

Dans le cadre d'une procédure où un **ancien professeur attaque en responsabilité l'université** qui l'a employé, une **juge** cantonale suppléante, dès lors qu'elle se trouve **dans un rapport d'emploi** avec ladite université, se trouve **objectivement** dans une situation de **partialité**, peu important qu'elle n'appartienne pas à l'un des organes de l'université concernés par la procédure ou qu'elle exerce dans une autre faculté que celle où exerçait le demandeur (cons. 4.2).

#### Besetzung

Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichterrinnen Heine, Viscione,  
Gerichtsschreiberin Riedi Hunold.

#### Verfahrensbeteiligte

A.,  
vertreten durch Rechtsanwältin Katja Ammann,  
Beschwerdeführer,

#### *gegen*

1. UniversitätsSpital Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Meili,
2. Universität Zürich,  
vertreten durch Rechtsanwalt Adrian Suter,  
Beschwerdegegner.

#### Gegenstand

Haftung, Zuständigkeit,

Beschwerde gegen den Beschluss und Entscheid  
des Obergerichts des Kantons Zürich  
vom 9. August 2016.

#### SectionFaits

#### Sachverhalt:

A.

A. war von 1997 bis 2009 beim UniversitätsSpital Zürich (USZ) angestellt, zuletzt als Oberarzt. Zudem war er ab 2007 als Titularprofessor an der Universität Zürich (UZH) tätig. In den letzten Jahren vor seinem Ausscheiden arbeitete er vollzeitig am USZ im Rahmen seiner wissenschaftlichen Tätigkeit als Leiter von Projekten, welche unter anderem vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) finanziert wurden.

Nachdem A. seine Anstellung am USZ per Ende November 2009 gekündigt hatte, machte er gegenüber der UZH und dem USZ Schadenersatz sowie Genugtuungsansprüche geltend. Das Bezirksgericht Zürich trat mit Beschluss vom 19. Mai 2016 auf seine Klage gegen das USZ nicht ein, regelte die diesbezüglichen Kostenfolgen und forderte A. bezüglich der Klage gegen die UZH auf,

einen Kostenvorschuss von Fr. 45'000.- zu leisten.

B.

Die dagegen erhobene Berufung und Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss und Entscheid vom 9. August 2016 ab, soweit sie das vorinstanzliche Nichteintreten und die damit verbundenen Kostenfolgen betrafen; es ordnete für die Fortsetzung des Verfahrens vor Bezirksgericht die Bezahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 45'000.- an, wobei es davon den Betrag von Fr. 7'500.- für den von der ersten Instanz nicht benötigten Kostenvorschuss abzog.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde führen mit dem Antrag, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, seinen Beschluss und Entscheid vom 19. Mai 2016 aufzuheben und ohne Einholung eines Kostenvorschusses zu sistieren; zudem sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, eine Vereinigung der hängigen Haftungsverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich (Prozess Nr....) und vor dem Spitalrat des USZ (Rekurs...) vorzunehmen und diese bis zum Abschluss des Straf- und Ausstandsverfahrens zu sistieren. Eventualiter sei der vorinstanzliche Beschluss und Entscheid aufzuheben und die Sache an diese zur Neuurteilung ohne Mitwirkung der Richterin B. zurückzuweisen; subeventualiter sei die angesetzte Entschädigung zugunsten des USZ von Fr. 10'000.- und die Kostenaufgabe von Fr. 1'200.- zu Lasten der Rechtsvertreterin von A. aufzuheben. Schliesslich sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

D.

Nachdem das Bundesgericht A. am 26. September 2016 zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 4'500.- aufgefordert hatte, liess dieser mit Schreiben vom 10. Oktober 2016 um Behandlung seiner Beschwerde durch die II. öffentlich-rechtliche Abteilung sowie um Verzicht auf Erhebung eines Kostenvorschusses ersuchen; eventualiter sei der Kostenvorschuss auf Fr. 2'000.- zu reduzieren und subeventualiter sei die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses um 20 Tage zu erstrecken.

E.

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2016 bestätigte das Bundesgericht die Praxis, wonach Fälle der Staatshaftung, welche in engem Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, durch die I. sozialrechtliche Abteilung behandelt werden, und setzte A. die Nachfrist zur Zahlung des Kostenvorschusses von Fr. 4'500.- bis 31. Oktober 2016.

F.

Mit Eingabe vom 9. November 2016 nahm das Obergericht des Kantons Zürich, unter Beilage eines Schreibens von Frau B. desselben Datums, Stellung zum Vorwurf der Befangenheit von Ersatzrichterin B..

G.

Mit Vernehmlassung vom 8. Dezember 2016 beantragte die UZH die Abweisung der Beschwerde im Hauptpunkt sowie die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und verzichtete auf eine Äusserung bezüglich der Eventualbegehren. Das USZ schloss am 11. Januar 2017 auf Nichteintreten, eventualiter auf Abweisung der Beschwerde, und verzichtete auf einen Antrag bezüglich des Ausstandsbegehrens und des Gesuchs um aufschiebende Wirkung.

H.

Am 23. Januar 2017 äusserte sich A. zu den Stellungnahmen der Vorinstanz, des USZ und der UZH.

I.

Mit Verfügung vom 31. Januar 2017 anerkannte das Bundesgericht die aufschiebende Wirkung der

Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Da sämtliche Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben sind, ist auf die Verfassungsbeschwerde infolge Subsidiarität (Art. 113 BGG) nicht einzutreten.

2.

Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung behandelt grundsätzlich die Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu Fragen der Staatshaftung (Art. 30 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 des Reglementes für das Bundesgericht vom 20. November 2006 [BGerR; SR 173.110.131]). Da im vorliegenden Fall das dem Staat vorgeworfene Fehlverhalten im Wesentlichen in einer Verletzung seiner Arbeitgeberpflichten besteht, ist auf Grund des engen Zusammenhangs zwischen Haftungsbegehren und öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis die I. sozialrechtliche Abteilung zuständig (Art. 34 lit. h BGerR und Urteil 8C\_900/2013 vom 5. Mai 2014 E. 1).

Die Zuständigkeit der I. sozialrechtlichen Abteilung ist dem Beschwerdeführer bereits aus früheren in diesem Zusammenhang ergangenen Urteilen 8C\_925/2013, 8C\_65/2014, 8C\_66/2014, alle vom 28. Juni 2014, sowie 8C\_771/2015 vom 29. Februar 2016 bekannt. Angesichts dieser Umstände erscheint der entsprechende Einwand im Schreiben vom 10. Oktober 2016 sowie die fortgesetzte Zustellung seiner Eingaben an die Adresse in Lausanne an der Grenze zur Mutwilligkeit.

3.

3.1. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise oder zu Lasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGE 140 III 221 E. 4.1 S. 221 mit Hinweisen).

Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird bereits verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 140 III 221 E. 4.1 S. 222 mit weiteren Hinweisen).

3.2. Wer einen Ablehnungsgrund nicht unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend macht, verwirkt den Anspruch auf seine spätere Anrufung. Denn es verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, Einwendungen dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt werden können (BGE 138 I 1 E. 2.2 S. 4; 136 I 207 E. 3.4 S. 211; 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21). Solange aber dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird, welche Personen am Entscheid mitwirken, kann er nicht beurteilen, ob sein verfassungsmässiger Anspruch auf richtige Besetzung des Gerichts und eine unparteiische Beurteilung seiner Sache gewahrt worden ist. Vor allem ist es ihm ohne Kenntnis der personellen Zusammensetzung des Gerichts nicht möglich,

Ausstandsgründe zu erkennen und gegebenenfalls geltend zu machen (BGE 117 Ia 322 E. 1c S. 323; vgl. zur Rechtzeitigkeit eines Ausstandsbegehrens in BGE 138 III 702 nicht publizierte E. 5.2 des Urteils 4A\_217/2012).

4.

4.1. Frau B. ist als Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich tätig. Sie gehört somit nicht zu den ordentlichen Richtern, sondern wird fallweise beigezogen. Der Beschwerdeführer musste nach der Rechtsprechung (vgl. etwa in BGE 138 III 702 nicht publizierte E. 5.2 des Urteils 4A\_217/2012) nicht mit dem Einsatz von Ersatzrichterin B. für die Beurteilung seines Falles rechnen, so dass die Geltendmachung des Ausstandsgrundes erst nach Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids - unbestrittenermassen der ersten Mitteilung des Richterremiums - nicht verspätet ist.

4.2. Frau B. macht in ihrem Schreiben vom 9. November 2016 geltend, sie erachte sich nicht als befangen. Dabei übersieht sie, dass es nach konstanter Rechtsprechung unerheblich ist, ob ein Richter tatsächlich befangen ist oder nicht. Massgebend ist alleine, ob objektive Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Befangenheit oder Voreingenommenheit vorliegen können. Dies ist vorliegend zu bejahen. **Frau B. war im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids und ist auch heute noch als Titularprofessorin an der Universität Zürich tätig. Sie steht demnach in einem Anstellungsverhältnis zur Beschwerdegegnerin. Auch wenn sie nicht einem der involvierten Organe der Universität angehört oder anderweitig in den Rechtsstreit zwischen dem Beschwerdeführer und der Universität verwickelt ist, besteht aus objektiver Sicht doch Anlass für die Annahme, die Ersatzrichterin könnte durch ihre Nähe zur Beschwerdegegnerin und Arbeitgeberin befangen sein. Dabei ist unerheblich, dass sie einer anderen Fakultät als früher der Beschwerdeführer angehört.**

4.3. An diesem Ergebnis ändern auch die Ausführungen gemäss E. 2 des - nicht als Grundsatzurteil ergangenen - Entscheids 1C\_79/2009 vom 24. September 2009 nichts, **wonach ein Lehrauftrag oder eine Assistenz-Teilstelle gegenüber der Gesamtuniversität nicht ein Engagement entstehen lasse, welches die Betroffenen in eine wirtschaftliche oder berufliche Dauerbeziehung zur Universität bringe und den Eindruck der Voreingenommenheit hervorrufen könne.** Denn die Beurteilung, ob angesichts eines andauernden Anstellungsverhältnisses zwischen einem Mitglied des Richterremiums und einer Prozesspartei aus objektiver Sicht Befangenheit bestehen könnte, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Anders als im Urteil 1C\_79/2009 geht es vorliegend nicht bloss um einen Lehrauftrag bzw. um eine untergeordnete Stellung als Assistent oder - wie etwa im Urteil 9C\_257/2016 vom 29. Juni 2016 - um eine frühere Beschäftigung, sondern um die langjährige und im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids noch bestehende Position als Titularprofessorin und damit verbundener Lehrtätigkeit. Auch sah sich die Beschwerdegegnerin (resp. Teile ihrer Organe) in den vergangenen Jahren mit verschiedenen langwierigen und komplexen Rechtsstreitigkeiten mit (ehemaligen) Angestellten konfrontiert, welche auf kantonaler Ebene auch in politischer Hinsicht ihre Spuren hinterliessen (vgl. BGE 142 IV 65 oder die Urteile 1B\_26/2016 vom 29. November 2016, 1C\_381/2015 vom 19. Januar 2016, 1D\_2/2015 vom 4. November 2015 oder 1B\_306/2014 vom 12. Januar 2015 sowie die in Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer ergangenen Entscheide 8C\_925/2013, 8C\_65/2014, 8C\_66/2014, alle vom 28. Juni 2014, 8C\_771/2015 vom 29. Februar 2016 sowie 6B\_358/2016 vom 23. Februar 2017, 1C\_500/2015 vom 27. Januar 2017, 1C\_780/2013 vom 4. März 2014, 2C\_344/2013 vom 10. Dezember 2013 und 2C\_692/2012 vom 10. Februar 2013). Unter diesen Umständen ist es offensichtlich, dass die Einsetzung einer Angestellten der Beschwerdegegnerin im Richterremium aus objektiver Sicht zumindest den Anschein der Befangenheit begründet.

Die Sache ist somit unter Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Entscheids an diese zu neuer Beurteilung ohne Beizug von Ersatzrichterin B. zurückzuweisen.

5.

Das Verfahren ist kostenpflichtig. Angesichts der Umstände werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Der Beschwerdeführer hat hingegen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Gestützt auf den Grundsatz, wonach unnötige Kosten von jenem zu tragen sind, welcher diese verursacht hat, geht die Parteientschädigung zu Lasten des Kantons Zürich (Art. 68 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 66 Abs. 3 BGG; BGE 138 III 471 E. 7; vgl. auch in BGE 139 III 120 nicht publizierte E. 4.2 des Urteils 4A\_425/2012, SVR 2010 ALV Nr. 6 S. 15 [8C\_830/2009] sowie die Urteile 8C\_984/2009 vom 21. Mai 2010 E. 5 und 9C\_251/2009 vom 15. Mai 2009 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).

SectionDispositif

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird teilweise gutgeheissen und der Beschluss und Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. August 2016 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich und dem Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 27. März 2017

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Riedi Hunold