

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

1995

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 1995 den folgenden 25. Bericht:

Zürich, 20. Juli 1996

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

Allgemeiner Teil	5
I. 1995: Gezeiten in der Tätigkeit, Ausstrahlung und Verbreitung der Ombudsmann-Einrichtung	5
II. Personal, Räumlichkeiten und Betriebsmittel	7
1. Personal	7
2. Büroräumlichkeiten	9
3. Betriebsmittel	9
III. Öffentlichkeitsarbeit	10
1. Besuche, Einladungen, internationale Kontakte	10
2. Erste Trikontinentale (Europa – Afrika – Amerika) Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte Teneriffa, 7.–9. November 1995)	11
und 5. Europäische Ombudsmann-Konferenz auf Gran Canaria (10./11. November 1995)	11
3. Wochenendseminar der «Alpenländer-Ombudsleute» vom 22. bis 24. September 1995 in Bregenz	12
IV. Keine Zuständigkeit des Ombudsmannes für die Stadtammann- und Betreibungsämter der Stadt Zürich	15
V. Statistiken zum Geschäftsjahr 1995	18
1. Übersicht: Neueingänge, Erledigungen und Pendenzen	18
2. Detailangaben zu den Neueingängen	19
3. Detailangaben zu den Erledigungen	21
4. Anfragen	22
VI. Problemschwerpunkte	24
1. Haftung der Stadt Zürich – keine Staatsgarantie für jedwelche wirtschaftlichen und sozialen Risiken	24
2. Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht – Flucht der Privaten ins öffentliche Recht bzw. zum Gemeinwesen	24
3. Arbeitszeugnisse und Referenzauskünfte, Starthilfen oder Stolpersteine?	25
VII. Rückblende auf frühere Berichte	26

Besonderer Teil	29
<i>Beispiele von Anliegen und Beschwerden</i>	29
I. Haftung der Stadt Zürich – keine Staatsgarantie für jedwelche wirtschaftlichen und sozialen Risiken	29
1. Umsatzeinbussen infolge Strassenbauarbeiten (Grundeigentümerhaftung nach Art. 679 ZGB)	29
2. Bissige Seelöwen (Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR) ...	33
3. Leistenbruchoperation (Spitalhaftung aus kantonalem Haftungsgesetz)	36
II. Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht – Flucht der Privaten ins öffentliche Recht bzw. zum Gemeinwesen	40
4. Unangemessen hohe Spitex-Pflegetaxe? Ombudsmännische Kontrolle der durch die städtischen Instanzen ausgeübten Aufsicht über private Aufgabenerfüllung	40
5. Arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen von Spitex-Bediensteten	42
6. Mieterstreitigkeiten oder: Man schlägt den Sack und meint den Esel	44
7. Die hohe Bedeutung der Hausnumerierung für Orientierung und Seelenheil der Bewohner	47
8. Das Fürsorgeamt und das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit	49
9. Begleichung privater Rechnungen mit Hilfe der Verwaltung? ...	50
III. Die Crux der Arbeitszeugnisse	51
10. Das Arbeitszeugnis ist kein «objet de marchandage»	51
11. Begehren um Zeugniskorrekturen «nach Jahr und Tag»	53
12. Inhaltlich unbefriedigende Zeugnisse, oder: Nur ein Diamant lässt sich zum Brillanten schleifen	55
IV. Einzelfälle von grundsätzlicher Bedeutung	58
13. Verzugszinsen für Steuernachforderung	58
14. Begründung von Verfügungen	60
15. Freiwillige Weiterführung der Versicherung	62
16. Schülerzeichnungen und Persönlichkeitsschutz	64
Anhang	
Migration und kulturelle Rechte (Beitrag des Ombudsmannes zur ersten Trikontinentalen Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte (Teneriffa, 7.–9. November 1995)	68

Allgemeiner Teil

I. 1995: Gezeiten in der Tätigkeit, Ausstrahlung und Verbreitung der Ombudsmann-Einrichtung

Erstmals seit seinem Amtsantritt im Mai 1990 fiel der Ombudsmann im Berichtsjahr während längerer Zeit und ausserordentlicherweise aus. Das rechte Hüftgelenk versagte ihm den Dienst und wurde unter kundiger chirurgischer Hand durch eines jener Spitzentechnologieerzeugnisse ersetzt, welche bald einmal als «Medizinalprodukte» in die Bundesrechtssammlung eingehen werden. Es schlug die Stunde der Stellvertretung und der damit betrauten alt Oberrichterin, Frau Verena Bräm (vergleiche deren Rückblick in Ziff. II 1 b). Das Schicksal meinte es insofern gut mit der Institution, als die Zahl der neueingehenden Geschäfte in den ersten vier Monaten des Jahres, in welche die Vertretungszeit fiel, auf verhältnismässig tiefem Monatsdurchschnitt von 27 verharrte und das Ombudsmann-Team nicht zu einer Parforceleistung zwang. Mit der Natur erwachte im Wonnemonat Mai dann aber offensichtlich auch die Kritik- und Streitlust von Herrn und Frau Zürcher im Verkehr mit der Stadtverwaltung zu neuem Leben und liess die Zahl ihrer Anliegen und Beschwerden an den Ombudsmann rasch ansteigen und bis Jahresende auf erhöhtem Monatsdurchschnitt von 35 bis 40 einpendeln. Sieht man ab von einem durch die Preiserhöhungen auf 1. Januar 1995 ausgelösten Malaise unter den Altersheimpensionärinnen und -pensionären, das sich in einem runden Dutzend Beschwerden an den Ombudsmann Luft machte, und von einigen «Evergreens» in den jährlichen Geschäftslisten, wie Auseinandersetzungen um die Anwendung der Parkkartenvorschriften (darüber im Jahresbericht 1991, S. 35 ff.) oder um Gebühren mit Strafcharakter (hierüber im Jahresbericht 1994, S. 19 und 23 ff.), so stellte man – wiederum – eine schier unbegrenzte thematische Vielfalt und grosse Diversität hinsichtlich der Tragweite der Beschwerdegegenstände fest. Sie reichte vom Streit über so epochale Themen wie die Hausnumerierung bis zur Auseinandersetzung um die Existenzsicherung durch Obdach, Nahrung, Kleidung sowie Hilfe bei Krankheit und Unfall. Die Bildung von Problemschwerpunkten und die Deduktion von fallübergreifenden Querschnittproblemen, wie sie sich der Berichterstatter in den Geschäftsberichten zur Gewohnheit gemacht hat, fällt bei solcher Vielfalt nicht leicht, soll aber dennoch nicht einer «Gemischtwarenauslage» geopfert werden.

Vom Auf und Ab, von Ernüchterndem und Erbaulichem, Konstanten und Variablen geprägt war im Berichtsjahr nicht nur die Beanspruchung und Wirksamkeit der Stadtzürcher Institution, sondern auch die *Entwicklung der Ombudsmann-Idee dies- und jenseits unserer Landesgrenze*. Was den Kantonen Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft sowie den Städten Zürich und Win-

terthur zur Kontrolle der Verwaltung, Verstärkung des Individualrechtsschutzes bzw. Vertrauensbildung zwischen Rechtsunterworfenen und Behörden teilweise schon seit Jahrzehnten billig ist, scheint den Bundesbehörden und den Stimmberechtigten des Kantons Schwyz trotz vielbeklagter «Vertrauenskrise» zu teuer zu sein. Nachdem der Bundesrat und ihm folgend der Nationalrat die Einführung von Ombudsstellen für die Bereiche der Zivilverwaltung und der Armee in der Herbstsession 1994 abgelehnt und damit der Ombudsmann-Idee auf Bundesebene wohl für lange Zeit eine Absage erteilt hatten, fand eine Gesetzesvorlage zur Einführung einer Ombudsstelle im Kanton Schwyz im vergangenen Dezember vor den Stimmberechtigten keine Gnade. Lichtblick am eher wolkenverhangenen schweizerischen Ombudsmann-Firmament ist die Wahl des ersten Ombudsmannes der Stadt Bern durch das Berner Stadtparlament am 18. November 1995, der die Stimmberechtigten durch Gutheissung einer Volksinitiative zur Schaffung einer Ombudsstelle zuvor den Weg geebnet hatten. Welch wundersamer Ausdruck kantonaler und kommunaler Eigenständigkeit: Was der Souverän im einen Gemeinwesen den politischen Behörden gegen starke Widerstände abtrotzt, wirft er im anderen Gemeinwesen den leistungsbereiten politischen Behörden schnöde vor die Füsse! Und das im gleichen Jahr, in welchem das Europäische Parlament seinen ersten Bürgerbeauftragten bzw. Ombudsmann der Europäischen Union wählte, den bisherigen Ombudsmann Finnlands, Jacob Söderman. Soll sich, so muss man sich angesichts der unterschiedlichen räumlichen Etablierung der Ombudsmannidee wohl fragen, einstellen, was eine Zeitlang im Bereich des gerichtlichen Grundrechtsschutzes zu befürchten war, nämlich dass Probleme von Bürgerinnen und Bürgern mit der Staatsgewalt auf supranationaler Ebene besser aufgehoben sind als auf schweizerischer? Eine Vorstellung, die mit dem schweizerischen Selbstverständnis nicht leicht auf einen Nenner zu bringen ist.

Um eine Facette reicher geworden ist das Ombudsmann-Wesen in den letzten Jahren schliesslich durch die sukzessive Einsetzung von der Figur des Ombudsmannes nachgebildeten Institutionen zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Ländern mit wenig gefestigten demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen wie in Russland, den Nachfolge-Staaten Ex-Jugoslawiens sowie in verschiedenen Staaten Lateinamerikas (Diputados y Comisiones de derechos humanos) und Afrikas. Solche *Menschenrechts-Ombudsleute* gaben sich mit den klassischen parlamentarischen Ombudsleuten anlässlich der ersten Trikontinentalen Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte auf den Kanarischen Inseln vom 7. bis 9. November ein Stelldichein (vgl. Ziff. III/2), zu welchem sich unter anderem auch der russische Menschenrechtsverfechter Sergej A. Kowalev einfand. Mit Interesse und Genugtuung haben die schweizerischen Ombudsleute Ende letzten Jahres die Nachricht von der Ernennung der früheren Nationalratspräsidentin und nachmaligen Schweizer Botschafterin beim Europarat, Gret Hallers, zur OSZE-Ombudsfrau für Menschenrechte in

Bosnien registriert. Wenn es sich auch bei diesem Amt um ein Ombudsmann-Mandat mit spezifischer Ausrichtung und Schwerpunktbildung handelt, geht es ihm doch wie jenem nationaler, regionaler und lokaler Ombudsleute um einen Beitrag zur Lösung von Konflikten, zum Schutz der Grundrechte der Bevölkerung gegenüber der Staatsgewalt und ganz allgemein zur Heranbildung einer «Civil Society». Es ist tröstlich, Helvetien, wenn nicht durch imposante landesinterne Anstrengungen, wenigstens – aber immerhin – durch Abordnung einer ihrer Töchter in eine OSZE-Mission einen namhaften Beitrag zur internationalen Verbreitung der Ombudsmann-Einrichtung leisten zu sehen. Um der Befriedung und Besserstellung der lange Zeit leidend gewesenen Bevölkerung Bosniens willen ist der Mission und ihrer Trägerin viel Erfolg zu wünschen.

II. Personal, Räumlichkeiten und Betriebsmittel

1. Personal

a) Aktive

Auch 1995 waren in der Zusammensetzung des Ombudsmann-Teams und – wenn man von einer bandbreitenmodellbedingten geringfügigen Arbeitszeitreduktion Frau Grabers absieht – im Rendement seiner Angehörigen keine Änderungen zu verzeichnen. Sie präsentieren sich im Zeitpunkt der Berichtsredaktion wie folgt:

Dr. Werner Moser	(100,0%)
Dr. Rolf Steiner	(100,0%)
Frau Susann Graber	(88,1%)
Frau Heidi Berther	(80,0%)

Lässt man die Krankheits- und Unfallstatistiken des Ombudsmann-Teams über die Jahre Revue passieren, so drängt sich einem der Schluss auf, die Ombudsfunktionen seien die beste Garantie für ein gesundes und unfallfreies Leben ihrer Trägerinnen und Träger. So unbeschwert, wie es die jährlich durchschnittlich 6 bis 7 Krankheitstage des gesamten Teams vermuten lassen könnten, ist das Arbeitsleben der Teamangehörigen aber nicht. Zwar dürfte die mit rund 30 Tagen in die Krankheitsstatistik eingegangene operative Hüftgelenkbehandlung ihren Grund eher in konstitutioneller Prädisposition des Ombudsmannes als in beruflichen Verschleisserscheinungen haben. Glücklicher Fügung ist es dagegen zuzuschreiben, dass sich bisher nicht in Krankheitsabsenzen niedergeschlagen hat, was an Lieblosigkeit, Gehässigkeit, Unduldsamkeit und bisweilen gar Ehrenrührigkeiten, aber auch an Tragik, Verzweiflung und Entbehrungen sich fast wöchentlich über den Köpfen hauptsächlich des Sekretariatspersonals entlädt und von ihm aufzufangen und zu verarbeiten ist. Die Vermittlungsfunktion ist und bleibt zwar weiterhin das Desiderat einer jeden Ombudsinstitution. Ihre Ausübung verlangt aber den dazu Berufe-

nen in einer Zeit allseits knapper gewordener Ressourcen und wachsender Einschränkungen und Verzichte zunehmend hohe psychische Belastbarkeit und Verarbeitungskapazität ab. Es bleibt zu hoffen, die Teamangehörigen vermöchten dieser Belastung in Zukunft mit ebensolcher Robustheit standzuhalten wie in der Vergangenheit.

b) Stellvertretung

Wie erwähnt, hatte das von Gemeinderat und Stimmberechtigten 1992 mit dem revidierten Artikel 39 der Stadtzürcher Gemeindeordnung inaugurierte Stellvertretungskonzept im Berichtsjahr, genau vom 20. Februar bis Ende März, seine Bewährungsprobe zu bestehen. Dank den optimalen Voraussetzungen der vom Gemeinderat am 13. Juli 1994 für diese Funktion ausersehenen alt Oberrichterin Verena Bräm für das erforderliche Einspringen, dank der schönen Leistungsbereitschaft aber auch des Teams, liess sich die Vakanz reibungslos und zur Zufriedenheit von Rat- und Hilfesuchenden, Teamangehörigen und Ombudsfrau Bräm selbst überbrücken. Frau Bräm fasste ihre Eindrücke des Einsatzes wie folgt zusammen:

Eine ehemalige Richterin als Stellvertreterin des Beauftragten in Beschwerdesachen

Am 20. Februar 1995 war es soweit, mit Spannung betrat ich die Oberdorfstrasse 10; nach dem steilen Aufstieg über drei Treppen wurde ich von einer Sekretariats-Mitarbeiterin freundlich empfangen. Ein freundlicher Empfang, das stellte ich bald fest, ist eine erste vertrauensbildende Massnahme. Beeindruckend ist die Vielfalt der Probleme, die sich bei dieser Arbeit stellen: Probleme am Arbeitsplatz, Ärger mit der Steuerrechnung, Unverständnis für Parkierungsvorschriften, Orientierungshilfe im Dschungel sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften, um nur einige Beispiele zu nennen. Rasche Auffassungsgabe und ein breites Wissen sind gefragt. Zuhören ist wichtig; wer eine Beschwerde vorbringt oder einen Rat sucht, will ernst genommen werden; nicht immer ist das wirkliche Problem, das eine Person beschäftigt, auf den ersten Blick zu erkennen.

Der Umgang mit schwierigen Rechtsfragen und manchmal auch schwierigen «Kunden» gehört auch zur richterlichen Arbeit. Neu und ungewohnt war die Tatsache, dass kein verfahrensrechtliches Korsett die Arbeit behindert. Telefonieren, schreiben, mit einem Beteiligten allein, mit allen Beteiligten gemeinsam Gespräche führen – alles ist möglich, wenn dadurch eine Lösung herbeigeführt werden kann. Das juristische Handwerkszeug ist unverzichtbares, aber nicht einziges Arbeitsmittel. Flexibilität und Kreativität – in der Justiz nur bei Vergleichsverhandlungen einzubringen – sind gleichermaßen gefragt. Es waren sechs interessante Wochen!

2. *Büoräumlichkeiten*

Im Berichtsjahr konnte das Team seine langjährige, dem Ombudsmann-Büro mit Leib und Seele verbunden gewesene Raumpflegerin, Frau Lilly Bodmer, bei guter Gesundheit in den wohlverdienten Ruhestand verabschieden. Frau Bodmer hielt des Ombudsteams Räumlichkeiten während fast 16 Jahren (vom 11.9.1979 bis 31.3.1995) mit Sauger, Wischer und Lappen blitzsauber und die Teamangehörigen mit einem durch keine Widrigkeiten unterzukriegenden Frohmut in Schwung. Es sei ihr an dieser Stelle für ihre treuen Dienste und ihre Verbundenheit mit dem Büro nochmals herzlich gedankt. Die besten Wünsche des Teams begleiten sie in einen hoffentlich unbeschwerten Ruhestand.

Dass die Räumlichkeiten seit dem Austritt Frau Bodmers nicht im Staub und Papier versinken, ist das Verdienst von Frau Rosalie Kluth. Gleich den Teamangehörigen hatte sie sich schon kurz nach Amtsantritt mit den neuen Vorkehrungen zum Schutz von Räumen, darin tätigen Personen und untergebrachten Betriebsmitteln vor Unheil und Schaden vertraut zu machen, Vorkehrungen, welche die festgestellten Sicherheitsdefizite mit vertretbarem Aufwand beheben.

3. *Betriebsmittel*

Auch 1995 gibt es diesbezüglich überwiegend Gutes zu berichten. Der stattliche Maschinenpark tat fast durchwegs pannenfrei seinen Dienst. Lediglich das Bandspeichergerät für die Sicherheitskopien der elektronischen Daten war eines Tages seiner Aufgabe leid und musste ersetzt werden.

Ins Berichtsjahr fiel sodann die erstmalige Auslagerung von Ombudsmann-Akten aus den Amtsräumen und deren Übergabe ans Stadtarchiv Zürich. Es betraf dies die Akten der ersten 14 Tätigkeitsmonate 1971/72. Fortan soll jährlich ein weiterer Jahrgang zur Archivierung vorbereitet und an das Archiv abgeliefert werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass über 20jährige Akten für die Arbeit des Ombudsmannes oder aufgrund von Einsichtsbegehren Betroffener noch öfter beizuziehen sind, ist erfahrungsgemäss gering, ihre externe Aufbewahrung gerechtfertigt. Die Modalitäten der Archivierung, wie namentlich die Fragen nach dem aufzubewahrenden Schriftgut, dessen archivtechnischen Aufbereitung, der Aufbewahrungsfrist und der Sperrfrist für Einsichtnahmen, richten sich nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen des Stadtarchivs Zürich und sind vor Archivierungsbeginn mit Stadtarchivar Dr. Fritz Lendenmann abgesprochen worden.

III. Öffentlichkeitsarbeit

1. Besuche, Einladungen, internationale Kontakte

Das ihm für diese Agenden zur Verfügung stehende knappe Zeitbudget verwendete der Ombudsmann im Jahre 1995 wie folgt:

Referate, unter anderem vor

- dem Büro des stadtbernischen Parlaments zwecks «Geburtshilfeleistung» für die stadtbernische Ombudsstelle;
- Vertretern des mittleren Kaders der Stadtverwaltung über «Bürger – Medien – Umwelt»;
- einer zu Besuch in Zürich weilenden Delegation der sächsischen Landeszentrale für politische Bildung, Dresden.

Treffen zwecks Besprechung von Problemen gemeinsamen Interesses und Pflege der kollegialen Beziehungen mit

- seinen schweizerischen Kollegen Dr. Adolf Wirth (ZH), Andreas Nabholz (BS), Louis Kuhn (BL) und Franz Probst (Winterthur) in Winterthur;
- Amtskolleginnen und -kollegen aus über 50 Ländern Europas, Afrikas und Amerikas anlässlich der
 - 1. Trikontinentalen Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte vom 7. bis 9. November in Teneriffa und der anschliessenden
 - 5. Europäischen Ombudsmann-Konferenz auf Gran Canaria vom 10./11. November 1995;
- den schweizerischen Amtskollegen und den Ombudsleuten von Vorarlberg, Tirol und Südtirol, Dres. Nikolaus Schwärzler, Helmut Tschiderer und Werner Palla anlässlich eines gemeinsamen Wochenendseminars in Bregenz zum Thema «Konfliktmanagement»;
- seiner Stellvertreterin, alt Oberrichterin Verena Bräm, namentlich zur Vorbereitung ihres Einspringens im Februar/März 1995;
- Stadtschreiber Dr. Martin Brunner und Rechtskonsulent Dr. Dieter Keller.

Empfang an seinem Amtssitz von

- Dr. Erich Dix, österreichischer Handelsdelegierter für die Schweiz und Liechtenstein;
- Gemeinderat Ueli Keller zur Berichterstattung über den Gang der Geschäfte und zur Vorbesprechung des Geschäftsberichts.

Annahme von Einladungen, Teilnahme an

- Konferenzen der Dienstchefs der städtischen Verwaltung zu den Themen «Verwaltungsreform», «Stadträtliche Umweltpolitik» und «Auswirkungen der kantonalen Sparanstrengungen namentlich auf die städtische Schul-, Gesundheits- und Sozialpolitik»;

- der Feier zum Gelübde der Polizeiasspirantinnen und -asspiranten;
- einer Orientierung der OIZ über den künftigen Elektronikeinsatz in der Stadtverwaltung (durch seinen Mitarbeiter Dr. R. Steiner);
- dem traditionellen Treffen des Stadtrates mit den Medienvertretern;
- der Jubiläumsveranstaltung zum 25jährigen Bestehen der Personalkrankenkasse der Stadt Zürich;
- der Feier der Ratspräsidentin 1995, Frau Reni Huber;
- der Winterversammlung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte;
- der Feier der Verleihung kultureller Auszeichnungen.

Allen Persönlichkeiten und Organisationen sei an dieser Stelle für die dem Ombudsmann mit diesen Veranstaltungen, Einladungen und Besuchen erwiesene Aufmerksamkeit und Gastfreundschaft nochmals herzlich gedankt.

2. *Erste Trikontinentale (Europa – Afrika – Amerika) Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte (Teneriffa, 7.–9. November 1995) und 5. Europäische Ombudsmann-Konferenz auf Gran Canaria (10./11. November 1995)*

Von diesen Konferenzen, an welchen aus der Schweiz die Ombudsleute von Kanton und Stadt Zürich teilnahmen, war die erste zu den Themen

- das Recht auf Entwicklung als Menschenrecht
 - Ausdruck der Solidarität in einer krisengeschüttelten Welt und
 - Migration und kulturelle Rechte
- die im wörtlichen und übertragenen Sinne farbigere und in mancher Beziehung auch beeindruckendere als die zweite, die sich mit den Themen
- Mittel der Ombudsleute zur Konfliktlösung
 - die Effektivität der Instrumente, welche Ombudsleuten zur Verfügung stehen, und
 - Möglichkeiten zur Verbesserung der Wirkung von Ombudsleuten in vertrauenswürdigeren Gefilden bewegte.

Es war offenbar stillschweigend vereinbarte «Übungsanlage» der ersten Konferenz, vorab den Vertretern Afrikas und Lateinamerikas eine Plattform zur Berichterstattung über ihren täglichen Kampf für Menschenrechte und Demokratie in ihren Ländern zu bieten. Man konnte erahnen, was es heisst und wie gefährvoll es sein kann, Ombudsfunktionen, die diesen Namen verdienen, in Ländern wie Kolumbien, Paraguay oder Nigeria auszuüben. Das Thema «Migration und kulturelle Rechte» nahm dann allerdings auch der Berichterstatter zum Anlass, einen aus seiner eigenen Tätigkeit und der schweizerischen Gerichtspraxis herausgewachsenen Reflexions- und Diskussionsbeitrag beizusteuern. Er ist im Anhang dieses Berichts wiedergegeben.

Die anschliessende Europäische Ombudsmann-Konferenz führte die – homogenere – Teilnehmerschaft wieder näher an ihren Ombudsmann-Alltag heran. Die Auslegeordnung und das Reflektieren über die Wirksamkeit der ombudsmännischen Mittel und Verfahren offenbarte nebst Bekanntem auch Aufschlussreiches wie namentlich die Erfahrung, dass Ombudsleute im Bereich der Leistungsverwaltung oft weniger auszurichten vermögen als im Bereich der Eingriffsverwaltung, weil bei ersterer wie etwa bei der Vergebung von Wohnungen oder der Ausrichtung von Subventionen verhältnismässig oft die Verteilung knapper Güter in Frage steht, bei der sich die Vermittlung praktisch auf eine Prüfung der Verteilungsgerechtigkeit unter den Aspekten des Willkür- und des Diskriminierungsverbots zu beschränken hat. Zu vernehmen war sodann ausser von Zweischneidigem, wie beispielsweise dem Einbezug von Ombudsinstitutionen in die Gesetzgebung (Initiativ- und Vernehmlassungsrechte) und Rechtsprechung (Klage- und Beschwerdebefugnisse, Auslösung von Normenkontrollverfahren), auch von Bedenkenswertem wie namentlich der Anpassung des ombudsmännischen Instrumentariums an die vielerorts praktizierte Auslagerung von Aufgaben im öffentlichen Interesse auf verwaltungsunabhängige Träger und die durchwegs im Gang befindlichen Veränderungen im öffentlichen Dienst.

3. *Wochenendseminar der «Alpenländer-Ombudsleute» vom 22. bis 24. September 1995 in Bregenz*

Da die Ombudsfunktion den damit Betrauten nicht bloss solide juristische Kenntnisse, sondern auch die Fähigkeit zur Diagnose und Beilegung von Konflikten abverlangt, kamen die schweizerischen Ombudsleute mit ihren Kollegen aus den österreichischen Bundesländern Vorarlberg und Tirol und aus der italienischen Provinz Südtirol überein, sich im Wege des Selbststudiums auf der Grundlage des Standardwerkes von Univ.-Doz. Dr. Friedrich Glasl («Konfliktmanagement», 3. A., Verlag Haupt, Bern 1992) und der gemeinsamen Analyse praktischer Fälle vertieft mit Konfliktmanagement auseinanderzusetzen. Zur erfolgreichen Behandlung und Beilegung von Konflikten, wie sie in vielfältigster thematischer Einkleidung an Ombudsleute herangetragen werden, ist es – eine der wichtigsten Erkenntnisse dieses Seminars – von ausschlaggebender Bedeutung, deren Schwere zu erkennen. Hiezu verhelfen zahlreiche Symptome, in denen sich die Konflikte äusserlich wahrnehmbar manifestieren und die es ermöglichen, sie in verschiedene Eskalationsstufen einzuordnen. Konfliktforscher Glasl unterscheidet nicht weniger als neun solcher Eskalationsstufen, die sich bildhaft wie folgt darstellen lassen (Beitrag von Dr. R. Steiner):

1	2	3	4	5	6	7	8	9
Vernäherung	Debatte	Taten	Image, Koalit.	Gesichtsverl.	Drohstrateg.	begr. Vernicht.	Zersplitterung	Abgrund
erklärte Standpunkte	polarisierte Standpunkte	Taten	Gegner mit negat. Image	Angriff auf moralische Integrität	öffentliche Drohung	Gegner als "Ding" sehen	gegn. System zerstören	kein Ausweg mehr
Spannungen, Befangenheit	extreme Positionen	vollendete Tatsachen	in negat. Rollen drängen	inszenierte Demaskierung	Sanktion z. T. ausgeführt	Sankt. mittel zerstören	Zusammenhalt schwäch.	kein Weg zurück
selektive Wahrnehmung	mechanisch Debattieren	Fehl-Interpretationen	Gegner als Sündenbock	mehr Person. soz. isolieren	Ultimatum, Akzeleration	Schaden zufügen	gegn. Koalition auflösen	totale Konfrontation
Gesprächsbereitschaft	verbale Gewalt	Misstrauen	um Anhänger werben	Ausstossen, soz. isolieren	mehr Person. soz. isolieren	Schaden-freude, Lügen	vom Rückhalt abschneiden	Vernichtung unter Selbstv.
Fortsetzung d. Gespräche	Ueberlegenheit zeigen	Gruppengefühl	Koalitionen bilden	Rehabilitation anstreben	Stress, Überreaktionen	keine moral. Werte mehr	Gegner total isolieren	gemeinsam in den Abgrund
Phase I gewinnen			Phase II gewinnen oder verlieren			Phase III verlieren		

Kontrollfragen zum Konfliktverlauf:

- Welche Eskalations-Symptome sind wahrnehmbar ?
- Wer befindet sich mit wem auf welcher Eskalationsstufe ?
- Wo und wann sind Wendepunkte aufgetreten (points of no return) ? (Konflikt-Atlas erstellen)
- Auf wen ist der Konflikt ausgedehnt worden ? Ist er intensiviert worden ?
- Wie stabil oder explosiv ist der Konflikt ? Wie schnell kann er eskalieren ?

Der Konflikt verläuft wie ein Strom vom hochgelegenen Quellgebiet (links oben) über 8 Kaskaden bis zum Abgrund (rechts unten). Wenn er sich zuspitzt, das Quellrinnsal von Zuflüssen genährt anschwillt, ergiesst er sich, einem Katarakt vergleichbar, in das tieferliegende Flussbett, d. h. er rückt auf der nächsten Eskalationsstufe dem Abgrund wieder ein Stück näher. Jede Eskalationsstufe ist durch eine Vielzahl von Erkennungsmerkmalen gekennzeichnet, die untereinander zusammenhängen und ein konsistentes «Muster» haben. Während sich die Parteien bei Konflikten der ersten drei Eskalationsstufen der Spannungen und Gegensätze bewusst sind und sie gemeinsam und zu beidseitigem Nutzen zu überwinden trachten, fühlen sie sich in den weiteren Eskalationsstufen, die zunächst noch vom Bewusstsein des «Gewinnens oder Verlierens» geprägt sind, bevor sie dem «Après moi le déluge» weichen, dazu ohne fremde Hilfe nicht mehr imstande. Es liegt auf der Hand, dass ombudsmännische Wirksamkeit in Konfliktsituationen der ersten sechs Stufen ein besonderes geeignetes Terrain vorfindet, während den Konflikten der letzten drei Eskalationsstufen wohl nur noch mit autoritativen Anordnungen seitens Gerichte und Verwaltungsbehörden und mit Realakten von Polizei- und Zwangsvollstreckungsbehörden beizukommen sein dürfte. Für einen externen Berater und Vermittler wie den Ombudsmann ist die Bestimmung des Eskalationsgrades und das Erkennen der im Konflikt wirksamen Mechanismen beim Entwurf einer Strategie zur Konfliktbehandlung von grosser Bedeutung und Hilfe, auch wenn er sich stets bewusst bleibt, dass Konflikte als dynamische Prozesse menschlichen Zusammenlebens der schematischen Erfassung und Einstufung nicht immer leicht zugänglich sind.

IV. Keine Zuständigkeit des Ombudsmannes für die Stadtammann- und Betriebsämter der Stadt Zürich

Schon der Vorgänger des heutigen Amtsträgers hatte sich, und zwar bereits in den siebziger Jahren, mit der Frage auseinandersetzen, ob der Ombudsmann auch für die Stadtammann- und Betriebsämter zuständig sei. Während einzelne Betriebsbeamte bereitwillig mit dem Ombudsmann zusammengearbeitet hatten, stellten andere die Zuständigkeit des Ombudsmannes mit der Behauptung in Abrede, Organe der Rechtspflege zu sein. Dieser unklare Rechtszustand spiegelt sich in der im Jahre 1979 verfassten Dissertation «Der Ombudsmann der Stadt Zürich – ein schweizerisches Modell» wider (S.121), deren Autor, Beat Keller, im übrigen die Ansicht vertrat, die Zuständigkeit des Ombudsmannes wäre zu bejahen (S.123). Die Frage blieb jedoch ungeklärt.

Als sich der Ombudsmann im Jahre 1992 veranlasst sah, einzelne Vorfälle aus dem Bereiche der Stadtammann- und Betriebsämter zu kritisieren (vgl. Jahresbericht 1992, S.49ff.), und im Juli 1993 davor warnte, Unterstützungsleistungen der Fürsorgeämter zugunsten privater Gläubiger zu pfänden, bestritt

die Konferenz der Stadtammänner mit Schreiben vom 22. November 1993 die Zuständigkeit für die Behandlung von Beschwerden gegen die Betreibungsämter; dafür stehe, fand sie, den Betroffenen der Rechtsweg zur Verfügung. Mit Zuständigkeitsproblemen ähnlicher Art war schon bald nach seiner Errihtung im Jahre 1992 auch der Ombudsmann der Stadt Winterthur konfrontiert.

Die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, das die Oberaufsicht über die Betreibungsämter ausübt und an welches ein an die Präsidenten der Bezirksgerichte Zürich und Winterthur gerichtetes Gesuch der Ombudsmänner beider Städte um Stellungnahme zur Zuständigkeitsfrage gelangte, machte sich den Standpunkt der Betreibungsbeamten mit der Begründung zu eigen, die Aufsicht über die Betreibungsämter sei gesetzlich abschliessend geregelt, weshalb für den Ombudsmann kein Raum bleibe. Infolgedessen nahm der Ombudsmann der Stadt Zürich seit Januar 1995 keine gegen die Betreibungsämter gerichteten Beschwerden mehr entgegen.

Die Begründung des Obergerichts vermochte die Ombudsleute von Zürich und Winterthur aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen: Der Ombudsmann hat gegenüber der Verwaltung keinerlei Weisungs- oder Entscheidungsbefugnis. In Ergänzung zu bestehenden Aufsichts- und Rechtsmittelinstanzen gibt er als *Vermittler* lediglich Empfehlungen ab, wie ein Konflikt seiner Ansicht nach gelöst werden sollte. Die Verwaltung ist nicht verpflichtet, eine Empfehlung des Ombudsmannes zu befolgen. Der Neutralität wegen kann ein Ombudsmann indessen begriffsnotwendig immer nur dort zuständig sein, wo die Gegenpartei zu Auskünften und insbesondere zur Herausgabe der Akten verpflichtet ist. Die Ombudsleute von Zürich und Winterthur glaubten es daher den Bürgerinnen und Bürgern, die vor gerichtlichen Schritten erfahrungsgemäss zurückschrecken, schuldig zu sein, die Zuständigkeitsfrage mit der gebotenen Vertiefung abklären zu lassen, zumal die Stadtammann- und Betreibungsämter bei ihrer Tätigkeit oft stark in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen.

Aus diesen Gründen erteilten die Ombudsmänner der beiden Städte nach Genehmigung der erforderlichen Kredite in Zürich und Winterthur am 10. Juli 1995 den Herren Professor Tobias Jaag und PD Thomas Poledna (Dozenten an der Universität Zürich) gemeinsam den Auftrag, die Zuständigkeitsfrage unabhängig zu untersuchen. Im umfangreichen, detaillierten Gutachten vom 14. November 1995 gelangten die Staatsrechtler zum eindeutigen Schluss, nach dem Recht der Städte Zürich und Winterthur umfasse der Zuständigkeitsbereich der Ombudsleute auch die Betreibungs- und Stadtammannämter; eine andere Lösung ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Entstehungsgeschichte der kommunalen Regelungen. Das verstosse weder gegen übergeordnetes kantonales Recht noch gegen Bundesrecht.

Die von den Ombudsmännern unter Hinweis auf das Gutachten erneut konsultierte Verwaltungskommission des Obergerichts blieb jedoch in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 1996 bei ihrer bisherigen Meinung.

Um die offene Zuständigkeitsfrage definitiv zu klären, unterbreitete der Ombudsmann nach Orientierung des Parlamentes die Angelegenheit zusammen mit seinem Winterthurer Amtskollegen dem *Schweizerischen Bundesgericht*. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts hat nun (in einem kostenlosen Verfahren) mit Entscheid vom 28. Juni 1996 die Zuständigkeit der Ombudsmänner im Bereiche der Betreibungsämter leider verneint.

Einerseits ist dieses Ergebnis von der Sache her und aus der Sicht der von betreibungsrechtlichen Massnahmen Betroffenen gewiss zu bedauern. Der Hinweis der Ombudsleute auf das Spezifische ihrer Wirksamkeit, deren hauptsächlich informativer und integrativer Charakter und das Fehlen korrigierender und sanktionierender Einflussmöglichkeiten ist ungehört geblieben. Andererseits ist mit dem Entscheid des Bundesgerichts eine seit zwei Jahrzehnten bestehende Rechtsunsicherheit endlich verbindlich behoben worden. Die Zahl der eingegangenen Beschwerden ist auch ohne Beschwerden gegen die Betreibungsämter nach wie vor hoch (vgl. dazu unten Ziff. V.) und dürfte auch künftig hoch bleiben.

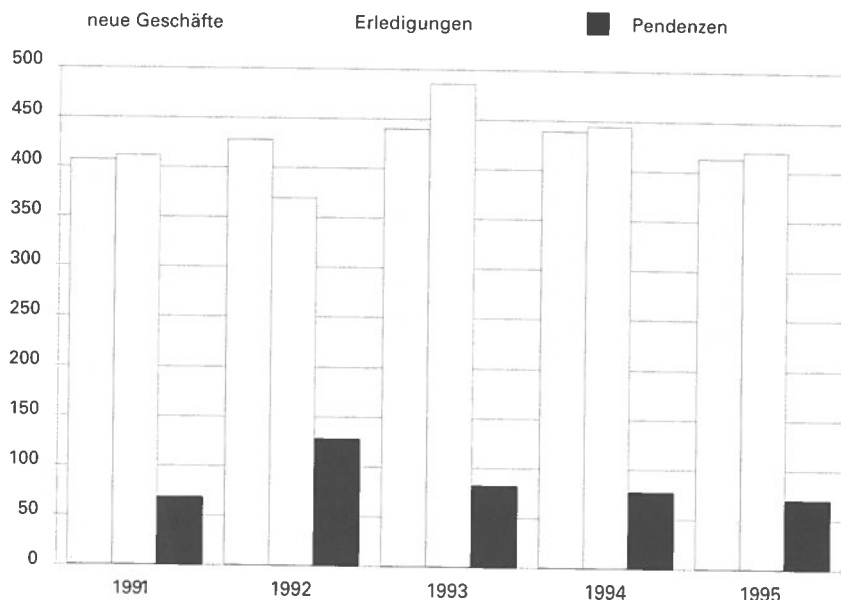
Es ist zwar schmeichelhaft, wenn Ober- und Bundesgericht in den Ombudsmann-Einrichtungen eine Konkurrenz zu den gerichtlichen Aufsichtsinstanzen erblicken und von «Doppelspurigkeit» sprechen. Schmeichelhaft ist auch, wenn das Bundesgericht sinngemäss ausführt, der Ombudsmann der Stadt Zürich habe das im Jahresbericht 1992, S. 49 ff., erwähnte Betreibungsamt zu Recht kritisiert. Die höchstrichterliche Klärung der Zuständigkeitsfrage ist jedoch beispielhaft dafür, wie wenig hierzulande das Verständnis für die Besonderheiten der parlamentarischen Ombudsmann-Institutionen noch verwurzelt ist. Da haben es die italienischen Amtskollegen teilweise wesentlich einfacher, wenn das Gericht eine von der Verwaltung bestrittene Zuständigkeit des Ombudsmannes, des «Difensore Civico», mit der schlichten Begründung bejaht, es gehöre sich einfach, mit einem im öffentlichen Interesse tätigen Vermittler und Schlichter zusammenzuarbeiten, und zwar «a titolo di cortesia».

V. Statistiken zum Geschäftsjahr 1995

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)



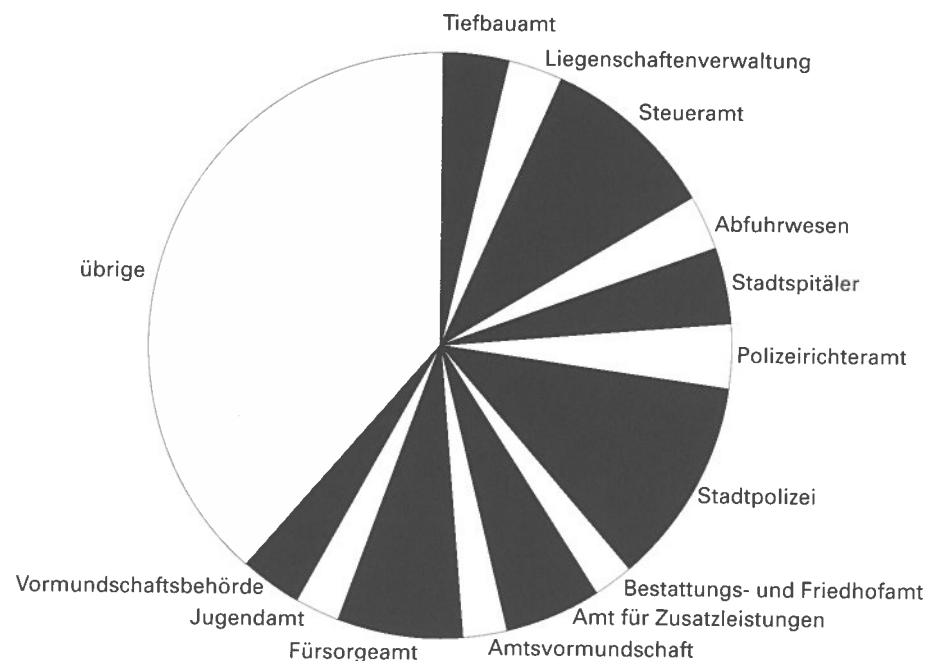
Die Zahl von 413 *Neueingängen* im Jahre 1995 lag im Durchschnitt der früheren Jahre. Mit über vierhundert neu eingegangenen Beschwerden ist die Geschäftslast unverändert gross. Während in der ersten Jahreshälfte 1995 noch ein leichter Rückgang der Neueingänge zu verzeichnen war, nahmen letztere in der zweiten Jahreshälfte um so mehr zu.

Im Jahre 1995 konnten 420 *Geschäfte erledigt* werden, wodurch sich die *Pendenzenzahl* auf 70 verminderte. Wiederum sind aus früheren Jahren keine *Geschäfte* mehr offen; die Ende 1995 noch unerledigten *Geschäfte* sind alle erst im Laufe des Jahres 1995 eingegangen.

2. Detailangaben zu den Neueingängen

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*:



Eingangsart

Dass die betroffenen Bürgerinnen und Bürger dem Ombudsmann ihre Anliegen im Jahre 1995 in 77,2% aller Fälle mündlich unterbreitet haben, unterstreicht einen der grossen Vorzüge der stadtzürcherischen Ombudsmann-Ein-

richtung: Die Ratsuchenden können ihre Probleme einer neutralen Vertrauensperson im direkten, persönlichen Sprechstunden-Gespräch ohne Zeitdruck vortragen. Obwohl das Büro des Ombudsmannes stets auf die Möglichkeit aufmerksam macht, den schriftlichen Weg einzuschlagen, beträgt der Anteil schriftlicher Eingaben lediglich 22,8% (94 Geschäfte).

Personalgeschäfte

Im Vergleich zum Vorjahr ist der Anteil der verwaltungsinternen Personalgeschäfte mit 17,2% (71 Geschäfte) praktisch gleich geblieben (1994: 17,1%). Die effektive Beanspruchung des Ombudsmannes durch diese meist besonders arbeitsintensiven Geschäfte liegt indessen weit über diesem Prozentsatz.

Angaben zu den Gesuchstellenden

Auch im Jahre 1995 nahmen wieder Menschen der verschiedensten Altersgruppen die Dienste des Ombudsmannes in Anspruch. Das Durchschnittsalter der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller bewegt sich seit je unverändert im Bereich zwischen 48 und 52 Jahren. Im Jahre 1995 betrug es wie im Vorjahr 52 Jahre.

Aufteilung nach Geschlecht:

- Gesuchstellerinnen: 42,6% (1994: 40,1%; 1993: 43,4%)
- Gesuchsteller: 55,2% (1994: 57,2%; 1993: 54,5%)
- Juristische Personen: 2,2% (1994: 2,7%; 1993: 2,1%)

Der Anteil der Verheirateten betrug 32,0%, derjenige der Ledigen 25,2% und derjenige der Geschiedenen und gerichtlich Getrennten 19,1% (verwitwet 4,4% und unbekannt 19,3%).

Die Gesuchstellenden verteilen sich auf 25 verschiedene Nationalitäten. Wiederum sind 83% von ihnen Schweizer. An zweiter Stelle stehen italienische Staatsangehörige, gefolgt von griechischen und ungarischen.

Mehr als ein Fünftel der Gesuchstellenden (23,5%) hat schon in früheren Jahren in anderen Angelegenheiten die Dienste des Ombudsmannes in Anspruch genommen.

Von den 413 Gesuchstellenden wohnen fast alle (410) in der Schweiz, nämlich:

- in der Stadt Zürich: 338
- im übrigen Kanton Zürich: 50
- in andern Kantonen: 22

Innerhalb der Stadt Zürich stammen die meisten Beschwerden des Jahres 1995 aus dem Postleitzahlkreis 8050 (Oerlikon). Danach folgen die Kreise 8046 (Affoltern) und 8032 (Neumünster), dann die Kreise 8037 (Wipkingen), 8049 (Höngg) und 8051 (Schwamendingen), gefolgt von den Kreisen 8004 und 8006. Auf die übrigen Postleitzahlkreise entfallen vereinzelte Beschwerden.

3. Detailangaben zu den Erledigungen

Ergebnisse

Im Jahre 1995 hat der Ombudsmann im Durchschnitt jede fünfte Beschwerde gutgeheissen (Gutheissungen 1993: 19%; 1994: Sonderfall, siehe Jahresbericht 1994, S.16). In der Hälfte aller Fälle steht die für einen Ombudsmann typische Vermittlungstätigkeit im Vordergrund, welche in der Mitte zwischen Gutheissung und Abweisung liegt. Einem Anteil von 20% Gutheissungen steht ein Anteil von 31% Abweisungen gegenüber. Dieses Verhältnis entspricht den Erfahrungen, die weltweit auch andere Ombudsmann-Einrichtungen machen. Die Vermittlungen machen 49% aus.

Abklärungen

Der Abklärungsaufwand der im Jahre 1995 erledigten Geschäfte nähert sich statistisch wieder den Zahlen aus früheren Jahren. Dank gut ausgebauten Dokumentationshilfen kann der Ombudsmann in manchen Fällen darauf verzichten, von der Verwaltung eine schriftliche Vernehmlassung einzuholen, was das Verfahren beschleunigt:



Andererseits gibt eine schriftliche Stellungnahme der Verwaltung Gelegenheit, einen Fall aus ihrer Sicht zu schildern (rechtliches Gehör). Insgesamt wurden dem Ombudsmann 164 schriftliche Berichte erstattet. Die Zahl der mündlichen Auskünfte beläuft sich auf 337. In schwierigeren Fällen, etwa in verwaltungs-

internen Personalgeschäften, muss der Ombudsmann im Rahmen seiner Vermittlungstätigkeit oft mehrere Besprechungen zum selben Geschäft abhalten. Um sich von einem Problem an Ort und Stelle ein Bild zu machen, hat er so- dann in 20 Fällen Besichtigungen vorgenommen.

Bearbeitungsdauer

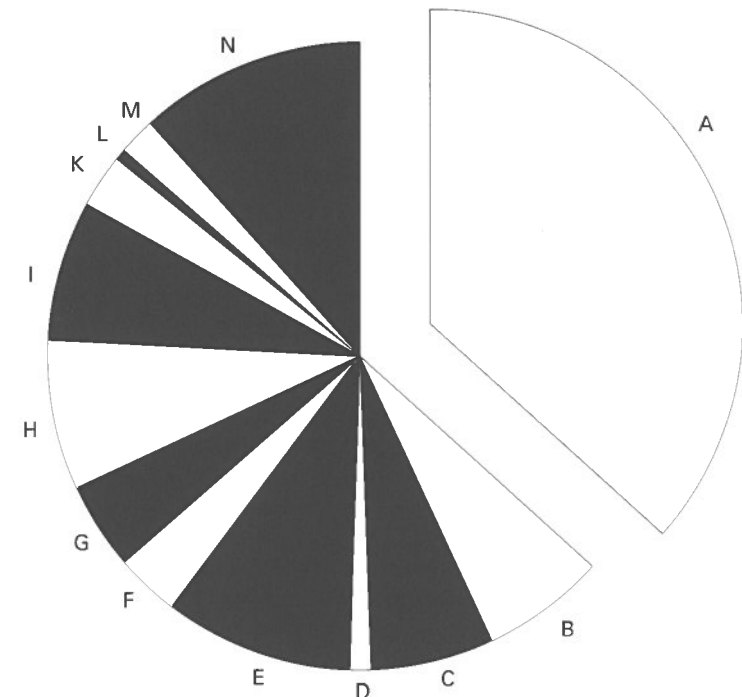
Die Bearbeitungsdauer umfasst die Zeit der ersten Kontaktaufnahme mit dem Büro des Ombudsmannes bis zur definitiven Erledigung der Angelegenheit. Das bedeutet in der Regel: Telefonische Anmeldung für eine Sprechstunde, rund einstündige Sprechstunde (etwa 10 Tage später), Besprechung mit der Verwaltung und/oder schriftliche Vernehmlassung einholen, Stellungnahme abwarten, Würdigung der Argumente und Erstellen des Schlussberichtes. Die so gezählte durchschnittliche Bearbeitungsdauer konnte im Jahre 1993 erstmals auf unter 100 Tage gesenkt und im Jahre 1994 noch weiter verkürzt werden. Mit einer durchschnittlichen Bearbeitungsdauer von nur noch 60 Tagen im Jahre 1995 kann der Ombudsmann die in ihn gesetzten, erfahrungsgemäss sehr hohen Erwartungen als rascher und unkomplizierter Helfer erfüllen.

Erledigungsart

Von den insgesamt 420 Erledigungen erfolgten 232 (55,2%) durch Erstattung eines Schlussberichtes, 188 (44,8%) nach mehr oder weniger aufwendigen Vermittlungsbemühungen durch entsprechende Aktennotiz im Protokoll.

4. Anfragen

Zusätzlich zu den eingangs erwähnten 413 Geschäften gingen im Jahre 1995 449 Anfragen ein. Unter «Anfragen» sind Anliegen zu verstehen, die wegen geringen Bearbeitungs- bzw. Erledigungsaufwandes die Eröffnung eines eigentlichen Geschäftes nicht rechtfertigen. Darunter fallen vor allem Probleme, für die der Ombudsmann nicht zuständig ist. Da die Zuständigkeit jeweils gleich beim ersten Kontakt mit dem Ombudsmannbüro geprüft wird, können Anrufer im Falle der Unzuständigkeit rasch an geeignete, in der Regel ebenfalls unentgeltliche Beratungs- und Rechtsauskunftsstellen verwiesen werden. Diese Dienstleistung wird von den Ratsuchenden sehr geschätzt. Beachtlich ist auch der Anteil von gut einem Drittel (36,7%) Anfragen, die in die Zuständigkeit des Ombudsmannes fallen und ebenfalls ohne viel Aufwand beantwortet werden konnten. 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

VI. Problemschwerpunkte

1. *Die Haftung des Gemeinwesens – keine Verantwortlichkeit für jegliche Form von Zivilisationsrisiken*

Schon verschiedentlich, so mit dem bekannt gewordenen «Kastanienbaum-Fall» im Bericht über das Geschäftsjahr 1990 (Seite 49 ff.) und mit dem «Weinflaschen-Fall» im Bericht über das Jahr 1992 (Seite 37 ff.) musste der Ombudsmann darauf hinweisen, dass die Haftung der Stadt Zürich nicht schon durch die Verwirklichung eines Risikotatbestandes, sondern erst durch ein Fehlverhalten eines Bediensteten, eine Widerrechtlichkeit oder Amtspflichtwidrigkeit ausgelöst werde. Im Berichtsjahr sah er sich aufgrund zahlreicher Entschädigungsbegehren erneut veranlasst, gegen die «Sozialutopie» anzukämpfen, das Gemeinwesen verbürge seinen Angehörigen einen Anspruch auf umfassende Sicherheit und Sicherstellung gegen jegliche Gefährdung und Schädigung. Auch wenn in Lehre und Gesetzgebungspolitik Tendenzen zur Ausweitung der öffentlichen Verantwortung auf Zufalls- und Unglücksschäden – man denke beispielsweise an die Entschädigungspflicht für Opfer von Gewalttaten im Sinne von Art. 64^{ter} BV – oder zur Ergänzung oder gar Ablösung des Haftpflichtsystems durch sog. No-fault-Ausgleichssysteme ausgemacht werden, bleibt die Verantwortlichkeit des Gemeinwesens unter dem heutigen Rechtszustand – nicht ohne Grund, wenn man an die Lage der öffentlichen Haushalte denkt – einstweilen noch an Haftpflichtvoraussetzungen im Verhalten öffentlich Bediensteter bzw. in Beschaffenheit und Unterhalt öffentlicher Sachen geknüpft.

2. *Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht – Flucht der Privaten ins öffentliche Recht bzw. zum Gemeinwesen*

Das moderne Gemeinwesen mit seiner Fülle von Obliegenheiten hat oftmals Grund, Aufgaben, an deren Wahrnehmung ein öffentliches Interesse besteht, nicht durch die eigene Verwaltung erfüllen zu lassen, sondern durch gemischtwirtschaftliche Unternehmungen oder Subjekte des Privatrechts wie namentlich Genossenschaften, Aktiengesellschaften, Stiftungen oder Vereine. Seine Verwaltung bedient sich ausserdem zur Erfüllung von Aufgaben nicht selten privatrechtlicher Formen, beispielsweise privatrechtlicher Verträge anstelle hoheitlicher Verfügungen. Da die Entscheide über Aufgabenträgerschaft und Aufgabenerfüllungsformen in früheren Jahren wegen der dadurch möglichen Entpolitisierung und Lockerung von den Bindungen an Verwaltungsrecht und vermeintlich auch Verfassungsgarantien oft und gerne, hie und da vielleicht auch etwas sorglos, zugunsten Privater ausfielen, gingen sie alsbald unter dem Schlagwort «Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht» in die verwaltungsrechtswissenschaftliche Literatur ein. Weil nun gemischtwirtschaftliche und private Träger bei der Aufgabenerfüllung gegenüber der öffentlichen

Hand mit teilweise weitgehender Autonomie ausgestattet und von öffentlichem Verwaltungs- und Verwaltungsverfahren teilweise freigesetzt sind, wäre es nicht angängig, sie bezüglich Art und Intensität der durch staatliche Stellen – den Ombudsmann eingeschlossen – ausgeübten Aufsicht dem gleichen Régime zu unterwerfen wie die «Amtsstellen der Stadt» im Sinne von Art. 39 der Gemeindeordnung. Der Umfang der staatlichen, und damit auch ombudsmännischen, Aufsicht über die Zweige solch «mittelbarer Staatsverwaltung» ist entsprechend der gewährten Autonomie unterschiedlich. Der Ombudsmann muss hier, wie er schon in früheren Fällen darlegte (Familiengärten, Jahresbericht 1987, Nr. 21, S. 85 ff.), seine Zugriffs- und Interventionsrechte von Fall zu Fall ausmessen. Dabei nimmt er die für seinen baselstädtischen Amtskollegen statuierte Bestimmung zur Richtschnur, wonach «Institutionen und Organisationen des privaten Rechts ... nur dann in den Wirkungsbereich des Beauftragten für das Beschwerdewesen (Ombudsmann) fallen, wenn ihnen hoheitliche Aufgaben übertragen wurden oder wenn sie überwiegend vom Kanton finanziert werden».

Vor allem im Bereich des Immissionsschutzes wurde man schon früh eines gegenläufigen Phänomens gewahr, das man in Anlehnung an die Charakterisierung der ersten Erscheinung als «Flucht der Privaten (aus der Privatrechtsordnung) ins öffentliche Recht bzw. zum Gemeinwesen» bezeichnen könnte. Sie hängt mit dem oft diagnostizierten Schwinden der Kommunikations- und Konfliktlösungsfähigkeit in den engsten Kreisen von Familie, Wohngemeinschaft und Quartier zusammen, das viele Zeitgenossen die mediatisierende oder autoritative Einflussnahme oder auch «Streitgenossenschaft» der öffentlichen Verwaltung und/oder des Ombudsmannes suchen lässt. Und in der Tat vermag die eine oder andere der privatrechtlich zerstrittenen Parteien im Konfliktgewebe verhältnismässig oft noch einen «Ausnäher» ausfindig zu machen, über den sich die eine oder andere Verwaltungsstelle oder der Ombudsmann beziehen und einspannen lässt. Hier gilt es der Vereinnahmung des Gemeinwesens zur Verfolgung subjektiver Interessen vorzubeugen und seinem Engagement zur Beilegung privater Streitigkeiten den mit Blick auf die Aufgabenteilung der staatlichen Organe unter sich und zwischen sich und den Bürgerinnen und Bürgern zuträglichen Radius abzustecken.

3. *Arbeitszeugnisse und Referenzauskünfte – Starthilfen oder Stolpersteine?*

Nicht nur die Sorge um die Erhaltung des städtischen Arbeitsplatzes blieb auf der Geschäftsliste 1995 des Ombudsmannes ein regelmässig wiederkehrendes Thema, sondern, wo es zur Auflösung oder Umgestaltung von Arbeitsverhältnissen kam, auch der Wortlaut von Arbeitszeugnissen und der Inhalt von Referenzauskünften. Die grosse Bedeutung, welche die meisten Arbeitgeber, zumal in der heutigen Arbeitsmarktlage, den Zeugnissen und Referenz-

auskünften von Stellenbewerbenden beimessen, lässt sie auch für austretende städtische Bedienstete zunehmend wichtig erscheinen. Verständlich ist daher auch deren Bemühen, von ihrem bisherigen Arbeitgeber – nötigenfalls auch via Ombudsmann – nach Möglichkeit eine Starthilfe und nicht einen Stolperstein mit auf ihren weiteren beruflichen Lebensweg zu bekommen. Es kann und darf in solchen Fällen natürlich nicht Aufgabe des Ombudsmannes sein, für enttäuschte Bedienstete anstelle des ihnen ausgehändigten Opals einen Brillanten aus der Verwaltung herauszuholen, wenn das Gestein, aus dem sie geschliffen sind, eben nicht vom Feinsten, Edelsten ist, was auf den Markt drängt. Wohl aber ist er bemüht, für sie bei der Verwaltung auf wahre, objektiv richtige, klare, unverschlüsselte, wohlwollend formulierte und vollständige, mit einem Wort faire Zeugnisse und Auskünfte hinzuwirken. Insbesondere achtet er auch darauf, dass sich durch Zeugnisaussagen und Referenzauskünfte einerseits und vorangegangene Mitarbeiterbeurteilungen und Gründe für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses andererseits ein roter Faden zieht und dass all diese Wertungen nicht von Kontrasten und Widersprüchen durchzogen sind.

VII. Rückblende auf frühere Berichte

- In den Berichten über seine Tätigkeit in den Jahren 1990 und 1992 gab der Ombudsmann seinem eigenen und dem Wunsch wohl vieler Bürgerinnen und Bürger sowie Bediensteter Ausdruck, die «Amtliche Sammlung der Beschlüsse und Verordnungen von Behörden der Stadt Zürich» möchte nach den Beispielen der Systematischen Bundesrechtssammlung und – seit 1. Januar 1993 – der Loseblattsammlung des kantonalen Rechts als bereinigte und regelmässig nachführbare Ringordner-Rechtssammlung herausgegeben werden. Es erfüllt ihn mit Genugtuung, dass die Geschäftsprüfungskommission sich dieses Anliegen zu eigen gemacht und es unlängst an den Stadtrat herangetragen hat.
- Im Geschäftsbericht über das Jahr 1991 brach der Ombudsmann eine Lanze für ein verbessertes Verwaltungsorganisations- und -verfahrensrecht. Es freut ihn, dass dieses Anliegen mit dem hart errungenen und von den Stimmberechtigten schliesslich im vergangenen September an der Urne gutgeheissenen Projekt «Reorganisation der Stadtverwaltung» hinsichtlich des organisationsrechtlichen Teils, einschliesslich der transparenzfördernden Umbenennung der bislang «Ämter» geheissenen Ministerien in Departemente und der sachgerechten Neuzuweisung einzelner Ämter, erfüllt worden ist. Die ebenfalls wünschbare Durchforstung und Systematisierung des Verwaltungsverfahrensrechts kann wohl erst an die Hand genommen werden, wenn das Projekt «Verwaltungsreform» seine Bewährungsprobe bestanden haben wird.
- Im letztjährigen Bericht drückte der Ombudsmann seine Sorge aus, bei der Verfolgung des Projekts «Verwaltungsreform» ob allem Bemühen um Effizienzsteigerung und Kostensenkung die «human relations» zwischen Verwaltungsangehörigen und Publikum und die rechtsstaatlichen Errungenschaften wie namentlich das Gesetzmässigkeitsprinzip und die Garantie eines angemessenen Rechtsschutzes nicht zu kurz kommen zu lassen. Die Sorge hat im vergangenen Jahr in der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur erfreulicherweise vielfache Resonanz gefunden. Im Sinne von Beispielen verweist der Ombudsmann gerne auf folgende Arbeiten seiner ehemaligen Bundeshaus-Kollegen und heutigen Hochschullehrer:
 - Philippe Mastronardi, Staatsrecht und Verwaltungsorganisation; Reflexionen am Beispiel des New Public Managements, Antrittsvorlesung an der Hochschule St. Gallen, publiziert in: Aktuelle Juristische Praxis AJP, Heft 12/1995, S. 1541ff., gerafft wiedergegeben in der NZZ Nr. 284 vom 6. Dezember 1995;
 - Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Managements; staatsrechtliche Fixpunkte für die Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnisses, Stämpfli, Bern, 1996;
 - Rainer J. Schweizer, Staatsrechtliche Voraussetzungen und Schranken einer dezentralen Ergebnissteuerung in der öffentlichen Verwaltung, in: Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften SGVW, Bd. 30, 1995, S. 147 ff.

Besonderer Teil

Beispiele von Anliegen und Beschwerden

Nach weltweit praktiziertem und klassisch gewordenem Muster soll im folgenden anhand einer repräsentativen Auswahl von Fällen die erwähnte Schwerpunktbildung veranschaulicht und darüber hinaus auf Unzulängliches, Skurriles, Unerquickliches und Erheiterndes «beidseits des Schalters» hingewiesen werden. In den rasterunterlegten Passagen werden dabei die an Beschwerdeführende und/oder Ämter gerichteten Stellungnahmen und Berichte im unveränderten, lediglich anonymisierten und allenfalls gekürzten Wortlaut wiedergegeben, während im übrigen die Berichtsform das Feld beherrscht.

I. Haftung der Stadt Zürich – keine Staatsgarantie für jedwelle wirtschaftlichen und sozialen Risiken

Von einem Gemeinwesen wie der Stadt Zürich geht angesichts der Fülle seiner Aktivitäten, Bediensteten und öffentlichen Sachen ein beachtliches Gefährdungs- und Schädigungspotential aus. Dennoch ist seine Verantwortlichkeit und Entschädigungspflicht vorderhand und wohl auch noch in näherer Zukunft auf die zur Hauptsache im kantonalen Haftungsgesetz sowie im Obligationenrecht, Zivilgesetzbuch und Strassenverkehrsgesetz umschriebenen haftungsbegründenden Tatbestände begrenzt. Da die Vorstellung vieler Bürgerinnen und Bürger von der Leistungspflicht des Gemeinwesens weit über den Rahmen der gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen hinaus in Richtung einer städtischen Garantenstellung für jegliche Art von Einkommensausfällen und Schadenseintritten reicht, kann es, wie nachfolgende Fälle zeigen, nicht ausbleiben, dass auch der Ombudsmann Betroffenen häufig Enttäuschungen bereiten muss.

1. *Umsatzeinbussen infolge Strassenbauarbeiten (Grundeigentümershaftung nach Artikel 679 ZGB)*

Sachverhalt

Die Inhaberin einer Modeboutique im Zürcher Stadtkreis 7 erkundigt sich beim Ombudsmann, ob die Chancen, für die als Folge von rund zweijährigen Strassenbauarbeiten erlittene Umsatzeinbusse von der Stadt Zürich wenigstens teilweise entschädigt zu werden, tatsächlich so schlecht stünden, wie sie von verschiedenen Seiten erfahren habe. In der Sprechstunde führte sie aus, die Bauarbeiten zur Erneuerung des Strassenkoffers und der Leitungen (Wasser, Elektrisch, Gas, Telefon) seien von solcher Ausdauer und Intensität gewesen, dass

sie nur noch einen Viertel ihres früheren Umsatzes erzielt habe. Der Zugang zur Boutique sei stark erschwert, ja beinahe verunmöglicht worden. Oft sei das Ladenlokal für die Kundinnen nur über ein Holzbrett, vorbei an dröhnenden Maschinen, über Bauschutt und aufgerissene Gräben erreichbar gewesen. Nur noch treueste und abgehärtetste Stammkundinnen hätten diesen Spiessrutenlauf auf sich genommen. Von der Frühlingssammlung habe sie aus diesem Grund beinahe nichts verkaufen können. Wären die Anrainer über das Vorgehen und die einzelnen Bauetappen orientiert worden, so hätte sie entsprechend zurückhaltend Waren eingekauft. Mit einer derart langen und immissionsträchtigen Bauzeit habe keiner der Gewerbetreibenden gerechnet. Sie und weitere Geschäftsinhaber seien der Ansicht, die Strassensanierung hätte sich bei konzentrierterer und besser koordinierter Arbeitsweise in kürzerer Zeit durchführen lassen.

Abklärungen

Obwohl er der Geschäftsfrau angesichts der Rechtslage und Gerichtspraxis schon in der Sprechstunde keine grossen Hoffnungen machen kann, wendet sich der Ombudsmann mit folgenden Überlegungen und Fragen an den Rechtsdienst des Tiefbauamtes der Stadt Zürich:

Die haftungsgesetzliche Regelung der §§ 12 und 13 ist die eine, für die Aussichten solcher Fälle wohl wenig verheissungsvolle Seite. Wie hält es aber die Stadt Zürich mit der andern Seite, der Ihnen bekannten Sonderopfertheorie, nach der Entschädigungen unmittelbar aus Artikel 4 BV abgeleitet werden können, wenn durch rechtmässiges Staatshandeln Geschädigte in besonderem Masse betroffen erscheinen und es unbillig erschiene, sie den ganzen Schaden selbst tragen zu lassen? Können nach der bisherigen städtischen und allenfalls zürcherischen Gerichtspraxis Geschäftsinhaber der hier in Frage stehenden Art zu entschädigungsfähigen Sonderopfern werden? Könnten beispielsweise eine aussergewöhnlich lange Dauer der Bauarbeiten oder eine besondere Intensität der Behelligungen die Betroffenen zu Sonderopfern werden lassen?

Gestützt auf die Stellungnahme des Rechtsdienstes des Tiefbauamtes und auf das Studium von Literatur und Rechtsprechung erstattet der Ombudsmann der Geschäftsführerin folgenden Bericht:

Der Rechtsdienst des Tiefbauamtes der Stadt Zürich beurteilt die Rechtslage wie folgt (Auszug aus der Stellungnahme vom 9. August 1995):

«Immissionen, die die Stadt Zürich als bauende Grundeigentümerin auch durch mögliche und zumutbare Massnahmen nicht verhindern kann, müssen Nachbarn (ohne Abwehranspruch) dulden, selbst wenn sie übermässig sind, weil die Stadt ihr Eigentumsrecht nicht überschreitet (BGE 91 11 103 E. 2). Art. 679 ZGB kann dann nicht Grundlage eines allfälligen Ersatzanspruches sein, denn diese zivil-

rechtliche Bestimmung befasst sich nicht mit den Folgen einer in allen Teilen rechtmässigen Eigentumsausübung (BGE 114 11 233)...

Sind die Einwirkungen «übermässig» und führen sie zu einer «beträchtlichen» Schädigung, dann steht einem duldungspflichtigen Nachbarn trotz fehlender Widerrechtlichkeit der Schädigung ein aus dem Enteignungsrecht abgeleiteter Ersatzanspruch zu, welcher sich auf richterliche Lückenfüllung stützt (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Übermässig sind Immissionen, die über das hinausgehen, was ein Anlieger nach den allgemeinen Grundsätzen des Nachbarrechts, insbesondere nach der Lage und Beschaffenheit der benachbarten Grundstücke sowie dem Ortsgebrauch in jedem Fall zu dulden hätte (BGE 114 11 237 E. 5.a) ... Ein bauender Grundeigentümer muss die Schäden eines Nachbarn nur so weit ausgleichen, als sie die Grenze des Zumutbaren übersteigen. Ein allfälliger Ersatzanspruch umfasst also nicht die volle Deckung des Vermögensschadens, sondern er zielt darauf ab, die «unzumutbare» Schädigung «zumutbar» zu machen...

Die Anwohner und Gewerbetreibenden im Bereich der X-strasse wurden sowohl vom Tiefbauamt als auch von den Verkehrsbetrieben mehrmals über die bevorstehenden und laufenden Bauarbeiten orientiert. Geschäftsführerin E. wurde überdies durch persönliche, auf ihre Eingaben an den Oberbauleiter und den damaligen Bauvorstand I eingehende Stellungnahmen über die tatbeständlichen und rechtlichen Aspekte der Bauarbeiten ins Bild gesetzt. Die in den Anwohnerunderschreiben und in den persönlichen Mitteilungen gemachten Angaben waren zutreffend. ... Mit Tiefbauarbeiten ... ist auf Stadtgebiet jederzeit zu rechnen. Die durch solche Arbeiten entstehenden Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke sind an sich noch nicht übermässig ... Von seiten der Stadt Zürich trat man – in diesem wie in andern Fällen – mit allen möglichen und zumutbaren Massnahmen den negativen Auswirkungen der unumgänglichen Tiefbauarbeiten entgegen. Das Bauprogramm wurde eingehalten ... Die dortige Baustelle bezweckt die jederzeitige Sicherstellung der einwandfreien Erschliessung aller an- und umliegenden Grundstücke. Davon profitiert nicht zuletzt auch das Geschäft von Frau E. ...»

Diesen Ausführungen vermag ich nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Sie finden namentlich im wiederholt zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 19. Mai 1988 (BGE 114 II 230 ff.) Rückhalt, der den Stand der Rechtsprechung zusammenfasst und zugleich die bei der Entschädigungsfrage zu prüfenden Kriterien präzisiert. Er sei nachstehend auszugsweise wiedergegeben:

«Das Bundesgericht hat in BGE 91 II 100ff. ... ausgeführt, die Haftung des bauenden Grundeigentümers für unvermeidliche Immissionen lasse sich nicht einfach auf Art. 679 ZGB stützen. Diese Norm mache den Grundeigentümer bloss für Überschreitungen seines Eigentumsrechtes, nicht aber für die Folgen einer in allen Teilen rechtmässigen Eigentumsausübung verantwortlich. Es bestehe eine Gesetzeslücke, welche der Richter in dem Sinne auszufüllen habe, dass die Schadenersatzpflicht auch dann zu bejahen sei, wenn die Überschreitung der Schranken des Nachbarrechts mit Rücksicht auf das besondere Interesse des bauenden Grundeigentümers und auf die Erfordernisse der Bauausführung ausnahmsweise zu dulden sei. ...

Zusammen mit den benachbarten Strassen und Gassen ist die Zürcher Bahnhofstrasse weltbekannt wegen der dort niedergelassenen Banken und Ladengeschäfte; sie ist gewiss nicht das, was man sich unter einem städtischen Wohnquartier üblicherweise vorstellt. Wie die Klägerin zutreffend vorbringt, würde derselbe Sachverhalt, wie er der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, in einem eigentlichen Wohnquartier kaum zu einer Schadenersatzpflicht führen, weil dort die Quartierbewohner in den Geschäften zu einem grossen Teil Artikel

des täglichen Bedarfs einkaufen und die Läden in ihrer Nähe auch dann aufsuchen, wenn der Zugang zu ihnen durch Bauinstallationen erschwert ist. Demgegenüber kommt die Kundschaft, welche die Geschäfte an der Zürcher Bahnhofstrasse und in deren nächster Nähe aufsucht, in grosser Zahl auch aus den übrigen Gebieten der Schweiz und aus dem Ausland. Diese Kundschaft wird, ganz besonders wenn es um Modeartikel geht, von den Wünsche weckenden Auslagen in Schaufenstern und Verkaufsräumen zum Betreten eines Ladengeschäftes veranlasst. Die Ladeninhaber rund um die Bahnhofstrasse haben daher ein ganz besonderes Interesse daran, dass der Zugang zu ihrem Geschäft ohne Schwierigkeiten gefunden wird...

Es steht auch im vorliegenden Fall fest, dass die von der Liegenschaft der Beklagten ausgehenden Einwirkungen auf die Detailverkaufsgeschäfte der Klägerin – in erster Linie die Erschwerung des Zuganges durch Belegung und Abschrankung des öffentlichen Grundes – den Tatbestand der übermässigen und folglich unzulässigen Eigentumsausübung erfüllen und damit einen Anspruch auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schadenersatz begründen würden, wenn sie nicht im Zusammenhang mit den von der Beklagten veranlassten Umbau- und Renovationsarbeiten ständen. Nur weil diese Bauarbeiten notwendig und zweckmässig sind, die Einwirkungen selbst bei Anwendung aller Sorgfalt unvermeidlich sind und die Beanspruchung des öffentlichen Grundes von den zuständigen Behörden bewilligt wurde, kann der Beklagten keine Rechtswidrigkeit vorgeworfen werden. Objektiv bleiben jedoch die Immissionen übermässig und mit dem Gebot nachbarrechtlicher Rücksichtnahme unvereinbar. Dem Nachbarn, der einem solchen Eingriff in seinen Rechtsbereich ausgesetzt ist, steht ausnahmsweise kein Abwehranspruch zu; es ist ihm aber, im System der privatrechtlichen Eigentumsordnung, ein Anspruch auf Entschädigung zuzugestehen. Dabei sind die Analogien zum öffentlich-rechtlichen Institut der Enteignung augenfällig ... Nachteilige Einwirkungen, die der bestimmungsgemässe Gebrauch einer öffentlichen Sache nach sich zieht und die sich nicht oder nur durch unverhältnismässige Aufwendungen vermeiden lassen, sind ebenfalls vom Nachbarn hinzunehmen und durch eine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen abzugelten (BGE 91 II 483 E. 5, 96 II 348 f. E. 6a, 107 Ib 388 f. E. 2a)... Hat der bauende Grundeigentümer alle ihm zumutbaren Massnahmen ergriffen und lässt es sich trotzdem nicht vermeiden, dass mit den Bauarbeiten die Schranken des Eigentumsrechtes überschritten werden und der Nachbar eine Schädigung erleidet, so ist die Ersatzpflicht unter den Voraussetzungen zu bejahen, dass die Einwirkungen übermässig sind und die Schädigung beträchtlich ist (BGE 91 II 107 E. 3).»

Das wiedergegebene Bundesgerichtsurteil erregte Aufsehen, weil es die bisherige Rechtsprechung in den auch in Ihrem Fall zu beurteilenden Entschädigungsfragen präzisiert und einige rechtsdogmatisch und rechtspolitisch bedeutsame Eckwerte festlegt, die im beurteilten Fall der von Bauimmissionen betroffenen Ladenbesitzerin gegenüber dem vorinstanzlichen Abweisungsentscheid eine Morgenröte eröffneten. Wohl wird darin die Verantwortlichkeit eines privaten Grundeigentümers und nicht eines Gemeinwesens beurteilt. Das schweizerische Recht unterstellt indessen Entschädigungsforderungen gegen Gemeinwesen in weitem Umfang ausdrücklich oder implizit dem Privatrecht und lässt sie durch den Zivilrichter beurteilen. In seiner Eigenschaft als Strasseneigentümer haftet das Gemeinwesen je nachdem, ob es die Schranken seiner Sachherrschaft zum Nachteil anderer überschreitet oder ob es die Strasse als Werk mangelhaft anlegt oder unterhält, nach dem im zitierten Bundesgerichtsurteil grundlegenden Arti-

kel 679 ZGB oder nach Artikel 58 OR. Das Urteil macht deutlich, dass für eine Entschädigung aus Artikel 679 ZGB Umsatzschwankungen und -rückgänge für sich allein einen Entschädigungsanspruch noch nicht zu begründen vermögen. Voraussetzung ist eine Überschreitung des Eigentumsrechts. Bei vorübergehenden Störungen ist Entschädigung nur geschuldet, wenn die Einwirkung übermässig und die Schädigung beträchtlich, unzumutbar ist. Zu keinen Entschädigungen dürfen Umsatzeinbussen führen, die mit einer allgemeinen Wirtschaftskrise zusammenhängen. Zu den verschiedenen, nach der Gerichtspraxis zu berücksichtigenden Beurteilungskriterien gehört auch die Lage Ihrer Boutique. Seit Jahren kann beobachtet werden, dass das bergseitige Trottoir im Bereich Ihres Geschäftsdomizils von Fussgängern spärlich benützt wird. Zu erwähnen wären am ehesten noch die Fahrgäste, die an der nahegelegenen Haltestelle ein- und aussteigen. Ihre Boutique befindet sich im Unterschied zum geschädigten Geschäft im zitierten Bundesgerichtsurteil jedenfalls nicht an einer Passantenlage, wie sie hauptsächlich in der Kernzone der Stadt vielerorts anzutreffen ist. Ihre Kundschaft dürfte sich daher weniger aus flanierenden Gelegenheits- als aus Stammkundinnen zusammensetzen, die sich vom Betreten Ihrer Boutique durch die Unannehmlichkeiten und Erschwernisse der Bauarbeiten kaum hätten abhalten lassen, wären sie von ungeschmälerter Kauflust wie in konjunkturell besseren Zeiten beseelt gewesen. Eine Verantwortlichkeitsklage gegen die Stadt als Strasseneigentümerin nach Artikel 679 ZGB dürfte daher in Ihrem Fall vor dem Richter kaum Erfolgsaussichten haben. Fraglich könnte nurmehr sein, ob allenfalls unmittelbar aus verfassungsrechtlichen Grundrechten ein Entschädigungsanspruch abzuleiten sei. Das Bundesgericht hat dies in langjähriger Rechtsprechung für den Tatbestand der materiellen Enteignung getan. Im übrigen aber hat es stets den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Entschädigungspflicht vertreten und Haftpflichtansprüche ohne gesetzliche Grundlage in unmittelbarer Berufung auf die Grundrechte der Verfassung abgelehnt. Auch wenn dieser «Entschädigungspositivismus» von der Lehre seit langem kritisiert wird, sehe ich unter den gegebenen Umständen kaum eine Chance, für Sie die gewünschte städtische Ersatzleistung zu erwirken.

2. Bissige Seelöwen (Werkeigentümerhaftung nach Artikel 58 OR)

Sachverhalt

In der Adventszeit setzt Y. den Ombudsmann telephonisch von einem kürzlich beim Seelöwenbrunnen auf dem Stampfenbachplatz erlittenen Unfall in Kenntnis, dessen Kopfverletzungsfolgen seine Überführung durch die städtische Sanität in das Universitätsspital Zürich nötig gemacht hätten. Die ihm von den Städtischen Gesundheitsdiensten in Rechnung gestellten Transport- und Not-

fallhilfekosten in Höhe von Fr. 355.– hält er, wie er darlegt, für deplaziert, weil sie auf einen durch ungenügende Absicherung der Brunnenanlage gegen Unfallfolgen hervorgerufenen Schaden zurückzuführen seien, für den die Stadt Zürich einzustehen habe.

Abklärungen

Der Ombudsmann nimmt den Seelöwenbrunnen in Augenschein, konsultiert ein Werk über Brunnen in der Stadt Zürich und bezieht danach zur Angelegenheit wie folgt Stellung:

Zwar hat das Gemeinwesen – so weit vermag ich Ihnen zu folgen – in gleicher Weise wie Privatpersonen für schadenstiftende Unfälle einzustehen, welche durch Mängel an seinen Werken, insbesondere an Strassen, Trottoirs, Brücken und Brunnen usw., entstehen. Die Haftpflicht knüpft indessen nicht schlechthin an den Eintritt einer irgendwie durch die Existenz des Werkes hervorgerufenen oder begünstigten Schädigung an; vielmehr ist sie erst gegeben, wenn der Schaden auf «fehlerhafte Anlage oder Herstellung» oder auf «mangelhafte Unterhaltung» des Werkes zurückzuführen ist (Art. 58 OR). Sie scheinen einen solchen Mangel der Seelöwenbrunnenanlage in der fehlenden Absicherung des Ihnen zum Verhängnis gewordenen, südwestlich an den Brunnentrog angebauten Hundebrunnchens – des einzigen das Trottoirniveau geringfügig überragenden Anlagebestandteils – durch eine Abschränkung oder wenigstens Markierung erblicken zu wollen. Diese Sicht der Dinge vermag ich nicht zu teilen. Zwar dürfte es sich bei dieser Brunnenanlage fraglos um ein Haftpflichtansprüche gegenüber der Stadt Zürich auslösendes *Werk* handeln, und man mag auch als erstellend ansehen, dass Ihre Kopfverletzungen auf einen durch eben diese Brunnenanlage, insbesondere das Hundebrunnchen, *verursachten* Sturz zurückgehen. Daraus, dass das Hundebrunnchen nicht zusätzlich zur leicht erhabenen Kunststeineinfassung noch durch Warnfarbmarkierungen oder gar Abschränkungen gegen Misstritte oder Stolperschritte von Passanten abgesichert ist, aber auch auf haftungsbegründende *Mangelhaftigkeit* der Brunnenanlage zu schliessen, ginge meines Erachtens – und ich nehme bei meinem Urteil Mass an der bundesgerichtlichen Werkeigentümerhaftungspraxis – entschieden zu weit. Nicht nur liegt eine Begrenzung der Haftbarkeit darin, dass nach der Gerichtspraxis die Vorkehrungen des Eigentümers nicht so weit zu gehen brauchen, dass eine mit Rücksicht auf Zweck und Funktion des Werkes unangebrachte Beschränkung im Gebrauch entsteht. Der Werkeigentümer darf vielmehr auch mit einem dem allgemeinen Durchschnitt entsprechenden vorsichtigen Verhalten der Werkbenützer und des Publikums rechnen. Wo die Unvollkommenheiten oder Gefahren eines Werkes bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit der Passanten ohne weiteres bemerkbar sind, erübrigen sich besondere Schutzmassnahmen. Ge-

ringfügige Risiken, die bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit des Publikums normalerweise nicht Anlass zu Schädigungen geben, brauchen nicht durch Sicherungsvorrichtungen beseitigt zu werden. Wie Motorfahrzeugführer und Radfahrer auf der Fahrbahn dürfen nach der immer wieder betonten Auffassung der Gerichte auch Fussgänger nicht darauf zählen, in einer grossen Stadt sämtliche Trottoirs und Plätze jederzeit gänzlich eben und hindernisfrei vorzufinden. Sie müssen vielmehr auf Hindernisse wie Erhebungen und Vertiefungen, Hydrantenstöcke, Strassensignaltafeln, Absperrkuben und -pfosten usw. gefasst sein. Was nun das Ihnen zum Verhängnis gewordene Hundebrunnchen anbetrifft, so würde ich nicht zögern, es als sachgerechte und in Ansehung seiner Dimension, Lage, Konstruktion und Beschaffenheit mangelfreie, keiner zusätzlichen Sicherungsvorrichtungen mehr bedürftige Annexanlage zum Brunnen zu bezeichnen. Gemessen am vorgelagerten, ausladenden und mit Sitzbänken versehenen Platz verschwindend klein, schmiegt es sich mit einem bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit der Passanten gut wahrnehmbaren Kunststeintrog an das wuchtige Brunnenbecken an und bietet so den Vierbeinern namentlich im Sommer willkommene Labsal. Angesichts seiner bescheidenen Dimensionen vermöchte eine blosser Farbmarkierung das vernachlässigbare Rest(stolper)risiko kaum auszuschliessen. Vielmehr wäre anzunehmen, ein Unheil, wiederholte es sich mit einer anderen Person, liesse sich im Zeitpunkt der Markierungswahrnehmung bereits nicht mehr abwenden. Von der Stadt bei dieser Situation noch weiter gehende Schutzvorkehrungen oder gar die Entfernung des Hundebrunnchens zu verlangen, hiesse, den Bogen des ihr vernünftigerweise Zumutbaren zu überspannen. Es darf zweifellos auch berücksichtigt werden, dass die Stadtbevölkerung daran nach den Informationen der konsultierten Verwaltungsstellen trotz des bald 60jährigen Bestehens dieses Brunnens bis heute noch keinen nennenswerten Schaden genommen hat. Würde man trotz Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte einen Mangel des Hundebrunnchens bejahen, bliebe immer noch die Frage offen, ob nicht ein haftungsausschliessendes Selbstverschulden vorliege. Was den Passanten am Schaffhauser Tor von dessen Erbauern, etwas frivol zwar, aber wohlmeinend allemal, zu bedenken gegeben wird, um sie vor Unheil zu bewahren, hat seine Aktualität noch keineswegs gänzlich eingebüsst.

Ich gelange daher zum Schluss, die Brunnenanlage auf dem Stampfenbachplatz könne in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht als in einem haftungsbegründenden Masse mangelhaft betrachtet werden, und der Rechnung der Städtischen Gesundheitsdienste für Ihren Sanitätstransport könnten daher keine – zudem erst noch gerichtlicher Feststellung bedürftige – Haftungsansprüche Ihrerseits gegenübergestellt werden. Sie tun daher meines Erachtens gut daran, die Rechnung zu bezahlen.

3. Leistenbruchoperation (Spitalhaftung aus kantonalem Haftungsgesetz)

Sachverhalt

D. äussert in der Sprechstunde den Verdacht, dem Arzt, der am 20. Dezember 1994 im Stadtspital Triemli an ihm eine Leistenbruchoperation ausgeführt habe, sei ein Kunstfehler unterlaufen. Die Operation sei an beiden Leisten, und zwar endoskopisch, durchgeführt worden. Der operierende Arzt habe ihm zuvor erklärt, dies sei die einfachste, schnellste und schonendste Methode der Bruchbehandlung. Tatsächlich habe er auf Weihnachten bereits wieder nach Hause gehen können, leider aber nicht beschwerdefrei. Da die Schmerzen nicht nachgelassen hätten, habe er den Arzt im Januar 1995 erneut im Triemlispital aufgesucht. Dieser habe ihn untersucht und befunden, es sei alles in Ordnung. Ein weiterer Untersuch durch den Leiter der chirurgischen Klinik habe diesen Befund bestätigt. Beide Ärzte hätten sodann auf seine Anregung erklärt, es sei noch verfrüht, die zur Stützung des Gewebes implantierten Netzchen so kurze Zeit nach ihrer Einpflanzung wieder zu entfernen, selbst wenn ein Bostitch an schmerzempfindlicher Stelle, beispielsweise an der Knochenhaut, befestigt worden sein sollte. Da die unerträglichen Schmerzen nicht nachgelassen hätten, habe er sich hilfesuchend an andere Ärzte gewandt. Schliesslich habe sich ein Arzt am öffentlichen Spital X seiner angenommen und sich bereit erklärt, die Netzchen zu entfernen. Beiläufig habe er erklärt, es sei nicht das erste Mal, dass er endoskopisch eingesetzte Netzchen operativ wieder entfernen müsse. Er sei daher von dieser Methode wieder abgekommen. Nach der operativen Entfernung der Netzchen sei es ihm besser gegangen. Er könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dem Arzt im Triemli-Spital sei ein Behandlungsfehler unterlaufen; er wäre wohl längst wieder arbeitsfähig und schmerzfrei, wenn die Operation im Dezember 1994 richtig ausgeführt worden wäre.

Abklärungen

Für die Beurteilung von Fällen aus bestimmten Spezialgebieten ist der Ombudsmann gleich dem Richter auf die Hilfe von Fachleuten angewiesen. Da ihm für Expertengutachten kein Kredit zur Verfügung steht, muss er sich in der Regel an Fachkräfte aus der Verwaltung halten, deren Objektivität und Unbefangenheit im Falle ungünstiger Stellungnahmen von den Beschwerdeführenden und bisweilen auch vom Ombudsmann aus naheliegenden Gründen angezweifelt wird. Erfreulicherweise haben sich in der Vergangenheit schon verschiedentlich Professoren der Universität und der ETH sowie Fachleute verwaltungsunabhängiger Organisationen, an die der Ombudsmann in seiner Verlegenheit herangetreten ist, zu unentgeltlichen Hilfestellungen bereitgefunden. Da ihm im vorliegenden Fall die Möglichkeit einer unbefangenen verwaltungsinternen Begutachtung recht limitiert erschien, wandte er sich mit der Bitte um Beantwortung einer Reihe von Fragen und einer Erklärung des Beschwerdeführers, ihn von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, an

jenen Arzt, welcher den Patienten von seiner Pein erlöst hatte. Zuvorkommenderweise erklärte sich dieser, seines Zeichens Chefarzt der Chirurgischen Abteilung des Spitals X, zu solcher Stellungnahme bereit. Gestützt darauf erstattete der Ombudsmann D. folgenden Bericht:

Erwägungen

Für eine allfällige Haftung des Stadtspitals Triemli (zur Abgrenzung der vertraglichen Haftung nach Spital- bzw. Spitalaufnahmevertrag vgl. Heinrich Honsell [Hrsg.], Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S.54 ff.) ist das kantonale Haftungsgesetz (Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten, vom 14. September 1969, mit Änderungen bis 20. Februar 1994) heranzuziehen, welches bestimmt:

§ 6. Der Staat haftet für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt.

Wird ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert, haftet der Staat nur, wenn ein Beamter einer Vorinstanz arglistig gehandelt hat.

Für den Schaden aus falscher Auskunft haftet der Staat nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Beamten.

Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Beamten zu.

§ 7. Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.

§ 22. Begehren auf Feststellung, Schadenersatz und Genugtuung sind schriftlich einzureichen:

- a) dem Regierungsrat bei Ansprüchen gegen den Staat,
- b) der Gemeindevorsteherschaft bei Ansprüchen gegen die Gemeinde,
- c) dem obersten zur Vertretung befugten Organ bei Ansprüchen gegen Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.

Bestreitet die angegangene Behörde den Anspruch ganz oder teilweise, muss sie den Geschädigten auf § 24 Abs. 2 hinweisen.

§ 24. Die Haftung des Staates erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Feststellung, Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert zwei Jahren seit Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beim Staat einreicht.

Bestreitet die zuständige Behörde den Anspruch, so hat der Geschädigte innert der Verjährungsfrist von einem Jahr, von der Mitteilung an gerechnet, Klage beim zuständigen Gericht einzureichen.

Nach dem Haftungsgesetz liegt es am Patienten, für den geltend gemachten ärztlichen Kunstfehler den Nachweis zu erbringen. Zu beweisen ist nicht nur der Schaden, sondern insbesondere auch der sogenannte Kausalzusammenhang zwischen dem ärztlichen Eingriff (Ursache) und dem Schadenseintritt (Wirkung; vgl. Jost Gross, Haftung für medizinische Behandlung, Bern 1987, S.196 f., S.237 ff., S.270 f.). Da der Kausalzusammenhang, zumal durch medizinische Laien, nur schwer nachzuweisen ist, hat die

Rechtsprechung dieses Erfordernis insofern etwas gelockert, «als sich der Richter mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ... einer Verursachung begnügen kann» (BGE 113 Ib 424, BGE 107 II 273 und 430; Honsell, a. a. O., S.73ff.). Ein ärztlicher Kunst- oder Behandlungsfehler ist «ein Verstoss gegen allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Praxis (Heilkunst) infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht» (Honsell, a. a. O., S. 69f.). Nicht jeder medizinische Misserfolg kann daher sogleich auf einen ärztlichen Kunstfehler zurückgeführt werden. Honsell (a. a. O., S. 71 ff.) fasst die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Kunstfehlerbegriff wie folgt zusammen:

«Das Bundesgericht unterstreicht, eine Reduktion der Arzthaftung auf grobe Sorgfaltsverstösse finde im Recht keinerlei Stütze, und der Arzt habe für jedes fahrlässige Verhalten einzustehen. Das Gericht stellt weiter fest, dass sich die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes ... nach den Umständen des Einzelfalles richten. Aus diesem Grunde liessen sich die dem Arzt zumutbaren Sorgfaltspflichten auch nicht ein für allemal festlegen; diese seien vielmehr abhängig von den konkreten Umständen, namentlich von der Art des Eingriffes oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, vom Ermessensspielraum, von den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zu Verfügung stehen, unter gleichzeitiger Mitberücksichtigung der ärztlichen Ausbildung und Leistungsfähigkeit. Entscheidend ist somit die Frage, welches Mass an Sorgfalt und Fachkunde der Arzt aufzubringen hat. Dabei muss der Stand der medizinischen Erkenntnis zur Zeit der Behandlung als Richtschnur dienen. Der Arzt wird am Wissen gemessen, das zum Zeitpunkt der von ihm getroffenen Massnahmen besteht. ... Ob der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, der zu einer Gesundheitsschädigung des Patienten geführt hat, beantwortet sich ausschliesslich danach, ob der Arzt unter Einsatz der von ihm zu fordernden medizinischen Kenntnisse und Erfahrungen im konkreten Fall vertretbare Entscheidungen über die diagnostischen sowie therapeutischen Massnahmen getroffen und diese Massnahmen sorgfältig durchgeführt hat. Dabei fallen nicht nur klassische Fehler bei der Behandlung selbst in Betracht. Zu denken ist insbesondere auch an die Fälle fehlerhafter Injektionen, das Verabreichen falscher Medikamente bzw. zu hoher Dosen von Arzneien oder Bestrahlungen sowie das Hinterlassen von Instrumenten, Tupfern und anderen Gegenständen im Körper des Patienten. Hinzu kommen organisatorische Fehler, die im Behandlungsumfeld zu suchen sind. Darunter fällt etwa eine unzweckmässige Einteilung von Ärzten in den Operations- bzw. Behandlungsplan oder die Übernahme von Operationen und anderen Behandlungen durch nicht ausreichend qualifizierte Ärzte. Ferner sind in diesem Zusammenhang Narkosefehler, eine zu frühzeitige Entlassung des Patienten aus der stationären Krankenhausbehandlung vor vollständiger Aushheilung der Erkrankung, fehlende ärztliche Hinweise auf Gefahren, die nach der Behandlung drohen, und Instruktionen an den Patienten zu deren Vermeidung sowie das Unterlassen der Weitergabe erforderlicher Daten, die für eine reibungslose Weiterbehandlung nötig sind, zu erwähnen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung kann auch vorliegen, wenn der Arzt sich nur auf telefonische Auskünfte des Patienten verlässt und eine sogenannte Fernmedikation vornimmt oder zu einem angekündigten Hausbesuch nicht erscheint. Der Arzt ist regelmässig verpflichtet, sich soweit möglich und zumutbar ein eigenes Bild vom Zustand des Patienten zu machen.»

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung stellte ich Ihrem Arzt im Spital X folgende Fragen:

- Ist die beim Eingriff im Stadtspital Triemli offenbar zur Anwendung gelangte, vor allem von Meniskusoperationen her bekannte *Endoskopiemethode* eine bei Leistenbruchoperationen bereits eingeführte, erprobte Methode oder eine noch neue, eventuell gar ein «gewagter Versuch» mit erheblichen Risiken für den Patienten? Oder war sie beim Stand der wissenschaftlichen Kenntnisse und Erfahrungen im Zeitpunkt des Eingriffes wegen unbefriedigender Resultate bereits nicht mehr vertretbar?
- Wenn die angewandte Operationsmethode vertretbar war, ist sie im vorliegenden Fall allenfalls ungenügend beherrscht bzw. *mangelhaft durchgeführt* worden, indem beispielsweise zu grosse Netzchen implantiert oder diese mangelhaft plaziert oder fixiert worden sind?
- Ist der im Stadtspital Triemli vorgenommene Eingriff eventuell unter anderen Aspekten als Verstoss gegen allgemein anerkannte Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft und Praxis zu werten?

Der medizinische Experte beantwortete diese Fragen zusammengefasst wie folgt:

Die endoskopische Hernienoperation ist seit einigen Jahren vor allem in französischsprachigen Bereichen Europas eine häufig praktizierte Operationsmethode. Auch in den USA wird sie immer häufiger angewandt. In der Schweiz gelangt sie (vor allem im Rahmen von Studien) seit ca. 1992 zum Einsatz. Es handelt sich bei dieser Operation wie bei der gesamten endoskopischen Chirurgie um einen «neuen» Bereich. Routinemässig werden endoskopische Eingriffe von Chirurgen erst seit 1989 durchgeführt. Andere Disziplinen (Unfallchirurgie/Arthroskopie; Laparoskopie/Gynäkologie) sind schon seit mehr als 20 Jahren darin geübt. Bei Herrn Dr. G., der die Operation durchführte, handelt es sich um einen ausgewiesenen Spezialisten im Bereiche der endoskopischen Chirurgie im Bauchraum. Er hat als einer der ersten Schweizer am Inselspital in Bern diese Technik aufgenommen und zusammen mit anderen Kollegen weiterentwickelt. Er gehört zu den Exponenten unter den Schweizer Chirurgen.

Ein «gewagter Versuch» ist die endoskopische Hernienplastik (transperitoneal oder praepertoneal) nicht. Allerdings ist es eine Operation mit unbekanntem Faktoren bezüglich *Schmerzen* für den Patienten. Diesbezüglich haben die Chirurgen in den letzten 2–3 Jahren unbefriedigende Erfahrungen machen müssen. Dessen sollte sich der Patient im voraus bewusst sein. Das *Schmerzerleben* bzw. Schmerzresiduen und -syndrome sind fast allen Chirurgen bekannt und sind häufig Themen bei Kongressen über endoskopische Chirurgie. Ihr Erlebnis ist kein Einzelfall. Die Auswertung einer gesamtschweizerischen Studie hat gezeigt, dass der Schmerz bzw. schwer anzugehende Schmerzsyndrome bei der Hernienplastik (transperitoneal) bei den Schweizer Chirurgen im Vordergrund stehen. Langzeitresultate stehen noch aus.

Aufgrund des aktuellen Wissensstandes war die Vornahme des Eingriffes jedoch sicherlich vertretbar.

Ergebnis

Nach meinem Dafürhalten kann dem Stadtspital Triemli aus der durch seinen Spezialisten an Ihnen durchgeführten Operation kein Vorwurf gemacht werden. Die als «aufgrund des Wissensstandes sicherlich vertretbar» bezeichnete Operation ist durch einen in der endoskopischen Bauchraumchirurgie erfahrenen, ja führenden Arzt durchgeführt worden. Ein Kunstfehler ist ihm dabei nach Ansicht des befragten Chefarztes des Spitals X nicht unterlaufen. Von den Patienten teilweise stärker empfundene und längerdauernde Schmerzen in der Folge endoskopischer Eingriffe scheinen vielmehr nichts Aussergewöhnliches zu sein und lassen für sich allein nicht auf einen Behandlungsfehler schliessen. Aus der Forderung des medizinischen Sachverständigen, Patienten sollten sich des erhöhten Schmerzrisikos einer endoskopisch durchgeführten Hernienoperation bewusst sein, scheint sich mir aber die Feststellung aufzudrängen, ein Hinweis auf das möglicherweise erhöhte Schmerzrisiko gehöre zu einer vollständigen ärztlichen Aufklärung über Verlauf und Auswirkungen eines nach der endoskopischen Methode durchgeführten Eingriffs, auch wenn diese gegenüber der herkömmlichen Methode im übrigen Vorteile aufweist.

II. Flucht des Gemeinwesens ins Privatrecht – Flucht der Privaten ins öffentliche Recht bzw. zum Gemeinwesen

Wie mit der Umschreibung dieser Problemschwerpunkte im allgemeinen Teil (Ziff. VI/2) dargetan, soll hier anhand einiger Fälle des letzten Jahres die Situierung des Ombudsmannes und die nicht immer leichte Festlegung seines Aktionsrayons in den Grenzbereichen und an den Schnittstellen von staatlicher und privater Sphäre, von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Auseinandersetzungen bzw. von staatlicher und privater Aufgabenerfüllung aufgezeigt werden.

4. *Unangemessen hohe Spitex-Pflegetaxe? Ombudsmännische Kontrolle der durch städtische Instanzen ausgeübten Aufsicht über private Aufgabenerfüllung*

Sachverhalt

Auf schriftlichem Wege erkundigt sich der Sohn eines pflegebedürftigen, betagten Vaters, ob ihm der Ombudsmann in seiner Auseinandersetzung mit der Spitex-Organisation Altstetten über die Angemessenheit der verrechneten Pflegetaxe und mit dem für den Spitex-Bereich zuständigen Gesundheits- und

Umweltdepartement der Stadt Zürich über die Art und Weise der Ausübung seiner Aufsicht über die Geschäftsführung dieser Organisation vermittelnd bestehen könnte.

Abklärungen

In Ermangelung hinreichender Kenntnisse von Sachverhalt und rechtlichen Konstrukten für die Spitex-Trägerschaftsorganisation, deren Aufgabenerfüllung und Finanzhaushalt und des Aufsichtswesens lässt sich der Ombudsmann vom Beschwerdeführer zunächst die Unterlagen der bisherigen Auseinandersetzung aushändigen und zusätzliche mündliche Aufschlüsse erteilen. Darauf gelangt er mit dem Begehren um Dokumentierung über das Spitex-Leitbild, die Richtlinien für die Spitex-Organisationen sowie die Finanzierung der und Aufsicht über die spitalexterne Krankenpflege an die Zentralstelle Spitex im Gesundheits- und Umweltdepartement. Schliesslich holt er beim Departementssekretär noch einige Auskünfte zu Rechtsfragen ein. Gestützt auf all diese Informationen beantwortet er das Vermittlungsgesuch wie folgt:

Nach Art. 39 der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vermittelt der Beauftragte in Beschwerdesachen im Verkehr zwischen Bürgerinnen und Bürgern einerseits und «der Stadtverwaltung» andererseits; nach derselben Bestimmung prüft er Beschwerden, die gegen «die Stadtverwaltung» erhoben werden. Ihr Gesuch wirft die Frage auf, ob die Tätigkeit der Spitex-Organe und das Verhalten der in diesem Bereich engagierten Personen angesichts der kantonal- und kommunalrechtlichen Institutionalisierung, Koordinierung und Mitfinanzierung der Spitex-Dienste der ombudsmännischen Vermittlungs- und Beschwerdeprüfungsfunktion in gleicher Weise zugänglich seien wie jene städtischer Ämter und Abteilungen, d. h., ob sie der «Stadtverwaltung» im Sinne von Art. 39 der Gemeindeordnung zuzurechnen seien. Das ist aus folgenden Gründen nicht anzunehmen:

Obwohl sie unzweifelhaft eine Aufgabe im öffentlichen Interesse erfüllen, die ihnen aus diesem Grunde rahmengesetzlich und richtlinienmässig zur Pflicht gemacht worden ist und durch namhafte Beiträge von Bund, Kanton und Stadt finanziell erleichtert wird, handelt es sich bei den Spitex-Diensten nicht um organisatorische Einheiten der Stadtverwaltung, sondern um mit der Stadt durch Vertrag verbundene private Organisationen, die ihre Aufgabe im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Richtlinien autonom und grundsätzlich mit privatrechtlichen Mitteln und in privatrechtlichen Formen erfüllen. Mit dieser ihrer Rechtsstellung liesse es sich nicht vereinbaren, ihre Tätigkeit ähnlich jener eines städtischen Amtes der hierarchischen Dienstaufsicht eines städtischen Departements- oder Dienstchefs mit bis auf die Behandlung des einzelnen Betreuungsfalles durch die Spitex-Dienste durchgreifenden Kontroll- und Korrekturrechten bzw. der verwaltungs-

internen Rechtspflegeordnung zu unterwerfen. Vielmehr vermögen die städtischen Instanzen aufgrund des Finanzierungs- und Normierungsengagements der Stadt lediglich eine auf die Wahrung der öffentlichen Interessen und mithin die Willkürfreiheit der Spitex-Geschäftsführung beschränkte Staatsaufsicht zur Geltung zu bringen, die sich für die Behandlung des einzelnen Betreuungsfalles durch die Spitex-Dienste bloss unter den Gesichtswinkeln seiner Leitbildkonformität und des städtischen Subventionierungsengagements interessiert. Erscheinen öffentliche Interessen, insbesondere die Vereinbarkeit der Behandlung eines Einzelfalles mit dem städtischen Spitex-Leitbild, nicht in Frage gestellt, sondern steht lediglich die hinreichende Berücksichtigung oder Benachteiligung privater Interessen auf dem Prüfstand, so haben sich die aufsichtsführenden städtischen Organe mit interventionistischen Anordnungen gegenüber einzelnen Spitex-Diensten, insbesondere solchen praxisdurchbrechenden Charakters, grosse Zurückhaltung aufzuerlegen. Für die von solcherweise beschränkter Staatsaufsicht abgeleitete Kontrolle durch den Ombudsmann muss gleiches gelten, da dessen Kontrolle wesensnotwendig nicht über das hinausgehen kann, was an Kontrollrechten städtischen Verwaltungsinstanzen zusteht.

Aus Ihrer Korrespondenz mit dem Vorsteher des Gesundheits- und Umweltdepartements ist ersichtlich, dass dieser sowohl auf Ihre Rüge der Unangemessenheit der Ihnen von der Spitex Altstetten verrechneten Pflege- und Betreuungstaxe als auch auf die offenbar im Betreuungsverhältnis aufgetretenen Probleme eingetreten ist und sie, wenn auch nicht mit dem von Ihnen gewünschten Ergebnis, behandelt hat. Damit ist er den den städtischen Organen mit der Aufsicht über die Spitex-Dienste überbundenen Verpflichtungen nachgekommen. Zu verlangen, er möge der Spitex Altstetten in Wiedererwägung seiner Haltung die Fortsetzung ihrer Pflegeleistungen zu stark reduzierter Sondertaxe beliebt machen, wäre vor dem Hintergrund der diesem Dienst zustehenden Autonomie problematisch und sprengte mit Sicherheit den Rahmen meiner Zuständigkeit gegenüber einer über private Aufgabenerfüllung aufsichtsführenden städtischen Instanz.

Ich bedaure, Ihrem Vermittlungsgesuch aus diesen Gründen nicht entsprechen zu können.

5. Arbeitsrechtliche Auseinandersetzungen von Spitex-Bediensteten

Sachverhalt

Frau Y., Bedienstete einer städtischen Spitex-Organisation, wendet sich mit der Frage an den Ombudsmann, ob er ihr nicht in einer Auseinandersetzung mit

dem Leiter der betreffenden Organisation über ihr Arbeitsverhältnis vermittelnd beistehen könne; sie sehe keine Chance mehr, den Konflikt ohne externe Hilfe zu beidseitiger Zufriedenheit zu lösen.

Abklärungen

Der Ombudsmann vergegenwärtigt sich anhand der vom Gesundheits- und Umweltdepartement beigezogenen Unterlagen die schillernde, einer Einordnung in die rechtstypologische Klassifikation «privatrechtlich – öffentlich-rechtlich» nicht leicht zugängliche Rechtsnatur der Spitex-Arbeitsverhältnisse, welche von folgenden Eckwerten bestimmt wird:

- Arbeitgeber des Spitex-Personals sind die privaten Spitex-Organisationen;
- Grundlage für die Anstellung ist der städtische Musterarbeitsvertrag;
- Für Besoldungen und Beförderungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gelten die städtischen Richtlinien.

Da dem Problem grundsätzliche, über den konkreten Fall hinaus für die künftige Praxis des Ombudsmannes wegweisende Bedeutung zukommt, bespricht er sich darüber eingehend mit der zuständigen Vertreterin des städtischen Personalamts und dem Leiter der Zentralstelle Spitex im Gesundheits- und Umweltdepartement, um also geläutert zu folgendem Ergebnis zu gelangen, das er Frau Y. zur Kenntnis bringt und sich als Leitfaden zur Behandlung künftiger Spitex-Personalgeschäfte zugrunde legt:

Da es sich bei den Spitex-Diensten um mit der Stadt durch einen Vertrag verbundene und durch die Stadt subventionierte private Organisationen handelt, liesse es sich nicht rechtfertigen, ihnen das städtische Personalrecht integral, einschliesslich des Individualrechtsschutzes und der Rechtspflegeordnung, überzustülpen. Ebenso wenig sachgerecht wäre es, die rechtliche Armierung ihres Personalwesens ausschliesslich im Arbeitsvertragsrecht des OR zu erblicken (aus diesem Grunde wohl der – von gewissen Unsicherheiten geprägte – Verweis der Gesuchstellerin durch das Arbeitsgericht an den Ombudsmann). Der Mustervertrag bringt das Spitex-Personal mit der Spitex-Organisation grundsätzlich in ein obligationenrechtliches, aber von öffentlich-rechtlichen Regelungen (Personalrecht; Besoldungsverordnung) unterlegtes und durchwirktes Arbeitsvertragsverhältnis. Deshalb lassen sich auch Arbeitsstreitigkeiten zwischen Spitex-Personal und Spitex-Organisationen nicht der stadtbehördlichen Verwaltungsrechtspflegeordnung unterwerfen, sondern unterstehen der zivilen Arbeitsgerichtsbarkeit. Die Stadt vermag aufgrund ihrer Subventionierung gegenüber den Spitex-Organisationen grundsätzlich bloss eine sog. Verbandsaufsicht und nicht eine auf die einzelnen Bediensteten durchgreifende Dienstaufsicht auszuüben. Sie kann daher ihnen gegenüber auch nicht mit dem Anspruch auftreten, Personalverwaltungsrechtspflege wie gegenüber ihren eigenen Beamten und Angestellten zu entfalten. Dieses

sich aus der verwaltungsunabhängigen, autonomen Stellung der Spitex-Organisationen ergebenden Sachverhalts war man sich offenbar bei der Redaktion des Mustervertrags bewusst. Man stellte darin dem Personal der Spitex-Dienste die Zentralstelle Spitex des Gesundheits- und Umweltschutzdepartements gewissermassen als Ombudsstelle für die gütliche Beilegung, nicht aber die verbindliche Entscheidung von Arbeitsstreitigkeiten zur Verfügung. Kontrolle und Vermittlung durch städtische Instanzen, der Spitex-Zentralstelle wie des Vorstehers des GUD, müssen aber im Bereich dienstrechtlicher Anordnungen der Spitex-Organen angesichts deren organisatorischen Stellung und Autonomie behutsam und zurückhaltend ausgeübt werden. Für die davon abgeleitete Kontrolle durch den Ombudsmann muss gleiches gelten: Sie kann wesensnotwendig nicht über das hinausgehen, was an Kontrollrechten städtischen Instanzen gegenüber den Spitex-Organen zusteht. Mit anderen Worten: Seiner Tätigkeit in diesem Bereich kommt gewissermassen der Charakter einer auf die Wahrung der verfassungsmässigen Rechte der Spitex-Bediensteten und der öffentlichen Interessen beschränkten Obergrenze zu, welche die den städtischen Organen obliegende Aufsicht über das Personalgebaren der Spitex-Organisationen und nur mittelbar dieses letztere selbst im Visier hat.

Dieser «Réduitposition» des Ombudsmannes entsprechend soll in dieser und künftigen Spitex-Personalangelegenheiten in Absprache mit den Vertretern der Verwaltung folgendermassen verfahren werden:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Spitex-Dienste sind vom Ombudsmann im Falle von Auseinandersetzungen mit ihrer Organisation an die Zentralstelle Spitex als Vermittlungsinstanz zur friedlichen Streiterledigung zu verweisen, die im Falle des Scheiterns ihrer Bemühungen an förmliche Entscheidungsinstanzen (das Arbeitsgericht), gegebenenfalls an den städtischen Ombudsmann verweist.
- Der Ombudsmann tritt erst und nur auf die Rüge hin in Aktion, die Zentralstelle Spitex oder der Vorsteher des GUD habe die ihnen zustehenden Aufsichts- und Vermittlungsfunktionen unzulänglich oder unkorrekt ausgeübt. Das, und nur das, ist dann Gegenstand ombudsmännischer Prüfung.

6. Mieterstreitigkeiten oder: Man schlägt den Sack und meint den Esel

Dieser Fall, er steht in seiner Konstellation als Beispiel für viele, mit welchen sich die Liegenschaftsverwaltung jahrein, jahraus konfrontiert sieht, ist gleich in mehrfacher Hinsicht charakteristisch, nämlich für

- die Schwierigkeiten, welche das Zusammenleben «unter einem Dach» manchen Zeitgenossinnen und Zeitgenossen bereitet,

- ihr Unvermögen zu eigenständiger Konfliktlösung und Einkehr zu «friedlicher Koexistenz»,
- ihre Neigung, zwischenmenschliche Probleme zur Lösung an die Verwaltung zu delegieren bzw. die Verwaltung zu deren Lösung einzuspannen,
- die Unmöglichkeit, private Interessen von Mieterinnen und Mietern von dem bei der Erfüllung der kommunalen öffentlichen Aufgabe «Bereitstellung preisgünstigen Wohnraums» im Vordergrund stehenden öffentlichen Interesse stets fein säuberlich zu trennen, und schliesslich
- die lebhafteste Nachfrage aus dem Publikum nach Konfliktlösungs-, Vermittlungs- und Schlichtungsressourcen seitens der Verwaltung und des Ombudsmannes.

Sachverhalt

Ein vom Schicksal schon arg gebeutelter (Drogenabhängigkeit, Behinderung- und Unterstützungsbedürftigkeit), nun aber aus eigenen Kräften auf hoffnungsvollem Pfad zu geordneten Verhältnissen befindlicher junger Mieter einer städtischen Wohnung beklagt sich entnervt über unerträgliches, schikanöses und für ihn, einen «Sozialfall», demütigendes Verhalten anderer Mieter, über welches er sich beim Verwalter, bei dessen Vorgesetztem, einem Abteilungsleiter, und schliesslich beim Direktor der Liegenschaftsverwaltung auf seine Weise beschwert habe. Statt die unsäglichen Mitmieter in den Sack zu stellen, hätten die hohen Herren der Liegenschaftsverwaltung ihn an den Verwalter verwiesen, und dieser habe ihn recht eigentlich vom Gärtner zum Bock gemacht, indem er ihn unter Kündigungsandrohung zu gemeinverträglichem Verhalten aufgefordert habe. Die Krone aufgesetzt werde dem Ganzen durch eine dieser Tage an ihn ergangene schriftliche Vorladung zur Teilnahme an einer Aussprache mit den bemühenden Mitmietern unter dem Vorsitz des Verwalters und im Beisein des für Mieterstreitigkeiten zuständigen Vertreters der Liegenschaftsverwaltung und des für ihn zuständigen Fürsorgesekretärs. Angesichts einer solch einseitigen Zusammensetzung der Gesprächsrunde könne er sich zu einer Teilnahme nicht entschliessen.

Überlegungen und Vorgehen des Ombudsmannes

Dem Ombudsmann schwant aufgrund der Ausführungen und der Haltung des zornigen jungen Mannes Unheilvolles. Einerseits muss auch er sich Rechenschaft geben, dass es sich bei diesem zweifellos um einen streitbaren und keineswegs pflegeleichten Zeitgenossen handelt. Andererseits leuchtet ihm ein, dass der Mann, als ehemaliger «Drögeler» stigmatisiert und als «Sozialfall» geächtet, auf nachbarliche und amtliche Verhaltensweisen besonders sensibel reagiert und die Einladung zur respektablen Gesprächsrunde als Vorladung vor ein Scherbengericht oder schlimmer noch zu einem Schauprozess über seine Person empfindet, aus dem er nur als Verlierer würde hervorgehen können. Dem Ombudsmann imponiert aber auch die Willensanstrengung des Be-

suchers, sich an den eigenen Haaren aus dem Drogenelend herauszuziehen und in lebenswerte Verhältnisse zurückzufinden, und er hegt die Befürchtung, dass sich dem Mann bei einem Verlust der Wohnung der Abgrund wieder öffnen könnte. Konfliktentschärfung war unter diesen Umständen das Gebot der Stunde.

Mit erheblichem rhetorischem Aufwand überzeugt er zunächst den aufmüpfigen Besucher von der Notwendigkeit und sanierenden Wirkung einer Aussprache in kleinem Kreise und ringt ihm die Bereitschaft zur Teilnahme an einer solchen ab. Auf die Gefahr hin, damit bei den Betroffenen nicht eitel Freude auszulösen, lässt er darnach durch den ihm als sehr besonnen und zur Mieterkonfliktschlichtung fähigen Sozialberater der Liegenschaftenverwaltung den für den jungen Mann als eigentliches «rotes Tuch» in Erscheinung getretenen Verwalter und den von ihm als Gesprächsteilnehmer ebenfalls abgelehnten Fürsorgesekretär aus der Gesprächsrunde ausladen. Er gewinnt den Sozialberater für den Gedanken, die Aussprache als allseits akzeptierter «interlocuteur valable» mit den Mietern allein durchzuführen. Nur wenn dieser sensible Mieter vom Gefühl befreit werde, von vielen Rädern zermalmt zu werden, bestehe Aussicht auf eine integrative Lösung.

Ergebnis

Der Konfliktentschärfungsstrategie des Ombudsmannes ist – dank guten Willens und Einlenkungsbereitschaft aller Beteiligten – Erfolg beschieden. Die verfehdeten Mieter vermochten sich auszusöhnen; dem streitbaren und doch auch wieder gewinnenden jungen Mann blieb die Kündigung seitens der Liegenschaftenverwaltung, die tatsächlich als Damoklesschwert bereits über ihm gehangen hatte, erspart. Seine Hypersensibilität war ihm nicht zum Verhängnis geworden, der Konflikt hatte keine Verlierer hinterlassen.

Gewiss, der Ombudsmann hat in dieser Angelegenheit mehr die Fäden gezogen, als sich selbst in die Arena geworfen. Wenn es einer guten Lösung dient, fällt ihm aber deswegen kein Stein aus der Krone.

7. Die hohe Bedeutung der Hausnumerierung für Orientierung und Seelenheil der Bewohner

Unter demselben Dach zerstritten zu sein, und dies oftmals noch aufgrund von Nebensächlichkeiten oder Belanglosigkeiten, ist kein Vorrecht von Mietern, wie dieser Fall zeigt.

Sachverhalt

Im Jahre 1985 wurde das Zweifamilienhaus der Gebrüder O. in zwei übereinanderliegende Stockwerkeigentumseinheiten zerlegt und die obenliegende durch einen Treppenhauseingang separat erschlossen. In der Baubewilligung und in den verschiedenen öffentlichen Plänen, Registern, Karteien und Datenbanken ist dabei, einer Praxis der städtischen Behörden entsprechend, der Treppenhauseingang mit dem neuen Eingang als Nr. 22a registriert worden, davon ausgehend, der bisherige, fortan nur noch der Erschliessung der Parterrewohnung dienende Hauseingang müsse aus Rechts- und Verkehrssicherheitsgründen die Nr. 22 behalten. Aus heute nicht mehr abklärbaren Gründen wurden aber die Hausnummern bei der Montage ausgetauscht, d. h., die Nr. 22 wurde vom alten auf den neuen Hauseingang übertragen, und der alte erhielt die Zusatznummer 22a. Möglicherweise liess sich der Monteur dabei vom Bemühen leiten, das Prinzip der fortlaufenden Numerierung der Häuser an jener Strasse nicht zu durchkreuzen (24, 22a, 22, 20, und nicht 24, 22, 22a, 20).

Wie auch immer, entstand zwischen den Eigentümern, Akademiker beide, unter sich und mit der Stadt eine wortreiche und zunehmend heftige Auseinandersetzung, als sich das Strasseninspektorat unter Hinweis auf die Plan- bzw. Registerwidrigkeit der Beschilderung anschickte, die Nummern umzuhängen. Der Eigentümer der Nr. 22 berief sich für seine Forderung nach Besitzstandswahrung auf das allgemein geltende Prinzip der fortlaufenden Numerierung und auf eine seinerzeitige mündliche Vereinbarung mit seinem Bruder über den Nummerntausch, welchen eine Umnummerierung widerspreche. Der Eigentümer der Nr. 22a stellte eine brüderliche Vereinbarung über den Nummerntausch in Abrede. Das Strasseninspektorat schliesslich berief sich für seine Umschilderungsabsicht auf das «Regulativ über die Numerierung der Häuser und das Anbringen von Strassentafeln», dessen Normen durch privatvertragliche Abmachungen nicht ausser Kraft gesetzt werden könnten, und auf eine ständige Praxis, wonach Hauseingängen später erstellter Gebäude oder Gebäudeteile eine neue (Zusatz-)Hausnummer zugeteilt zu werden pflege. Es machte geltend, eine Anpassung der Pläne, Register usw. an die bestehende Beschilderung wäre für die zahlreichen Amtsstellen mit ungleich höherem administrativem und finanziellem Aufwand verbunden als die Auswechslung der Nummernschilder. Diese müsse daher vorgenommen werden. Dies veran-

lasste den Eigentümer der Nr. 22, den Ombudsmann um Vermittlung mit dem Ziel zu bitten, ihm diese Nummer ohne Kostenfolgen zu erhalten.

Abklärungen

Der Ombudsmann, überzeugt, dass es mit der Hausnumerierung seine Ordnung haben müsse und dass der Strasseninspektor nicht wie der sagenumwobene griechische Baumeister Daedalus auf Kreta den Auftrag hatte, in Zürich ein Labyrinth entstehen zu lassen, konsultierte zunächst das in die Jahre gekommene Gebäudenummerierungsregulativ, fand darin aber eher labyrinthische Gänge als einen Weg zum Licht vor. Die darin angelegten Prinzipien der fortlaufenden Numerierung und der Beschilderung der neuerstellten Hauseingänge mit einer Zusatznummer verhielten sich, auf den vorliegenden Fall übertragen, wie der verworrene Lauf des Flusses Maeandros, der bald meerwärts, bald landeinwärts fliesst. Der Ombudsmann suchte nach einem anderen Ausweg. Im Verlauf seiner Gespräche mit den verfehdeten Brüdern hatte sich herausgestellt, dass sie sich mit der bestehenden Beschilderung – der Hausherr der Nummer 22 offensichtlich aus Visitenkartengründen liebend gern (könnte doch die Nummer 22a leicht als Scheune oder Garage interpretiert werden), sein Bruder mit der Nummer 22a zur Not – abfinden würden, sofern die Anpassung der Pläne, Register usw. von den entsprechenden Ämtern selbst vorgenommen würde und ihnen aus dieser Anpassung keine Kosten entstünden. Wenn eine Anpassung der Beschilderung an die «Administration» herkulischer Anstrengungen bedürfte, dachte sich der Ombudsmann, könnte am Ende die Anpassung der «Administration» an die bestehende, dem Regulativ ebenfalls halbwegs genügende Beschilderung die weniger teure Lösung sein. Mit einem Rundschreiben ersuchte er die zahlreichen an der Hausnumerierung interessierten Amtsstellen, worunter Baupolizei, Einwohnerkontrolle, Gebäudeversicherung und Stadtpolizei, um Stellungnahme, ob sie sich eine Anpassung der «Administration» an die derzeitige Beschilderung der Häuser vorstellen könnten und ob eine solche mit ins Gewicht fallenden Kosten verbunden wäre.

Erledigung

Nach Eingang der sechsten amtlichen Stellungnahme, welche in schöner Harmonie mit den vorangehenden eine amtsseitige Anpassung an die bestehende Beschilderung als möglich und kostenlos erklärte, durchbrach der Strasseninspektor die Lichtschranke des Labyrinths mit der erlösenden Erklärung: Wir schliessen uns der Haltung des Ombudsmannes an, dass die bestehende Beschilderung beibehalten werden kann.

8. Das Fürsorgeamt und das Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit

Nicht selten machen sich Bürgerinnen und Bürger, die mit ihresgleichen «ein Hühnchen rupfen möchten», von der Rolle, den Aufgaben und Möglichkeiten städtischer Amtsstellen skurrile, bisweilen auch bedrückende Vorstellungen, wie dieser Fall zeigt:

Sachverhalt

Der Geschäftsführer eines privaten Betreuungs- und Reinigungsinstituts wendet sich mit der Bitte an den Ombudsmann, ihm in seinen – bisher erfolglos gebliebenen – Bemühungen beim Fürsorgeamt beizustehen, es möge ihm eine ehemalige Angestellte und heutige Unterstützungsleistungsbezügerin zu einem Arbeitseinsatz in seinem Betrieb zuführen. Derweise liessen sich, so seine Vorstellung, drei Probleme auf einen Schlag lösen: Das Fürsorgeamt hätte für einige Zeit einen Unterstützungsfall weniger, seine Firma eine geeignete Arbeitskraft für einen wichtigen Auftrag und die in Frage stehende Frau einen Arbeitsplatz und obendrein die Möglichkeit, ein von der Firma vor Jahren empfangenes, aber noch nicht zurückbezahltes Darlehen abzuarbeiten. Widrigenfalls, so der Geschäftsleiter, hätte das Amt auf die Ausweisung der Frau als unerwünschte Ausländerin hinzuwirken.

Der Ombudsmann, betroffen von so viel Ignoranz und verärgert über die hinter diesen Vorstellungen steckende menschenverachtende Haltung, teilt dem Geschäftsführer, da eine Rückkehr der Frau an ihren früheren Arbeitsplatz aufgrund der Umstände auszuschliessen ist, folgendes mit:

Im Kern geht es Ihnen, Ihren Ausführungen nach, um die Durchsetzung privater und zivilrechtlich geregelter Interessen, nämlich die Rückzahlung bzw. Abarbeitung eines Frau S gewährten Darlehens, zu deren Verfolgung Sie das Fürsorgeamt und den Ombudsmann um Sukkurs bitten. Ich habe keinen Grund, daran zu zweifeln, dass die Fürsorgesekretariate der Stadt Zürich alles in ihren Möglichkeiten Liegende vorkehren, die unterstützungsbedürftigen Personen instand zu setzen, ihren Lebensunterhalt so bald wie möglich wieder mit ihrer eigenen Hände Arbeit zu verdienen. Ich gebe mir aber Rechenschaft darüber, dass das schweizerische Recht keinen staatlich durchsetzbaren individuellen Arbeitszwang kennt, den das Fürsorgeamt zur Erfüllung Ihres Anliegens gegenüber Frau S auszuüben vermöchte. Aufgabe eines Ombudsmannes ist es, Beschwerden von Bürgerinnen und Bürgern über Fehlverhalten staatlicher Instanzen auf ihre Rechtfertigung hin zu überprüfen. Ihr Anliegen hat nicht diese Stossrichtung, weshalb ich ihm keine Folge geben kann.

9. Begleichung privater Rechnungen mit Hilfe der Verwaltung?

Dem Ombudsmann fiele es leichter, Gesuchstellende in Fällen wie diesem ohne Umschweife an die Betreibungs- und Friedensrichterämter sowie die Zivilgerichte zu verweisen, wenn die Personalgesetzgebungen mehr oder weniger aller öffentlichen Verwaltungen ihre Bediensteten nicht verpflichten würden, «auch ausserdienstlich alles zu unterlassen, was ihre Vertrauenswürdigkeit hinsichtlich der dienstlichen Pflichten beeinträchtigt» (so Art. 49 Abs. 2 lit. h des stadtzürcherischen Personalrechts). Diese offene Flanke zum Zivilleben der Bediensteten wird von Widersachern nicht selten zu Versuchen benützt, mit Hilfe der Verwaltung und gegebenenfalls des Ombudsmannes private Rechnungen zu begleichen.

Sachverhalt

Ein zürcherisches Transportunternehmen ersucht den Ombudsmann, bei den Vorgesetzten einer städtischen Bediensteten auf deren disziplinarische Sanktionierung hinzuwirken, da sie sich trotz Zugeständnissen seinerseits und anschliessender Beschreitung des Zwangsvollstreckungs- und Rechtsweges beharrlich weigere, seine angeblich überhöhte Rechnung für den Zügeltransport ihrer Wohnung zu begleichen.

Abklärungen und Ergebnis

Der Ombudsmann lässt sich, um der Bediensteten nicht zu schaden, auf diskrete Weise Informationen aus ihrem Personaldossier geben, gestützt auf die er zum Begehren der Transportfirma wie folgt Stellung nimmt:

Ihrer Bitte um Intervention bei der Stadtverwaltung mit dem Ziel, diese Bedienstete wegen ihrer anhaltenden Zahlungsunwilligkeit disziplinarisch zur Verantwortung zu ziehen und sie durch eine Disziplinarstrafe zur Schuldentilgung zu veranlassen, kann ich aus folgenden Gründen nicht entsprechen:

Disziplinarverfahren und -massnahmen im Sinne des städtischen Personalrechts setzen begriffsnotwendig *Dienstpfllichtverletzungen* voraus, zu welchen sich das private, insbesondere rechtsgeschäftliche, Verhalten nur verdichtet, wenn es die/den Bedienstete/n als Träger/in der übertragenen dienstlichen Obliegenheiten problematisch oder untragbar erscheinen lässt. Der Umstand, dass eine Bedienstete eine Rechnung aus einem privaten Rechtsgeschäft nicht (vollumfänglich) begleicht, weil sie sie als übersetzt ansieht und durch den Richter überprüfen lassen möchte, macht sie für ein öffentliches Amt noch keineswegs ungeeignet oder untragbar. Es könnte ja sein, dass sie mit ihrer Auffassung von einer übersetzten Rechnung beim Richter Gehör findet. Erst wenn feststände, dass es sich bei der

Bediensteten um eine Frau mit notorisch schlechter Zahlungsmoral handelt, könnte allenfalls davon die Rede sein, sie unterlasse ausserdienstlich nicht alles, «was ihre Vertrauenswürdigkeit hinsichtlich der dienstlichen Pflichten beeinträchtigt» (so Art. 49 Abs. 2 lit. h des städtischen Personalrechts) und verletze derweise eine Dienstpflicht, die einen durch angemessene Massnahmen (wie beispielsweise einen Verweis) zu ahndenden Disziplinarfehler darstelle. Für solch gravierendes privates Fehlverhalten, das geeignet wäre, den ordnungsgemässen Gang, das Ansehen oder die Vertrauenswürdigkeit der Stadtverwaltung fühlbar zu beeinträchtigen, vermag ich aber im Falle dieser Bediensteten aus den mir vorliegenden Unterlagen keine Anhaltspunkte zu ermitteln. Die von Ihnen bereits in Gang gesetzten betriebsrechtlichen und zivilgerichtlichen Schritte sind diesem Sachverhalt weitaus angemessener.

III. Die Crux der Arbeitszeugnisse

Eine zunehmende Zahl von Beschwerden gab dem Ombudsmann 1995 Gelegenheit, Verwaltung und Bediensteten die arbeitgeberseitige Zeugnispflicht und die korrespondierenden arbeitnehmerseitigen Ansprüche sowie die Grundprinzipien zu Form und Inhalt der Arbeitszeugnisse, wie sie in Arbeitsvertrags- und Personalrecht verankert und von der Gerichtspraxis ausgeformt worden sind, in Erinnerung zu rufen. Zu Beschwerden Anlass gaben auf Seiten der Verwaltung weniger nachlassende Prinzipientreue als die Art und Weise der Prinzipienumsetzung im Einzelfall, während sich auf Seiten der Bediensteten in den Beschwerden zumeist Schwierigkeiten bei der Reintegration in den Arbeitsmarkt und ungenügende Kenntnis von Rechtsnatur und Funktion von Arbeitszeugnissen spiegelten.

10. Das Arbeitszeugnis ist kein «*objet de marchandage*»

In diesem Fall ging es darum, in Erinnerung zu rufen, dass Arbeitszeugnisse von Vorgesetzten nicht als Pfänder oder Tauschobjekte verwendet werden dürfen, um sich Bedienstete gefügig zu machen oder sie zu Gegenleistungen zu veranlassen.

Sachverhalt

Ein städtischer Bediensteter setzt den Ombudsmann davon in Kenntnis, sein Vorgesetzter habe ihn unlängst ohne zureichenden Grund mehr oder weniger unverhüllt aufgefordert, sein Arbeitsverhältnis durch Einreichung der Kündigung selbst aufzulösen. Um ihn diese Kröte eher schlucken zu lassen, habe er ihm gleichsam als Gegenleistung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses

ein gutes Arbeitszeugnis in Aussicht gestellt. Er tue sich in dieser Situation schwer mit dem Entscheid über sein weiteres Verhalten und wäre dem Ombudsmann für eine Entscheidungshilfe dankbar.

Stellungnahme

Dem Wunsch des Bediensteten Rechnung tragend, sein Anliegen vorläufig diskret und «ohne Rückkoppelung an die Verwaltung» zu behandeln, teilt ihm der Ombudsmann unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung und mit dem Hintergedanken, seine Botschaft erreiche über den Adressaten dann doch auch den zeugnispflichtigen Vorgesetzten, folgendes mit:

Die Entscheidung darüber, ob Sie der mehr oder weniger sanften Kündigungsaufforderung Ihres Vorgesetzten nachgeben sollen oder nicht, kann ich Ihnen nicht abnehmen. Halten Sie die zur Begründung der Aufforderung gegen Sie erhobenen Anschuldigungen für ungerechtfertigt, so ist es nur konsequent, wenn Sie dem Drängen des Vorgesetzten, Ihr Arbeitsverhältnis selbst zu kündigen, nicht nachgeben, sondern die Initiative zu einer allfälligen Auflösung dem Amt – unter Vorbehalt der Anfechtungs- und Überprüfungsmöglichkeit durch den Departementsvorsteher und den Stadtrat – überlassen. Kämen Sie der Kündigungsaufforderung nach, so würde Ihnen das wohl als Anerkennung der Ihnen zur Last gelegten Auflösungsgründe und als Verwirkung der Kündigungsanfechtungs- und -überprüfungsmöglichkeit ausgelegt. Müssten Sie sich die Anschuldigungen hingegen als nicht unbegründet eingestehen, so könnte es von Vorteil sein, einer drohenden verwaltungsseitigen Kündigung durch eigene Kündigung zuvorzukommen.

Von dem im Falle einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu erwartenden *Zeugnis* brauchen Sie sich bei dieser Entscheidung nicht beeinflussen zu lassen, da ein solches als eine den Grundsätzen der Wahrheit und Klarheit verpflichtete objektivierte Aussage über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über Leistungen und Verhalten der Arbeitnehmenden nicht als Strafe für Widerstand oder Belohnung für Willfährigkeit bei der Auflösung missbraucht werden darf. So fand eine mit folgendem Schreiben an ein im Pflegedienst tätig gewesenes Ehepaar gerichtete Kündigungsaufforderung eines Spitalarztes

«Die Zusammenarbeit zwischen Ihnen und dem Unterzeichneten ist aus verschiedenen Gründen unbefriedigend. Ich bin im Besitze von drei Bewerbungen von Schweizer Bürgern mit abgeschlossener Ausbildung. Ich bitte Sie deshalb, umgehend die Kündigung einzureichen. Dies ermöglicht mir, Ihnen ein Abschlusszeugnis auszustellen...»

die Missbilligung des Kassationshofs des Bundesgerichts, das darin den

Tatbestand einer versuchten Nötigung der Bediensteten erfüllt sah (BGE 107 IV 36ff.). Dabei ist meines Erachtens unerheblich, ob der Arbeitgeber das Zeugnis an sich, d. h. dessen Ausstellung und Aushändigung, oder seinen Inhalt zum Köder für arbeitnehmerische Willfährigkeit macht. Obwohl bloss eine Nebenpflicht des Arbeitgebers, darf er das Ausstellen und Aushändigen eines Zeugnisses nicht von der Begleichung von Gegenforderungen durch Arbeitnehmende abhängig machen. Er hat mit andern Worten kein Zurückbehaltungsrecht am Zeugnis. Als Beschäftigungs- und Befähigungsnachweis, der um Wahrheit, Klarheit, Objektivität und Vollständigkeit der bezeugten Aussagen bemüht zu sein hat, darf das Zeugnis vom Arbeitgeber aber auch bezüglich seines Inhalts nicht als Druckmittel zur Erlangung arbeitnehmerischer Zugeständnisse verwendet werden.

11. *Begehren um Zeugniskorrekturen «nach Jahr und Tag»*

Es kommt vor, dass ehemalige städtische Bedienstete bei Schwierigkeiten, im Arbeitsmarkt nach oftmals wechselvollen Erfahrungen wieder Fuss zu fassen, sich nach Jahr und Tag ihres alten Arbeitgebers erinnern und in dessen Zeugnis in teilweise grotesker Überschätzung seines Stellenwerts (und des arbeitgeberischen Berichtigungsvermögens) den alleinigen und wesentlichen Grund ihrer Reintegrationsprobleme erblicken. In solchen Fällen ist auf die rechtlichen und faktischen Grenzen des Zeugnisanpruchs hinzuweisen.

Sachverhalt

Eine Frau mittleren Alters, die von Anfang 1978 bis August 1986 in städtischen Diensten gestanden hat, ersucht den Ombudsmann, bei ihrem früheren Arbeitgeber nochmals mit Nachdruck auf eine Berichtigung ihres Zeugnisses hinzuwirken, das, obwohl schon mehrmals geändert, ihren tatsächlichen Leistungen und ihrem Verhalten noch bei weitem nicht gerecht werde, ja ihnen geradezu Hohn spreche. Ihr langjähriger Chef sei zwar mittlerweile verstorben und der damalige Abteilungsleiter pensioniert worden. Das Amt habe sodann eine «Hayek-Übung» über sich ergehen lassen müssen, die organisatorische Umstrukturierungen, Wechsel im Kader und Versetzungen in den tieferen Chargen nach sich gezogen und sie veranlasst habe, der Stadtverwaltung den Rücken zu kehren. Das ihr danach ausgestellte Zeugnis habe sich trotz mehrmaliger Änderungen immer wieder als Bleiklotz an ihrem Bein herausgestellt, der ihr nur kurze Sprünge in der Arbeitswelt ermöglicht habe. Mit einem Zeugnis nach ihren inhaltlichen Vorstellungen könnte sie ihr früherer Arbeitgeber zu neuen beruflichen Höhenflügen befähigen. Sollte er sich dazu nicht hergeben, so wäre ihr eine blosser Arbeitsbestätigung allemal noch dienlicher als das verquer qualifizierende Zeugnis, das sie heute besitze.

Abklärungen und Stellungnahme

Der Ombudsmann lässt sich von der Bediensteten den ganzen ansehnlichen Stapel an Vorakten zu dieser Angelegenheit aushändigen und fördert mit Hilfe des Computers ein von seinem Amtsvorgänger 1986 auf den Namen dieser Angestellten angelegtes Dossier betreffend Zeugnisberichtigung zutage. Dem Aktenmaterial ist unter anderem zu entnehmen, dass diese Angestellte der Verwaltung in den Jahren 1986 bis 1988 dank des Einsatzes zahlreicher Personen (Bekannte, Politiker, Anwälte, Ombudsmann) und Organisationen nicht weniger als vier Neufassungen des Zeugnisses abzuringen vermocht hatte und nun mit dem neuesten Anlauf vom Arbeitgeber abgewiesen worden ist. Unter diesen Umständen, vor allem aber aufgrund des nahenden Jahrzehnts seit dem Austritt der Bediensteten, verzichtet der Ombudsmann darauf, beim Amt nochmals eine «Berichtigungsrunde» einzuläuten, sondern erbittet sich von ihm für die Frau eine nicht-qualifizierende Arbeitsbestätigung, welche er mit folgendem Begleitschreiben an sie weiterleitet:

Wohl überdauert die Zeugnisspflicht des Arbeitgebers als nachwirkende Fürsorgepflicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und erlischt erst durch Verjährung, Verwirkung oder Verzicht. Nach der Literatur (statt vieler: Manfred Rehbinder, Berner Kommentar zu Artikel 330a OR, N 16) tritt die Verjährung nach 10 Jahren ein. Indessen ist die Natur der Zeugnisspflicht als Pflicht des Arbeitgebers zur Bescheinigung von Art und Dauer eines Arbeitsverhältnisses sowie von Leistungen und Verhalten ehemaliger Arbeitnehmender auf Erfüllung alsbald nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgelegt. Wird das Begehren um Ausstellung oder Berichtigung eines Zeugnisses, wie nun in Ihrem Fall, erst Jahre nach dem Austritt – und hier noch dazu nach mehreren früheren Korrekturbemühungen – gestellt, kann eine glaubwürdige Beurteilung kaum mehr vorgenommen werden, weil das Erinnerungsvermögen des Arbeitgebers mit den Jahren abnimmt oder weil, wie hier, die ehemaligen Vorgesetzten für eine Neubeurteilung nicht mehr zur Verfügung stehen, und schliesslich, weil der Vorrat an Wohlwollen gegenüber ehemaligen Bediensteten nach mehreren Korrekturübungen erschöpft ist. Derweise kann der Anspruch auf ein qualifizierendes Zeugnis oder auf Nachbesserung eines solchen, im Unterschied zu jenem auf eine blosser Arbeitsbestätigung, vor Ablauf der Verjährungsfrist der Verwirkung anheimfallen bzw. wegen Unmöglichkeit der Erfüllung erlöschen. In Ihrem Fall stellte sich zudem wohl auch die Frage, ob ein heute gestelltes Nachbesserungsbegehren nicht gegen Treu und Glauben verstosse, nachdem es ein Zeugnis betrifft, das in früheren Jahren aufgrund von vier Neuformulierungsrunden bereits eine beachtliche Metamorphose durchgemacht hat und von Ihnen während sechs Jahren unbeanstandet geblieben ist. Ihre Energien scheinen mir aus diesen Gründen in die weitere unverdrossene Suche nach einem neuen Arbeitsplatz besser investiert zu sein als in wei-

teren Versuchen einer Neuschreibung dessen, was im Leben Ihres früheren Arbeitgebers und in Ihrem Leben doch längst der Geschichte angehört. Wenn ich mit beiliegender, vom Amt für Sie erbetenen Arbeitsbestätigung die Chancen Ihrer Wiedereingliederung in den Erwerbsprozess verbessern könnte, würde es mich freuen.

12. Inhaltlich unbefriedigende Zeugnisse, oder: Nur ein Diamant lässt sich zum Brillanten schleifen

In mehreren Fällen, worunter dem nachstehenden, war der Ombudsmann aufgrund von Unzufriedenheitserklärungen ausgetretener Bediensteter vor die Aufgabe gestellt, Zeugnisse an den Massstäben von Recht und Konvention für die Inhaltsgebung zu messen. Es zeigte sich dabei immer wieder, dass das in den Zeugnissen «wohlwollend» wiederzugebende «objektiv Richtige», «Klare» und «Vollständige» angesichts der Unerschöpflichkeit von sprachlichem Ausdruck und Mitteilungstechnik nicht im Wege einfacher logischer oder teleologischer Schlüsse zu finden ist, sondern nur in einem Prozess formulierenden «trials and errors».

Sachverhalt

Auf schriftlichem Wege erklärt sich eine ehemalige städtische Bedienstete gegenüber dem Ombudsmann unzufrieden mit dem ihr von der Verwaltung ausgestellten Zeugnis, insbesondere mit folgender Passage:

«1989 lief im Amt eine grundlegende Reorganisation an, welche den Bediensteten bedeutend anspruchsvollere Aufgaben übertrug. Als Sachbearbeiterin war Frau X. in einer der neugebildeten Abteilungen für folgende Aufgaben eingesetzt:

–
–

Mit grossem Fleiss, Pflichtbewusstsein sowie steter Bereitschaft zur Übernahme der Verantwortung suchte Frau X. ihre Aufgabe in den geänderten Strukturen zu bewältigen. Es zeigte sich aber, dass sie den neuen und erhöhten Anforderungen trotz mehreren Gruppenwechseln nicht mehr ganz gewachsen war ...»

Sie macht geltend, auch nach der Reorganisation ihr Arbeitspensum voll erfüllt zu haben, und es sei daher nur recht und billig, wenn ihr im Zeugnis attestiert werde, ihre Arbeit in all den Jahren «zur vollen Zufriedenheit» ausgeführt zu haben.

Vorgehen

Da die Bedienstete verlauten lässt, das Zeugnis habe der Verwaltung bereits mehrmals zur Änderung vorgelegen, ohne zu hinreichender Blüte herangereift zu sein, richtet der Ombudsmann folgendes Schreiben an sie:

Mit Eingabe vom 3. d.M. bitten Sie mich, das Ihnen ausgestellte Zeugnis wenn möglich mit dem Ziel überarbeiten zu lassen, Ihre Arbeitsleistungen in einem vorteilhafteren Licht erscheinen zu lassen.

Ich widersetze mich einem Versuch in dieser Richtung nicht, bitte Sie indessen, folgendes zu beachten:

- Arbeitszeugnisse müssen der *Wahrheit* entsprechen. Sie dürfen das berufliche Fortkommen der Arbeitnehmenden nicht auf problematische Weise beeinträchtigen, doch findet das Wohlwollen eine Grenze an der Wahrheitspflicht. Schönfärberei hat darin ebensowenig Platz wie Herabwürdigung. Die zeugnisausstellende Amtsstelle haftet einem künftigen Arbeitgeber, der die beurteilte Person im Vertrauen auf das Zeugnis eingestellt hat, für ein beschönigendes Zeugnis. Sie darf daher nicht ihrer «vollen Zufriedenheit» mit den Leistungen der ausgetretenen Arbeitskraft Ausdruck verleihen, wenn deren Rendement nicht oder bloss teilweise befriedigte. Auch darf sich ein Arbeitgeber mit einem geschönten Zeugnis nicht in Widerspruch zu einer Kündigungsbegründung oder Versetzung oder zu Referenzauskünften setzen.
- Die in einem Zeugnis gewählten Formulierungen und gemachten Aussagen müssen sodann *klar* und *eindeutig* sein und dürfen für einen künftigen Arbeitgeber nicht gleichsam eine «Büchse der Pandora» darstellen, die ihm mehr Rätsel aufgibt, als Aufschlüsse vermittelt.
- Das Arbeitszeugnis muss *vollständig* sein. Es soll grundsätzlich alle während des Arbeitsverhältnisses ausgeübten wichtigeren Tätigkeiten aufführen und beurteilen. Durch Auslassungen und Unterdrückung wesentlicher Tatsachen und Beurteilungen kann ein unzutreffendes oder diffuses, den Pflichten zur Wahrheit und Klarheit widersprechendes Bild entstehen.
- Die Ausstellung von Arbeitszeugnissen ist für die jeweils zuständige Dienstabteilung innerhalb der gerichtlichen Leitplanken der Wahrheit, Klarheit und Vollständigkeit der bezeugten Aussagen mit einem erheblichen *Beurteilungsspielraum* verbunden, über dessen Gebrauch sich die mit Rechtspflege- und Kontrollfunktionen betrauten Organe nicht ohne triftige Gründe hinwegsetzen dürfen. So kann es auch nicht Aufgabe des Ombudsmannes sein, seine sachfernere Beurteilung an die Stelle der sachnäheren, für die Zeugnisausstellung zuständigen Verwaltungsabteilung zu setzen, es sei denn, diese verstosse gegen die erwähnten Grundsätze der Zeugniswahrheit und -klarheit sowie Vollständigkeit.

Ich bitte Sie, Ihr Zeugnis in seinem derzeitigen Wortlaut und die Aussichten weiterer Anfechtungsmassnahmen im Lichte obenstehender Erwägungen nochmals zu überprüfen und mich wissen zu lassen, ob und in welcher Richtung Ihnen eine Vermittlung meinerseits gerechtfertigt oder nötig

erscheint. Am zweckmässigsten wäre wohl, wenn Sie mir zu diesem Zweck einen Redaktionsvorschlag mit den Ihnen zutreffend scheinenden Formulierungen zukommen liessen.

Frau X. lässt den Ombudsmann wissen, sie könne das Zeugnis in der vorliegenden Fassung nicht akzeptieren, weil es für sie nicht objektiv sei. Es sei schädigend und zu ihren Ungunsten formuliert. Durch Verschlechterung des Arbeitsumfeldes könne die Leistung abfallen, aber ein Zeugnis sollte den beurteilten Personen keine Nachteile bringen.

Durch diese Verlautbarung wenig erleuchtet, aber davon ausgehend, es könne auf eine Leistungsbewertung nicht gänzlich verzichtet werden, ohne im Zeugnis eine beredete Lücke entstehen zu lassen, geht der Ombudsmann daran, die beanstandete Passage im Lichte der durchgezogenen aktenkundigen Bewertungen im Personaldossier im Rahmen des Vertretbaren zu «entschärfen», und macht dem Amt beliebt, ihm zuhanden der Bediensteten ein also modifiziertes Zeugnis zuzustellen.

Das Amt erfüllt des Ombudsmannes Wunsch, und dieser leitet den neuen Zeugniswortlaut mit dem Begleitkommentar an die Bedienstete weiter, der arbeitnehmerseitige Anspruch gehe auf ein zwar wohlwollend formuliertes, aber doch objektiv richtiges Zeugnis, was nicht in allen Fällen gleichbedeutend sei mit einem guten oder gar sehr guten Zeugnis. Mit der vom Amt erwirkten Neuformulierung sei nun wohl die Grenze dessen erreicht, was sich mit der Wahrheitspflicht des Arbeitgebers vereinbaren lasse; für noch weiter entgegenkommende Formulierungen sei kein Spielraum mehr vorhanden. Eine Streichung «purement et simplement» der beanstandeten Passage liesse im Zeugnis eine auffallende Bewertungslücke entstehen, die künftigen Arbeitgebern mit Gewissheit zu ungünstigen Spekulationen Anlass gäbe.

Resigniert und der zweifelhaften Logik folgend, lieber ein Halbfabrikat zu erhalten als ein angekratztes Fertigprodukt, erbittet die Bedienstete vom Ombudsmann ein Zeugnis, aus dem, «wenn keine zufriedenstellendere Formulierung erhältlich sei, die beanstandete Passage entfernt ist», und fügt, wie wenn sie des Ombudsmannes Frustration voraussähe, bei: «Für Ihre Bemühung vielen Dank.»

Seine Katerstimmung überwindend, leitet der Ombudsmann den Streichungsantrag mit der Bemerkung an die Verwaltung weiter, nicht immer sei das Bessere der Feind des Guten, aber wenn das Amt dem Streichungsbegehren entspreche, würde er sich ihm nicht widersetzen.

Ergebnis

Wer annimmt, die betroffene Amtsstelle hätte das Begehren nach dem vorangegangenen mühevollen Prozess als Ansinnen zurückgewiesen, irrt. Ihrem Einverständnis mit der Streichung fügt sie lediglich lakonisch bei, «auch wenn das Zeugnis dadurch langsam «emmentalerische» Werte annimmt». Der Ombudsmann, überrascht von soviel Langmut, gibt der Bediensteten abschliessend zu bedenken: «Les jeux sont faits, rien ne va plus!»

IV. Einzelfälle von grundsätzlicher Bedeutung

Die nachfolgend wiedergegebenen Fälle werden nicht, wie jene der drei vorstehend behandelten Schwerpunktbereiche, durch eine übergreifende Thematik zusammengehalten. Wohl aber schliesst jeder einzelne von ihnen grundsätzliche Aspekte ein, die sie für die Betroffenen «anstössig» werden lassen.

13. Verzugszinsen für Steuernachforderung

Sachverhalt

Am 19. Januar 1995 erhält X vom städtischen Steueramt folgende Steuerrechnung:

«Für das Jahr 1992 sind noch ausstehend:	Rest Steuern	Fr. 9.00
	7% Verzugszins	Fr. 205.55
	Total	Fr. 214.55»

Mit Brief vom 24. Januar 1995 stellt X den Restbetrag von Fr. 9.– in Frage, den er sich nicht erklären könne, da er stets die vorgedruckten blauen Einzahlungsscheine verwendet habe. Ausserdem bezweifelt er die Rechtmässigkeit des erhobenen Verzugszinses von Fr. 205.55. Mit Schreiben vom 1. Februar 1995 teilt ihm das Steueramt mit, die Differenz von Fr. 9.– sei «ausgewiesen»; die Verzugszinsen richteten sich nach Vorschriften des Regierungsrates, die für die Stadt verbindlich seien. Als das Steueramt auf eine nochmalige schriftliche Reklamation nicht mehr reagiert, betrachtet X die Angelegenheit als erledigt. Mit Mahnung vom 28. Juni 1995 fordert ihn jedoch das Steueramt auf, den Restbetrag und den Verzugszins innert 20 Tagen zu bezahlen: «Eine Beibehaltung wäre für beide Teile mit unangenehmen Umtrieben und für Sie zudem mit Spesen verbunden.» Darauf wendet sich X an den Ombudsmann.

Abklärungen

Nach einstweiliger Sistierung der gemahnten Rechnung setzt sich der Ombudsmann telefonisch mit dem Steueramt in Verbindung, da auch er keine plausible Erklärung für die fehlenden 9 Franken finden kann. Nach Eingang der

Akten und Konsultation der Rechtsgrundlagen teilt er dem Amt mit Schreiben vom 13. Juli 1995 sodann seine Zweifel an der Rechtmässigkeit der fraglichen Verzugszinsforderung mit und ersucht es um eine Überprüfung der Angelegenheit. Mit Schlussbericht vom 21. Juli 1995 kann der Ombudsmann Herrn X abschliessend wie folgt informieren (Auszüge):

Erwägungen

1. Vorbemerkungen

Im Steuerbezugsrecht des Kantons Zürich gibt es heute im wesentlichen drei verschiedene Arten von Zinsen, nämlich die auf Steuernachforderungen erhobenen *Ausgleichszinsen*, die *Vergütungszinsen* bei Rückerstattungen an die Steuerpflichtigen und die *Verzugszinsen* bei verspäteter Bezahlung der Steuern. Die Zinssätze werden durch den Regierungsrat festgesetzt; sie sind für alle drei Zinsarten gleich hoch. Die Verzugszinsen sind also nicht höher als die übrigen Zinsen.

Die *Ausgleichszinsen* bezwecken, Zinsvorteile von Steuerpflichtigen, die ihr Einkommen und Vermögen in der Steuererklärung – mit oder ohne Verschulden – unvollständig bzw. zu niedrig oder Abzüge zu hoch deklariert haben, auszugleichen. Diese Zinspflicht ist neu und ist auf eine Änderung der kantonalen Rechtsgrundlagen (§ 67 Abs.1 der Vollziehungsverordnung zum Steuergesetz, VV) zurückzuführen. Nach altem Recht unterlagen lediglich von Amtes wegen nachgeholte ausserordentliche Haupteinschätzungen der Ausgleichszinspflicht.

2. Ungerechtfertigte Verzugszinsenerhebung

Nach übereinstimmenden Angaben von Ihnen und des Steueramtes hat der Steuerkommissär Ihren Verrechnungssteuer-Rückerstattungsanspruch herabgesetzt, woraus eine Steuernachforderung resultierte. Steuernachforderungen unterliegen gemäss § 67 Abs.1 VV der Ausgleichszinspflicht. Somit sind die fraglichen Zinsen in der Abrechnung vom 19. Januar 1995 und in der Mahnung vom 28. Juni 1995 wohl zu Unrecht als Verzugszinsen bezeichnet worden, denn Verzugszinsen sind gemäss § 68 VV nur bei verspäteter Entrichtung der Steuern geschuldet. Nach dem bisher Gesagten könnte es sich höchstens um Ausgleichszinsen handeln. (Nach Angaben des Steueramtes liegt kein Fall gemäss § 67 Abs.2 VV vor.)

In Ihrem Fall durften aber auch keine Ausgleichszinsen erhoben werden. Denn die revidierte Vollziehungsverordnung zum Steuergesetz, mit welcher die generelle Ausgleichszinspflicht neu eingeführt wurde, findet gemäss Regierungsratsbeschluss vom 12. Februar 1992 «erstmalig Anwendung auf die Einschätzungen für das *Steuerjahr 1993*» (Zürcher Gesetzessammlung, Band 52, S.195f., Ziff. II.). Im vorliegenden Fall geht es den Angaben des Steueramtes zufolge jedoch um das *Steuerjahr 1992*. Für die Steuernachforderung 1992 besteht daher noch keine Ausgleichszinspflicht.

3. Eingabe-Fehler

Das Steueramt hatte dem Computer versehentlich einen Verrechnungssteuer-Rückerstattungsanspruch von Fr. 956.65 statt Fr. 965.65 eingegeben. Die beiden vertauschten Ziffern ergaben die fragliche Differenz von Fr. 9.–. Der Eingabe-Fehler blieb leider unbemerkt.

Ergebnis

Die Erhebung der fraglichen Zinsen widerspricht – auch nach Ansicht des Steueramtes – dem geltenden Recht. Da auch der kleine Restbetrag für Steuern 1992 auf einem Versehen des Steueramtes beruht, fällt damit die Rechnung im Gesamtbetrag von Fr. 214.55 dahin. Das Steueramt lässt Ihnen mitteilen, dass Sie die Rechnung vom 19. Januar 1995 samt Mahnung vom 28. Juni 1995 als gegenstandslos betrachten können.

14. Begründung von Verfügungen

In diesem Fall ist es das Fehlen einer Begründung in belastenden Verfügungen, welches die Betroffene hilflos erscheinen liess und ihr verunmöglichte, die Anordnung auf ihren Überzeugungsgehalt zu überprüfen und sie gegebenenfalls sachgemäss anzufechten.

Sachverhalt

Die alleinerziehende, in Zürich berufstätige, aber in einer andern zürcherischen Gemeinde wohnhafte Mutter M, deren zwei Kinder in der Stadt Zürich die Primarschule besuchen, wendet sich an den Ombudsmann, weil sie mit dem ihr auferlegten stadtzürcherischen Schulgeld nicht einverstanden ist. Sie beruft sich auf die den Eltern von der Bundesverfassung (Art. 27 Abs. 2) verbürgte Unentgeltlichkeit des Primarunterrichts in den öffentlichen Schulen und auf ihr persönliches Unvermögen, ausser für die Kosten des Unterhalts für sich und die Kinder noch für ein Schulgeld aufzukommen.

Als sie sich gegen die als Antwort auf ihre Erlassgesuche ergangenen vier Schulgeld-Verfügungen (zwei pro Kind für zwei verschiedene Schuljahre) vom 14. Februar 1996 habe zur Wehr setzen wollen, habe ihr das Schulamt der Stadt Zürich mitgeteilt, nach unbenütztem Ablauf der 20tägigen Einsprachefrist seien die Entscheide rechtskräftig geworden und könnten nicht mehr in Frage gestellt werden.

Demgegenüber macht Frau M geltend, die fraglichen Verfügungen hätten keinerlei Begründungen, sondern nur das *Ergebnis* der Gesuchsprüfung enthalten. Sie sei daher der Meinung gewesen, es würden noch «eigentliche» Verfügungen mit ausführlichen Begründungen folgen, die ihr erlaubt hätten, ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Abklärungen

Der Ombudsmann ersucht den Vorsteher des Schul- und Sportdepartements um Vernehmlassung, wobei er ihm im Gesuch folgendes zu bedenken gibt:

Tatsächlich sind die fraglichen vier Verfügungen nicht näher begründet. So ist beispielsweise nicht ersichtlich, warum für das eine Jahr das volle Schulgeld gefordert wird, während für das andere eine Ermässigung von 50% gewährt wird. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind Verfügungen ohne Begründung anfechtbar, unter Umständen gar ungültig, da sie die Rechtsstellung der Adressaten nachteilig beeinflussen (Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, 5. A., Basel/Stuttgart 1976, S. 536 f.; Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a. M. 1990, S. 286 ff.; Mark E. Villiger, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, in ZBI 1989, S. 137 ff.). Ohne Kenntnis der Motive ist es dem Adressaten einer Verfügung nur schwer möglich, deren Überzeugungskraft und Angriffsflächen auszumachen und dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen, weil er gegen verborgene Gründe keine Gegenargumente vorbringen kann. Ausnahmen von der Begründungspflicht lässt die Rechtsprechung nur zu, wenn der Verfügungsadressat aufgrund vorausgegangener Verhandlungen oder aufgrund eines offensichtlichen Beweisergebnisses die Gründe für eine Entscheidung bereits kennt. Derartige Kenntnisse hatte Frau M nicht.

Man könnte Frau M höchstens vorhalten, sie hätte rechtzeitig reagieren und die Bekanntgabe der Motive verlangen müssen, nämlich innert der auf den mangelhaften Verfügungen angegebenen Rechtsmittelfrist. Aber erschiene es unter den konkreten Umständen nicht als unverhältnismässig, ihr diese Säumnis zum Fallstrick zu machen?

Auf der Seite des Schul- und Sportdepartementes stellt sich aufgrund der Fragen des Ombudsmannes ein Versehen heraus. Das Departement teilt dem Ombudsmann mit:

«Eine Überprüfung der fraglichen Verfügungen ergibt, dass diese tatsächlich nicht rechtsgenügend begründet sind. Auf das Vorbringen im «Gesuch um Schulgelderlass» wird darin nicht näher eingetreten, statt dessen wird in den Verfügungen betreffend das Schuljahr 1994/95 gar davon ausgegangen, die Gesuchstellerin habe sich bereit erklärt, für das Schulgeld aufzukommen. Es stellt dies ein offensichtliches Versehen dar, hatte doch die Gesuchstellerin im Gegenteil gerade erklärt, sie wolle kein Schulgeld bezahlen. Es liegt auf der Hand, dass dieses Versehen nicht stehen bleiben kann und korrigiert werden muss.»

Ergebnis

Unter diesen Umständen erklärt sich der Departementsvorsteher bereit, die fraglichen vier Verfügungen ausführlich zu begründen und Frau M nochmals

zu eröffnen, um ihr die Möglichkeit zu geben, innert der neu laufenden Rechtsmittelfrist allenfalls Einsprache zu erheben.

15. *Freiwillige Weiterführung der Versicherung*

Sachverhalt

Frau X wendet sich an den Ombudsmann, weil ihr die Versicherungskasse der Stadt Zürich mitgeteilt hat, die von ihr gewünschte freiwillige Weiterführung der Versicherung nach Auflösung des Dienstverhältnisses bei der Stadt ab 1. Juni 1995 komme aus statutarischen Gründen leider nicht in Frage. Sie habe zwar gesamthaft mehr als 15 Dienstjahre bei der Stadt zurückgelegt, jedoch nicht unterbruchslos.

In der Tat weist die im 60. Altersjahr stehende Frau X zwischen 1986 und 1990 eine Lücke von rund vier Jahren auf. Sie macht geltend, gesamthaft 18 Jahre in städtischen Diensten gestanden und angenommen zu haben, damit die Voraussetzungen für die Weiterführung der Versicherung zu erfüllen. In Kenntnis des Erfordernisses *zusammenhängender* 15 Beitragsjahre hätte sie alles daran gesetzt, weiter bei der Stadt beschäftigt zu bleiben.

Dem Ombudsmann, welcher die neuen, seit 1. Januar 1995 geltenden Kassenstatuten (Gemeinderatsbeschluss vom 22. Dezember 1993, abgekürzt: VKS) studiert, stellt sich in Art. 33 Abs. 1

«Versicherte mit vollendetem 58. Altersjahr, die nach mindestens fünfzehn Beitragsjahren bei der städtischen Pensionskasse das Arbeitsverhältnis beenden und keine Möglichkeit haben, beim neuen Arbeitgeber in die Pensionsversicherung einzutreten, können innert längstens drei Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangen, dass ihre Versicherung weitergeführt wird. Die Vollziehungsverordnung kann zugunsten der Versicherten von diesen Voraussetzungen abweichen.»

ein Auslegungsproblem, das er dem Direktor der Versicherungskasse mit folgenden Bemerkungen zur Stellungnahme vorlegt:

«Wie Sie sehen, geht es dabei um die Frage, ob im Fall dieser Ende letzten Monats aus den städtischen Diensten ausgetretenen, gut 59jährigen Versicherten die Voraussetzungen für eine freiwillige Weiterführung der Versicherung, insbesondere das Erfordernis der «mindestens 15 Beitragsjahre» (Art. 33 Abs. 1 VKS), als erfüllt betrachtet werden dürfen oder nicht. Nach den der Versicherten laut deren eigenen Ausführungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Ihres Amtes im Verlauf verschiedener Sondierungsgespräche erteilten Auskünfte soll sie dadurch diesbezüglich einem eigentlichen Wechselbad unterworfen worden sein, was darauf hindeuten

könnte, dass über die Frage, ob und wie weit «mindestens 15 Beitragsjahre» im Falle von Anstellungsunterbrüchen noch als erfüllt zu betrachten seien, auch in der Versicherungskasse selbst eine gewisse Verunsicherung besteht. Das wäre für mich auch nicht weiter verwunderlich, entbehrt doch Art. 33 der neuen Statuten einer dem früheren Art. 34 ähnlichen Wiedereintrittsregelung, welche eine für die Mitberücksichtigung früherer Beitragsjahre klare Unterbruchsfrist (von 2 Jahren) statuiert hat, und sucht man doch auch in der VVO zu den Statuten vergeblich nach einer in Ausführung von Art. 33 Abs. 1 letzter Satz erlassenen vergleichbaren Regelung. Was bedeutet die ersatzlose Streichung von Art. 34 der alten Statuten? Die Aufhebung eines Privilegs für Versicherte mit unter zweijährigen Unterbrüchen? Oder aber die Befreiung der Rechtsanwendungsorgane von einer starren, vielleicht als zu starr empfundenen zeitlichen Limitierung und ihre Einweisung in pflichtgemässes, der Billigkeit verpflichtetes Ermessen?»

Das von Frau X aufgeworfene Problem der Anstellungsunterbrüche stellt sich im Lichte der neuen Kassenstatuten als Grundsatzfrage heraus, die mit Wirkung über den vorliegenden Fall hinaus beantwortet werden musste.

In ihrer Vernehmlassung führt die Versicherungskasse unter anderem aus:

«Bei der Formulierung der neuen Statuten wurde das Problem der Anstellungsunterbrüche weder kassenintern noch in der gemeinderätlichen Kommission diskutiert. In der Weisung des Stadtrates vom 14. Juli 1994 heisst es ... lediglich, die freiwillige Versicherung solle «neu an die zusätzliche Bedingung geknüpft werden, dass das 58. Altersjahr vollendet worden ist». Wird davon ausgegangen, der Gesetzgeber habe einzig die Alterslimite neu einführen wollen, könnte ein gesetzgeberischer Wille angenommen werden, die bisherige Unterbruchsfrist von 2 Jahren sei weiterhin massgebend. Da dieser Wille im Statuentext nicht zum Ausdruck kommt, kann er aber zumindest nicht allein massgeblich sein.

Die Pensionskasse ging davon aus, der Ausdruck «mindestens 15 Beitragsjahre» beziehe sich auf die letzten 15 Dienstjahre vor der Pensionierung. In einer ... kasseninternen Grundsatzdebatte wurde jedoch anerkannt, es entspreche weder Wortlaut noch Sinn der Bestimmung, eine Person mit 30 Dienstjahren wegen eines Unterbruchs von 2–3 Jahren von der freiwilligen Versicherung auszuschliessen. Nicht Sinn der Bestimmung kann es anderseits sein, jemanden in die freiwillige Versicherung aufzunehmen, der zwischen dem 20. und 33. und dann wieder zwischen dem 56. und 58. Altersjahr in der Versicherung war. Das Schweigen der Statuten verpflichtet im Ergebnis die Pensionskasse ... zu pflichtgemässen Ermessensentscheiden. ...

Die Versicherungskasse wird sich künftig an die Praxis halten, die freiwillige Versicherung in Anlehnung an den zuletzt genannten Gemeinderatsbeschluss zuzulassen, wenn jemand die letzten fünf Jahre vor dem Austritt ununterbrochen im städtischen Dienst stand, wogegen die übrigen 10 Beitragsjahre in irgendeinem früheren Zeitraum zustande gekommen sein können.»

Ergebnis

Der Ombudsmann kann Frau X aufgrund dieser Stellungnahme folgendes übermitteln:

«Da Sie nach längerem Unterbruch auf den 1. September 1990 in den städtischen Dienst ein- und auf den 31. Mai 1995 wieder ausgetreten sind, erfüllen Sie die nach neuer Praxis erforderliche Anstellungsdauer von fünf Jahren vor dem Austritt zwar nicht. Unter dem Aspekt von Treu und Glauben (Vertrauensschutz) erklärt sich die Versicherungskasse dennoch bereit, Ihnen die freiwillige Weiterführung der Versicherung zu gestatten.»

16. Schülerzeichnungen und Persönlichkeitsschutz

In diesem Fall schliesslich geht es darum, den ehernen Grundsätzen aller Datenschutzregelungen die Reverenz zu erweisen, dass Personendaten nur bearbeitet werden dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht bzw. soweit es zur Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Verwaltungsaufgabe unbedingt erforderlich ist.

Sachverhalt

Frau X, Mutter eines Primarschülers, gelangt an den Ombudsmann, weil die für den Schulkreis ihres Sohnes zuständige Schulärztin von den ihr zugeteilten Schulklassen ohne Wissen der Eltern Zeichnungen (Baum, Selbstportrait) anfertigen lasse. Sie befürchtet, die Zeichnungen würden für unzureichende psychologische Abklärungen verwendet.

Abklärungen

Der Ombudsmann ersucht den Direktor des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes der Stadt Zürich, ihm zum Zweck einer eigenständigen Beurteilung Aufschlüsse zu folgenden Fragen zu erteilen:

1. Wer war im vorliegenden Fall Auftraggeberin für die Anfertigung und Ablieferung der Schülerzeichnungen: Die Lehrerin oder die Schulärztin (via Lehrerin)?
2. Zu welchem Zweck wurden solche Zeichnungen in Auftrag gegeben,
 - um der Schulärztin ein Geschenk, eine Freude zu bereiten?
 - zu Ausbildungszwecken im Rahmen des normalen schulischen Zeichenunterrichts (wobei sich dann die Frage nach dem Zweck der Weitergabe an die Schulärztin stellte)?
 - als Grundlagenmaterial für schulärztliche, schulpsychologische/schulpsychiatrische Abklärungen?
3. Entspricht der Bezug von Zeichnungen einer allgemeinen Praxis der Schulärzte, oder handelt es sich dabei um eine individuelle Abklärungsmethode dieser Ärztin?

4. Falls den Zeichnungen eine analytische Funktion im Rahmen einer ärztlichen/psychiatrischen/psychologischen Untersuchung zukommt, halten Sie es für unproblematisch, dass Beschaffungsaufträge ohne Vorinformation der Eltern erteilt werden?
5. Was geschieht nach der medizinischen/psychologischen Auswertung der Zeichnungen, werden sie
 - aufbewahrt (wo, wie lange)?
 - weiterverwendet (wann, zu welchem Zweck, durch wen)?
 - an andere Stellen weiter- oder an die Schüler/Eltern zurückgegeben?

Ich möchte mit diesen Fragen nicht «aus einer Mücke einen Elefanten» machen; hingegen liegt mir – gewiss mit Ihnen – daran, in Ihrem Dienst Praktiken etabliert zu wissen, die den datenschutzrechtlichen Grundsätzen für das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden und Bearbeiten hochsensibler Daten – und Schülerzeichnungen zwecks Durchführung medizinischer, psychologischer oder sozialer Analysen sind zweifellos solche – entsprechen. Nach diesen Grundsätzen ist u. a. das Beschaffen und Bearbeiten solcher Daten nur zulässig, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage besteht bzw. sofern sie zur Erfüllung einer gesetzlich vorgeschriebenen Verwaltungsaufgabe unbedingt erforderlich sind. Datensammlungen bedürfen der Anmeldung und Aufnahme in ein – in Entstehung begriffenes – zentrales städtisches Register.

Nach der detaillierten Stellungnahme des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes entspricht das systematische Sammeln von Zeichnungen keiner allgemeinen Praxis des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes, sondern ist eine Idee der betreffenden Schulärztin. Auftraggeberin für die Schülerzeichnungen sei, wird berichtet, die Schulärztin, welche die Lehrerinnen und Lehrer mit einem Orientierungsblatt jeweils bitte, von den Schülern eine Zeichnung («Format A4, z. B. ein Selbstbildnis und einen Baum») anfertigen zu lassen. Die Lehrkräfte wüssten aus langjährigen Kontakten mit der Schulärztin, dass die Anfertigung der Zeichnungen *freiwillig* und ein Geschenk für die Schulärztin sei. Die Zeichnungen würden den Kindern anlässlich der letzten Vorsorgeuntersuchungen der Oberstufe *zurückgegeben*. Die Kinder hätten jeweils eine besondere Freude, die von der Schulärztin im Kindergarten und in der Mittelstufe gesammelten Zeichnungen als Überraschung zurückzuerhalten. *Die Zeichnungen dienen keinesfalls als Grundlagenmaterial für eine schulärztliche, schulpsychologische oder schulpsychiatrische Abklärung.* Zeichnungen im Rahmen schulärztlicher Vorsorgeuntersuchungen würden weder systematisch angefertigt noch psychologisch gedeutet. Vor allem auf Kindergartenstufe komme es immer wieder vor, dass Kinder dem Schularzt bzw. der Schulärztin eine Zeichnung zeigen oder schenken wollten. Im Rahmen der Schulreifebeurteilung könnten Zeichnungen zusammen mit anderen Entwicklungsdaten einen *Hinweis für den psychomotorischen Entwicklungs-*

stand geben. Bei diesen Untersuchungen würden aber *keine psychologischen Deutungen* vorgenommen. Freie Zeichnungen und Formenzeichnungen im Rahmen einer psychomotorischen Untersuchung oder Schulreifeabklärung würden der Schülerkarte beigelegt. Sie könnten beispielsweise wieder beigezogen werden, um den Erfolg einer psychomotorischen Therapie bei einem Kind mit feinmotorischen Schwierigkeiten zu dokumentieren. Schülerkarten und deren Inhalt würden nicht nach aussen weitergegeben. Es sei selbstverständlich, dass psychologische und psychiatrische Abklärungen, in deren Rahmen auch Kinderzeichnungen angefertigt würden, *immer nur im Einverständnis der Eltern* erfolgten. Diese Zeichnungen, wie auch alle übrigen schulärztlichen, schulpsychologischen und schulpsychiatrischen Akten, unterständen der *beruflichen und amtlichen Schweigepflicht*, die der Dienst sorgfältig beachte.

Die Stellungnahme schliesst mit dem Hinweis, der Direktor des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes habe die in Frage stehende Schulärztin inzwischen angewiesen, das Orientierungsblatt an die Lehrkräfte so *umzuformulieren*, «dass unmissverständlich klar ist, dass die Anfertigung von Zeichnungen durch die Schüler und Schülerinnen freiwillig ist und nur Erinnerungszweck hat.»

Stellungnahme des Ombudsmannes

Auch nach Auffassung des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes ist der Aussagegehalt der von der Schulärztin gesammelten Zeichnungen für ernsthafte psychologische und psychiatrische Abklärungen zu gering. Unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes ist er meines Erachtens jedoch bereits zu gross. Zeichnungen sind ein sehr persönliches Ausdrucksmittel und können – wenn auch nur in beschränkter Masse – Aufschlüsse über die physische und psychische Gesundheit einer Person geben. Ein Blick in die Datenschutzerlasse von Bund, Kanton und Stadt Zürich zeigt, dass die in Frage stehenden Zeichnungen, zumal mit der vorgeschlagenen Sujetauswahl, den «sensiblen» Personendaten zugeordnet werden müssen, die einen besonderen Schutz geniessen. Die Erhebung solcher Daten setzt neben einer gesetzlichen Grundlage stets voraus, dass sie für die ordentliche Erfüllung der den erhebenden Personen gestellten Aufgabe(n) *erforderlich* ist. Da die fraglichen, als Geschenk gedachten, freiwilligen Zeichnungen erklärermassen keinen Bezug zur Aufgabenerfüllung der Schulärztin haben, erweist sich deren Sammlung unter datenschutzrechtlichem Gesichtswinkel als unstatthaft.

Die Anfertigung von Zeichnungen zuhanden des Schulärztlichen-Schulpsychologischen Dienstes sollte daher

- ausschliesslich im Rahmen individuell-konkreter Abklärungen und
- stets mit dem Einverständnis der Eltern erfolgen, wie es nach der Stellungnahme des Dienstchefs dem Normalfall entspricht.

Auf die systematische, klassenweise Erhebung und Sammlung von – wenn auch freiwillig deklarierten – Zeichnungen sollte, bei allem Verständnis für die zugrunde liegenden Beweggründe, *gänzlich verzichtet* werden, weil sie mit den von den geltenden Datenschutzregelungen gesetzten Standards des Persönlichkeitsschutzes, insbesondere dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, nicht vereinbar und – wie der vorliegende Fall zeigt – geeignet ist, bei Eltern und Lehrkräften Verunsicherungen und Missverständnisse hervorzurufen.

Migration und kulturelle Rechte

Ein Reflexions- und Diskussionsbeitrag des Stadtzürcher Ombudsmannes zur 1. Trikontinentalen Konferenz der Institutionen zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte (Teneriffa, 7.–9. November 1995)

Die Bestimmung der Rechtsstellung und damit auch der kulturellen Rechte jener zahllosen Menschen, die ihr Heimatland, aus welchen Gründen auch immer, verlassen und in einem fremden Land Aufnahme suchen, wird in einer Zeit zunehmender Wanderbewegungen zwischen Nord und Süd und zwischen Ost und West immer bedeutsamer, aber auch immer schwieriger. Denn mit solchen Wanderbewegungen prallen naturgemäss vermehrt verschiedene Kulturen, Weltanschauungen und Religionen aufeinander, die in einem Rechtsstaat, der diesen Namen verdient, einträchtig nebeneinander und wohlabgestimmt mit dem etablierten «Ordre public» sollten existieren können. Den Ombudsleuten, die sich um ein gepflegtes Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Bewohnern bemühen, bleibt es dabei so wenig wie den Gerichten erspart, in Konfliktfällen einen überzeugenden Ausgleich zu finden

- zwischen der Forderung an ausländische Mitmenschen nach einer gewissen Anpassung oder Assimilation an die Sitten und Bräuche der einheimischen Bevölkerung und der Forderung an die einheimische Bevölkerung nach Toleranz und Offenheit gegenüber ausländischen Mitbewohnern sowie
- zwischen dem staatlichen «Ordre public», das heisst der einheimischen Gesetzgebung, und den Grundrechten sprachlicher, kultureller und religiöser Minderheiten.

Man würde meinen, einem Land wie der Schweiz, in dem bekanntlich ein Volk von sprachlich-kulturellen, wirtschaftlichen, konfessionellen und politischen Minderheiten lebt, bereite dieser Ausgleich wenig Probleme. Diese Annahme ist zu schön, um wahr zu sein. Das soll an Hand einiger Fälle aus meiner Tätigkeit und der schweizerischen Gerichtspraxis veranschaulicht werden:

- Ein im deutschsprachigen Zürich wohnhafter, aber noch kaum deutsch sprechender Italiener beschwerte sich auf meinem Büro, die Stadtpolizei Zürich habe sich geweigert, seine Diebstahlsanzeige entgegenzunehmen, weil er sie in *italienischer Sprache* mündlich habe deponieren wollen. Die Polizei habe sich darauf kapriziert, Amtssprache in Zürich sei Deutsch. Dabei habe ein Beamter jener Polizeidienststelle, auf der er die Anzeige habe deponieren wollen, perfekt italienisch gesprochen.

Nun trifft zwar zu, dass die in unserer Verfassung gewährleistete individuelle Sprachenfreiheit eingeschränkt ist durch die Bestimmungen der Kantone über ihre Amtssprache, d. h. die Sprache, in welcher die Verwaltung mit den

Bewohnern kommuniziert. Man kann ja von der Verwaltung nicht verlangen, dass sie mit jedem Bewohner in dessen Muttersprache verkehrt, also beispielsweise auf arabisch mit einem Tunesier, portugiesisch mit einer Brasilianerin und norwegisch mit einem Norweger. Und die Amtssprache in Zürich ist tatsächlich Deutsch und nicht Italienisch. In Berücksichtigung, dass Italienisch aber immerhin eine der vier Nationalsprachen der Schweiz (neben Deutsch, Französisch und Rätoromanisch) ist, und besonders des Umstandes, dass in diesem Fall zufällig ein perfekt Italienisch sprechender Polizeibeamter zur Stelle war, der die Diebstahlsanzeige mühelos hätte entgegennehmen können, erblickte ich im Verhalten der Polizei eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die zürcherische Amtssprachenregelung und eine Rechtsverweigerung gegenüber dem Italiener. Auf meine so begründete Intervention hin nahm die Polizei dann die Diebstahlsanzeige entgegen.

- Ein in Zürich wohnhafter Angehöriger der Religionsgemeinschaft der *Sikhs* beschwerte sich bei mir darüber, er werde vom Polizeirichteramt Zürich bedrängt, Kosten von umgerechnet etwa 1400 \$ für ein Strafverfahren zu bezahlen, das ihm die Verkehrspolizei angehängt habe, weil er mit dem *Turban* statt mit dem vorgeschriebenen Schutzhelm Motorrad gefahren sei. Als praktizierender Sikh dürfe er sein Haupt nicht in der Öffentlichkeit entblößen, um vor der Fahrt den Schutzhelm aufzusetzen und darnach wieder den Turban. Leider hätten weder die zürcherischen Instanzen noch das Schweizerische Bundesgericht ein offenes Ohr gehabt für seine Berufung auf die auch in der Schweiz verfassungsrechtlich geschützte Glaubens- und Gewissensfreiheit; sie hätten vielmehr dem im schweizerischen Strassenverkehrsgesetz verankerten Helmtragobligatorium den Vorrang eingeräumt. Deshalb habe er nun die Kosten der für ihn nutzlosen und frustrierenden Verfahren zu tragen.

Beim Studium der umfangreichen Akten stellte ich folgende Dinge fest:

- Das Schweizerische Bundesgericht wies zwar eine Verfassungsbeschwerde des Mannes ab, verzichtete aber «unter den besondern Umständen des Falles», wie es sich sibyllinisch ausdrückte, darauf, dem Mann eine Gerichtsgebühr aufzuerlegen.
- Das Bezirksgericht Zürich, das ein halbes Jahr später die Rechtmässigkeit einer neuerlichen Busse des Mannes wegen Missachtung der Helmtragspflicht beim Motorradfahren zu beurteilen hatte, sprach den Mann von diesem Vorwurf frei. Allerdings nicht aus Rücksicht auf seine Religionszugehörigkeit, sondern weil ihm das Tragen eines Schutzhelms nach ärztlichem Attest starke Kopfschmerzen verursache und aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar sei.
- Das Zürcher Obergericht schliesslich, dem der Mann auch noch Verfahrenskosten von rund 1800 \$ schuldet, hatte sich, wie ich erfuhr, bereit erklärt, diese Kosten «angesichts der schwierigen finanziellen Verhältnisse des Mannes» bis zum Jahre 2000 zu sistieren.

Was ist, so fragte ich mich, von diesen doch recht verwirrenden Signalen der verschiedenen Entscheidungsträger zu halten? Ich meine, es spiegelt sich darin eine erhebliche Unsicherheit bei der Lösung der Aufgabe, den Grundrechtsschutz kultureller und religiöser Minderheiten gegen die einheimische Rechtsordnung und Konvention zufriedenstellend abzugrenzen. Ich werde mich angesichts dieser Unsicherheit in diesem noch pendelnden Fall jedenfalls dafür einsetzen, dass diesem Mann wenigstens die polizeirichterlichen Verfahrenskosten erlassen oder sistiert werden. Soll ich mich aber auch dafür verwenden, dass dem Mann künftig aus Rücksicht auf seine religiöse Überzeugung das Motorradfahren ohne Schutzhelm gestattet wird? Immerhin kann darauf verwiesen werden, dass die Europäische Kommission für Menschenrechte in einem Entscheid von 1978 erkannte, die Helmtragspflicht für Motorradfahrer sei eine im Interesse der öffentlichen Sicherheit notwendige Massnahme, die einen Eingriff in die Religionsfreiheit rechtfertige.

Dass die Grenzziehung zwischen dem Grundrechtsschutz von kulturellen und religiösen Minderheiten und dem einheimischen Ordre public und Brauchtum oftmals schwierig ist und die Behörden zu unterschiedlichen Entscheiden führt, wird auch aus folgenden Beispielen sichtbar:

- Bereits am 26. September 1990, also fast 5 Jahre vor dem Deutschen Bundesverfassungsgericht, hatte das Schweizerische Bundesgericht zu entscheiden, ob das *Kruzifix* in den Schulzimmern der Südschweizer Gemeinde Cadro mit der verfassungsrechtlichen Pflicht der öffentlichen Schulen zur konfessionellen Neutralität vereinbar sei. Wie später das Deutsche Bundesverfassungsgericht verneinte es die Frage. Die Gemeinde habe ihre Autonomie überschritten, als sie in den Klassenzimmern Kruzifixe anbringen liess. Denn diese seien geeignet, die Religionsfreiheit von Schülern zu beeinträchtigen, welche sich nicht zur katholischen Religion oder zum Christentum bekennen. Die Kruzifixe seien daher aus den Schulzimmern zu entfernen.

Die Reaktionen auf dieses Verbot reichten – wie in Deutschland – von vorbehaltloser Zustimmung bis zu empörter Kritik. Die in diesem Urteil vorherrschende streng laizistische und Angehörigen einer andern als der römisch-katholischen Religion naturgemäss entgegenkommende Betrachtungsweise stiess vor allem die zu rund 75% katholische Südschweizer Bevölkerung vor den Kopf.

- Im März 1991 ersuchte ein strenggläubiger türkischer Vater die Schulbehörde einer zürcherischen Gemeinde, seine Tochter, welche die zweite Primarschulklasse besuchte, aus religiösen Gründen vom *obligatorischen Schwimmunterricht zu befreien*. Der islamische Glaube verbiete das gemischtgeschlechtliche Schwimmen.

Das Gesuch wurde von sämtlichen zürcherischen Schulbehörden abgelehnt, in letzter Instanz von der Regierung. Die beim Bundesgericht eingereichte Verfassungsbeschwerde hatte indessen Erfolg. Der Vorrang der Schulpflicht sei – so das Gericht – kein absoluter; hier wäre er unverhältnismässig. Die religiöse Überzeugung des muslimischen Mädchens überwiege, so dass es vom koedukativen Schwimmunterricht zu befreien sei.

Unter dem Blickwinkel der religiösen Toleranz erscheint das Urteil als verständlich. Bei erweiterter Sicht stellen sich aber meines Erachtens Fragen, deren Wertung das gegenteilige Ergebnis nicht ausgeschlossen hätte:

- Wie wäre zu entscheiden gewesen, wenn statt des Schwimmunterrichts beispielsweise der Sprach- oder Rechenunterricht in Frage gestanden wäre? Hätte das Gericht die Frage, ob das in der Schule gelernte Dreisatzrechnen dem muslimischen Mädchen das Überleben in jedem Fall sicherer zu garantieren vermag als das Schwimmen, ebenso zuversichtlich bejaht wie den Vorrang seiner religiösen Überzeugung?
- Wie hätte wohl das Bundesgericht entschieden (falls es dann überhaupt zu entscheiden gehabt hätte), wenn der Vater für einen Sohn um Schwimmdispens nachgesucht hätte? Durfte das Gericht bei seiner Entscheidung, wie es das getan hat, mit einem blossen Zwischensatz über das Verfassungsgebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau hinweggehen?
- Schliesslich: Wird mit dem Schwimmdispens ausser seinem Vater auch dem muslimischen Mädchen ein echter Dienst erwiesen, wenn es schon auf der Schulstufe aus der Gemeinschaft ausgegrenzt, statt in seinen Klassenverband und in die hiesige Kultur integriert wird, in der es vielleicht einen grossen Teil seines Lebens verbringen wird?
- Und, um noch einen Bogen zum Fall des turbantragenden Sikhs zu schlagen: Misst das Bundesgericht nicht mit zwei Ellen, wenn es den Eingriff in die Religionsfreiheit dieses Mannes «infolge eines überwiegenden öffentlichen Interesses am Helmtragobligatorium, das der Verhütung schwerer, oftmals tödlicher Unfälle dient», als verhältnismässig beurteilt, den Eingriff in die Religionsfreiheit des muslimischen Mädchens durch einen koedukativen Schwimmunterricht, der es in seinem späteren Leben einmal vor dem Ertrinkungstod retten könnte, dagegen als unverhältnismässig ablehnt? Macht sich das Gericht die Aufgabe nicht zu einfach, wenn es die unterschiedliche Beurteilung damit zu rechtfertigen versucht, Motorradunfälle, bei denen der Schutzhelm nicht getragen worden sei, seien regelmässig mit «hohen, auch die Allgemeinheit belastenden Kosten verbunden»? Wenn man aber dafür plädiert, das Bundesgericht möge solche Fälle künftig mit gleicher Elle messen, welche Elle soll es anlegen, jene zugunsten des Sikhs und des islamischen Mädchens oder jene zugunsten des schweizerischen Helmtragobligatoriums und Schwimmunterrichts?

Angesichts der Schwierigkeiten, kulturell-religiöse Rechte von insbesondere ausländischen Minderheiten mit den nationalen Rechtsordnungen, Sitten und Gebräuchen zu harmonisieren, ist es tröstlich zu wissen, dass wir dabei als Angehörige verschiedener Länder doch alle mit denselben Knacknüssen konfrontiert sind und Vollkommenheit bei ihrer Lösung kaum je erreichen, nur anstreben können. Das sollen wir allerdings beharrlich tun.