sup> BV, 1986).

Strafcharakter haben Gebühren dann, wenn sie nachträglich wegen der Schwere eines unrechtmässigen Verhaltens *zusätzlich* zu den finanziellen Ansprüchen gegenüber den Bürgern erhoben werden, welche der Abgeltung bestimmter staatlicher Leistungen dienen, oder wenn sie – um eine abschreckende

Wirkung zu haben – derart *hoch* sind, dass sie als gewöhnliche Gebühren im Einzelfall unverhältnismässig wären. Zur ersten Gruppe rechnet der Ombudsmann die Zusatzgebühren zu den Zuschlagstaxen der Verkehrsbetriebe, zur zweiten die Gebühren des Abfuhrwesens wegen vorschriftswidrigen Bereitstellens von Abfall.

### 1. Tramfahrt mit irrtümlich benütztem Juniorenabonnemement

Frau U. führt aus, sie habe eine Junioren-Regenbogenkarte des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) gekauft in der irrigen Meinung, das Abonnemement sei bis zu ihrem 26. Geburtstag gültig. An einem bestimmten Tag geriet sie in eine Fahrausweiskontrolle. Tags darauf teilten ihr die VBZ mit: «Anlässlich einer Fahrausweiskontrolle in einem unserer Fahrzeuge wurde Ihnen in den letzten Tagen ein Zuschlag ausgestellt. Bei der Überprüfung der Daten haben wir ein Vorkommnis festgestellt, welches gemäss Tarifverordnung des Zürcher Verkehrsverbundes (Ziff. 4.60 ff.) die Erhebung einer Zusatzgebühr erfordert. Wir bitten Sie, den Betrag, der nebst (zusätzlich) dem ordentlichen Zuschlag geschuldet ist, innerhalb der nächsten 10 Tage einzuzahlen. Nach Ablauf dieser Frist wären wir leider zu weiteren Schritten gezwungen. Gerne hoffen wir aber, dass dies nicht nötig sein wird.» Dem Schreiben lagen zwei Einzahlungsscheine im Betrage von je Fr. 50.– bei.

Frau U. räumt ein, sich bezüglich der Gültigkeit der Junioren-Regenbogenkarte geirrt und damit wohl zuschlagspflichtig gemacht zu haben, wendet sich aber an den Ombudsmann, weil sie mit der Zusatzgebühr von Fr. 50.– nicht einverstanden ist. Sie bringt vor, sie habe keine Ahnung, weshalb die VBZ von ihr ausser der Zuschlagstaxe von Fr. 50.– (Ziff. 4.620 des Verbundtarifes) noch eine zusätzliche Gebühr von weiteren Fr. 50.– (Ziff. 4.630 des Verbundtarifes) verlangten; sie wisse beim besten Willen nicht, was mit dem erwähnten «Vorkommnis» gemeint sei.

#### Abklärungen

Der Ombudsmann bespricht die Angelegenheit nach Rücksprache mit dem zuständigen Adjunkten des Verkehrsverbundes des Kantons Zürich (Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich) mit den Vertretern der VBZ, denen er folgendes zu bedenken gibt:

#### Erwägungen

Frau U. wird vorgeworfen, ihr Juniorenabonnemement missbräuchlich verwendet zu haben, indem sie darauf vertraut habe, die relativ knappe Überschreitung der Altersgrenze für die Benützung des Juniorenabonnements bleibe bei einer allfälligen Fahrausweiskontrolle angesichts ihres jugendlichen Äusseren unentdeckt. Daher müsse sie nicht nur die Zuschlagstaxe,

sondern noch eine zusätzliche Strafgebühr, eben eine Zusatzgebühr, entrichten. Im Verbundtarif 93 des ZVV (vom Verkehrsrat beschlossen am 3.12.1992 und vom Regierungsrat genehmigt am 17.3.1993) wurde der Katalog von Tatbeständen, die neben der Zuschlagstaxe (Fr.50.–) wegen Fahrens ohne gültigen Fahrausweis sogenannte Zusatzgebühren auslösen, erweitert. Diese Zusatzgebühren betragen unter anderem:

- wegen missbräuchlicher Verwendung eines Fahrausweises (Ziff.4.630): Fr. 50.–
- bei Fälschung von Fahrausweisen (Ziff. 4.631): Fr. 100.–
- bei Angabe falscher Personalien (Ziff.4.632): Zeittarif, mind. Fr. 100.–

Den Ausführungen der Verkehrsbetriebe zufolge handelt es sich bei den genannten Gebühren nicht um Bussen, sondern um Umtriebsentschädigungen, Abgaben also mit dem Zweck, die Kosten für den Kontrollaufwand der Verkehrsbetriebe (Kontrollpersonal usw.) zu senken. Teilweise orientiert sich die Höhe der Gebühren auch am entstandenen Schaden (entgangene Fahrpreise). Die Verkehrsbetriebe tragen mit dieser Charakterisierung der juristischen Terminologie Rechnung, welche den Begriff der Busse Strafen reserviert, die von einer richterlichen Instanz ausgesprochen werden. Die VBZ verzeigen fehlbare Fahrgäste aber nur «in schweren Fällen» beim Polizeirichteramt oder stellen einen Strafantrag. Da der Polizeirichter eine Verwaltungsbehörde repräsentiert, unterstehen seine Bussenverfügungen der gerichtlichen Beurteilung. In all jenen bedeutend zahlreicheren Fällen, wo es nicht zu Verzeigungen kommt, üben die Verkehrsbetriebe daher mit solchen Zusatzgebühren – rechtsstaatlich nicht ganz unproblematisch – faktisch Strafjustiz.

Ein Strafverfahren ist u. a. gekennzeichnet durch die umfassenden Abklärungsmittel der Strafuntersuchungsbehörden, durch die verfahrensrechtlichen Garantien zugunsten des Angeschuldigten und den bekannten Grundsatz «in dubio pro reo». Mit solchen Verfahrensgarantien sind die verkehrsbetriebseigenen Sanktionierungsverfahren nicht ausgestattet. Es ist zwar kundenfreundlich, wenn die VBZ nicht jeden fehlbaren Fahrgast in ein Strafverfahren verwickeln und die Angelegenheit stattdessen «betriebsintern» erledigen. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die obengenannten Tatbestände gemäss Ziff. 4.630 ff. des Verbundtarifs ein unlauteres Verhalten des Fahrgastes voraussetzen, dessen Vorliegen oftmals schwer zu beurteilen ist. Die Zusatzgebühren stehen zwischen den Zuschlagstaxen wegen Fahrens ohne gültigen Fahrausweis einerseits, die auch bei einem blossen Versehen (z. B., wenn jemand seine Regenbogenkarte zu Hause vergessen hat) geschuldet sind, und den eigentlichen Kriminalstrafen (Bussen) andererseits, die in der Regel (Art.18 StGB) nur ausgesprochen werden dürfen, wenn dem Täter ein Vorsatz nachgewiesen werden kann.

Zu den Kriminalstrafen schreibt Hans Schultz (Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, 2.A. Bern 1974, S. 27):

Nach moderner Auffassung genügt zur Bestrafung nicht, dass jemand tatsächlich eine Rechtsnorm verletzt, sondern es muss ihm dieses Verhalten vorgeworfen, er muss dafür verantwortlich gemacht werden können... War er es und verletzte er dennoch die Rechtsnormen, so handelte er schuldhaft. Dann trifft ihn der staatliche Zwangseingriff der Strafe als nachträgliche Bewährung der Rechtsordnung... Der Täter war durch seinen Verstoss gegen eine Rechtsnorm der Rechtsordnung zugekommen und konnte sich einen unrechtmässigen Vorteil verschaffen oder andere schädigen. Durch die dem Verstoss folgende Strafe bekundet die Rechtsordnung, dass sie stärker ist als der, welcher, scheinbar erfolgreich, ihr zuwidergehandelt hatte und der sich nun mit dem Zwangseingriff der Strafe eine Schmälerung seiner Rechtsgüter gefallen lassen muss..., weil der Betreffende wichtige zwingende Verhaltensnormen schuldhaft verletzt hat.

Genau diese Kompensation haben aber die Zusatzgebühren zum Ziel. Es kommt ihnen zweifellos ein gewisser Strafcharakter zu, und sie geraten dadurch in problematische Nähe zu den eigentlichen Kriminalstrafen. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Gebühren von insgesamt etwa Fr. 100.– bis Fr. 200.– relativ hoch sind, wenn man bedenkt, dass die maximale Bussenkompetenz des Polizeirichters auf Fr. 200.– beschränkt ist. Der Tatbestand der «missbräuchlichen Verwendung eines Fahrausweises» gemäss Ziff. 4.630 des Verbundtarifs ist besonders problematisch: Da bei einem blossen Versehen oder fehlendem Verständnis des doch recht komplexen Fahrausweissystems von einem «Missbrauch» der Verwendung eines ungültigen Fahrausweises nicht die Rede sein kann, stehen die VBZ bei der Erhebung der Zusatzgebühr vor der schwierigen Aufgabe, zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Fahrgästen unterscheiden zu müssen. Würden sie sich ihr entziehen und alle Fahrgäste mit unrichtigem Fahrausweis ungeachtet ihres guten oder bösen Glaubens der Zusatzgebühr unterwerfen, so würde, wer gutgläubig eine für ihn nicht mehr gültige Juniorenkarte benützt, schlechter fahren als ein Schwarzfahrer, der vorsätzlich überhaupt keinen Fahrausweis gekauft hat. Hinzu kommt, dass ein Strafverfahren ohne Nachweis des Vorsatzes im Zweifelsfall mit einem Freispruch enden würde. Die Unterscheidung zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Fahrgästen erweist sich in der Praxis in den meisten Fällen als schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Die Verlegenheit der VBZ äussert sich darin, dass sie den «Missbrauch» in ihren Briefen an betroffene Fahrgäste diskret als «Vorkommnis» bezeichnen. Meines Erachtens bedienen sich die Verkehrsbetriebe bei der Erhebung von Zusatzgebühren eines Instruments mit Strafcharakter, ohne die dafür notwendigen Rahmenbedingungen, namentlich die eingangs beschriebenen Verfahrensgarantien, erfüllen zu können.

## Ergebnis

Die VBZ haben in der Besprechung mit dem Ombudsmann vorgeschlagen, es in erstmaligen derartigen Fällen im Einverständnis des Fahrgastes bei einer EDV-mässigen Registrierung bewenden zu lassen und die Zusatzgebühr gemäss Ziff. 4.630 erst im Wiederholungsfalle zu erheben (eindeutige Missbrauchsfälle vorbehalten). Die Registrierung würde nach Ablauf von zwei Jahren automatisch gelöscht. Aus den geschilderten Überlegungen und aus Praktikabilitätsgründen ist dieser Vorschlag zu begrüssen. Dennoch wünschte sich der Ombudsmann eine deutlichere Trennung zwischen Gebühr und Strafe in dem Sinne, dass bei Benützung eines öffentlichen Verkehrsmittels ohne gültigen Fahrausweis lediglich eine Kontrollgebühr (Zuschlagstaxe) erhoben und die Beurteilung, ob kriminelles Verhalten vorliege, konsequent der Strafjustiz überlassen würde.

Im Nachtrag zum Verbundtarif 93 (vom Verkehrsrat beschlossen am 23.12.1993 und vom Regierungsrat genehmigt am 30.3.1994, gültig ab 1. Mai 1994) wurde der Zusatzgebührenkatalog gestrafft. Die bisher im Verbundtarif enthaltene Anleitung zur Erhebung von Zuschlagstaxen und Zusatzgebühren wurde zudem aufgehoben und erstmals durch detaillierte, interne «Richtlinien über die Fahrausweiskontrolle im Zürcher Verkehrsverbund» (vom 5. April 1994, gültig ab 29. Mai 1994) ersetzt. Das ist ein Schritt in die richtige Richtung. Die Zusatzgebühr bei missbräuchlicher Verwendung eines Fahrausweises existiert allerdings noch immer. Mit Ziff. 5.15 der Richtlinien, wonach Zusatzgebühren nur bei «vorsätzlichem Missbrauch» erhoben werden sollen, ist das beschriebene Problem, zwischen Gut und Böse unterscheiden zu müssen, nicht gelöst.

## 2. Trambillet-Collage

Weniger schwierig zu beurteilen war folgender Fall: Eine 72jährige Frau war noch im Besitze einer gelben, aber unvollständig entwerteten Kurzstrecken-Mehrfahrtenkarte aus der Zeit vor dem Zürcher Verkehrsverbund, die sie irrtümlich noch für gültig hielt. Aus einer gewissen Sparsamkeit versuchte sie, die noch nicht abgestempelten, leeren Felder aufzubrechen. Da der Billettautomat die Mehrfahrtenkarte nicht richtig angenommen und erst nach Einsatz einer Haarnadel wieder freigegeben hatte, klebte sie die Karte zur Überwindung des technischen Problems mit Klebstreifen lose auf eine festere Unterlage, nämlich auf eine moderne Tageswahlkarte. Auf diese Weise gelang es ihr, die gelbe Mehrfahrtenkarte abzustempeln. Auf Intervention des Ombudsmannes liessen die VBZ den Vorwurf der Fälschung von Fahrausweisen wieder fallen, verzichteten auf die entsprechende Zusatzgebühr von Fr. 100.– und forderten nur noch die Zuschlagstaxe von Fr. 50.–. Das von der alten Frau zusammengeklebte Produkt war nämlich nach Auffassung des Ombudsmannes ohne weiteres als solches erkennbar und nicht geeignet, eine Täuschung zu bewirken.

### 3. Die «Züri-Sack»-Babuschka

Das dem Ombudsmann von Herrn T. unterbreitete Anliegen ist kein Einzelfall. Ab und zu kommt es nämlich vor, dass ein mit Abfall gefüllter Züri-Sack auf rätselhafte Weise abhanden kommt oder von Unbekannten gestohlen wird. Die dem Ombudsmann geschilderten Fälle haben den Umstand gemeinsam, dass die Beschwerdeführer ihren Abfall – aus verschiedenen Gründen – zunächst in einen andern Sack verpackt und diesen dann in einen mit der Entsorgungsgebühr belegten Züri-Sack gesteckt haben. Im einen Fall sollte die doppelte Verpackung der Verflüchtigung eines üblen Geruchs entgegenwirken, in einem andern Fall sollte eine gar dreifache Umhüllung des scharfkantigen Abfalls ein Zerreißen des Züri-Sackes verhindern, und im nachfolgend geschilderten Fall lag ein blosses Versehen vor. Der einer Babuschka gleich weitere innere Verpackungen enthaltende Züri-Sack kann so verhältnismässig leicht gestohlen werden, ohne dass sich die Täter die Hände schmutzig machen. Der Deliktsbetrag von Fr. 1.35 (35-Liter-Sack) ist zwar gering, die Kostenfolgen für das vorschriftswidrige Bereitstellen von Abfall wiegen dagegen schwer.

Herr T., ein zweifelsfrei unbescholtener Bürger, wurde vom Abfuhrwesen der Stadt Zürich (AWZ) aufgefordert, wegen Bereitstellung seines Abfalls in einem vorschriftswidrigen Sack eine sogenannte Kontrollgebühr von Fr. 100.– zu bezahlen. Entrüstet über seine Verdächtigung, sich vorschriftswidrig verhalten zu haben, schrieb er dem Ombudsmann:

Zu meiner grossen Überraschung habe ich gestern vom Abfuhrwesen einen Brief erhalten mit einer Bussenverfügung im Betrage von Fr. 100.–. In dem Brief wird behauptet, die Abfuhr habe am 26.9.1994 einen alten, nicht mit Gebühr belegten Sack mit Kehricht von uns in einer Nachsammlung abgeführt. – Der wirkliche Sachverhalt ist folgender: Meine Frau füllte aus Versehen einen alten, nicht mehr gültigen Sack mit Kehricht. Wir merkten, dass dies ein falscher Sack war, und steckten ihn der Einfachheit halber in einen neuen Züri-Sack. Diesen Sack stellten wir an die Strasse, wo er ... mitgenommen wurde. Ich habe gestern noch das Abfuhrwesen angerufen, welches ... folgenden Standpunkt einnimmt: Da niemand von der Abfuhr berechtigt gewesen sei, den ungültigen Sack aus dem Züri-Sack herauszunehmen, könne dies auch nicht geschehen sein. Sie hätten meinen ungültigen Sack mit an mich adressierten Kuverts darin; das genüge.

#### Erwägungen

Die Kontrollgebühr basiert auf folgenden Rechtsgrundlagen: Gestützt auf Art. 32 Abs. 3 seiner Abfallverordnung vom 19. September 1990 (AVO), hat der Gemeinderat eine Abfallgebührenordnung gleichen Datums (AGO) erlassen und den Stadtrat in deren Art. 6 ermächtigt, übrige Gebühren in einem Abfallgebührenreglement festzulegen, was dieser mit Beschluss vom 19. Dezember 1990 getan hat. Bei der Festsetzung der Kontrollgebühr von Fr. 100.– im Beschluss Nr. 2814 vom 30. September 1992 bezieht sich der Stadtrat auf § 1 A Ziff. 4 der kantonalen Verordnung über die Gebühren der

Gemeindebehörden (vom 8. Dezember 1966, mit Änderungen bis 16. September 1992).

Das Abfuhrwesen betont, bei den erwähnten Fr. 100.– handle es sich nicht um eine Busse, sondern um eine Gebühr, die wie andere Gebühren von den Verursachern zu tragen sei, ob letztere nun ein Verschulden treffe oder nicht. Die Gebühr soll den Aufwand decken, welcher dem Abfuhrwesen (AWZ) durch die Kontrolle der Abfallentsorgung entsteht. Rechtlich spricht man daher auch hier von einer «Kontrollgebühr». Das Verursacherprinzip ist in Art. 31 f. AVO ausdrücklich verankert.

Der Strafcharakter der fraglichen Gebühr ist zwar weniger ausgeprägt als im oben beschriebenen Fall der ZVV-Zusatzgebühren. Angesichts ihrer Höhe (Fr. 100.–) wird sie von den Betroffenen jedoch durchwegs als Strafe empfunden. Es mag zutreffen, dass diese Kontrollgebühren die Kosten für die Nach-Sammelaktionen des AWZ nicht decken. Neben ihrer Vereinbarkeit mit dem Kostendeckungsprinzip müssen Gebühren stets auch dem Aufwand im konkreten Einzelfall angemessen sein (Äquivalenzprinzip), sonst sind sie nicht zulässig. So gesehen, bewegt sich die Gebührenhöhe meines Erachtens an der obersten Grenze.

#### Ergebnis

Angesichts der besonderen Umstände des Einzelfalles verzichtete das Abfuhrwesen nach Intervention des Ombudsmannes ausnahmsweise auf die Kontrollgebühr von Fr. 100.–, behielt sich aber für einen allfälligen Wiederholungsfall die Einleitung eines Strafverfahrens vor.

## II. Rückforderung bzw. Rückerstattung staatlicher Leistungen und öffentlicher Abgaben

Rückforderungen, ob sie nun vom Gemeinwesen gegenüber Bürgerinnen und Bürgern für ihnen tatsächlich oder vermeintlich zu Unrecht erbrachte Leistungen oder umgekehrt von Bürgerinnen und Bürgern gegenüber dem Gemeinwesen für tatsächlich oder vermeintlich zu Unrecht erhobene öffentliche Abgaben geltend gemacht werden, lösen bei den davon Betroffenen zumeist Missmut, Verärgerung und Abwehrreflexe aus. Denn regelmässig wähen diese sich im Glauben, Leistungen oder Abgaben auf sicherer Rechtsgrundlage empfangen bzw. erhoben zu haben. Fehler können indessen nie ganz ausgeschlossen werden: «errare humanum est»! Der Ombudsmann hat in solchen Fällen einen Ausgleich der gegensätzlichen Interessen anzustreben.

### 4. Rückforderung zu grosszügig bevorschusster Unterhaltsbeiträge

#### Sachverhalt

Frau A., alleinstehende Mutter zweier unmündiger Kinder, liess sich deren Unterhaltsansprüche gegenüber dem pflichtvergessenen Vater vom Jugendamt während längerer Zeit bevorschussen. Mit Entscheid vom 22. April 1993 stellte das Jugendamt die Alimentenbevorschussung wegen zu hohen Einkommens der Mutter ein. Eine von dieser dagegen erhobene Einsprache wies die Vorsteherin des Sozialamtes mit Entscheid vom 18. Mai 1994 nicht nur ab, sondern nahm sie zum Anlass, das Jugendamt zur Rückforderung einer im Umfang von Fr. 8424.– zu hoch ausgefallenen Bevorschussung anzuweisen, mit der Begründung, bei deren Festsetzung 1992 sei vom Jugendamt versehentlich mit der höheren Einkommensgrenze für verheiratete Elternteile (Fr. 54 600.–) anstelle jener für alleinstehende Elternteile (Fr. 41 600.–) gerechnet worden (§ 29 der Verordnung zum Jugendhilfegesetz). Dies habe eine im erwähnten Betrag zu hohe Bevorschussung zur Folge gehabt. Obwohl das Jugendamt der Sozialamtsvorsteherin in seiner Vernehmlassung zur Einsprache beantragt hatte, auf die Rückforderung der Fr. 8424.– zu verzichten, «da es sich klar um einen Fehler einer Mitarbeiterin des Jugendamtes handle, welcher von der Einsprecherin nicht ohne weiteres habe erkannt werden können, und weil die Rückerstattung ausserdem für die Einsprecherin eine grosse Härte bedeuten würde», verfügte es am 10. August 1994 weisungsgemäss die Rückerstattung. Gleichzeitig erklärte es sich aber bereit, der Rückerstattungspflichtigen die Schuld zu stunden, und zwar längstens bis zu einer allfälligen Verbesserung ihrer Einkommenssituation. Frau A. anerkannte zwar die verständnisvolle Haltung des Jugendamts, unterbreitete aber die Angelegenheit dennoch dem Ombudsmann, weil sie die wie ein Damoklesschwert über ihr hängende Rückzahlungsverpflichtung als letztlich doch ungerechtfertigte Belastung empfand.

## Abklärungen

Die Begründung der sozialamtlichen Rückerstattungsanweisung an das Jugendamt, nämlich:

Gemäss § 24 des kantonalen Jugendhilfegesetzes sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass seitens der Leistungsbezügerin ein vorwerfbares Verhalten vorliegt; es genügt, dass für die erbrachte Leistung keine Rechtsgrundlage (mehr) bestand. Das bedeutet, dass die Einsprecherin grundsätzlich rückerstattungspflichtig ist, obwohl sie die zu hohen Bevorschussungen gutgläubig bezogen hat. Das Jugendamt wird daher der Ordnung halber eine entsprechende Rückerstattungsverfügung zu erlassen haben ...

bereitete dem Ombudsmann Mühe, weil er bei der Behandlung themenverwandter Fälle aus dem Sozialversicherungs- und Sozialhilfebereich auf nachsichtigere Rückforderungsregelungen und Praktiken gestossen war, die sich vom legislativpolitischen Zweck der Leistungserbringung nicht wesentlich von den Alimentenvorschüssen unterschieden. Er bezog daher in seine Bitte um Vernehmlassung nebst dem Jugendamt auch das Amt für Zusatzleistungen und den Rechtsdienst des Fürsorgeamtes ein, von denen er kurze Exposés über ihre Rückforderungsregelungen und -praktiken erbat, und vergewärtigte sich vergleichend auch die Rückforderungsregelung der städtischen Versicherungskasse für irrtümlich festgesetzte bzw. entgegengenommene Kassenleistungen (hierüber speziell Fallbeispiel Nr. 5). In seinem Schlussbericht an Frau A. und die Verwaltung führte er danach folgendes aus:

#### Erwägungen

Das Jugendhilfegesetz des Kantons Zürich (vom 14. Juni 1981, JHG) bestimmt in § 24:

Bevorschusste Unterhaltsbeiträge, welche vom pflichtigen Elternteil nicht erhältlich sind, dürfen weder vom Kind noch vom nicht verpflichteten Elternteil, noch von unterstützungspflichtigen Verwandten zurückgefordert werden. Vorbehalten bleibt die Pflicht zur Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen; diese sind verzinslich.

Das Jugendhilfegesetz und die dazugehörige Verordnung beschreiben nicht näher, was unter «*unrechtmässig*» zu verstehen ist. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob Leistungen bereits dann unrechtmässig bezogen worden sind, wenn der Rechtsgrund dafür fehlt oder dahingefallen ist, oder ob darüber hinaus noch ein Verschulden der Leistungsempfänger vorausgesetzt wird. Der Wortlaut des zitierten § 24 Abs. 2 JHG lässt beide Auslegungsmöglichkeiten zu. Die seinerzeit im Amtsblatt des Kantons Zürich und im Kantonsratsprotokoll publizierten Gesetzesmaterialien enthalten dazu keine Hinweise.



Die Frage ist durch die bisherige *Praxis der Jugendämter* in dem Sinne beantwortet worden, dass das objektive Element des fehlenden Rechtsgrundes zur Bejahung der Unrechtmässigkeit ausreicht. Die in der Verfügung des Sozialamtes vom 18. Mai 1994 geäusserte Auffassung entspricht dieser Praxis.

Dazu möchte ich aus meiner Sicht folgendes bemerken:

Sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht stellt sich in den verschiedensten Bereichen die Frage der Rückerstattung ohne Rechtsgrund empfangener Leistungen. Dabei lassen sich modellhaft verschiedene Grundtypen unterscheiden. Am einen Ende der Skala befinden sich die privatrechtlichen Leistungen, die auf privatrechtlichen Forderungen und in der Regel auf einer Gegenleistung beruhen. Das entgegengesetzte Ende der Skala bilden die eigentlichen Fürsorgeleistungen gemäss Sozialhilfegesetz (vom 14. Juni 1981, SHG), die von den Hilfesuchenden ohne «Gegenleistung» empfangen werden und grundsätzlich nicht zurückerstattet werden müssen. Im mittleren Bereich der Skala befinden sich etwa AHV- und IV-Leistungen sowie die Zusatzleistungen zur AHV und IV. Den Platz zwischen diesen und den Unterstützungsleistungen nehmen die Alimentenvorschüsse ein, da sie insofern mit Unterstützungsleistungen vergleichbar sind, als sie nicht zurückgefordert werden dürfen, wenn sie vom pflichtigen Elternteil nicht erhältlich sind.

*Objektive* Voraussetzungen für jede Rückforderung sind der Bezug von Leistungen ohne Rechtsgrund und (unter bestimmten Voraussetzungen) die Befugnis der Verwaltung, eine fehlerhafte Verfügung aufzuheben. Bemerkenswert ist nun, dass in allen obenerwähnten Fällen – ausser bei den Alimentenvorschüssen – von Gesetzes wegen zusätzlich bestimmte *subjektive* Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Rückforderung durchgesetzt oder mindestens geltend gemacht werden kann:

Ohne Rechtsgrund ausgerichtete Leistungen müssen stets zurückerstattet werden, wenn der Empfänger bösgläubig gewesen ist, d. h., wenn er unwahre oder unvollständige Angaben gemacht hat oder einen Fehler der Verwaltung hätte bemerken müssen. Anders verhält es sich, wenn der Empfänger *gutgläubig* gewesen ist. Der gute Glaube ist das Fehlen eines Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels. Nach geltendem Recht der meisten Sozialversicherungszweige wird ein gutgläubiger Leistungsempfänger aber nur dann nicht rückerstattungspflichtig, wenn die Rückerstattung für ihn eine *grosse Härte* bedeuten würde. Bei den Zusatzleistungen zur AHV/IV ist dies im Gesetz ausdrücklich so geregelt (Art. 27 Abs. 1 ELV in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 AHVG). Diese Bestimmung ist im Bereich der Sozialversicherung von zentraler Bedeutung. Selbst Rückforderungen gemäss OR 62 bleiben auf das Zumutbare beschränkt (OR 64). Bei Unterstützungsleistungen (§ 26 SHG) liegt regelmässig eine grosse Härte vor, wenn der Leistungsempfänger weiterhin mit dem

Existenzminimum, das für Rückerstattungen kaum Raum lässt, unterstützt werden muss. Sind guter Glaube und grosse Härte gegeben, so entsteht entweder gar nicht erst eine Rückforderung oder aber sie erlischt auf dem Wege des Erlasses sogleich wieder, und zwar endgültig. Von diesem spontan zu treffenden Entscheid über den Bestand einer Rückforderung als solcher zu unterscheiden, ist der eigentliche Vollzug dieses Entscheides, der längerfristiger Natur sein kann (etwa Ratenzahlungen, periodische Überprüfung der Zahlungsfähigkeit des Rückerstattungspflichtigen usw.).

Im vorliegenden Fall bleibt die Rückforderung jedoch trotz guten Glaubens und grosser Härte fortbestehen, allein begrenzt durch die Verjährungsvorschriften. Das ist meines Erachtens rechtlich nicht unproblematisch, weil diese Praxis für Rückerstattungspflichtige strenger ist als in den übrigen Bereichen von Sozialleistungen, ja unter Umständen ungünstiger als eine Rückforderung gemäss OR 62.

Noch ungünstiger fällt der Vergleich mit dem vor den eidgenössischen Räten liegenden Entwurf zu einem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts aus, wonach der gutgläubige Leistungsempfänger auch ohne Vorliegen einer grossen Härte nicht rückerstattungspflichtig sein soll. Ulrich Meyer-Blaser, Richter am Eidgenössischen Versicherungsgericht, schreibt dazu (Vortrag vom 20. Februar 1995 vor dem Bernischen Juristenverein):

Die gegenwärtige Rechtslage zeichnet sich somit dadurch aus, dass Rückerstattung/Erlass von Sozialversicherungsleistungen Gegenstand einer Vielzahl einzelner, zum Teil gegenläufiger Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen sind. Diese tragen zumindest in Teilbereichen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Staatstätigkeit unter den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit nicht genügend Rechnung. Die behandelte Thematik müsste Gegenstand eines Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts bilden, und zwar einer einheitlichen Regelung... Darin schlägt der Bundesrat [die Formulierung] vor: «Bei gutem Glauben entfällt die Pflicht zur Rückerstattung»... Diese begrüssenswerte gesetzgeberische Absicht würde es erlauben, das anzuerkennen, wovon das deutsche Sozialrecht schon seit langem ausgeht: Die Sozialversicherungsleistung als Existenzgrundlage soll demjenigen, welcher in Wahrnehmung seiner Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungspflichten mit der Verwaltung zusammengearbeitet hat, nicht nachträglich entzogen werden. Das ist ein Schritt, welcher die Verständlichkeit und Akzeptanz der Sozialversicherung bei den betroffenen Bürgern und Bürgerinnen erheblich erhöhen würde. Die Preisgabe der grossen Härte als Erlassvoraussetzung gemäss Allgemeinem Teil rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Sozialversicherungen in ihrer Gesamtheit...

Selbst wenn man nicht so weit gehen will wie der oben zitierte Bundesrat, der bei Gutgläubigkeit in allen Fällen von der Rückerstattungspflicht absehen möchte, stellt sich mit Blick auf die Stossrichtung der Harmonisierungsbestrebungen die Frage, ob § 24 Abs. 2 JHG nicht wenigstens so ausgelegt werden kann und soll, dass bei Gutgläubigkeit und gleichzeitigem Vorliegen einer grossen Härte auf eine Rückforderung verzichtet wird. Da das Jugendhilfegesetz in § 24 lediglich eine «Pflicht zur Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen» statuiert, neige ich angesichts der

geschilderten Erwägungen zur Auffassung, die rudimentäre und entsprechend interpretationsbedürftige Rückforderungsregelung sei verfassungskonform, d. h. in Berücksichtigung vor allem des Vertrauensschutzprinzips auszulegen. Nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Anwendung kantonaler Rechtssätze stets zu prüfen, ob ihnen nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen eine Bedeutung beigelegt werden könne, welche sie als verfassungsmässig erscheinen lässt... Die differenzierte Rückforderungsregelung im Sozialversicherungsbereich erscheint im Grunde als nichts anderes als eine bereichsspezifische Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben, der als ein solcher der Verfassungsstufe allgemeine Geltung beansprucht. Sie kann daher – und sollte meines Erachtens auch – als Leitlinie für die Auslegung des etwas kurz geratenen Rückerstattungsgebots von § 24 Abs. 2 des Jugendhilfegesetzes genommen werden.

Nach der geltenden Praxis des Jugend- bzw. des Sozialamtes spielt die Gutgläubigkeit des Vorschussempfangers keine Rolle. Die bösgläubige Empfängerin, die finanziell nicht in der Lage ist, die unrechtmässig bezogenen Vorschüsse sogleich zurückzuerstatten, wird nicht härter angefasst als die gutgläubige Empfängerin in gleichen finanziellen Verhältnissen. Das ist nicht nur unbefriedigend, sondern verstösst nach dem Gesagten meines Erachtens gegen das in Art. 4 BV mitenthaltene Gebot hinreichender rechtlicher Differenzierung. Die fragliche Praxis unterlässt mit der Gleichbehandlung bös- und gutgläubiger Leistungsempfänger aber nicht nur eine gebotene Unterscheidung, sondern nimmt umgekehrt eine Differenzierung vor, wo sie fragwürdig ist, indem sie trotz vergleichbarer Rückerstattungsstatbestände von der prinzipiellen Regelung im Sozialversicherungsbereich (Art. 47 AHVG) abweicht.

#### Empfehlungen

##### 1. *Künftiges Recht*

De lege ferenda ist eine *Harmonisierung* der Rückerstattungsregeln beim Bezug öffentlich-rechtlicher Leistungen anzustreben.

##### 2. *Geltendes Recht*

De lege lata ist § 24 Abs. 2 JHG *verfassungskonform auszulegen*, indem bei gutem Glauben und Vorliegen einer grossen Härte nach meinem Dafürhalten von einer Rückforderung inskünftig abgesehen wird. Der Gesetzeswortlaut steht einer solchen Auslegung nicht entgegen.

##### 3. *Im vorliegenden Fall*

Nach den verbindlichen damaligen Feststellungen des Jugendamtes ist die Gutgläubigkeit der Empfängerin bei der Inanspruchnahme der Alimentenvorschüsse unbestritten. Ich lade daher das Sozialamt ein, deren aktuellen finanziellen Verhältnisse zu überprüfen und – falls die

Rückerstattung der Fr. 8424.– für sie noch immer eine grosse Härte bedeuten sollte – wiedererwägungsweise schon heute und nicht erst nach Jahren auf die Rückforderung zu verzichten.

#### 5. *Rückforderung von Versicherungskassenleistungen*

Im Unterschied zum voranstehenden Fall, wo die Gutgläubigkeit des Leistungsempfangers ausser Zweifel stand, war der Leistungsempfänger hier nicht über jeden Blauäugigkeitsverdacht erhaben, wengleich auch nicht auf Rosen gebettet, welche ihm die Rückerstattung des zuviel Bezogenen zum blossen «Gentleman's behaviour» gemacht hätten. Der Fall steht als Beispiel für viele, in denen die durch eine Rückforderung zum Konflikt kommenden Interessen buchstäblich mit der Goldwaage gegeneinander abzuwägen und aufeinander abzustimmen sind.

#### Sachverhalt

Herr E. hat sich 1991 nach 40 Dienstjahren bei der Stadt mit 62 Jahren pensionieren lassen. Da damals weder er noch seine Ehefrau AHV-rentenberechtigt gewesen waren, erhielt er von der städtischen Versicherungskasse zur Pension hinzu für sich und seine Gattin Überbrückungszuschüsse in der Höhe von insgesamt Fr. 2456.80 pro Monat. Am 29. Juli 1993 legte seine Frau das 62. und am 21. September 1994 er selbst das 65. Altersjahr zurück, womit für beide je auf diese Zeitpunkte die AHV-Zahlungen einsetzten. Dessenungeachtet zahlte die Versicherungskasse die Überbrückungszuschüsse bis Juli 1994 weiterhin in der Höhe von monatlich Fr. 2456.80 an das Ehepaar aus. Erst im August letzten Jahres wurde sie des Fehlers inne und forderte den auf die Ehefrau entfallenden, seit August 1993 wegen einsetzender AHV-Rentenzahlung nicht mehr gerechtfertigten, aber irrtümlich während eines vollen Jahres weiterhin ausgerichteten Überbrückungszuschuss in der Höhe von insgesamt Fr. 9826.80 (12 Monatsbeträge à Fr. 818.90) in monatlichen Raten von Fr. 273.– (entsprechend einer Abzahlungsdauer von drei Jahren) zurück. Vor dem Ombudsmann, dem er die Angelegenheit unterbreitete, machte Herr E. sinngemäss geltend, die Rückforderung in den angeführten Modalitäten schein ihm dem «Verschulden» beider Seiten für die Überbrückungszuschussfortzahlung nicht ganz zu entsprechen, sondern dieses etwas einseitig ihm aufzubürden. Letztlich sei es gar nicht seine Schuld, sondern der Fehler der Versicherungskasse, dass ihm während eines Jahres zuviel ausbezahlt worden sei. Einem versicherungsrechtlichen Laien seien die komplexen Zusammenhänge zwischen den Versicherungseinrichtungen nicht geläufig und, zumal in ihrem längerfristigen Ablauf, auch nicht durchschaubar. Hingegen wäre es einer computerbestückten Versicherungseinrichtung zumutbar gewesen, die Überbrückungszuschussperioden unter Kontrolle zu halten und Mutationen rechtzeitig einzuleiten.

## Abklärungen

Der Ombudsmann lud die Versicherungskasse zur Stellungnahme ein und gab ihr unter anderem folgendes zu bedenken:

Ausgehend von der Rückerstattungs- und Verzichtregelung in Art.11 der Kassenstatuten, frage ich mich, ob die dem Versicherten mit Schreiben vom 15. August 1994 unterbreitete Rückzahlungslösung dem «Verschulden» beider Seiten an der Fortzahlung des Überbrückungszuschusses tatsächlich optimal entspreche und ob nicht der Eindruck des Versicherten, mit dieser Lösung die Zeche für das Vorgefallene annähernd allein bezahlen zu müssen, etwas für sich hat, auch wenn er sich entgegenhalten zu lassen hätte, schon die Bezeichnung *Überbrückungszuschuss* enthalte einen Fingerzeig auf den vorübergehenden und kompensatorischen Charakter dieser Leistung. Man darf aber wohl bei Leuten wie diesem Versicherten keine allzu hohen Anforderungen an das Verständnis von den Interdependenzen der verschiedenen Versicherungsleistungen stellen. Umgekehrt kann man sich fragen, ob die Versicherungskasse nicht eine Diligenzpflicht vernachlässigt habe, indem sie – im Computerzeitalter und in Kenntnis der Daten der Zuschussempfänger – den Zeitpunkt der Ablösung des Überbrückungszuschusses durch die AHV-Rente nicht *ex officio* rechtzeitig feststellte und verarbeitete. Könnten Sie sich mit Blick darauf, aber auch auf die nicht eben komfortable finanzielle Situation des Ehepaares E., eventuell zu einem etwas weiter gehenden Entgegenkommen durchringen, beispielsweise durch Reduktion des während drei Jahren hinzunehmenden monatlichen Abzugs oder wenigstens durch Erstreckung der Abzahlungsfrist, womit die Ratenhöhe auch etwas absänke ?

Nach Prüfung der Angelegenheit, der einschlägigen Statutenbestimmungen, der Vernehmlassung der Versicherungskasse und einer ergänzenden mündlichen Stellungnahme ihres Direktors erstattete der Ombudsmann dem Ehepaar E. folgenden Bericht:

Die hier anklingende Rückforderungsproblematik ist nach Art.11 der Versicherungskassenstatuten zu beurteilen. Dieser lautet wie folgt:

Stellt sich nachträglich heraus, dass eine Kassenleistung irrtümlich unrichtig festgesetzt wurde, so ist sie zu berichtigen. Zuviel oder zuwenig ausbezahlte Beträge sind ohne Zinsen zurückzuerstatten oder nachzuzahlen. Auf die Rückerstattung einer Kassenleistung kann teilweise oder ganz verzichtet werden. Wer eine nicht geschuldete Kassenleistung schuldhaft erwirkt oder bösgläubig entgegennimmt, hat die zu Unrecht bezogenen Beträge mit Zins und Zinseszins zurückzuerstatten. Bei geringem Verschulden oder in Härtefällen kann auf die Rückerstattung teilweise verzichtet werden. Die Strafverfolgung und das Disziplinarrecht bleiben vorbehalten.

...

Es stellt sich die Frage, ob davon die Rede sein könne, Sie hätten durch stillschweigende Hinnahme des Überbrückungszuschusses über Juli 1993, den Termin des Einsetzens der AHV-Rente Ihrer Gattin, hinaus eine nicht geschuldete Kassenleistung im Sinne von Abs.2 der zitierten Bestimmung «bösgläubig» entgegengenommen, und ob allenfalls wegen geringen Verschuldens auf die Rückerstattung teilweise zu verzichten sei. Die Versicherungskasse beurteilt diese Fragen in ihrer Vernehmlassung wie folgt:

Im vorliegenden Fall fällt es ausgesprochen schwer, von einer Gutgläubigkeit Herrn E.s in bezug auf den Anspruch auf Überbrückungszuschuss auszugehen. Wie Sie den beiliegenden Dokumenten, welche Herrn E. anlässlich seiner Pensionierung zugestellt worden sind, entnehmen können, war er sehr wohl darüber orientiert, dass der Überbrückungszuschuss nur bis zum Alter 65 ausgerichtet wird und dass mit dem Einsetzen der AHV-Rente seiner Frau eine Anpassung vorzunehmen ist. Auch über die Kürzung seiner Rente ab Alter 65 wurde er genau in Kenntnis gesetzt. Hinzu kommt, dass das Ehepaar E. sich mit dem Einsetzen der AHV-Rente für die Ehefrau gewahr werden musste, dass die Gesamteinkünfte merklich gestiegen waren. Schliesslich ist noch festzuhalten, dass Herr E. ein rundes halbes Jahr vor seiner effektiven Pensionierung eine Berechnung für eine vorzeitige Alterspensionierung erhalten hat, aus welcher der Sachverhalt der Überbrückungszuschuss-Anpassung auch ganz klar hervorgegangen ist.

Die obigen Erwägungen führen uns zum Schluss, dass im vorliegenden Fall bei objektiver Betrachtung mangels Gutgläubigkeit von Bösgläubigkeit auszugehen ist. Es findet somit Absatz 2 von Artikel 11 VKS Anwendung. Danach wäre der nicht geschuldete Teil des Zuschusses samt Zins und Zinseszins zurückzuerstatten, und zwar sofort als Gesamtsumme.

Die besagte Bestimmung sieht vor, dass bei geringem Verschulden oder in (finanziellen) Härtefällen auf die Rückerstattung teilweise verzichtet werden kann. Ein finanzieller Härtefall scheint uns angesichts der verbleibenden Nettoeinkünfte aus AHV- und Versicherungskassen-Rente von rund Fr. 4720.– monatlich nicht nachgewiesen zu sein. Die Versicherungskasse ist jedoch bei äusserst wohlwollender Betrachtung bereit, das Verschulden Herrn E.s als gering zu taxieren. Wir erachten es dann jedoch als angemessen, wenn die Versicherungskasse auf die Erhebung von Zins und Zinseszins verzichtet und ausserdem den durch die Ratenzahlung erlittenen Zinsverlust akzeptiert. Der monatliche Abzug an der Rente würde sich somit weiterhin auf Fr. 273.– stellen, dies bis Ende September 1997.

Auch in billiger Rücksichtnahme auf Ihre mir in der Sprechstunde geschilderten Verhaltensmotive und Lebensumstände kann ich den Erwägungen der Versicherungskasse nichts Belangvolles entgegenhalten. Auch mir drängt sich die Annahme auf, das Wissen um die gegenseitige Abhängigkeit der verschiedenen Versicherungsleistungen, Überbrückungszuschuss einerseits und AHV-Rente andererseits, habe Ihnen bei durchschnittlicher Bereitschaft zu Aufnahme und Verarbeitung der Ihnen anlässlich Ihrer Pensionierung von der Versicherungskasse verarbeiteten Informationen nicht fehlen können und Sie hätten jedenfalls durch den kumulationsbedingten Anstieg Ihrer Gesamteinkünfte mit dem Zeitpunkt des Einsetzens der AHV-Rentenzahlungen an Ihre Ehefrau auf die Irregularität Ihrer Bezüge aufmerksam werden müssen. Wenn sich die Kasse dennoch bereit findet, Ihnen geringes Verschulden zu attestieren, so ist andererseits verständlich, dass sie sich diese Konzession mit Blick auch auf ihr geringfügiges Ver-

schulden – nämlich, die Überbrückungszuschusszahlungen nicht rechtzeitig eingestellt zu haben – nicht allzu teuer zu stehen kommen lassen möchte. Ihre Offerte, unter diesen Umständen auf Zins und Zinseszins auf dem rückzahlungsbedürftigen Betrag zu verzichten und den sich aus den Zahlungserleichterungen ergebenden Zinsverlust hinzunehmen, erscheint als dem beidseitigen Verschulden angemessen und fair. Darüber hinaus hat sich der Direktor der Versicherungskasse aus Sorge, Ihr Budget nicht übermässig zu strapazieren, mit einer Erstreckung der Abzahlungsfrist von 3 auf 4 Jahre einverstanden erklärt. Dadurch lassen sich die monatlichen Abzüge an Ihrer Pension auf rund Fr. 205.– absenken. Das ist zwar noch immer das Doppelte der Ratenhöhe, welche Ihnen als zumutbar vorschwebte. Monatsraten von bloss Fr. 100.– hätten aber angesichts der fünfjährigen Verjährungsfrist nebst Zins- und Zinseszinsverlust die Abschreibung von annähernd 40% des Rückforderungsbetrags für die Versicherungskasse zur Folge – eine Konsequenz, die die Verschuldungsgewichte denn doch zu einseitig auf deren Schultern legen würde. Ich hoffe, Sie vermöchten dieses Ergebnis trotz einer gewissen Enttäuschung angesichts Ihrer hochgesteckten Erwartungen doch als dem Prinzip der austeilenden Gerechtigkeit entsprechend zu erkennen.

Mit Schreiben aus den ersten Januartagen bedankte sich das Ehepaar E. «sehr herzlich» für Einsatz und Bemühungen des Ombudsmannes und für die verständnisvolle Haltung der Versicherungskasse.

## **6. Rückforderung bevorschusster Versicherungsleistungen**

Dass die Rückforderungsproblematik sich ungemein facettenreich präsentieren und den Ombudsmann unter Umständen in einen Konflikt bringen kann zwischen seiner Aufgabe, Bürgerinnen und Bürgern im Verkehr mit der Verwaltung behilflich zu sein, und dem Bemühen, die gebeutelte Stadtkasse nicht unnötig zu belasten, macht dieses Fallbeispiel sichtbar:

### **Sachverhalt**

Frau Y. erlitt im Oktober 1992 einen Arbeitsunfall. Die private Unfallversicherungsgesellschaft des Arbeitgebers weigerte sich lange Zeit, die Haftung für die der Verunfallten entstandenen Schäden anzuerkennen und ihr Leistungen zu erbringen, mit der Begründung, sie anerkenne das schädigende Ereignis nicht als Unfall. Frau Y. sah sich dadurch gezwungen, zur Wahrung ihrer Interessen gegenüber der Versicherung einen Anwalt einzuschalten und sich zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts die zu erwartenden Versicherungsleistungen durch das Fürsorgeamt bevorschussen zu lassen. Als die Versicherung schliesslich ihren Anspruch auf Leistungen anerkannte, hatten die Vorschüsse

des Fürsorgeamtes bereits die stattliche Summe von Fr. 14 373.– erreicht. Andeutungen des zuständigen Fürsorgesekretariats gegenüber der Bevorschussten, es habe ihre Akten zur Prüfung ihrer persönlichen Rückerstattungspflicht dem Rechtsdienst des Fürsorgeamtes übergeben, nachdem ihm die Vorschüsse nicht durch die Versicherungsgesellschaft direkt vergütet worden seien, veranlassten die darob erschrockene Frau Y., die Angelegenheit zur Klärung dem Ombudsmann zu übergeben.

### **Abklärungen und Stellungnahme**

Der Ombudsmann erkundigte sich beim Rechtsdienst des Fürsorgeamtes nach dessen Abklärungsbefund und setzte Frau Y. danach, da er dem Ergebnis als Hüter der Rechte und Interessen der bei ihm Hilfe Suchenden nichts entgegenzuhalten vermochte, mit einem lachenden und (im Gedenken an die gebeutelte Stadtkasse) einem weinenden Auge darüber wie folgt in Kenntnis:

Am 1. Juli hatten Sie auf dem Fürsorgeamt eine Vereinbarung unterzeichnet, mit der Sie sich einverstanden erklärten, dass die Leistungen der Versicherungsgesellschaft von dieser mit Blick auf die von ihm empfangenen Vorschussleistungen direkt an das Fürsorgeamt überwiesen würden. Die Sozialberatung des Kreises 6 hat diese Erklärung nach der Stellungnahme des Fürsorgeamtes der Versicherungsgesellschaft unverzüglich zugestellt. Mit Schreiben vom 1. Oktober bestätigte das Amt der Versicherungsgesellschaft, die Ihnen gewährten Unterstützungsleistungen hätten sich bis Ende September 1993 auf insgesamt Fr. 11 066.– belaufen. Nach den Abklärungen seines Rechtsdienstes ignorierte die Versicherungsgesellschaft indessen die Drittauszahlungsermächtigung und überwies ihre Leistungen statt an das Fürsorgeamt an Ihren Rechtsvertreter. Auch diesem war, wie sich aus einer Ihnen zugestellten Übersicht über die Verwendung der empfangenen Versicherungsleistungen entnehmen lässt, die inzwischen auf Fr. 14 373.– angewachsene Forderung des Sozialamtes bekannt. Dennoch zahlte er Ihnen die lediglich um die Kosten seines Honorares gekürzten Versicherungsleistungen vollumfänglich aus. Auf diesen Sachverhalt und die ungedeckten Unterstützungsleistungen angesprochen, hätten Sie anlässlich einer Besprechung mit dem Rechtsdienst des Fürsorgeamtes erklärt, Sie seien davon ausgegangen, Ihr Rechtsvertreter habe das Guthaben des Fürsorgeamtes von dem Ihnen ausbezahlten Betrag bereits abgezogen und an das Amt überwiesen... Die Umstände, unter denen Sie die Unterstützungsleistungen des Fürsorgeamtes und hernach die Versicherungsleistungen aus der Hand Ihres Rechtsvertreters entgegengenommen haben, schliessen einen eine Rückerstattung auslösenden Leistungsbezug im Sinne der §§ 26 und 27 des Sozialhilfegesetzes aus, weshalb das Fürsorgeamt meines Erachtens zu Recht darauf verzichtet, eine Rückforderungsverfügung zu erlassen. Das ändert aber nichts daran, dass Sie für den gleichen Zeitraum

doppelte Leistungen entgegengenommen haben. Sollten Sie daher durch eine glückliche Fügung des Schicksals einmal in günstigere finanzielle Verhältnisse kommen, so würde das Fürsorgeamt Rückzahlungen, die Sie eingedenk Ihrer erlebten Notlage auf freiwilliger Basis leisten würden, auch zu jener Zeit immer noch gerne entgegennehmen.

Fragen könnte man sich hier nach Meinung des Berichterstatters immerhin, ob sich die Versicherungsgesellschaft und der Rechtsvertreter von Frau Y. nicht in einem eine Haftung für die Forderung des Fürsorgeamtes begründenden Sinne verhalten haben, indem sie die Versicherungsleistungen trotz der Anzeige des Fürsorgeamtes an Frau Y. weiterleiteten.

### **7. Besoldungsrückforderungen**

Mehrere Hortnerinnen und Hortner einer städtischen Schule beschwerten sich beim Ombudsmann, sie hätten das Schuljahr 1992/93 nichts Böses ahnend und im Vertrauen auf Verfügungsmässig bestätigte Beschäftigungsgrad-Vereinbarungen mit dem Büro für Schülerbetreuung des Schulamtes begonnen. Im November 1992 seien rückwirkend auf den 17. August 1992 neue Verfügungen mit teilweise reduziertem Beschäftigungsumfang erlassen worden, weil sich herausgestellt habe, dass die jener Schule zustehenden, von acht Hortnerinnen und Hortnern unter sich aufgeteilten 600 Stellenprozente um 18 Prozentpunkte überschritten worden seien. Dies habe zur Folge gehabt, dass die Hortnerinnen und Hortner Besoldungsrückzahlungen zwischen je Fr. 200.- und Fr. 1600.- hätten hinnehmen müssen, für Arbeit notabene, die sie bereits geleistet hätten.

#### **Abklärungen**

Der Ombudsmann besprach die Angelegenheit zunächst mit dem zuständigen Schulpräsidenten, der sich mit der Begründung schützend vor «seine» Hortnerinnen und Hortner stellte, die zu Beginn des Schuljahres 1992/93 erlassenen Verfügungen seien rechtsverbindlich und könnten von der Stadt nicht rückwirkend geändert werden; allfällige Fehler auf Arbeitgeberseite dürften nicht dem Personal angelastet werden. Nach dem Studium der ihm vom Schulpräsidenten überlassenen Akten erbat sich der Ombudsmann vom Schulvorstand eine erste Stellungnahme. Die ihm von diesem übermittelte Auffassung des Büros für Schülerbetreuung, es habe von den per Schuljahr 1992/93 vorgenommenen Pensumsänderungen vom zuständigen Schulpräsidenten fälschlicherweise keine Kenntnis erhalten, weshalb unzutreffende Löhne ausbezahlt worden seien, leitete er zur Replik umgehend an den Schulpräsidenten weiter und lud angesichts des fortbestehenden offenen Dissenses der Meinungen die involvierten Vertreter von Schulamt, Kreisschulpflege und Finanzamt an den

Runden Tisch. Das Ausspracheergebnis brachte er dem Schulvorstand, mit Kopien an die betroffenen Hortnerinnen und Hortner sowie an die Gesprächsteilnehmer, mit folgendem Bericht zur Kenntnis:

#### **Erwägungen**

Aufgrund der Ausführungen der Vertreter von Büro für Schülerbetreuung und Personalamt wurde allen Gesprächsteilnehmern klar, dass sich das *Anstellungsprozedere* der nicht auf Amtsdauer gewählten Hortnerinnen und Hortner *ausserordentlich kompliziert* gestaltet. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Hortnerinnen und Hortner zu Beginn des am 11. Juli 1992 angelaufenen Hort-Schuljahres mit Verfügungen angestellt wurden, die hinsichtlich des Beschäftigungsumfangs noch auf den Vorjahreszahlen beruhten, da die aktuellen Stundenzahlen noch nicht bekannt waren. Die Verfügungen enthielten keinen diesbezüglichen Vorbehalt. Im November 1992 wurden rückwirkend neue Anstellungsverfügungen erlassen, nachdem bekannt wurde, dass der Stellenplan um 18% überschritten worden war (618% statt 600%). Die Rückwirkung hatte zur Folge, dass die genannten Hortnerinnen und Hortner die bis anhin (bis zum 31. Oktober 1992) bezogenen, über dem Stellenplan liegenden Löhne in Form von Besoldungsabzügen wieder zurückzuerstatten hatten.

Bei der Beurteilung der *Rechtslage* steht das Vertrauensprinzip und das damit zusammenhängende Rückwirkungsverbot im Vordergrund. Für die an der Besprechung anwesenden Juristen war die Rechtslage diesbezüglich eindeutig: Die Hortnerinnen und Hortner, die gemäss den ursprünglichen Verfügungen ihre Arbeit geleistet hatten, sind in ihrem Vertrauen auf diese Verfügungen zu schützen. Die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz sind erfüllt: Die Anstellungsverfügungen sind vorbehaltlos von zuständiger Stelle ergangen und bilden eine taugliche Vertrauensgrundlage; die Hortnerinnen und Hortner haben ihren Lohn konsumiert (vgl. dazu statt vieler: M. Imboden/R. A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5.A. Basel/Stuttgart 1976, S. 462 f.; R. A. Rhinow/B. Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a. M. 1990, S. 230 ff.). Bei der Prüfung der ebenfalls vorausgesetzten Gutgläubigkeit der Hortnerinnen und Hortner stellt sich folgende Frage: Konnten sie wissen oder hätten sie wissen müssen, dass sie insgesamt einen zu hohen Beschäftigungsumfang aufwiesen und entsprechend zuviel Lohn bezogen? Die Frage muss wohl verneint werden. Wenn die Stellenprozent-Berechnung eingestandenermassen selbst den Fachleuten Kopfzerbrechen bereitet, kann den einzelnen Hortnerinnen und Hortnern erst recht nicht entgegengehalten werden, sie hätten in der Beschäftigungssumme aller Hortmitarbeiterinnen und -mitarbeiter eine Überschreitung des Stellenplans erkennen können. Wenn man im übrigen die Voraussetzungen für eine Besoldungsrückerstattung als gegeben betrach-

ten wollte, hätte eine solche den Betroffenen korrekterweise in Verfügungsform mit Rechtsmittelbelehrung eröffnet werden müssen.

Angesichts dieser Rechtslage stimmten alle Gesprächsteilnehmer, insbesondere auch die Vertreter des Finanzamtes, mit mir darin überein, es sei den Hortnerinnen und Hortnern die fragliche, in Abzug gebrachte Besoldungsdifferenz *nachzuzahlen*.

Unter diesen Umständen wäre ich Ihnen, sehr geehrter Herr Stadtrat, dankbar, wenn Sie nachfolgender Empfehlung durch entsprechende Anordnungen Reverenz erweisen würden:

### Empfehlung

Den Hortnerinnen und Hortnern der Schule X ist derjenige Betrag (abzüglich AHV- und ALV-Beiträge) nachzuzahlen, der ihnen infolge der rückwirkenden Herabsetzung des Beschäftigungsumfangs vom 17. August 1992 bis zum 31. Oktober 1992 nachträglich vom Lohn abgezogen worden ist.

Aus Ihrem Amt ist mir versichert worden, dass die anstellungsprozessualen Probleme, welche dieser Fall offengelegt hat, erkannt worden seien und sich künftig nicht mehr wiederholen dürften. Mit Befriedigung habe ich sodann vom Vertreter des Personalamts vernommen, das Reglement über das Anstellungsverhältnis und die Besoldungen der Leiterinnen und Leiter der Horte werde im Rahmen der laufenden Reglementsrevision wesentlich vereinfacht und damit für alle leichter lesbar und verständlich werden.

### Ergebnis

Der Schulvorstand liess der Empfehlung nachstehende Verfügung folgen, von deren Segnungen er – sehr korrekt und verständnisvoll – nicht nur die beschwerdeführenden, sondern auch die übrigen von Besoldungsrückforderungen betroffenen Hortnerinnen und Hortner profitieren liess:

1. Dem Hortpersonal werden, gestützt auf den Schlussbericht des Ombudsmannes der Stadt Zürich vom 20. Mai 1994, im Sinne einer Ausnahme und ohne Präjudiz für die Zukunft die abgezogenen Besoldungsbestandteile wie folgt zurückvergütet:  
.....  
.....
2. Das Personalamt wird eingeladen, die Rückerstattung an die Hortnerinnen/Hortner mit der Oktoberbesoldung 1994 vorzunehmen.

### 8. Rückforderung der Handänderungssteuer

Wie erwähnt, lösen Rückforderungen nicht nur bei den davon betroffenen Bürgerinnen und Bürgern Irritationen und Abwehrreflexe aus, sondern trotz des für ihre Tätigkeit geltenden Gesetzmässigkeitsprinzips oft auch bei öffentlich Bediensteten.

### Sachverhalt

Am 30. Juli 1993 veräusserten die Eheleute G. ihr Einfamilienhaus in Zürich und reinvestierten den Verkaufserlös am 3. August 1993 in eine Eigentumswohnung in Winterthur. Der Liegenschaftsverkauf wurde von den zürcherischen Ämtern mit Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuer belegt, obwohl die Eheleute allerorts hätten verlauten lassen, der Verkaufserlös werde innert weniger Tage für den Erwerb einer Eigentumswohnung verwendet. Erst als sie sich im Herbst 1994 zum Kauf eines Einfamilienhauses in Winterthur entschlossen hätten, seien sie darüber belehrt worden, bei Ersatzbeschaffung eines Eigenheims im Kanton Zürich innerhalb von zwei Jahren werde die Grundstückgewinnsteuer um 50% ermässigt, während die Handänderungssteuer wegfalle. Auf eine Vorsprache beim Steueramt habe ihnen dieses die Grundstückgewinnsteuer zwar um 50% ermässigt, sie für die Rückforderung der Handänderungssteuer aber auf den Revisionsweg verwiesen. Statt ihr Revisionsgesuch aufgrund der klar zutage liegenden Verhältnisse einer materiellen Behandlung zu unterziehen, habe sie das Steueramt aufgefordert, die Namen der seinerzeit über die Ersatzbeschaffung orientierten Beamten zu nennen.

### Abklärungen

Während die den Eheleuten bei der Grundstückgewinnsteuer gewährte Ermässigung infolge Veräusserung der ersatzweise beschafften Eigentumswohnung vor Ablauf von 10 Jahren wieder dahinfiel, worüber sie der Ombudsmann unter Hinweis auf die einschlägige Steuergesetzesbestimmung (§ 170<sup>bis</sup> Abs. 2) orientierte, blieb die Frage einer Befreiung von der Handänderungssteuer weiterhin aktuell. Der Ombudsmann bat das Steueramt der Stadt Zürich dazu um eine Stellungnahme. Gestützt darauf und auf das Studium der einschlägigen Literatur, erstattete er den Eheleuten folgenden Bericht:

### Erwägungen

Unterschiedliche Anknüpfungspunkte für grundsteuerliche Vergünstigungen beim gleichen Sachverhalt kennen weder das Gesetz («... , soweit der Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft im Kanton verwendet wird.») noch die Lehre (vgl. etwa B. Koller, Liegenschaftsverkauf und Steuer im Kanton Zürich, Zürich 1992, S. 11 unten).

Dass es dennoch dazu gekommen ist, erklärt die Abt. Grundsteuern in ihrer Stellungnahme wie folgt:

Am 30. Juli 1993 veräusserten die Eheleute G. ihre Liegenschaft in Zürich und erwarben am 3. August 1993 eine neue Liegenschaft in Winterthur. Eine derartige Veräusserung bedeutet eine steuerbare Handänderung, welche zu Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuerfolgen führt. Ersterer wird grundsätzlich durch das jeweilige Grundbuchamt, letztere durch das Steueramt der Stadt Zürich veranlagt.

Vorliegend hatte demnach das Grundbuchamt Zürich-Oerlikon die Handänderungssteuerfrage zu prüfen. Dieses erliess noch am Tage der Eigentumsübertragung eine mit Rechtsmittelbelehrung versehene Verfügung, worin es den Veräusserern eine Handänderungssteuer auferlegte. Die Rechtsmittelfrist liessen die Veräusserer unbenützt verstreichen, wodurch die Handänderungssteuer in Rechtskraft erwachsen ist.

Im späteren Veranlagungsverfahren, nunmehr vor dem Steueramt, machten die Veräusserer hingegen erstmals ihre zwischenzeitlich erfolgte Ersatzbeschaffung geltend, wodurch denn auch die Grundstückgewinnsteuer um 50% ermässigt wurde.

Die unterschiedliche Sachverhaltsbeurteilung erklärt sich somit durch die zwei von verschiedenen Behörden vorgenommenen Veranlagungen, wobei das Grundbuchamt möglicherweise von der noch nicht vollzogenen Ersatzbeschaffung keine oder keine gesicherte Kenntnis hatte.

Allgemein können rechtskräftige Steuerveranlagungen nur ausnahmsweise und nur unter bestimmten Voraussetzungen, nämlich auf dem Wege der Revision (§ 108 StG), korrigiert werden. Bei der Geltendmachung von Steuer-Befreiungen bzw. -Ermässigungen verhält es sich naturgemäss etwas anders, da eine privilegierende Ersatzbeschaffung von Wohneigentum zum Zeitpunkt der Grundsteuerveranlagung oft noch nicht vollzogen worden ist. Da eine Ersatzbeschaffung *von Gesetzes wegen* aber noch «innert angemessener Frist» (§ 170<sup>bis</sup> StG; § 180 lit. k StG) *nachträglich* geltend gemacht werden kann, lässt die Praxis die *Revision* in derartigen Fällen *ohne weiteres* zu: So schreibt beispielsweise F. Zuppinger (Steuerrecht II, Zürich 1984, S. 55) zur Handänderungssteuer:

Die Ersatzbeschaffung hat «innert angemessener Frist» zu erfolgen. Welche Frist als angemessen zu betrachten ist, hängt von den Verhältnissen des Einzelfalles ab. Für zürcherische Verhältnisse erscheint eine Frist *von mindestens 2 Jahren* angemessen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass der Grundstückgewinnsteuer- und der Handänderungssteuerbezug nicht unter Hinweis auf eine künftige Ersatzbeschaffung bis zum Ablauf der genannten Fristen hinausgezögert werden kann. Mit Veräusserung des Grundstückes oder Heimwesens sind die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern geschuldet. Sie sollen dementsprechend veranlagt und bezogen werden. Einer späteren Ersatzbeschaffung kann durch *Revision* der Grundsteuerveranlagung Rechnung getragen werden.

Zum selben Ergebnis gelangt auch B. Koller (a. a. O., S. 41).

Bei dieser Rechtslage ist nach meinem Dafürhalten die Frage, welche Auskünfte Sie seinerzeit über die Handänderungssteuer bei Ersatzbeschaffung erhalten haben, nicht von entscheidender Bedeutung. Sollten Sie – wie Sie geltend machen – seinerzeit unzutreffende Auskünfte erhalten haben, so müsste eine Revision indessen *erst recht* zugelassen werden.

Ergebnis

Die Abt. Grundsteuern des städtischen Steueramtes hat mich darüber orientiert, sie werde der Grundsteuerkommission die Zulassung der Revision beantragen, um Ihnen die *Handänderungssteuer* zurückerstatten zu können.

## 9. Erstattung friedensrichterlicher Weisungskosten

Mitunter, wie in diesem Fall, stehen einer Rückerstattung rechtsstaatliche Organisations- und Verfahrensgrundsätze entgegen, die dazu zwingen, ein befriedigendes Resultat auf dem Wege einer kompensatorischen Billigkeitsleistung herbeizuführen.

Sachverhalt

Nach erfolglosen Betreibungseinleitungen gegen den Kanton Zürich auf Schadenersatz und Genugtuung in schwindelerregender Höhe gelangte S. mit den entsprechenden beiden Forderungen an das Friedensrichteramt. Dieses lud die Beteiligten zu beiden Forderungen vor, machte den Kläger zwar auf das im kantonalen Haftungsgesetz für Schadenersatzbegehren vorgesehene Verfahren aufmerksam, stellte ihm dann aber auf sein Beharren für beide Forderungen Weisungen an das Bezirksgericht Zürich aus. Daraus erwuchsen ihm Kosten von Fr. 397.– und Fr. 447.–, zusammen Fr. 844.–, welche er bezahlte. Mangels Durchführung des Vorverfahrens im Sinne von § 22 des Haftungsgesetzes trat das Bezirksgericht Zürich auf die Schadenersatzklagen nicht ein, worauf S. die Fr. 844.– vom Friedensrichteramt mit der Begründung zurückforderte, es habe ihn kompetenzwidrig durch unnötige Sühnverfahren gezogen. Da sich das Amt zu solcher Rückerstattung ausserstande erklärte und gegen einen dahingehenden Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhob, stellte S. kurz hintereinander Begehren an den Ombudsmann um Vermittlung und an das Bezirksgericht Zürich um Rechtsöffnung, beide mit dem Zweck, die Weisungsgebühren zurückzuerhalten.

Abklärungen

Nach Studium der einschlägigen Verfahrensunterlagen, der gesetzlichen Grundlagen und der Literatur und nach Vergegenwärtigung der von verschiedensten Organen auf diese Sache schon verwendeten Energien entschloss sich der Ombudsmann zu einem Versuch, der ganzen leidvollen und noch nicht ausgestandenen Angelegenheit zwecks Vermeidung weiteren Energieverschleisses in zusätzlichen Verfahren ein ebenso kräftesparendes wie sachlich befriedigendes Ende zu bereiten. Zu diesem Zweck besprach er sich zunächst eingehend mit dem involvierten Friedensrichteramt und gelangte darauf mit folgenden Zeilen an das Zentralsekretariat des Finanzamtes:

Das Friedensrichteramt stellt sich auf den Standpunkt, zur Durchführung der beiden Sühnverfahren in der erfolgten Weise angesichts des klägerischen Verhaltens nach Gesetzgebung und Rechtsprechung verpflichtet und nicht befugt gewesen zu sein, dem Kläger gegen dessen Willen ein Sühnverfahren und eine Weisung ans Gericht zu verweigern, er habe daher auch die entsprechenden Kosten zu tragen. Das Amt entbehre eines Rechtstitels, ihm die Kosten zurückzuerstatten. Ich habe in der Besprechung Zweifel an der Unabweislichkeit von Sühnverfahren und Weisungsausstellung durchblicken lassen, ohne indessen im Vorgehen des Friedensrichteramtes einen Fehler zu erblicken. Aufgrund einer Analyse der Rechtsnatur der Staatshaftungsansprüche – Ansprüche des öffentlichen Rechts, obwohl die Zivilgerichte darüber zu entscheiden berufen sind – und der Verfahrensbestimmungen der §§ 22 ff. des Haftungsgesetzes – nach § 23 kann die Klage beim zuständigen Bezirksgericht *direkt* erhoben werden, wenn das Vorverfahren gemäss § 22 für den Ansprecher unbefriedigend verlaufen ist – halte ich die Durchführung von Sühnverfahren in Staatshaftungsfällen jedenfalls nicht für unabdingbar. Der Umstand, dass in solchen Fällen auf Seiten des beklagten Gemeinwesens dem Legalitätsprinzip unterliegende und nicht privater Disposition zugängliche Leistungen in Frage stehen, könnte gar dafür sprechen, dass es in solchen Auseinandersetzungen nach dem Vorverfahren im Sinne von § 22 Haftungsgesetz grundsätzlich keinen Platz mehr für ein Sühnverfahren hat. Erscheint aufgrund der haftungsgesetzlichen Verfahrensordnung ein Sühnverfahren nicht als unabdingbar, so muss es einem Friedensrichter in solchen Fällen zumindest freistehen – ob er gar verpflichtet wäre, bleibe dahingestellt –, ein Begehren um Durchführung eines Sühnverfahrens und um Ausstellung einer Weisung ans Gericht abzulehnen. Wenn aber die Möglichkeit bestanden hätte, von Sühnverfahren Umgang zu nehmen und derweise dem Kläger Kosten von insgesamt rund Fr. 800.– zu ersparen, sollte es dem Gemeinwesen, meine ich, nicht allzu schwer fallen, auf deren Vereinnahmung zu verzichten bzw. bereits eingekommene Beträge zurückzuerstatten. Dies schiene mir zumal deshalb angezeigt zu sein, weil es sich beim Kläger um einen schon lange arbeitslosen, heute ausgesteuerten und fürsorgeabhängigen Familienvater handelt, der zwar von einer ausgeprägten Prozessfreude beseelt ist, es aber unterlassen hat, schon im Hinblick auf die Sühnverfahren um unentgeltliche Prozessführung nachzusuchen. Vielleicht gelänge es dem mit aller staatlichen Autorität Hadernden, zu ebendem Staat vielleicht doch wieder einen Funken Vertrauen zu gewinnen, wenn sich dieser einmal von der nachsichtigen Seite zeigte. Obendrein könnte sich diese Nachsicht per Saldo auch noch auszahlen, indem sie verfahrensrechtliche Weiterungen obsolet macht.

Das Zentralsekretariat des Finanzamts sah sich durch diese Zeilen und ein Positionspapier des Friedensrichteramtes zu einer tieferschürfenden Ab-

klärung veranlasst. In einem dem Friedensrichteramt zur Stellungnahme unterbreiteten Exposé führte es unter Bezugnahme auf die haftungsgesetzliche Verfahrensregelung unter anderem aus:

Gemäss § 22 sind Begehren auf Feststellung, Schadenersatz und Genugtuung schriftlich beim Regierungsrat resp. bei der Gemeindevorsteherschaft einzureichen. Gemäss § 23 kann die Klage beim zuständigen Bezirksgericht *direkt* erhoben werden, wenn die zuständige Behörde zum Anspruch innert drei Monaten seit der schriftlichen Geltendmachung nicht oder ablehnend Stellung genommen hat. In Haftungsfällen ist ein Sühnverfahren resp. eine Weisung des Friedensrichters an das Bezirksgericht *nicht nötig*, weil das Sühnverfahren durch ein gesetzliches Vorverfahren vor den Verwaltungsbehörden ersetzt wird. In Haftungsfällen soll darum der Friedensrichter wegen sachlicher Unzuständigkeit auf die Klage nicht eintreten. Die Ausstellung einer Weisung soll auch dann verweigert werden, wenn der Kläger dies ausdrücklich verlangt. Der Zugang des Klägers zum Bezirksgericht wird durch den Nicht-eintretensentscheid nicht verunmöglicht. § 23 des Haftungsgesetzes sichert dem Kläger den direkten Zugang zum Bezirksgericht.

Das Zentralsekretariat gestand dem Friedensrichteramt zu, vor dem Hintergrund eines für die Friedensrichterämter formell noch immer verbindlichen, durch die Rechtsentwicklung aber überholten Bezirksgerichtsentscheids aus dem Jahre 1947 korrekt entschieden und nicht die Kompetenz zu haben, die fraglichen Weisungsgebühren zurückzuerstatten. Es fuhr dann aber fort:

Dem Stadtrat ist aber nicht verwehrt, eine revisionsbedürftige Gerichtspraxis durch eine freiwillige Leistung zu korrigieren. Wir gehen darum mit dem Ombudsmann einig, wonach die Stadt die fraglichen Gebühren freiwillig zurückerstatten soll.

#### Erledigung

Mit dem Plazet des Friedensrichteramtes (um dem Eindruck einer unzulässigen Einmischung der Exekutive in die Kompetenz der Gerichte vorzubeugen) beantragte das Finanzamt dem Stadtrat, S. die Weisungskosten im Sinne einer freiwilligen Leistung zurückzuerstatten. Der Stadtrat erhob den Antrag am 7. September 1994 zum Beschluss.

### III. Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht

Ähnlich der Geltendmachung von Rückforderungen staatlicher Leistungen löst auch der fürsorgeamtliche Beizug von Verwandten unterstützungsbedürftiger Personen zu finanzieller Hilfe infolge der häufig gelockerten und oft auch getrüben verwandtschaftlichen Beziehungen allgemein und wegen der damit verbundenen, schnell zu beachtlicher Höhe anwachsenden Beträge im besonderen bei den dazu ausersehenen Personen verständlicherweise nicht eitel Freude aus. Erstaunen, Missbehagen oder offene Ablehnung sind deren weit aus häufigere Reaktionen. Von familiärer Solidarität ist nur zu oft wenig bis nichts mehr zu spüren. Will sich das hilfeleistende Gemeinwesen auf Kosten von Verwandten des oder der Unterstützungsbedürftigen von seiner Unter-



stützungspflicht entlasten, so ist behutsames, taktvolles sowie sach- und zeitgerechtes Vorgehen oberstes Gebot. Die nachstehenden zwei Fälle machen die Schwierigkeiten dieser Aufgabe sichtbar.

#### **10. Rechtzeitige Benachrichtigung unterstützungspflichtiger Verwandter**

Der nachstehend geschilderte Fall veranlasste den Ombudsmann zu grundsätzlichen Ausführungen über die Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht durch das Fürsorgeamt.

##### Sachverhalt

Am 25. November 1993 erhielt der betagte Herr W. vom Rechtsdienst des Fürsorgeamtes die Hiobsbotschaft, sein bald 50jähriger Sohn habe in den vergangenen zwei Jahren Unterstützungsleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 32 000.– bezogen und er als der Verwandtenunterstützungspflicht unterliegende Vater sei gebeten, diesen Betrag zurückzuerstatten. Herr W. fand, man hätte ihn, wenn man ihn schon zur Unterstützung heranziehen wolle, früher, vor Akkumulation eines so hohen Betrags, orientieren sollen. Zudem habe ihn, so seine Ausführungen beim Ombudsmann, der Umstand an Bestand und Umfang seiner Unterstützungspflicht zweifeln lassen, dass er nach Vorsprache beim Rechtsdienst von diesem einen zweiten Brief erhalten habe, in welchem die Forderung auf etwas über Fr. 17 000.– reduziert worden sei. Nicht dass er sich sträube zu zahlen, was rechtlich in Ordnung sei, aber er hätte die gestellten Forderungen angesichts ihrer beachtlichen Höhe doch gerne etwas solider abgesichert und wüsste insbesondere gerne, wie diese Pflicht in Gesetz und Gerichtspraxis verankert sei.

##### Abklärungen

Der Ombudsmann bat das Fürsorgeamt zunächst um eine Vernehmlassung, bildete sich gestützt darauf und auf das Studium von Literatur und Rechtsprechung zur Verwandtenunterstützungspflicht eine vorläufige Meinung über Angemessenheit und Modalitäten ihrer Geltendmachung im vorliegenden Fall, überprüfte diese Meinung in einem längeren Gespräch mit Vertretern des Rechtsdienstes des Fürsorgeamtes und erstattete daraufhin Herrn W. folgenden Schlussbericht:

Im Zentrum Ihres Unbehagens über die Art und Weise der Geltendmachung Ihrer Verantwortung für die Unterstützung Ihres Sohnes durch das Fürsorgeamt steht doch wohl die Frage nach Bestand und Umfang einer solchen vom Schweizerischen Zivilgesetzbuch unter dem Titel Verwandtenunterstützungspflicht normierten Verantwortlichkeit. Könnte man allenfalls noch

bezweifeln, dass dem ZGB eine *Pflicht* der Gemeinwesen entnommen werden kann, den Unterhaltsanspruch gegenüber Verwandten bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zur Geltung zu bringen, und dass Gemeinwesen, die auf Geltendmachung generell verzichten, Bundesrecht missachten, so deutet die Regelung von § 25 des zürcherischen Sozialhilfegesetzes doch darauf hin, der kantonale Gesetzgeber wolle die Aktualisierung der Verwandtenunterstützungspflicht (durch die zürcherischen Gemeinden) eben doch im Prinzip durchgeführt haben. Anders liesse sich die Anweisung «Die Fürsorgebehörde prüft, ob ... Verwandte zur Unterstützung des Hilfeempfängers verpflichtet sind» in § 25 des Sozialhilfegesetzes kaum verstehen, auch wenn die «Kann»-Formel für den behördlichen Beizug zur Hilfeleistung im darauffolgenden Satz den kategorischen Imperativ wieder etwas relativiert. Zusammengenommen dürfte § 25 etwa folgender Sinn entnommen werden können: Entsprechend den meisten anderen Kantonen will der Gesetzgeber des Kantons Zürich die bundeszivilrechtliche Verwandtenunterstützungspflicht durch die zürcherischen Gemeinden auf die sie auslösenden Voraussetzungen hin überprüft und, sofern die Voraussetzungen gegeben sind, grundsätzlich auch geltend gemacht wissen. Nur wenn die Voraussetzungen fehlen, wenn insbesondere die von der kantonalen Fürsorgedirektion als Richtgrössen bezeichneten Mindestsätze für Einkommen und Vermögen der unterstützungspflichtigen Verwandten nicht erreicht werden oder wenn stichhaltige Gründe (beispielsweise Enterbungsgründe) einen Verzicht nahelegen, soll seitens der Fürsorgeämter von der Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht Abstand genommen werden. Bei der Geltendmachung haben die Ämter das verfassungsrechtliche Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.

Die Praxis des stadtzürcherischen Fürsorgeamtes entspricht, wovon ich mich aufgrund eines längeren Gesprächs mit dessen Rechtsdienst überzeugen konnte, im wesentlichen dem Wortlaut und der vorstehend erwähnten und in einer Rechtsanwendungsrichtlinie der kantonalen Fürsorgedirektion umschriebenen Auslegung von § 25 des Sozialhilfegesetzes. Von den jährlich rund 1200 Unterstützungsfällen werden dem Vernehmen nach etwa 250, d. h. knapp 20%, einer näheren Prüfung auf Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht durch den Rechtsdienst entgegengeführt. Schliessen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der für eine Unterstützung in Betracht fallenden Verwandten ihren Beizug zur Unterstützung nicht von vornherein aus (Reineinkommen von weniger als Fr. 80 000.– bei Alleinstehenden und Fr. 100 000.– bei Verheirateten; Reinvermögen von unter Fr. 300 000.– bei Alleinstehenden, Fr. 400 000.– bei Verheirateten), so werden die Angehörigen gewöhnlich mit einem Formularbrief zu einer Besprechung auf das Fürsorgeamt eingeladen. In dieser Besprechung wird die Leistungsfähigkeit des oder der Unterstützungs-

pflichtigen unter seiner/ihrer Mitwirkung allseitig und umsichtig abgeklärt und in jenen Fällen, wo sie grundsätzlich bejaht wird, in der Regel auf gutlichem Wege, durch eine Vereinbarung, konkret festgelegt. Nur in vergleichsweise wenigen Fällen sieht sich das Fürsorgeamt zu gerichtlicher Geltendmachung veranlasst. Stehen sie erst einmal mit dem Rücken zur Wand, so machen die zur Unterstützung herangezogenen Verwandten häufig aus ihrer Not eine Tugend und geben es als Point d'honneur aus, ihre in Not geratenen Angehörigen nicht im Stich und der öffentlichen Fürsorge anheimfallen zu lassen.

In der beschriebenen Weise ist das Verfahren grundsätzlich auch in Ihrem Fall abgelaufen. Ungewöhnlich und, wie der Rechtsdienst des Fürsorgeamtes einräumt, auch eher ungeschickt war der Wortlaut seiner Mitteilung vom 25. November 1993, mit welcher Sie – statt mit oben erwähntem Formularbrief zu einer Besprechung eingeladen – unvermittelt und sehr direkt zur Erstattung der bis dahin aufgelaufenen Unterstützungsleistungen an Ihren Sohn aufgefordert worden sind. Und zu beanstanden ist, dass der Rechtsdienst Sie erst 21 Monate nach Verabfolgung von Unterstützungsleistungen an Ihren Sohn über seine Absicht orientiert hat, Sie zur Verwandtenunterstützung im Sinne von Art. 328/329 ZGB beizuziehen. Zwar gibt es durchaus ernst zu nehmende sachliche und verfahrensmässige Gründe, welche der Frist für die Benachrichtigung von Verwandten über die Unterstützung ihrer Angehörigen eine untere Grenze setzen. Zum einen sind es die Überlegungen der kantonalen Fürsorgedirektion, wonach mit einer automatischen Orientierung der Verwandten hilfsbedürftigen Personen der Gang zum Fürsorgeamt unnötig erschwert werden könnte. Zum andern setzen mit der nicht immer einfachen Abklärung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der für die Unterstützung in Betracht fallenden Verwandten verbundene technische Fristen der unverzüglichen Benachrichtigung durch das Fürsorgeamt Grenzen. Gleichwohl, räumt der Rechtsdienst des Fürsorgeamtes ein, wäre im eigenen Interesse des Amtes «eine raschere Information des Vaters» angezeigt gewesen. Für die späte Benachrichtigung führt der Rechtsdienst seine grosse Arbeitsbelastung und seine beschränkten personellen Ressourcen ins Feld, die freilich nicht nur Verzögerungen der Geltendmachung, sondern mitunter, wie gerade auch in Ihrem Fall, auch den verjährungsbedingten Untergang von zurückzuerstattenden Unterstützungsleistungen zur Folge haben. Ressourcengängel können aber, wie in der verwaltungsrechtlichen Literatur und Gerichtspraxis immer wieder festgestellt wird, die Gemeinwesen nicht von der zulänglichen, besonders auch zeitgerechten, Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dispensieren. Der Ersatzanspruch des Fürsorgeamtes hat sich durch Verjährung auf Fr. 17 628.– reduziert – annähernd die Hälfte dessen, was bei rechtzeitiger Geltendmachung aus der Verwandtenunterstützungspflicht hätte herausgeholt werden können. Mit Blick darauf möchte ich

Ihnen, im Sinne eines Akts ausgleichender Gerechtigkeit, *empfehlen*, den Ersatzanspruch in diesem Umfang anzuerkennen und in den Ihnen vorgeschlagenen vier Raten abzutragen.

Dem Fürsorgeamt möchte ich, um Probleme der hier entstandenen Art bei der Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht künftig zu vermeiden, empfehlen, die Prioritäten bei der Erfüllung der dem Rechtsdienst übertragenen Aufgaben so zu setzen, dass Einladungen an die für eine Unterstützung in Betracht fallenden Verwandten zur Besprechung ihres Unterstützungsengagements wenn immer möglich im Zeitraum eines Vierteljahres, jedenfalls aber nicht später als ein halbes Jahr nach Aufnahme der Unterstützungsleistungen erfolgen. Je kürzerfristig das Engagement des unterstützenden Gemeinwesens und je bescheidener daher der Gesamtbetrag der geleisteten Unterstützung, desto eher lässt sich erwägen, die öffentliche Unterstützung durch die private seitens Verwandter *abzulösen* und auf Geltendmachung eines Ersatzanspruchs für bereits geleistete Unterstützung zu verzichten.

Ergebnis

Herr W. erklärte sich in einem freundlichen Schreiben bereit, der Empfehlung aufgrund des aufschlussreichen Berichts Folge zu leisten, und bedankte sich für die Bemühungen.

#### **11. Kooperative oder autoritäre Geltendmachung der Verwandtenunterstützung?**

Besonders heikel wird die Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht durch das Gemeinwesen in Fällen, wo es wie im vorliegenden um verbeiständete oder in Alters- oder Pflegeheimen plazierte Unterstützungsbedürftige geht.

Sachverhalt

R.s Mutter war Ende November 1988 im privaten Pflegeheim N. untergebracht und auf beider Begehren mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde vom 23. Februar 1989 verbeiständete worden. Im Oktober 1993 erhielt R. vom Rechtsdienst des Fürsorgeamtes die Mitteilung, das Vermögen der Mutter sei durch die Pflegeheimkosten aufgebraucht worden, weshalb ihr seit Ende März 1993 Fürsorgeleistungen hätten ausgerichtet werden müssen. Da eine familienrechtliche Unterstützungspflicht bestehe, möge er sich beim Rechtsdienst des Fürsorgeamtes zu einer Besprechung über die Abtragung der aufgelaufenen Schulden – gegen Fr. 40 000.– – einfinden. Durch diese Mitteilung vor den Kopf gestossen, warf R. den städtischen Instanzen vor, die Rechnung «ohne den

Wirt» gemacht zu haben, indem namentlich der Beistand der Mutter nichts unternommen habe, sie wegen absehbar raschen Vermögensverzehr rechtzeitig in ein kostengünstigeres Pflegeheim zu verlegen. Mit der erst im Oktober erfolgten Mitteilung über die bereits im März 1993 eingetretene Unterstützungsbedürftigkeit der Mutter sei er vor vollendete Tatsachen gestellt worden.

## Abklärungen

Der Ombudsmann erbat sich vom Fürsorgeamt wiederum zunächst eine Vernehmlassung, lud darauf Vertreter des Rechtsdienstes zur Besprechung kontroverser Punkte an seinen Runden Tisch, forderte, weil Widersprüche in der Sachverhaltsschilderung bestehen blieben, bei der Amtsvormundschaft die Beistandschaftsakten an, konfrontierte den Rechtsdienst des Fürsorgeamtes daraufhin mit seinem in einem Zwischenbericht niedergelegten vorläufigen Befund und erstattete R., nachdem Beurteilungsdivergenzen nicht hatten ausgeräumt werden können, folgenden Schlussbericht:

## Erwägungen

### 1. Sachverhalt

Den Akten der Amtsvormundschaft ist folgendes zu entnehmen: Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 23. Februar 1989 wurde die Altersfürsorgerin beauftragt, «für geeignete Unterbringung mit der nötigen medizinischen und sozialen Betreuung besorgt zu sein», und verantwortlich erklärt, «die finanziellen und administrativen Angelegenheiten» und «die Finanzierung von Unterhalt und Unterbringung zu regeln». Mit Schreiben vom 15. März 1989 orientierte sie die Zürcher Kantonalbank über ihre Ernennung zum Beistand und erklärte alle allfälligen bisherigen Vollmachten für ungültig. Von da an erhielten Sie keine Bankauszüge Ihrer Mutter mehr, und letztere war nicht mehr in der Lage, Ihnen über ihre finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben.

Da die Einkünfte aus AHV, AHV-Zusatzleistungen und limitierten Krankenversicherungsleistungen für die hohen Kosten im Pflegeheim N., wo Frau R. als Privatpatientin in einem Einzelzimmer untergebracht war, nicht ausreichten, hob die Altersfürsorgerin vom Sparguthaben der Patientin bereits am 8. August 1989 den Betrag von Fr. 10 000.– ab. In mehr oder weniger regelmässigen Abständen erfolgten weitere Rückzüge à Fr. 10 000.– bzw. Fr. 15 000.–, bis das Vermögen aufgebraucht war. Am 1. Oktober 1992 teilte die Nachfolgerin der zum Beistand bestellten Altersfürsorgerin dem Fürsorgeamt in Form einer Erst-Anmeldung mit: «... Das Vermögen ist nun aufgebraucht, und ab Oktober wird die öffentliche Unterstützung nötig...» ...

Anhaltspunkte dafür, dass eine Umplazierung Ihrer Mutter von den beiden Beiständen erwogen worden wäre, finden sich in den Akten nirgends. Ins-

besondere enthalten die Rechenschaftsberichte zuhanden der Vormundschaftsbehörde vom 27. Juni 1991 und vom 18. Oktober 1993 keine diesbezüglichen Hinweise.

Ihre Mutter verstarb im Dezember 1993.

### 2. Rechtliches

Nach dem Tode einer vom Fürsorgeamt der Stadt Zürich unterstützten Person richtet sich der Rückforderungsanspruch gemäss § 28 des Sozialhilfegesetzes (abgekürzt: SHG) zunächst gegen deren Nachlass. Wenn der Nachlass keine oder – wie im vorliegenden Fall – keine ausreichenden Aktiven enthält, steht dem Fürsorgeamt für ungedeckte Unterstützungsauslagen gestützt auf Art. 328 f. ZGB ein zivilrechtlicher Rückgriff auf verwandtenunterstützungspflichtige Angehörige zu (§ 25 SHG). Wie in den meisten andern Kantonen will der Gesetzgeber auch im Kanton Zürich die Verwandtenunterstützungspflicht durch die Gemeinden grundsätzlich zur Anwendung gebracht wissen. Angesichts der gewandelten gesellschaftlichen Verhältnisse empfiehlt aber die Fürsorgedirektion des Kantons Zürich in ihrem Sozialhilfe-Behördenhandbuch vom April 1993, «sich nur sehr zurückhaltend bzw. lediglich in krassen und stossenden Fällen auf die Verwandtenunterstützung zu berufen».

Seiner Rechtsnatur entsprechend kann der Regressanspruch des Fürsorgeamtes auf unterstützungspflichtige Verwandte nicht weiter gehen als die zugrundeliegende Hauptforderung. Der Rückgriff auf Verwandte setzt zudem voraus, dass die Hauptforderung zu Recht besteht. Das bedeutet, dass das Fürsorgeamt zu Unrecht (z. B. an eine nicht unterstützungsbedürftige Person) ausgerichtete Unterstützungsleistungen von unterstützungspflichtigen Verwandten nicht einfordern darf. Albert Banzer (Die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328/329 ZGB, Diss. Zürich 1979, S. 173–175) hält dazu präzisierend und quantifizierend fest:

Bei der Bemessung des Umfangs des Unterstützungsanspruchs muss in erster Linie von dem für den Lebensunterhalt des Bedürftigen Erforderlichen ausgegangen werden. ... Der Unterstützungsanspruch erstreckt sich deshalb nicht auf die Deckung von Bedürfnissen, welche sich aus der bisherigen Lebenshaltung und gesellschaftlichen Stellung des Bedürftigen ergeben, sondern er bleibt immer auf die Deckung des Lebensnotwendigen beschränkt. Diese Schranke stellt in jedem Falle die obere Grenze des Umfangs des Unterstützungsanspruchs dar, sie kann auch dann nicht überschritten werden, wenn der Pflichtige gemessen an seiner Leistungsfähigkeit durchaus in der Lage wäre, noch mehr zu leisten.

Es wäre mit anderen Worten nicht statthaft, eine Person unnötigerweise in einem für ihre Verhältnisse zu teuren Heim auf Kosten der öffentlichen Fürsorge zu beherbergen. Und wenn dies trotzdem geschähe, dürften die Unterstützungsauslagen von den Verwandten nicht zurückgefordert werden.

### 3. Argumentation des Rechtsdienstes des Fürsorgeamtes

Das Fürsorgeamt beruft sich auf die elementaren Grundsätze des Sozialhilfegesetzes, wonach die Fürsorgeämter einer in Not geratenen Person rasch und unbürokratisch Hilfe zu gewähren haben (vgl. etwa § 4 SHG, ferner §§ 14 und 15 SHG). Die notfallmässige Unterbringung von Frau R. im Pflegeheim N. sei zum damaligen Zeitpunkt sicher richtig gewesen. Bei einer statistischen Restlebenserwartung von noch zwei Jahren und einem Vermögen der Patientin von rund Fr. 60 000.– habe keine Veranlassung bestanden, an eine Umplazierung zu denken. Umplazierungen aus finanziellen Gründen würden nicht vorgenommen, weil die damit verbundenen Änderungen im persönlichen Umfeld der Gesundheit der Patienten erfahrungsgemäss schaden und oft deren baldigen Tod zur Folge hätten. Um unnötige Diskussionen der Fürsorgeämter mit den Verwandten zu vermeiden, die dem Wohle der Hilfesuchenden zuwiderliefen, sei es ausreichend, die Verwandten hinterher über ihre Unterstützungspflicht zu orientieren.

### 4. Stellungnahme des Ombudsmannes

#### a) Rechtzeitige Orientierung der Angehörigen

Es trifft zu, dass die Fürsorgeämter kraft öffentlichen Rechts verpflichtet sind, in Not geratene Bedürftige unverzüglich zu unterstützen, und zwar auch dann, wenn das Vorhandensein unterstützungspflichtiger Verwandter noch nicht abgeklärt werden konnte. Dass die pflichtigen Verwandten in derartigen Fällen aber so rasch wie möglich *orientiert* werden sollten, habe ich unlängst in einem andern Fall dargelegt (vgl. das voranstehende Fallbeispiel Nr. 10). Die Orientierungspflicht lässt sich aus dem *Subsidiaritätsprinzip* (§ 14, §§ 19 ff. und § 25 SHG) ableiten: Die Verwandtenunterstützungspflicht geht der öffentlichen Sozialhilfe vor (§ 25 SHG).

Die Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht durch Fürsorgeämter ist auf vertrauensvolle Kooperation unter den Beteiligten angewiesen. Die Zusammenarbeit mit den Verwandten ist zweifellos besser, wenn sie in die ihre unterstützungsbedürftigen Angehörigen betreffenden Entscheidungen miteinbezogen werden, als wenn sie hinterher vor vollendete Tatsachen gestellt und zur Kasse gebeten werden. Den Ämtern bleibt es dabei unbenommen, sich für die Bedürfnisse und zum Wohl der Unterstützungsbedürftigen einzusetzen und sich allfälligen kostengünstigen Plazierungsvorstellungen der Verwandten entgegenzustellen, die den medizinischen und sozialen Anforderungen im Einzelfall nicht genügen. Die erst nachträgliche Orientierung der unterstützungspflichtigen Verwandten ist ein ihren Gehörsanspruch verletzendes und unverhältnismässiges Mittel, um der – leider oft zu Recht – befürchteten mangelnden Hilfsbereitschaft der Verwandten zuvorzukommen.

Im vorliegenden Fall erfolgte Ihre Orientierung nach meinem Dafürhalten zu spät. Der Vermögensverzehr zeichnete sich bereits im Jahre 1992 ab. Am 1. Oktober 1992 meldete die Altersfürsorgerin Ihre Mutter beim

Fürsorgeamt an. Sie hingegen wurden erst ein Jahr später, nämlich mit Schreiben vom 12. Oktober 1993, über den im März 1993 eingetretenen Unterstützungsfall orientiert, als die Verwandtenunterstützungspflicht geltend gemacht wurde.

#### b) Rechtzeitige Umplazierung

Auch ich bin der Meinung, dass stets das Wohl der Patienten für die Unterbringung in einem bestimmten Heim ausschlaggebend sein muss. Die für sein Verhalten in der Frage der Unterbringung Frau R.s angeführte Begründung des Fürsorgeamtes, Umplazierungen aus finanziellen Überlegungen würden grundsätzlich nicht vorgenommen, ist jedoch zu allgemein; meines Erachtens sind stets alle Umstände im konkreten Einzelfall zu prüfen. Gerade hinsichtlich des vorliegenden Falles bleibt das Amt übrigens den Tatbeweis für die von ihm vertretene Aussage schuldig: Frau R. wurde trotz fünfjährigem Aufenthalt im Pflegeheim N. schliesslich doch noch in ein kostengünstigeres Heim verlegt, und zwar, wie den Akten zu entnehmen ist, aus überwiegend finanziellen Gründen.

Richtig ist, dass die Fürsorgeämter in Notfällen mit Unterstützungsleistungen Erste Hilfe leisten müssen und sollen, ohne vorgängig nach unterstützungspflichtigen Verwandten zu suchen. Mit der Zeit kann indessen auch ein Notfall seinen Notfallcharakter verlieren. Nach der in aller Eile erfolgten Unterbringung Frau R.s im Pflegeheim N. hätte man sich meines Erachtens nach einer günstigeren Plazierung umsehen müssen, statt sich auf die statistische Lebenserwartung der Patientin zu verlassen. Deren im Vergleich zum Alter verhältnismässig gute Gesundheit, die die Statistiken Lügen strafe, hätte aus medizinischen Gründen jedenfalls nicht gegen eine Umplazierung in den ersten Monaten gesprochen. Obwohl die Patientin mit Blick auf ihre Spaziergänge als «körperlich mobil» beschrieben wurde, wurde keine Verlegung in ein günstigeres Heim erwogen. Dabei hätte schon die Umplazierung innerhalb des Heims N in ein Mehrbettzimmer die Kosten erheblich gesenkt. Frau R. war nicht etwa im Umgang mit den Mitmenschen schwierig und aus diesem Grund auf ein Einbettzimmer angewiesen, wurde sie doch stets als «sehr liebenswürdig» beschrieben. Wenn aber der Vermögensverzehr und damit die Unterstützungsbedürftigkeit voraussehbar waren und nichts gegen eine Verlegung in ein günstigeres Heim sprach, hätte eine Umplazierung nach meinem Dafürhalten zumindest geprüft werden müssen, und zwar nicht nur, um unnötige Unterstützungsleistungen zu vermeiden, sondern auch, weil man mit dem anvertrauten Vermögen der Verbeiständeten haushälterisch umzugehen hat.

Da Unterstützungsleistungen stets auf das unbedingt Nötige beschränkt sind und nach dem Sozialhilfegesetz lediglich das *soziale Existenzminimum* (§ 15 SHG) unter Einschluss allenfalls erforderlicher medizinischer Behandlungen umfassen, können vermeidbare Unterstützungsleistungen von den Verwandten nicht zurückgefordert werden. Wie bereits dargelegt, ginge es

nicht an, ohne hinreichenden Grund ausgerichtete Unterstützungsleistungen auf dem Wege der Verwandtenunterstützung wieder erhältlich zu machen.

#### Ergebnis

1. Gemäss § 25 SHG müssen die unterstützungspflichtigen Verwandten rechtzeitig über die Fürsorgebedürftigkeit ihrer Angehörigen orientiert werden. Fälle wie der vorliegende könnten dadurch vermieden werden. Die Zeit zwischen der Vorwarnung des Fürsorgeamtes durch die Altersfürsorgerin vom 1. Oktober 1992 (Neuanmeldung) bis zum Eintritt der Fürsorgebedürftigkeit im März 1993 hätte für die nötigen Abklärungen und Ihre Orientierung ausgereicht.
2. Angesichts des aktenkundigen Ablaufs der Ereignisse steht fest, dass die Frage, ob Ihre Mutter in ein ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen entsprechendes und ihr gleichwohl zuträgliches Pflegeheim hätte verlegt werden können, bis zur Geltendmachung der Verwandtenunterstützungspflicht nie geprüft worden ist. Gewiss steht bei dieser Frage das Wohl der Patienten stets im Vordergrund. Da für den Aufenthalt im Pflegeheim N. jedoch keine zwingenden Gründe vorlagen, hätte sich die Beistandin in Erfüllung des beistandschaftlichen Mandats unmittelbar nach der Unterbringung Ihrer Mutter im Pflegeheim N., jedenfalls aber im Laufe der vier Jahre, während welcher deren Vermögen unaufhaltsam verzehrt wurde, die Frage einer Umplazierung stellen müssen, um die drohende Fürsorgebedürftigkeit abzuwenden.
3. Ich halte es nicht für richtig, Sie die ungünstigen Folgen der Beweislosigkeit von Behauptung bzw. Gegenbehauptung allein tragen zu lassen, ob für Ihre Mutter seinerzeit ein kostengünstigerer und zugleich adäquater Pflegeplatz hätte gefunden werden können. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles *empfehle ich daher dem Fürsorgeamt, die Rückerstattungsforderung angemessen zu reduzieren.*

Es ist nicht meine Absicht, mit diesem Bericht an den elementaren Grundsätzen der öffentlichen Sozialhilfe und dem hohen Ethos der zu ihrer Leistung Berufenen zu rütteln, wie das Fürsorgeamt vielleicht befürchtet. Ich habe auch Verständnis dafür, wenn es sich gegen Heimplazierungen zur Wehr setzt, die allein aus finanziellen Gründen erfolgen und dem Wohl der Hilfesuchenden etwa aus medizinischen Gründen abträglich sind. Hingegen liegt mir daran, Plazierungsentscheidungen angesichts ihrer regelmässig ins Gewicht fallenden finanziellen Konsequenzen nicht gänzlich über die Köpfe allenfalls unterstützungspflichtiger Verwandter hinweg getroffen zu sehen.

Ob und allenfalls wie weit sich das Fürsorgeamt diesen Ausführungen anzuschliessen vermochte, war, da der Schlussbericht erst in den letzten Tagen des Jahres 1994 erstattet worden ist, bis zur Redaktion dieses Jahresberichts noch nicht zu erfahren.

#### IV. Staatliche Beschränkungen privater Tätigkeiten

«Von der Wiege bis zur Bahre, Formulare, Formulare!» klagte einst ein der bürokratischen Umtriebe überdrüssiger Zeit- und Gewerbebesessener. Man könnte versucht sein zu beschwichtigen, wenn's nur das wäre! Schlimmer sei's, dass die Gemeinwesen private Initiative und Entfaltung selbst bei der Grabbpflege noch unterdrückten. Was diese Sorge um Gewährung eines bescheidenen Freiraums zur Besorgung der letzten Dinge anbetrifft, so hat der Ombudsmann dafür ein gewisses Verständnis. Denn:

##### 12. Ein Grab ist auch eine Art «Privatgärtchen»...

Und mit einem solchen ist das von der Stadt Zürich bis vor kurzem in Anspruch genommene Grabunterhaltsmonopol schwerlich zu vereinbaren.

#### Sachverhalt

Ende 1993 ein verwitweter, pensionierter Friedhofgärtner und im März letzten Jahres mehrere Friedhofbesucherinnen und -besucher ohne spezifische gärtnerische Kenntnisse zeigten sich gegenüber dem Ombudsmann betroffen, dass das Bestattungs- und Friedhofamt ihnen die Besorgung der Gräber ihrer verstorbenen und auf städtischen Friedhöfen ruhenden Angehörigen verwehre und sie für die aufgezwungene Gräberbesorgung durch die Friedhofgärtnerei mit ansehnlichen Gebühren belaste. Es läge ihnen viel daran, das Gärtchen ihrer verstorbenen Angehörigen mit eigenen Händen pflegen zu können.

#### Abklärungen

Da dem Ombudsmann das städtische Grabbesorgungsmonopol aus rechtlicher Sicht als zu weit gehend und damit fragwürdig erschien, lud er den Chef des Bestattungs- und Friedhofamtes und zwei Juristen der Präsidialabteilung zu einer Besprechung der Möglichkeiten von Lockerung oder Preisgabe des Monopols ein. Diese rief angesichts eines erheblichen zusätzlichen Abklärungsbedarfs der Fortführung in einer weiteren Sitzung. In der Zwischenzeit setzten sich auch die Moderatoren der Sendung «Kassensturz» im Schweizer Fernsehen für eine Liberalisierung des Grabunterhalts ein, und mit einem Postulat (GR 54/155) wurde das Anliegen auch im Gemeinderat zur Diskussion gestellt.

Aufgrund der zweiten Besprechung mit den erwähnten Chefbeamten konnte der Ombudsmann den betroffenen Friedhofbesucherinnen und -besuchern folgendes mitteilen:

#### Erwägungen

Während es die kantonale Verordnung über die Bestattungen vom 7. März 1963 (mit seitherigen Änderungen, LS 818.61) den Gemeinden anheimstellt, Grabbepflanzung und Grabunterhalt selbst zu besorgen oder den Angehörigen zu überlassen, hat die Stadt Zürich die Grabbesorgung mit der stadträtlichen Verordnung vom 25. Juni 1971 (und seitherigen Änderungen) über das Bestattungswesen und die Friedhöfe monopolartig dem Bestattungs- und Friedhofamt vorbehalten.

Von der Überlegung ausgehend, die öffentliche Ruhe und Ordnung auf Friedhöfen lasse sich auch durch weniger weit gehende Einschränkungen als eine Monopolisierung des Grabunterhalts aufrechterhalten, haben sich die Vertreter von Präsidialabteilung und Bestattungs- und Friedhofamt im Einvernehmen mit dem Stadtpräsidenten in Übereinstimmung mit meiner Auffassung für eine *Liberalisierung* ausgesprochen und entsprechende Schritte in Aussicht gestellt. Das habe ich mit Befriedigung zur Kenntnis genommen.

Meinem weiteren Vorschlag, im künftigen Recht immer dann auf die Erhebung der *Unterhaltsgebühr* zu verzichten, wenn die Angehörigen den Grabunterhalt selbst besorgen, hielt der Chef des Bestattungs- und Friedhofamtes entgegen, dass auch in diesen Fällen eine ganze Infrastruktur (Wasseranschlüsse, Giesskannen, gereinigte bzw. von Schnee befreite Zugangswege innerhalb der Grabfelder usw.) zur Verfügung stehe und in Anspruch genommen werde, weshalb ein gänzlicher Verzicht auf die Unterhaltsgebühren nicht in Frage kommen dürfte. Man wolle aber die Möglichkeit prüfen, die Benützung der erwähnten Einrichtungen mittels einer im Vergleich zur heutigen Unterhaltsgebühr erheblich reduzierten *Grundgebühr* abzugelten. Selbstverständlich wäre es auch nach künftigen Recht weiterhin möglich, das Bestattungs- und Friedhofamt mit der Grabbepflanzung und dem Grabunterhalt zu beauftragen. Diejenigen Angehörigen jedoch, die von der Möglichkeit, das Grab selbst zu pflegen, Gebrauch machen würden – nach entsprechenden Erfahrungen in andern Schweizer Städten handelt es sich um eine deutliche Minderheit –, hätten dann statt der vollen Unterhaltsgebühr nur noch eine Grundgebühr zu entrichten.

Nach meiner Beurteilung spricht allerdings weniger die Möglichkeit der Entlastung von Unterhaltsgebühren für die beabsichtigte Liberalisierung als das aus ethischen Gründen achtenswerte Interesse der Hinterbliebenen, das Andenken an Verstorbene, insbesondere an nahe Angehörige, nicht an das Gemeinwesen delegieren zu müssen, sondern persönlich pflegen zu können. Warum sollte es beispielsweise nicht möglich sein, die Lieblings-

blume eines Verstorbenen in dessen Grab einzupflanzen und sie persönlich zu hegen und zu pflegen? Dieses letztlich grundrechtlich fundierte Interesse lässt sich keineswegs nur unter Preisgabe der seinerzeit für die Monopolisierung angeführten öffentlichen Interessen an einer harmonischen, gepflegten und würdevollen Gräberbesorgung wahrnehmen, stehen dem Gemeinwesen doch zu deren Sicherstellung gegenüber Selbstbewirtschaftern, namentlich in Form der Liste zugelassener Pflanzen sowie der Möglichkeiten zur Entfernung unstatthafter Gewächse und zur ersatzweisen Bepflanzung vernachlässigter Gräber, allemal noch taugliche Mittel zur Verfügung.

#### Ergebnis

Wie auch der Tagespresse entnommen werden konnte, ist es den Hinterbliebenen seit 1. Januar 1995 gestattet, die Pflanzen für die Gräber nicht nur zu liefern, sondern auch *einzupflanzen*. Den *Grabunterhalt* besorgt gegen entsprechende Gebühren allerdings weiterhin ausschliesslich das Gartenbauamt.

#### **13. Gemeinschaftsgräber folgen anderen Regeln**

Nicht zu «Privatgärtchen» umfunktionieren lassen sich Grabstätten in Gemeinschaftsgräbern, wie der Ombudsmann dem Witwer einer auf deren Wunsch in einem solchen Grab beigesetzten Ehefrau dartun musste.

#### Sachverhalt

Dieser Witwer setzte den Ombudsmann von einer trotz Allerheiligen ganz und gar unheiligen Auseinandersetzung mit einem Friedhofgärtner in Kenntnis, weil dieser ein Grabkissen an den Rand des Gemeinschaftsgrabes versetzt habe, das er als trauernder Gatte an der Stelle der Beisetzung der ehefrau-lichen Asche niedergelegt habe. Der Gärtner habe sich noch dazu erdreistet, ihm «vorzuwerfen», er hätte ja eine andere Grabart wählen können, wenn ihm so viel an der individuellen Trauerarbeit und Grabpflege liege. Der Ombudsmann, aufgrund verschiedener Friedhofbesuche unter kundiger Führung des Chefs des Bestattungs- und Friedhofamtes und von Friedhofverwaltern in Gräberkunde nicht mehr völlig unbewandert, musste den verärgerten Witwer wie folgt unterrichten:

#### Stellungnahme

Sie erblicken im Verhalten des Gärtners eine Amtswillkür oder jedenfalls eine unverhältnismässige Einschränkung Ihrer Trauerarbeit und bitten mich um Intervention mit dem Ziel, für einen rechtmässigen Zustand zu sorgen.

Ich muss Sie leider in dieser Erwartung enttäuschen. Aus folgenden Gründen: Bestattungen in Gemeinschaftsgräbern unterscheiden sich von Bestattungen in individuellen, mit Grabmälern gekennzeichneten Grabstätten bewusst und gewollt durch ihre Anonymität. Zwar vermag die Friedhofverwaltung auch bei Bestattungen in Gemeinschaftsgräbern die individuellen Grabstätten aufgrund exakter Verzeichnung jederzeit wieder auszumachen; für die Angehörigen sind sie aber, sofern sich diese anlässlich der Bestattung nicht an peripheren Merkpunkten orientierten, innerhalb des Gemeinschaftsfeldes mangels individualisierender Grabzeichen bald einmal nicht mehr auffindbar. Diese Anonymität ist, wie gesagt, mit der Idee der Beisetzung in einem Gemeinschaftsgrab untrennbar verbunden, und eine «Rückeroberung» der Individualität einzelner Gemeinschaftsgrabstätten durch Niederlegung von Blumen oder anderen Grabkennzeichen an der Beisetzungsstelle würde dieser Idee widersprechen. Das ist auch der Grund, weshalb die Friedhofverwaltungen der städtischen Friedhöfe solchen Rückeroberungsversuchen höflich, aber bestimmt entgegen treten – soweit Blumen dafür verwendet werden, indem sie sie an den Rand der Gemeinschaftsfelder verlegen. Den Verwaltungen ist nicht unbekannt, dass sich die Hinterbliebenen mit den anonymitätswahrenden Anordnungen des Personals oft schwer tun. Sie verstehen, dass die Hinterbliebenen von in einem Gemeinschaftsgrab beigesetzten Personen den Ort vermissen, wo sie gefühlsmässig den Verstorbenen nahe sind, mit ihnen Zwiesprache führen und Blumen oder andere Zeichen des Gedenkens niederlegen können. Dennoch können sie es im Interesse der Wahrung der Idee von Gemeinschaftsgrabanlagen nicht dulden, dass die einmal getroffene Entscheidung zugunsten einer anonymen Bestattung im Verlauf eines Trauerprozesses durch grablagekennzeichnende Deponate wieder rückgängig gemacht wird. Wegen der Irreversibilität des Entscheids für eine Beisetzung in einem Gemeinschaftsgrab erscheint es als besonders wichtig und wünschbar, dass Interessenten und Hinterbliebene hinlänglich auf die Konsequenzen – eben jene Konsequenzen, welche Ihnen unlängst im Friedhof Sihlfeld Mühe bereiteten – eines solchen Bestattungswunsches aufmerksam gemacht werden.

Ich bedaure, Ihrer Beschwerde aus diesen Gründen keine Folge geben zu können, und hoffe, die Erinnerung an Ihre verstorbene Ehefrau werde durch das Vorgefallene nicht nachhaltig getrübt.

#### **14. Der Kaminfegertarif in den Verstrickungen behördlicher Genehmigungen**

Die Kaminfeger der Stadt Zürich und der Tarif, welcher die Preise für ihre Verrichtungen einheitlich festhält, können sich wahrlich nicht über mangelndes Interesse von gesetzgebenden und vollziehenden Behörden an ihren Positionen beklagen. Sie liegen im Schnittpunkt der Gesetzgebungen und

Administrationen gleich aller drei schweizerischen staatlichen Ebenen, d. h. von Bund, Kanton und Gemeinde. Dass sie sich ihres Daseins ob so viel Aufmerksamkeit dennoch nicht so recht freuen mögen, wer könnte es ihnen bei Verstrickungen der nachfolgend geschilderten Art verargen?

#### **Sachverhalt**

Unter Hinweis auf eine bald ordnerfüllende Korrespondenz gibt ein sichtlich gestresster Vertreter des Kaminfegermeisterverbandes der Stadt Zürich in der Sprechstunde des Ombudsmannes seiner Verärgerung über den Polizeivorstand Ausdruck. Dieser zögere die schon vor Monaten nachgesuchte Antragstellung an den Stadtrat auf Genehmigung eines gegenüber dem bisherigen um 6% angehobenen, notabene vom Gemeindepräsidentenverband mit Zustimmungsempfehlung an die Gemeinden verabschiedeten neuen Tarifs unter «abwegigem» Hinweis auf eine noch ausstehende Zustimmung des eidgenössischen Preisüberwachers immer wieder hinaus. Derweil hätten von den 170 anderen zürcherischen Gemeinden mit wenigen Ausnahmen bald alle den neuen Tarif genehmigt. Die Stadtzürcher Kaminfeger seien bald die letzten Mohikaner, die noch mit dem bisherigen, aus dem Jahre 1991 stammenden Tarif vorliebnehmen müssten. Sie wären dem Ombudsmann sehr verbunden, wenn er dem Polizeivorstand etwas «Dampf aufsetzen könnte».

#### **Abklärungen**

Der Ombudsmann ackerte sich zunächst durch den Aktenordner seines Besuchers hindurch, um die lange Tarif-Vorgeschichte, das den Tarif umhüllende Normengeflecht und die am Tarif «mitinteressierten» Instanzen kennenzulernen. Dann konsultierte er in der Absicht, dem Rauch der Kaminfeger den Abzug durch den verengten administrativen Schornstein freizulegen, hintereinander die kantonale Feuerpolizei, die Preisüberwachung des EVD und das Zentralsekretariat des Polizeiamts, um den Kaminfegern folgendes mitzuteilen:

Nach heutiger Rechtslage liegt der Kaminfegertarif im Einflussbereich sowohl der *kantonalzürcherischen Feuerpolizeigesetzgebung* (§ 32 Abs. 2 der Allgemeinen Brandschutzverordnung: «Der Gemeinderat erlässt für die Verrichtungen der Kaminfeger einen einheitlichen Tarif.») als auch – als Tarif «eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation» – der wirtschaftspolitisch, insbesondere wettbewerbspolitisch motivierten *eidgenössischen Preisüberwachungsgesetzgebung* (Art. 1 und 2). Beide Gesetzgebungen erheischen, solange sie in Kraft stehen, von den zu ihrem Vollzug eingesetzten Behörden sowie von den Rechtsunterworfenen Respekt; keine darf unter Missachtung der anderen zur Anwendung gebracht werden. Die in den Schreiben des Polizeivorstandes vom 24. November 1994

und vom 16. Januar 1995 an Ihren Verband vertretene Auffassung, eine kommunale Tarifierhöhungsgenehmigung dürfe der Stellungnahme der Preisüberwachung nicht vorgreifen, halte ich angesichts der dargelegten Harmonisierungsbedürftigkeit beider Gesetzgebungsbereiche nicht nur für vertretbar, sondern grundsätzlich für richtig. Eine Gemeindebehörde stände nämlich gegenüber ihren Bewohnern in einem denkbar schlechten Licht, wenn sie eine Tarifierhöhung genehmigte, welche danach vom Preisüberwacher als missbräuchlich im Sinne des Preisüberwachungsgesetzes erkannt würde. Das für Bund, Kantone und Gemeinden allgemein geltende Gebot bundestreuen Verhaltens auferlegt den letzten die Pflicht, ihre Zuständigkeiten schonend und unter Rücksichtnahme auf jene der Gemeinwesen der höheren Ebenen sowie verständnisvoll für Einheit und Harmonie der Rechtsordnung auszuüben. ...

Nun hat die Preisüberwachung dem Gemeindepräsidentenverband zum Gesuch um Erhöhung des Tarifs um 6% am 21. November 1994 eine differenzierte Stellungnahme des Inhalts zukommen lassen, eine Überwälzung der neuen Sozialkosten sei nicht missbräuchlich, die Überwälzung etwaiger anderer Kosten auf die Tarife per 1.1.95 sei hingegen nicht angezeigt, solange die neuen Schweizer Tarife (gemeint ist offenbar der Referenztarif der Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen [VKF]) nicht in Kraft getreten seien. Auf deren Einführung hin stellte die Preisüberwachung eine weitere Stellungnahme in Aussicht. Eine solche ist dem Vernehmen nach bald zu erwarten. Da das Polizeiamt angesichts der mit den Kaminfegertarifen beschäftigten Instanzenvielfalt und des anspruchsvollen und reichlich komplexen Konsultations- und Koordinationsbedarfs nicht ausschliesst, Opfer einer Informationspanne oder einer Fehldeutung der preisüberwacherischen Verlautbarungen geworden zu sein, hat es sich auf meine Anfrage hin spontan bereit erklärt, Ihr Gesuch vom 20. Dezember 1994 im Lichte vervollständigter Unterlagen und aufdatierter Informationen einer umgehenden Prüfung zu unterziehen.

Ich wollte nicht versäumen, Sie auf diese Hintergründe und Perspektiven des polizeiamtlichen Verhaltens hinzuweisen.

#### Erledigung

Aufgrund der erwähnten Stellungnahme der Preisüberwachung vom 21. November 1994 und der Empfehlung des Gemeindepräsidentenverbandes für den Tarif 1995 vom 9. Dezember 1994, welche dem Polizeiamt irrtümlich nicht zugegangen waren und ihm vom Ombudsmann nachgeliefert wurden, beantragte das Amt dem Stadtrat ungesäumt Zustimmung zur nachgesuchten Tarifierhöhung, und der Stadtrat fasste kurz darauf antragsgemäss Beschluss. Die vom Ombudsmann in seiner Stellungnahme offengelassene andere Frage, ob es der in § 32 Abs. 2 der kantonalen Brandschutzverordnung vorgesehenen gemeinderätlichen Tarifgenehmigungsermächtigung neben der

eidgenössischen Preisüberwachung noch bedürfe und ob sie sich im Rahmen eines blossen Bewilligungssystems – anstelle des Monopolkonzessionssystems – für die Berufsausübung mit der Handels- und Gewerbefreiheit noch vereinbaren lasse, hat dem Vernehmen nach in diesem Frühjahr die Baukurskommission des Kantons Zürich beschäftigt.

#### 15. Modeschmuck-Verkauf am Flohmarkt

Wer glaubt, wenigstens auf einem Flohmarkt seiner Händlerleidenschaft noch von staatlichen Behinderungen weitgehend unbehelligt frönen zu können, irrt. Das Pikante an solch einschränkenden Regeln und Marktpolizeikontrollen ist aber, dass sie keineswegs ausnahmslos dem Schutz anderer als der Handel-treibenden, vorab der Konsumenten und der «öffentlichen Ordnung», zu dienen bestimmt sind, sondern mitunter den wohlverstandenen Interessen der Marktfahrenden selbst. Ein Janusgesicht tragen solche Massnahmen aber allemal, wie dieser Fall zeigt:

#### Sachverhalt

Drei Händlerinnen von altem und gebrauchtem Modeschmuck, Mitglieder der Vereinigung Zürcher Flohmarkt, erklärten dem Ombudsmann, sie könnten sich mit den speziell ihren Handel einschränkenden Marktpolizeivorschriften nicht mehr länger in allen Teilen einverstanden erklären, wären doch die damit für einzelne Marktfahrende verbundenen Erwerbseinbussen und Rechtsungleichheiten zu einschneidend geworden. Ihre Vereinigung habe sich beim Polizeiamt vor Jahren für die Aufnahme eines Verbots des Verkaufs fernöstlichen Billigschmucks in die Marktvorschriften eingesetzt, nachdem solcher Schmuck plötzlich den Flohmarkt überschwemmt und den seriösen Händlern von Gebraucht-Modeschmuck das Geschäft verdorben habe. Sie sei damit beim Polizeivorstand zwar auf offene Ohren gestossen, nur habe seine Massnahme dann leider das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Ziff. 5 der Marktvorschriften bestimme seither lapidar, «Modeschmuck» dürfe auf dem Flohmarkt nicht verkauft werden. Gegen die solcherweise herbeigeführte Verbanung sämtlichen, auch des antiken, Modeschmucks führten nun die betroffenen Händlerinnen und Händler schon seit langem einen verbissenen Kampf. Die Geister, die man gerufen habe, werde man aber, so scheine es, nicht so schnell wieder los. Vor zwei Jahren sei zwar das Verkaufsverbot von der Marktpolizei im Sinne eines Entgegenkommens durch faktisches Dulden eines Kleinangebots pro Händlerin/Händler und Markttag von 12 Einzelstücken gelockert worden. Diese Begrenzung sei aber für passionierte Händler und Sammler eine arge Einschränkung und werde, zumal im Licht der Marktentwicklung mit dem unbehelligt wachsenden Angebot an wenigstens zweijährigen Pins und Swatch-Uhren, die doch füglich auch als eine Art Modeschmuck angesehen werden könnten, immer weniger verstanden. Sie möch-



ten daher das Modeschmuck-Verkaufsverbot durch eine differenzierte, Spreu vom Weizen trennende Zulassungsregelung abgelöst wissen.

#### Abklärungen

Der Ombudsmann liess sich von den Händlerinnen Musterkollektionen ihrer Verkaufsartikel zeigen, nahm eines Samstags auf dem Flohmarkt von den einschlägigen Verkaufsauslagen einen Augenschein und wandte sich dann mit folgender Eingabe an den Polizeivorstand:

Nachdem ich mir die Argumente der Besucherinnen angehört und die Entwicklung und heutige Ausgestaltung der Modeschmuck-Verkaufsregelung und -Verkaufspraxis vergegenwärtigt habe, muss ich gestehen, dass mir die Angelegenheit – wie Ihnen wohl auch – etwas Kopfzerbrechen bereitet, ohne dass ich bereits sähe, welche Medizin ihm abhelfen könnte. Die die ganze Problematik überwölbenden Rechtsgrundsätze sind klar, die Deduktion von Folgerungen für dieses Problem sind es weniger: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts folgt aus Art. 31 BV für Wettbewerbsbeteiligte und damit auch Flohmarkthändlerinnen und -händler ein Anspruch gegenüber Kantonen und Gemeinden auf Gleichbehandlung. Die Gemeinwesen haben sich gegenüber den am (Floh-)Markt konkurrierenden neutral zu verhalten. Aus der Rechtsgleichheitsrechtsprechung ergibt sich, dass rechtsetzende Organe Art. 4 Abs. 1 BV ebenso verletzen, wenn sie tatsächlich erheblich Ungleiches gleich behandeln (d. h., wenn sie alles «über einen Leist schlagen») wie wenn sie tatsächlich im wesentlichen Gleiches einer ungleichen rechtlichen Behandlung teilhaft werden lassen. Der vor einigen Jahren an den Polizeivorstand ergangene Ruf der Vereinigung Zürcher Flohmarkt nach Abwehrmassnahmen gegen die Überschwemmung des Marktes mit fernöstlichen und südamerikanischen Modeschmuck-Neuanfertigungen hat diesen veranlasst, den «Modeschmuck» tel-quel aus dem Gebrauchtwarensortiment heraus und in die Liste der mit Verkaufsverbot belegten Waren aufzunehmen. Damit wurde nicht nur die auf einem Flohmarkt tatsächlich deplazierte fabrikneue Importgut-Variante des Modeschmucks, sondern der Modeschmuck insgesamt als Schmuckgattung mit durchaus offenen Flanken zu anderen Körper- und Kleideraccessoires, ungeachtet ihres Alters und ihrer Besitzergeschichte, von den Flohmarkt-Verkaufstischen verbannt. Weil man beim Polizeiamt offenbar einen solchen Modeschmuck-Verbotseintopf mit den davon betroffenen Händlerinnen echten alten Schmucks à la longue nicht für unproblematisch hielt, lockerte man ihn behutsam – im Sinne eines auch in dieser Saison noch praktizierten Versuchs – durch Einführung einer zahlenmässig begrenzten Verkaufszulassung für «echten antiken Modeschmuck». Die zahlenmässige Begrenzung ist von den mit altem Schmuck Handelnden im Verlauf der Marktentwicklung, vor allem mit dem Auftauchen von Pins und Swatch-Uhren auf dem Flohmarkt, zunehmend als diskriminierendes

Nadelöhr empfunden worden, und ich muss nach dem mir vorgelegten Vergleichsmaterial gestehen, dass mir das restriktive Sonderregime für alten Modeschmuck angesichts der überaus fragilen Trennwand namentlich zu den uneingeschränkt zugelassenen Pins nicht über alle Zweifel erhaben erscheint. Ich gebe mir andererseits Rechenschaft über die für die Marktpolizei wohl wegleitend gewesene Rechtsprechung, nach welcher Rechtssetzungs- und Vollzugsorgane auf praktikable Lösungen angewiesen sind und eines gewissen Schematismus nicht entraten können.

Die gegenwärtige Zulassungspraxis ist 1992 als Versuch bzw. «auf Zusehen hin», und zwar im Sinne blosser faktischer Duldung, eingeführt worden und erlebt nun ihre dritte Saison. Behutsamkeit in dieser Frage war zweifellos für die Marktpolizei die richtige Verhaltensmaxime. Dennoch stellt sich die Frage, ob heute der Zeitpunkt nicht gekommen sei,

- entweder die immer noch vom Modeschmuck-Verkaufsverbot beherrschten Marktvorschriften im Sinne der heutigen Praxis limitierter Zulassung oder aber einer unbeschränkten Zulassung alten Modeschmucks zu revidieren oder
- die unlimitierte Zulassung (wie 1992 die limitierte) im Sinne einer faktischen Duldung auf Zusehen hin, also wiederum als Versuch, ins Auge zu fassen.

#### Ergebnis

Die Intervention des Ombudsmannes trug den Modeschmuck-Händlerinnen insofern einen Teilerfolg ein, als ihnen das Polizeiamt eine quantitative Erweiterung des Schmuckangebots pro Stand zubilligte, mit der sie sich nach Angaben der Gewerbepolizei einverstanden erklären konnten.

#### **16. Gefesselte Kabelanschlussgebühren**

Nicht immer sind es die Gemeinwesen, die Bürgerinnen und Bürgern ans Portemonnaie gehen. Ihre Herrschaft über die öffentlichen Sachen versetzt sie aber in die Lage, Angebots- und Preisgestaltungen durch Dritte, namentlich konzessionierte Unternehmen mit Alleinanbieterstellung, mitzubeeinflussen, welche Möglichkeit ihnen in der Öffentlichkeit den vielleicht unberechtigten, möglicherweise aber auch nicht ganz von der Hand zu weisenden Vorwurf eintragen kann, sich zum Abschluss von Verträgen zulasten Dritter hergegeben oder gar zum Komplizen monopolistischer privater Angebotsgestaltung und Preisbindung gemacht zu haben.

#### Sachverhalt

F., Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in der Stadt Zürich, wandte sich mit folgender Eingabe an den Ombudsmann:

Als Abonnent des Kabelfernsehens Rediffusion wurde ich am 17.6.1994 mit einem Schreiben konfrontiert, welches uns mit einer Erweiterung des Netzes auf 60 Programme(!) verwirrt. Damit verbunden sind Kostenerhöhungen von Fr. 265.80. Dies hatte zur Folge, da weder ich noch meine Mieter 60 Programme wünschen, dass ich mit Schreiben vom 24.6.1994 eine Erweiterung ablehnte, selbstverständlich auch eine Kostenbeteiligung. Das mir darauf am 30.6.1994 von der Rediffusion zugestellte Schreiben belehrt mich aber, dass die Stadt- und Gemeindebehörden für mich entschieden haben. Das heisst im Klartext, dass ein Unternehmen mit Monopolstellung mit Dritten zu meinen und wohl noch anderer Lasten einen Preis aushandelt und weiter nicht einmal fragt, ob der Konsument das Angebotene will oder nicht. Die Sache ist mehr als stossend, und ich bin Ihnen sehr zu Dank verpflichtet, wenn Sie bei den in der Stadtverwaltung Verantwortlichen intervenieren.

Kurze Zeit danach teilten die Eheleute U., Mieter in einem Mehrfamilienhaus eines andern Stadtkreises, dem Ombudsmann mit, sie seien nicht bereit, die erneut angehobenen, vom Vermieter auf die Mieter überwälzten Kabelgebühren der Rediffusion AG noch länger zu bezahlen, da sie seit Jahren ohne Radio- und Fernsehgerät und daher auch ohne entsprechende Konzessionen auskämen.

#### Abklärungen

Der Ombudsmann besprach die Angelegenheit mit dem zuständigen Vertreter der Juristischen Abteilung des Bauamts I. Dieser setzte sich in der Folge mit der Direktion der Rediffusion AG in Verbindung und erstattete ihm anschliessend Bericht. Gestützt darauf, übermittelte der Ombudsmann Herrn F. – den Eheleuten U. in leicht modifizierter, auf ihre Situation abgestimmter Form – und dem Bauamt I folgenden Befund:

#### Erwägungen

##### 1. Ausgangslage

Die Rediffusion AG orientierte ihre Kunden, mithin auch Sie, über die Erweiterung des Programmangebots mit Rundschreiben vom 17. Juni 1994 folgenden Wortlauts:

Auf dem Regionalkabelnetz Zürich werden zurzeit 25 TV-, 30 UKW- sowie 16 digitale Hörfunkprogramme verteilt. Die Übertragungskapazität des Netzes ist damit praktisch ausgeschöpft. Die Aufschaltung weiterer attraktiver Programme wird aber von unseren Teilnehmern gefordert. Wir haben deshalb in Absprache mit den Stadt- und Gemeindebehörden im Versorgungsgebiet beschlossen, die Übertragungskapazität des Regionalnetzes zu erhöhen und nach Abschluss dieser Arbeiten das Programmangebot zu erweitern. Diese Erweiterung beinhaltet 11 Fernseh- und 16 weitere digitale Hörfunkprogramme. Die Verdoppelung der Übertragungskapazität und die starke Erweiterung des Programmangebotes lösen Investitionen aus, die eine Anpassung der monatlichen Gebühren auf die nächste Rechnungsperiode hin notwendig machen. Die genauen Beträge finden Sie nachstehend. ...

Mit eingeschriebenem Brief vom 24. Juni 1994 teilten Sie der Rediffusion AG mit, Sie wünschten keine Erweiterung und daher auch keine damit begründete Tarifierhöhung.

Die Rediffusion AG antwortete Ihnen mit Schreiben vom 30. Juni 1994:

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 24. Juni 1994. *Bei einem Verzicht auf den Empfang neuer Programme müssen Sie weiter nichts vornehmen.* ... Im Kollektivbetrieb werden die Programme gesamthaft an die Signalübergabestelle des Hauseigentümers übertragen. Die Signalübergabestelle sowie die Verteilanlage im Gebäude müssen jedoch bei Liegenschaften, die älter als ca. 3 Jahre sind, auf die neue Bandbreite angepasst werden, um die neuen Programme einwandfrei empfangen zu können. *In Ihrem Fall ist dies jedoch nicht notwendig.* Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass eine Anpassung unumgänglich wäre, falls Sie von einer nächsten Erweiterung des Programmangebotes profitieren möchten. – Der Kollektivbetrieb, das heisst die Vollversorgung aller Liegenschaften, stellt die einfachste und kostengünstigste Art der Übertragung dar. Die Gebührenanpassung, welche die Finanzierung des Netzbbaus sowie die laufenden Kosten für das erweiterte Programmangebot deckt, fällt entsprechend bescheiden aus. Aus diesem Grund möchten wir es nicht versäumen, Sie darauf hinzuweisen, *dass die Gebührenanpassung auch für alle Liegenschaftsbesitzer im Regionalnetz Zürich gültig ist, unabhängig davon, ob diese nur das bisherige Programmangebot beziehen wollen.* Wir bitten um Verständnis. *(Hervorhebungen durch den Schreibenden)*

#### 2. Stellungnahme der Direktion der Rediffusion AG

Da auch das zitierte Antwortschreiben der Rediffusion auf die Sie beschäftigenden Probleme Ihrer und meiner Auffassung nach nicht mit der wünschbaren Klarheit und Eindeutigkeit einging, nahm die Direktion der Rediffusion AG mit Schreiben vom 27. Oktober 1994 zu folgenden ihr über das Bauamt I übermittelten Fragen Stellung:

- Einwandfreier Empfang der bisherigen Programme nach Einspeisung der neuen?  
Es trifft zu, dass F. die bisherige Programmpalette ohne Einschränkungen auch weiterhin empfangen kann. Dank dem Netzausbau wird die Übertragungsqualität sogar etwas verbessert. Dies ist einerseits auf den Einsatz von Verstärkern neuer Technologie, andererseits auf die Verwendung modernster Glasfaser-Technologie für die Zubringerleitungen bis in die Quartiere zurückzuführen.
- Möglichkeiten des Verzichts auf die bzw. des selektiven Empfangs der neuen Programme?  
Aus technischen Gründen besteht keine Möglichkeit, aus der neuen Programmpalette einzelne Programme auszuwählen. Sollte die Liegenschaft von F. über einen Hausverteilverstärker verfügen, der eine Bandbreite von beispielsweise 450 MHz besitzt, so empfangen die Teilnehmer zusätzlich die Programme, die im Hyperband übertragen werden. Es besteht die Möglichkeit, dass diese Verstärker ab der Aufschaltung der zusätzlichen Programme übersteuern. In diesem Fall wäre der Empfang aller Programme qualitativ unbefriedigend.
- Verzicht auf Gebührenerhöhung bei Verzicht auf die neuen Programme?  
Ein Kabelfernsehnetz muss, wie jede Infrastruktur, von Zeit zu Zeit erneuert werden. Der Weiterbetrieb eines veralteten Netzes wäre längerfristig teurer, mindestens aber gleich teuer wie nach dem jetzt durchgeführten Netzausbau geworden. Die Beschaffung nicht mehr gebräuchlicher Baugruppen und Ersatzteile wird immer kostspieliger. Der Ersatz nicht mehr erhältlicher Bauteile durch neue, nicht auf das bisherige Netz abgestimmte Typen führt zu relativ teuren Anpassungen, was ausserdem eine schleichende Verschlechterung der Übertragungsqualität nach sich zieht. ...

Um die Betriebssicherheit und Übertragungsqualität langfristig aufrechtzuerhalten, ist ein Ausbau des Kabelnetzes unumgänglich. Dem gegenwärtigen Stand der Technik entsprechend, baut Rediffusion das Netz auf eine Bandbreite von 600 MHz um. Dadurch ist es möglich, die Bedürfnisse unserer Teilnehmer für die nächsten 8 bis 10 Jahre abzudecken.

Vom Netzausbau profitieren also auch die Teilnehmer an der X-Strasse. Ein Erlass der Gebührenerhöhung ist deshalb ausgeschlossen.

- Filterlösung für die einzelnen Wohnungen in Mehrfamilienhäusern?  
Rund 330 000 oder über 90% aller Haushaltungen der Region Zürich sind am Kabelnetz angeschlossen. Die Teilnehmer werden deshalb nach dem Kollektivsystem betreut. In diesem System schliesst der Hauseigentümer mit dem Netzbetreiber einen Vertrag für die Vollversorgung seiner Liegenschaft ab. Der Hauseigentümer entrichtet eine einmalige Anschlussstaxe sowie Monatsgebühren für alle Kabelnetzanschlüsse in der Liegenschaft. Dank dieser einfachen Teilnehmerverwaltung werden pro Vertrag mehrere Teilnehmer gleichzeitig betreut, weshalb die administrativen Aufwendungen vergleichsweise gering ausfallen. Die sich daraus ergebenden Kosteneinsparungen werden in Form entsprechend günstiger durchschnittlicher Gebühren pro Wohnung und Monat an unsere Teilnehmer weitergegeben.  
Für grosse Liegenschaften besteht zudem eine Rabattstaffel, welche von der Anzahl Wohnungen abhängig ist. Gleichzeitig mit der Gebührenanpassung ist diese Rabattstaffel revidiert worden, was sich gerade für grössere Liegenschaften günstig auswirkt. Für die Teilnehmer an der X-Strasse liegt deshalb die monatliche Abonnementsgebühr Fr. 1.25 unter der durchschnittlichen Gebühr des Kabelnetzes Zürich.  
Das Kollektivsystem hat sich für das Regionalnetz Zürich sehr gut bewährt, und wir möchten dieses, im Interesse unserer Teilnehmer, auch künftig beibehalten.

### 3. Stellungnahme des Ombudsmannes

1. Zwischen der Stadt Zürich (vertreten durch das Bauamt I) und der Rediffusion AG besteht ein «Vertrag über die Erteilung einer Konzession für die Beanspruchung öffentlichen Grundes durch die Erstellung, den Unterhalt und den Betrieb eines Kabelfernseh- und -rundsprachnetzes auf dem Gebiet der Stadt Zürich». Dieser Konzessionsvertrag wurde letztmals am 25. August 1993 erneuert, angesichts der raschen Entwicklung im Bereiche der elektronischen Medien allerdings lediglich für eine Dauer von fünf Jahren, d. h. vom 1. Januar 1994 bis zum 31. Dezember 1998. Gemäss diesem Vertrag bedürfen u. a. die von der Kabelfernseh-Gesellschaft als Konzessionärin erlassenen Tarifordnungen für die Abonnementsgebühren (und damit indirekt auch die verschiedenen Abonnements-Modelle) sowie jede mit einer Gebührenanpassung verbundene Erhöhung der Kapazität des Kabelnetzes der Zustimmung des Stadtrates. Der Stadtrat hat die auf die Einspeisung zusätzlicher Radio- und Fernsehprogramme abzielende und damit zu Gebührenerhöhungen führende Kapazitätserweiterung von bisher 47 bis 300 MHz auf 47 bis 600 MHz mit dem Abschluss des Vertrages genehmigt.

2. Er musste sich dabei erneut mit der schon in den 80er Jahren diskutierten Frage nach der Zukunft des Kabelfernsehens, besonders des Systems der Netzteilnehmerbelieferung und -belastung befassen. Dabei überwog

wie schon in früheren Jahren die Auffassung, es sei trotz des verschiedentlich angezweifelten Bedürfnisses der Konsumenten nach einer Programmweiterung am seinerzeitigen Entscheid zugunsten des *Systems des Einheitsangebots* festzuhalten, weil dieses für den Konsumenten am kostengünstigsten sei. Der Übergang zu einer «A-la-carte-Lösung», insbesondere durch Aufteilung des Programmangebots in eine Grundversorgung und Zusatzprogramme, und eine damit verbundene individuelle Medienkostenabrechnung wäre, gäben sich die politischen Entscheidungsträger Rechenschaft, nur mittels der heute noch immer verhältnismässig teuren Decoder einwandfrei zu bewerkstelligen. Das Einheitsangebot hat aber den Nachteil, dass es dem Empfänger nur die Wahl zwischen «allem oder nichts» lässt. Konsumenten, die auf ein minimales Grundangebot nicht verzichten wollen, müssen daher auch die zusätzlichen Programme beziehen und bezahlen, gleichgültig, ob sie sie wünschen oder nicht. Das war schon bisher nicht ganz unproblematisch, wird mit der im Gang befindlichen Kapazitäts- und Programmangebotsweiterung zunehmend unbefriedigend und könnte bei künftigen Angebotserweiterungen wohl nicht mehr hingenommen werden. Der den Konsumenten mit dem System des Einheitsangebots auferlegte «package-deal» mochte angehen, als durch das Kabel noch wenige Programme in die gute Stube transportiert wurden, die infolge ihrer überblickbaren Zahl und Provenienz auf breiteste Akzeptanz in der Bevölkerung zählen durften. Steigt die Zahl der eingespielten Programme auf mehrere Dutzend aus allen Teilen Europas und gar aus andern Kontinenten an, so weicht die Akzeptanz dem Überfluss und Überdross und wird der Ruf nach einem selektiv abruf- und zahlbaren Angebot unüberhörbar. Ihm wird bei andern Versorgungsgütern wie selbstverständlich seit je Rechnung getragen. Elektrizitätswerke und Wasserversorgungen können sich ja auch nicht darauf versteifen, ungefragt jeder Haushaltung xtausend Hektoliter Wasser bzw. xtausend kWh Strom mit der Begründung in Rechnung zu stellen, diese Menge sei abrufbar und entspreche dem Bedürfnis eines Teils der Bevölkerung. Ein «package-deal» über Dutzende von eingespielten Programmen vermag meines Erachtens den Grundsätzen hinreichender Differenziertheit der Gebührenerhebung (Art. 4 der Bundesverfassung) und Berücksichtigung von Konsumentenangelegenheiten (Art. 31<sup>sexies</sup> der Bundesverfassung und darauf beruhende Gesetzgebung), an welche die Gemeinwesen auch in Ausübung ihrer Vertragsschlusskompetenz gebunden sind, nicht mehr standzuhalten.

Das System der selektiven Programmabrufbarkeit und individuellen Medienkostenabrechnung drängt sich auf. Ich habe daher in der auf meinem Büro am 28. September 1994 geführten Besprechung mit dem Vertreter des Bauamtes I von der mit der Konzessionsvertragsgenehmigung durch den Stadtrat akzeptierten Weiterführung des bisherigen Angebots- und Belastungssystems mit Ernüchterung Kenntnis genommen, mich aber

deutlich *gegen* eine nochmalige Weiterführung dieser Art *kostenpflichtigen Zwangskonsums und Kollektivbelastung* ausgesprochen. Zwar könnte der Bundesrat vorschreiben, dass der Konzessionär Programme, zu deren Weiterverbreitung er nicht verpflichtet ist, den Abonnenten *einzel*n in Rechnung stellt (Art. 41 Abs. 5 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991, abgekürzt: RTVG). Bis anhin ist diese Kompetenz aber ungenutzt geblieben.

3. Wer nicht nur auf das Zusatzangebot, sondern aufs Kabelfernsehen als solches verzichten will, benötigt den Anschluss nicht. Die Möglichkeiten, einen nicht benützten Anschluss mit Aussicht auf Entlastung von den damit verbundenen Gebühren *plombieren* zu lassen, hängen vom jeweiligen Vertragstyp bzw. Abonnements-Modell ab:

Beim *Kollektiv-Anschlussvertrag* steht die Rediffusion AG allein mit dem Hauseigentümer in einem Vertragsverhältnis, welcher sowohl die Erstellung von Hausverteilanlage und Anschlüssen als auch die Benützungsgebühren für die Lieferung der Programme und die Urheberrechtsgebühren zu bezahlen hat. Nach diesem Vertragstyp kollektiv angeschlossener Wohnungen sind die Benützungsgebühren der Rediffusion AG auch dann geschuldet, wenn einzelne Anschlüsse nicht benützt werden. Dieses Vertragsmodell ist in der Stadt Zürich das weitaus häufigste. Da auf diese Weise nicht mit jedem Mieter einzeln abgerechnet werden muss, verringern sich die nicht zu unterschätzenden Kosten der Rediffusion AG für den administrativen Aufwand und das Inkasso. Da bei diesem System der Hauseigentümer alleiniger Vertragspartner der Rediffusion AG ist, ist es eine Frage des Mietrechts (Art. 257b OR), in welchem Umfang er die Benützungsgebühren als Nebenkosten auf die einzelnen Mieter überwälzen darf.

Anders verhält es sich den Ausführungen des Vertreters des Bauamtes I zufolge beim sogenannten *Abonnentenbetrieb II*. Bei diesem System wird dem Hauseigentümer nur die einmalige Anschlussstaxe verrechnet, während die Mieter die laufenden Benützungs- und Urheberrechtsgebühren gestützt auf separate Verträge direkt der Rediffusion AG bezahlen. Mieter, die auf die Dienstleistungen der Kabelfernsehgesellschaft verzichten, können ihren Anschluss von der Rediffusion AG *plombieren* lassen, womit für sie die Benützungs- und Urheberrechtsgebühren entfallen.

## Ergebnis

Zusammenfassend gelange ich zum Schluss, das durch den Konzessionsvertrag der Stadt Zürich mit der Rediffusion AG vom 25. August 1993 (nochmals) weitergeführte System des Einheitsangebots und -preises und der Kollektivtarifizierung vermeide zwar gewisse technisch-wirtschaftliche und administrative Probleme, sei aber mit den die Stadt als Vertragssubjekt

bindenden verfassungsrechtlichen Grundsätzen hinlänglicher Differenziertheit und Konsumentenfreundlichkeit schwerlich in Einklang zu bringen. Die Stadt wird daher nicht darum herum kommen, diesen Grundsätzen in künftigen Verhandlungen mit der Kabelnetzbetreiberin über Kapazitätserweiterungen, Tarifänderungen bzw. Konzessionserneuerungen zum Durchbruch zu verhelfen.

Den Ausführungen des Bauamtsvertreters zufolge ist die technische Lösung der Probleme selektiver Programmabrufbarkeit und individueller Medienkostenabrechnung nur noch eine Frage der Zeit. Mit der Digitalisierung der heute noch überwiegend analog übertragenen Signale würden sich die Kanäle codieren und individuell «abrufen» lassen. Und dank Datenkompression sollen künftig anstelle eines Pal-Programms vier bis sechs digitale Programme übertragen werden können, die dann als «Pakete» einzeln abruf-, d. h. decodier- und bezahlbar sein werden. Voraussetzung ist, dass die Decoder industriell, d. h. in grosser Zahl, hergestellt und damit billiger werden.

Während sich Herr F. für den Schlussbericht mit der Bemerkung bedankte, er könne den Erwägungen folgen und akzeptiere das Ergebnis, obwohl er vielem, was hier geschehen sei, nicht zustimme, nahm das Ehepaar U. den Bericht zum Anlass, sich gegenüber dem Bauamt I, stellvertretend für die Stadt, nochmals seine ganze Bitterkeit von der Seele zu schreiben:

Wir betrachten es als unser Recht, auf Fernsehkonsum zu verzichten. ... Wir finden es daher absolut ungerecht und gegen die menschlichen Grundrechte verstossend, dass wir gezwungen werden, über den Vermieter Konzessions- und Betriebsgebühren zu bezahlen. Wir finden es eine Unverfrorenheit, dass – gemäss Schreiben der Rediffusion – «in Absprache mit den Stadt- und Gemeindebehörden» Gebühren festgelegt werden, die von allen bezahlt werden müssen. ... Wir wehren uns gegen solche Art von Zwangskonsum, den Sie uns eingehandelt haben durch den Kollektivvertrags-Modus, und wir bitten Sie dringend, die Verträge so zu gestalten, dass nur bezahlt werden muss, was an Programmen konsumiert wird, und insbesondere Nichtkonsumenten von Radio- und Fernsehprogrammen auch nicht zur Kasse gebeten werden.

Dem kann aufgrund nachträglich beim Bundesamt für Kommunikation (Bakom) eingeholter Auskünfte zum (schwachen) Trost für Kabelanschluss-Abstinenten in Mietwohnungen lediglich noch beigefügt werden, dass auch ihnen mit der Zeit Gerechtigkeit widerfahren wird: Nach dem (in der deutschen Fassung redaktionell ziemlich missratenen) Buchstaben b von Artikel 41 Absatz 3 des eidgenössischen Radio- und Fernsehgesetzes (RTVG, SR 784.40) dürfen Abonnementsgebühren von der Kabelnetzbetreiberin nicht erhoben werden für Anschlüsse, die von Mietern (über ihre Vermieter) bei der Netzbetreiberin innert angemessener Frist gekündigt worden sind. Nach der Übergangsbestimmung von Artikel 76 Absatz 4 RTVG wird diese Entlastung Mietern und Vermietern aber leider «erst fünf Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes», d. h. ab 1. April 1997, zuteil werden können.