

Marco Donatsch

Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst

Berechtigtes Anliegen oder juristischer Irrweg?

Die Regelung der Anstellungsverhältnisse bei der öffentlichen Hand hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten eine Annäherung an das Obligationenrecht erfahren. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Einbettung des öffentlichen Dienstes bestehen dennoch erhebliche Unterschiede zum privaten Arbeitsvertragsrecht. Diese Unterschiede schliessen – wie dieser Beitrag aufzeigen möchte – eine Unterstellung der öffentlichen Dienstverhältnisse unter das Privatrecht grundsätzlich aus.

Rechtsgebiet(e): Verwaltungsrecht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Marco Donatsch, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter 3. Mai 2010

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Kurze Bestandesaufnahme
 1. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung
 2. Gesetzliche Regelungen
 - a) Bund
 - b) Einzelne Kantone (Auswahl)
 3. Zwischenergebnis
- III. Verfassungsrechtliche Einbettung des öffentlichen Dienstes
 1. Ausgangslage: Bindung an Verfassungsgrundsätze
 2. Zum Kündigungsschutz
 3. Lohnfestsetzung: «Essentialia» des Arbeitsverhältnisses
 4. Weitere Aspekte (Hinweis)
- IV. Folgerungen
 1. Verfassungskonformes Dienstrecht als öffentliches Recht
 2. Aber: Keine Regel ohne Ausnahmen

I. Problemstellung

[Rz 1] Die Stellung und Bedeutung des privaten Arbeitsvertragsrechts für die öffentlichen Dienstverhältnisse bilden regelmässig Gegenstand der wissenschaftlichen und politischen Diskussion. Sowohl der Bund wie auch zahlreiche Kantone haben in den vergangenen zwei Jahrzehnten den überkommenen Beamtenstatus – insbesondere gekennzeichnet durch die Wahl auf Amtsdauer – durch in der Regel unbefristete Anstellungsverhältnisse mit der Möglichkeit der Kündigung¹ ersetzt. Die jüngeren Personalerlasse zeichnen sich darüber hinaus in vielerlei Hinsicht durch eine Annäherung an das Obligationenrecht (OR) aus.²

[Rz 2] Diese Tendenz bzw. Zielrichtung der Vereinheitlichung ist durchaus zu begrüssen. Sie trägt vor allem dem Umstand Rechnung, dass sich die Arbeit für den Staat nach dem heutigen Verständnis der Verwaltungstätigkeit in vielen Bereichen nicht mehr wesentlich von einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit unterscheidet.³ Das Obligationenrecht kann dabei auf unterschiedlichem Weg in das öffentliche Dienstrecht einfließen: Die Personalerlasse können subsidiär auf die sinngemässe Geltung des Obligationenrechts verweisen⁴ oder die Verweisung bezieht sich bloss auf genau festgelegte Regelungsaspekte.⁵ Weiter können Bestimmungen des OR

– mehr oder weniger – wörtlich übernommen werden und sie können bei der Lückenfüllung oder als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zum Tragen kommen.⁶ All diesen Vorgängen ist gemeinsam, dass das Obligationenrecht sinngemäss oder als Auslegungshilfe Anwendung findet, das Anstellungsverhältnis aber öffentlichrechtlicher Natur ist.

[Rz 3] Denkbar ist es freilich auch, die Anstellungsverhältnisse des öffentlichen Dienstes vollständig dem OR zu unterstellen.⁷ Verschiedene Personalerlasse sehen vor, dass in Einzelfällen oder für bestimmte Personalkategorien privatrechtliche Arbeitsverträge abgeschlossen werden können. Auch im Zusammenhang mit der Auslagerung von (öffentlichen) Aufgaben aus der Zentralverwaltung spielt die Festlegung des anwendbaren Rechts für die Arbeitsverhältnisse (OR oder öffentliches Personalrecht) oftmals eine wesentliche und politisch umstrittene Rolle.⁸

[Rz 4] Würde die öffentliche Hand privatrechtliche Arbeitsverträge abschliessen, so hätte dies eine Beseitigung der föderalen Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des öffentlichen Dienstrechts zur Folge. Ebenso wird dadurch – im Sinne einer betriebswirtschaftlichen Orientierung der Verwaltungstätigkeit und -organisation – eine Effizienzsteigerung erhofft.⁹ Trotzdem muss aber die Frage gestellt werden, ob nicht grundsätzliche Einwände gegen den direkten Einsatz des OR für das Personal des öffentlichen Dienstes bestehen.

[Rz 5] Nachstehend wird daher die «Selbstverständlichkeit», dass der Bund und die Kantone frei entscheiden können, ob sie ihr Personal öffentlich- oder privatrechtlich anstellen,¹⁰ auf verfassungsrechtliche Einwände hin untersucht. Eine solche Fragestellung mag zwar unpopulär sein und dem Zeitgeist widersprechen; immerhin aber hat ein prominenter liberaler Staatsrechtler 1983 die Forderungen aufgestellt, dass alle Arbeitsverhältnisse, an welchen Träger öffentlichrechtlicher Befugnisse beteiligt sind, integral dem öffentlichen Recht

¹ Vgl. etwa Art. 12 Abs. 1 Bundespersonalgesetz (BPG, SR 172.220.1) und § 13 Abs. 1 des zürcherischen Personalgesetzes (PG ZH, LS 177.10).

² Vgl. dazu TOMAS POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Peter Helbling/ders. (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 209 ff.; PETER HELBLING, Der öffentliche Dienst auf dem Weg ins OR, in: AJP 2004, S. 242 ff.

³ Vgl. statt vieler DANIEL VON KAENEL, Die Entwicklung des bernischen Dienstrechts, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 79 ff., 81 f.

⁴ Vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 BPG: Soweit dieses Gesetz oder andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (OR).

⁵ Vgl. z.B. § 20 Abs. 1 Satz 1 PG ZH: Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts.

⁶ Vgl. MARTIN BERTSCHI, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht. Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, in: ZBI 2004, S. 617 ff.; POLEDNA (Fn. 2), S. 212 ff.; HELBLING (Fn. 2), S. 244.

⁷ Die Unterstellung des Dienstverhältnisses unter das Privatrecht ist streng von der (subsidiären) Verweisung, der Lückenfüllung etc. zu unterscheiden, da das OR in letzteren Fällen nur analog und zwar als öffentliches Recht zur Anwendung gelangt (ebenso TOBIAS JAAG, Das öffentliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, in: ZBI 1994, S. 433 ff., 440).

⁸ Zur Veranschaulichung: Im Jahr 2007 sind im Kanton Zürich das bislang in die kantonale Verwaltung eingegliederte Universitätsspital Zürich und Kantonsspital Winterthur in selbständige öffentlichrechtliche Anstalten des kantonalen Rechts umgewandelt worden. Die Regelung der Rechtsstellung des Personals in den Anstaltsgesetzen wurde dabei in der politischen Debatte zur «Schicksalsfrage» stilisiert. Vgl. dazu auch hinten Rz. 38 f.

⁹ Vgl. dazu eingehend PAUL RICHLI, Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management, Bern 1996.

¹⁰ So statt vieler YVO HANGARTNER, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal, in: ArbR 1993, S. 27 ff., 29 f.

unterstehen sollen und dass die These von der Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlich- und privatrechtlichem Vorgehen zu verabschiedet sei.¹¹

II. Kurze Bestandaufnahme

1. Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung

[Rz 6] Die Bundesverfassung enthält keine Bestimmung über die Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse. Die herrschende Lehre leitet daraus ab, dass dem Gemeinwesen die Freiheit zukommt, zwischen öffentlichrechtlichen und/oder privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen zu entscheiden.¹² Nach den neueren Lehrmeinungen dürfen privatrechtliche Dienstverhältnisse aber nur noch gestützt auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage – für die Kantone unter Vorbehalt besonderer Bestimmungen in den Kantonsverfassungen – geschaffen werden.¹³

[Rz 7] Nebst der fehlenden Verfassungsgrundlage wird zur Begründung dieser Auffassung auf Art. 342 Abs. 1 lit. a OR verwiesen, wonach die «Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis» vorbehalten bleiben, soweit sie nicht die Art. 331 Abs. 5 und Art. 331a–331e OR betreffen.¹⁴ Aufgrund dieser Vorschrift soll die Schaffung privatrechtlicher Arbeitsverträge beim öffentlichen Dienst aus Sicht des Bundesrechts grundsätzlich zulässig sein.¹⁵ Richtig besehen lässt sich aus Art. 342 Abs. 1 lit. a OR jedoch nichts über die Zulässigkeit privater Arbeitsverträge bei der öffentlichen Hand ableiten: Das OR beruht auf der Zivilrechtskompetenz des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV), sodass die Regelung der öffentlichen

Dienstverhältnisse davon gerade nicht erfasst wird.¹⁶ Überdies werden die Kantone nach Art. 6 Abs. 1 ZGB in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Ob staatliche Behörden Arbeitsverträge nach OR abschliessen dürfen, bestimmt sich daher einzig auf Grundlage der für die jeweiligen Behörden massgebenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts, worauf näher einzugehen ist (hinten III. und IV.).¹⁷

[Rz 8] Das Bundesgericht sieht den Einsatz privater Arbeitsverträge für den öffentlichen Dienst durchaus kritisch: Zwar hat es in den Ursprüngen seiner Rechtsprechung die öffentlichen Dienstverhältnisse in den Kantonen dem Privatrecht zugewiesen.¹⁸ Schon bald hat es aber anerkannt, dass «das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und seinen Beamten an sich öffentlichrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sei».¹⁹ Trotzdem hat das Bundesgericht, um eine unabhängige, von der Verwaltung getrennte Rechtsprechung zu gewährleisten, vermögensrechtliche Klagen aus dem kantonalen öffentlichen Dienstverhältnis als «zivilrechtliche Streitigkeit» entgegengenommen.²⁰ Auch hat es das Bundesgericht dem Gemeinwesen anheim gestellt, ob dieses die Angestellten dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht unterstellt.²¹

[Rz 9] Diese ältere Rechtsprechung erscheint aus heutiger Sicht schwer nachvollziehbar bzw. widersprüchlich. Einerseits soll das Dienstverhältnis öffentlichrechtlicher Natur sein, andererseits kann aber das Gemeinwesen privatrechtliche Arbeitsverträge abschliessen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, dass der Arbeitsvertrag im Entscheid BGE 54 II 123 f., obschon die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betroffen war, nur als privatrechtlich qualifiziert wurde, da damit

¹¹ RENÉ A. RHINOW, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, S. 429 ff., 442 f.

¹² Vgl. HANGARTNER (Fn. 10), S. 29 f.; RHINOW (Fn. 11), S. 429 mit zahlreichen Hinweisen auf die älteren Lehrmeinungen; MATTHIAS MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 194 f.; HELBLING (Fn. 2), S. 243; POLEDNA (Fn. 2), S. 210 f.; ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1996, Art. 342 OR N. 4.

¹³ Vgl. FELIX HAFNER, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 181 ff., S. 192 f.; MICHEL (Fn. 12), S. 195, 200; ARNOLD MARTI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Zürich 1998, Art. 6 N. 191, der aber auch zwingende Gründe genügen lassen will.

¹⁴ Die Vorschriften des OR über die Personalvorsorge gelten – ebenso wie das BVG (SR 831.40) und FZG (SR 831.42) – auch für die öffentliche Hand (vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich etc. 2006, Art. 342 N. 1 und 3).

¹⁵ Vgl. HAFNER (Fn. 13), S. 192; GEORG RUDOLF VISCHER, Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen, Diss. Basel 1989, S. 4 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁶ Es handelt sich bei Art. 342 Abs. 1 lit. a OR um einen sogenannten unechten Vorbehalt, dem lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt (HANGARTNER [Fn. 10], S. 39; ferner HANS-JAKOB MOSIMANN, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, in: ZBI 1998, S. 449 ff., 452).

¹⁷ Ebenso umstritten ist, ob bei Fehlen einer öffentlichrechtlichen Personalordnung das Dienstverhältnis aufgrund von Art. 342 Abs. 1 lit. a OR notwendigerweise dem OR untersteht (POLEDNA [Fn. 2], S. 212).

¹⁸ Vgl. FELIX HAFNER, Öffentlicher Dienst im Wandel: Stellung und Funktion des öffentlichen Dienstverhältnisses im demokratisch-pluralistischen Gemeinwesen, in: ZBI 1992, S. 481 ff., 484; PETER HELBLING, Entwicklung im Personalrecht des Bundes; Anmerkungen zum Bundespersonalgesetz (BPG), in: ders./Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 1 ff., 4; BGE 4, 321 f.

¹⁹ BGE 46 I 143 E. 2. – Das Bundesgericht hält an derselben Stelle fest, dass gestützt auf Art. 362 OR (in der damaligen Fassung) die zivilrechtlichen Vorschriften des OR über den Arbeitsvertrag für die öffentlichen Beamten und Angestellten ausgeschlossen seien. Vgl. ebenso PAUL RICHLI, Öffentliches Dienstrecht im Banne leerer Staatskassen. Sanierungsbeitrag durch privatrechtliche Anstellung des Personals, in: ArbR 1998, S. 27 ff., 36.

²⁰ RICHLI (Fn. 19), S. 38; RHINOW (Fn. 11), S. 433, wonach es sich bei dieser Rechtsprechung um ein Relikt der Fiskustheorie handelt, womit aber zugleich das Fehlen einer ausgebauten Verwaltungsgerichtsbarkeit kompensiert wurde; BGE 75 II 246 E. 1.

²¹ BGE 54 II 120 ff., 123; vgl. POLEDNA (Fn. 2), S. 210 f.

keinerlei hoheitliche Befugnisse, hierarchische Eingliederung oder dergleichen verbunden waren. Die betroffene Person hatte sich als Arzt zur medizinischen Versorgung dreier Gemeinden bzw. von deren Einwohnern verpflichtet.²²

[Rz 10] In neueren Entscheiden hat das Bundesgericht dann aber auch die ärztliche Tätigkeit für das Gemeinwesen grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstellt. Eine privatrechtliche Anstellung ist demnach nur noch möglich, sofern diese aufgrund einer klaren und unmissverständlichen kantonalen Regelung erfolgt und sie durch das anwendbare Recht nicht ausgeschlossen wird.²³ Dabei stellt zwar das Bundesgericht die Zulässigkeit privater Arbeitsverträge allgemein in Frage, hebt aber einen kantonalen Entscheid, der gestützt auf das kantonale Recht das Vorliegen eines privaten Arbeitsvertrages bejaht, nicht auf, sofern die Anwendung des kantonalen Rechts nicht willkürlich erfolgt ist. Damit lässt sich aus der jüngeren Bundesgerichtspraxis an sich nur herauslesen, dass das Gemeinwesen durch den Abschluss privater Arbeitsverträge nicht per se in eine geschützte Grundrechtsposition der Arbeitnehmenden eingreift.²⁴

2. Gesetzliche Regelungen

a) Bund

[Rz 11] Das Arbeitsverhältnis der Angestellten des Bundes ist grundsätzlich öffentlichrechtlicher Natur (Art. 8 Abs. 1 BPG). Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das Bundespersonalgesetz oder andere Bundesgesetze nichts anderes vorsehen. Dieser Verweis erfasst nicht nur die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 319 ff. OR), sondern sämtliche Regeln, die sich im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Arbeitsverhältnisses für einen analogen Beizug als ergänzendes öffentliches Recht eignen.²⁵

[Rz 12] Von diesem Grundsatz des öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnisses gibt es zahlreiche Ausnahmen. So kann nach Art. 6 Abs. 5 BPG der Bundesrat in begründeten Fällen bestimmte Personalkategorien dem OR unterstellen. In begründeten Einzelfällen kann selbst die arbeitgebende Behörde Einzelarbeitsverträge nach OR abschliessen (Art. 6 Abs. 6 BPG). In beiden Fällen sind alsdann für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis die Zivilgerichte zuständig (Art. 6 Abs. 7 BPG). Diese Bestimmungen waren im bundesrätli-

chen Gesetzesentwurf²⁶ nicht vorgesehen und wurden von den Räten – nach umstrittener Debatte – eingefügt. Das Parlament wollte mit Art. 6 Abs. 5 BPG vor allem eine Ausnahmeregelung für Hilfskräfte schaffen und einem Anliegen der SBB und der Post entsprechen²⁷. Zum Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 6 BPG lässt sich den Ratsdebatten nichts Näheres entnehmen.²⁸ Nach Art. 5 Abs. 4 Rahmenverordnung BPG²⁹ kann das oberste Kader des Bundes nach Obligationenrecht angestellt werden. Hinzu kommt schliesslich, dass die dezentralisierten Verwaltungseinheiten spezialgesetzlich vom Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes ausgenommen werden können³⁰ und dass bei Organisationsprivatisierungen die Arbeitsverhältnisse zwingend dem Obligationenrecht unterstehen.³¹

b) Einzelne Kantone (Auswahl)

[Rz 13] Im Kanton Zürich untersteht das Arbeitsverhältnis des Staats- und Gemeindepersonals dem öffentlichen Recht (Art. 47 Abs. 1 KV ZH). Gestützt auf die Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsnorm, welche insbesondere im Zusammenhang mit dem kantonalen Personalgesetz zu verstehen ist,³² gelten als «Staatspersonal» nur die Angestellten des Staates und seiner unselbständigen Anstalten.³³ Dies entspricht der herrschenden Lehre und Rechtsprechung zu Art. 11 Abs. 2 Satz 1 altKV ZH,³⁴ wonach selbständige Anstalten von dieser Norm nicht erfasst werden.³⁵

[Rz 14] Die Anstellungsverhältnisse bei der kantonalen Zentralverwaltung und den Gemeinden sind aufgrund der Kantonsverfassung zwingend öffentlichrechtlicher Natur. Demgegenüber sind bei den selbständigen kantonalen Anstalten privatrechtliche Anstellungen zulässig. Der Regierungsrat hat im Zusammenhang mit der Vonselbständigung des Universitätsspitals Zürich und des Kantonsspitals Winterthur die Auffassung geäußert, dass die Arbeitsverhältnisse der Angestellten dem Privatrecht unterstehen würden, wenn in den Anstaltsgesetzen nicht ausdrücklich das kantonale Personalrecht für anwendbar erklärt wird.³⁶ Dem steht aber die

²² Es erscheint damit fraglich, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag vorgelegen hat. Fehlen die Merkmale eines Arbeitsvertrages, schliesst die heutige Praxis auf das Vorliegen eines auftragsähnlichen öffentlichrechtlichen Vertrages (vgl. VGr ZH, 12. Januar 2005, PB.2004.00074; VGr ZH, 27. Juni 2007, PB.2006.00035; Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2008, 1C_252/2007).

²³ Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2006, 2P.18/2006, E. 2.3; BGE 118 II 213 E. 3.

²⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Mai 2006, 2P.18/2006, E. 2.1.

²⁵ Vgl. nur BGE 132 II 161 E. 3 mit zahlreichen Hinweisen.

²⁶ BBl 1999, S. 1597 ff.

²⁷ Post und SBB unterstehen grundsätzlich dem Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes (Art. 2 Abs. 1 lit. c und d BPG).

²⁸ Vgl. AB NR 2000, S. 5 ff.; AB SR 1999, S. 1084 ff.

²⁹ SR. 172.220.11.

³⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. e BPG.

³¹ Vgl. dazu im Einzelnen HELBLING (Fn. 18), S. 17 ff.; HELBLING (Fn. 2), S. 245 f.; TOBIAS JAAG, Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 587 ff., 592 f.

³² Vgl. Evi Schwarzenbach, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/dies. (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, Art. 47 N. 3 f.

³³ Vgl. § 1 Abs. 1 PG ZH.

³⁴ LS 101 – Historische Fassung.

³⁵ RB 2005 Nr. 23 E. 4.1; TOBIAS JAAG, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Zürich 2005, Rz. 3017 f. und 3951.

³⁶ Weisung des Regierungsrates vom 14. März 2003 (ABI 2003, S. 166 f. und

bundesgerichtliche Praxis entgegen (vorne Rz. 10). Zudem wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass privatrechtliche Anstellungsverhältnisse nur dann gerechtfertigt seien, wenn es sich um die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit handle (dazu hinten IV. 2.).³⁷

[Rz 15] Im Kanton Schaffhausen schreibt die Verfassung vor, dass das Dienstverhältnis durch das Gesetz zu regeln ist (Art. 46 Abs. 1 KV SH). Dadurch soll dem Gesetzgeber die Möglichkeit offen stehen, privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zu schaffen.³⁸ Das Personalgesetz sieht öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnisse³⁹ vor (Art. 6 Abs. 1 PG SH).⁴⁰ Der Regierungsrat wird aber ermächtigt, in begründeten Fällen einzelne Arbeitsverhältnisse dem OR zu unterstellen, wobei für Streitigkeiten die Zivilrechtspflege zuständig ist (Art. 3 Abs. 3 f. PG SH).⁴¹

3. Zwischenergebnis

[Rz 16] Nach dem herrschenden Meinungsstand liegt es in der Entscheidungsfreiheit des Bundesgesetzgebers bzw. des kantonalen Verfassungs (oder Gesetz-) gebers, ob das Personal öffentlich- oder privatrechtlich angestellt wird. Damit könnten mit den Angestellten des Bundes oder der Kantone, sofern dafür eine Rechtsgrundlage besteht, private Arbeitsverträge nach dem Obligationenrecht abgeschlossen werden. Diese Auffassung ist zwar insoweit zutreffend, als dass die Bundesverfassung keine Bestimmung enthält, welche die privatrechtliche Anstellung im öffentlichen Dienst ausschliessen würde. Allerdings fragt sich, ob die Regelung des Arbeitsvertrages im Obligationenrecht für die Angestellten des öffentlichen Dienstes überhaupt geeignet und sachgerecht ist.

[Rz 17] Wie eingangs erwähnt ist die Annäherung des öffentlichen Personalrechts an das Einzelarbeitsvertragsrecht richtig, zumal klassische Elemente des Beamtenrechts wie die Wahl auf Amtsdauer oder das Disziplinarrecht weitgehend abgeschafft wurden. Auch soll die Tätigkeit für die Staatsverwaltung durchaus mit einer (privaten) Dienstleistungstätigkeit vergleichbar sein, um leistungs- und effizienzfördernde

Effekte im Sinne des New Public Managements zu erzielen. Dem widerspricht es nicht, dass nachstehend aufgrund ausgewählter Problemstellungen geprüft wird, ob die Bindung des Gemeinwesens an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze der Unterstellung der Anstellungsverhältnisse unter das OR entgegensteht oder doch zumindest Schranken auferlegt.⁴² Dies erscheint umso notwendiger, als die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen, welche das Eingangstor für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bilden können, sehr unbestimmt sind und damit der arbeitgebenden Behörde einen (zu) erheblichen Spielraum einräumen.

III. Verfassungsrechtliche Einbettung des öffentlichen Dienstes

1. Ausgangslage: Bindung an Verfassungsgrundsätze

[Rz 18] Es ist unbestritten, dass das Gemeinwesen ungeachtet seiner Handlungsformen, das heisst auch wenn es privatrechtlich handelt, an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze gebunden ist.⁴³ Auch bei der Wahl privatrechtlicher Arbeitsverträge bleibt damit die Behörde namentlich den Grundsätzen der Gesetzmässigkeit, des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit, der Rechtsgleichheit und des Willkürverbotes verpflichtet. Dasselbe gilt für die Grundrechtsbindung.⁴⁴ Dem Gemeinwesen steht keine «privatautonome Willkür» zu, wie sie die Privaten besitzen.⁴⁵

[Rz 19] Dadurch wird zwar der Einsatz privatrechtlicher Handlungsformen für das Gemeinwesen grundsätzlich nicht ausgeschlossen.⁴⁶ Allerdings kollidieren die Anforderungen an die Ausgestaltung und Regelung des Dienstverhältnisses, wie sie sich aus den Verfassungsgrundsätzen ableiten, mit entscheidenden Wesensmerkmalen des privaten Arbeitsvertragsrechts:

2. Zum Kündigungsschutz

[Rz 20] Für die ordentliche Kündigung des privatrechtlichen Arbeitsvertrages gilt das Prinzip der Kündigungsfreiheit. Das Arbeitsverhältnis kann demnach aus beliebigen Gründen, d.h. auch «ohne einleuchtenden Grund nach Willkür» seitens der arbeitgebenden Partei aufgelöst werden.⁴⁷ Verpönt

224).

³⁷ JAAG (Fn. 35), Rz. 3018; ferner SUSANNA STÄHELIN, Anstellung und Kündigung im öffentlichen Dienst, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich etc. 2008, S. 127 ff., 129.

³⁸ RETO DUBACH/ARNOLD MARTI/PATRICK SPAHN, Verfassung des Kantons Schaffhausen, Kommentar, Schaffhausen 2004, Art. 46 S. 129.

³⁹ Dabei gilt – gleich wie im Bund – subsidiär und sinngemäss das OR, wenn das kantonale Recht keine Regelung enthält (vgl. Art. 3 Abs. 2 PG SH).

⁴⁰ SHR 180.100.

⁴¹ Vgl. § 2 Personalverordnung (SHR 180.111), wonach für Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, Lehrlinge und Praktikanten, Aushilfskräfte und nebenberufliches Personal ohne öffentliche Funktionen das OR gilt. Der Regierungsrat kann aber auch weitere Arbeitsverhältnisse dem OR unterstellen.

⁴² Ähnlich RHINOW (Fn. 11), S. 431.

⁴³ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 35 N. 9.

⁴⁴ Vgl. z.B. JAAG (Fn. 31), S. 596; JAAG (Fn. 7), S. 439; MOSIMANN (Fn. 16), S. 464 f.; POLEDNA (Fn. 2), S. 220; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich etc. 2006, N. 295 ff.

⁴⁵ BGE 127 I 84 E. 4c mit Hinweisen.

⁴⁶ BIAGGINI (Fn. 43), Art. 35 N. 9.

⁴⁷ MANFRED REHBINDER, Der Arbeitsvertrag, Berner Kommentar zu den Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 335 N. 13; vgl. nunmehr aber auch BGE 132 III 115

sind einzig missbräuchliche Kündigungen (Art. 336 OR), wobei selbst diese das Arbeitsverhältnis beenden und lediglich eine beschränkte Entschädigungspflicht zur Folge haben (Art. 336a OR). Die Kündigungsfreiheit gehört zu den bestimmenden Wesensmerkmalen des schweizerischen Arbeitsvertragsrechts. Das gilt auch für den fehlenden Bestandesschutz, wovon immerhin durch die Bestimmung über die Kündigung zur Unzeit – indessen nur für zeitlich beschränkte Sperrfristen – abgewichen wird (Art. 336c OR). Die «Freiheit» des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin wird damit im Privatrecht eindeutig höher gewichtet als der soziale bzw. existenzielle Schutz der Arbeitnehmenden. Die Beweggründe des Gesetzgebers für diese einseitige Regelung mögen berechtigt sein oder nicht, sie sind auf jeden Fall wirtschaftlich motiviert.

[Rz 21] Es ist dem Gemeinwesen verwehrt, den Kündigungsschutz seiner Angestellten nur nach Massgabe des Obligationenrechts zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung muss eine Kündigung immer durch einen sachlichen bzw. triftigen Grund gerechtfertigt sein, sodass eine Beschränkung auf die Missbrauchstatbestände des OR ausgeschlossen ist. Eine Kündigung muss als Folge des Willkürverbotes auf sachlichen Gründen beruhen. Zudem ist zwingend eine Interessenabwägung notwendig, was sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt: Dementsprechend muss die Kündigung erforderlich sein, womit in jedem Fall zu prüfen ist, ob nicht eine mildere Massnahme zu ergreifen ist. Zudem muss aufgrund der Umstände des Einzelfalles das öffentliche Interesse des Gemeinwesens an einer Kündigung das private Interesse des oder der betroffenen Arbeitnehmenden an einem Weiterbestand des Anstellungsverhältnisses überwiegen.⁴⁸ Das Verhältnismässigkeitsprinzip greift schliesslich auch bei der Kündigung wegen Krankheit, sodass nach Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 336c OR nicht wie bei privaten Arbeitsverhältnissen ohne weiteres die Kündigung ausgesprochen werden kann. Vielmehr ist aufgrund des Gesundheitszustandes der oder des Angestellten eine Interessenabwägung vorzunehmen und eine sachlich begründete Lösung anzustreben.⁴⁹

[Rz 22] Für die Angestellten des Gemeinwesens gilt daher von Verfassungs wegen, das heisst auch dann, wenn das Personalrecht keine dementsprechenden Kündigungsschutzvorschriften enthält,⁵⁰ ein qualifizierter, vom privaten Arbeitsver-

tragsrecht erheblich abweichender Kündigungsschutz. Eine Kündigung muss materiell auf sachlichen Gründen beruhen; zudem lässt sich auch unmittelbar aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ableiten, dass bei einer Kündigung wegen mangelhafter Leistung oder unbefriedigendem Verhalten bzw. anderweitiger Dienstpflichtverletzungen in der Regel zunächst eine Ermahnung ergehen muss, um der oder dem Betroffenen die Möglichkeit der Bewährung zu ermöglichen.⁵¹ Dabei handelt es sich zugleich um eine Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).⁵² Aus dem Gehörsanspruch folgt auch, dass vor Aussprache der Kündigung der oder dem Angestellten Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist.⁵³ Die Verfassung gewährleistet damit auch einen formellen Kündigungsschutz, welcher den Angestellten ein Minimum an fairer Behandlung bietet. Soweit das Personalrecht darüber hinaus geht, wie dies etwa im Kanton Zürich der Fall ist,⁵⁴ verfehlen formelle Kündigungsschutzbestimmungen in der Praxis allerdings ihren Zweck: Die arbeitgebende Behörde muss nämlich mit Blick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren die betroffene Person substantiiert negativ qualifizieren, wodurch diese zwangsläufig gekränkt wird und während der Bewährungsfrist einem (zu) hohen Druck ausgesetzt wird. Von einem sinnvollen Schutz der Angestellten kann damit häufig nicht mehr die Rede sein.

[Rz 23] Hinzu kommt schliesslich, dass eine unrechtmässige Kündigung, gleich wie jede andere Verfügung, auf dem Rechtsweg aufgehoben werden kann. Mehrere Autoren treten folglich dafür ein, dass eine sachlich nicht gerechtfertigte Kündigung das Anstellungsverhältnis nicht beendet, womit die Angestellten Bestandesschutz geniessen.⁵⁵ Für die Angestellten des Bundes gilt aufgrund des Bundespersonalgesetzes grundsätzlich ein solcher Bestandesschutz, da nur in Ausnahmefällen eine Entschädigung an die Stelle der Wei-

E. 2, wonach eine zweckwidrige Rechtsausübung, die zu einem sozial stossenden Missverhältnis der Interessen führt, die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Kündigung begründen kann.

⁴⁸ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 22. Mai 2001, 2A.71/2001, E. 2c; BGE 108 Ib 210 f.; zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit vgl. insbesondere Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008, 1C_277/2007, E. 5. – Vgl. ferner für den Kanton Zürich z.B. VGr ZH, 13. Januar 2010, PB.2009.00013, E. 2.2.

⁴⁹ VGr ZH, 12. August 2005, PB.2005.00018, E. 4.3 f. (auch publiziert in RB 2005 Nr. 109); ferner BGE 124 II 53 E. 2b/aa.

⁵⁰ Ebenso POLEDNA (Fn. 2), S. 220 f. und 227 f.; vgl. auch PAUL RICHLI, New

Public Management und Personalrecht, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 101 ff., 124 f., der eine Kombination von Kündigungsfreiheit und Kündigungsausschlussgründen für denkbar hält.

⁵¹ Dahingehend Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008, 1C_277/2007, E. 5. – Im Kanton Zürich sind die formellen Kündigungsschutzvorschriften sehr weitgehend normiert (vgl. § 19 PG ZH).

⁵² VGr ZH, 25. Februar 2004, PB.2003.00021, E. 2.2.

⁵³ Es soll nicht verschwiegen werden, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet, da die Angestellten, wenn ihnen die Kündigung in Aussicht gestellt wird, nicht selten krank werden, womit der zeitliche Kündigungsschutz Platz greift.

⁵⁴ Die Kündigung im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Verhalten setzt in der Regel die Durchführung zweier Mitarbeiterbeurteilungen voraus und dazwischen liegt die Bewährungsfrist (vgl. § 18 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz, LS 177.111).

⁵⁵ Vgl. RICHLI (Fn. 9), S. 103 f.; RICHLI (Fn. 19), S. 50; POLEDNA (Fn. 2), S. 221, 230; THOMAS KOLLER, Die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, in: Rechtliche Probleme der Privatisierung (BTJP 1997), Bern 1998, S. 121 ff., 136.

terbeschäftigung treten kann.⁵⁶ Im Kanton Zürich lehnt es hingegen das Verwaltungsgericht in seiner mehrfach bestätigten Rechtsprechung ab, eine unrechtmässige Kündigung aufzuheben, da § 18 Abs. 3 PG ZH lediglich einen Anspruch auf Entschädigung gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts vorsehe. Offen gelassen hat das Verwaltungsgericht zuletzt immerhin, ob die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV zur Aufgabe dieser Praxis zwingen könnte.⁵⁷ Es gehört zum materiellen Gehalt der Rechtsweggarantie, dass mindestens einer gerichtlichen Instanz volle Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen zukommen muss.⁵⁸ Zudem muss der Rechtsschutz wirksam sein. Die Forderung, dass im Rechtsmittelverfahren eine Kündigung, welche vor der Verfassung nicht standhält, aufzuheben ist und dass das verfassungswidrige Vorgehen des Gemeinwesens nicht durch eine – zumal geringfügige – Entschädigung abgegolten werden kann, erscheint daher nicht abwegig.

[Rz 24] Schliesslich unterscheidet sich der Kündigungsschutz im Privatrecht noch in einem weiteren wesentlichen Punkt vom öffentlichen Personalrecht: Im Anwendungsbebereich des OR trägt der Gekündigte die Beweislast für den missbräuchlichen Kündigungsgrund.⁵⁹ Für den öffentlichen Dienst trägt hingegen das Gemeinwesen die Beweislast für das Vorliegen eines sachlichen Kündigungsgrundes.⁶⁰ Dies muss unabhängig davon gelten, ob das anwendbare Personalrecht ausdrücklich einen sachlichen Kündigungsgrund verlangt, d.h. auch dann, wenn hinsichtlich des Kündigungsschutzes lediglich auf die Bestimmungen des OR verwiesen wird.⁶¹ Nicht gefolgt werden kann daher auch der (viel) zu komplizierten Regelung in Art. 14 Abs. 1 f. BPG, welche zugunsten der Angestellten zu einer Umkehr der Beweislast führen soll,⁶² indem die kündigende Bundesbehörde in die Rolle der Beschwerdeführerin gedrängt wird. Da es sich bei der Kündigung um eine belastende Verfügung handelt, trägt die kündigende Behörde so oder anders die Beweislast für das Vorliegen der Kündigungsgründe.⁶³

3. Lohnfestsetzung: «Essentialia» des Arbeitsverhältnisses

[Rz 25] Die Festsetzung des Lohnes bildet «Essentialia» des privaten Arbeitsvertrages⁶⁴ und steht den Vertragsparteien jedenfalls grundsätzlich zur freien Verhandlungsdisposition.⁶⁵ Der Lohn bildet ebenso eine der zentralen Entscheidungsgrundlagen bei der Übernahme einer Stelle im öffentlichen Dienst.⁶⁶ Der Verhandlungsspielraum wird dabei allerdings aufgrund des Legalitätsprinzips und des Gleichbehandlungsgebotes eingeschränkt:

[Rz 26] Das Legalitätsprinzip gilt nach heutiger Auffassung für sämtliche Bereiche und Arten der Verwaltungstätigkeit, und damit auch für das Personalrecht.⁶⁷ Folglich kommt das Gemeinwesen nicht umhin, öffentlichrechtliche Vorschriften über die Entlohnung der Angestellten zu erlassen.⁶⁸ Das Bundesgericht steht auf dem Standpunkt, dass sich die Rechte und Pflichten der Angestellten im Grundsatz aus einem zumindest materiellen Gesetz ergeben sollen. Dies betrifft auch die Entlohnung, wobei allerdings ein vertraglich vereinbartes Gehalt auch im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis eine rechtssatzmässige Festsetzung der Besoldung ersetzen könne, wenn der Vertrag seitens der privaten Partei wissentlich und freiwillig eingegangen worden ist.⁶⁹

[Rz 27] Das Bundesgericht nimmt damit Bezug auf die von einem Teil der Lehre vertretene Meinung, dass es sich bei verwaltungsrechtlichen Verträgen um einen Ausnahmefall vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage handle. Der Vertragsinhalt ist demgemäss weitgehend verhandelbar und abhängig von der Einwilligung des Privaten.⁷⁰ Für das Personalrecht ist diese Auffassung abzulehnen, da das Gemeinwesen mit einer Vielzahl von Personen in vergleichbaren Situationen Anstellungsverhältnisse begründet, womit das Fehlen gesetzlicher Leitlinien für die Entlohnung unweigerlich mit dem Gleichbehandlungsgebot kollidiert. Die Lehre zum Personalrecht verlangt denn auch, und zwar ohne Unterscheidung zwischen vertraglicher oder auf Verfügung beruhender Anstellung, dass die wesentlichen Züge der Entlohnung in einem Gesetz im formellen Sinn aufzustellen sind.

⁵⁶ Vgl. Art. 14 und 19 BPG; WOLFGANG PORTMANN, Überlegungen zum bundespersonalrechtlichen Kündigungsschutz, in: Jusletter 25. März 2002, passim; zurückhaltend allerdings Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008, 1C_277/2007, E. 7.

⁵⁷ VGr ZH, 1. April 2009, PB.2009.00002, E. 2.1 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁸ JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 916; BIAGGINI (Fn. 43), Art. 29a N. 8.

⁵⁹ BGE 121 III 60 E. 3b mit Hinweisen.

⁶⁰ VGr ZH, 29. August 2001, PB.2001.00011, E. 8b.

⁶¹ Anders aber RB 1995 Nr. 24 E. 1.

⁶² Vgl. PORTMANN (Fn. 56), Rz. 18 ff.; BVGE 2007/3 E. 3.3.

⁶³ Vgl. zu dieser allgemeinen Regel ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.150; CHRISTOPH AUER, in: ders./Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 12 N. 16.

⁶⁴ Ebenso RHINOW (Fn. 11), S. 437.

⁶⁵ Eingeschränkt wird diese Freiheit zum einen durch den Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV; Art. 3 Abs. 2 GIG), der auch gegenüber privaten Arbeitgebern gilt. Zum anderen werden wohl auch private Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen eine interne Lohngerechtigkeit anstreben. Schliesslich wird die Lohnhöhe für den durchschnittlichen Arbeitnehmenden gewiss vom Arbeitgeber diktiert.

⁶⁶ Vgl. VGr ZH, 12. Oktober 2000, PB.2000.00015, E. 2a.

⁶⁷ RICHLI (Fn. 50), S. 117; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 44), N. 413 ff.

⁶⁸ JAAG (Fn. 7), S. 439.

⁶⁹ BGE 129 I 161 E. 2.4; BGE 123 I 1 E. 4.

⁷⁰ Vgl. ISABELLE HÄNER, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staats-handlungen, in: ZBl 2002, S. 57 ff.

Dazu gehört unter anderem die Festlegung der Mindest- und Höchstgehälter für die einzelnen Positionen bzw. Lohnstufen sowie die Grundsätze der Einteilung der Stellen in diese unterschiedlichen Lohnstufen.⁷¹

[Rz 28] Das Gemeinwesen hat im Weiteren bei der Lohnfestsetzung das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV zu beachten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt, wenn im öffentlichen Dienstverhältnis gleichwertige Arbeit ungleich entlohnt wird. Den Behörden steht bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung freilich ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, diejenigen Kriterien auszuwählen, die für die Entlohnung des Personals massgeblich sein sollen. Verfassungsrechtlich wird verlangt, dass sich diese vernünftig begründen lassen. Neben der Qualität der geleisteten Arbeit werden in der Gerichtspraxis Motive wie Alter,⁷² Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Arbeitszeit, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeit als sachliche Kriterien zur Festlegung der Lohnordnung erachtet.⁷³ Diese für den Bereich der Rechtsetzung entwickelte Rechtsprechung gilt es auch bei der Rechtsanwendung zu beachten. Die arbeitgebende Behörde muss daher bei der individuellen Lohnfestsetzung gleiche Sachverhalte mit gleich relevanten Tatsachen gleich behandeln, es sei denn, ein sachlicher Grund rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung.⁷⁴

[Rz 29] Zwischen verwandten Berufsgruppen erachtete das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden durchaus erhebliche Lohnunterschiede von bis zu fast 30 % als zulässig.⁷⁵ Das bedeutet aber nicht, dass geringfügige Lohnunterschiede per se hinzunehmen sind. Für Lohnunterschiede müssen immer sachliche Gründe bestehen.⁷⁶ Das Gemeinwesen kann damit zwar verwandte oder ähnliche Berufe⁷⁷ durchaus unterschiedlich bewerten, bei der Entlohnung für dieselbe Tätigkeit setzen die vorstehend genannten Kriterien der arbeitgebenden Behörde aber enge Grenzen.⁷⁸ Dement-

sprechend steht das Gleichbehandlungsgebot einer der Par-teidisposition anheim gestellten Lohnfestsetzung entgegen, wenn mehrere Personen derselben Berufsgruppe oder für dieselbe oder eine vergleichbare Tätigkeit angestellt werden. Das Gleichbehandlungsgebot gilt zwar nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur gegenüber der gleichen Behörde,⁷⁹ die Beachtung der Lohngleichheit verpflichtet aber ein Gemeinwesen in seiner Gesamtheit.⁸⁰ Es widerspricht daher dem Rechtsgleichheitsgebot, wenn der Bund oder die Kantone das Personal – jedenfalls soweit vergleichbare Tätigkeiten vorliegen – dezentraler Verwaltungseinheiten nicht demselben Lohnsystem unterstellen wie das Personal der Zentralverwaltung.⁸¹

4. Weitere Aspekte (Hinweis)

[Rz 30] Aufgrund des Rechtsgleichheitsgebotes und des Legalitätsprinzips sind neben den Grundsätzen der Entlohnung auch weitere Aspekte des Dienstverhältnisses durch genügend bestimmte Gesetzesnormen zu regeln. So sind etwa die Bestimmungen des Obligationenrechts betreffend die Treuepflicht (Art. 321a OR) oder die Überstundenarbeit (Art. 321c OR) derart offen formuliert, dass sie dem Legalitätsprinzip, das heisst dem Erfordernis der genügenden Bestimmtheit des Rechtssatzes, nicht entsprechen.⁸² Das wiegt umso schwerer, als das Dienstverhältnis auch Grundrechtseinschränkungen der Angestellten zur Folge haben kann.⁸³

IV. Folgerungen

1. Verfassungskonformes Dienstrecht als öffentliches Recht

[Rz 31] Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen lässt sich der Schluss ziehen, dass die öffentliche Hand als Arbeitgeberin nur dann die sich unmittelbar aus der Verfassung

⁷¹ Vgl. im Einzelnen RICHLI (Fn. 9), S. 77 ff.; TOMAS POLEDNA, Leistungslohn und Legalitätsprinzip, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen SZ 1998, S. 269 ff., 290 f.; CHRISTOPH MEYER, Leistungslohn im öffentlichen Dienst, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 133 ff., 147.

⁷² Es ist nicht einsichtig, inwiefern das Lebensalter als solches ein sachliches Kriterium für die Entlohnung bilden kann.

⁷³ BGE 131 I 105 E. 3.1.

⁷⁴ Vgl. BGE 125 I 161 E. 3a.

⁷⁵ Vgl. die Zusammenstellung der Praxis in BGE 129 I 161 E. 3.2.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2009, 1C_295/2008, E. 2.7.

⁷⁷ Für unterschiedliche Tätigkeiten besteht ein noch viel weiterer Bewertungsspielraum.

⁷⁸ Nach einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sollen vergleichbare Funktionen in verschiedenen, voneinander getrennten

Verwaltungseinheiten eines Gemeinwesens vor Art. 8 Abs. 1 BV standhalten, solange die Lohndifferenz sich innerhalb eines noch zu tolerierenden Bereichs von 10 % bewegt (VGr ZH, 6. Dezember 2006, PB.2005.00067, E. 4). Dieser Argumentation hat das Bundesgericht nunmehr aber widersprochen (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2009, 1C_295/2008, E. 2.7).

⁷⁹ Vgl. BIAGGINI (Fn. 43), Art. 8 N. 15 mit Hinweis.

⁸⁰ VGr ZH, 6. Dezember 2006, PB.2005.00067, E. 4.3.2.

⁸¹ Zur Veranschaulichung: Im Kanton Zürich sind Ärzte sowohl bei den selbstständigen Spitälern der Gesundheitsdirektion wie auch beim Universitätsspital Zürich und dem Kantonsspital Winterthur, beides selbstständige Anstalten des kantonalen öffentlichen Rechts, angestellt. Eine grundsätzlich unterschiedliche Entlohnung dieser Angestellten wäre daher m.E. unzulässig.

⁸² Vgl. POLEDNA (Fn. 2), S. 225 f., 233.

⁸³ Vgl. dazu ISABELLE HÄNER, Grundrechte im öffentlichen Personalrecht, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 395 ff.; BEATRIX SCHIBLI, Einschränkungen der Meinungsfreiheit des Bundespersonals, Diss. Zürich 2005.

ergebenden Anforderungen an die Ausgestaltung der Anstellungsverhältnisse gewährleisten kann, wenn diese Rechtsverhältnisse dem öffentlichen Recht unterstehen. Das Gemeinwesen kommt nicht umhin, vom Obligationenrecht abweichende Vorschriften aufzustellen, will es die Angestellten – nach Treu und Glauben sowie zur Schaffung von Rechtssicherheit – über ihre Rechtsstellung gegenüber der arbeitgebenden Behörde ins Bild setzen.

[Rz 32] Werden die Arbeitsverhältnisse dem Privatrecht unterstellt, so werden sie dennoch von öffentlichrechtlichen Vorschriften überlagert, sodass von einer echten Unterstellung oder einer echten privatrechtlichen Ordnung nicht die Rede sein kann.⁸⁴ Es herrscht in der Lehre denn auch Einigkeit darüber, dass nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht die Anstellungsverhältnisse beim Staat öffentlichrechtlicher Natur sind. Die Dienstverhältnisse dienen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Funktionstheorie) und ihre Begründung liegt im öffentlichen Interesse (Interessentheorie).⁸⁵ Dies kann sogar dazu führen, dass trotz einer gesetzlichen Ermächtigung zum Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge durch Auslegung oder in Anwendung der Abgrenzungskriterien dennoch von öffentlichrechtlichen Anstellungsverhältnissen auszugehen ist.⁸⁶

[Rz 33] Wie aufgezeigt führt die Beachtung der Verfassungsgrundsätze dazu, dass sich das Anstellungsverhältnis beim Gemeinwesen aus rechtlicher Sicht in grundlegenden Aspekten von einem Einzelarbeitsvertrag nach OR unterscheidet. Diese rechtliche Verschiedenheit mag zwar bei der alltäglichen Dienstverrichtung nicht in Erscheinung treten, sie manifestiert sich aber vor allem dann, wenn eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der arbeitgebenden Behörde in Frage steht oder wenn für einzelne Angestellte besondere – finanzielle – Begünstigungen geschaffen werden sollen.

[Rz 34] Besteht tatsächlich ein öffentliches Interesse für einzelne Angestellte oder für einzelne Berufsgruppen, das Arbeitsverhältnis möglichst umfassend nach dem Obligationenrecht zu gestalten, so hat dies richtig besehen nicht durch den Abschluss (vermeintlich) privatrechtlicher Arbeitsverträge, sondern durch den Erlass besonderer öffentlichrechtlicher Anstellungsbedingungen zu geschehen.⁸⁷ Dabei ist es sogar nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der Besonderheiten der Aufgabenerfüllung oder der Stellung des Angestellten gegenüber der arbeitgebenden Behörde selbst Abweichungen zulasten der Angestellten vom Obligationenrecht

zulässig sind. Nimmt man etwa das Beispiel der persönlichen Mitarbeiter oder Mitarbeiterinnen der Regierungsmitglieder, so versteht sich von selbst, dass hier der freie «Wille» des Regierungsmitgliedes die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt.⁸⁸

[Rz 35] Soll für einzelne Angestellte oder Berufsgruppen das Obligationenrecht gelten, führt dies zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit: Auf der einen Seite sind alsdann für die Beurteilung von Streitigkeiten die Zivilgerichte zuständig,⁸⁹ welche aber ihre Zuständigkeit, wenn das Arbeitsverhältnis dennoch als öffentlichrechtlich qualifiziert wird, ablehnen können. Auf der anderen Seite ist es doch nicht das Obligationenrecht, welches die rechtlichen Leitlinien für wesentliche Regelungsaspekte des Arbeitsverhältnisses setzt. Dies führt in der Praxis – insbesondere für die mit dem Verfassungsrecht wenig vertrauten Zivilgerichte – zu einem erheblichen, mit Schwierigkeiten verbundenen Auslegungs- und Konkretisierungsbedarf.

[Rz 36] Es ist damit zugleich höchst ungewiss, ob das Gemeinwesen durch den Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge, die dahinter stehenden Zielvorstellungen überhaupt erreicht, wenn die «Vertragsfreiheit» durch die Bindung an die Verfassungsgrundsätze trotzdem eingeschränkt bleibt. Sollen für einzelne Angestellte oder Berufsgruppen besondere Anstellungsbedingungen gelten, hat hierfür der Personalgesetzgeber hinreichende Rechtsgrundlagen zu schaffen. Zwar ist auch der Gesetzgeber an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze gebunden; diese sind aber zugegebenermassen sehr konkretisierungsbedürftig, sodass dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt.

[Rz 37] Zusammenfassend: Eine Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das Obligationenrecht lässt sich mit einer verfassungskonformen Regelung des öffentlichen Dienstrechts nicht vereinbaren. Der Personalgesetzgeber muss vom Obligationenrecht abweichende Bestimmungen schaffen, welche der Bindung des Gemeinwesens an die allgemeinen Verfassungsgrundsätze und die Grundrechte Rechnung tragen.

2. Aber: Keine Regel ohne Ausnahmen

[Rz 38] Die Tätigkeit des Gemeinwesens erschöpft sich nicht in der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben; der Staat kann auch als Marktteilnehmer in Konkurrenz zu Privaten auftreten.⁹⁰ Schafft das Gemeinwesen für wirtschaftliche

⁸⁴ FRITZ LANG, Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 49 ff., 55; HANGARTNER (Fn. 10), S. 44; RICHLI (Fn. 50), S. 125 ff.

⁸⁵ Vgl. JAAG (Fn. 7), S. 437; HAFNER (Fn. 18), S. 485; HAFNER (Fn. 13), S. 201 ff.; RICHLI (Fn. 19), S. 43 f.; RICHLI (Fn. 50), S. 126.

⁸⁶ HAFNER (Fn. 13), S. 207.

⁸⁷ Ähnlich RHINOW (Fn. 11), S. 438 f.

⁸⁸ Vgl. Art. 26 Abs. 4 lit. a Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3). Ferner für den Kanton Zürich § 12 Abs. 2 PG ZH und § 5 Personalverordnung (LS 177.11).

⁸⁹ Nach RHINOW (Fn. 11), S. 440 ff. widerspricht die Wahlfreiheit bei der Festlegung des Rechtsweges dem Legalitätsprinzip und dem Rechtsgleichheitsgebot. Ebenfalls kritisch JAAG (Fn. 7), S. 439.

⁹⁰ Vgl. nur STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer: Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz

Tätigkeiten privatrechtliche Gesellschaften, gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zwingend das private Arbeitsrecht.⁹¹ Ungeachtet der Frage der Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln⁹² findet bei Organisationsprivatisierungen das private Arbeitsvertragsrecht Anwendung. Dagegen können grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Einwände erhoben werden. Bei einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung gilt dies selbst dann, wenn keine private Gesellschaft, sondern eine öffentlichrechtliche Organisationsform vorliegt, wie dies etwa im Kanton Zürich bei der Kantonbank der Fall ist.⁹³ Nimmt eine öffentlichrechtliche Körperschaft oder Anstalt eine öffentliche, nicht wirtschaftlich motivierte Aufgabenerfüllung war, sollen die Anstellungsverhältnisse hingegen öffentlichrechtlicher Natur sein, da für private Arbeitsverträge keine Rechtfertigung besteht.⁹⁴

[Rz 39] Zugegeben – eine Ungereimtheit bleibt: Überträgt der Staat eine öffentliche Aufgabe einem Privaten, so gilt für diesen, wie gesagt, das private Arbeitsvertragsrecht.⁹⁵ Dies kann und darf hingenommen werden, sofern die Aufgabenerfüllung durch den Privaten im öffentlichen Interesse liegt. Prüft das Gemeinwesen die Auslagerung einer öffentlichen Aufgabe aus der Zentralverwaltung und handelt es sich nicht um eine wirtschaftliche Tätigkeit, die in Konkurrenz zu Privaten ausgeübt wird, ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Rechtsstellung des Personals aber eine öffentlichrechtliche Organisationsform zu schaffen.

Dr. Marco Donatsch, Rechtsanwalt (Männedorf)

* * *

zu Privaten, Diss. Zürich 2000.

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2003, 2P.217/2003, E. 2.3 mit Hinweisen. – Bei spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften des Bundesrechts und kantonalen Gesellschaften nach Art. 763 OR muss dies nicht zwingend der Fall sein.

⁹² Dazu jüngst ELIANE SCHLATTER, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich 2009.

⁹³ Vgl. JAAG (Fn. 7), S. 441; JAAG (Fn. 35), Rz. 3017 und 3951; RICHLI (Fn. 50), S. 126.

⁹⁴ Im Kanton Zürich sehen die Anstaltsgesetzgebungen für die Universität, Fachhochschulen, das Universitätsspital Zürich und das Kantonsspital Winterthur für besondere Fälle privatrechtliche Anstellungen vor. Solche Regelungen sind abzulehnen, da, sofern überhaupt ein öffentliches Interesse besteht, besonderen Verhältnissen durch vom allgemeinen Personalrecht abweichende öffentlichrechtliche Vorschriften zu bewegen ist, um insbesondere dem Legalitätsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot gerecht zu werden.

⁹⁵ Vgl. auch JAAG (Fn. 31), S. 590 f. mit Beispielen.