

KGVS A1 05 111

KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) vom 02. Dezember 2005 i.S. A.B. c. Gemeinde L.

Öffentlichrechtliche - privatrechtliche Anstellung

- Das Vorliegen eines Vertrages ist nicht entscheidend über die rechtliche Qualifikation der Anstellung.
- Wesentliches Kriterium ist der Zweck des Vertrages resp. der Bereich oder die Aufgabe, die dem kommunalen Angestellten übertragen wird.
- Berücksichtigung der konkreten Umstände für die Qualifikation einer Anstellung.

Fonction publique: droit public et droit civil

- L'existence d'un contrat d'engagement n'est pas décisive quant à la nature juridique des rapports de service.
- Le critère essentiel est le but du contrat, ou le domaine juridique auquel ressortissent l'activité ou les tâches de la personne engagée.
- Prise en considération des circonstances concrètes pour la qualification d'un engagement.

Gekürzter Sachverhalt

Die Gemeinde L. stellte A.B. mit Arbeitsvertrag vom 27. Juli 2001 als Bausekretär im Stundenlohn temporär im Nebenamt an. Gemäss Vertrag umfasste sein Aufgabengebiet grundsätzlich alle anfallenden Arbeiten der Baukommission, wobei im Speziellen für die administrativen Arbeiten die Dienste des Gemeindebüros in Anspruch zu nehmen waren. Die Arbeitseinteilung hatte zwar in eigener Verantwortung, jedoch in Absprache mit den Ressortleitern oder dem Gemeindeschreiber zur erfolgen. Anderweitige kommunale Aufgaben durften nur nach vorheriger Absprache mit den jeweiligen Ressortleitern übernommen werden. Der Stundenlohn wurde auf Fr. 75.- brutto festgelegt und A.B. ferner auf die Verschwiegenheit und das Amtsgeheimnis hingewiesen. Gemäss Vertrag sollten schliesslich, soweit dieser nichts Abweichendes festlege, die allgemeinen Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages des OR gelten.

Die Gemeinde eröffnete A.B. am 21. August 2002 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Oktober 2002. In der Folge ergaben sich Differenzen zwischen A.B. und der Gemeinde bezüglich Wirksamkeit der Auflösung und über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis. Ohne gütliche Einigung gelangte A.B. vorerst ans Arbeitsgericht des Kantons Wallis, das sich, die Angelegenheit als öffentlichrechtlich qualifizierend, für unzuständig

erklärte. Die darauf von der Gemeinde erlassene Verfügung, welche die Begehren des früheren Angestellten insgesamt abwies, focht dieser am 08. März 2004 beim Staatsrat an und verlangte, die Gemeinde müsse ihm als Lohn, Kinderzulagen und Abgangsentschädigung total ca. Fr. 160 000.– bezahlen. Am 11. Mai 2005 trat der Staatsrat auf die Beschwerde nicht ein, weil seiner Ansicht nach ein Rechtsverhältnis vertraglicher Natur vorliege, das dem öffentlichen Recht sowie der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichtsbarkeit entzogen sei. Eine dagegen von A.B. beim Kantonsgericht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess dieses am 02. Dezember 2005 gut und wies den Staatsrat an, über die Begehren materiell zu entscheiden.

Erwägungen

7. Die Gemeinde hat mit dem Personalreglement (PR) eine Reglementierung des Statuts ihrer Angestellten im Sinne von Art. 83 GGO beschlossen und dadurch kommunales, autonomes Recht geschaffen. Damit wird die Rechtsstellung der kommunalen Beamten oder Angestellten der Gemeinde primär durch dieses Reglement geordnet. Der Gemeinde kommt bei der Anwendung und Interpretation ihres Rechts eine gewisse Autonomie zu, die eine Beschwerdeinstanz respektieren muss und von welcher Rechtsauslegung sie nicht ohne triftige Gründe abweichen kann.

7.1 Gemäss Ziff. I/1 PR (Allgemeines) regelt das PR unter Vorbehalt von Sonderbestimmungen das Arbeitsverhältnis aller Arbeitnehmer der Gemeinde (Abs. 1), wobei abweichende Bestimmungen in den Einzelarbeitsverträgen sowie zwingende Bestimmungen des kantonalen Rechts vorbehalten bleiben (Abs. 2) und bei fehlender Regelung im PR und Arbeitsvertrag subsidiär die Normen des OR über den Arbeitsvertrag gelten sollen. Ziff. I/2 PR hält fest, «die Mitarbeiter stehen zur Gemeinde im Angestelltenverhältnis. Dieses ist öffentlich-rechtlicher Natur» (Abs. 1). «In Ausnahmefällen kann der Gemeinderat mit Mitarbeitern privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch schriftlichen Vertrag begründen» (Abs. 2). Nach Ziff. II/1 PR (Entstehung des Arbeitsverhältnisses) stellt der Gemeinderat die Arbeitnehmer an; nach Ziff. II/2 PR wird bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen und es werden dem Arbeitnehmer das PR sowie eine Stellenbeschreibung (soweit vorhanden), welche als Bestandteil des Arbeitsvertrages gelten, ausgehändigt.

7.1.1 Diese Regelung im PR zeigt einmal, dass im Regelfall alle Arbeitsverhältnisse dem PR unterworfen sind und die Anstellung trotzdem in einem schriftlichen Arbeitsvertrag festgelegt wird. Das PR enthält eine Rangordnung der anzuwendenden Bestimmungen. Vom PR allenfalls abweichende Klauseln des Einzelarbeitsvertrags gehen diesem vor. Das PR spricht sich aber nicht explizit darüber aus, ob gewisse seiner Bestimmungen allenfalls einen zwingenden Charakter haben, von denen auch in einem Arbeitsvertrag nicht abgewichen werden kann. Es behält dagegen ausdrücklich die Anwendung zwingender kantonaler Bestimmungen vor. Nach den Vertragsklauseln gilt das PR und, soweit weder der Arbeitsvertrag noch das PR für einen Sachverhalt eine Norm vorsehen, gelten die Art. 319 ff. OR. Zusätzlich definiert das PR das Angestelltenverhältnis grundsätzlich als öffentlichrechtliches, was in Übereinstimmung mit der allgemeinen Rechtsauffassung steht (Paul Richli, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Managements, Bern 1996, S. 56; Mathias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 228; Rhinow/Krähenbühl, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, S. 468). Gemäss PR kann der Gemeinderat aber in Ausnahmefällen ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründen.

7.1.2 Aus dieser Grundregelung kann hier vorerst abgeleitet werden, dass das Vorliegen eines Vertrages als solches noch keine Antwort auf die hier zu beantwortende Frage nach der privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Natur des Anstellungsverhältnisses gibt, da das PR selbst für jede Anstellung gilt und es für jedes Arbeitsverhältnis das Rechtsinstitut des Vertrags vorsieht. Zudem erklärt es, im Regelfall handle es sich um ein öffentlichrechtliches und nur ausnahmsweise um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis.

7.2 Der Gemeinderat beschloss am 26. Juli 2001 dem Beschwerdeführer einen Arbeitsvertrag mit Gültigkeit ab dem 01. August 2001 zu unterbreiten. Er hielt gemäss Protokoll der erwähnten Sitzung als wichtigste Bestandteile des Vertragsvorschlags eine temporäre Anstellung als Bausekretär mit Entlohnung im Stundenlohn zur Bewältigung aller anfallenden Arbeiten der Baukommission fest, wobei die rein administrativen Arbeiten durch die Abteilung Gemeindebüro erledigt und anderweitige Arbeiten nur nach vorheriger Absprache mit den jeweiligen Ressortleitern übernommen werden sollten. Die Arbeitseinteilung hatte zwar in eigener Verantwortung, aber nach Absprache mit den jeweils zuständigen Ressortleitern oder dem

Gemeindeschreiber zu erfolgen. Die Lohnbestandteile pro Stunde und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wurden festgelegt und der Vertrag sollte zudem einen Hinweis auf Verschwiegenheit und Amtsgeheimnis enthalten. Der Arbeitsvertrag vom 27. Juli 2001, vom Beschwerdeführer am 29. Juli 2001 unterzeichnet, umfasste genau die vom Gemeinderat festgelegten Punkte und enthielt zudem den Hinweis, soweit dieser Vertrag nichts Abweichendes festlege, gälten die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages des OR.

7.2.1 Aus diesem Vertragswerk geht einmal hervor, dass der Beschwerdeführer als Bausekretär, dessen Aufgabengebiet sich grundsätzlich mit allen anfallenden Arbeiten der Baukommission deckte, angestellt wurde. Er erhielt die Weisung, die administrativen Arbeiten durch die Mitarbeiter im Gemeindebüro erledigen zu lassen und anderweitige Aufgaben nur nach ausdrücklicher Absprache mit den Ressortleitern zu übernehmen. Der Arbeitsvertrag enthielt zwar keinen Hinweis darauf, dass das PR auch für ihn gelte, wohl aber einen solchen für die Anwendung des OR. Der Vertrag bezeichnet sich auch nicht als ausnahmsweise privatrechtliches Arbeitsverhältnis.

7.2.2 Als weiteres Ergebnis kann bereits jetzt festgehalten werden, dass auch der Vertrag als solcher keine schlüssige Antwort auf die Frage nach der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses gibt. Der Vertragsinhalt deckt sich mit dem Beschluss des Gemeinderates vom 26. Juli 2001 resp. enthält die beschlossenen Vorgaben. Er definiert sich selbst nicht ausdrücklich als privat- oder öffentlichrechtlich.

8. Es ist somit im Folgenden aufgrund der konkreten Sachumstände abzuklären, ob das Anstellungsverhältnis privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, da von der Beantwortung dieser Frage die Zuständigkeit auch des Staatsrates und die Richtigkeit des Nichteintretensentscheids abhängt.

8.1 Die bundesgerichtliche Praxis zur Abgrenzung bundesprivatrechtlicher Streitigkeiten von öffentlichrechtlichen ist kasuistisch geprägt (BGE 128 III 250 E. 2a; 126 III 431 E. 2c/bb; 120 II 412 E. 1b; 109 Ib 146 E. 1b). Nach ihr sind für die Abgrenzung verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und die im Einzelfall heranzuziehen sind, soweit sie sich am besten zur Lösung der konkreten Fragestellung eignen. Das

Bundesgericht zieht etwa die Subjektions- oder auch Subordinationstheorie bei, welche das Gewicht auf die Gleich- oder Unterordnung der Beteiligten bzw. die Ausübung von hoheitlichem Zwang legt; daneben zieht es aber auch die Interessen- und Funktionstheorie bei, die danach unterscheidet, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Bei der konkreten Anwendung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen können, je nach den Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen (BGE 128 III 250 E. 2a mit Hinw.; Rhinow/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1/B IV S. 2 f.). Bei der Abgrenzung misst die Praxis formalen Gesichtspunkten weniger Bedeutung zu. Es ist nicht ausschlaggebend, ob bei der konkreten Ausgestaltung einer Rechtsbeziehung auf privatrechtliche Regeln verwiesen oder ob das Verhältnis durch Verfügung oder Vertrag begründet wird (Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Bd. I Nr. 1 B III, S. 5).

8.2 Das Kantonsgericht hat diese Problemstellung bisher ebenfalls kasuistisch gelöst. So hat es festgehalten, der öffentlichrechtliche Charakter der Anstellung eines Arbeitnehmers der öffentlichen Körperschaften sei die Regel. Eine privatrechtliche sei ausnahmsweise für untergeordnete Funktionen in Teilzeit und mit zeitlicher Beschränkung (*emploi subalterne, de caractère temporaire ou à temps partiel*) vorbehalten (Urteil vom 27. Oktober 1995 i.S. *Moulin c. CE* mit Hinweis auf ein nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 1977 i.S. *Gemeinde Ayent* und auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Mai 1991 i.S. *Gemeinde Chermignon*). Das Vorliegen eines Anstellungsvertrages allein genüge nicht, um ein Dienstverhältnis als privatrechtlich erscheinen zu lassen, denn auch vertragliche unterstünden grundsätzlich dem öffentlichen Recht (Urteil vom 04. Mai 2001 i.S. *D. und Gemeinde Leukerbad*). Es genüge nicht, hielt das Gericht in einem andern Urteil fest, dass in einem Anstellungsvertrag unter Verweis auf Bestimmungen des OR vom kommunalen Reglement abweichende Klauseln aufgenommen würden, um daraus ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zu machen (Urteil vom 10. Juni 1999 i.S. *Administration intercommunale de Montana und Randogne*). Im Falle der vertraglichen Anstellung einer Gemeindepolizistin hat das Gericht trotz Vorliegens eines formellen Anstellungsvertrages, der allerdings nur wenige Punkte regelte, offen gelassen, ob es sich um eine verfügte oder vertragliche Anstellung

handelte, das Verhältnis aber eindeutig dem öffentlichen Recht zugeordnet, weil es wesentlich durch das kommunale Reglement bestimmt war und die vertraglich festgehaltenen Elemente demgegenüber subsidiär waren und sich im Rahmen des Reglements bewegten (Urteil vom 01. April 2005 i.S. B. und Gemeinde S.).

8.3 Wesentliches Element eines jeden Vertrages ist der Vertragsgegenstand. Der Vertrag wird massgeblich vom Zweck geprägt, zu welchem er abgeschlossen wurde (René Rhinow, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S. 303). Der öffentlichrechtliche Vertrag dient unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder enthält Materien, die an sich vom öffentlichen Recht geregelt werden (Urteil [des Verwaltungsgerichts Zürich] vom 12. Januar 2005 PB.2004.00074). Der private Vertrag zielt demgegenüber auf die Befriedigung privater Interessen ab.

Vorliegend trat die Gemeinde im Vertrag nicht wie ein Privater auf und wollte nicht irgendeine Interessen verfolgen, sondern sie nahm mit der Anstellung des Beschwerdeführers ausschliesslich eine ihr von der kantonalen Gesetzgebung zugewiesene Aufgabe wahr. Konkret ging es um die Übernahme des Pflichtenhefts eines kommunalen Bausekretärs, welches in erster Linie die Aufgaben des örtlichen Bauwesens umfasst. Ortsplanung und Bauwesen sind eigenständige, öffentliche Befugnisse der Walliser Gemeinden und betreffen deren Kernaufgaben (Art. 6 lit. c GGO und GemG). Die Gemeinden müssen die Gesuche innerhalb der Bauzonen sowie der Maiensäss-, Weiler und Erhaltungszonen beurteilen und bewilligen (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 Baugesetz vom 08. Februar 1996 [BauG; GS/VS 705.1]). Sie führen bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone und bei eigenen Bauvorhaben die öffentliche Planaufgabe durch und leiten danach die Bauakten mit ihrer Vormeinung an die kantonale Baubewilligungsbehörde weiter (Art. 46 Abs. 2 Bauverordnung vom 02. Oktober 1996 [BauV; 705.100]). Schliesslich haben sie im Rahmen der Bewilligungskompetenz die Baupolizei wahrzunehmen und ausserhalb der Bauzone baupolizeiliche Mitwirkungspflichten (Art. 49 Abs. 1 und 6 BauG). Das Bauwesen stellt daher offensichtlich eine öffentliche Aufgabe des Gemeinwesens dar. Die Arbeit des Bausekretärs steht somit in direktem Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe bzw. sie betrifft einen öffentlichrechtlich normierten Gegenstand. Mit dem Arbeitsvertrag wurden die Arbeitsbereiche des Beschwerdeführers im Rahmen des Vollzugs einer öffentlichen Aufgabe, nämlich der Behandlung der

Baugesuche durch die Gemeinde, festgelegt. Er nahm eine öffentliche Aufgabe wahr. Dabei ist unerheblich, dass er als Bausekretär die Baudossiers nur vorbereitete und nicht Bewilligungsinstanz war. Die Entscheidvorbereitung als solche ist bereits eine öffentliche Aufgabe, weshalb für ihn beispielsweise auch die Ausstandsgründe von Art. 10 Abs. 1 VVRG galten. Der Arbeitsvertrag steht somit in unmittelbarem Zusammenhang mit einem öffentlichen Leistungsauftrag und muss unter diesem Aspekt klar als öffentlichrechtlich beurteilt werden.

8.4 Die Frage nach dem öffentlichen oder privatrechtlichen Charakter des Anstellungsverhältnisses stellt sich zudem vorliegend im Hinblick auf den Rechtsweg bzw. den Rechtsschutz. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der öffentlichrechtliche Arbeitgeber unabhängig von der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses im konkreten Fall an die minimalen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns im Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern gebunden ist. Darunter fallen die Prinzipien der Legalität, der Verhältnismässigkeit, des Verbots der Willkür und ähnliche Grundsätze. Die Verwaltungsjustiz ist im Vergleich mit den Zivilgerichten besser geeignet, die Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse zwischen den öffentlichrechtlichen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern auch unter Einbezug dieser, für die privaten Arbeitsverhältnisse irrelevanten Elemente, zu beurteilen. Dabei kann die Behörde oder allenfalls der Verwaltungsrichter Bestimmungen aus dem Privatrecht bzw. aus dem OR bei der konkreten Beurteilung beiziehen. Auch unter diesem Aspekt drängt sich die Annahme eines öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses auf.

9. Das Bestehen eines öffentlichrechtlichen Vertrages ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, zudem auch aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen.

9.1 Gemäss Ziff. II/2 PR wird bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen und werden dem Arbeitnehmer das PR sowie nach Möglichkeit eine Stellenbeschreibung, welche als Bestandteil des Arbeitsvertrages gelten, ausgehändigt. Mit dieser Bestimmung kommt klar zum Ausdruck, dass für alle von der Gemeinde Angestellten, mit denen ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, das PR zum integrierenden Bestandteil ihres Arbeitsvertrages wird. Daran vermag auch die im Vertrag enthaltene Bestimmung, wonach soweit der Arbeitsvertrag nichts Abweichendes festlege, die Bestimmungen des Einzel-

arbeitsvertrages des OR gelten, nichts zu ändern. Das OR kommt hier als subsidiäres Vertragsrecht zum Zug, doch steht das PR, als grundsätzlich für alle Verhältnisse Geltung beanspruchende Regelung, darüber. Dies gilt selbst dann, wenn in einem konkreten Fall praktisch alle Elemente der Anstellung vertraglich geregelt sind. Auch in einem solchen Fall hätte sich beispielsweise die Anstellung nach den Zuständigkeiten des PR zu richten und wäre, was wesentlich ist, das Anstellungsverhältnis gemäss Ziff. I/2 Abs. 1 PR ein öffentlichrechtliches.

Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, das PR sei ihm nicht ausgehändigt worden resp. er habe davon keine Kenntnis erhalten oder es sei vorliegend überhaupt nicht gültig. Im Gegenteil beharrt er in der Verwaltungsbeschwerde vom 08. März 2004 an verschiedenen Stellen auf der Anwendung des PR auf seinen Fall. Auch die Gemeinde als Behörde geht von einem öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis aus. Sie tut dies in Anwendung ihres eigenen PR und in Auslegung des von ihr vorgeschlagenen und unterzeichneten Arbeitsvertrages. Von der von ihr vertretenen Interpretation kann, wie dargelegt, nicht ohne weiteres abgewichen werden.

9.2 Die Gemeinde hat das Pflichtenheft und die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Bausekretär in ihre administrativen Dienste integriert. So hält der Arbeitsvertrag fest, die administrativen Arbeiten seien über die Gemeindeganzlei abzuwickeln und die Arbeitseinteilung erfolge, zwar in eigener Verantwortung, jedoch nach Absprache mit den Ressortleitern oder dem Gemeindeganzschreiber. Auch diese generelle Einbettung in die kommunalen Dienste spricht gegen den im PR für Ausnahmen vorgesehenen, speziellen privatrechtlichen Status. Dasselbe gilt für die Unterstellung unter die Verschwiegenheit und das Amtsgeheimnis, was ebenfalls für die öffentlichrechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses spricht.

9.3 Die Entstehung des neuen Arbeitsverhältnisses lässt dieses ebenfalls als öffentlichrechtliches erscheinen. Im Zusammenhang mit den Sparmassnahmen zur Sanierung des Haushalts der Gemeinde musste aus finanziellen Gründen das Engagement des Beschwerdeführers bei der Gemeinde neu geregelt werden. Der Gemeinderat analysierte in seiner Sitzung vom 26. Juli 2001 die Situation und setzte neun Punkte für den mit dem Beschwerdeführer abzuschliessenden Vertrag fest. Er beschloss, den von ihm formulierten Arbeitsvertrag dem Beschwerdeführer zur Prüfung und zum Unterzeichnen zuzustellen, welchen Vorschlag der Beschwerdefüh-

rer denn auch ohne jede Änderung akzeptiert und unterschrieben hat. Im Vorgehen zum Abschluss des Vertrages zeigt sich eine dominante Stellung der Gemeinde.

9.4 Das PR lässt ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis zu, doch ist dies nur ausnahmsweise mittels eines schriftlichen Arbeitsvertrages möglich (Ziff. I/2 Abs. 2 PR). Aus dieser Bestimmung ergeben sich zwei Schlussfolgerungen. Einmal ist der Regelfall das öffentlichrechtliche Verhältnis und zum andern müsste im schriftlichen Arbeitsvertrag erwähnt werden, es solle ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis geschaffen werden. Allein das Vorliegen eines schriftlichen Vertrages genügt nicht, um das vertraglich begründete Arbeitsverhältnis zu einem privatrechtlichen werden zu lassen, nachdem jedes Arbeitsverhältnis mit der Gemeinde vertraglich begründet werden muss (Ziff. II/2 PR). Nun enthält der Arbeitsvertrag vom 27./29. Juli 2001 aber nicht den geringsten ausdrücklichen Hinweis auf den Willen der Vertragsparteien, einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Dies gilt aber auch für die restlichen Akten und den vorausgehenden Gemeinderatsbeschluss.

10. Es kann somit zusammenfassend festgehalten werden, dass die Gemeinde in Anwendung ihres autonomen Rechts und in Auslegung eines massgeblich von ihr formulierten Vertrags zum Ergebnis gekommen ist, es liege ein öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis vor (E. 6.2). Vertragsgegenstand oder -zweck (E. 8.3), die Funktion oder der Grund der vorliegend vorzunehmenden Unterscheidung (8.4), der generelle Geltungsanspruch des PR (8.4), die Einbettung der Tätigkeit des Beschwerdeführers (E. 9.2) und die Entstehung und Festsetzung des konkreten Vertragsinhalts (E. 9.3) sowie das Fehlen eines Hinweises auf eine gewollte Ausnahmeregelung als privatrechtliches Arbeitsverhältnis (E. 9.4) drängen die Schlussfolgerung auf, das umstrittene Arbeitsverhältnis zwischen Gemeinde und ihrem Bausekretär sei dem öffentlichrechtlichen Recht unterstellt und damit der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit entzogen.

11. Die Hinweise der Vorinstanz in ihrem angefochtenen Entscheid auf vom PR abweichende, eigenständige Vertragsklauseln, wie insbesondere die Entlohnung, die von der Lohnskala und Ämterklassifikation abweiche, genügen für sich allein noch nicht, den gegenteiligen Schluss zu ziehen. Denn vom PR abweichende Regeln im Arbeitsvertrag sind nichts Spezielles, sondern die Regel, weil das PR den

Abschluss eines Vertrages und abweichende Abmachungen sogar ausdrücklich vorsieht. Mit der Vorinstanz kann allerdings insoweit einig gegangen werden, als sie das Arbeitsverhältnis als ein vertragliches und nicht verfügbares erachtet (S. 8, Ziff. 6 Abs. 3 des Entscheides). Auch ist unbestritten, dass die Gemeinde mit dem Beschwerdeführer seinen Arbeitseinsatz für die Gemeinde vertraglich regeln wollte. Diese Merkmale unterstreichen aber bloss den vertraglichen Charakter der Anstellung. Die Vorinstanz hat es aber unterlassen, ihre entscheidende Schlussfolgerung, es liege «ein Ausnahmefall im Sinne des PR vor, wonach der Gemeinderat mit seinem Mitarbeiter (...) ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis durch schriftlichen Vertrag begründet» habe, zu motivieren. Dafür genügen Hinweise auf vertragliche Regelungen, insbesondere auf die Entlohnung, nicht. Der Hinweis auf deren Festlegung im freien Markt ist ohne sachverhaltsmässige Abstützung. Die Entlohnung wurde nicht in Verhandlungen, sondern einseitig im Gemeinderat festgelegt und vom Beschwerdeführer akzeptiert. Indem die Vorinstanz der Gemeinde die Kompetenz zum Erlass ihrer Verfügung vom 25. November 2003/04. Februar 2004 absprach und die zivilen Gerichte für zuständig erklärte, ist sie offensichtlich ohne genügende sachliche Begründung von der Rechtsauslegung der Gemeinde abgewichen und hat diese durch ihre ersetzt. Die vom Staatsrat vorgenommene Interpretation des Anstellungsverhältnisses hält, wie dargestellt, einer Rechtskontrolle aber nicht stand, weshalb der Entscheid des Staatsrates aufzuheben und die Sache zur materiellen Beurteilung an diesen zurückzuweisen ist.