

## NEOVIUS AKTUELL

ÖFFENTLICHES PERSONALRECHT

### EINIGE BESONDERHEITEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHER ARBEITSVERHÄLTNISSE

von

Dr. Christoph Meyer, Advokat, LL.M.  
Partner und Lehrbeauftragter Universität Basel  
(christoph.meyer@neovius.ch)

und

MLaw Nadja Lüthi, Advokatin  
(nadja.luethi@neovius.ch)

Mit Einzug des New Public Management in der Verwaltung hat auch das öffentliche Personalrecht tiefgreifende Änderungen erfahren. So wurde der Beamtenstatus mit fester Amtsdauer durch unbefristete Anstellungsverhältnisse mit der Möglichkeit zur Kündigung verdrängt. Das klassische Disziplinarrecht wurde weitgehend abgeschafft. Die neue Leistungs- und Wirkungsorientierung findet ihren Niederschlag unter anderem in flexibleren Lohnsystemen und der Personalführung über Zielvorgaben. Mit diesem Kulturwandel geht eine Angleichung der Arbeitsverhältnisse bei der öffentlichen Hand an das private Arbeitsrecht einher. Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend einige nach wie vor prägende Aspekte des öffentlichen Personalrechts beleuchtet werden.

#### RECHTSGRUNDLAGEN

Im Gegensatz zum Obligationenrecht (OR), welches das private Arbeitsrecht schweizweit einheitlich regelt, verfügen Bund, Kantone und Gemeinden bekanntlich über ihre jeweils eigenen personalrechtlichen Grundlagen.

In aller Regel ist die Arbeitstätigkeit für die öffentliche

Hand dem öffentlichen Recht unterstellt. Die privatrechtliche Anstellung nach dem Obligationenrecht (OR) im öffentlichen Dienst ist nur möglich, sofern diese aufgrund einer klaren und unmissverständlichen Regelung erfolgt und sie durch das anwendbare Recht nicht ausgeschlossen wird.

Trotz der grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Natur der Anstellungsverhältnisse findet das private Arbeitsvertragsrecht auf unterschiedliche Weise Eingang in das öffentliche Personalrecht: So werden die Bestimmungen des OR teilweise wörtlich oder sinngemäss übernommen oder sie dienen der Lückenfüllung bzw. erlangen als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze Geltung. In den Personalerlassen findet sich häufig ausdrücklich der Verweis auf die ergänzende Geltung des Obligationenrechts. Diese subsidiäre Anwendung von Normen des OR setzt voraus, dass im Personalerlass eine Rechtsfrage unbeantwortet bleibt bzw. der Gesetzgeber diese dort nicht stillschweigend – im negativen Sinne – mitentschieden hat. Wird derart auf die Bestimmungen des OR zurückgegriffen, werden diese zu kantonalem öffentlichem Recht. Häufig räumen die Personalgesetze zudem die Möglichkeit zum Abschluss von öffentlich-rechtlichen Gesamtar-

beitsverträgen (GAV) für sämtliche Angestellte oder für einzelne Angestelltegruppen ein.

Im Unterschied zu einer privatrechtlichen Anstellung werden die Rechte und Pflichten im öffentlichen Dienstverhältnis nicht durch Einzelarbeitsvertrag, sondern weitgehend durch das Gesetz und seine Ausführungserlasse (oder allenfalls durch GAV) geregelt. Die gesetzlichen Bestimmungen haben zwingenden Charakter. Von ihnen darf gemeinhin nicht mittels privatautonomer Vereinbarung abgewichen werden. Die wesentlichen Inhalte der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse sind demnach hoheitlich normiert, sogar wenn sie formell als Vertragsverhältnisse ausgestaltet sind. Das Gemeinwesen tritt als Arbeitgeber damit auch bei Vorliegen einer vertraglichen Grundlage des Arbeitsverhältnisses immer als Hoheitsträger auf; es besteht prinzipiell keine Gleichordnung von Staat und Privaten.

Die Gemeinwesen bleiben deshalb immer an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts gebunden. Staatliches Handeln setzt ein öffentliches Interesse voraus und hat verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und im Einzelfall auch zumutbar zu sein. Weiter sind die öffentlichen Arbeitgeber dem Gebot der Rechtsgleichheit, dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Willkürverbot verpflichtet. Diese allgemeingültigen Schranken staatlichen Handelns beanspruchen auch dort Geltung, wo eine ausdrückliche Normierung fehlt. Namentlich auch bei der Wahl privatrechtlicher Arbeitsverträge bewahren diese Grundsätze ihre Gültigkeit.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die öffentlich-rechtliche Bundesgesetzgebung zum Arbeitnehmerschutz. Der Bund setzt mit dem Arbeitsgesetz (ArG) und seinen Verordnungen (ArGV 1-3) einen Mindeststandard von Vorschriften über den allgemeinen Gesundheitsschutz (ergänzt durch Sonderschutzvorschriften für Jugendliche sowie für schwangere Frauen und stillende Mütter) sowie von Vorschriften über die Arbeits- und

Ruhezeiten; für gewisse Sektoren bestehen zusätzlich eigene Spezialerlasse (bspw. das Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs). Der jeweilige Geltungsbereich dieser Arbeitnehmerschutzbestimmungen ist ein nur schwer überblickbarer Dschungel an Grundregeln, Ausnahmen und Gegen- ausnahmen: So sind zwar die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz auf sämtliche öffentliche zentrale und dezentrale Verwaltungseinheiten anwendbar (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3a lit. a ArG); die einschlägigen Personalerlasse müssen die entsprechenden Minimalvorschriften des Arbeitsgesetzes berücksichtigen (Art. 71 lit. b ArG). Die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen sind hingegen nur für einzelne öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu beachten. Dabei sind beispielsweise öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (z.B. das Universitätskinderhospital beider Basel UKBB) dem Arbeitsgesetz integral unterstellt (Grundregel von Art. 1 Abs. 1 ArG und Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 e contrario), während die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bei öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit davon abhängt, ob die Arbeitnehmer des ganzen Betriebes überwiegend privat- oder öffentlich-rechtlich angestellt sind (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1) bzw. ob es um Arbeitsverhältnisse mit einer speziellen Berufsgattung geht (so sind Arbeitsverhältnisse mit Assistenzärzten generell dem ArG unterstellt [Art. 4a ArGV 1]).

## KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Im privaten Arbeitsrecht gilt – unter Beachtung zwin- gender Kündigungssperrfristen (insb. bei Krankheit und Unfall, Schwangerschaft, Militär- oder Zivildienst, vgl. Art. 336c OR) – der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Die Kündigung ist an keine objektiven Voraussetzungen gebunden und entfaltet selbst dann Rechts- wirkung, wenn sie missbräuchlich erfolgt.

Auch im öffentlichen Personalrecht darf die Kündi- gung nicht missbräuchlich sein oder während einer im einschlägigen Personalerlass vorgesehenen Sperrfrist erfolgen. Darüber hinaus braucht es für deren Zuläs-

sigkeit aber generell einen sachlichen Grund. Darunter fallen etwa ungenügende Leistungen und Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers oder organisatorische Restrukturierungen. Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips muss einem Mitarbeitenden bei Vorliegen persönlicher Kündigungsgründe zunächst die Chance eingeräumt werden, sein Verhalten oder seine Arbeitsweise zu ändern respektive zu verbessern; davon ausgenommen sind Fälle krassen Missverhaltens, welche ein sofortiges Handeln nötig machen. Regelmässig hat dies in Form der Einräumung einer Bewährungsfrist unter Nennung detaillierter Auflagen und unter Konfrontation mit den möglichen Konsequenzen bei Nichteinhalten dieser Vorgaben zu geschehen. Wird gegen die Bewährungsaufgaben verstossen, ist der Betroffene vor dem Aussprechen der Kündigung erneut anzuhören bzw. es ist ihm die Möglichkeit einzuräumen, zur beabsichtigten Kündigung Stellung zu nehmen.

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet weiter, die persönlichen Interessen des Arbeitnehmers gegen die öffentlichen Interessen abzuwägen. Die Kündigung stellt deshalb in einer Reihe von personalrechtlichen Massnahmen stets die letzte Möglichkeit dar. Stehen für die Wahrung der öffentlichen Interessen mildere Mittel zur Verfügung, sind diese zu wählen. Aus diesem Grundsatz fliesst etwa auch die Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers, bei Wegfall von Stellen vorgängig zur Kündigung verwaltungsintern nach möglichen Ersatzstellen für die betroffenen Mitarbeiter zu suchen.

Dieser Kündigungsschutz gilt im öffentlichen Recht von Verfassung wegen, also auch dann, wenn das anwendbare Personalrecht keine entsprechenden Kündigungsschutzbestimmungen vorsieht.

Ein Kernthema des Kündigungsschutzes im öffentlichen Dienstrecht bildet schliesslich die Frage nach dem Bestandesschutz. Angesprochen sind damit die möglichen Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Kündigung. Erfolgt eine Kündigung ohne sachlichen Grund oder sogar missbräuchlich, so besteht nach deren Aufhebung grundsätzlich ein Anspruch der betrof-

fenen Person auf Weiterbeschäftigung. Gerade neuere Personalerlasse sehen allerdings von diesem verwaltungsrechtlichen Grundsatz explizit ab und gewähren ausschliesslich finanzielle Ansprüche. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Regelungen wird kontrovers diskutiert: Das Gemeinwesen solle sich nicht durch Ausrichten einer Entschädigung von seinen rechtswidrigen Handlungen „freikaufen“ können. Verbreitet Zustimmung findet hingegen die Auffassung, dass in bestimmten Fällen eine Weiterbeschäftigung am gleichen Arbeitsplatz aufgrund des zerstörten Vertrauensverhältnisses nicht mehr in Frage kommen kann. Ausgangspunkt der Beantwortung der Frage nach dem Bestandesschutz ist aber in jedem Fall die gesetzliche Regelung. Auf die zwingende Weiterbeschäftigung verzichten das Bundespersonalgesetz, das Personalgesetz des Kantons Baselland oder auch der GAV der Basler Spitäler. Die Weiterbeschäftigung ist aber weiterhin vorgesehen im Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt. Fehlt eine entsprechende Regelung gänzlich, gelten ohne weiteres die verwaltungsrechtlichen Grundsätze, welche wie ausgeführt grundsätzlich eine Weiterbeschäftigung gebieten.

## VERFAHREN UND RECHTSSCHUTZ

Prinzipiell unterstehen öffentliche Dienstverhältnisse den öffentlichen Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsrechtspflegegesetzen. Häufig sehen die Personalerlasse ergänzend eigene Prozessvorschriften vor.

Schweizweit lassen sich denn auch unterschiedliche Rechtsschutzsysteme (Anfechtungsstreit- oder Klageverfahren mit oder ohne Schlichtungsmechanismen) finden, welche nicht zuletzt auch vom betroffenen Streitgegenstand (Lohn, Kündigung etc.) abhängen. Ebenso stehen unterschiedliche (verwaltungsinterne und verwaltungsexterne) Rechtsschutzinstanzen zur Verfügung.

Ein zentrales Element der Verfahrensgestaltung im öffentlichen Dienstrecht ist der verfassungsrechtliche Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Der Anspruch auf

rechtliches Gehör gilt generell für Verfahren, welche in eine (hoheitliche) Verfügung münden. Er beinhaltet mehrere Teilaspekte, wie u.a. das Recht auf vorgängige Anhörung, das Recht auf Mitwirkung bei Beweiserhebungen aber auch den Anspruch auf rechtskundige Vertretung bei Streitigkeiten sowie das Recht auf Begründung von Entscheiden. Da das rechtliche Gehör ein formeller Anspruch des Betroffenen ist, führt seine Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids – unabhängig von dessen inhaltlicher Richtigkeit. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Versäumnis vor der Rechtsmittelinstanz nicht umfassend nachgeholt werden kann (sog. Heilung des verletzten Gehörsanspruchs). Demnach hat die Verwaltung vor jeder personalrechtlichen Entscheidung ein eigentliches formelles Verfahren durchzuführen (mit vorgängiger Orientierung, Gewährung von Äusserungs- und Teilnahmemöglichkeiten etc.). Aus Beweisgründen sind sämtliche Schritte sauber zu dokumentieren und deren Vollzug (nicht der Inhalt der Entscheidsache als solche) vom Betroffenen durch Unterschrift bestätigen zu lassen. Sämtliche entscheiderelevante Dokumente gehören schliesslich in die – für den Mitarbeitenden einsehbaren – Personalakten.

Der verfassungsrechtlich garantierte Umfang des Rechtsschutzes im Personalrecht hängt davon ab, ob lediglich den Dienstbetrieb betreffende Anweisungen oder aber die Rechtsstellung des Mitarbeitenden berührende Anordnungen im Streit stehen. Bei letzteren handelt es sich um anfechtbare Verfügungen – und zwar unabhängig davon, ob die Personalerlasse diese explizit als Anfechtungsobjekte bezeichnen. Die Rechtsstellung eines Mitarbeitenden wird dann berührt, wenn subjektive Rechte oder Pflichten begründet, aufgehoben, verändert oder festgestellt werden. Darunter fallen insbesondere auch wesentliche, gesetzlich oder vertraglich nicht zwingend vorgesehene Umgestaltungen des Arbeitsverhältnisses, namentlich Änderungen in Art und Umfang oder Funktion der Anstellung. Nicht anfechtbar sind die blosser Zuweisung von Aufgaben innerhalb des vertraglichen Funktionsradius respektive bloss untergeordnete Ergänzungen

oder Änderungen des Aufgabengebietes. Diese stellen ein innerbetriebliches Führungsmittel ohne direkte Auswirkung auf die Rechte und Pflichten des einzelnen Arbeitnehmenden dar. Die Abgrenzung zwischen nicht anfechtbarer Dienstanweisung und personalrechtlicher Verfügung kann im Einzelfall schwierig sein.

Um den Betroffenen die Verfahrensgarantien zu gewähren und ihnen den Rechtsweg zu öffnen, sind in den einschlägigen Personalerlassen in aller Regel die massgeblichen Anordnungen formell als Verfügung ausgestaltet. Selbst aber wo dies nicht explizit der Fall ist, erwachsen den Betroffenen aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen die entsprechenden Rechte.

## FAZIT

Die verfassungsrechtliche Einbettung des öffentlichen Dienstrechts stellt hohe Ansprüche an die öffentlichen Arbeitgeber. Anders als die Privaten besitzen die Gemeinwesen kein Recht zur privatautonomer Ausgestaltung der Anstellungsverhältnisse. Dies äussert sich nicht nur in materiellen Vorgaben, sondern tritt vor allem auch in formellen, verfahrensrechtlichen Aspekten zu Tage. Die Behörden haben also nicht nur inhaltlich strengere Regeln zu befolgen, sondern sie müssen dies in einer bestimmten Art und Weise tun und dabei insbesondere auch die Beweisbarkeit all dessen vorkehren. Im personalrechtlichen Alltag wirken sich diese Anforderungen bisweilen beschwerlich aus. Die damit verbundenen Anstrengungen zahlen sich aber spätestens im Streitfall aus.

Bei alledem ist eine Anlehnung an das private Arbeitsrecht oder der Einsatz privatrechtlicher Handlungsformen nicht generell ausgeschlossen. Den Besonderheiten des öffentlichen Dienstrechts ist dabei aber stets im ausgeführten Sinne Rechnung zu tragen.