



Bericht 2006



Stadt Zürich

Beauftragte in Beschwerdesachen · Ombudsfrau

Bericht 2006

Gestützt auf Art. 39 Abs. 4 der Gemeindeordnung der Stadt Zürich
vom 26. April 1970 / 21. Juni 1992 erstattet
die Beauftragte in Beschwerdesachen (Ombudsfrau)
dem Gemeinderat der Stadt Zürich Bericht über ihre Tätigkeit im Jahr 2006.

Zürich, April 2007

Die Beauftragte in Beschwerdesachen

Claudia Kaufmann
Ombudsfrau

Ombudsstelle der Stadt Zürich

Ombudsfrau	Dr. iur. Claudia Kaufmann
Juristischer Mitarbeiter	Dr. iur. Rolf Steiner
Juristische Mitarbeiterin	lic. iur. Bettina Vescoli
Kanzleisekretärin	Heidi Berther
Juristische Praktikantinnen	lic. iur. Anja Lanter-Künzler / lic. iur. Salome Gmür

Adresse	Oberdorfstrasse 10 8001 Zürich
Telefon	044 261 37 33
Fax	044 261 37 18
E-Mail	info@omb.stzh.ch
Internet	www.stadt-zuerich.ch/ombudsstelle

Sprechstunden nach Vereinbarung

Inhalt

3 35 Jahre Ombudsstelle der Stadt Zürich: Rechtsstaatlicher Auftrag, Stärkung der Demokratie und menschenrechtliche Dimension

11 Problemschwerpunkte

- 12 1. Erforderliche Berücksichtigung des Legalitätsprinzips
- 12 Fallbeispiel 1: Wenn die Pensionskasse mit der Krankenkasse konkurriert
- 15 Fallbeispiel 2: Effektenkontrolle
- 17 Fallbeispiel 3: Anrechenbarkeit hypothetischer familienrechtlicher Unterhaltsleistungen

- 19 2. Lauernde Gefahren auf dem öffentlichen Grund
- 19 Fallbeispiel 4: Ungesicherter Spazierweg
- 20 Fallbeispiel 5: Haftung des Strasseneigentümers für ein gefährliches Signal

- 22 3. Mangelhafte Nach- und Rückforderungen
- 22 Fallbeispiel 6: Lohnrückzahlung bei aufschiebender Wirkung der Kündigung
- 23 Fallbeispiel 7: Intransparente Mietzinsnachforderung nach gescheitertem Lastschriftverfahren

- 24 4. Verbesserte Zusammenarbeit zwischen Amtsstellen und Grundeigentümern
- 25 Fallbeispiel 8: Verwirrende Sanierung einer Entwässerungsleitung
- 26 Fallbeispiel 9: Stillgelegte Gasleitung
- 28 Fallbeispiel 10: Niederspannungsfreileitung des EWZ

- 30 5. Ungenaue Berechnungen
- 30 Fallbeispiel 11: Unbezahlter Urlaub bei Mutterschaft
- 31 Fallbeispiel 12: Heiz- und Mietkostenberechnung in der Sozialhilfe

- 32 6. Grundsatzfrage: Zulässigkeit ausländerrechtlicher Beschränkungen des Rechts auf Eheschluss

37 Statistik

- 38 1. Übersicht
- 38 2. Angaben zu den im Jahr 2006 neu eingegangenen Geschäften
- 40 3. Persönliche Angaben zu den Beschwerdeführenden
- 41 4. Bearbeitung und Ergebnisse
- 42 5. Anfragen

35 Jahre Ombudsstelle der Stadt Zürich: Rechtsstaatlicher Auftrag, Stärkung der Demokratie und menschenrechtliche Dimension

Am 1. November 2006 konnte die Ombudsstelle ihr 35-jähriges Bestehen feiern. Am 1. November 1971 hat sie als erste parlamentarische Ombudsstelle in der Schweiz sowie als erste kommunale Ombudsstelle in Europa ihre Arbeit aufgenommen. Sie beging dieses Jubiläum am 31. Oktober mit einem Tag der offenen Türen an der Oberdorfstrasse und einem Festanlass im Hechtplatztheater. Mit der Begrüssung des Stadtpräsidenten Elmar Ledergerber und dem Schlusswort des Gemeinderatspräsidenten Christopher Vohdin wie auch durch die zahlreiche Teilnahme von Mitgliedern des Gemeinderats und des Stadtrats, Mitarbeitenden der Verwaltung sowie von Kolleginnen und Kollegen anderer Ombudsstellen und Institutionen, mit denen wir eng zusammenarbeiten, fühlen wir uns geehrt und in unserer Ombudsarbeit bestärkt.

Jubiläen sind willkommener Anlass, Hintergrund und Entwicklung einer Institution zu reflektieren und zu analysieren, nach wie vor gültige Schwerpunkte heraus zu heben und nach künftigen Zielsetzungen zu fragen. An der Jubiläumsveranstaltung geschah dies in zwei Ansprachen. Die Rede der Ombudsfrau wurde ergänzt durch Ausführungen der Juristin und Menschenrechtsexpertin Judith Wytenbach (Universität Bern). Der Jahresbericht ist der geeignete Ort, die beiden Ansprachen in leicht gekürzter Form wiederzugeben.

Claudia Kaufmann

Die Schaffung der Ombudsstelle der Stadt Zürich: Ein Zeichen der Stärke des Gemeinwesens sowie einer selbstbewussten Verwaltung

Morgen findet hier auf dieser Bühne die Premiere der Theaterfassung von «Das kleine Gespenst» statt. Wir stehen zum Teil bereits in den Kulissen. Wer sich an den Klassiker von Ottfried Preussler erinnert, sieht den schweren Schlüsselbund mit den dreizehn Schlüsseln vor sich, die das Gespenstlein ständig mit sich herumschleppte. Diesen Schlüsselbund brauchte es nur durch die Luft zu schwenken, und schon öffneten sich alle Türen und Tore, egal ob sie verriegelt oder verschlossen waren. Und wie es im Originalton anschaulich heisst: «Genauso war es mit Truhendeckeln und Schranktüren, mit Kommoden und Reisekoffern, ja selbst mit Ofenklappen und Schubfächern, Dachluken, Kellerfenstern und Mausefallen. Ein Wink mit dem Schlüsselbund und sie öffneten sich, ein zweiter Wink und sie schlossen sich wieder.»

Die Ombudsstelle der Stadt Zürich hat mit den Abenteuern des kleinen Gespenstes wenig zu tun; hingegen fühlen wir uns durchaus angesprochen vom Bild des Schlüsselbundes, der versperrte und verschlossene Türen zu teils geheimnisvollen Zimmern und Räumen öffnet. Türen öffnen zu Verwaltungsstellen, Zugang schaffen zu städtischen Ämtern – dies gehört zu unseren Kernaufgaben. Sie stehen oft am Anfang unserer Tätigkeit, sind aber wesentliche Voraussetzung dafür, dass die dann folgende Beratungs-, Vermittlungs- und Überprüfungsarbeit überhaupt greifen kann. Die Ombudsstelle erfüllt hier also die Funktion der Türöffnerin, die sich darum bemüht, die Wege aufzuzeigen und zu ebnen, damit Bürgerinnen und Bürger sich in den offenstehenden Räumen zurechtfinden und sie die Informationen und Rechte, die ihnen zustehen, von den Mitarbeitenden der Stadt auch gewährt bekommen.

Die Ombudsstelle der Stadt Zürich gehört heute ganz selbstverständlich zum Instrumentarium der städtischen Einrichtungen. Dies gilt nicht nur für die Bevölkerung, sondern ebenso für die Behörden und die Verwaltung. In Zürich ist die städtische Ombudsstelle unbestritten und wird bewusst als Förderinstrument für Rechtsstaatlichkeit und Stärkung der Bürgerrechte betrachtet. Sie gehört ganz einfach «dazu». Dies ist eine wunderbare Zürcher Spezialität – leider keineswegs allgemein gültig oder überall verbreitet! Es macht deshalb Sinn, sich mit der Einrichtung der Ombudsstelle, ihren Aufgaben und ihrem Wirken, das sich seit ihrer Türöffnung vor 35 Jahren entwickelt hat, wie auch mit den künftigen Anforderungen an sie näher auseinanderzusetzen. Es fällt auf, dass die Entwicklung seit der ersten Welle der Schaffung neuer Ombudsstellen in der

Schweiz in den Achtziger Jahren stagnierte. Entgegen der häufigen Meinung, es gebe sicherlich zumindest in allen Kantonen und allen grösseren Städten eine Ombudsstelle – von der Bundesebene ganz zu schweigen –, bleibt es derzeit dabei: Ausschliesslich die Städte Zürich, Winterthur, Bern und seit Jahresbeginn St. Gallen sowie die Kantone Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft kennen eine parlamentarische Ombudsstelle. Die beiden Stellen in Zug und im Waadtland werden hoffentlich auch bald dazu gehören. Es bleibt festzustellen, dass mehrere Anläufe auf Bundesebene bis heute scheiterten und die verfassungsmässigen Kompetenzen in verschiedenen Kantonen nicht – noch nicht – ausgenutzt wurden. In den entsprechenden Debatten überwiegt jeweils das Argument, dieses Instrument habe man nicht nötig, es fördere die Streitlust von schwierigen Bürgern und sei nicht effizient, dafür kostenverursachend. Nachdenklich stimmt hier auch, dass in den letzten Jahren die ökonomischen, häufig betriebswirtschaftlichen Führungs- und Controllinginstrumente in den Verwaltungen verstärkt und teils massiv aus- und aufgebaut worden sind, die politischen, demokratiestärkenden Möglichkeiten aber wenig weiterentwickelt wurden. Auch unter diesem Gesichtspunkt können Prozesse, welche ausschliesslich die verwaltungsinternen Abläufe überprüfen, Ombudsstellen, die sich ja direkt an Bürgerinnen und Bürger wenden, nicht ersetzen oder überflüssig machen.

Zürich – wir erinnern uns: ganz Pionierin auf schweizerischer, aber auch auf europäischer kommunaler Ebene – hat sehr früh erkannt, dass es eine solche Stelle «nötig» hat. Und in dem für Vorkämpferinnen und Pioniere eigenen Selbstbewusstsein begründete der Gemeinderat damals dieses «Nötig haben» nicht mit einer defizitären Haltung, nicht aus einem Gefühl der Schwäche, gar als Zeichen des Misstrauens gegenüber der Verwaltung. Im Gegenteil: Sein Verständnis der Ombudsstelle war geprägt von der Erkenntnis, dass es mit zum rechtsstaatlichen Auftrag und zur Stärkung der Demokratie gehört, Bürgerinnen und Bürgern eine unabhängige Stelle zur Verfügung zu stellen, die sie bei Konflikten mit der Verwaltung berät, die vermittelt und Verwaltungshandeln überprüft. Bürgerinnen und Bürger sollen in ihrem Anspruch bestärkt werden, zu Verwaltung und Behörden berechtigtes Vertrauen haben zu können. Wird dieses gestört – aus welchen Gründen auch immer –, kann dies das Gemeinwesen nicht gleichgültig lassen. Die Ombudsstelle hat als wesentliche Aufgabe, dazu beizutragen, dass dieses Vertrauen wieder hergestellt werden kann. Das Vertrauen in die Verwaltung und ganz grundsätzlich in staatliche Institutionen ist für das Gefühl der Einzelnen, der öffentlichen Gemeinschaft anzugehören, ihre Einrichtungen beanspruchen zu können und sich ganz allgemein zugehörig zu fühlen, von entscheidender Bedeutung. Zugehörigkeit zur Gesellschaft und die Möglichkeit zur tatsächlichen Wahrnehmung der Teilhaberechte stellen wichtige Elemente zur Integration dar. Wesentliche Begriffe, die mit der Schaffung der Zürcher Ombudsstelle in Verbindung zu bringen sind, heissen daher Garantie der Rechtsstaatlichkeit, Anwendung des Verfassungsprinzips der Fairness, Förderung von Transparenz und sozialer Gerechtigkeit, Stärkung der Demokratie.

Dieses «eine Ombudsstelle nötig haben» als Zeichen der Stärke des Gemeinwesens sowie einer selbstbewussten Verwaltung hat sich bewährt. Wer andere Verwaltungen kennt, dem fällt in Zürich auf, wie engagiert, motiviert und selbstbewusst die städtische Verwaltung auftritt. Selbstbewusst im besten Sinn: nicht arrogant, überheblich oder anmassend, sondern eben mit dem Bewusstsein um die eigenen Fähigkeiten und Kompetenzen, mit dem Wissen der Wertschätzung seitens der politischen vorgesetzten Behörden und gestärkt, sich schwergewichtig mit den Sachaufgaben beschäftigen zu können. Und nicht dauernden Angriffen und Verunglimpfungen gegenüber staatlichen Einrichtungen und ihren Beschäftigten ausgesetzt bzw. in Legitimationskämpfe gegenüber dem Service Public verstrickt zu sein. Diese Position erlaubt es denn auch, offen zu sein, um ohne Besserwisserei und Ressentiments auf Fehler und Missverständnisse, Versäumnisse und Konflikte sachlich und angemessen zu reagieren. Diese Position erlaubt es ebenso, in der Zusammenarbeit mit der Ombudsstelle zunächst den konkreten Einzelfall konstruktiv anzugehen und anschliessend die Folgerungen für das weitere eigene Verwaltungshandeln zu ziehen. Meine Erfahrung als Ombudsfrau ist zwar noch kurz, immerhin angereichert durch langjährige Verwaltungstätigkeit, sie bestätigt mich jedoch darin, dass das gesunde Selbstbewusstsein einer Verwaltung deren Lernbereitschaft und das Entwickeln einer reifen Fehlerkultur wesentlich fördert und damit echte Qualitätssicherung bedeutet.

Jacques Vontobel, der als erster Ombudsmann in Zürich die Ombudsstelle während seines 18-jährigen unvergessenen Wirkens mit seiner ganzen Persönlichkeit prägte, hat im Laufe seiner Tätigkeit die Ratsuchenden in vier Gruppen eingeteilt (in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Januar 1981, Band 82):

Zur ersten Gruppe gehören für ihn die Bürgerinnen und Bürger, die vom Ombudsmann oder der Ombudsfrau eine Kontrolle der Verwaltung fordern. Sie streben eine Korrektur eines ergangenen Entscheids an.

In einer zweiten Gruppe finden sich diejenigen Beschwerdeführenden, die der Verwaltung zwar kein eigentliches Fehlverhalten vorwerfen, aber dennoch – meist aus Billigkeit, also aus dem Gefühl der Gerechtigkeit im Einzelfall – ein anderes Verhalten der Verwaltung, ein Entgegenkommen für angezeigt halten.

Die Beschwerdeführenden der dritten Gruppe verlangen, von der Ombudsfrau angehört zu werden. Sie wissen, dass die eingetretene Situation nicht korrigiert werden kann, wünschen sich aber, dass sich in Zukunft diese Situation nicht wiederholt. Sie erwarten mit ihrem Vorsprechen auf der Ombudsstelle, dass die Verwaltung aus dem Vorgefallenen lernt und ihre Konsequenzen zieht.

Die vierte Gruppe schliesslich umfasst Personen, die sich an die Ombudsstelle wenden, um juristisch beraten zu werden, Rechtsauskünfte zu erhalten oder Informationen zur Verwaltung und ihren Abläufen einzuholen.

Jacques Vontobel weist darauf hin, dass zwar nur in den ersten beiden Fällen (Verwaltungskontrolle bei Beschwerden und Billigkeitsüberprüfung) durch die Ombudsstelle eine für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger ersichtliche, direkte Intervention erfolgt. Ist diese erfolgreich, so erfahren die Betroffenen einen sichtbaren Nutzen, den sie ohne Hilfe der Ombudsstelle nicht erreicht hätten. Aber auch in den andern beiden Fällen (Hinweis auf erfahrene unwiderrufliche Schwierigkeit und Rechtsberatung) übt die Ombudsstelle, so Vontobel mit Nachdruck, einen Einfluss auf die Verwaltung aus. Wenn auch für die Bürgerinnen und Bürger nicht direkt ersichtlich, können die Beziehungen zwischen der Stadt und den BürgerInnen verbessert werden. Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang natürlich die generelle präventive Wirkung der Ombudsstelle – sowohl für Bürgerinnen und Bürger wie auch für die Verwaltung!

Dieses Augenmerk nicht nur auf die direkte Intervention gegenüber den Beschwerdeführenden, sondern mindestens ebenso auf die Verwaltung ist für die Nachhaltigkeit der Ombudsarbeit von zentraler Bedeutung. Wirksame und nachhaltige Ombudsarbeit ist von der Wirksamkeit ihres Handelns in der Verwaltung abhängig. Abhängig davon, dass die Verwaltung bereit ist, ihrerseits aus den Erfahrungen mit der Ombudsstelle für ihre künftige Tätigkeit die angemessenen Massnahmen und Anpassungen zu entwickeln. Die Konfliktlösung im Einzelfall ist wesentlich, zweifellos. Sie soll aber auch Mittel zum Zweck sein, indem sie die Verwaltung unterstützt und stärkt, ihre Tätigkeit kompetent, professionell sowie bürgerinnen- und bürgernah auszuführen.

Werner Moser, mein Vorgänger, der durch sein langjähriges unermüdliches Engagement als Ombudsmann den Eindruck bestärkt, dass die Stadt Zürich ihren Ombudsmännern (und nun wohl auch den -frauen) beste Voraussetzungen für eine jeweils lange Amtszeit beschert, Werner Moser stellte fest, dass von der Ombudsstelle zu Beginn primär die Verwaltungskontroll-Tätigkeit erwartet wurde. Im Laufe der Jahre – und vor allem in jüngster Zeit – habe aber die verfahrensbegleitende Vermittlungs- und Integrationsfunktion, die gemeinsame Suche nach der optimalen beidseits akzeptablen Lösung, zunehmend an Bedeutung gewonnen (in: Parlament, Parlement, Parlamento 1/02). Diese Beobachtung ist sicherlich richtig. Der Trend geht manchmal gar dahin, vor allem diese vermittelnde, weichere und auf Ausgleich ausgerichtete Seite der Ombudsarbeit auf einseitige Weise hervorzuheben. Betont wird dann das Zuhören, das Ernstnehmen der Betroffenen. Beide Faktoren sind unverzichtbare Voraussetzungen für eine erfolgreiche Ombudsarbeit, gewiss. Aber sie sind nicht der Zweck der Ombudsstelle. Ombudsstellen behalten immer ihre Funktion der Verwaltungskontrolle und der Vermittlungs- bzw. Beratungsaufgabe. Einmal wird der eine, einmal der andere Schwerpunkt stärker gewichtet. Beiden sind aber zwei Punkte ge-

mein: Die Ombudsfrau bzw. der Ombudsmann verstärkt bei beiden den Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger im Verkehr mit der Verwaltung. Und bei beiden kann es nicht um eine einseitige Rückmeldung der Beschwerden und Anliegen der Betroffenen an die Verwaltung gehen. Im gleichen Ausmass – häufig auch was die zeitliche Intensität angeht – gilt es nämlich, Bürgerinnen und Bürgern das Funktionieren der Verwaltung, ihre Abläufe, ihre Logiken und ihre Kultur zu erklären und zu vermitteln. Im optimalen Fall löst die Ombudsarbeit – unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens – Lernprozesse bei allen Beteiligten aus: bei den involvierten Stellen der Stadt, bei den Beschwerdeführenden wie auch bei der Ombudsfrau!

Dass wir in unserer täglichen Arbeit häufig solche optimalen Situationen erfahren dürfen, verdanken wir nicht zuletzt Ihnen. Ihnen, als Mitglieder des Gemeinderats, als Angehörige des Stadtrats, als Mitarbeitende der städtischen Verwaltung, als Mitwirkende in Beratungsorganisationen und privatrechtlichen Ombudsstellen, mit denen wir regelmässig zusammenarbeiten, sowie als Kolleginnen und Kollegen anderer öffentlichrechtlicher Ombudsstellen. Auch im Namen des ganzen Ombudsteams, Heidi Berther, Rolf Steiner und Bettina Vescoli, möchte ich mich daher bei Ihnen herzlich bedanken. Wir danken Ihnen für Ihre Unterstützung, Ihr Verständnis, für Ihre Geduld, wenn wir besonders hartnäckig nachstossen und nachfragen, für Ihre Kooperationsbereitschaft und Offenheit, auf unsere Vorschläge und Empfehlungen einzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Wir sind überzeugt, dass auch in den nächsten 35 Jahren stets erneuter Grund besteht, miteinander in Kontakt zu treten und diesen zu pflegen. Wir danken Ihnen aber vor allem für das immer wieder gezeigte Interesse, das Sie unserer Ombudsstelle entgegengebracht haben und bringen.

Judith Wyttenbach

Die menschenrechtliche Dimension der Ombudsarbeit

Ein Jubiläum ist immer eine erfreuliche Angelegenheit. Zeigt es doch: Eine Institution war so erfolgreich, dass sie das Jubiläumsjahr unbeschadet und trotz aller Sparzwänge erreichen konnte. 35 Jahre sind eine lange Zeit! Insofern möchte ich zunächst der Stadt Zürich zu ihrer langjährigen Ombudsstelle gratulieren, wie sich das bei einem Jubiläum gehört.

Ich wurde gebeten, eine kurze Ansprache zum Thema Ombudseinrichtungen und Menschenrechte zu halten. Vielleicht denken Sie jetzt: Ist das nun wieder gutmenschlich und schöngeistig, es geht doch hier nicht um Menschenrechtsverletzungen!

Im Vergleich zu manchen anderen Ländern verfügt die Schweiz ja in der Tat über ein gut ausgebautes Verwaltungs- und Justizsystem. Ich lese manchmal in den Kommentaren der UNO-Menschenrechtsorgane zu einzelnen Staatenberichten über Verwaltungs- und Justizsysteme, die überhaupt nicht funktionieren; statt dass ordnungsgemäss über Rechtsansprüche entschieden wird, Hilfe und Dienstleistungen erbracht werden, stehen die Menschen in diesen Ländern vor Problemen elementarer Rechtsverletzungen, Korruption und Vetternwirtschaft. Das Niveau der Schweiz ist, da haben Sie Recht, hoch.

Wir könnten es nun bei dieser Feststellung belassen und uns dem Schlusswort und der musikalischen Darbietung zuwenden, aber so einfach ist es nicht.

Zur Vorbereitung habe ich mir einige Unterlagen über Tätigkeiten der Ombudsstelle der Stadt Zürich und anderer Ombudsstellen der Schweiz angesehen. Ich habe namentlich die darin genannten, exemplarischen Fallbeispiele gelesen. Sie zeigen ein sehr breites Spektrum an Problemen, mit welchen Menschen im Umgang mit der Verwaltung in der Schweiz konfrontiert sein können. Und sie zeigen, was die qualitativ hoch stehende Verwaltungstätigkeit der Schweiz anbelangt: Nobody is (ever) perfect!

- Gibt es ein Grund- oder Menschenrecht darauf,
- ernst genommen zu werden,
 - anständig und freundlich behandelt zu werden,
 - angemessen und geduldig informiert zu werden,
 - nicht abgekanzelt und beiseite gestellt zu werden?

Gibt es ein Menschenrecht darauf, sich einer Behörde nicht unterlegen und ausgeliefert fühlen zu müssen?

Gibt es ein Menschenrecht darauf, dass sich jemand Zeit für uns und unsere Anliegen nimmt?
Dass sich jemand mit der Tatsache befasst, dass sich bisher niemand damit befassen wollte?

In den Büchern in meinem Regal steht nichts darüber.

Natürlich, jede Person in der Schweiz hat ein Recht darauf, dass sich die Behörden nach Treu und Glauben verhalten. Sie hat ein Recht auf Anhörung im Verfahren, auf Begründung von behördlichen Entscheidungen und auf Durchsetzung ihrer Rechtspositionen. Sie hat auch das Recht darauf, nicht diskriminiert zu werden. Für diese und weitere Formen von Rechtsverletzungen gibt es justizförmige Verfahren, mit welchen man sich wehren kann – wenn man weiss wie! Nicht selten sind gerade die schwächsten Mitglieder unserer Gesellschaft von Rechtsverletzungen betroffen und wissen sich selbst nicht zu wehren. Mit dieser Art von Rechtsverletzungen befassen sich Ombudsfrauen und -männer *auch*.

Aber, und das scheint mir besonders wichtig: Ombudsstellen befassen sich eben überdies mit all dem, was weniger klar fassbar ist. Sie arbeiten auch dort, wo sich gewissermassen die Grauzone der Noch-nicht-Rechtsverletzung befindet. Es ist die Grauzone von Entscheidungen, die zwar rechtlich und sachlich nicht falsch, aber dennoch irgendwie unbillig erscheinen. Es ist die Grauzone jener juristisch zwar korrekten Vorgänge, die aber gleichzeitig administrative Härtefälle darstellen, für die es (scheinbar) keine individuelle Lösung gibt. Schliesslich auch: die Grauzone jener Probleme, für die niemand zuständig sein will oder – noch schlimmer – für die tatsächlich niemand zuständig ist.

Unbilligkeiten, aber auch Grund- und Menschenrechtsverletzungen entstehen dort besonders häufig, wo ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, wo sich zwei nicht mit den gleichen «Waffen» gegenüberstehen, wo die eine Seite über einen unaufholbaren Vorsprung an Information und Wissen verfügt. Wer nicht versteht, hat kein Vertrauen. Sich schon nur einen Überblick über die amtlichen Zuständigkeiten auf kommunaler, kantonaler und Bundesebene zu verschaffen, bedeutet für viele Menschen in der komplexen modernen Welt eine echte Herausforderung. Manchmal ist es auch schwierig, die Position und die Rolle des Staates zu verstehen und was man in einer konkreten Situation von staatlichen Behörden überhaupt erwarten darf. Auch materiell-rechtlich gesehen hat sich die Gesellschaft «verkompliziert»; die eigene Rechtsposition in diesem Gestrüpp zu orten, fällt oft sogar jenen schwer, die mit den entsprechenden juristischen Hecken-scheren ausgerüstet sind.

Was also verlangen die Menschenrechte von den Behörden?

Die Staaten sind nach dem Wortlaut der wichtigen internationalen Menschenrechtsabkommen zum einen verpflichtet, durch ihre Gesetze, Verfügungen, Anordnungen und Entscheide die Menschenrechte nicht zu verletzen. Ihre Pflicht geht aber noch weiter. Sie sind gehalten, durch das Ergreifen von Massnahmen dafür zu sorgen, dass diese Rechte tatsächlich *verwirklicht* werden und ihre Grundsätze in der ganzen Rechtsordnung zum Tragen kommen.

Was nun aber hat dies mit der Tätigkeit von Ombudsstellen zu tun?

Ein wichtiges Instrument zur Umsetzung der menschenrechtlichen Pflichten der Staaten sind die Prinzipien von Good Governance (gute Regierungs- und Verwaltungsführung).

Die UNO-Menschenrechtskommission (das Vorläuferorgan des heutigen UNO-Menschenrechtsrates) hat in zwei Resolutionen aus den Jahren 2000 (Res. 64) und 2001 (Res. 72) folgende Kernelemente einer Regierungs- und Verwaltungsführung nach den Prinzipien von Good Governance formuliert:

- Transparenz (transparency),
- Verantwortung (responsibility),
- Verantwortlichkeit (accountability),
- Mitwirkung (participation) und
- Ansprechbarkeit, im Sinne der Berücksichtigung von Anliegen der Bevölkerung (responsiveness).

Diese Kernelemente, so die Resolutionen weiter, fördern die Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte. Mit den Prinzipien Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz formuliert die Kommission der Europäischen Gemeinschaft ähnliche Grundsätze.

Auch die OECD hat sich mit guter Regierungs- und Verwaltungsführung befasst. Ihre Prinzipien sind noch spezifischer, sie umfassen *unter anderem*:

- die Achtung des Legalitätsprinzips (respect for the rule of law),
- Offenheit, Transparenz und Verantwortlichkeit aller Institutionen (openness, transparency and accountability to democratic institutions),
- Fairness und Billigkeit im Umgang mit Bürgerinnen und Bürgern unter Einschluss der Schaffung konsultativer und partizipativer Gremien (fairness and equity in dealings with citizens, including mechanisms for consultation and participation) sowie
- Effiziente, wirksame Dienstleistungen (efficient, effective services).

Ombudseinrichtungen als Aspekt von Good Governance:

Niederschwellige Schlichtungs- und Ombudsstellen, die informieren, beraten und in Konflikten mit der Verwaltung vermitteln, sind ein Element von Good Governance. Sie fördern die Berechenbarkeit der Verwaltung und wirken integrierend. Sie stehen komplementär zu den justizförmigen Verfahren und haben insofern auch eine Kontroll- und Präventivfunktion. Auf internationaler Ebene haben verschiedene Gremien die praktische Umsetzung dieser Prinzipien auch durch die Schaffung nationaler und lokaler Ombudsstellen gefordert. So hat z. B. der Kongress der Lokal- und Regionalbehörden Europas, ein Gremium des Europarats, 1999 an die Regierungen der Mitgliedstaaten appelliert, die Einrichtung von Ombuds- und anderen Vermittlungsstellen auf allen Ebenen zu unterstützen. Nationale Ombudsstellen sind inzwischen in ganz Europa zu unverzichtbaren Institutionen geworden. Auf die Bedeutung von Ombudseinrichtungen für die Verwirklichung der Ziele von Good Governance wurde auch in der Schweiz schon mehrfach hingewiesen (vgl. z. B. die Hinweise des Winterthurer Ombudsmannes Karl Stengel in seinem Jahresbericht 2004).

Forderungen für die Zukunft:

Mit den kantonalen und städtischen Ombudsstellen, die in der Schweiz existieren, wurden sehr gute Erfahrungen gemacht. Diese Stellen können aber dann an Grenzen stossen, wenn ein Anliegen den Kompetenzbereich der jeweiligen Stadt bzw. des jeweiligen Kantons sprengt; Vernetzung ist darum sehr wichtig. Auf Bundesebene fehlt ein entsprechendes Organ, das nur schon eine Triage-Funktion wahrnehmen könnte. Der Bund kennt zwar auch Beratungs- und Vermittlungsgremien. Doch diese betreffen immer eine ganz bestimmte Materie. Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus z. B. hat zwar gewisse Ombudsfunktionen, wird aber nur in beschränktem Feld tätig.

Seit den Siebzigerjahren sind auf Bundesebene wiederholt Anläufe zur Schaffung einer nationalen Ombudsstelle unternommen worden. Die jüngsten Anstrengungen blieben leider erneut ohne Erfolg: Im Sommer 2002 entschied der Bundesrat einmal mehr, dass in der Schweiz alle Verwaltungsstellen bürgerfreundlich zu sein hätten und die Aufgabe der Bürgerfreundlichkeit nicht an eine teure Ombudsstelle zu delegieren sei. Er lehnte die Schaffung einer Bundesombudsstelle ab. Trotzdem verabschiedete die Staatspolitische Kommission des Nationalrates im Jahr darauf einen entsprechenden Gesetzesentwurf über eine Ombudsstelle des Bundes. Nach der Auswertung des – grossmehrheitlich positiven – Vernehmlassungsverfahrens im Januar 2004 entschied die Kommission am 20. Februar 2004 jedoch, auf ein Ombudsgesetz des Bundes vor allem wegen der angespannten Finanzlage des Bundes und des ungeklärten Verhältnisses von Kosten und Nutzen

zu verzichten, und deponierte die Vorlage – bis auf weiteres? – in der Schublade. Gleichzeitig haben verschiedene Nichtregierungsorganisationen zusammen mit Parlamentarierinnen und Parlamentariern einen Anstoss zur Schaffung einer eidgenössischen Menschenrechtsinstitution unter-
nommen. Dieses Projekt ist allerdings erst «angedacht», seine Finanzierung noch offen. Auch wenn eine solche Einrichtung nicht im eigentlichen Sinne Ombudsfunktionen wahrnehmen würde, so wäre sie doch – als Advokatin einer kohärenten Menschenrechtspolitik – auch Ansprechpartnerin für Ombudsstellen, sofern diese Probleme mit Menschenrechtsbezug thematisieren wollen. Aber auch dieses Projekt kostet Geld.

Weniger Geld bedeutet: mehr Zwang zur Effizienz, weniger Personal, gestraffte Verfahren. In Zeiten kleiner öffentlicher Portemonnaies haben die Behörden immer weniger Kapazität und Zeit für Vermittlungslösungen. Die Folge davon: Die gewählten, formalisierten Verfahren werden teurer, immer häufiger werden Angelegenheiten im schriftlichen Verfahren erledigt.

Internationale Menschenrechtsgremien halten dem entgegen, es sei falsch, gerade bei niederschweligen staatlichen Angeboten zu sparen. Längerfristig dienen all diese Mechanismen auch der Verhinderung staatlicher Kosten. Michael Freeman, englischer Rechtsgelehrter, gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken: «Rights without services are meaningless, and services without resources cannot be provided.»

Was also will und soll sich die Schweiz leisten?

Ich denke, die Geschichte der Ombudsstelle der Stadt Zürich zeigt, dass die Zürcherinnen und Zürcher stolz sein dürfen auf ihre Institution. Ich wünsche der Ombudsstelle, dass sie auch ein nächstes und viele weitere Jubiläen feiern darf und – vielleicht – auch weiterhin ein bisschen Vorbildfunktion erfüllt.

Problemschwerpunkte

An dieser Stelle möchten wir anhand konkreter, anonymisierter Fallbeispiele (mit geänderten Namen und Ortsangaben) auf Themenschwerpunkte hinweisen, denen wir uns im Berichtsjahr schwergewichtig gewidmet haben. Unsere Auswahl orientierte sich wiederum daran, mit der Darstellung geeigneter Einzelfälle auf strukturelle, zuständigkeitspezifische und organisatorische Fragestellungen von allgemeiner Bedeutung hinzuweisen. Mit dem Fokus führen wir jeweils in die einzelne Thematik ein, die durch die Fallbeispiele konkretisiert werden soll. Diese Form der Berichterstattung scheint uns geeignet zu sein, auf grundsätzliche Aspekte in der Verwaltungstätigkeit hinzuweisen und den Blick für entsprechende Schlussfolgerungen im Hinblick auf künftiges Handeln zu schärfen.

1. Erforderliche Berücksichtigung des Legalitätsprinzips

Fokus Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung definiert den bisher als ungeschriebenes Verfassungsrecht geltenden Grundsatz nun explizit: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht». Das alte Prinzip der Bindung aller staatlichen Gewalt und derer Organe an das Recht ist – neben der Gewaltenteilung – das für den Rechtsstaat herausragende Element. Das Legalitäts- oder Gesetzmässigkeitsprinzip ist Garant für die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns und gewährt somit Rechtssicherheit. Es sorgt für die rechtliche Gleichbehandlung von Bürgerinnen und Bürgern bei staatlichem Handeln. Es trägt schliesslich zur Sicherung der demokratischen Grundordnung bei.

Das Legalitätsprinzip umfasst drei Elemente:

- die Normenhierarchie (das untergeordnete Recht hat das übergeordnete zu respektieren)
- der Vorrang des Rechts (Rechtsstaatlichkeit)
- der Gesetzesvorbehalt (staatliches Handeln erfordert eine gesetzliche Grundlage)

Die Ombudsstelle ist vor allem mit Fällen der mangelnden Berücksichtigung des Gesetzesvorbehalts beschäftigt. Es kommt immer wieder vor, dass der Grundsatz zu wenig Beachtung findet, wonach jedes staatliche Handeln sich jeweils auf eine Rechtsgrundlage, d. h. auf eine formell-abstrakte Regelung, stützen muss und rechtliche Schranken nicht überschreiten darf. Das Erfordernis der ausnahmslosen Einhaltung des Gesetzesvorbehalts geniesst nicht nur in der juristischen Lehre und Rechtsprechung prioritäre Bedeutung. Es deckt sich ebenso mit dem Rechtsempfinden und -bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger. So fällt uns auf, dass Beschwerdeführende, die einen Verwaltungsentscheid in Frage stellen – ungeachtet des zuweilen geringen Streitwerts –, bei Zweifeln über das Bestehen einer gültigen Rechtsgrundlage sich an die Ombudsstelle wenden und vermehrt explizit nach ihr fragen und deren Wortlaut auch kennen lernen wollen. Die Erforderlichkeit von generell-abstrakten Normen als Basis für jedes staatliche Handeln ist von der Verwaltung auch bei aus ihrer Sicht kleinen, nicht präjudiziell wirkenden und wenig bedeutungsvollen Entscheiden zu berücksichtigen.

Fallbeispiel 1 **Wenn die Pensionskasse mit der Krankenkasse konkurriert**

Sachverhalt

Nach Ablauf der Krankenlohnleistungen erhält Frau Rudolf von der Pensionskasse der Stadt Zürich ab Februar 2003 eine auf zwei Jahre befristete Invalidenpension infolge Berufsinvalidität. Dazu gehört auch ein Zuschuss, da Frau Rudolf noch keine Leistungen der eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) bekommt. Gleichzeitig richtet ihr die Krankenkasse, bei der Frau Rudolf eine Zusatzversicherung gemäss Versicherungsvertragsgesetz (VVG) abgeschlossen hatte, Taggelder aus. Mit Verfügung vom Januar 2005 kündigt die Pensionskasse an, Frau Rudolf werde rückwirkend eine, vorerst in ihrer Höhe noch nicht bestimmte, IV-Rente erhalten, weshalb der Zuschuss in diesem Umfang zurückzuerstatten sei. Im folgenden Monat spricht die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA) Frau Rudolf eine halbe IV-Rente zu, und zwar rückwirkend ab Februar 2003. Die SVA verfügt weiter, die Nachzahlung für die zwei Jahre ab Februar 2003 belaufe sich auf Fr. 22 506.– und werde direkt der Krankenkasse ausbezahlt zur Verrechnung mit

den nach Krankenversicherungsgesetz (KVG) erbrachten Leistungen. Frau Rudolf setzt sich mit dem Sachbearbeiter der Pensionskasse in Verbindung und macht ihn darauf aufmerksam, dass die gesamte Rentennachzahlung der IV an ihre Krankenkasse – und nicht an die Pensionskasse – erfolge, und zwar nur deshalb, weil die Krankenkasse der SVA irrtümlicherweise mitgeteilt habe, sie habe an Frau Rudolf Leistungen nach KVG bezahlt. Nachdem Frau Rudolf die SVA direkt informiert und der Pensionskasse als Beleg eine Kopie ihrer Police der Krankenkassen-Zusatzversicherung zugestellt hat, erhebt die Pensionskasse im März 2005 Einsprache gegen die von der SVA angeordnete Auszahlung an die Krankenkasse. Im August 2005 heisst die SVA die Einsprache gut und entscheidet, die Rentennachzahlung der IV sei zwecks Verrechnung anteilmässig ausbezahlen, nämlich Fr. 17 907.– an die Pensionskasse und Fr. 4599.– an die Krankenkasse (Anteilmässige Auszahlung gemäss Weisung des Bundesamts für Sozialversicherung, Ziff. 10075 der Wegleitung über die Renten, RWL).

Mit Schreiben vom November 2005 fordert die Pensionskasse Frau Rudolf auf, ihr innert dreissig Tagen den Betrag von Fr. 4599.– zu überweisen, da die Pensionskasse nur einen Teil der Rentennachzahlung erhalten habe und die Vorleistungen der Pensionskasse nicht vollständig gedeckt worden seien (nur Fr. 17 907.– der Fr. 22 506.–). Frau Rudolf macht die Pensionskasse auf ihre schwierige finanzielle Situation aufmerksam und weist vor allem darauf hin, dass sie von der IV-Nachzahlung selber ja nichts bekommen habe, weshalb es ihr schwer fiele, die geforderte Summe aufzubringen. Nachdem es mit der Pensionskasse zu keiner einvernehmlichen Lösung gekommen ist, sucht Frau Rudolf die Sprechstunde der Ombudsfrau auf. Sie betont, von Anfang an in ständigem Kontakt mit der Pensionskasse gestanden zu sein und diese frühzeitig darüber informiert zu haben, von der Krankenkasse Taggelder aus einer Zusatzversicherung zu beziehen. Sie sei es auch gewesen, die die Pensionskasse vor der Auszahlung der gesamten Fr. 22 506.– an die Krankenkasse gewarnt habe, um dann zunächst lediglich zu hören, die Pensionskasse müsse dies hinnehmen, da sei wohl nichts mehr zu machen.

Abklärungen

Die Ombudsstelle ersucht die Pensionskasse schriftlich um Vernehmlassung. Aufgrund der Stellungnahme des Rechtsdienstes der Pensionskasse verfasst die Ombudsstelle einen schriftlichen Schlussbericht mit der Empfehlung, die Pensionskasse möge wiedererwägungsweise auf die Rückforderung der Fr. 4599.– gegenüber Frau Rudolf verzichten. Dies aufgrund der nachfolgenden rechtlichen

Erwägungen

Gemäss Art. 85^{bis} Abs. 1 der Verordnung des Bundesrates über die Invalidenversicherung (IVV) können Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, welche im Hinblick auf eine Rente der Invalidenversicherung Vorschussleistungen erbracht haben, verlangen, dass die Nachzahlung dieser Rente bis zur Höhe ihrer Vorschussleistung verrechnet und an sie ausbezahlt wird. Die Nachzahlung darf der Pensionskasse *höchstens im Betrag der Vorschussleistung* ausbezahlt werden und nur für den Zeitraum, in welchem diese erbracht worden ist (Art. 85^{bis} Abs. 3 IVV).

Der Pensionskasse bleibt nach Auffassung der Ombudsstelle mangels einer gesetzlichen Grundlage kein Raum, die Rückerstattung auf die versicherte Person auszuweiten, um sich für die im Voraus erbrachten Invalidenpensionsleistungen vollständig schadlos zu halten.

Die Pensionskasse beruft sich dagegen auf Art. 43 Abs. 3 ihres Vorsorgereglements (VSR), das bestimmt: «Wird die IV-Leistung rückwirkend zugesprochen, so ist der für die entsprechende Zeit bezogene Zuschuss zurückzuerstatten. Ist die IV-Leistung kleiner als der Zuschuss, so umfasst die Rückzahlung nur den Betrag der IV-Leistung. Im Umfang der Rückerstattungspflicht steht der Pensionskasse gegenüber der IV ein direktes Forderungsrecht zu» (Absatznummerierung und letzter Satz in der Fassung 2005/2006).

Sinn und Zweck von Art. 43 Abs. 3 VSR sind jedoch, der versicherten Person bei Eintritt des versicherten Ereignisses zwar Schutz zu gewähren, gleichzeitig aber eine Überentschädigung/Doppel-

leistung von Pensionskasse- und IV-Leistungen zu verhindern. Nach Ansicht der Ombudsstelle verfolgt diese Regelung allein dieses Ziel und bezweckt nicht, die Pensionskasse damit schadlos zu halten. Die Leistungen verschiedener Versicherungsträger sollen koordiniert und Doppelbezüge vermieden werden. Davon, dass sich die Pensionskasse auch noch an die versicherte Person halten könnte, um sämtliche Vorleistungen vollumfänglich zurückzuerhalten, ist nicht die Rede. Ausgehend von der Situation, nebst der Pensionskasse würde kein weiterer Leistungserbringer einen Anspruch auf die IV-Nachzahlung geltend machen und die IV-Nachzahlung fiel kleiner aus, als die im Vorfeld von der Pensionskasse geleisteten Zuschüsse, würde die Rückzahlung lediglich im Umfang der IV-Nachzahlung an die Pensionskasse zurückfliessen. Der Rest wäre à fonds perdu. Im vorliegenden Fall gesellt sich nun die Krankenkasse als weitere Leistungserbringerin zur Pensionskasse und macht ebenfalls einen Anspruch auf einen Teil der IV-Nachzahlung geltend. Da die Nachzahlung gemäss Weisungen des Bundesamts für Sozialversicherung (Ziff. 10075 RWL) im Verhältnis zu den erbrachten Vorschussleistungen aufzuteilen ist, fällt damit der Nachzahlungs-Anteil für die Pensionskasse kleiner aus. Es wird damit die gleiche Ausgangslage geschaffen, wie wenn die Pensionskasse als alleinige Leistungserbringerin da stehen würde, die IV-Nachzahlung aber kleiner ausfiele als die erbrachten Zuschüsse. Indem sowohl die Pensionskasse wie auch die Krankenkasse die Nachzahlung von Frau Rudolf vollständig mit ihren Ansprüchen verrechnet haben, war ein Doppelbezug im obgenannten Sinne von vornherein ausgeschlossen. Allein die Vermeidung dieses Doppelbezugs beweckt die Regelung in Art. 43 Abs. 3 VSR. Für die von der Pensionskasse geltend gemachte Forderung lässt sich weder eine rechtliche Grundlage im genannten Absatz des Artikels 43 noch in den übrigen Bestimmungen des Vorsorgereglements finden.

Vorsorgereglemente sind nach dem Vertrauensprinzip und nicht in einer unerwarteten Weise auszulegen (vgl. Urteil des EVG vom 30.01.2006, B 113/03): «Es ist darauf abzustellen, wie die zur Streitigkeit Anlass gebende Willenserklärung vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste. Dabei ist nicht auf den inneren Willen des Erklärenden abzustellen, sondern auf den objektiven Sinn seines Erklärungsverhaltens. Der Erklärende hat gegen sich gelten zu lassen, was ein vernünftiger und korrekter Mensch unter der Erklärung verstehen durfte. Weiter sind die besonderen Auslegungsregeln bei Allgemeinen Geschäfts- oder Versicherungsbedingungen zu beachten, insbesondere die Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel.» Diese Rechtsprechung gilt insbesondere auch für die Pensionskasse der Stadt Zürich. Art. 43 Abs. 3 VSR regelt den Fall, in welchem die IV-Leistung kleiner ist als der Zuschuss. Aus welchen Gründen dies der Fall ist, wird nicht erwähnt. Wenn man diese Reglementsbestimmung mit den detaillierten Regeln zur Verhinderung von Übererschädigung vergleicht (Art. 25 VSR), so kommt die Ombudsstelle zum Schluss, dass sich die Auslegung der Pensionskasse nicht auf den Reglementstext abstützen lässt. Die Pensionskasse hätte – wenn schon – eine (materiell allerdings nicht überzeugende) entsprechende Regelung ins Reglement aufnehmen müssen, welche die Möglichkeit eines Verzichts auf die zusatzversicherten Krankentaggelder durch die versicherte Person vorsieht. Der von der Pensionskasse gegenüber Frau Rudolf erhobenen Forderung fehlt auch aus diesem Grunde die erforderliche Rechtsgrundlage.

In formeller Hinsicht bleibt zu ergänzen, dass der Pensionskasse ein direktes Forderungsrecht gegenüber der IV zusteht (vgl. dazu Ziff. 10078 RWL). Andererseits will sie sich aber gleichzeitig an Frau Rudolf halten, wenn sie ihre Ansprüche mit einer Krankentaggeldversicherung teilen muss, die im Genuss der gleichen Sonderstellung steht. Auch für diese von der Pensionskasse vertretene Position sieht die Ombudsstelle im Vorsorgereglement keine Grundlage.

Es wäre im Übrigen ein Novum, dass jemand, der sich freiwillig versichert und das Risiko auf sich nimmt, monatlich Prämien zu bezahlen, ohne zu wissen, ob es je zur Beanspruchung von Leistungen der versicherten Art kommen wird, durch die Sozialversicherung oder die berufliche Vorsorge bestraft wird.

Schliesslich macht die Ombudsstelle auf die von Frau Rudolf zugunsten der Pensionskasse mehrfach unternommenen Anstrengungen aufmerksam, die ein Festhalten an der Rückforderung von Fr. 4599.– ihr gegenüber als unbillig erscheinen lassen.

Ergebnis

Die Pensionskasse lässt nach Monaten verlauten, sie könne sich der im Schlussbericht der Ombudsfrau vom Mai 2006 vertretenen Auffassung nicht anschliessen. Da Frau Rudolf andererseits weiter im Ungewissen geblieben ist, wie die Pensionskasse verfahren werde, namentlich ob diese die für eine vollstreckbare Rückforderung formell erforderliche Klage beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich einreichen werde (Urteil des EVG vom 20.03.2000 B41/99 Erw. 3), gelangt die Ombudsfrau im November 2006 mit einem erneuten Bericht an die Pensionskasse. Die Ombudsstelle bedauert, dass es zu keiner einvernehmlichen Regelung gekommen ist. Im März 2007 teilt die Pensionskasse der Ombudsfrau auf deren erneute Rückfrage mit, sie teile deren Rechtsauffassung zwar nach wie vor nicht, Frau Rudolf werde jedoch die Bezahlung der Fr. 4599.– aufgrund der geschilderten Umstände kulanterweise erlassen.

Fallbeispiel 2 Effektenkontrolle

Sachverhalt

Herr Bachmann befindet sich auf dem Weg zum Einkaufen in Oerlikon. Er überquert den MFO-Park, um zum ALDI an der Binzmühlestrasse zu gelangen. Plötzlich hört er hinter sich laute Rufe. Er hält inne, dreht sich um und sieht einen Polizisten und eine Polizistin, die auf ihn zu laufen. Der Polizist fordert Herrn Bachmann auf, sich auszuweisen und – nachdem ihm Herr Bachmann seine Identitätskarte gegeben hat – alle Taschen zu leeren. Der Polizist begutachtet alle Gegenstände und erkundigt sich nach dem Alter der Digitalkamera. Darauf tastet er Herrn Bachmann ab und meint schliesslich, er könne seine Sachen wieder einpacken und weitergehen. Als sich Herr Bachmann nach dem Grund dieser in aller Öffentlichkeit vorgenommenen körperlichen Kontrolle erkundigt, antwortet ihm der Polizist, er sei ihm verdächtig erschienen. Von dieser Antwort nicht befriedigt gelangt Herr Bachmann schriftlich an die Stadtpolizei, die ihm zwei Monate später in einem ausführlichen Brief antwortet und sich bei ihm für die entstandenen Umtriebe entschuldigt. Es habe sich um eine routinemässige Personenkontrolle gehandelt, gestützt auf Art. 5 (Identitätsnachweis) der Allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich. Die Polizeipatrouille sei auf Herrn Bachmann aufmerksam geworden, weil er sich bei deren Eintreffen sofort entfernt habe. Bei einer Effektenkontrolle werde an der Körperoberfläche sowie in den Kleidern und mitgeführten Effekten nach deliktsrelevanten und gefährlichen Gegenständen gesucht. Da sich die Allgemeine Polizeiverordnung nicht explizit zur Effektenkontrolle äussert, wendet sich Herr Bachmann erneut an die Stadtpolizei, die in ihrer Antwort nun auch noch auf § 31 der Strafprozessordnung (StPO) verweist, wonach belastenden und entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachzugehen sei. Mit einer schriftlichen Eingabe erkundigt sich Herr Bachmann bei der Ombudsfrau nach den Rechtsgrundlagen für Leibesvisitation und Effektenkontrolle.

Rechtslage

Die polizeiliche Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung basiert im Kanton Zürich vorwiegend auf der allgemeinen polizeilichen Generalklausel. Diese ermächtigt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 128 I 327, insbes. 341) die zuständigen Behörden, polizeiliche Massnahmen zum Schutz fundamentaler Rechtsgüter zu treffen, um schwere und unmittelbar drohende Gefahren abzuwehren oder erfolgte schwere Störungen zu beseitigen. Polizeiliche Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind für den Einzelnen oft mit Grundrechtseingriffen verbunden, für die eine gesetzliche Grundlage notwendig ist. Schwer wiegende Eingriffe in die verfassungsmässigen Grundrechte müssen in einem formellen Gesetz vorgesehen sein. Davon ausgenommen sind nur Fälle, in denen eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr vorliegt.

Das polizeiliche Handeln *nach* der formellen Eröffnung einer Strafuntersuchung durch die Staatsanwaltschaft – also im so genannten «gerichtspolizeilichen» Verfahren im Rahmen der Strafverfolgung – stützt sich auf verschiedene Vorschriften der Strafprozessordnung (StPO), die die Organe von Kantons- und Stadtpolizei beauftragen, nach strafbaren Handlungen und möglichen Verdächtigen zu forschen und die dazu erforderlichen Beweise zu sammeln. Dagegen fehlt es

für die polizeilichen Ermittlungen vor diesem Zeitpunkt weitgehend an entsprechenden formellen gesetzlichen Grundlagen. Für polizeiliche Massnahmen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Abwehr von Gefahren und die Beseitigung von Störungen muss daher als gesetzliche Grundlage die polizeiliche Generalklausel herangezogen werden, was aus rechtsstaatlicher Sicht ungenügend ist. Die Allgemeine Polizeiverordnung der Stadt Zürich (APV) enthält lediglich allgemeine Grundsätze im Sinne der Generalklausel (Art. 2 APV) und vermag eine nicht vorhandene formelle gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen. Auch der von der Stadtpolizei nachträglich angeführte § 31 StPO ist nicht geeignet, weil er das Verfahren nach Untersuchungseröffnung betrifft.

Obwohl dieselben polizeilichen Massnahmen, z. B. eine Leibesvisitation, sowohl der Strafverfolgung als auch der Gefahrenabwehr dienen können, sind die beiden Bereiche vor und nach Eröffnung einer Strafuntersuchung auseinander zu halten, und zwar sowohl mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Voraussetzungen und Zielsetzungen als auch zum Schutze der Betroffenen. Die vorgesehene gesamtschweizerische Strafprozessordnung sieht eine klare Trennung vor zwischen polizeilichem Handeln im Rahmen der Strafverfolgung gemäss Strafprozessordnung einerseits und polizeilichem Handeln zwecks Prävention und Gefahrenabwehr andererseits. Auch das der revidierten StPO angepasste Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) hält die beiden Bereiche im neu eingefügten § 72a GVG auseinander: «Die Polizei forscht nach Straftaten und möglichen Verdächtigen. Sie sammelt die Hinweise, welche geeignet sind, den Entscheid über die Eröffnung einer Strafuntersuchung zu ermöglichen. Bei Verdacht auf strafbare Handlungen tätigt die Polizei raschmögliche erste Erhebungen und ordnet die notwendigen Zwangsmassnahmen an, die ohne Gefahr nicht verschoben werden können. Sie sichert insbesondere Beweise, stellt Gegenstände und Vermögenswerte sicher, beobachtet vermutlich beteiligte Personen sowie Sachen, registriert deren Daten und fahndet nach Verdächtigen. Nach der Eröffnung der Strafuntersuchung erfüllt die Polizei gerichtspolizeiliche Aufgaben nach den Weisungen der Untersuchungsbehörden.»

Mit der allgemeinen Vorschrift gemäss dem zitierten § 72a GVG werden allerdings weder Leibesvisitation noch körperliche Effektenkontrolle explizit geregelt. Die bestehenden Lücken sollen mit einem neuen kantonalen *Polizeigesetz* behoben werden, das zusammen mit dem bereits in Kraft stehenden *Polizeiorganisationsgesetz* das kantonale Polizeirecht auf Gesetzesstufe bilden soll. Der Regierungsrat hat das *Polizeigesetz* am 5. Juli 2006 zuhanden des Kantonsrats verabschiedet. Das *Polizeigesetz* bestimmt, wie und mit welchen Mitteln die polizeilichen Aufgaben zu erfüllen sind (Grundsätze, Befugnisse und Mittel) und welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit polizeiliche Eingriffe und insbesondere polizeilicher Zwang zulässig sind. Besonders geregelt sind diejenigen polizeilichen Massnahmen, die den Einzelnen bei der Ausübung seiner Grundrechte einschränken (erkennungsdienstliche Massnahmen, Polizeigewahrsam, Überwachung, Wegweisung und Fernhaltung, Durchsuchung von Personen, Gegenständen und Räumen, Fesselung und Gebrauch von Schusswaffen). Das neue *Polizeigesetz* bestimmt in § 21 Abs. 1 und 2: «Wenn es zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist, darf die Polizei eine Person anhalten, deren Identität feststellen und abklären, ob nach ihr oder nach Fahrzeugen, anderen Gegenständen oder Tieren, die sie bei sich hat, gefahndet wird. Die angehaltene Person ist verpflichtet, Angaben zur Person zu machen, mitgeführte Ausweis- und Bewilligungspapiere vorzuzeigen und zu diesem Zweck Behältnisse und Fahrzeuge zu öffnen.» Die Durchsuchung von Personen, Gegenständen und Räumen ist in §§ 35–37 des *Polizeigesetzes* geregelt und ist je an verschiedene Voraussetzungen geknüpft. Personen dürfen namentlich durchsucht werden, wenn dies zum Schutz von Angehörigen der Polizei oder anderer Personen oder von Gegenständen von namhaftem Wert erforderlich ist, wenn Gründe für einen polizeilichen Gewahrsam dieser Person gegeben sind, wenn der Verdacht besteht, dass sie sicherzustellende Gegenstände bei sich hat, oder wenn es zur Feststellung ihrer Identität erforderlich ist. Wenn eine Person durchsucht werden darf, dürfen auch die Gegenstände, die sich bei ihr befinden, durchsucht werden. Mit dem neuen *Polizeigesetz* kann die beschriebene Lücke einer formellen gesetzlichen Grundlage zwar geschlossen werden. In der Praxis wird allerdings weiterhin das Erfordernis der Verhältnismässigkeit der polizeilichen Massnahmen im Vordergrund stehen.

Auch nach *geltendem Recht* muss eine Personenkontrolle im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Polizeiorgane nicht befugt, «ohne jeglichen Grund und unter irgendwelchen Umständen irgendeinen die öffentlichen Strassen benützenden Spaziergänger oder sich in einem öffentlichen Gebäude befindlichen Bürger anzuhalten. Eine mündliche Befragung – Auskünfte über die eigene Person oder Vorweisung von Ausweispapieren – darf weder einen schikanösen Charakter haben, noch der Befriedigung reiner Neugier dienen.» Vorausgesetzt werden minimale objektiven Gründe «wie dem Vorliegen einer verworrenen Situation, der Anwesenheit des Betroffenen in der Umgebung eines Orts, wo sich soeben eine Straftat zugetragen hat, seiner Ähnlichkeit mit einer gesuchten Person, seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Leuten, von denen man aufgrund von Indizien, mögen diese auch noch so schwach sein, annehmen kann, dass sich der eine oder andere in einer ungesetzlichen Situation befindet, die ein polizeiliches Eingreifen nahe legt» (BGE 109 Ia 146 Erw. 4b, Originaltext französisch). Eine körperliche Durchsuchung (Leibesvisitation) ist gemäss Bundesgericht unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nur zulässig, wenn ein klarer Tatverdacht besteht oder wenn objektive Verdachtsmomente vorliegen, die betreffende Person sei im Besitze von gefährlichen Gegenständen. Soweit ein Abtasten oder eine Kontrolle mit technischen Mitteln genügen, kann von der betroffenen Person nicht verlangt werden, sich auszuziehen. Die körperliche Untersuchung muss stets den Umständen angemessen sein, sie ist taktvoll und möglichst schonend vorzunehmen (BGE 109 Ia 146 Erw. 8a).

Abschluss des Geschäfts

Ob im vorliegenden Fall für die Durchführung der Personen- und Effektenkontrolle genügend konkrete Anhaltspunkte vorgelegen haben, ist fraglich. Nachdem Herr Bachmann durch die Ombudsstelle wunschgemäss über die Rechtslage nach geltendem Recht und gemäss Gesetzesvorlage (Polizeigesetz) informiert worden ist, verzichtet er darauf, sein Erfahrung mit der Stadtpolizei in Oerlikon näher überprüfen zu lassen.

Fallbeispiel 3 Anrechenbarkeit hypothetischer familienrechtlicher Unterhaltsleistungen

Sachverhalt

Die 1978 geborene Frau Becker arbeitet nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit als Pflegehelferin, ohne hierfür eine Ausbildung absolviert zu haben. Im Jahr 2003 entschliesst sie sich, mit ihrem Lebensgefährten nach Brasilien auszuwandern, und beginnt dort ein Musikstudium. Nach drei erfolgreichen Semestern und der Trennung von ihrem Lebensgefährten kehrt sie 2004 zur Geburt ihres Sohnes Pascal in die Schweiz zurück. Sie lässt sich in Zürich nieder. Als all ihre Ersparnisse aufgebraucht sind, sucht sie 2005 Hilfe bei den Sozialen Diensten der Stadt Zürich, welche sie ab März 2005 vollumfänglich unterstützen. Dabei wird ihr aufgrund der bisherigen Studienleistungen, der guten Berufsaussichten und mit Rücksicht auf die persönlichen Umstände ausnahmsweise bewilligt, ihr Hochschulstudium in Zürich befristet fortzusetzen. Im Unterstützungsbudget sind neben Stipendien auch monatliche Kleinkinderbetreuungsbeiträge (KKBB) im Maximalbetrag von Fr. 2000.– eingerechnet. Während sich Frau Becker bei einem auf zwei Tage verteilten Pensum von 14–16 Wochenstunden an der Hochschule aufhält, kann Pascal in der Kinderkrippe untergebracht oder von der in der benachbarten Gemeinde B. lebenden Grossmutter, der Mutter von Frau Becker, betreut werden. In der übrigen Zeit kann Frau Becker zu Hause auf ihrem Musikinstrument üben. Im Herbst 2006 werden die KKBB neu berechnet, wobei aufgrund der Steuerfaktoren von einem möglichen monatlichen Unterhaltsbeitrag der in der Gemeinde B. lebenden Eltern von Frau Becker von Fr. 1786.– ausgegangen wird. Die Sozialen Dienste führen aus, es sei primär Sache der Eltern, im Rahmen der familienrechtlichen Unterhaltspflicht für die Erstausbildung ihrer Kinder aufzukommen. Unter Berücksichtigung der genannten hypothetischen Unterhaltsleistungen der Grosseltern ergebe die Neuberechnung nur noch einen KKBB-Anspruch von Fr. 856.– pro Monat, weshalb Frau Becker rückwirkend ab 1. Oktober 2005 die Differenz zu den monatlich ausbezahlten KKBB im Gesamtbetrag von Fr. 13728.– (12 x Fr. 1144.–) zurückerstatten müsse. Mit dieser hohen Summe konfrontiert wendet sich Frau Becker hilfesuchend an die Ombudsstelle und erkundigt sich nach den Rechtsgrundlagen für die Rückforderung.

Abklärungen

Die Ombudsstelle bespricht die Angelegenheit mit der zuständigen Sachbearbeiterin der Sozialen Dienste. Gleichzeitig empfiehlt sie Frau Becker, den Sozialen Diensten eine Bescheinigung des Hochschulrektors über das besuchte Wochenpensum zukommen zu lassen. Nach Prüfung der Rechtslage erörtert die Ombudsstelle die Angelegenheit ein weiteres Mal mit den Sozialen Diensten, die sich auf ein internes Praxisbuch mit entsprechenden Vorgaben bei familienrechtlicher Unterhaltspflicht gemäss Art. 276 f. ZGB berufen.

Rechtliches

Die Ausrichtung von Kleinkinderbetreuungsbeiträgen (KKBB) richtet sich nach den §§ 26a–26g des kantonalen Jugendhilfegesetzes. Zu Unrecht ausbezahlte Beiträge werden zurückgefordert (§ 26f des Jugendhilfegesetzes).

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollen Eltern ihre Kinder während deren ersten beiden Lebensjahren persönlich betreuen können, ohne aus finanziellen Gründen gezwungen zu sein, einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Antrag des Regierungsrates vom 1.11.1989, Kantonales Amtsblatt 1989, S. 1966 ff.). Deshalb sind ein limitiertes Arbeitspensum und bescheidene finanzielle Verhältnisse Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von KKBB. Frau Becker erfüllt diese und die übrigen Voraussetzungen gemäss § 26b Jugendhilfegesetz. Das Hochschulstudium von Frau Becker ist ein Teilzeitstudium und umfasst nachweislich nicht mehr als ein halbes Pensum. Die Kinderbetreuung durch Dritte übersteigt die maximale Dauer von 2,5 Tagen pro Woche nicht.

Die KKBB entsprechen der Differenz zwischen Lebensbedarf und anrechenbarem Einkommen, welches gemäss § 49c der kantonalen Jugendhilfeverordnung wie folgt berechnet wird: «Zur Ermittlung des anrechenbaren Einkommens werden das AHV-pflichtige Nettoeinkommen aus Erwerb, Kinder- und Familienzulagen, Kapitalerträge, Leistungen von Versicherungen und Alimentenleistungen von Dritten berücksichtigt. Abzugsberechtigt sind vertraglich oder gerichtlich festgesetzte Unterhaltsleistungen an Dritte sowie Berufsauslagen gemäss steuerrechtlichen Ansätzen. Bezüger von Renten aus Sozialversicherungen sowie Studierende werden Erwerbstätigen gleichgestellt. Bei alleinerziehenden Eltern wird vom Erwerbseinkommen ein Freibetrag von höchstens Fr. 5000.– abgezogen.» Von Unterhaltsleistungen der Grosseltern an die Mutter, die als hypothetisches Einkommen anzurechnen wären, ist nirgends die Rede.

Ob im vorliegenden Fall eine Unterhaltspflicht der Grosseltern überhaupt besteht, ist fraglich. Gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB dauert die Unterhaltspflicht der Eltern für in Ausbildung befindliche Kinder über das Mündigkeitsalter hinaus fort, bis die Ausbildung «ordentlich abgeschlossen werden kann». Dasselbe gilt, wenn ein Kind ohne angemessene Berufsausbildung während einer gewissen Zeit selbst für seinen Unterhalt aufgekommen ist und seine Erwerbstätigkeit vorübergehend aufgibt, um ein geeignetes Studium aufzunehmen (BGE 107 II 406). Neben diesen Kriterien muss die Fortdauer des Unterhalts für die Eltern «zumutbar» sein. Die Frage, ob im vorliegenden Fall immer noch eine familienrechtliche Unterhaltspflicht der in der Gemeinde B. lebenden Eltern gegenüber ihrer immerhin 28-jährigen Tochter besteht, kann aber offen bleiben, denn nach Auffassung der Ombudsstelle fehlt es bei den KKBB ohnehin an einer gesetzlichen Grundlage für die Anrechnung hypothetischer Unterhaltsleistungen der Grosseltern. Mit den in der Jugendhilfeverordnung erwähnten «Alimentenleistungen von Dritten» sind nach dem Wortlaut dieser Bestimmung nämlich Kinderalimente für das Kleinkind und Ehegattenalimente gemeint, nicht aber familienrechtliche Unterhaltsleistungen der Grosseltern gegenüber den Eltern.

Von den KKBB zu unterscheiden wäre der Fall, dass die Sozialen Dienste für die ausbezahlten *Sozialhilfeleistungen* auf die Eltern von Frau Becker Rückgriff nehmen wollten. Diesfalls müssten sie dies bei beendeter elterlicher Unterhaltspflicht über die Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328/329 ZGB tun. Ob die Voraussetzungen dafür erfüllt wären, müsste allerdings erst geprüft werden.

Ergebnis

Die Sozialen Dienste besprechen die Angelegenheit in einer Sitzung und teilen der Ombudsstelle mit, auf eine Rückforderung von KKBB werde aus den von der Ombudsstelle genannten Gründen verzichtet. Ausserdem werde der Fall zum Anlass genommen, das erwähnte Praxisbuch in diesem Punkt zu überarbeiten. Frau Becker ist über diese Nachricht spürbar erleichtert.

2. Lauernde Gefahren auf dem öffentlichen Grund

Fokus Die verkehrsrechtliche Gestaltung des öffentlichen Grundes hat diverse Interessen zu berücksichtigen. Die Anliegen von Fussgängern, Fahrradfahrerinnen, Benutzenden verschiedener Formen des motorisierten Verkehrs sind zusammen mit denjenigen der Fahrgäste des öffentlichen Verkehrs gleich ernst zu nehmen. Zuweilen keine einfache Aufgabe, können sie doch bekanntlich sehr unterschiedlich und miteinander nicht immer vereinbar ausfallen. Zusätzlich gilt es auch die berechtigten Bedürfnisse von verschiedenen Gruppen von Verkehrsteilnehmenden zu berücksichtigen, die bei der Benutzung des öffentlichen Grundes besonders gefährdet sind: Kleinkinder, betagte Personen, Menschen mit Behinderungen. Bei der Umsetzung der einzelnen Konzepte können sich die in der Praxis relevanten Gegebenheiten oft als hinderlich und erschwerend auswirken. Verschiedene Amtsstellen sind involviert und haben aufgrund ihrer unterschiedlichen Funktionen und Kernaufgaben nicht immer dieselben Grundsätze und Prioritäten zu beachten. Die für die Verkehrsteilnehmenden beste Lösung ist häufig nicht die billigste. Die Verhältnismässigkeit zwischen Aufwand und Ertrag spielt auch hier eine Rolle. Und schliesslich wird der erforderlichen Sorgfalt nicht immer in genügendem Masse entsprochen.

In konkreten Fällen hat sich gezeigt, dass sich die bei der Planung und in Konzepten an sich geeigneten Massnahmen nach der Umsetzung als teilweise gefährlich und daher unbefriedigend erwiesen haben. Bürgeranliegen sind auch hier ernst zu nehmen. Wenn Bürgerinnen und Bürger auf Mängel und Gefährdungspotenzial von Verkehrszeichen, Signalisationstafeln und fehlenden Abschrankungen hinweisen, dann tun sie dies in der Regel aufgrund ihrer konkreten Erfahrung. Diese Erfahrung wie auch die gezeigte Sensibilität in der gelebten Alltagssituation können für die Behörden auch eine Chance bedeuten. Die Chance, Versäumtes nachzuholen, Verbesserungen möglichst frühzeitig vorzunehmen und so auch allfällig weiteren Unfällen und Verletzungen vorzubeugen.

Fallbeispiel 4 Ungesicherter Spazierweg

Sachverhalt

Herr Kistler, IV-Rentner, ist fast vollständig erblindet sowie schwerhörig. Die gewohnten Spaziergänge zusammen mit seinem Blindenhund auf dem nahe gelegenen Uferweg bedeuten ihm viel. Obwohl auf dem Uferweg ein allgemeines Fahrverbot signalisiert ist, wird Herr Kistler immer wieder von Velofahrern erschreckt und zur Seite gedrängt, die den beliebten Uferweg verbotenerweise befahren. Bereits zum zweiten Mal kommt es zu einem Zusammenstoss mit einem Velofahrer, wobei Herr Kistler an der Achillessehne, an der Schulter und am Ellbogen verletzt wird und der Blindenstock wie auch seine Brille zerbrechen. Die Velofahrer haben sich jeweils unerkannt davongemacht. Weder die Krankenkasse noch die IV sehen sich in der Lage, für den Verlust des Blindenstockes aufzukommen. Als Herr Kistler die Vorfälle bei der Stadtpolizei zur Anzeige bringen will, zeigt man zwar Verständnis, gibt ihm aber zu bedenken, dass es für Kontrollen am Uferweg leider an Personal fehle. Herr Kistler hat Angst davor, den Uferweg weiterhin zu benützen.

Vermittlungsbemühungen der Ombudsstelle

Die Ombudsstelle setzt sich mit dem Kreischef der zuständigen Regionalwache der Stadtpolizei in Verbindung, dem das beschriebene Problem am Uferweg bekannt ist. Durch das wiederholt Vorgefallene sensibilisiert erklärt sich der Kreischef bereit, sogleich zu veranlassen, dass Herr Kistler Strafanzeige «gegen Unbekannt» erstatten könne. Die Anzeige wird bald darauf aufgenommen. Für die beiden Vorfälle werden sodann zwei Polizeirapporte erstellt und Herr Kistler kann das für

ihn ausgefüllte Opferhilfe-Formular unterzeichnen. In der Folge wird ihm der entstandene Schaden ersetzt.

Die Stadtpolizei erwischt bei Kontrollen am Uferweg täglich zwischen ein und zwei Dutzend Fahrradfahrer und -Fahrerinnen, die das Fahrverbot missachten. Bald wird klar, dass auf die Dauer nur bauliche Massnahmen zum Schutze der Fussgängerinnen und Fussgänger die Situation entschärfen können. Dafür ist jedoch das städtische Tiefbauamt zuständig, dem die Ombudsstelle die Angelegenheit unterbreitet. Der verantwortliche Mitarbeiter, dem das Problem nicht unbekannt ist, schlägt die Errichtung von versetzten Barrieren (Umlaufsperrern) vor, die alle Fahrradfahrer und -Fahrerinnen zum Absteigen zwingen. Da nach Auskunft des Mitarbeiters noch andere Dienst-abteilungen involviert sind, gelangt die Ombudsstelle mit einem Bericht an den Gebietsmanager des Geschäftsbereichs «Gestaltung + Entwicklung» des Tiefbauamts. In der Antwort an die Ombudsstelle wird eine Verbesserung der als problematisch erkannten Situation erst für das Jahr 2008 in Aussicht gestellt, da vorgesehen sei, den Uferweg baulich für eine getrennte Nutzung sowohl als Fussweg als auch als Radweg zu gestalten und entsprechend zu verbreitern. Ausserdem sei der Aufwand für den Unterhalt von Barrieren infolge mutwilliger Beschädigungen erfahrungsgemäss zu gross.

Die Ombudsfrau bedankt sich für die Bemühungen des Tiefbauamtes, äussert aber in einer telefonischen Besprechung gleichzeitig ihre Bedenken zum momentanen Verzicht auf baldige bauliche Massnahmen. Aufgrund dieser Aussprache erklärt sich der Gebietsmanager bereit, die Angelegenheit innerhalb des Tiefbauamts nochmals zu thematisieren.

Ergebnis

Das Tiefbauamt erklärt sich in der Folge bereit, im Sinne einer Übergangslösung bis spätestens im Frühjahr 2007 an den vier erforderlichen Stellen Barrieren zu installieren. Ende Februar 2007 kann der Gebietsmanager der Ombudsstelle berichten, die Errichtung der vier Barrieren sei abgeschlossen. Selbstverständlich können auch diese Barrieren nicht allen Bedürfnisse gänzlich gerecht werden. Gleichwohl sind sie eine wesentliche Verbesserung bis zur definitiven Lösung im Jahre 2008. Der Ombudsstelle bleibt es, allen Beteiligten für ihr Engagement zu danken, das zu einem gemeinsamen, erfreulichen Ergebnis geführt hat.

Fallbeispiel 5 Haftung des Strasseneigentümers für ein gefährliches Signal

Sachverhalt

Ende April 2006 gegen 14 Uhr begibt sich Herr Brunner als Fussgänger vom Löwenplatz Richtung Hauptbahnhof. Er geht auf dem nordwestlichen Trottoir entlang der Löwenstrasse. Zwischen der Tramhaltestelle «Löwenplatz» und der dort gelegenen Café-Confiserie weicht er einem Velofahrer aus, der das Trottoir mitbenützen darf, und stösst dabei von vorne mit der Spitze eines roten Velo-Umleitungs-Signals zusammen. Er verletzt sich an der Stirne. Die Wunde muss genäht werden. Herr Brunner macht die Stadt Zürich für den Schaden haftbar. Während Stadtpolizei und Polizeidepartement unter Hinweis auf Art. 103 Abs. 3 der Strassensignalisationsverordnung (SSV) jede Haftung ablehnen, macht Herr Brunner geltend, das spitze rote Schild sei auf Augenhöhe befestigt gewesen und habe für die Passanten eine erhebliche Gefahr bedeutet. Die Stadtpolizei, welche das Schild nach der Unfallmeldung an der Signalstange weiter nach oben verschoben hat, bestätigt, dass es vorher auf einer Höhe von 165 cm ab Boden montiert gewesen sei.

Abklärungen

Die Ombudsstelle nimmt am Unfallort einen Augenschein vor und besichtigt vergleichbare Signalisationen in der näheren und weiteren Umgebung im Bereich Zürich-City. Zu diesem Zeitpunkt misst der Abstand zwischen Boden und Unterkante des roten Velo-Umleitungs-Schildes 223 cm. Es handelt sich um das Signal 4.50.1 mit dreieckiger Spitze gemäss Art. 54a SSV.

Gefährliches Signal

Gemäss Art. 58 OR haftet die Stadt Zürich als Strassen- bzw. als Werkeigentümerin für den Schaden, der «infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung» oder aus mangelndem Unterhalt des Werkes entstanden ist (Werkmangel). Stadtpolizei und Polizeidepartement berufen sich auf Art. 103 Abs. 3 SSV, wonach Signale auf einer Höhe zwischen 60 cm und 250 cm (Unterkante des Signals) anzubringen seien. Da diese Vorschrift im vorliegenden Fall mit einer Höhe von 165 cm ab Boden eingehalten sei, liege kein Werkmangel vor, weshalb die Stadt Zürich für den Schaden nicht hafte.

Diese Argumentation trifft auf den vorliegenden Fall nach Ansicht der Ombudsstelle nicht zu. Da es bei Art. 103 SSV vor allem um die Erkennbarkeit der Signale und ihrer Botschaft geht, spricht die Einhaltung der vorgeschriebenen Distanzen nur dann gegen das Vorliegen eines Werkmangels, wenn der Schaden mit dem Inhalt des Signals zusammenhängt und nicht auf andere Ursachen zurückzuführen ist. Es ist kein Zufall, dass sich die Gerichtspraxis im Zusammenhang mit Art. 103 SSV vor allem mit der Frage der Erkennbarkeit der Signale bezüglich Inhalt und Geltungsbereich auseinanderzusetzen hatte. Auch in der Richtlinie «Velowegweisung in der Schweiz» geht es um die Erkennbarkeit: «Signale sind so aufzustellen, dass sie vom Strassenbenützer rechtzeitig wahrgenommen und richtig gedeutet werden können. Bei der Festlegung der Standorte sind die örtlichen Umstände und Einflüsse aus der Sicht der Velofahrenden sorgfältig zu beurteilen.» Wenn nun mit der Einhaltung der erwähnten Höhenvorschriften gemäss Art. 103 Abs. 3 SSV die gute Erkennbarkeit für die jeweiligen Adressaten erreicht wird, ist damit nicht automatisch jede Haftung der Stadt für einen gefährlichen Zustand bzw. als Werkeigentümerin ausgeschlossen. Ein Signal kann auch aus andern Gründen mangelhaft sein, nicht nur, wenn seine Botschaft wegen ungünstiger Platzierung nicht ankommt. Mit anderen Worten: Die Einhaltung von Art. 103 SSV kann bedeuten, dass kein Werkmangel vorliegt, muss es aber nicht zwingend. Für die Beurteilung der Mängelfreiheit eines Werkes im Sinne von Art. 58 OR sind alle Eigenschaften und alle konkreten Umstände einzubeziehen.

Der Augenschein durch die Ombudsstelle ergibt, dass die Signale normalerweise auf einer Höhe von 200 cm oder höher angebracht werden, sodass sie Fussgängerinnen und Fussgängern üblicherweise gar nicht in die Quere kommen können. Bei tiefer angebrachten Schildern handelt es sich meist um Zusatzschilder, die mit ihren Rohr-Rahmen und den abgerundeten Ecken ungefährlich sind. Das Velo-Umleitungs-Signal am Löwenplatz hat eine Stärke von lediglich ca. 3 mm. Derartige Veloschilder sind mit ihrer scharfen Spitze eine erhebliche Gefahr für Passanten, wenn sie auf Augenhöhe angebracht werden. Aus einem bestimmten Blickwinkel, genau von vorne, sind die dünnen Schilder leicht zu übersehen. Ausserdem sind im konkreten Fall die Zeitungsboxen am Löwenplatz zu berücksichtigen, die einen Teil des Fussgängerstroms direkt zur Pfeilspitze leiten, sowie der über das Trottoir führende Veloweg, der den Fussgängern eine erhöhte Aufmerksamkeit abverlangt.

Abschluss des Schadenfalls

Aus den geschilderten Gründen ist die Ombudsstelle der Meinung, ein Werkmangel im Sinne von Art. 58 OR sei grundsätzlich zu bejahen, und orientiert darüber die Stadtpolizei zur Beseitigung allfälliger weiterer Verletzungsgefahren. Trotz dieses Befunds empfiehlt die Ombudsstelle Herrn Brunner, die ihm zuvor vom Polizeidepartement ohne Anerkennung einer Rechtspflicht angebotene Pauschalentschädigung von Fr. 200.– anzunehmen, da damit die ausgewiesenen Kosten der ärztlichen Behandlung und der Aufwand für die Korrespondenz mit der Stadtpolizei gedeckt werden. Für die Ausrichtung einer Genugtuungssumme, wie sie Herrn Brunner vorschwebt, sind die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 47 OR) nicht erfüllt, da Herr Brunner glücklicherweise nur leichte Verletzungen erlitten hat. Ausserdem ist nicht auszuschliessen, dass in einem Schadenersatzverfahren auf dem Rechtsweg ein gewisses Selbstverschulden des Geschädigten berücksichtigt würde. Herr Brunner kann sich diesen Überlegungen anschliessen und unterzeichnet wenige Tage, nachdem er den Schlussbericht der Ombudsstelle erhalten hat, eine entsprechende Vereinbarung per Saldo aller Ansprüche. Bald nach Auszahlung der Fr. 200.– an Herrn Brunner kann auch die Stadtpolizei den Schadenfall als erledigt abschliessen.

3. Mangelhafte Nach- und Rückforderungen

Fokus Die Ombudsstelle ist immer wieder konfrontiert mit Beschwerden von Bürgerinnen und Bürgern, die mit städtischen Nach- und Rückforderungen nicht einverstanden sind, die gegen sie gerichtet werden. Zuweilen wird die Rechtmässigkeit der Rückforderung an sich in Zweifel gezogen, häufiger aber gibt die Höhe der Forderung zu Fragen Anlass. Bei der Überprüfung zeigt sich dann oft, dass mangelnde Nachvollziehbarkeit, fehlende Klarheit und Transparenz sich nicht nur bei den Betroffenen einstellen, sondern auch bei den verantwortlichen Verwaltungsstellen. Die Fehlerquellen sind zum einen wiederholt zu finden in der fehlerhaften Anwendung des städtischen Rechts und im anschliessenden Versuch, trotz der aufgetauchten rechtlichen Schwierigkeiten am eingeschlagenen Weg festzuhalten. Zum andern zeigen sich technische Gegebenheiten, EDV-bedingte Neuerungen und Systemanpassungen sowie Schnittstellen zwischen verschiedenen Zuständigkeitsbereichen als wiederkehrender Grund für mangelhaft berechnete Nach- und Rückforderungen.

Gelingt es einmal, die Fehler festzustellen und ihren Grund zu eruieren, fällt es der Ombudsstelle in der Regel leicht, mit der zuständigen Verwaltung eine unkomplizierte und schnelle Bereinigung vorzunehmen. Wir haben in diesen Fällen die Amtsstellen als offen, lösungsorientiert und lernfähig erfahren. Wiederholt kam es dazu, dass die Verantwortlichen nach der Umsetzung unserer Empfehlung der Ombudsstelle im Einzelfall den vorgefallenen Fehler zum Anlass genommen haben, ihre Mitarbeitenden auf die grundsätzliche Problematik hinzuweisen, das künftig richtige Vorgehen zu schulen oder die erforderlichen Anpassungen im Informatikbereich vorzunehmen.

Fallbeispiel 6 **Lohnrückzahlung bei aufschiebender Wirkung der Kündigung**

Sachverhalt

Die 27-jährige Frau Schneider ist seit dem 1. Juli 2004 im Probeförderungsverhältnis bei den Städtischen Gesundheitsdiensten angestellt. Aufgrund der bisherigen, als ungenügend beurteilten Leistungen kommt es zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die vorgesetzte Stelle noch vor Ablauf der dreimonatigen Probezeit unter Einhaltung der einwöchigen Kündigungsfrist per 27. September 2004. Frau Schneider ist damit nicht einverstanden und erhebt gegen die Kündigungsverfügung stadtinternen Rekurs (Einsprache). Sie macht geltend, wenn sie früher gewusst hätte, was wirklich von ihr erwartet werde, hätte sie sich anders verhalten. Der Stadtrat weist die Einsprache mit Entscheid vom 8. Dezember 2004 ab. Der Entscheid ist rechtskräftig. Erst ein gutes Jahr später, im Januar 2006, fordern die Städtischen Gesundheitsdienste die vom 28. September 2004 bis 7. Januar 2005 während des Einspracheverfahrens weiterhin ausbezahlte Besoldung im Betrage von Fr. 14 000.– zurück. Frau Schneider bezweifelt die Rechtmässigkeit dieser Rückforderung und gelangt an die Ombudsstelle. Sie bringt vor, von der genannten Summe habe sie inzwischen einen Betrag von Fr. 6000.– gutgläubig verbraucht.

Rechtslage

Gemäss Art. 39 Abs. 2 des städtischen Personalrechts (PR) kommt dem stadtinternen Rekurs gegen eine personalrechtliche Anordnung aufschiebende Wirkung zu, sofern sie nicht nach den Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes entzogen wird. Aus den eingereichten und den von den Städtischen Gesundheitsdiensten beigezogenen Akten ergibt sich zweifelsfrei, dass es versäumt wurde, der Einsprache von Frau Schneider die aufschiebende Wirkung zu entziehen, obwohl sich diese Massnahme angesichts der erleichterten Auflösbarkeit von Probeförderungsverhältnissen aufgedrängt hätte. Hinzu kommt, dass sich gemäss Art. 39 Abs. 6 PR «die Kündigungsfrist bis zum Rekursentscheid des Stadtrates verlängert». Diese Vorschrift hat einen materiellrechtlichen Gehalt und bedeutet, dass der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entsprechend hinausgeschoben wird. Nach der bisherigen Praxis der Stadt Zürich können daher Lohnzahlungen nur zurückgefordert werden, wenn dies im Endentscheid angeordnet wird. Im stadträtlichen Rekursentscheid vom 8. Dezember 2004 ist von Lohnrückzahlungen indessen nirgends die Rede.

Vermittlungsbemühungen der Ombudsfrau

Die Ombudsfrau bespricht die Angelegenheit mit der Direktorin der Städtischen Gesundheitsdienste und empfiehlt ihr, die Lohnfortzahlung bis zum 8. Dezember 2004 zu akzeptieren und die Besoldung erst ab 9. Dezember 2004 zurückzufordern. Die Ombudsfrau nimmt auch mit Frau Schneider Rücksprache und legt ihr dar, dass sie ab Abweisung des Rekurses den noch bis zur Rechtskraft dieses Entscheides weiter ausgerichteten Lohn nicht mehr in guten Treuen habe entgegennehmen dürfen und mit einer Rückerstattung hätte rechnen müssen. Dass die Städtischen Gesundheitsdienste die Rückforderung erst verhältnismässig spät gestellt habe, ändere daran nichts. Die Ombudsfrau schlägt eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Städtischen Gesundheitsdiensten und Frau Schneider vor.

Ergebnis

In einer schliesslich von beiden Parteien unterzeichneten Vereinbarung, in der auch die Nebenpunkte (Abrechnung, Lohnausweis) geregelt werden, reduzieren die Städtischen Gesundheitsdienste die Besoldungsrückforderung auf Fr. 4000.–, während sich Frau Schneider verpflichtet, die Zahlung in acht monatlichen Raten à Fr. 500.– zu leisten.

Fallbeispiel 7 Intransparente Mietzinsnachforderung nach gescheitertem Lastschriftverfahren

Sachverhalt

Frau Gassmann und ihr Ehemann sind seit 2001 Mieter einer von der Liegenschaftenverwaltung der Stadt Zürich vermieteten Wohnung. Die Mietzinszahlungen erfolgen im Lastschriftverfahren (LSV) zulasten des Kontos 111 111 bei der Bank C. Anfang Januar 2004 unterzeichnet Frau Gassmann eine neue Belastungsermächtigung, wonach das LSV zulasten des Kontos 222 222 bei der Bank B abzuwickeln ist. Sie informiert die Liegenschaftenverwaltung. Diese aktiviert den neuen Zahlweg mit Wirkung ab 1. März 2004. Nach der gerichtlichen Trennung des Paares wird der Mietvertrag per 1. Dezember 2004 auf Frau Gassmann als alleinige Mieterin übertragen. Sowohl im Februar als auch im März 2005 teilt ihr die Liegenschaftenverwaltung telefonisch mit, der Mietzins habe im LSV nicht belastet werden können. Frau Gassmann begibt sich zu ihrer Bank B, die ihr nach eingehenden Abklärungen antwortet, seitens der Bank sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Mietzins nicht hätte belastet werden können. Im April 2005 schreibt ihr die Liegenschaftenverwaltung: «Sehr geehrte Frau Gassmann, da uns Ihre Bank zum wiederholten Mal anzeigte, dass die Belastung Ihres Kontos per LSV nicht möglich war, müssen wir annehmen, dass Sie die Ermächtigung gelöscht haben. Deshalb erhalten Sie ab dem Monat Juni 2005 wieder eine Abrechnung mit brauchbarem Einzahlungsschein.» Frau Gassmann versucht telefonisch und mit einem eingeschriebenen Brief vergeblich, die Liegenschaftenverwaltung darauf aufmerksam zu machen, dass im LSV offenbar ein falsches Bankkonto verwendet werde, worauf sie ihre Mietzinse mittels Einzahlungsscheinen bezahlt. Ausserdem stellt sich heraus, dass der Mietzins für Februar 2004 offen geblieben ist, der von Frau Gassmann in Raten nachgefordert wird. Dies, die Mischung aus Mietzinszahlungen per Einzahlungsschein als auch per LSV, das ab Mai/Juni 2005 wieder zu funktionieren scheint, sowie die Verrechnung eines Guthabens von Frau Gassmann aus der Heizkostenabrechnung erschweren den Überblick. Als sich Frau Gassmann im Januar 2006 erneut mit einer schriftlich mitgeteilten Mietzinsnachforderung konfrontiert sieht, diesmal unter Androhung rechtlicher Schritte, wendet sie sich an die Ombudsstelle. Frau Gassmann ist der Meinung, eigentlich müsste sie ihre ausserordentlich grossen Umtriebe mit den allenfalls noch ausstehenden Mietzinsen verrechnen dürfen. Für das gescheiterte Lastschriftverfahren sei ihr die Liegenschaftenverwaltung bis zum heutigen Tag eine Antwort schuldig geblieben.

Vorabklärung

Die Ombudsstelle erstellt mit einigem Aufwand eine eigene Abrechnung, anhand welcher es ihr gelingt, die Aufstellung der Liegenschaftenverwaltung zu rekonstruieren und Frau Gassmann zu erläutern. Auf Anraten der Ombudsstelle erklärt sich Frau Gassmann bereit, den per Saldo tatsächlich bestehenden Mietzinsausstand zu begleichen, nachdem ihr die Ombudsstelle in

Aussicht gestellt hat, für Transparenz besorgt zu sein und namentlich den Gründen für das Fehlschlagen des LSV in den Monaten Januar bis April 2005 nachzugehen.

Abklärungen

Die Ombudsstelle ersucht den zuständigen Verwalter der Liegenschaftenverwaltung um Vernehmlassung und erkundigt sich schriftlich nach den Zeitperioden, während denen die Bezahlung der Mietzinse im LSV erfolgte und zu Lasten welcher Bankkontonummern. Der Verwalter antwortet nach Rücksprache mit der Buchhaltung: «In der Zeit vom 01.01.–01.07.2003 konnte das LSV über den Zahlweg B, vom 01.03.–01.12.2004 über den Zahlweg C und ab 01.06.2004 über den Zahlweg B abgewickelt werden. Die Belastung erfolgte dem Konto für Zahlweg B (BC ... Konto 222222), bei Zahlweg C über BC ... und Konto 111 111. ... Da ein Fehler durch unser Verhalten nicht ersichtlich ist, erfolgte auch keine Entschuldigung. Auf Entschädigungsforderungen und Schuldzuweisungen von Frau Gassmann möchten wir nicht erneut eintreten und hoffen, dass eine lange und arbeitsintensive Akte bald geschlossen werden kann.» Da sich die Angaben der Liegenschaftenverwaltung zu den Zahlwegen überhaupt nicht mit den bereits vorhandenen, gesicherten Sachverhaltsfeststellungen in Einklang bringen lassen, sind weitere Abklärungen erforderlich. Die Ombudsstelle macht sowohl den Verwalter als auch das Finanz- und Rechnungswesen auf die bestehenden Widersprüche aufmerksam. Auf schriftliche Rückfrage der Ombudsstelle nach der Ursache für das Fehlschlagen des LSV über die Bank B antwortet das Finanz- und Rechnungswesen der Liegenschaftenverwaltung, die Bank habe jeweils gemeldet, es sei keine LSV-Belastung möglich. Nach weiteren Telefonaten und schriftlichen Anfragen teilt das Finanz- und Rechnungswesen der Ombudsstelle unter Beilage der entsprechenden Computer-Ausdrucke schliesslich mit, der Verwalter habe im EDV-System anlässlich der Mutation Ende 2004 nicht nur den Namen der Vertragspartei angepasst, sondern versehentlich auch den bestehenden Zahlweg gelöscht, worauf das LSV ab 1. Januar 2005 natürlich nicht mehr funktioniert habe.

Die Löschung des Zahlungsweges zulasten des Kontos bei der Bank B und die anschliessende Abwicklung des LSV zulasten des Kontos bei der Bank C trotz anders lautender Belastungsermächtigung erweisen sich als Fehler der Liegenschaftenverwaltung. Aus der Sicht der Ombudsstelle ist weniger dieses Versehen als solches zu beanstanden als der Umstand, dass Frau Gassmann in der Folge von der Liegenschaftenverwaltung offensichtlich nicht ernst genommen wurde. Statt deren Angaben zum LSV nachzugehen, stellte die Liegenschaftenverwaltung Vermutungen an, wonach der Fehler wegen einer aufgehobenen bzw. widerrufenen Belastungsermächtigung bei Frau Gassmann liege. Dadurch hatte der an sich kleine Fehler grosse und lang anhaltende Auswirkungen.

Ergebnis

Die versehentliche Löschung des Zahlweges sowie die unzutreffenden Angaben gegenüber der Ombudsstelle deuten auf ein bei der Liegenschaftenverwaltung vorhandenes Schnittstellenproblem zwischen Verwaltung einerseits und Finanz- und Rechnungswesen andererseits hin. Die Ombudsstelle empfiehlt daher in ihrem Schlussbericht der Liegenschaftenverwaltung eine diesbezügliche Überprüfung, eventuell unter Einbezug der Berechtigungen für Mutationen im EDV-System.

Bald darauf entschuldigt sich die Liegenschaftenverwaltung schriftlich bei Frau Gassmann für die entstandenen Umtriebe. Sie nehme den Vorfall zum Anlass, die entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen für Änderungen in ihrem EDV-System anzupassen.

4. Verbesserte Zusammenarbeit zwischen Amtsstellen und Grundeigentümern

Fokus Im Berichtsjahr wurde die Ombudsstelle wiederholt von privaten Grundeigentümern angegangen, weil diese im direkten Kontakt mit Amtsstellen auf für sie unüberwindliche Schwierigkeiten gestossen sind. Die gesetzlich bestehenden Pflichten wurden dabei von ihnen nicht grundsätzlich bestritten. Vielmehr ging es darum, dass bei ihrer Umsetzung entsprechende Probleme auftauchten, die

die Fachämter zumindest mitverursacht hatten oder sich bei deren Beseitigung anfänglich als zu wenig kooperativ zeigten. Dabei wurde deutlich, dass mehrere Ursachen die Zusammenarbeit erschwerten. Durch die häufig technisch komplexe Materie und die jeweils an sich wenig Spielraum für Ermessensentscheide offen lassende Rechtslage sind Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer auf eine korrekte Auskunftserteilung und Beratung seitens der Verwaltung in besonders starkem Masse angewiesen. Die Möglichkeit, sich selbst bis in alle – wichtigen – Details ins Bild setzen und allfällige Variantenlösungen ausarbeiten zu können, ist den meisten von ihnen verwehrt. Das Fachwissen liegt in der Regel einseitig bei der Verwaltung. Der Verwaltung kommt daher eine besonders grosse Sorgfaltspflicht zu, korrekte, verlässliche und verbindliche Auskünfte zu erteilen und Angaben zu machen. Dabei sind früher einmal vorgenommene oder unterlassene Amtshandlungen ebenso zu berücksichtigen wie Stellungnahmen und Zuständigkeiten anderer Dienststellen.

Diese erhöhte Verantwortlichkeit besteht auch überall dort, wo die Verwaltung eine Monopolstellung inne hat, weil ausschliesslich die öffentliche Hand zur Ausführung gewisser technischer und baulicher Vorgänge berechtigt ist. Tauchen Probleme auf, sind den Grundeigentümern in aller Regel die Hände gebunden; alternative Vorgehensweisen und kreative Lösungen sind nur mit der Bereitschaft zur konstruktiven Zusammenarbeit seitens der Verwaltung sowie mit ihrer offenen, unvoreingenommenen und selbstkritischen Haltung möglich. Bei optimaler Kooperation sind dann auch für alle Beteiligten befriedigende und neue Lösungen entwickelbar, die sich auch relativ schnell realisieren lassen.

Fallbeispiel 8 Verwirrende Sanierung einer Entwässerungsleitung

Sachverhalt

Als Eigentümer einer Liegenschaft in Zürich Höngg wird Herr Romano im Frühjahr 2003 von Entsorgung + Recycling Zürich (ERZ) schriftlich darüber informiert, seine Grundstück-Anschlussleitung für das Abwasser müsse saniert werden, nachdem bei der Untersuchung der Leitung mit einer Kleinfernsehkamera verschiedene schadhafte Stellen entdeckt worden seien. Die Grundeigentümer hätten allerdings die Möglichkeit, die erforderlichen Bauarbeiten gemeinsam mit der Sanierung des öffentlichen Abwasserkanals in der Regionalstrasse durchführen zu lassen. Zur besseren Koordination empfehle es sich gegebenenfalls, den Auftrag dem bereits von ERZ für den öffentlichen Bau beauftragten Ingenieurbüro zu übertragen. Herr Romano, der diesen Rat Anfang April 2003 befolgt, wartet allerdings vergeblich auf eine Antwort des Ingenieurbüros auf seine Offertanfrage. Angesichts der fortschreitenden Bauarbeiten der Stadt entschliesst er sich, bei einem andern Büro eine Offerte einzuholen. Für die benötigten Angaben setzt er sich mit dem zuständigen Projektleiter von ERZ in Verbindung, der ihm zu seiner Überraschung am 9. März 2004 zur Auskunft gibt, die Grundstückanschlussleitung sei gar nicht sanierungsbedürftig. Verunsichert wendet sich Herr Romano auch noch an den zuständigen Projektleiter des Tiefbauamtes, der ihm bestätigt, die private Anschlussleitung müsse nicht saniert werden. Aufgrund dieser Auskünfte verzichtet Herr Romano auf weitere Schritte und die Bauarbeiten an der Regionalstrasse werden fertig gestellt. Mit Schreiben vom 5. Januar 2005 teilt der Bereich Liegenschaftsentwässerung von ERZ Herrn Romano mit, die Auswertungen hätten ergeben, dass dessen Grundstückanschlussleitung bis zum 15. April 2005 auf der ganzen Länge ausgewechselt werden müsse. Die umfassende Sanierung, die für die nächsten 20 bis 30 Jahre anhalten sollte, koste rund 15 000 bis 20 000 Franken. Als alternatives Verfahren komme ein Inline-Verfahren (Einziehen eines Kunststoffrohres in die bestehende Leitung) in Frage. Damit könne das kostspielige Aufreissen der stark befahrenen Regionalstrasse auf der gesamten Breite vermieden werden. Die Kosten des Inline-Verfahrens würden sich auf Fr. 7000.– bis Fr. 10 000.– belaufen, zu denen alle fünf Jahre wiederkehrende Kosten für periodische Kontrollen hinzukämen. Mit Schreiben vom 16. Januar 2005 erklärt sich Herr Romano mit dem Inline-Verfahren einverstanden unter der Voraussetzung, dass sich ERZ an den durch die unzutreffenden Auskünfte verursachten Mehrkosten beteilige. Die Antwort lässt auf sich warten. Mit Schreiben vom 21. Juli 2005 teilt ERZ Herrn Romano schliesslich mit, es bedaure die durch Missverständnisse entstandenen Unannehmlichkeiten, die juristischen Abklärungen hätten jedoch ergeben, dass sich ERZ gemäss Haftungsgesetz leider nicht an den Mehrkosten

beteiligen könne. Für die Sanierung der Anschlussleitung werde eine neue Frist bis 15. Oktober 2006 angesetzt. Herr Romano sucht die Sprechstunde der Ombudsfrau auf.

Rechtliches

Nach kantonalem Recht sind Erstellung, Unterhalt und Reinigung der Abwasseranlagen der einzelnen Grundstücke Sache der Grundeigentümer und richten sich nach den Vorschriften der Gemeinde (§ 15 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zum Gewässerschutzgesetz). Dementsprechend bestimmt die städtische Verordnung über die Siedlungsentwässerungsanlagen (Kanalisationsverordnung) in Art. 9 Abs. 1, dass «die privaten Abwasseranlagen auf Kosten der Grundeigentümer zu betreiben, zu unterhalten, zu sanieren und zu erneuern» sind. Die Kosten für die Sanierung der Grundstück-Anschlussleitung gehen grundsätzlich auch für den in der Regionalstrasse – im öffentlichen Grund der Stadt Zürich – verlegten Teil der Leitung zulasten von Herrn Romano.

Im konkreten Fall sind aber vor allem die von den städtischen Projektleitern unbestrittenermassen erteilten unzutreffenden Auskünfte zu berücksichtigen. Gemäss § 6 Abs. 3 des Haftungsgesetzes, auf das sich ERZ beruft, haftet der Staat für den Schaden aus falscher Auskunft nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Letztere Voraussetzung dürfte nach Auffassung der Ombudsstelle erfüllt sein, denn im vorliegenden Fall geht es nicht um eine allgemeine, mit gewissen Unwägbarkeiten verbundene Auskunft, die die Einschränkung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit rechtfertigen würden, sondern um die konkrete, aus den Akten klar zu beantwortende Frage, wie es um die von ERZ untersuchte Grundstückanschlussleitung der betreffenden Liegenschaft stehe. Die Ombudsstelle ist auch mit Rücksicht darauf, dass Herr Romano auf die ihm – auf sein Nachfragen – wiederholt erteilten Auskünfte vertrauen durfte und musste, der Auffassung, ERZ sollte sich an den Kosten der Leitungssanierung beteiligen.

Ablärungen und Vermittlungsbemühungen

Nach verschiedenen Telefonaten zur Erhärtung des Sachverhalts ersucht die Ombudsstelle ERZ schriftlich um Vernehmlassung und gibt dabei die Gründe zu bedenken, die ihres Erachtens für eine städtische Kostenbeteiligung sprechen. In einer ausführlichen Stellungnahme bedauert ERZ, dass die Erneuerung der Grundstückanschlussleitung zu einer für alle Beteiligten unangenehmen Situation geführt habe. ERZ sei daher bestrebt, eine für beide Seiten einvernehmliche Lösung zu finden. ERZ stelle sich vor, die Differenz zu den Kosten zu übernehmen, die entstanden wären, wenn Herr Romano die Grundstück-Anschlussleitung wie ursprünglich geplant im Zuge der öffentlichen Bauarbeiten hätte erneuern können. Eine vollständige Erneuerung im Vortriebsverfahren verdiene als dauerhaftere Lösung gegenüber einer blossen Sanierung im Inline-Verfahren den Vorzug. ERZ sei bereit, die entsprechend höheren Kosten zu übernehmen. Auf Wunsch der Ombudsstelle lässt ihr ERZ eine Kostenaufstellung des involvierten Bauunternehmens zukommen, wonach sich die Kosten der Leitungserneuerung für Herrn Romano auf Fr. 7000.– belaufen würden. Die Ombudsstelle informiert Herrn Romano einstweilen telefonisch über die Rechtslage und unterbreitet ihm den Vermittlungsvorschlag mit einem Kostenanteil von maximal Fr. 7000.–.

Ergebnis

Herr Romano zeigt sich über die erreichte Vermittlungslösung erfreut und ist damit gerne einverstanden. Die Ombudsstelle erstattet einen schriftlichen Schlussbericht, den sie Herrn Romano und ERZ zukommen lässt. Von den erwarteten Kosten für die Erneuerung der Grundstück-Anschlussleitung von annähernd Fr. 20000.– übernimmt ERZ einen Anteil von rund Fr. 13000.–, Herr Romano einen solchen von maximal Fr. 7000.–

Fallbeispiel 9 Stillgelegte Gasleitung

Sachverhalt

Herr Zumstein ist Eigentümer einer Liegenschaft in Zürich-Altstetten. Die Erdgas Zürich AG stellt ihm neu einen jährlich wiederkehrenden Betrag von Fr. 86.10 in Rechnung für ein Überwachungs-Abonnement einer nicht mehr benützten Gas-Hauszuleitung. Herr Zumstein wundert sich darüber,

denn sein Haus bezieht schon seit Jahren kein Gas mehr. Vor etwa zehn Jahren hatte die damalige Gasversorgung Zürich (GVZ) nach der Umstellung des Hauses auf elektrische Energie auch den Gaszähler demontiert. Da Herr Zumstein auch inskünftig kein Erdgas konsumieren möchte, erachtet er eine Überwachung der stillgelegten Hauszuleitung als nicht sinnvoll. Er habe denn auch keinen Vertrag für ein Überwachungsabonnement unterzeichnet. Herr Zumstein führt mit der Erdgas Zürich AG verschiedene Telefongespräche. Alle Angesprochenen sind zwar sehr freundlich, können ihm aber statt des Überwachungsabonnements lediglich anbieten, die Hauszuleitung ab Quartierstrasse bis ins Haus auf seine Kosten verschliessen zu lassen. Damit ist Herr Zumstein jedoch nicht ohne weiteres einverstanden. Er macht geltend, die Verschliessung des Anschlusses werde heute zu einem Zeitpunkt verlangt, nachdem anderweitig durch die Stadt veranlasste Strassenbauarbeiten bereits durchgeführt worden seien, ohne die ausser Gebrauch stehende Gasleitung zu verschliessen. Dadurch seien ihm Kosteneinsparungen entgangen, die sich durch eine Verschliessung im Zuge der genannten Strassenbauarbeiten ergeben hätten. Nach der zweiten kostenpflichtigen Mahnung der Überwachungsabonnement-Rechnung wendet er sich an die Ombudsstelle.

Abklärungen

Mit der Ausgliederung der GVZ aus der Zürcher Stadtverwaltung (Abstimmung vom November 1997) und der Umwandlung in die Erdgas Zürich AG hat sich am Kompetenzbereich der Ombudsstelle nichts geändert (vgl. W. Haller, ZBI 1999, S. 609). Nach Eingang der von Herrn Zumstein zugestellten Korrespondenz setzt sie sich mit der Geschäftsleitung der AG in Verbindung. Der Leiter Energieverteilung erklärt sich bereit, den Fall zur Prüfung entgegenzunehmen und die fragliche Rechnung einstweilen zu sistieren. Anschliessend ersucht die Ombudsstelle die Erdgas Zürich AG schriftlich um Vernehmlassung zu den von Herrn Zumstein aufgeworfenen Fragen und zu grundsätzlichen Überlegungen der Ombudsstelle. Die Erdgas Zürich AG erstattet der Ombudsstelle bald darauf ausführlich Bericht.

Rechtliches

Die Pflicht, eine nicht mehr benützte Gasleitung überwachen bzw. verschliessen zu lassen, lässt sich aus verschiedenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ableiten, namentlich aus dem Planungs- und Baugesetz (PBG) und seinen Ausführungserlassen, die die Grundeigentümer dazu verpflichten, Gefahren, die von ihrem Grundstück ausgehen könnten, zu vermeiden (Unterhaltungspflicht der Grundeigentümer gemäss § 228 Abs. 1 PBG). Gemäss § 239 Abs. 1 PBG müssen Bauten und Anlagen nach Fundation, Konstruktion und Material den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen. Sie dürfen weder bei ihrer Erstellung noch durch ihren Bestand Personen oder Sachen gefährden. Zu den Regeln der Baukunde gehören etwa SIA-Normen, SUVA-Richtlinien und im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die Richtlinien des Schweizerischen Vereins des Gas- und Wasserfaches (SVGW).

Den SVGW-Richtlinien entsprechend hielt bereits das Gasabgabereglement der Stadt Zürich für die damalige Gasversorgung (GVZ) in Art. 21 Abs. 7 die Verschliessungspflicht auf Kosten der jeweiligen Grundeigentümer fest. Diese Rechtspflicht war an das Grundeigentum geknüpft und setzte kein Bezugsverhältnis voraus.

Mit der erwähnten Umwandlung der GVZ in die Erdgas Zürich AG hat sich daran grundsätzlich nichts geändert. Anstelle des alten Gasabgabereglementes (öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage) gelten für die Erdgas Zürich die «Allgemeinen Anschluss- und Lieferbedingungen» (privatrechtliche Rechtsgrundlage mit vertraglichen Rechtsverhältnissen). Letztere sind von den Kundinnen und Kunden stillschweigend anerkannt worden, wenn sie von der Erdgas Zürich AG Gas konsumiert haben, und bestimmen (Ziff. 3.3 Abs. 4 und Ziff. 3.5): «Bei Verzicht auf weitere Erdgaslieferung endet das Vertragsverhältnis für den Grundeigentümer erst mit der Verschliessung der Hauszuleitung. – Wird eine Hauszuleitung nicht mehr benützt ..., wird sie aus Sicherheitsgründen durch die Erdgas Zürich auf Kosten des Grundeigentümers vom Hauptleitungsnetz abgetrennt. Der Grundeigentümer schuldet der Erdgas Zürich bis zur Verschliessung die Kosten für die Überwachung der Hauszuleitung. Sofern die Hauszuleitung in einem funktionstüchtigen Zustand ist und nicht verschlossen

wird, hat der Grundeigentümer aus Sicherheitsgründen mit der Erdgas Zürich ein Überwachungsabonnement abzuschliessen...» Der letztgenannte Fall hat für die Kunden den Vorteil, dass bei einer späteren Gasaufnahme der Anschlussbeitrag entfällt. Ein Überwachungsabonnement ist aber nur dann sinnvoll, wenn ein Kunde mit einer Wiederinbetriebnahme seiner Zuleitung rechnet.

Ergebnis

In ihrem Bericht an die Ombudsstelle führt die Erdgas Zürich AG aus, normalerweise werde die Zuleitung von der Hauptleitung abgetrennt und gasfrei gemacht (Verschliessung), sobald der letzte Zähler einer Liegenschaft ausgebaut und nicht innert nützlicher Frist die Wiederaufnahme des Gasbezuges in Aussicht gestellt werde. Aus welchen Gründen dies im Falle von Herrn Zumstein nicht geschehen sei, lasse sich heute trotz umfangreicher Archiv-Recherchen nicht mehr feststellen. Die letzte Gasrechnung sei jedenfalls vor 1991 ausgestellt worden. Dass Herr Zumstein ohne Vertrag für ein Überwachungsabonnement für vertragliche Leistungen gemahnt worden sei, sei ein Fehler. Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles und der langen Zeit seit der Demontage des Gaszählers vor rund zehn Jahren erklärt sich die Erdgas Zürich AG bereit, die Hauszuleitung ausnahmsweise auf eigene Kosten, d. h. ohne Kostenbeteiligung des Kunden, zu verschliessen.

Fallbeispiel 10 Niederspannungsfreileitung des EWZ

Sachverhalt

Herr Diggelmann wohnt in einer Attika-Eigentumswohnung an der Oberbergstrasse an schöner Aussichtslage in Zürich. Leider wird die Sicht auf die Stadt Zürich und auf das Alpenpanorama durch das obere Ende eines hölzernen Leitungsmastes mit acht Porzellanisolatoren mitten im Blickfeld gestört, das nur etwa 4,5 Meter von der Terrasse entfernt in den Himmel ragt. Der Leitungsmast ist Bestandteil einer seit etwa zwanzig Jahren bestehenden, über Holzmasten von der Oberbergstrasse zur tiefer liegenden Unterbergstrasse führenden Niederspannungsfreileitung (230/400V) des EWZ. Da die Häuser an der Oberbergstrasse mit einer einzigen Ausnahme über im Boden verlegte Leitungen mit Strom versorgt werden, dient die Freileitung fast ausschliesslich den weiter abwärts entlang der Unterbergstrasse gelegenen Häusern; die Freileitung verläuft über drei Privatgrundstücke der Oberbergstrasse den dortigen Häusern entlang schräg abwärts auf die Dächer von zehn Häusern an der Unterbergstrasse. Herr Diggelmann hat sich wegen der getrübten Aussicht schon vor zwei Jahren mit dem EWZ in Verbindung gesetzt und den Wunsch geäussert, die Freileitung durch eine erdverlegte Leitung zu ersetzen, was auch seine Nachbarn an der Oberbergstrasse begrüssen würden. In der Sprechstunde der Ombudsstelle führt er aus, diesen Sommer sei sein Gesuch zwar erneut entgegengenommen worden, er befürchte jedoch angesichts der unverbindlichen Haltung des EWZ, weiterhin vertröstet zu werden. Er sei sich durchaus bewusst, dass das EWZ berechtigt sei, in den Grundstücken der Oberbergstrasse die für Niederspannungsfreileitungen erforderlichen Einrichtungen zu benützen. Er zähle aber auf das Verständnis des EWZ, denn die besonderen Umstände der örtlichen Verhältnisse würden seines Erachtens ein Entgegenkommen des EWZ rechtfertigen. Angesichts der prächtigen Aussicht sei der Holzmast mit den Isolatoren, dem Abspannungsseil und den verzweigten Leitungen besonders störend. Die Hanglage wirke sich in verschiedener Hinsicht ungünstig aus. Von der mehrfachen Sichtbehinderung abgesehen sei das Bewässern des begrüneten Flachdaches mit dem Gartenschlauch, wie es in den trockenen Sommermonaten in den vergangenen Jahren zunehmend nötig geworden sei, nicht ungefährlich. In der verdichteten Wohnüberbauung, die laufend modernisiert werde, sei die Freileitung in den vergangenen Jahren immer mehr zu einem nicht mehr zeitgemässen, störenden, ja ärgerlichen Faktor geworden. Hinzu komme, dass das etwa 25-jährige Haus an der Oberbergstrasse, in dem er wohne, von der Freileitung nicht profitieren könne.

Rechtliches

Das EWZ ist berechtigt, in den Grundstücken der Bezüger die für Niederspannungsfreileitungen erforderlichen Einrichtungen anzubringen und zu benützen. Zwar sind dabei die Wünsche der

Grundeigentümer «nach Möglichkeit» zu berücksichtigen. Beim angestrebten Leitungsabbruch ist in rechtlicher Hinsicht allerdings zu beachten, dass unter den gegenwärtigen Umständen weder das EWZ noch die Eigentümer der angeschlossenen Liegenschaften an der Unterbergstrasse verpflichtet werden können, sich an den Kosten und Folgekosten einer Aufhebung der Freileitung zu beteiligen, die mit einem Alter von rund 20 Jahren erst knapp die Hälfte ihrer erwarteten Bestandesdauer erreicht hat (Art. 3 Ziff. 2 und Art. 4 Ziff. 1 des Reglements über die Abgabe elektrischer Energie durch das Elektrizitätswerk in der Stadt Zürich). Herr Diggelmann wird bereits anlässlich der Sprechstunde über diese Rechtslage informiert.

Vermittlung der Ombudsstelle

Die Ombudsstelle besichtigt die Örtlichkeiten an der Oberberg-/Unterbergstrasse, erstellt Fotografien und unterbreitet das Anliegen schriftlich dem zuständigen Hauptabteilungsleiter des EWZ mit dem Vorschlag, allfällige Möglichkeiten einer ganzen oder teilweisen Aufhebung der Niederspannungsfreileitung anhand der Katasterpläne zu besprechen. Das EWZ ist mit diesem Vorgehen einverstanden. Die Besprechung mit dem Abteilungsleiter und dem zuständigen Projektleiter kann bald darauf stattfinden, wobei drei Varianten erörtert werden: Aufgrund der inzwischen vorgenommenen Abklärungen stand fest, dass sich die Kosten einer vollständigen Aufhebung der Freileitung (Variante 3) auf ca. Fr. 200'000.– belaufen würden, wobei der Grossteil dieser Kosten auf Bau- und Installationsarbeiten für den ersatzweisen Erdkabel-Anschluss der Häuser an der Unterbergstrasse entfielen. Ein derartiges Vorhaben fiel damit aus Kostengründen ausser Betracht, ebenso ein zunächst noch erwogener Mittelweg (Variante 2) mit einer Aufhebung der Freileitung nur im westlichen Bereich, da auch dann noch die westliche Hälfte der erwähnten Häuser an der Unterbergstrasse hätte ans Erdkabel angeschlossen werden müssen. Unter diesen Umständen muss eine Lösung gefunden werden, bei der die Freileitungsanschlüsse für die Unterbergstrasse beibehalten werden können. Während der Besprechung zeigt sich, dass es sich bei der in Frage stehenden Freileitung nicht um eine Stich-Leitung handelt, sondern um eine Leitung, die sowohl mit der Oberberg- als auch mit der Unterbergstrasse verbunden ist, und zwar laut EWZ so, dass sie dazwischen unterbrochen werden kann. Die sich daraus ergebende Lösung (Variante 1) besteht darin, die bestehende Freileitung im mittleren Bereich samt Mast abzubrechen und im westlichen Bereich zu verlegen, d.h. in geradliniger Fortsetzung auf direktem Weg nach unten zu den Häusern Unterbergstrasse zu führen. Das EWZ erklärt sich bereit, diese Variante weiterzuverfolgen und eine konkrete Offerte auszuarbeiten.

Ergebnisse

Nach Eingang der Unterlagen des EWZ kann die Ombudsstelle Herrn Diggelmann ihren abschliessenden schriftlichen Bericht sowie eine Anzahl Offerten und Plankopien zuhanden der interessierten Grundeigentümer zukommen lassen. In der Offerte für die Variante 1 erklärt sich das EWZ mit Rücksicht auf die vorliegenden Umstände entgegenkommenderweise bereit, nicht nur die Projektierungskosten von ca. Fr. 12'000.– selber zu tragen, sondern auch die Hälfte der Kosten für die Teildemontage und das Verlegen der Freileitung von insgesamt ca. Fr. 18'000.– zu übernehmen, weshalb sich die Kosten zulasten der privaten Besteller noch auf ca. Fr. 9'000.– zuzüglich MWSt. belaufen würden. Diese Kosten können unter den interessierten Grundeigentümern weiter aufgeteilt werden. Das EWZ versichert, die Arbeiten könnten im Falle einer Bestellung rasch anhand genommen werden.

Herr Diggelmann stellt nach Rücksprache mit seinen Nachbarn die Frage, ob die Variante 1 im Sinne der Nachbarn noch optimiert werden könnte, und zwar mit einer geradlinigeren Leitungsführung, um die Strecke ohne Freileitung noch zu vergrössern. Das EWZ prüft diesen Vorschlag und beurteilt ihn als durchführbar. Es lässt Herrn Diggelmann daher auch noch eine Offerte zu dieser etwas erweiterten Variante zukommen, ohne den Kostenanteil der privaten Grundeigentümer der Oberbergstrasse von pauschal Fr. 9'000.– zuzüglich MWSt nach oben korrigieren zu müssen. Herr Diggelmann verdankt die Bemühungen von EWZ und Ombudsstelle bestens.

5. Ungenaue Berechnungen

Fokus Mangelnde Sorgfalt und fehlender Durchblick waren die häufige Ursache für fehlerhafte Berechnungen. Je schwieriger und komplexer der Sachverhalt ausfällt, je mehr zeigen sich die Probleme mit einer korrekten Berechnungsweise. Dabei wurden gegenüber der Ombudsstelle im Berichtsjahr weniger reine Rechnungsfehler und Falschberechnungen geltend gemacht; die Fragestellung war meist komplizierter und mit der Behandlung von Sachfragen und einer nicht zweifelsfreien Anwendung von rechtlichen Bestimmungen verknüpft. Auffällig bleibt in mehreren solcher Fälle, dass die zuständigen Mitarbeitenden der Stadt ihre Entscheidungen alleine fällten – ohne Rücksprache mit Vorgesetzten oder Kolleginnen und Kollegen –, selbst wenn sie um die Schwierigkeiten von Anfang an wussten oder aufgrund von Rückfragen der Betroffenen verunsichert wurden. Für die Betroffenen erhöhte sich dadurch das Misstrauen gegenüber der Richtigkeit der Berechnungen, ja gegenüber dem Handeln der Verwaltung generell. Das Vertrauensverhältnis wird dann gänzlich zerstört, wenn auf das mehrfache, höfliche Nachfragen nach einer Begründung bzw. nachvollziehbaren und transparenten Darstellung der einzelnen Zahlenposten gar keine oder eine auf die Frage nicht eingehende Antwort erfolgt.

Bürgerinnen und Bürger haben ganz grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass sie das sie betreffende Verwaltungshandeln nachvollziehen können. Berechnungen sind wesentliche Entscheidungsgrundlagen. Um beurteilen zu können, ob sie richtig oder falsch sind, müssen die Betroffenen die Möglichkeit haben, die Berechnungen materiell und rechnerisch überprüfen zu können. So haben sie das Recht, innert nützlicher Zeit zu erfahren, wofür welcher Posten in eine Rechnung einbezogen wird. Fragen, die bei der Verwaltung nach ihrer Entscheidung eintreffen, dürfen daher weder als Schikane noch als unnötiges Misstrauen verstanden werden. Die sorgfältige Beantwortung der Fragen gehört genau so zur ordentlichen Verwaltungstätigkeit wie die Berechnung selbst. Je verständlicher und transparenter die Berechnungen dargestellt und erläutert werden, umso weniger Anlass wird für die Adressaten bestehen, nachzufragen und eine zusätzliche Begründung zu verlangen.

Fallbeispiel 11 **Unbezahlter Urlaub bei Mutterschaft**

Sachverhalt

Frau Marti ist Hortleiterin eines städtischen Mittag-/Abendhorts. Sie bezieht einen Mutterschaftsurlaub und daran anschliessend einen unbezahlten Urlaub. Dabei hat das Schulamt nicht die im Gesuch von Frau Marti gewünschten zwei unbesoldeten Urlaube bewilligt, sondern nur einen einzigen zusammenhängenden, der sich über die für Frau Marti fixen Schul-Sommerferien erstreckt. Frau Marti gelangt mit Schreiben vom 23. Juni 2005 an das Schulamt und macht geltend, auf diese Weise sei sie im Ergebnis um die Besoldung während der Schul-Sommerferien 2005 geprellt worden, weil das Schulamt diese Zeit in den unbezahlten Urlaub einbezogen habe, was sie nicht gewünscht habe und was auch nicht nötig gewesen wäre, da die Ferien ohnehin dienstfrei gewesen wären. Im Unterschied zum unbezahlten Urlaub wären die fünfwoöchigen Sommerferien jedoch besoldet gewesen. Der Brief bleibt unbeantwortet, obwohl Frau Marti mehrfach nachfragt. Stattdessen erhält sie am 21. Juli 2006 eine Verfügung des Schulamts und am 7. August 2006 eine zweite, berichtigte Verfügung betreffend eine «Rückvergütung Ferienanteil infolge unbezahlten Urlaubs» an sie von lediglich 4,5 Tagen. Weder aus der ersten noch aus der zweiten Verfügung geht hervor, wie das Schulamt die 4,5 Ferientage berechnet hat. Ausserdem vermisst Frau Marti nach wie vor eine Antwort auf ihren vor mehr als einem Jahr geschriebenen Brief an das Schulamt. In dieser Situation sucht sie die Sprechstunde der Ombudsfrau auf. Sie reicht Kopien der bisherigen Akten ein. Ausser den genannten Punkten erkundigt sie sich nach der Rechtmässigkeit des Verpflegungsabzugs, der vorgenommen worden sei, obwohl sie während ihres Urlaubs nicht im Hort gegessen habe.

Rechtliches

Nach Ansicht der Ombudsstelle ist die Verunsicherung von Frau Marti verständlich. Es besteht keine Veranlassung, statt der nachgesuchten zwei unbesoldeten Urlaube nur einen einzigen

zu bewilligen. Ausserdem wäre das Abweichen vom Urlaubsgesuch zu begründen gewesen. Da während unbezahlten Urlauben alle Arbeitgeberleistungen, namentlich die Sparbeiträge an die Pensionskasse, sistiert werden, besteht auch aus Gründen der Sozialversicherung ein Interesse der Arbeitnehmerin an möglichst kurzen unbezahlten Urlauben. Die Rückvergütung von lediglich 4,5 Ferientagen bleibt auch für die Ombudsstelle nicht nachvollziehbar. Gemäss Art. 9 Abs. 1 des Anstellungsreglements 1995 richtet sich die Urlaubsgewährung sinngemäss nach den Ausführungsbestimmungen zu Art. 81 des Personalrechtes (PR). Demzufolge wäre die Besoldung ausschliesslich nach Massgabe von Art. 75 Abs. 2 und 3 der Ausführungsbestimmungen zum Personalrecht (AB PR) zu kürzen bzw. zu sistieren gewesen. Wäre dem Gesuch von Frau Marti entsprochen worden, so wäre – abgesehen von der erwähnten Besoldungskürzung bzw. -sistierung – nur noch die Kürzung des Ferienanspruchs zu berücksichtigen. Da der Mutterschaftsurlaub als solcher nicht ausgedehnt worden ist (Art. 117 Abs. 4 AB PR), ist eine Kürzung des Ferienanspruchs allein aufgrund von Art. 117 Abs. 5 AB PR vorzunehmen wegen unbezahlten Urlaubs von mehr als 30 Tagen Dauer. Der Mehrferienbezug von Frau Marti, die wegen der Schulferien einen Ferienanspruch von 13 Wochen hat, ist in einer entsprechenden Besoldungskürzung bereits berücksichtigt. In der aus den genannten Gründen unzutreffenden Verfügung vom 7. August 2006 wird ausserdem übersehen, dass der Beschäftigungsumfang von Frau Marti erst mit Wirkung ab 1. Januar 2006 reduziert worden ist, was für das Jahr 2005 noch nicht relevant ist. Schliesslich bezweifelt auch die Ombudsstelle die Rechtmässigkeit des Verpflegungsabzugs (Art. 15 des Anstellungsreglements 1995).

Abklärungen

Die Ombudsstelle ersucht den Leiter der Abteilung Schulpersonal des Schulamts schriftlich um Vernehmlassung. Darin äussert die Ombudsstelle zusammengefasst folgende Auffassung:

- Statt des zusammenhängen unbezahlten Urlaubs wären zwei Urlaube zu gewähren gewesen unter Auslassung der Sommerferien, für welche die Besoldung nachzuzahlen ist.
- Die Berechnung der Nachzahlung hat auf der Grundlage des damals gültigen (höheren) Beschäftigungsgrads zu erfolgen.
- Die Kürzung des Ferienanspruchs (wegen unbezahlten Urlaubs von mehr als 30 Tagen Dauer) beträgt lediglich einzelne wenige Tage.
- Die Verpflegungsabzüge sind Frau Marti für die Zeit ihrer Abwesenheiten zurückzuerstatten.

Der Leiter der Abteilung Schulpersonal nimmt wenige Wochen später mit einem ausführlichen Bericht Stellung und schliesst sich der Auffassung der Ombudsstelle in allen Punkten an.

Ergebnis

Das Schulamt entschuldigt sich bei Frau Marti in aller Form für die ebenso schleppende wie fehlerhafte Bearbeitung und ersetzt die unzutreffenden Verfügungen im Sinne der Erwägungen der Ombudsstelle durch drei neue Verfügungen. Frau Marti wird die Besoldung für die fünfwoöchigen Sommerferien nachbezahlt. Die Ferienkürzung beträgt lediglich 6.79 Tage. Ausserdem werden Frau Marti 47 Verpflegungsabzüge à Fr. 6.– zurückerstattet.

Fallbeispiel 12 Heiz- und Mietkostenberechnung in der Sozialhilfe

Sachverhalt

Frau Ismail ist Sozialhilfebezügerin und Mieterin einer Zweizimmerwohnung in Zürich. Die Sozialen Dienste übernehmen gemäss Unterstützungsrichtlinien die maximal zulässigen Wohnkosten, im konkreten Fall den Netto-Mietzins zuzüglich Fr. 50.– für Nebenkosten pro Monat. Diese Regelung ist das Ergebnis eines Entscheides der Einzelfallkommission, der Frau Ismail schriftlich mitgeteilt worden ist. Gemäss Mietvertrag, der dem Entscheid zugrunde liegt, belaufen sich die Akontozahlungen für die Nebenkosten auf insgesamt Fr. 70.–, weshalb Frau Ismail Fr. 20.– pro Monat anderweitig selber aufbringen muss. Die per Ende Juni 2006 von der privaten Vermieterin erstellte Heizkostenabrechnung ergibt einen Saldo zugunsten der Mieterin von Fr. 217.–, da sich die effektiven Nebenkosten in der Abrechnungsperiode auf Fr. 623.– belaufen. Die Sozialen Dienste beanspruchen die Fr. 217.– für sich. Frau Ismail versteht dies nicht und macht geltend, von

den Jahres-Wohnkosten einen Anteil von Fr. 240.– selbst übernommen zu haben. Angesichts ihrer bescheidenen finanziellen Verhältnisse wäre sie froh, auf die Nebenkostenrückerstattung von Fr. 217.– nicht gänzlich verzichten zu müssen. In seiner Antwort beruft sich der zuständige Sachbearbeiter der Sozialen Dienste auf eine interne Weisung, die er nach aussen nicht kommunizieren dürfe. Darauf gelangt Frau Ismail auf schriftlichem Weg an die Ombudsstelle.

Abklärungen

Die Ombudsstelle erkundigt sich beim zuständigen Mitarbeiter der Sozialen Dienste nach der erwähnten internen Weisung, worauf ihr ein Auszug aus den Richtlinien der Sozialbehörde der Stadt Zürich für die Bemessung der Logiskosten sowie Kopien der massgeblichen Akten zugestellt werden. Da das in Frage gestellte Vorgehen betr. Nebenkostenrückerstattung aus den Richtlinien nicht hervorgeht, vertritt der Mitarbeiter in seinem Begleitschreiben an die Ombudsstelle die Meinung, Frau Ismail müsste in eine billigere Wohnung umziehen. Es sei ihr daher zuzumuten, sich an den hohen Wohnungskosten angemessen zu beteiligen.

Ergebnis

Die Ombudsstelle ist der Auffassung, der Entscheid der Einzelfallkommission sei verbindlich und dürfe nicht über die Nebenkosten unterlaufen werden. Da die effektiven Wohnkosten pro Jahr nur Fr. 23.– höher gewesen sind als die im Entscheid bewilligten, muss Frau Ismail nur diesen Anteil selbst übernehmen, weshalb die Sozialen Dienste die Rückerstattung von Fr. 217.– von den von Frau Ismail selbst bezahlten Fr. 240.– nicht für sich beanspruchen dürfen. Der Mitarbeiter kann sich diesen Überlegungen anschliessen.

6. Grundsatzfrage: Zulässigkeit ausländerrechtlicher Beschränkungen des Rechts auf Eheschluss

Fokus Ein Geschwisterpaar wandte sich an die Ombudsstelle und erkundigte sich nach der Rechtslage in Bezug auf die Inanspruchnahme der Garantie, welche der eine der beiden zugunsten seiner künftigen Schwägerin und deren Tochter abgegeben hatte, damit diese das Visum für die Einreise in die Schweiz erhielten. Die beiden Brüder bezweifelten die Rechtmässigkeit der nun geltend gemachten Forderungen der Alimentenstelle für Unterstützungsleistungen an die Ehefrau und deren Tochter.

Da zur konkreten Rechtsfrage weder ein Entscheid eines kantonalen Gerichts noch ein Bundesgerichtsurteil ausfindig gemacht werden konnte, die Frage nach den Voraussetzungen für die zulässige ausländerrechtliche Beschränkung der Freiheit auf Eheschluss zahlenmässig und rechtlich von grundsätzlichem Interesse ist, haben wir uns des Themas vertieft angenommen und zuhause der Sozialen Dienste umfassend Stellung genommen.

Die Sozialen Dienste verzichteten schliesslich auf ihre Forderung, wenn auch im Wesentlichen aus anderen Gründen als den nachfolgenden Überlegungen.

Sachverhalt

Nach der Unterzeichnung einer Garantieerklärung zugunsten seiner künftigen Schwägerin und deren Tochter konnten beide mittels eines Touristenvisums in die Schweiz, nach Zürich, einreisen. Obwohl allen Beteiligten damals klar war, dass die Braut *zwecks Heirat* in die Schweiz einreisen wollte, wurde fälschlicherweise ein Touristenvisum, anstelle der für Hochzeitsvorbereitungen vorgesehenen Bewilligung L, ausgestellt. Gemäss IMES-Weisung 556.3 des Bundesamtes für Migration können zur Vorbereitung der Heirat mit Schweizerinnen und Schweizern oder mit in der Schweiz lebenden Ausländerinnen und Ausländern mit einer Niederlassungsbewilligung oder Jahresaufenthaltsbewilligung solch befristete Aufenthaltsbewilligungen (Bewilligung L) gestützt auf Art. 36 der eidgenössischen Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) erteilt werden, sofern mit einer Heirat innerhalb vernünftiger Frist zu rechnen ist und die übrigen Voraussetzungen für einen Familiennachzug als gegeben erscheinen. Die an die Braut und deren Tochter bis zur Heirat ausgerichteten Leistungen des Sozialamtes wurden schliesslich gestützt auf die errichtete Garantie gegenüber dem Garanten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 und 8

Abs. 2 der Verordnung über die Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA) geltend gemacht.

Rechtliche Erwägungen

Die für den konkreten Fall massgebenden bundesrechtlichen Bestimmungen sind einerseits die Verordnung über die Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA), die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) sowie die IMES-Weisungen des Bundesamtes für Migration. Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. d VEA müssen die Einreisenden nebst einem gültigen Visum über genügende Mittel verfügen, um ihren Lebensunterhalt während der Durchreise oder des Aufenthalts in der Schweiz bestreiten zu können. Gemäss Art. 6 ff. VEA kann die zuständige Bewilligungsbehörde zur Kontrolle der Aufenthaltsumstände eine Garantieerklärung einer solventen Person in der Schweiz verlangen. Die Garantie bezweckt, allfällige ungedeckte Kosten, die staatlichen Stellen aus dem Aufenthalt in der Schweiz und der Heimreise von ausländischen Besuchern entstehen könnten, abzudecken (Art. 6 ff. VEA, Weisung A-272). Die Garantie dient den Einreisebehörden somit als Kontrollinstrument, um sicherzustellen, dass die ausländische Person die Visumsvoraussetzungen erfüllt und u. a. die nötigen finanziellen Mittel aufbringen kann, um den Aufenthalt in der Schweiz zu finanzieren (Art. 1 Abs. 2 lit. d VEA, Weisung A-272). Gemäss IMES-Weisungen (A-273) ermöglicht die Garantieerklärung, alle Zweifel im Zusammenhang mit der Finanzierung des Aufenthalts zu beseitigen sowie für die ungedeckten Kosten, die dem Gemeinwesen durch den Aufenthalt der ausländischen Person entstehen, die Garantin bzw. den Garanten zu belangen. Die schweizerischen Auslandvertretungen können die Erteilung eines Visums von der Vorlage einer Garantieerklärung abhängig machen, wenn die antragstellende Person selbst nicht über genügende finanzielle Mittel verfügt oder darüber Zweifel bestehen. Damit verpflichtet sich die Garantin oder der Garant, die ungedeckten Kosten (einschliesslich Unfall, Krankheit, Rückreise), die dem Gemeinwesen durch den Aufenthalt der ausländischen Person entstehen könnten, bis zu einem Betrag von Fr. 20000.– zu übernehmen. Dies war auch das Vorgehen im vorliegenden Fall.

Daneben ergibt sich aber aus den Richtlinien des Bundesamtes für Migration (Weisung 556.3), dass zur Vorbereitung der Heirat mit Schweizerinnen und Schweizern befristete Aufenthaltsbewilligungen (Bewilligung L) gestützt auf Art. 36 BVO erteilt werden, sofern mit einer Heirat innerhalb vernünftiger Frist zu rechnen ist (z.B. Frist zur Beschaffung der notwendigen Urkunden und Dokumente) und die übrigen Voraussetzungen für einen Familiennachzug als gegeben erscheinen. Dies ist dann der Fall, wenn kein Hinweis auf eine Umgehungshehe und keine Ausweisungsgründe vorliegen. Als weitere Voraussetzung müssen genügende finanzielle Mittel vorhanden sein. Dies gilt jedoch gemäss Praxis des Kantons Zürich nur bei Ehen mit aufenthaltsberechtigten ausländischen Partnern, die in der Schweiz wohnen, jedoch nicht für Schweizer Staatsangehörige. Bei dieser maximal auf ein halbes Jahr befristeten Bewilligung L werden die finanziellen Verhältnisse bei Heirat mit einer Schweizer Bürgerin oder einem Schweizer Bürger nicht überprüft und auch keine Garantieerklärung verlangt.

Im Kanton Zürich erlaubt die praktische Umsetzung sowohl der Bestimmungen der eidgenössischen BVO und der VEA als auch der IMES-Weisungen, gemäss unseren Erkundigungen beim Migrationsamt des Kantons Zürich, die Einreise zwecks Heirat mittels eines Touristenvisums nur dann, wenn der Heiratstermin schon bekannt ist. Dieses Visum wird dann lediglich für die Dauer von ein bis zwei Wochen ausgestellt. Nach der Heirat muss die entsprechende ausländische Person wieder ausreisen und dann ein Gesuch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung stellen. Nur bei einem Touristen- und Besuchervisum (wie es auch im vorliegenden Fall erteilt wurde) wird eine Garantieerklärung verlangt. Einzige Voraussetzungen gemäss Art. 36 BVO und der Praxis dazu im Kanton Zürich sind auch hier, dass keine Ehehindernisse vorliegen, keine Ausweisungsgründe vorhanden sind, kein Verdacht einer Umgehungshehe besteht und die Heiratsabsichten glaubhaft gemacht werden können. Das Heiratsdatum sollte also bereits fixiert oder das Vorbereitungsverfahren zumindest eingeleitet sein. Die Bedingungen dürfen aber auch hier nur so streng sein, dass der Kerngehalt der Grund- und Freiheitsrechte nicht betroffen ist (vgl. M. Spescha / P. Sträuli, *Ausländerrecht*, 2. Auflage, Zürich, 2004, Art. 36 BVO). Bei der bevorstehenden Heirat mit einer Schweizerin bzw. einem Schweizer werden die finanziellen Verhältnisse dieser Person – zumindest im Kanton Zürich – nicht überprüft. Gemäss Art. 37 BVO können die Kantone wohl strengere

Zulassungsvoraussetzungen statuieren, dabei gilt jedoch zu beachten, dass Art. 37 BVO zwar eine Gesetzgebungsermächtigung beinhaltet, die Fremdenpolizei aber kein Gesetzgebungsorgan ist. Dies wiederum bedeutet für den Fall, dass keine Bestimmungen auf Verordnungs- oder Gesetzesstufe erlassen worden sind, keine strengeren Voraussetzungen durch die kantonale Bewilligungspraxis statuiert werden dürfen. Solange innerkantonale keine strengeren Voraussetzungen vom Gesetzgeber erlassen werden, müssen die Bundesvoraussetzungen gemäss Art. 31 – 36 BVO nach pflichtgemäßem Ermessen angewendet werden (Spescha / Sträuli, Art. 37 BVO).

Umfang und Verwendungszweck der Garantie ergeben sich aus Art. 6 ff. VEA, wonach sich der Garant verpflichtet, die ungedeckten Kosten für den Lebensunterhalt (einschliesslich Unfall und Krankheit) sowie für die Rückreise zu übernehmen, die dem Gemeinwesen durch den Aufenthalt der ausländischen Person entstehen. Eine positive Stellungnahme der kantonalen Behörden zur Garantieerklärung verleiht hingegen noch keinen Anspruch auf die Visumserteilung. Die Garantieerklärung ist unwiderruflich und gilt als Schuldanererkennung. So heisst es zumindest auf dem abgegebenen Garantie-Formular (Form.417.052) des Bundesamtes für Migration. Ob diese Erklärung aber tatsächlich die Qualifikation einer Schuldanererkennung im Sinne von Art. 82 SchKG erlangt (d. h. der Garant muss sich im Zeitpunkt der Unterschrift bereits über alle massgeblichen Faktoren im Klaren sein, die genügend bestimmt sein müssen), ist gemäss unseren Erkundigungen noch nicht gerichtlich beurteilt worden.

Bedeutend ist der Unterschied zwischen Touristenvisum und Bewilligung L also insbesondere in Bezug auf die Garantie. Nachdenklich stimmt hier die Praxis, wonach die ausländische Person, den Visumszweck einmal genannt, an diesen gebunden ist, ungeachtet dessen, ob sie überhaupt Kenntnis von möglichen anderen Varianten der Einreise hat. Wer also als Touristin oder Tourist einreist, bleibt an diesen Visumszweck gebunden. Es stellt sich hier, wie bei jedem anderen staatlichen Handeln auch, die Frage, ob den übergeordneten Bestimmungen von Art. 8 (Recht auf Achtung des Familienlebens) und 12 EMRK (Ehefreiheit), welche eigentliche Rahmenbedingungen des staatlichen Handelns darstellen und als völkerrechtliche Bestimmungen dem Schweizer Recht übergeordnet sind, genügend Beachtung geschenkt wurde.

Art. 8 EMRK statuiert einmal das Recht auf Achtung des Privatlebens, welches das Selbstbestimmungsrecht einer jeden Person garantiert. Neben dem Recht auf Verfügung über den eigenen Körper und Achtung der Identität und der Ehre ergibt sich daraus auch das Recht auf Achtung zwischenmenschlicher Beziehungen, welche wiederum ganz generell die Knüpfung zwischenmenschlicher Beziehungen, wie beispielsweise die Verlobung, garantiert (M. E. Villiger, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK, Zürich, 1993, § 26 N 543 ff.). Daneben garantiert Art. 8 EMRK ein Recht auf Achtung des Familienlebens, wobei der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unter dem Begriff Familie sowohl eheliche als auch ausser-eheliche Gemeinschaften zwischen Mann und Frau versteht (W. Kälin / J. Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel, 2005, S. 384). Die künftige eheliche Gemeinschaft fällt dann unter den Schutz von Art. 8 EMRK, wenn ausreichende Hinweise, z.B. die kürzliche Verehelichung, jedoch nur ausnahmsweise die Verlobung, bestehen (BGE 2A. 358/2004). Hingegen garantiert die EMRK kein Recht auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat. Sofern die Ausweisung einer Person bzw. ein Einreiseverbot zur Trennung von Familienmitgliedern führt, kann das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens angerufen werden (Villiger, § 26 N 564 ff.). Auch wenn die EMRK kein Recht auf Asyl, Einreise, Aufenthaltsbewilligung und -verlängerung gewährt, schützt sie aber die Einheit und das Zusammenleben der Familie. Von daher gesehen können staatliche Massnahmen – Einreisebeschränkungen, Ausweisung – den Anspruch auf Schutz des Familienlebens verletzen (A. Haefliger, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern, 1993, S. 208). Die Verletzung alleine bedeutet aber nicht in jedem Fall eine Widerrechtlichkeit, da immer auch die Möglichkeit von Rechtfertigungsgründen besteht.

Art. 12 EMRK garantiert u. a. das Recht auf Eheschliessung. Dies bedeutet, dass jeder Mensch das Recht hat, auf der Basis freier Zustimmung eine Ehe einzugehen. Das Vorliegen impliziter Schranken gilt als unbestritten. Dazu gehört etwa das Verbot inzestuöser Ehen oder der Polygamie

oder die Statuierung der Voraussetzung einer gewissen Urteilsfähigkeit der Heiratswilligen, nicht hingegen unsachliche Beschränkungen wie etwa ein Verbot von Ehe zwischen verschiedenen Ethnien. Solche Schranken anerkennt Art. 12 EMRK insofern, als das Recht auf Eheschliessung einzig im Rahmen der einschlägigen nationalen Gesetze zu gewährleisten ist. Der EGMR legt diese Klausel wie eine klassische Schrankenklausele aus, d. h. gesetzliche Beschränkungen dieser Garantie müssen ein öffentliches Interesse verfolgen und verhältnismässig ausgestaltet sein (Kälin / Künzli, S. 392 ff.).

Es gilt zu berücksichtigen, dass jeder staatliche Eingriff in die Rechte einer Person den Anforderungen von Art. 36 BV (Einschränkung von Grundrechten) genügen muss. Dies bedeutet, dass staatliche Eingriffe in die Grund- oder Freiheitsrechte einer Person, egal ob sich diese aus der Bundesverfassung oder der Europäischen Menschenrechtskonvention ergeben, in einer genügenden gesetzlichen Grundlage geregelt sein müssen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein müssen und dabei der Kerngehalt der Rechte nicht tangiert werden darf.

Im Zuge der ausführlichen Betrachtung dieser EMRK-Bestimmungen drängt sich unweigerlich die Frage auf, ob der Umstand, dass im Falle einer Einreise zwecks Heirat neben einem Touristenvisum ein Garantieverprechen verlangt wird, einer solchen gesetzlichen Beschränkung der statuierten Rechte gleichkommt. Voraussetzungen einer zulässigen Einschränkung von EMRK-Rechten sind neben der genügenden gesetzlichen Grundlage (welche hier durchaus gegeben ist), auch das Abwägen zwischen der Schwere des Eingriffs und dem verfolgten Ziel (Tauglichkeit, Verhältnismässigkeit). Daneben darf der Kerngehalt des Rechts nicht ausgehöhlt werden und gewisse nationale materielle Bedingungen müssen erfüllt sein (Urteilsfähigkeit, Einwilligung, *ordre public*, usw.). Die gesetzliche Grundlage bildet im konkreten Fall die Bundesverfassung (BV), das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) und das Strafgesetzbuch (StGB). Als Rechtfertigungsgrund gelten normalerweise die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und die Verhinderung von strafbaren Handlungen. Bei der Überprüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme kommt gerade den innerstaatlichen Behörden ein weiter Ermessensspielraum zu (Villiger, N 541). Da meist das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage als auch dasjenige des öffentlichen Interesses erfüllt sind, liegt es an diesen innerstaatlichen Behörden, das zugeteilte Ermessen unter Beachtung sämtlicher Umstände walten zu lassen. So stellt sich insbesondere die Frage, ob das Touristenvisum und die verlangte Garantieerklärung im konkreten Fall ein taugliches Mittel waren, um den vorgesehenen Zweck (nämlich Einreise zwecks Heirat) zu erfüllen. Dass das Visum und die Garantieerklärung ein taugliches Mittel zur Kontrolle der Einreise von ausländischen Personen zwecks Touristenaufenthalt darstellen und diese Kontrollinstrumente auch zweckmässig sind, dürfte unbestritten sein. Ob dies aber auch gelten kann, wenn sowohl der Zweck (nämlich derjenige der Heirat) als auch das vorgesehene Mittel (nämlich die Bewilligung L) ein anderer bzw. ein anderes ist, dürfte fraglich sein und kann wohl mit Fug unterschiedlich beurteilt werden.

Dass das Recht der Braut auf Ehe gemäss Art. 8 und 12 EMRK tangiert wurde, scheint unseres Erachtens ausser Zweifel zu stehen. Ob ihre Rechte aber tatsächlich unrechtmässig eingeschränkt wurden, lässt sich aus juristischer Sicht nicht abschliessend beurteilen. Dies auch deshalb, weil unseres Wissens weder die kantonale noch die eidgenössische Rechtsprechung je einen entsprechenden Fall zu beurteilen hatten. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte musste sich zu dieser Frage noch nicht äussern.

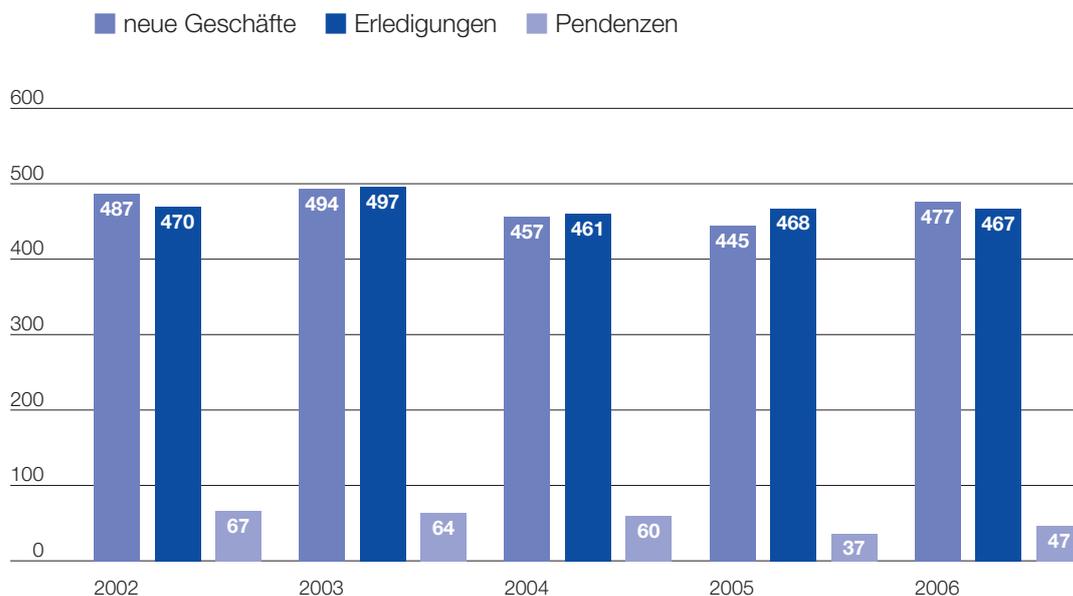
Unter dem Blickwinkel von Art. 29 BV (überspitzter Formalismus) stellt sich schliesslich die Frage, in welcher Dimension staatliches Handeln erfolgen sollte. So statuiert Art. 29 BV das Verbot des überspitzten Formalismus. Überspitzter Formalismus ist gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass diese Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt (U. Häfelin / G. Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich, 1998, N 445 ff.). Ein Entscheid einer Behörde kann aber auch dann gegen die Verfassung verstossen, wenn er sich im Ergebnis als überspitzt formalistisch erweist (BGE 115 IA 12 S. 17). Ob eine Inanspruchnahme der Garantie im konkreten Fall tatsächlich geeignet und

verhältnismässig erscheint, sollte, insbesondere aufgrund des Umstands, dass die Braut zwecks Heirat, die auch ohne Verzug vollzogen wurde, eingereist war, es sich bei der Leistungsdauer um einen relativ kurzen Zeitraum (fünf Monate) und um einen verhältnismässig überschaubaren Betrag handelt, unter einem kritischen Blickwinkel betrachtet werden. Die Frage, ob die formellen Vorschriften mit übertriebener Schärfe angewendet worden sind, kann nicht abschliessend beantwortet werden und liegt schliesslich im Ermessen der entsprechenden rechtsanwendenden Behörden.

Statistik

1. Übersicht

Im Jahr 2006 sind 477 Geschäfte neu eingegangen. Nachdem im gleichen Zeitraum 467 Geschäfte abgeschlossen werden konnten, blieben am 31.12.2006 noch 47 Geschäfte (alle aus dem Jahr 2006) pendent.



2. Angaben zu den im Jahr 2006 neu eingegangenen Geschäften

Externe / interne Geschäfte

Der Anteil der verwaltungsexternen Geschäfte beträgt 72 % (345 Geschäfte), derjenige der verwaltungsinternen Fälle (Personalgeschäfte) macht 28 % (132 Geschäfte) aus. Gegenüber den 80 Personalgeschäften im Vorjahr fällt die markante Zunahme der verwaltungsinternen Fälle im Berichtsjahr auf.

	männliche Personen	weibliche Personen	juristische Personen	Summe
Externe Geschäfte	190 (40%)	153 (32%)	2 (0%)	345 (72%)
Interne Geschäfte	48 (10%)	84 (18%)	-	132 (28%)
Total	238 (50%)	237 (50%)	2 (0%)	477 (100%)

Verteilung auf Departemente und Dienstabteilungen

Die 477 neuen Geschäfte verteilen sich wie folgt auf die verschiedenen Dienstabteilungen (in die Kategorie «übrige» fallen alle Abteilungen mit weniger als drei Ombuds-Geschäften):

				davon interne Personal-Geschäfte
Allgemeine Verwaltung	11	2.3%		
Personalversicherungen			3	
Erdgas Zürich AG			3	
Übrige			5	2
Präsidialdepartement	15	3.1%		
Bevölkerungsamt			10	
Übrige			5	1

Finanzdepartement	30	6.3%		
Steueramt			11	1
Liegenschaftenverwaltung			15	2
Übrige			4	3
Polizeidepartement	106	22.2%		
Stadtpolizei			85	10
Stadtrichteramt			11	1
Schutz & Rettung			6	4
Übrige			4	
Gesundheits- und Umweltdepartement	55	11.5%		
Stadtspital Waid			9	8
Stadtspital Triemli			10	8
Umwelt- und Gesundheitsschutz			4	1
Pflegezentren			10	7
Altersheime			9	9
Städtische Gesundheitsdienste			8	5
Übrige			5	4
Tiefbau- und Entsorgungsdepartement	26	5.5%		
Entsorgung+Recycling			18	5
Grün Stadt Zürich			3	
Tiefbauamt			4	1
Übrige			1	1
Hochbaudepartement	13	2.7%		
Immobilien-Bewirtschaftung			4	4
Amt für Baubewilligungen			6	1
Übrige			3	1
Departement der Industriellen Betriebe	35	7.3%		
Wasserversorgung			3	2
Elektrizitätswerk			9	1
Verkehrsbetriebe			23	5
Schul- und Sportdepartement	39	8.2%		
Volksschule			22	13
Sportamt			9	4
Übrige			8	8
Sozialdepartement	142	29.8%		
Departement			6	1
Amt für Zusatzleistungen			21	
Soziale Dienste			83	8
Vormundschaftsbehörde			13	1
Soziale Einrichtungen u. Betriebe			8	7
Übrige			11	3
andere Zuständigkeit	5	1.0%	5	
Total	477	100.0%	477	132

Eingangsart

Mündlich (Telefon, persönliche Anmeldung)	363	(76%)
Schriftlich (Brief, Fax, E-Mail)	114	(24%)

3. Persönliche Angaben zu den Beschwerdeführenden

Vorbemerkung

Persönliche Daten der Klientinnen und Klienten werden von der Ombudsstelle nur erhoben, soweit sie mit dem Anliegen sachlich zusammenhängen und für die Geschäftsbehandlung benötigt werden. Angaben über Alter, Staatsangehörigkeit und Zivilstand sind daher in unterschiedlichem Umfang vorhanden und lassen sich nur bezüglich Alter und Staatsangehörigkeit mit hinreichender Aussagekraft auswerten:

Alter

Die Personen, die im Jahre 2006 die Dienste der Ombudsstelle in Anspruch genommen haben, verteilen sich auf folgende Altersgruppen:

bis Alter 20	21–34	35–49	50–64	65–79	ab Alter 80
2 %	14 %	33 %	35 %	14 %	2 %

Staatsangehörigkeit

Rund drei Viertel der Klientinnen und Klienten mit uns bekannten Nationalitäten sind Schweizerinnen und Schweizer. Die übrigen Beschwerdeführenden gehören weiteren 18 verschiedenen Nationen an. Am zweithäufigsten stammen Klientinnen und Klienten aus Deutschland. Auch die Häufigkeit der weiteren Staaten, aus denen Vertreterinnen und Vertreter die Ombudsstelle aufsuchen, entspricht in etwa derjenigen der ausländischen Wohnbevölkerung in Zürich.

Wohnort

8048 Altstetten	25
8004 Kreis 4	22
8050 Oerlikon	22
8047 Albisrieden	21
8006 Kreis 6	20
8038 Wollishofen	20
8057 Hirschwiesen	20
8046 Affoltern	18
8003 Kreis 3	17
8008 Kreis 8	17
8037 Wipkingen	17
8051 Schwamendingen	17
8055 Heuried	16
8001 Kreis 1	15
8005 Kreis 5	15
8049 Höngg	15
8032 Neumünster	14
8052 Seebach	12
Übrige (weniger als 10 Geschäfte)	44
Stadt Zürich	367
übrige Gemeinden im Kanton Zürich	70
Kanton Zürich	437
Kanton Aargau	4
Kanton Basel-Landschaft	3
Übrige Kantone	29
Schweiz	473
Ausland	4

4. Bearbeitung und Ergebnisse

Verfahrensdauer

Die Verfahrensdauer zwischen Erstkontakt (meist telefonische Anmeldung für eine Sprechstunde) bis zur definitiven Erledigung eines Geschäftes beträgt im Durchschnitt aller 467 Geschäfte, die im Jahre 2006 abgeschlossen werden konnten, 42 Tage. Etwas mehr als 75 % aller Geschäfte konnten innert zwei Monaten abschliessend bearbeitet werden.

bis 10 Tage	11–30 Tage	31–60 Tage	61–90 Tage	91–180 Tage	181–365 Tage
100	156	106	52	44	9
22 %	33 %	23 %	11 %	9 %	2 %

Abklärungen

Zu den Abklärungen gehören die schriftlichen Berichte der Verwaltungsstellen, die von der Ombudsstelle eingeholt werden («Vernehmlassungen»), die mündlichen Auskünfte (telefonisch oder im Rahmen von Besprechungen) sowie die Besichtigungen der Ombudsfrau, um sich vom Problem an Ort und Stelle ein Bild zu machen:

Mündliche Auskünfte der Verwaltung	562
Vernehmlassungen der Verwaltung	224
Besichtigungen durch die Ombudsfrau	8

Erledigungsart

Jede Geschäftsbearbeitung und -erledigung wird detailliert schriftlich festgehalten, und zwar in Form

- eines Schlussberichtes (in 110 Fällen bzw. 24 %) oder
- durch entsprechende Aktennotiz nach persönlicher oder telefonischer Bekanntgabe des Abklärungs- bzw. Vermittlungsergebnisses (in 357 Fällen bzw. 76 %).

Ergebnisse

Eine klassische parlamentarische Ombudsstelle hat typischerweise folgende drei Hauptaufgaben:

- Beschwerdeprüfung («Verwaltungskontrolle»)
- Vermittlung
- Information und Beratung

Nur in 76 Fällen kam es zu einer Abweisung der Beschwerde bzw. blieb die Vermittlung ergebnislos. Bei 157 Geschäften führten Beschwerdeprüfung und Vermittlungstätigkeit zu teilweiser oder gänzlicher Gutheissung bzw. zu einer Vermittlungslösung.

Bei den verwaltungsinternen Geschäften ist der Anteil der Beratungs- und Informationsfälle mit gut 75 % überdurchschnittlich hoch. Ins Auge springt auch, dass bei 27 von 31 internen Geschäften, bei denen eine Beschwerdeprüfung und/oder Vermittlung vorgenommen wurde, diese zu einem positiven Ergebnis geführt haben.

Eine aussagekräftige Auswertung der in den 467 erledigten Geschäfte erzielten Ergebnisse setzt eine differenzierte Betrachtungsweise voraus, indem das jeweilige Ergebnis stets in Bezug zur Aufgabe und Rolle gesehen wird, die die Ombudsstelle in dem betreffenden Geschäft hatte:

	Beschwerdeprüfung			Beschwerde und Vermittlung*			Vermittlung**			Information und Beratung	Total
	Gutheissung	teilweise Gutheissung	Abweisung	Gutheissung bzw. erfolgreich	teilweise Gutheissung/Vermittlungslösung	Abweisung bzw. erfolglos	erfolgreich	teilweise erfolgreich	erfolglos		
Externe Geschäfte	18	13	58	10	14	6	42	33	8	136	338
Interne Geschäfte	2	2	4	2	3	0	12	6	0	98	129
zusammen	20	15	62	12	17	6	54	39	8	234	467
Prozentual	4%	3%	13%	3%	4%	1%	12%	8%	2%	50%	100%

* Vermittlung im Anschluss an eine Beschwerde ** Pendeldiplomatie, Koordination, Vereinbarung, formeller Vergleich

Der Bereich der reinen Beschwerdeprüfung beträgt somit 20%, der Vermittlungsanteil 30% und derjenige der Beratungen 50%.

5. Anfragen

Unter «Anfragen» sind Anliegen zu verstehen, die wegen geringen Bearbeitungs- bzw. Erledigungsaufwandes die Eröffnung eines eigentlichen Geschäftes nicht rechtfertigen. Zu dieser Kategorie zählen auch Hilfgesuche, zu deren Behandlung die Ombudsstelle nicht zuständig ist und deren Absender sie an geeignete Beratungs- und Rechtsauskunftsstellen weiter verweist. Zusätzlich zu den Geschäften hat die Ombudsstelle im Jahre 2006 insgesamt 645 Anfragen behandelt:

Stadtverwaltung (städt. Ombudsstelle zuständig)	213
Rechtsmittelverfahren / Gericht	18
kantonale Steuerangelegenheiten	17
nicht-städtische Ausländerfragen	11
nicht-städtische Sozialversicherung	36
nicht-städtische Krankenkassenprobleme	26
nicht-städtische Patientenfragen	43
privates Arbeitsvertragsrecht	36
Privatversicherung	10
privates Mietvertragsrecht	22
privatrechtliche Konsumentenfragen	18
übrige privatrechtliche Probleme	38
übrige	157
Total	645

Stadt Zürich
Ombudsstelle
Oberdorfstrasse 10
8001 Zürich

Telefon 044 261 37 33
Fax 044 261 37 18
www.stadt-zuerich.ch/ombudsstelle