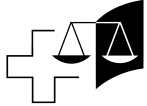


Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



CH - 1000 Lausanne 14
Tel. +41 (0) 21 318 91 11
Fax +41 (0) 21 323 37 00
Korrespondenznummer 14.3.10

XXI. Treffen der obersten deutschsprachigen Verwaltungsgerichte in Vaduz

12. - 16. September 2018

Beitrag der Schweiz zum Thema:

**Dienstrecht
im Spannungsfeld zwischen
öffentlichem und Privatrecht**

Verfasser: Bundesrichter Martin Wirthlin

Inhaltsverzeichnis

1. Öffentliches Dienstrecht in der Schweiz.....	3
a) Vielfalt.....	3
b) Reformprozess.....	3
c) Typologie der Dienstverhältnisse der öffentlichen Verwaltung.....	4
aa) Beamtung im eigentlichen oder formellen Sinn.....	4
bb) Öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis.....	5
cc) Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.....	6
2. Bedeutung des Zivilrechts für Arbeitsverhältnisse der öffentlichen Verwaltung.....	6
a) Wachsende Bedeutung.....	6
b) Erscheinungsformen.....	6
aa) Privatrecht als ergänzendes öffentliches Recht.....	6
bb) Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das Privatrecht.....	7
cc) "Sonderfall" Gesamtarbeitsverträge (GAV).....	9
3. Das Schweizerische Bundesgericht.....	10
a) Allgemeine Zuständigkeit.....	10
b) Zuständigkeit im Bereich des öffentlichen Personalrechts.....	10
c) Erledigungen im Bereich des öffentlichen Personalrechts.....	11
d) Rechtsprechungsbeispiele im spezifischen Kontext.....	12
4. Einsichten.....	14

1. Öffentliches Dienstrecht¹ in der Schweiz

a) Vielfalt

Hierzulande gibt es nicht *ein* öffentliches Dienstrecht, sondern eine ganze Palette von Dienstrechten, die sich in wesentlichen Teilen entsprechen, aber durchaus ihre Eigenheiten aufweisen. Dies gründet in der bundesstaatlich föderalen Ordnung mit Organisationsautonomie der Kantone (Art. 47 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV]; SR 101) sowie (je nach Massgabe kantonalen Rechts) der Gemeinden. Dazu gesellen sich die Satzungsbefugnisse weiterer (autonomer) Organisationen, woraus sich insgesamt eine *mannigfaltige Rechtslage* ergibt.

Die wesensgemäss vertraglichen "*zivilen*" *Arbeitsverhältnisse* unterliegen landesweit den Bestimmungen des *Obligationenrechts* (OR) vom 30. März 1911 (10. Titel: "Der Arbeitsvertrag", Art. 319 ff. OR; SR 220).² Sein Art. 342 Abs. 1 lit. a enthält den (unechten) Vorbehalt zugunsten der Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis.³ Diesbezüglich steht nunmehr *auf Bundesebene* das als Rahmengesetz ausgestaltete, seit dem 1. Januar 2001 geltende *Bundespersonalgesetz* (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) im Vordergrund, das an die Stelle des mehrfach revidierten Beamtengesetzes (BtG) vom 30. Juni 1927 getreten ist. Die Kantone ihrerseits setzen ihr eigenes Recht. Je nach kantonalen Ordnung trifft Gleiches auf die Gemeinden zu; gegebenenfalls verfügt jede Gemeinde (zumindest fakultativ) über ein eigenes Regulativ, teils unter Vorbehalt bestimmter kantonalgesetzlicher Vorgaben für einzelne Bereiche. Häufig gilt das kantonale Recht für die Gemeinden mangels eigener Ordnung subsidiär und sinngemäss, sei es integral,⁴ sei es mit Ausnahme einzelner Bestimmungen.⁵

b) Reformprozess

Die Entwicklung zur aktuellen Rechtslage nahm in den frühen 1990er Jahren ihren Anfang mit einem tief greifenden Reformprozess, der nicht nur den Bund, sondern praktisch sämtliche Kantone (und damit fast zwangsläufig auch die Kommunen) erfasste.⁶

1 Mittlerweile geläufiger ist der Begriff "*öffentliches Personalrecht*" ("*fonction publique*"); nachfolgend werden beide Bezeichnungen synonym verwendet.

2 Die Bezeichnung im Gesetz lautet: *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*.

3 Vgl. auch Art. 6 Abs. 1 ZGB; *Arnold Marti*, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N. 24 zu Art. 6 ZGB.

4 Kanton Bern: Art. 32 Gemeindegesetz, BSG 170.11; Kanton Zürich: § 72 Gemeindegesetz, LS 31.1.

5 Kanton Luzern: § 1 Abs. 5 Personalgesetz, SRL Nr. 51.

6 *Pascal Mahon/Héloïse Rosello*, Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives, in: Tanquerel/Bellanger (Hrsg.), Les réformes de la fonction publique, Genf 2012, S. 27 f.; *Matthias Michel*, Überblick über die Modernisierung des Personalrechts in den Kantonen, in: Modernisierung im öffentlichen Personalrecht, Schriftenreihe des Eidg. Personalamtes, Bern 2000, S. 197 ff.

Der wirtschaftliche Abschwung zu Beginn der 1990er Jahre und das verlorene Plebiszit über den Europäischen Wirtschaftsraum EWR (1992) ebneten das Feld für eine politische Debatte, für die Schlagworte wie "Deregulierung" und "Privatisierung" prägend waren.⁷ Staatliche Zuständigkeiten und Aufgaben wurden im Kern hinterfragt: Die öffentliche wick da und dort der privaten Aufgabenerfüllung (*Aufgabenprivatisierung*), und anstelle öffentlich-rechtlicher bediente sich das Gemeinwesen zunehmend privatrechtlicher Organisationsformen (*Organisationsprivatisierung*).⁸ Unter der Last knapper öffentlicher Finanzen geriet dabei auch das "Innenleben" der öffentlichen Verwaltungen in den Blick. Befeuert von den Ideen des *New Public Managements (NPM)* ertönte der Ruf nach Modernisierung, Ökonomisierung, Dynamisierung und Flexibilisierung. Für das öffentliche Dienstrecht verband sich damit die Forderung nach vermehrter Flexibilität und Leistungsorientierung, was vorab auf den bisherigen Beamtenstatus, das egalitäre Gehaltssystem mit seinen starren Beförderungsmechanismen sowie auf den Rechtsschutz abzielte.⁹ In der Folge vollzog sich der Wandel vom "*Beamtenrecht zum Personalrecht der öffentlichen Hand*".¹⁰

Nachdem bereits die Entstehung des BPG von diesen Bestrebungen geprägt war,¹¹ erfolgte im Zuge seiner jüngsten Reform (in Kraft per 1.7.2013) eine weitere Angleichung an das private Arbeitsrecht.¹² Die anfangs noch diskutierte integrale Unterstellung der "Bundesarbeitsverhältnisse" unter das OR war dabei zwar verworfen worden. Hingegen kam es u.a. bei den Auflösungsgründen zu einer weiteren Flexibilisierung, indem diese nunmehr im Gesetz nicht mehr abschliessend genannt werden (Art. 10 Abs. 3 BPG).¹³

c) Typologie der Dienstverhältnisse der öffentlichen Verwaltung

Trotz dieser Vielfalt entsprechen die Arbeitsverhältnisse auf allen Ebenen des Gemeinwesens im Wesentlichen den folgenden Grundmustern:

aa) Beamtung im eigentlichen oder formellen Sinn

Charakteristisch für das Beamtenverhältnis im herkömmlichen Sinn schweizerischer Ausprägung ist (besser: war) die Wahl auf feste Amtsdauer, mit der Möglichkeit der

7 Jakob Tanner, *Geschichte der Schweiz des 20. Jahrhunderts*, München 2015, S. 511 ff.

8 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 1708, 1868 f.

9 Paul Richli, *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management*, Bern 1996, S. 14 ff., 18; Michel, *Überblick*, a.a.O., S. 197 ff.; zum NPM: Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 5 Rz. 36 ff.

10 René Rhinow, *Grundfragen des öffentlichen Personalrechts*, in: *Modernisierung im öffentlichen Personalrecht*, Schriftenreihe des Eidg. Personalamtes, Bern 2000, S. 20.

11 BGE 143 II 443 E. 7.3 S. 456, 132 II 161 E. 3.1 S. 163 mit Hinweisen.

12 Mahon/Rosello, a.a.O., S. 9 ff.; Urs Bürgi/Gudrun Bürgi-Schneider, *Handbuch öffentliches Personalrecht*, Zürich 2017, S. 9, Rz. 1.

13 Botschaft zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes vom 31. August 2011, in: *Bundesblatt* 2011 6703 ff., 6704, 6707.

Wiederwahl.¹⁴ Beide erfolgten nach "freiem Ermessen".¹⁵ Die Beamten unterstanden zudem dem Disziplinarrecht, was jedoch nicht nur auf sie zutraf.¹⁶

Die Beamtung war bis zum Einsetzen des Reformprozesses gemeinhin der vorherrschende Typus.¹⁷ Ihn gibt es heute, falls überhaupt, nur noch in Restbeständen; im Bund bspw. noch für Personal, das vom Anstellungsorgan unabhängig sein muss (Art. 9 und 14 BPG: Eidg. Finanzmarktaufsicht [FINMA], Bundesanwalt, Direktor/in der Eidg. Finanzkontrolle).¹⁸ Die beschränkte Amtsdauer mit (Wieder-)Wahl galt als wesentliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber ausländischen Ordnungen. Seinerzeit charakterisierte *Fritz Fleiner* die Schweiz deswegen als "Volksstaat", dies mit Hinweis u.a. darauf, dass die damit ausgeübte Kontrolle über die Beamtenschaft auch als Argument gegen die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit diene.¹⁹

bb) Öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis

Das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis entspricht dem heute vorherrschenden Typus ("Beamtung im weiteren oder materiellen Sinn"). Es wird begründet durch mitwirkungsbedürftige Verfügung oder – so namentlich im Bund (Art. 8 Abs. 1 BPG) und vermehrt auch in den Kantonen²⁰ – durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, im Regelfall zeitlich unbefristet, aber (ordentlich oder ausserordentlich) kündbar.²¹

Wie die Beamtung i.e.S. begründet auch das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis ein Sonderstatusverhältnis.²² Das damit verknüpfte Disziplinarrecht wurde im Zuge des Reformprozesses allerdings zunehmend abgeschafft oder eingeschränkt.²³ Raum für Verhandlungen und individuelle Absprachen besteht vor allem beim verfügungsweise begründeten Arbeitsverhältnis wenig – es gilt die gesetzliche Ordnung, namentlich was den Besoldungsrahmen betrifft –, doch schliesst dies spezifische Klauseln nicht aus (z.B. Beschäftigungsgrad, Arbeitsort, Zulässigkeit einer Nebenbeschäftigung).²⁴ Andererseits hat selbst bei vertraglichem Arbeitsverhältnis die Kündigung verfügungsweise zu erfolgen, um dem Betroffenen die Verfahrensgarantien zu gewähren und den Beschwerdeweg zu öffnen.²⁵

14 *Richli*, a.a.O., S. 23; Zum Begriff des Beamten: *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 2001 ff., 2013; *Matthias Michel*, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 3 f.

15 BGE 119 Ib 99, 118 Ib 289.

16 Für den Bund und zum Beamtengesetz von 1927: *Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 657.

17 *Fleiner/Giacometti*, a.a.O., S. 648 f.

18 *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 2013.

19 *Fritz Fleiner*, Schweizerische und deutsche Staatsauffassung, Tübingen 1929, S. 1 ff., 15.

20 Zur Entwicklung in den Kantonen: *Michel*, Überblick, a.a.O., S. 200.

21 BG-Urteil 8C_227/2014 vom 18. Februar 2014 E. 4.2.1 mit Hinweisen; für den Kanton Genf: BG-Urteil 8D_4/2017 vom 26. April 2018 E. 5.6.1.

22 *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 2005.

23 *Michel*, Beamtenstatus, a.a.O., S. 103 ff.

24 BG-Urteil 8D_4/2017 vom 26. April 2018 E. 5.6.1.

25 BG-Urteil 2P.104/2004 vom 14. März 2005 E. 4.4 f.

cc) Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Zivilrechtlich geregelte Arbeitsverhältnisse existierten im staatlichen Bereich nicht nur vor der Ausformung und Etablierung eines spezifischen öffentlichen Rechts (Stichwort: "Fiskustheorie").²⁶ Selbst unter der Geltung des klassischen Beamtenrechts fanden sich Restbestände davon, namentlich für besondere Bereiche wie befristete Anstellungen und Hilfstätigkeiten.²⁷

Bedeutsam und verbreitet wurde diese Form vor allem im Zuge der Organisationsprivatisierung, während mit der Privatisierung von Aufgaben der Zuständigkeitsbereich des Gemeinwesens ohnehin verlassen wird (vgl. im Übrigen sub 2./b./bb. hernach).

2. Bedeutung des Zivilrechts für Arbeitsverhältnisse der öffentlichen Verwaltung

a) Wachsende Bedeutung

Nach einer langen Phase dichter Durchdringung durch das öffentliche Recht hat das Zivilrecht im Zuge der geschilderten Reformen wieder erheblich an Bedeutung gewonnen.²⁸

b) Erscheinungsformen

Im Wesentlichen tritt dies in folgenden Formen zutage:

aa) Privatrecht als ergänzendes öffentliches Recht

Dieses Muster findet sich heutzutage verbreitet und in verschiedenen Ausprägungen: Sei es im Sinne einer expliziten "Übernahme tel quel", entweder punktuell oder ganzer Regelungsbereiche, sei es in Form von (dynamischen oder statischen) Verweisen, dies wiederum integral (allenfalls subsidiär wirksam) oder spezifisch für genau festgelegte Bereiche. Privatrecht wird sodann von den Gerichten zur Lückenfüllung analog angewendet²⁹ oder als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze, beides auch ohne Verweis und gesetzliche Grundlage.³⁰

26 *Michel*, Beamtenstatus, a.a.O., S. 193 f.; BGE 4, 311 S. 321 [Urteil vom 22. Juni 1878]; *Marco Donatsch*, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 8 sowie Fn. 18. Sehr umfassend zur historischen Entwicklung: *Stéphanie Perrenoud*, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in: Dunand/Mahon/Perrenoud, Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins (...), Genf/Zürich 2016, Coll. CERT, S. 4 ff., 184 ff. u.a. mit Hinweis auf die frühe Rechtsprechung sowie den "Paradigmenwechsel" gemäss BGE 50 I 69.

27 *Fleiner/Giacometti*, a.a.O., S. 655 ff.

28 *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 2007. Zum Phänomen des wachsenden Einflusses des öffentlichen Rechts auf das private Arbeitsrecht vgl. *Perrenoud*, a.a.O., S. 57 ff.

29 Vgl. bereits BGE 75 II 329; statt vieler: BG-Urteil 2P.321/1995 vom 13. August 1996 E. 2c.

30 *Héloïse Rosello*, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, Diss. Genf 2016, Coll. CERT, S. 133 ff.; *Donatsch*, a.a.O., Rz. 2; vgl. auch BGE 108 II 490 E. 7 S. 495.

Auf diesem Wege mutiert das Zivilrecht – durch Inkorporation seitens des Gesetzgebers oder durch fallweise analoge Rechtsanwendung – zu (ergänzendem) öffentlichem Recht.³¹ Auf dessen besondere Bedürfnisse gilt es daher namentlich bei Auslegung und Lückenfüllung Rücksicht zu nehmen. Im Übrigen bleibt der Arbeitgeber selbstredend den Grundsätzen des öffentlichen Rechts (Grundrechtsbindung, Verhältnismässigkeit, Gehörsanspruch etc.) verpflichtet. Verweist etwa das kantonale oder kommunale Personalrecht auf den Kündigungsschutz nach Art. 336 ff. OR, hat die Entlassung nicht nur nicht missbräuchlich, sondern auch willkürfrei und verhältnismässig zu sein.³²

Gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG sind die Bestimmungen des OR *sinngemäss* anwendbar, soweit keine abweichende Regelung besteht. In ihren Ausführungsbestimmungen können die Arbeitgeber (z.B. der Bundesrat, die SBB, das Bundesgericht) von den nicht zwingenden Bestimmungen des OR abweichen, von den zwingenden jedoch nur zugunsten des Personals (Art. 37 Abs. 4 BPG).

Betreffend allgemeine Rechtsgrundsätze ist etwa zu denken an Vorschriften zur Bestimmung immaterieller Unbill (Art. 49 OR),³³ die Regeln für Vertragsschluss und Willensmängel,³⁴ ungerechtfertigte Bereicherung, Verjährung, Verrechnung. Speziell für das Dienstrecht gilt es sodann die Regeln über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) zu erwähnen.³⁵ Sodann sind öffentlich-rechtliche Verträge grundsätzlich gleich wie privatrechtliche nach den Regeln von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) auszulegen.³⁶

bb) Unterstellung der Arbeitsverhältnisse unter das Privatrecht

Inwieweit ein dem öffentlichen Recht unterstehender Arbeitgeber seine Dienstverhältnisse dem Zivilrecht ("*stricto sensu*") unterstellen kann, wird kontrovers diskutiert.³⁷ Als unbestritten gilt der Primat des öffentlichen Rechts.³⁸ Ebenso besteht weitgehend Einigkeit, dass die BV der öffentlichen Hand nicht vorschreibt, sie hätte ihre Personalbelange exklusiv öffentlich-rechtlich zu regeln. Auch das Bundesgericht anerkennt, dass die BV die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses staatlicher Angestellter

31 BGE 140 I 320 S. 322, 138 I 232 S. 236 f.; BG-Urteil 8C_170/2009 vom 25.08.2009 E. 6.2.1; vgl. ferner *Donatsch*, a.a.O., Rz. 2; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 251 und 2008.

32 Etwa BG-Urteile 8C_340/2009 vom 24. August 2009 E. 4.2.2; 2P.121/2005 vom 19. Juli 2005 E. 4.2. Häufig halten die Gesetze explizit fest, dass es zusätzlich einen sachlichen Kündigungsgrund braucht: BG-Urteile 8C_122/2009 vom 24. Februar 2010 (Kanton Zürich) und 8C_594/2010 vom 25. August 2011 (Bezirk Einsiedeln). Betreffend Gehörsrechte im vertraglichen Arbeitsverhältnis: BG-Urteil 104/2004 vom 14. März 2005.

33 BG-Urteil 8C_919/2011 vom 27. Juli 2012.

34 BGE 132 II 161 betreffend das BPG.

35 *Rosello*, a.a.O., S. 133 ff.

36 BGE 122 I 328 E. 4d S. 335.

37 *Thierry Tanquerel*, Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique, in: *Tanquerel/Bellanger* (Hrsg.), a.a.O., S. 69 mit Hinweisen.

38 *Thierry Tanquerel*, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration publique, in: *Aubert/Bellanger/Tanquerel* (Hrsg.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Zürich 2000, S. 13 mit Hinweisen in Fn. 29; *derselbe*, Droit public, a.a.O., S. 69; *Donatsch*, a.a.O., Rz. 31.

nicht vorgibt;³⁹ eine privatrechtliche Anstellung wird daher nicht a priori ausgeschlossen, sofern sie *aufgrund einer klaren und unmissverständlichen kantonalen Regelung* erfolgt und durch das anwendbare Recht nicht untersagt wird.⁴⁰ Insbesondere führt der Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags nicht zu einem Eingriff des Gemeinwesens in geschützte Grundrechtspositionen der Arbeitnehmer.⁴¹ Andererseits erinnert das Bundesgericht – mit Sukkurs der überwiegenden Lehre – daran, dass das Gemeinwesen die für jegliches staatliches Handeln massgebenden verfassungsrechtlichen Garantien und Prinzipien (Legalitätsprinzip, Gleichbehandlungsgebot, Willkürverbot, Anspruch auf rechtliches Gehör) zu beachten hat,⁴² und zwar *auch dann, wenn die Arbeitsverhältnisse seiner Angestellten dem als solches direkt anwendbaren Privatrecht unterstellt* würden.⁴³ Darüber hinaus hat es Überlegungen angestellt, unter welchen Umständen ein von den Parteien gewollt privatrechtlich abgeschlossenes Arbeitsverhältnis als öffentlich-rechtliches umzudeuten ("requalifier") wäre: Nämlich dann, wenn das anwendbare Recht keinen Raum für ein privatrechtliches Regime belässt, dessen Zulässigkeitsvoraussetzungen fehlen, oder wenn das Gebot der Gleichbehandlung ein Nebeneinander verschiedener Rechtsformen nicht zulässt.⁴⁴

Stimmen im Schrifttum halten dafür, dass es *keine echte Unterstellung unter das Privatrecht* gebe, da die Arbeitsverhältnisse der öffentlichen Hand selbst diesfalls *vom öffentlichen Recht überlagert* würden. Die Lehre gehe denn auch darin einig, dass nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen den beiden Rechtssphären (Funktions-, Interessentheorie) die Arbeitsverhältnisse beim Staat öffentlich-rechtlicher Natur seien.⁴⁵

Einen *kategorischen Ausschluss* privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse auf kantonaler wie auf kommunaler Ebene enthält das *Verfassungsrecht des Kantons Zürich*.⁴⁶ Auf Bundesebene kann der Bundesrat in begründeten Fällen *bestimmte Personalkategorien* dem OR unterstellen, namentlich Aushilfspersonal sowie Praktikantinnen und Praktikanten (Art. 6 Abs. 5 BPG). Art. 6 Abs. 6 BPG ermächtigt sodann die Arbeitgeber des Bundes, *in begründeten Einzelfällen* weitere Arbeitnehmer dem OR zu unterstellen. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis des dem OR unterstellten Personals sind die *zivilen Gerichte* zuständig (Art. 6 Abs. 7 BPG).⁴⁷

39 BGE 142 II 154 E. 5.2 S. 158; BG-Urteil 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015 E. 4.2.2.

40 BGE 118 II 213 E. 3 S. 217 ff. betreffend Chefärzte eines öffentlichen Spitals; vgl. ferner BGE 142 II 154 E. 5.2 S. 159; BG-Urteil 8C_227/2014 vom 28. Februar 2015 E. 4.2.3.

41 BG-Urteil 2P.18/2006 vom 19. Mai 2006 E. 2.1 und 2.3.

42 BGE 138 I 113 E. 6.4.2 S. 119.

43 BG-Urteile 2P.137/2005 vom 17. Oktober 2005; 2P.104/2004 vom 14. März 2005 E. 4.4; vgl. ferner BG-Urteil 8C_324/2017 vom 22. Februar 2018 E. 5.3.2; *Tanquerel*, Droit public, a.a.O., S. 59 f.

44 BG-Urteil 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015 E. 4.2.4. Zum Ganzen: *Perrenoud*, a.a.O., S. 203 ff.

45 *Donatsch*, a.a.O., Rz. 32 mit Hinweisen.

46 Art. 47 der Kantonsverfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 104/SR 131.211; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., Rz. 2009.

47 BGE 135 III 483 E. 5 S. 486; *Rudolf Ursprung/Dorothea Riedi*, Schwerpunkte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum öffentlichen Personalrecht, ZBI 114/2013 S. 298.

Häufig finden sich privatrechtliche Arbeitsverhältnisse im Rahmen der Dezentralisierung:⁴⁸ So stellt die Post als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (Art. 2 Abs. 1 POG) das Personal privatrechtlich an (Art. 9 Abs. 1 POG), desgleichen die Swisscom (Art. 1ff., 16 Abs. 1 und 2 TUG)⁴⁹; auch die Arbeitsverhältnisse mit der Schweizerischen Nationalbank und der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) unterstehen dem OR.⁵⁰ Allgemein gilt nach der Rechtsprechung, dass mit der Übertragung öffentlicher Aufgaben an eine juristische Person des Privatrechts diese weiterhin dem Privatrecht untersteht; dementsprechend werden die Arbeitsverhältnisse privatrechtlich geregelt. Gleiches gilt, wenn eine privatrechtliche Organisationsform gerade zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gewählt wird.⁵¹

Ob ein öffentlich- oder privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, entscheidet sich nach der Rechtsprechung nicht nach der von den Parteien gewählten Rechtsform oder Bezeichnung. Massgebend ist vielmehr der tatsächliche Gehalt des Rechtsverhältnisses.⁵² Wenn eine Behörde am Rechtsverhältnis beteiligt ist, spricht die Vermutung für öffentliches Recht.⁵³ Von einem privatrechtlichen Verhältnis soll nur in zwingenden, schlüssigen Fällen ausgegangen werden.

Als privatrechtlich eingestuft werden können Arbeitsverträge im öffentlichen Dienst vor allem dann, wenn sich der Staat im Bereich der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft bewegt, d.h. wirtschaftliche Tätigkeiten in Konkurrenz zur Privatwirtschaft betreibt.⁵⁴ Gleiches erkannte das Bundesgericht für zeitlich befristete Arbeitsverhältnisse.⁵⁵

cc) "Sonderfall" Gesamtarbeitsverträge (GAV)

Als weiterer Ausdruck der Annäherung des öffentlichen an das private Arbeitsrecht erscheint, dass die GAV als privatrechtliches Institut (vgl. Art. 356 ff. OR), also die Möglichkeit kollektiver sozialpartnerschaftlicher Absprachen, mittlerweile auch Eingang in das öffentliche Dienstrecht gefunden haben. Allerdings handelt es sich nur um eine Annäherung, nicht um eine Unterstellung: die Rechtsnatur bleibt öffentlich-rechtlich, ebenso diejenige der erfassten Arbeitsverhältnisse.⁵⁶ Aus hier nicht weiter zu vertiefenden Gründen sind die GAV eher selten anzutreffen. Soweit das betreffende Institut

48 BG-Urteil 2P.18/2006 vom 19. Mai 2006 E. 2.3.

49 Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post (POG) vom 17. Dezember 2010, SR 783.1; Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (TUG) vom 30. April 1997, SR 784.11.

50 *Bürgi/Bürgi-Schneider*, a.a.O., S. 15 Rz. 21+22; *Peter Helbing*, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Handkommentar BPG, Bern 2013, N. 110 zu Art. 2 BPG.

51 BGE 142 II 154 E. 5.2 S. 159.

52 BGE 142 II 154 E. 5.2 S. 159; BG-Urteile 2P.136/2005 vom 14. Dezember 2005 E. 3.1.1.; 2P.151/2005 vom 9. Februar 2006 E. 5.

53 BGE 142 II 154 E. 5.2 S. 159; BG-Urteile 2P.151/2005 vom 9. Februar 2006 E. 5; 2P.136/2005 vom 14. Dezember 2005 E. 3.1.2.

54 BG-Urteil 2P.136/2005 vom 14. Dezember 2005 E. 3.1.2.

55 BG-Urteil 8C_597/2010 vom 14. Juli 2011 E. 4.1.1 betreffend eine Krippenleiterin.

56 *Peter Hänni*, Personalrecht des Bundes, in: SBVR Bd. I/2, 3. Aufl. 2017, Rz. 75 mit Hinweisen.

im öffentlichen Recht ungeregt geblieben ist, gelangt das (zivilrechtliche) Arbeitsvertragsrecht lückenfüllend sinngemäss zur Anwendung.⁵⁷

Die normativen Gehalte der GAV sind für die betroffenen Dienstverhältnisse zwingend, mithin wirksam wie ein Gesetz.⁵⁸ Auch bei der Anwendung und Auslegung der GAV sind die Grundsätze des öffentlichen Rechts zu beachten.⁵⁹

Das Bundespersonalrecht sieht den GAV ausdrücklich für das Personal der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) vor (vgl. Art. 6 Abs. 3, Art. 38 BPG); ein GAV existiert u.a. auch für das Postpersonal. Einen GAV für das gesamte Staatspersonal kennt z.B. der Kanton Solothurn.⁶⁰

3. Das Schweizerische Bundesgericht

a) Allgemeine Zuständigkeit

Zentrale Aufgabe des Bundesgerichts als "oberster rechtsprechender Behörde des Bundes" (Art. 188 Abs. 1 BV) ist die Beurteilung von Streitigkeiten wegen Verletzung von Bundesrecht (Art. 189 Abs. 1 lit. a BV), worunter Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht fallen. Zu beachten hat es allerdings das Massgeblichkeitsgebot des Art. 190 BV, weshalb es dem Bundesgericht verwehrt ist, einer bundesgesetzlichen Norm aus Gründen des Verfassungsrechts die Anwendung zu versagen.⁶¹

Die *Verletzung kantonalen (einschliesslich kommunalen) Rechts* stellt *keinen eigenständigen Beschwerdegrund* dar, dies vorbehältlich der kantonalen verfassungsmässigen Rechte (Art. 95 lit. c BGG), des interkantonalen Rechts (Art. 95 lit. e BGG) sowie weiterer, hier nicht interessierender Ausnahmen. Erst wenn damit eine Bundesrechtsverletzung einhergeht, greift das Bundesgericht ein. Häufigster Anwendungsfall ist die Verletzung des in Art. 9 BV verankerten *Willkürverbots*.⁶²

Das Willkürverbot gilt absolut und uneinschränkbar; es richtet sich an alle staatlichen Organe sämtlicher Ebenen des Gemeinwesens und verbietet Akte der Rechtsetzung und -anwendung, die sachlich nicht begründbar – oder anders gewendet: "qualifiziert falsch" – sind.⁶³

b) Zuständigkeit im Bereich des öffentlichen Personalrechts

In *Personalrechtssachen* beurteilt das Bundesgericht ordentliche Beschwerden nur in *vermögensrechtlichen Angelegenheiten*, es sei denn, der Rechtsstreit betreffe die Gleichstellung der Geschlechter (Art. 83 lit. g BGG). Dabei besteht eine Streitwertgrenze

57 Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) A-509/2011 vom 18. Juli 2011.

58 *Hänni*, a.a.O., Rz. 78 mit Hinweisen.

59 *Rosello*, a.a.O., S. 119 ff.

60 GAV vom 25. Oktober 2004; BSG 126.3; vgl. BG-Urteil 8C_389/2017 vom 2. März 2018.

61 BGE 138 II 440 E. 4 S. 444.

62 BGE 135 III 513 E. 4.3 S. 521, 133 III 462 E. 2.3 S. 466.

63 *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 1972 ff. – Zu den bundesgerichtlichen Formeln: BGE 129 I 1 E. 3 S. 3 (Willkür in der Rechtssetzung); BGE 140 III 167 E. 2.1 S. 168 (Willkür in der Rechtsanwendung).

(Fr. 15'000.-), wovon bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dispensiert wird (Art. 85 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 BGG). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten oder unterhalb der Streitwertgrenze verbleibt einzig bei kantonalen Entscheiden die subsidiäre Verfassungsbeschwerde mit entsprechend beschränktem Prüfungsprogramm (Art. 116 BGG).

Diese Zuständigkeitsordnung führt dazu, dass der Rechtsschutz auf Stufe Bundesgericht am wirksamsten ist, wenn es um vermögensrechtliche Streitigkeiten im Bereich bundesrechtlich geregelter Arbeitsverhältnisse geht: Hier erfolgt eine umfassende, freie Überprüfung auf Einhaltung des Bundesrechts, dies vorbehaltlich der gebotenen Anwendung verfassungswidriger Bundesgesetze (Art. 190 BV). Bei Arbeitsverhältnissen, die nicht dem Bundesrecht, sondern dem kantonalen (einschliesslich dem kommunalen) Recht unterliegen, prüft das Bundesgericht im Wesentlichen bloss auf Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Dies kann es – anders als bei den bundesrechtlichen Arbeitsverhältnissen – im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde auch dann, wenn die Streitsache nicht vermögensrechtlicher Art ist oder wenn diesfalls der Streitwert nicht erreicht wird. Verfassungswidrigen kantonalrechtlichen Normen kann das Bundesgericht ("in concreto") die Anwendung versagen.

Dass die Verletzung einfachen kantonalen Rechts vor Bundesgericht nicht gerügt werden kann, zeigt sich im hier interessierenden Kontext dort besonders augenfällig, wo die Kantone in ihren Personalgesetzen auf das OR verweisen und dieses als sinngemäss anwendbar erklären. Hier gilt das OR zwangsläufig nicht mehr als Bundesrecht, sondern als subsidiäres kantonales Recht, mit der Folge, dass das Bundesgericht im Wesentlichen nur mehr "auf Willkür" zu prüfen hat.⁶⁴

c) Erledigungen im Bereich des öffentlichen Personalrechts

Im Jahr 2017 beurteilte die sachzuständige *Erste sozialrechtliche Abteilung* (I. SorA) des Bundesgerichts insgesamt 61 Fälle im Bereich des öffentlichen Personalrechts (2016: 67), wovon 54 ordentliche Beschwerden (2016: 64) und (nebst einem Revisionsgesuch) 6 subsidiäre Verfassungsbeschwerden (2016: 3) betrafen.⁶⁵ Dies entspricht in etwa der Zahl, der im selben Jahr vom *Bundesverwaltungsgericht* als Vorinstanz des Bundesgerichts im Bereich des *Bundespokalrechts* beurteilten (2017: 60; 2016: 67) Beschwerden.⁶⁶

Zum Vergleich: Über alle Rechtsgebiete erledigte die I. SorA 2017 total 826 Fälle (2016: 977); das gesamte Bundesgericht deren 7782 (2016: 7811).⁶⁷ Davon entfallen mithin rund 0,8 % auf das öffentliche Personalrecht.

64 BGE 140 I 320 E. 3.3 S. 322; BG-Urteil 8C_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 5.3.

65 Geschäftsberichte 2017+2016 des Bundesgerichts, je S. 26.

66 Geschäftsberichte 2017+2016 des Bundesverwaltungsgerichts, je S. 72.

67 Geschäftsberichte 2017+2016 des Bundesgerichts, je S. 22.

d) Rechtsprechungsbeispiele im spezifischen Kontext

Nebst den hiervor zitierten (sub 2./b.) seien nachfolgend weitere Urteile erwähnt; zunächst solche, die die *Anwendung des Privatrechts begrenzen*:

- (1) Das Gemeinwesen bleibt an die verfassungsrechtlichen Prinzipien gebunden, auch wenn es die Arbeitsverhältnisse mit seinem Personal dem direkt und nicht nur als ergänzendes öffentliches Recht anwendbaren Privatrecht unterstellt.⁶⁸
- (2) Bevor zwecks Lückenfüllung auf Privatrecht zurückgegriffen wird, soll zuerst die analoge Anwendbarkeit anderer öffentlich-rechtlicher Bestimmungen geprüft werden.⁶⁹
- (3) Während im Zivilrecht eine fristlose Kündigung (vgl. Art. 337 OR) in der Regel innert weniger Arbeitstage auszusprechen ist und eine längere Frist nur zugestanden wird, sofern praktische Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens dies als berechtigt erscheinen lassen, vermögen im öffentlichen Personalrecht weitere sachliche Gründe (z.B. rechtliches Gehör, Verfahrensvorschriften) ein längeres Zuwarten zu rechtfertigen.⁷⁰
- (4) Anders als im Privatrecht, wo sich eine fristlose Kündigung – als grundsätzlich unwiderrufliches Gestaltungsrecht – nicht in eine ordentliche konvertieren lässt, kann eine verfügte sofortige Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses in eine solche aus wichtigen Gründen mit einer Kündigungsfrist umgewandelt werden.⁷¹
- (5) Es ist nicht willkürlich zu erwägen, das kantonale öffentliche Personalrecht könne von den (für den Arbeitnehmer günstigeren) Minimalgarantien des OR (Art. 361 ff.) auf dem Gebiet des Arbeitsvertrages abweichen.⁷² Soweit das Recht des Kantons Neuenburg keinen Kündigungsschutz bei Schwangerschaft einer mit einer Probezeit von zwei Jahren angestellten Inhaberin eines öffentlichen Amtes vorsieht, enthält es keine (echte) Lücke, die in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR zu füllen wäre.⁷³
- (6) Die Irrtumsanfechtung durch den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber darf zu keiner Umgehung des Rechtsschutzes des Arbeitnehmers nach dem Bundespersonalgesetz führen. Der Arbeitgeber muss das Dienstverhältnis in Form einer Verfügung kündigen, soweit sich die Parteien über die Beendigung nicht einigen können (Art. 13 Abs. 3 BPG); dasselbe hat zu gelten, soweit sich der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber auf einen Willensmangel beim Abschluss des Arbeitsvertrags (Art. 8 Abs. 1 BPG) beruft.⁷⁴
- (7) Dem Gesetzgeber wird die Befugnis zugestanden, in das Arbeitsverhältnis einzugreifen (i.c. Besoldungskürzung), selbst wenn es vertraglich begründet wurde; wohlervorbene

68 BG-Urteil 8C_324/2017 vom 22. Februar 2018; auch BG-Urteil 2P.137/2005 vom 17. Oktober 2005.

69 BG-Urteil 2P.321/1995 vom 13. August 1996 E. 2c.

70 BGE 138 I 121; BG-Urteil 8C_170/2009 vom 25. August 2009 E. 6.2.1. Noch offen gelassen in BG-Urteil 2P.115/1995 vom 7. Oktober 1996 E. 5b. Ganz anders noch: BGE 75 II 329.

71 BGE 144 I 11 E. 4.7 S. 16 mit Hinweisen.

72 BGE 138 II 232 E. 7 S. 240 mit Hinweisen auf das Schrifttum, das hier teils nicht einen punktuellen, sondern einen gesamthaften Vergleich postuliert.

73 BGE 139 I 57 E. 6 S. 61 ff.

74 BGE 132 II 161 E. 3.2.2 S. 164 f.

Rechte entstehen in der Regel keine bzw. nur für beschränkte Dauer innerhalb der Kündigungsfrist.⁷⁵

- (8) Änderungen des öffentlichen Dienstverhältnisses richten sich nach öffentlichem Recht und sind grundsätzlich einseitig möglich, ohne dass die Kündigungsfristen des privaten Arbeitsrechts eingehalten werden müssten. Eine Übergangsfrist ergibt sich indessen aus Gründen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes.⁷⁶
- (9) Der Kanton kann das Dienstwohnungsverhältnis zwischen dem öffentlich-rechtlich Angestellten und dem Gemeinwesen dem öffentlichen Recht unterstellen.⁷⁷

Eine *Anlehnung an das Privatrecht* zeigt sich in folgenden Urteilsgehalten:

- (1) Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen (Art. 10 Abs. 4 BPG): Da das BPG die Voraussetzungen für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Bundespersonal gleich umschreibt wie Art. 337 Abs. 2 OR, kann bei der Frage, ob der kündigenden Partei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden darf, die in der privatrechtlichen Rechtsprechung entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden. Es ist allerdings den Besonderheiten des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen.⁷⁸
- (2) Es ist nicht willkürlich, Stillschweigen des Arbeitnehmers analog zur Rechtsprechung zum privaten Arbeitsvertragsrecht als Zustimmung – i.c. zu der mit der Überführung in eine neue Funktion verbundenen Probezeit – zu werten.⁷⁹
- (3) Gleich wie den privaten (Art. 328 OR) trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht. Diese kann darin bestehen, dass er in einer Konfliktsituation handeln muss, um die Lage zu entspannen.⁸⁰
- (4) Die Abgeltung von nicht bezogenen Ferien ohne gesetzliche Grundlage im kommunalen Personalreglement als ungerechtfertigte Bereicherung mit Rückerstattungsfolge zu behandeln, ist nicht willkürlich.⁸¹
- (5) Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wird nach dem Personalgesetz des Kantons St. Gallen mangels eigener Definition anhand des als subsidiäres kantonales Recht analog anwendbaren OR beurteilt. Dass die Vorinstanz eine Vereinbarung über die Führung einer Mensa mit Elementen der Pacht und der Leistung von Subventionen nicht als öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrag qualifiziert hat, ist nicht willkürlich.⁸²
- (6) Zulässigkeit von Kettenarbeitsverträgen unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots.⁸³

75 BG-Urteil 2P.369/1998 vom 21. März 2000, in: ZBI 102/2001 S. 265 ff.

76 BG-Urteil 2P.276/1995 vom 3. April 1996 E. 4, in: ZBI 98/1997 S. 65 ff.

77 BG-Urteil 2P.209/1998 vom 1. März 1999 E. 2; vgl. auch ZBI 98/1997 S. 71 ff.

78 BGE 143 II 443 E. 7.3 S. 456; BG-Urteil 8C_501/2013 vom 18. November 2013 E. 3; vgl. ferner BG-Urteil 2P.174/1996 betreffend den Kanton Genf.

79 BG-Urteil 8C_310/2017 vom 14. Mai 2018 E. 5.3.

80 BG-Urteil 8C_340/2009 vom 24. August 2009 E. 4.3.2.

81 BG-Urteil 2P.232/1996 vom 28. Februar 1996.

82 BG-Urteil 8C_649/2017 vom 4. Januar 2018.

83 BG-Urteil 1C_450/2007 vom 26. März 2007 E. 4.1.

4. Einsichten

- (1) Des Privatrechts bedient(e) sich die Politik im Bereich des öffentlichen Personalrechts (primär) als Mittel zur Flexibilisierung sowie (sekundär) zur Vereinfachung der Gesetzgebung.
- (2) Auch wenn sich das mehr oder weniger offen verfolgte Ziel, die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse dem OR zu unterstellen, nicht erreichen liess, so wurde deren einseitige Beendigung mit der weitgehenden Beseitigung des herkömmlichen Beamtenstatus doch wesentlich erleichtert.
- (3) Die Rechtsprechung findet im Privatrecht für den Bereich des öffentlichen Personalrechts eine Erkenntnisquelle, die ihr bei der Lückenfüllung und als Auslegungshilfe dient. Auf die spezifische Bedarfslage des öffentlichen Rechts ist dabei, gleichsam im Sinne einer "Neunerprobe", Rücksicht zu nehmen.
- (4) Die Rechtsprechung hat keinen Zweifel daran gelassen, dass das Gemeinwesen in die Verfassung eingebunden bleibt, sich darum an Legalitätsprinzip, Rechtsgleichheits-, Verhältnismässigkeitsgebot, Willkürverbot und Gehörsrechte zu halten hat. Daraus erwachsen dem Gesetzgeber Grenzen, was die Erwartungen der Politik mitunter enttäuschen mag.
- (5) Die geltende BV erlaubt kein Verständnis, das "den Staat" bei der Regelung, Begründung und Beendigung "seiner" Arbeitsverhältnisse gleichsam als privatautonomes Rechtssubjekt agieren liesse.
- (6) Offen ist nach heutigem Stand der Rechtsprechung, ob der Gesetzgeber privatrechtliche Arbeitsverhältnisse unter der geltenden BV für jegliche staatliche Tätigkeit zulassen dürfte. Dass dies auch im Kernbereich typischer staatlicher Tätigkeit und selbst im Rahmen des Gewaltmonopols angehen sollte, darf bezweifelt werden.
- (7) Vom eigentlichen Arbeitsschutzrecht (Arbeitsgesetz; Unfallversicherungsgesetz) abgesehen,⁸⁴ besteht kein landesweiter arbeitsrechtlicher Minimalstandard, dem öffentlich- wie zivilrechtliche Arbeitsverhältnisse gleichermassen verpflichtet wären.

⁸⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11; Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20.