

RENÉ A. RHINOW

Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung

I. Ausgangslage

Ein kaum hinterfragtes Theorem des schweizerischen Verwaltungsrechts besagt, dass der Arbeitgeber «Staat» Arbeitnehmer auch auf der Grundlage privatrechtlicher Arbeitsverträge verpflichten dürfe. Dem Gemeinwesen komme die Freiheit zu, zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Gestaltungsformen zu wählen¹. Die Durchsicht der beamtenrechtlichen Erlasse sowie eine bei Bund und Kantonen durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass von dieser Möglichkeit in überraschend grossem Ausmass Gebrauch gemacht wird. Dabei sind allerdings unterschiedliche Tendenzen feststellbar: Während im Bund² und in einigen Kantonen vom Abschluss zivilrechtlicher Verträge Abstand genommen

¹ Vgl. etwa HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Komm. N 12 zu Art. 61 OR; ADOLF IM HOF, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, in: ZSR NF 49, 1929, S. 231a ff., 237a; HANS NEF, Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Anstellung, in: Personalprobleme der öffentlichen Verwaltung, Einsiedeln/Köln 1944, S. 23; PAUL R. MÜLLER, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich und St. Gallen 1970, S. 409 f.; FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 650; ALFRED STRUB, Das Dienstverhältnis der stadtbernischen Gemeindebediensteten und die Beziehungen des öffentlichen Personalrechts zum Arbeitsrecht, Basel 1971, S. 9; ELMAR MARIO JUD, Besonderheiten öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse nach schweizerischem Recht . . . , St. Gallen 1975, S. 33; ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 51, 236; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Stuttgart 1976, Nr. 147; THOMAS FLEINER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1980, S. 433; YVO HANGARTNER, Ausgewählte Rechtsfragen der öffentlichen Dienstverhältnisse, Referat, Aarau 1977, S. 3; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 284 ff., 319; Vgl. auch BGE 78 II 25, 103 Ib 324 ff.

² Vgl. für die allgemeine Bundesverwaltung die Weisung C 2612 des EFD vom 2. November 1981, wonach der Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge nicht mehr gestattet ist; für die PTT die Personalvorschrift C 6, in Kraft seit 1. Juli 1978; geringfügige Ausnahmen existieren bei Arbeitsverhältnissen zulasten von Sachkrediten (rund 2000 Personen), z. B. Nationalfonds, bei nichtschweizerischem Ortspersonal unserer diplomatischen Vertretungen im Ausland sowie Anstellungen durch die Direktion für Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe.

wird³, oder neuere Beamtenverordnungen die Freiheit der Formenwahl gänzlich ausschliessen und alle Arbeitsverhältnisse uneingeschränkt dem öffentlichen Recht unterstellen⁴, kennen rund zwei Drittel aller Kantone obligationenrechtliche Arbeitsverträge. Spitzenreiter dürfte wohl der Kanton Luzern sein, der rund die Hälfte seiner Arbeitnehmer auf privatrechtlicher Basis in Dienst genommen hat⁵ und ausserdem auf eine vermehrte Verwendung des zivilrechtlichen Instrumentariums tendiert^{6, 7}.

Ein Blick auf den hauptsächlichlichen *Anwendungsbereich* privatrechtlicher Arbeitsverträge in der öffentlichen Verwaltung ergibt folgende Situation⁸: Der zivilistische Kontrakt wird vor allem abgeschlossen mit vorübergehend beschäftigtem Personal, Teilzeitbeschäftigten, Aushilfspersonal, Arbeitnehmern in «untergeordneten» Funktionen oder aber umgekehrt mit besonders qualifizierten Aufgaben (Delegierte, «politische Beamte») sowie Arbeitnehmern, die einzelne Wahlerfordernisse (z. B. das Bürgerrecht) nicht erfüllen⁹. In gewissen Kantonen werden gar alle öffentlichen Angestellten im Sinne einer Bewährungsfrist für eine bestimmte Übergangsdauer privatrechtlich angestellt¹⁰. Besonderer Beliebtheit

³ In den Kantonen Zürich, St. Gallen und Thurgau nach nunmehr herrschender Praxis; wohl ebenso Obwalden, Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 10. Dezember 1976, VVGE III, Nr. 37.

⁴ Zum Beispiel Baselland, vgl. auch Appenzell Inner-Rhoden und Tessin; anders der abgelehnte Zürcher Entwurf vom 25. April 1982 zu einem Personalgesetz, oder der Entwurf des Regierungsrates von Schaffhausen vom 1. Juni 1982.

⁵ Es handelt sich dabei um einen «reinen» Vertrag des OR (siehe Beamtengesetz vom 28. Juni 1948, § 69) – im Gegensatz zu den privatrechtlichen Verträgen des überwiegenden Teils derjenigen Kantone, die ebenfalls Zivilrecht anwenden (hinten, Anm. 30). Ebenso die Regelungen in Schwyz, Verordnung vom 20. November 1968 über die Besoldung der Behörden und das Dienstverhältnis des Staatspersonals, § 2 Abs. 2, und Jura, Gesetz vom 26. Oktober 1978 sur le statut des magistrats et fonctionnaires . . . , Art. 1 Abs. 5; vgl. auch MARGRIT MEYER-BAUMGARTNER, Die Personalordnung der Stadt Luzern, Winterthur 1963, S. 64 ff.

⁶ Ebenso Graubünden «zur Wahrung der Flexibilität in Rezessionszeiten (!)»; vgl. auch für Solothurn das Postulat Burkhard vom 16. Dezember 1982, welches das Arbeitsverhältnis aller nicht hoheitlich Handelnden dem Privatrecht unterstellen möchte, und die unterschiedlich abschlägige Antwort des Regierungsrates vom 18. Mai 1982.

⁷ Anhand der Umfrage ergeben sich (soweit Angaben vorliegen) folgende approximativen Anteile privatrechtlich Angestellter am Staatspersonal: Luzern: rund die Hälfte; Basel-Stadt und Graubünden: ein Drittel; Solothurn, Genf und Jura: ein Fünftel; Nidwalden: ein Achtel; Zug und Schaffhausen: relativ häufig; Bern, Glarus, Appenzell Auser-Rhoden, Aargau und Neuenburg: ausnahmsweise.

⁸ Für Lehrlinge gelten in jedem Fall die Bestimmungen des BG vom 19. April 1978 über die Berufsbildung, die entsprechenden kantonalen Ausführungserlasse sowie Art. 344–346a OR, vgl. VISCHER (Anm. 1) S. 429 ff.

⁹ Zahlen waren erhältlich (in Prozenten) z. B. von Freiburg: total 22 (vollamtlich)/72 (weniger als halbe Stelle), wovon z. B. Unterricht (Schulen, Uni) 5/69, Spitäler 70/99; Basel-Stadt: total 35, nämlich Uni-Assistenten 5, Aushilfen 11, Mitarbeiter im Provisorium 19; Graubünden: total 33, Zentralverwaltung 16, Kliniken 76.

¹⁰ So etwa de lege lata in Zug, Gesetz vom 27. Oktober 1960 über das Dienstverhältnis und die Besoldung der hauptamtlichen Beamten und Angestellten, § 1 Abs. 4 (fakultativ); Basel-Stadt, Verordnung vom 5. Juni 1973 betr. die Dienstverhältnisse von provisorisch oder aushilfsweise angestellten Mitarbeitern . . . , §§ 2, 14; Genf (für Angestellte), Règle-

erfre
derte
oder
Schw
I
der z
besc
best
qual
öffe
die
nam
auch
der
anvi
rech
grös
heut
Kan
anzu
rech
Vor
Wal
liche
in e
Rah
in v
wär
liche
m
ca
R
11 V
12 E
pl
R
h
zu
zu
te
13 Im
19
14 S

erfreut sich der obligationenrechtliche Arbeitsvertrag schliesslich bei ausgegliederten Verwaltungseinheiten (etwa selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalten oder Aktiengesellschaften wie die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, die Schweizerische Nationalbank, die Kantonalbanken usw.¹¹).

Es ist im Grunde genommen erstaunlich, dass diese beträchtliche Verbreitung der zivilistischen Form bislang so kritiklos hingenommen worden ist. Die Juristen beschäftigt offenbar vor allem die praktische (kollisionsrechtliche) Frage, wie *bestehende* Dienstverhältnisse zwischen Gemeinwesen und Arbeitnehmern zu qualifizieren sind, um das anwendbare Recht (Bundeszivilrecht oder kantonales öffentliches Recht) zu bestimmen¹². Lehre und Praxis entwickelten Kriterien, um die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht vornehmen zu können, namentlich im Hinblick auf den einzuschlagenden Rechtsweg¹³. Zuweilen sind auch Bemühungen unternommen worden, auf der Basis der Wahlfreiheit Aspekte der Zweckmässigkeit der beiden Formen zu entwickeln¹⁴.

Aber wären nicht vorweg andere Fragen zu stellen, die das Grundsätzliche anvisieren: Besteht denn ein echtes Bedürfnis der Verwaltung, den öffentlichrechtlichen Formen zu entfliehen? Während dies früher mit dem Hinweis auf die grössere Flexibilität des Obligationenrechts unbesehen bejaht wurde, müsste heute die Antwort entschieden anders lauten, kommen doch der Bund und einige Kantone (praktisch) ohne zivile Arbeitsverträge aus. Ja, wäre nicht das Problem anzugehen, ob die Verwendung der zivilrechtlichen Form unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt zulässig sein kann, oder unter welchen Voraussetzungen sie allenfalls zu rechtfertigen wäre? Trägt die Formel von der Wahlfreiheit des Gemeinwesens zwischen öffentlichrechtlicher und zivilrechtlicher Begründung des Arbeitsverhältnisses überhaupt noch, oder müsste sie nicht in eine (bedingte) Verpflichtung zur publizistischen Form umgedeutet werden?

Die folgenden Überlegungen sind solchen Fragen gewidmet, ohne dass im Rahmen dieses Beitrages eine auch nur einigermaßen vertiefte Erörterung der in weite Gefilde der Rechtstheorie ausgreifenden Problemstellungen möglich wäre. Es soll vielmehr das Ziel verfolgt werden, die Verwendung des zivilrechtlichen Arbeitsvertrages in der öffentlichen Verwaltung zu problematisieren und

ment du 17. octobre 1973 fixant le statut des membres du personnel de l'administration cantonal, Art. 74; gemäss Praxis ebenso in Luzern, Schaffhausen, Appenzell Auser-Rhoden (nur für Teilzeitangestellte) und Waadt.

¹¹ Vgl. BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Basel und Frankfurt 1980, S. 299 ff.

¹² Es entspricht einer zwar weit verbreiteten, aber irrigen Vorstellung, der Jurist habe sich primär mit dem geltenden Recht und dessen Problemen zu befassen. Seine Rolle in der *Rechtsgestaltung* allgemein wird aber immer bedeutsamer: der Jurist als «Rechtsberater» hat eine wichtige Aufgabe in der Rechtsetzung zu erfüllen. Er hat sich u. a. auch ex ante zu Auswahl und Einsatz von Rechtsformen und Instrumenten des Verwaltungshandelns zu äussern. Vgl. hierzu etwa KLAUS LANGE, Kriterien für die Wirksamkeit von Instrumenten und Programmen des Verwaltungshandelns, DöV 1981, S. 73 ff.

¹³ IMBODEN/RHINOW (Anm. 1), Nr. 147 B I, II; BGE 105 Ia 122; VPB 1980 Nr. 103; PVG 1976 Nr. 2.

¹⁴ So vor allem von NEF (Anm. 1), S. 29 ff.; vgl. auch STRUB (Anm. 1), S. 10 f.

vom Sockel der Unbedenklichkeit auf den unwirtschaftlichen Boden der Anfechtung herunter zu holen. Die abschliessenden Thesen stellen einen Versuch dar, die Diskussion im Sinne der Methode von «trial and error» (KARL POPPER) voranzutreiben.

II. Faktoren der Rechtsentwicklung

Die gewachsene (Un-)Ordnung im Arbeitsrecht der öffentlichen Verwaltung lässt sich auf verschiedene Umstände und Tendenzen zurückführen, die sich zum Teil unter den Einflüssen deutschrechtlicher Vorstellungen, zum Teil vor dem Hintergrund föderalistischer Strukturen und spezifischen Ausprägungen des schweizerischen Rechtspflegesystems herausgebildet haben. Namentlich drei Gründe dürften massgeblich mit dem zum aktuellen Nebeneinander von öffentlichem und privatem Dienstrecht beigetragen haben.

1. Relikte der Fiskustheorie

Einmal übten Elemente der im Absolutismus und im deutschen Verwaltungsrecht des Polizeistaates entwickelten und erst verhältnismässig spät, in der Regenerationszeit, in der Schweiz verbreiteten Fiskustheorie immer noch einen wesentlichen, wenn auch in der Tendenz schwindenden Einfluss auf die schweizerische Rechtsentwicklung aus¹⁵. Dass das Gemeinwesen überhaupt als Privatrechtssubjekt begriffen werden kann, lässt sich ohne Rückgriff auf diese Anschauung, die den Staat in einen hoheitlichen Träger und ein privatrechtliches Vermögenssubjekt zerlegt, nicht verstehen. Das Gemeinwesen wurde auf diese Weise (auch) der privatrechtlichen Ordnung unterstellt, weil das damalige öffentliche Recht kein entsprechendes Instrumentarium bereithielt, das den Bürger in seinen Vermögensverhältnissen vor staatlichem Zugriff abzuschirmen vermocht hätte. Hinzu kam, dass gerade in der Schweiz, die der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit lange Zeit so zurückhaltend gegenüberstand, die partielle Unterwerfung des Gemeinwesens unter die Privatrechtsordnung dem Bürger vitalen Rechtsschutz gewährte: nur der Staat als Privatrechtssubjekt liess sich vor die (ordentlichen) Gerichte zwingen. Als Beispiele wären etwa zu nennen: das Staatshaftungsrecht, das Recht der «Daseinsvorsorge», namentlich was die Beziehun-

¹⁵ Vgl. etwa ZACCARIA GIACOMETTI, Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924, S. 2 ff., 11 ff. Zur Problematik der Fiskustheorie vgl. JOACHIM BURMEISTER, Der Begriff des «Fiskus» in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, DöV 1975, S. 695 ff.

gen einer öffentlichrechtlichen Anstalt zu ihren Benützern angeht¹⁶, die Verwaltung des staatlichen Finanzvermögens, die wettbewerbsmässige Beteiligung der öffentlichen Hand auf wirtschaftlichen Märkten und die sogenannten klassischen Hilfsgeschäfte der Verwaltung, die nur mittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen (Kauf- und Werkverträge, Aufträge, usw.).

Aus diesen Erwägungen unterstellte das Bundesgericht vorerst auch das Beamtenverhältnis dem Privatrecht, obwohl in der (deutschen) Lehre dessen Konzeption als «besonderes Gewaltverhältnis» bereits vorherrschend war. Als das Obligationenrecht von 1881 in Art. 349 Abs. 1 kurzweg bestimmte, die öffentlichen Beamten und Angestellten würden «unter dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone» stehen, fasste die bundesgerichtliche Praxis das öffentliche Dienstverhältnis als Verhältnis des öffentlichen Rechts auf, wies jedoch wiederum aus Rechtsschutzgründen die pekuniären Ansprüche der Beamten dem Privatrecht zu. Erst mit der weiteren Entwicklung des öffentlichen Dienstrechts fand eine einheitliche öffentlichrechtliche Betrachtungsweise Eingang in die höchstrichterliche Judikatur, wobei aber über den «Umweg» einer weitherzigen Auslegung des Begriffs der «zivilrechtlichen Streitigkeit» gemäss Art. 42 OG weiterhin vermögensrechtliche Klagen aus dem (kantonalen) öffentlichen Dienstverhältnis entgegengenommen wurden¹⁷. Und heute noch behält Art. 342 Abs. 1 Bst. a OR die «Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis» vor; eine Bestimmung, die nur im Lichte einer grundsätzlichen Zulässigkeit privatrechtlicher Arbeitsverträge bei öffentlichen Dienstverhältnissen ihren Sinn erhält.

2. Mangelnde Fortbildung des öffentlichen Personalrechts

Die Auswirkungen der Fiskustheorie finden ihre Entsprechung in einer späten und zögernden Entwicklung des öffentlichen Personalrechts. Dazu trug einmal massgeblich die – schweizerischen Rechtstraditionen diametral entgegen-

¹⁶ Erst kürzlich hat das Bundesgericht das Benutzungsverhältnis zwischen einem Elektrizitätswerk und dessen Energiebezügern als öffentlichrechtlich qualifiziert und ausgeführt, an seinem früheren Entscheid, der von der Privatrechtsnatur ausgegangen sei (BGE 76 II 106), könne nicht festgehalten werden. Dieser erkläre sich nämlich aus dem Bedürfnis, «dem Anstaltsbenützer zu ermöglichen, seine allfälligen Ansprüche gegen die Anstalt vor dem Zivilrichter geltend zu machen, da damals die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch wenig entwickelt war» (BGE 105 II 240).

¹⁷ GIACOMETTI (Anm. 15), S. 11 ff.; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956, S. 22 ff.; GRISEL (Anm. 1), S. 234; KURT RAMSTEIN, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Winterthur 1959, S. 101; RENÉ A. RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 1979, S. 1 ff., 6; HANGARTNER (Anm. 1), S. 14; WILHELM BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 69; BGE 72 I 288, 75 II 249 ff.; 80 I 244 ff.

gesetzte¹⁸, ebenfalls unter dem Einfluss der deutschen Lehre entwickelte – Vorstellung des Beamtenverhältnisses als eines «Gewaltverhältnisses», das teilweise der rechtssatzmässigen Durchdringung und der Grundlage im formellen Gesetz entbehrte, bei¹⁹. Zum andern wurde es dank der Ausweichmöglichkeiten, die das zivile Arbeitsvertragsrecht bereitstellte, verpasst, rechtzeitig differenzierte Typen und Kategorien öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse zu schaffen. Das an die Amtsdauer gebundene starre Beamtenverhältnis vermochte den Bedürfnissen einer sozialstaatlich eingefärbten Verwaltung in vielen Bereichen nicht mehr zu genügen; und die parallel dazu entwickelte, von der Amtsdauer befreite Kategorie der öffentlichen Angestellten hielt offenbar immer noch nicht die «Flexibilitäten» bereit, die der Arbeitgeber Staat oder gewisse Arbeitnehmer in besonderen Fällen in Anspruch nehmen wollten. Es kommt hinzu, dass die Rechtsfigur des Vertrages im öffentlichen Recht lange Zeit ein Schattendasein fristete, so dass ein Ausbrechen aus der Rigidität des rechtssatzgebundenen Verfügungsverhältnisses immer auch einer Wahl der Privatrechtsform gleichkam. Dabei eignet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag besonders gut zur Regelung öffentlicher Arbeitsverhältnisse²⁰, kommt doch schon das eigentliche Beamtenverhältnis seiner inneren Natur nach dem Vertrag zumindest sehr nahe²¹. Ein modernes öffentliches Dienstrecht, gepaart mit einem ausgebauten Verwaltungsschutz, ist indessen nicht auf die «Flucht» in die Formen des Privatrechts angewiesen, sondern vermag allen Anforderungen eines rechtsstaatlich fundierten Personalrechts wie einer zeitgemässen Personalführung gerecht zu werden.

3. Zunehmende Annäherung ziviler und öffentlicher Arbeitsverhältnisse

Schliesslich ist die Bedeutung zivilistischer Konstruktionen im öffentlichen Dienstrecht auch darin zu erblicken, dass für viele – wohl für zunehmende – Kategorien öffentlicher Bediensteter eine gegenüber privatwirtschaftlichen Arbeitnehmern unterschiedliche Rechtsstellung nicht gerechtfertigt erscheint. Wenn das Gemeinwesen die Domäne klassischer Hoheitsverwaltung verlässt, gleichen sich Anforderungen und Aufgaben vieler Arbeitnehmer im öffentlichen und privaten Sektor an. Besonders augenfällig ist dies bei Institutionen der Lei-

¹⁸ Vgl. den immer noch lesenswerten Aufsatz von FRITZ FLEINER, *Beamtenstaat und Volkstaat*, Festgabe für Otto Mayer, Tübingen 1916, S. 31 ff. (auch abgedruckt in: F. F., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 1941, S. 138 ff.).

¹⁹ Noch heute besitzen etliche Kantone kein Beamtengesetz.

²⁰ MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel 1958, S. 128 ff.; YVO HANGARTNER, *Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis*, ZSR 79 II, 1979, S. 289 ff., 391; BGE 101 Ia 446. Das neue basellandschaftliche Beamtenrecht kennt neben dem Beamtenstatus die Kategorie der Angestellten, deren Dienstverhältnis durch öffentlichrechtlichen Vertrag begründet wird (§§ 50 ff. des Beamtengesetzes vom 5. Juni 1978).

²¹ Zur Deutung des Beamtenverhältnisses als öffentlichrechtlichen Vertrag allgemein vgl. etwa IMBODEN (Anm. 20), S. 135 f.; RHINOW (Anm. 17), S. 14 f.

stungsverwaltung (Kantonalbanken, Versicherungseinrichtungen, Transportbetriebe); aber im Grunde genommen trifft diese Vergleichbarkeit der Funktionen bereits viele Bereiche der tradierten Hoheitsverwaltung. Warum untersteht etwa die Sekretärin, die bei einem Gemeinwesen Arbeit leistet, einem besonderen Disziplinarrecht? Warum genießt sie den Amtsdauerschutz, ihre «private» Kollegin aber nicht? Man hat zwar versucht, einen Unterschied darin zu sehen, ob ein Funktionär hoheitliche Aufgaben zu erfüllen habe oder nicht. Ersterem sei die privatrechtliche Anstellung verwehrt²². Allein es ist nicht der Funktionär, der hoheitlich vorgeht, sondern das Amt oder – in der Terminologie des VwVG – die Behörde; und es könnte sehr wohl intern ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegen, auch wenn nach aussen mit obrigkeitlichem Zwang gehandelt wird. Das «Aussenrecht» (Verwaltungsrechtsverhältnisse, Staats- und Personalhaftung) würde davon nicht berührt.

Man kann sich deshalb fragen, ob gerade in einer Zeit grosser Fluktuation auf dem Arbeitsmarkt eine unterschiedliche rechtliche Betrachtungsweise noch haltbar erscheint, oder ob nicht vielmehr ein einheitliches Personalrecht in diesen vergleichbaren Funktionen geboten wäre²³. Die Frage soll zwar in der Tendenz bejaht, hier aber dahingestellt bleiben; die Lösung dürfte jedenfalls nicht im vermehrten Abschluss zivilrechtlicher Verträge durch die Verwaltung, sondern wohl eher in der gegenseitigen *inhaltlichen* Angleichung bestimmter Typen von öffentlichen und privaten Arbeitsverhältnissen liegen.

III. Zur Problematik zivilrechtlicher Arbeitsverträge im öffentlichen Sektor

Die Verwendung des zivilistischen Instrumentariums durch die öffentliche Verwaltung wirft verschiedene Probleme auf, die teilweise mit der allgemeinen Fragwürdigkeit zivilrechtlichen Staatshandelns begründet werden können, teilweise jedoch auf spezifische Gegebenheiten des Arbeitsrechtes und Arbeitsmarktes zurückzuführen sind. Die nachfolgende Schwerpunktanalyse klammert die letztlich alles beherrschende Grundfrage nach Sinn, Rechtfertigung, Differenzierungsmöglichkeiten und Austauschbarkeit von öffentlichem und privatem

²² Vgl. etwa NEF (Anm. 1), S. 29 f.

²³ Dazu etwa HANGARTNER (Anm. 20), S. 400 ff., 407, der eine «allfällige Einheit des Arbeitsrechts grundsätzlich nicht durch die Privatisierung des Beamtenrechts, sondern durch eine nach verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten ausgerichtete Umgestaltung des privatrechtlichen Arbeitsrechts» postuliert. – Für das österreichische Recht vgl. etwa HEINZ SCHÄFFER/GERHARD STADLER, Der Zugang zu und die Entlassung aus dem öffentlichen Dienst in Österreich, in: ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE/CHRISTIAN TOMUSCHAT/DIETER C. UMBACH (Hrsg.), Extremisten und öffentlicher Dienst, Baden-Baden 1981, S. 411 ff., 418.

Recht aus²⁴ und versucht, mehr phänomenologisch Schwierigkeiten aufzuzeigen, die aus dem oft ungeordneten *Nebeneinander* von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Gestaltungsformen entstehen. Denn im Unterschied zu anderen Bereichen zivilrechtlicher Verwaltungstätigkeit ist das privatrechtliche Gebaren hier in besonderem Masse mit der publizistischen Vorgehensweise konfrontiert; es findet nicht in einem ausgesparten Raum, in einem mehr oder weniger klar begrenzten Reservat statt²⁵, sondern ist als bedeutsame Ausnahmeerscheinung mit dem öffentlichen Dienstrecht eng verflochten, von diesem gleichzeitig abhängig und doch wieder partiell befreit.

1. Kollisionsrechtliche Schwierigkeiten

Vorerst einmal weist die geltende Ordnung in vielen Kantonen, die Arbeitsverträge des privaten Rechts zulassen, die Eigenschaft auf, dass weder Voraussetzungen und Inhalt der zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisse noch deren Abgrenzung zum öffentlichen Dienstrecht in der erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit rechtssatzmässig normiert sind. Entweder nimmt sich die Verwaltung die Befugnis heraus, ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung den zivilrechtlichen Weg zu beschreiten²⁶, oder das Gesetz enthält einen Vorbehalt zugunsten des Abschlusses besonderer Vereinbarungen, ohne dass deren Rechtsnatur angesprochen würde²⁷. In der Regel besteht dabei aber nicht die Meinung, dass diese Verträge vollkommen losgelöst von der öffentlichrechtlichen Ordnung abgeschlossen werden, sondern das Gesetz selbst oder die einzelnen Verträge erklären ihrerseits wiederum Teile des öffentlichen Dienstrechts als anwendbar

²⁴ Die Literatur zu diesem Fragenkomplex ist unübersehbar geworden; vgl. neuerdings etwa KNAPP (Anm. 11), S. 11 ff.; PIERRE MOOR, *Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé*, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 145 ff.; CHRISTIAN PESTALOZZA, *Formenmissbrauch des Staates*, München 1973; *derselbe*, *Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, DöV 1974, S. 188 ff.; CHRISTIAN-FRIEDRICH MENGER, *Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht*, in: *Fortschritt des Verwaltungsrechts*, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 149 ff.; ALFONS GERN, *Neue Aspekte der Abgrenzung des öffentlichrechtlichen vom privatrechtlichen Vertrag*, *Verwaltungs-Archiv* 1979, S. 219 ff.

²⁵ Wie dies z. B. bei der Verwaltung des staatlichen Finanzvermögens oder den administrativen Hilfsgeschäften (Kauf, Miete usw.) der Fall ist.

²⁶ So z. B. in Solothurn.

²⁷ St. Gallen und Thurgau schliessen in der Praxis auf einen öffentlichrechtlichen Vertrag (Dienst- und Besoldungsordnung für das Staatspersonal vom 30. April 1971, Art. 1 Abs. 1, bzw. Kanzleireglement für die Verwaltung des Kantons Thurgau vom 29. Januar 1948, § 1 Abs. 2); Glarus und Appenzell Ausser-Rhoden bringen Obligationenrecht zur Anwendung (Gesetz vom 5. Mai 1946 über die Behörden und Beamten des Kantons, Art. 1 Abs. 1, bzw. Dienst- und Besoldungsverordnung vom 12. Juni 1978, Art. 1 Abs. 1). – IMBODEN (Anm. 20) S. 132, hält mit Recht dafür, der Verweis auf «Vereinbarungen» müsse «in den meisten Fällen als ausdrückliche Anerkennung eines Kontrahierens in den Formen des öffentlichen Rechtes verstanden werden».

oder stellen materielle, dem Beamtenrecht angenäherte oder gar entsprechende Regeln auf²⁸. So wird etwa regelmässig die Festsetzung des Lohnes – ein Essentiale des Arbeitsvertrages!²⁹ – der Parteidisposition enthoben. Oder aber die Vereinbarungen schweigen und gehen davon aus, dass die Vertragslücken nicht nach den Regeln des OR, sondern nach den Grundgedanken der gesetzlichen Ordnung zu füllen sind. Es kommt auch vor, dass in einem Personalerlass bestimmte Typen von Arbeitsverhältnissen explizit dem Privatrecht unterstellt, gleichzeitig aber Teile des öffentlichrechtlichen Dienstrechts zum Vertragsinhalt deklariert werden³⁰.

Öffentliches Recht oder Privatrecht? Gemischte Rechtsverhältnisse? Während der Verweis im öffentlichen Personalrecht auf die Geltung von Regeln des OR dieses zu kantonalem öffentlichem Recht werden lässt, gibt die ausdrückliche oder stillschweigende Verweisung auf öffentliches Recht im privatrechtlichen Kontrakt Probleme auf. Werden kantonale öffentlichrechtliche Rechtssätze damit zu (zwingenden) kantonalen Privatrechtsnormen oder bloss im Einzelfall zu Vertragsbestandteilen, die zudem allen Änderungen der Gesetzgebung unterworfen sind? Lässt sich das Disziplinarrecht beispielsweise auf diese Weise überhaupt mit den Regeln des OR verbinden³¹? Was geschieht, wenn der kantonale Norm zwingendes (Bundes-)Zivilrecht entgegensteht? Selbst bei ausdrücklicher zivilrechtlicher Qualifikation des Verhältnisses liegt es m. E. nahe, zumindest den

²⁸ Vgl. etwa das Regulativ vom 10. Januar 1956 über das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten der Einwohnergemeinde Luzern, §§ 99 ff., und MEYER-BAUMGARTNER (Anm. 5) S. 64 ff. Für das stadtbernerische Personalrecht stellt STRUB (Anm. 1) S. 21 f., fest, die Gebundenheit an zwingende Vorschriften des öffentlichen Personalrechts beim Abschluss privatrechtlicher Arbeitsverträge wirke sich so stark aus, dass materiell gesehen kein grosser Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen mehr ersichtlich sei.

²⁹ Vgl. – statt vieler – FRANK VISCHER, Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Eingriffe in die Lohnvereinbarung, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 283.

³⁰ Ein illustratives Beispiel stellt die Verordnung vom 5. Juni 1973 betreffend die Dienstverhältnisse von provisorisch oder aushilfsweise angestellten Mitarbeitern des Kantons Basel-Stadt dar. Das zugrundeliegende Beamtengesetz schreibt vor, dass diese Dienstverhältnisse durch eine vom Regierungsrat zu erlassene Dienstordnung geregelt werden (§ 1 Abs. 3). Die erwähnte Verordnung enthält nun folgende Regelungen:

- Sie stellt materielle Vorschriften über diese Dienstverhältnisse auf (z. B. über die Lohnzahlung bei Militärdienst und über Kündigungsfristen, §§ 11 und 12);
- sie erklärt wesentliche Bestandteile des Beamtengesetzes bezüglich der Rechte und Pflichten des Angestellten als sinngemäss oder direkt anwendbar (so auch die Lohnregelung; §§ 8 ff.);
- sie qualifiziert aber mit kühnem Strich diese Dienstverhältnisse als privatrechtlich (§ 4); und
- sie verweist subsidiär, soweit diese Verordnung nichts Abweichendes anordne, auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag (§ 4).

Vgl. ferner die Regelungen in den Kantonen Bern, Nidwalden, Zug, Schaffhausen, Appenzel Auser-Rhoden, St. Gallen, Waadt, Wallis und Genf.

³¹ Vgl. hierzu YVO HANGARTNER, Reform des Beamtendisziplinarrechts, ZBl 1970, S. 425 ff., 429.

öffentlichrechtlichen Teil, auf den verwiesen wird, von dieser Unterstellung auszunehmen³².

Die aufgeworfenen Fragen signalisieren die rechtsstaatlich unbefriedigende Situation einer gegenseitigen Verzahnung zivilistischer und publizistischer Gestaltungsmittel. Die Verknüpfung privatrechtlicher Verträge mit einem für alle Arbeitnehmer verbindlichen öffentlichen Dienstrecht führt zu untragbaren rechtlichen Verhältnissen, und dies unnötigerweise, wie man angesichts der Existenz ausschliesslich öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse in verschiedenen Kantonen beifügen muss.

2. Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern der öffentlichen Verwaltung

32a Noch gravierender erweist sich indessen die Tatsache (oder zumindest die Gefahr) einer gegen das Gleichheitsgebot von Art. 4 BV verstossenden rechtlichen Behandlung verschiedener Arbeitnehmerkategorien innerhalb der öffentlichen Verwaltung/ Es ist nicht recht einzusehen, warum durch die Wahl der privatrechtlichen Form Grundpfeiler des öffentlichen Dienstrechts beiseite geschoben werden sollen (Amtdauer, Treuepflicht³³, weitgehende Änderbarkeit des Arbeitsverhältnisses durch Gesetzesrevision³⁴, Disziplinarrecht, «Lohnstarrheit», usw.). Ein modernes Personalrecht muss auch beim Gemeinwesen differenzierte Arbeitnehmerkategorien schaffen, die vom tradierten Beamtenbild abrücken (Angestellte) und dem Typus des zivilen Arbeitsvertrages angenäherte Rechtspositionen vermitteln. Doch stellt es eine genuin öffentlichrechtliche Aufgabe dar, diese Kategorien rechtssatzmässig festzulegen, gegeneinander abzugrenzen und die Voraussetzungen ihrer Verwendung durch die Verwaltung zu bestimmen. Die Möglichkeit eines einzelfallweisen Ausbrechens aus der publizistischen Ordnung erweckt schwere verfassungsrechtliche Bedenken, weil damit willkürlichen Ausnahmeregelungen, sachlich unhaltbaren Bevorzugungen und Benachteiligungen Tür und Tor geöffnet wird. Im Rechtsstaat darf es keine Zonen der Willkür geben³⁵, auch dann nicht, wenn sich dieser als Privatrechtssubjekt gebärdet. «Staatliches Handeln bleibt staatliches Handeln, auch wenn es auf den leisen Sohlen des privaten Vertragsrechts einherschreitet»³⁶. Es kommt hinzu,

³² So auch KNAPP (Anm. 11) S. 395.

³³ Vgl. hierzu neuerdings PETER HÄNNI, Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht, Freiburg i. Ue. 1982.

³⁴ Allerdings bleiben auch im öffentlichen Beamtenrecht die wohlerworbenen Rechte vorbehalten; vgl. etwa RHINOW (Anm. 17); BGE 106 Ia 163 ff.

³⁵ Grundlegend: GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsfindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109 ff.

³⁶ PETER SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: BERND-CHRISTIAN FUNK (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Separatum (ohne nähere Angaben), S. 59 ff., 72.

dass die Flucht ins Privatrecht gleichzeitig auch zu mangelnder Transparenz führt, weil sich die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Prinzipien angesichts einer Vielzahl von Einzelverträgen schwer überblickbar – und kontrollierbar! – erweist³⁷.

3. «Hinkendes» Privatrecht

Das Bedürfnis, den Staat auch als Privatrechtssubjekt an öffentlichrechtliche Normen, namentlich an organisatorische Vorschriften und an die Grundrechte anzuketten, hat in der Verwaltungsrechtslehre zur Entwicklung der Figur des sogenannten «Verwaltungsprivatrechts» geführt³⁸. Wo der Staat öffentlichrechtliche Aufgaben in Formen des Privatrechts erfüllt, soll er sich seiner verfassungsrechtlichen Bindungen nicht entledigen können. Allein, diese Theorie bleibt auf halbem Wege stecken, weil dem Staat in keinem Bereich und unter keinem Titel gestattet ist, sich seiner rechtsstaatlichen Verpflichtungen zu entziehen³⁹. Dies gilt ganz besonders für den Staat als Arbeitgeber, der die Verfassungsgebote, namentlich Art. 4 BV⁴⁰, nicht einfach abstreifen kann, wenn er – um ein Bild WALTER JELLINEKS zu gebrauchen – statt in Uniform in Zivilkleidung ausgeht⁴¹. In der Literatur ist dementsprechend auch anerkannt, dass privatrechtliche Anstellungen Zuständigkeitsvorschriften zur Stellenschaffung und andere gesetzliche Eingrenzungen nicht verletzen dürfen⁴².

Es ist schliesslich auch zu bedenken, dass die kollektive Seite des privaten Arbeitsrechts von vornherein nicht zur Anwendung gelangen kann⁴³. Die Verwaltung vermag sich als Arbeitgeber nicht auf die Tarifautonomie zu berufen; sie kann nicht Gesamtarbeitsverträge mit Gewerkschaften abschliessen, geschweige denn zum Mittel der Aussperrung greifen. Das Streikrecht ist, sofern nicht verfassungsrechtlich oder gesetzlich eingeräumt, den öffentlichen Bediensteten verwehrt⁴⁴. Es wäre undenkbar, dass Löhne und Arbeitsbedingungen dem Zugriff

³⁷ So auch PETER KÖFER, Das Recht des Staatspersonals im Kanton Aargau, Aarau 1980, S. 121 f.

³⁸ Vgl. etwa HANS-UWE ERICHSEN/WOLFGANG MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Berlin/New York 1981, S. 293 ff. (mit weiteren Hinweisen); GRISEL (Anm. 1) S. 51; KNAPP (Anm. 11) S. 12 ff.

³⁹ Vgl. hierzu – mit weiteren Hinweisen – SALADIN (Anm. 36) S. 67 ff., 77 f.

⁴⁰ Grundlegend STEFAN MÜLLER, Die Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diessenhofen 1981, S. 123 ff.

⁴¹ WALTER JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931, S. 25.

⁴² Vgl. etwa JUD (Anm. 1) S. 33; CHRISTOPH MEILI, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, insbesondere dessen Beendigung nach zürcherischem Recht, Zürich 1958, S. 28 ff.

⁴³ Vgl. zum kollektiven Arbeitsrecht etwa VISCHER (Anm. 1) S. 446 ff.; derselbe, Streik und Aussperrung in der Schweiz, Wirtschaft und Recht 1981, S. 5 ff.; derselbe, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 395 ff.

⁴⁴ VISCHER (Streik, Anm. 43) S. 13; HANGARTNER (Anm. 20) S. 402 ff.

des Gesetzgebers entzogen und der freien Ausmarchung von Regierung und Gewerkschaften überlassen würden. Dies muss auch dann gelten, wenn Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung privatrechtlich begründet werden. Die bundesrechtliche Arbeitsverfassung «passt» nicht auf den Arbeitgeber Staat; die privatrechtliche Formenwahl ändert nichts daran.

Es ist bereits hervorgehoben worden, dass die öffentlichrechtliche Durchwirkung privater Arbeitsverträge letztlich zu keinen befriedigenden Ergebnissen führt. Wohl erscheint diese Anbindung unausweichlich, um auf der Grundlage des geltenden Rechts die Einbettung der Arbeitsverträge in das öffentliche Personalrecht und die Verfassungsordnung allgemein sicherzustellen. Die mit dem Begriff des Verwaltungsprivatrechts verknüpfte Vorstellung eines eingezwängten, in ein Korsett öffentlichrechtlicher Massstäbe gepressten und dadurch denaturierten (weil seiner Willkürlichkeit enthobenen) Privatrechts stellt aber eine bloße Hilfskonstruktion dar, die für die Neugestaltung des Arbeitsrechts im öffentlichen Sektor keine tragfähige Basis abzugeben vermag. Vor allem aber vermittelt sie *de lege lata* keine rechtliche Legitimation zur Verwendung privatrechtlicher Arbeitsverträge, wo diese Möglichkeit nicht vom Gesetzgeber durch Ermächtigungsklauseln vorgesehen ist. Verwaltungsprivatrecht bleibt hinkendes, an Krücken gehendes, entfremdetes Privatrecht. Es stellt im Grunde genommen schon begrifflich einen Widerspruch in sich selbst dar. Die Lösung kann nur in der integralen öffentlichrechtlichen Ausgestaltung aller Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung bestehen.

4. Divergenzen in der Rechtspflege

Eine weitere Problematik der Existenz zivilistischer Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Sektor liegt in Unterschieden des Verfahrens und des Rechtsweges, der bei Streitigkeiten beschritten werden muss. Der gleiche Arbeitgeber Staat handelt bald einseitig-hoheitlich und muss im Streitfall vor öffentlichrechtlichen Rekurskommissionen oder Gerichten antreten, bald hat er als Partei vor dem Zivilrichter sein Recht zu «suchen». Auf der anderen Seite sind die Arbeitnehmer des nämlichen Arbeitgebers auf verschiedene Rechtspflegeinstitutionen verwiesen und riskieren dadurch unterschiedliches Recht zu «finden», je nachdem, ob sich der – öffentlichrechtlichen Schranken eher abholde – Zivilrichter oder der mit dem Beamtenrecht vertraute Verwaltungsrichter der Sache annimmt – ganz abgesehen von der Gefahr negativer Kompetenzkonflikte bei ineinander bis zur Unkenntlichkeit verschlungenen Rechtsformen. Zu bedenken ist auch, dass in der Lehre mit guten Gründen das Postulat erhoben wird, die Beamtenernennung als Verfügung mit «Drittwirkung» aufzufassen, so dass nichtgewählte Bewerber als Betroffene zur Beschwerdeerhebung zuzulassen wären⁴⁵. Bei der privatrecht-

⁴⁵ Vgl. etwa STEFAN MÜLLER (Anm. 40) S. 123 ff.

lichen Anstellung entfällt indessen diese Anfechtungsmöglichkeit, die eine in der Wahl der Rechtsform begründete Ungleichbehandlung nicht des Bediensteten, sondern der abgewiesenen *Bewerber* mit sich bringt.

Auch bei der Nichtwiederwahl ergeben sich Unterschiede zwischen der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Anstellung. Während die obligationenrechtliche Kündigung nicht begründet sein (und nicht begründet werden) muss, neigen Lehre und Praxis dazu, die Nichtwiederwahl des Beamten nach Ablauf der Amtsdauer als Ermessensakt zu qualifizieren oder zumindest dem Willkürverbot zu unterstellen⁴⁶. Lassen sich diese unter Umständen krassen Unterschiede des Rechtsschutzes innerhalb der gleichen «Unternehmung» von Art. 4 BV rechtfertigen?

Man könnte in Erwägung ziehen, die auf Abschluss eines zivilrechtlichen Arbeitsvertrages gerichtete staatliche Willensäußerung gleichzeitig als Verwaltungsakt zu deuten. Damit würde erreicht, dass die allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege auch das zivilrechtliche Verwaltungshandeln in Beschlag nähmen. Entsprechende Lösungsansätze werden – im Gefolge und in Weiterentwicklung der deutschen «Zweistufentheorie» – zurzeit vor allem bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und bei der Subventionsgewährung diskutiert⁴⁷. Ob dieser Weg für das Arbeitsrecht eine praktikable Lösung abzugeben vermöchte, sei hier dahingestellt. Immerhin versetzte sie den nicht gewählten Drittbewerber in die gleiche Rechtslage gegenüber dem gewählten öffentlichrechtlichen Funktionär wie gegenüber dem privatrechtlichen Angestellten⁴⁸. De lege ferenda wird der Rückgriff auch auf diese Hilfskonstruktion hingegen entbehrlich, sofern die Verwaltung uneingeschränkt auf dem Boden des öffentlichen Rechts verbleibt.

Eine schlechterdings unhaltbare Konsequenz scheint mir aber die Freiheit der Verwaltung in der Bestimmung des Rechtsweges zu sein. Wenn es der Exekutive obliegt, über die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Gestaltungsformen zu befinden, so entscheidet sie damit eo ipso auch über das zur Verfügung stehende Rechtsmittelsystem. Im Klartext bedeutet das nichts anderes, als dass die Verwaltung als eine der beiden am Arbeitsverhältnis beteiligten Parteien autonom darüber beschliesst, ob sie sich ihre Verfügungsgewalt vorbehalten und allenfalls der öffentlichen Rechtspflege unterziehen oder ob sie sich der Zivilgerichtsbarkeit

⁴⁶ Vgl. etwa IMBODEN/RHINOW (Anm. 1) Nr. 150 B I; BGE 107 Ia 182 ff., 105 Ia 271 ff.; ZBl 1982, S. 170 f.; VPB 1979 Nr. 92.

⁴⁷ Vgl. – statt vieler – etwa die Hinweise bei STEFAN MÜLLER (Anm. 40) S. 148 ff., und bei PETER GALLI, Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen, Zürich 1981, S. 150 ff.; VPB 1976 Nr. 55. Für das deutsche Recht vgl. etwa neuerdings FERDINAND O. KOPP, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage, München 1980, N 21 ff. zu § 35 VwVfG; JOST PIETZCKER, Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AÖR 1982, S. 61 ff.

⁴⁸ Mit der rein zivilrechtlichen Gestaltung schliesst die Verwaltung nämlich auch allfällig berührte Dritte (z. B. Drittbewerber bei der Stellenbesetzung) a priori vom Rechtsschutz aus. Dieser Konsequenz entgeht man, wenn im Abschluss eines zivilen Arbeitsvertrages durch die Verwaltung (auch) ein Verwaltungsakt erblickt wird.

unterstellen will. Eine derartige Wahlfreiheit in der Festlegung des in concreto massgeblichen Rechtsweges widerspricht aber dem Legalitätsprinzip und wohl auch dem Rechtsgleichheitsgebot. Es ist Aufgabe der Legislative, nicht der (betroffenen) Exekutive, den Rechtsschutz des Bürgers, auch des Arbeitnehmers, gegenüber der Verwaltung auszugestalten und zu gewährleisten. Unmassgeblich ist dabei die Frage, wer allenfalls von dieser Verlagerung auf den Zivilrechtsweg «profitieren» würde. Das mit der Fiskustheorie bezweckte Rechtsschutzanliegen entfällt bei ausgebauter Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴⁹. Es mag allenfalls dort noch eine vorübergehende Ersatzfunktion ausüben, wo der Zugang zur unabhängigen Verwaltungsjustiz (immer noch) versperrt bleibt.

IV. Schlussbemerkungen

Die Pluralität öffentlichrechtlicher und zivilrechtlicher Gestaltungsformen im Personalrecht der öffentlichen Verwaltungen ist weitgehend das Resultat einer historischen Rechtsentwicklung, in der sich deutsche Einflüsse mit schweizerischen Traditionen verbinden. Im Verfassungsstaat Schweiz des ausgehenden 20. Jahrhunderts ist es an der Zeit, Relikte vorkonstitutioneller Strukturen auszuräumen und das Personalrecht der öffentlichen Verwaltungen rechtsstaatlich auf beide Füße zu stellen. Dabei sind folgende Forderungen zu erheben:

1. Alle Arbeitsverhältnisse, an welchen Träger öffentlichrechtlicher Befugnisse beteiligt sind, sollen *integral dem öffentlichen Recht unterstehen*. Zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen Arbeitsverhältnisse bei ausgegliederten Organisationen, die z. B. rein erwerbswirtschaftlich tätig sind und die über keine hoheitlichen Gestaltungsmittel verfügen, weiterhin privatrechtlich auszugestalten sind.

2. Im öffentlichen Personalrecht sind *differenzierte Typen öffentlichrechtlicher Arbeitsverhältnisse* zu schaffen, die der Komplexität moderner Verwaltungen Rechnung tragen und dort inhaltliche Angleichungen an das private Arbeitsvertragsrecht suchen, wo unterschiedliche Rechtspositionen keine innere Rechtfertigung (mehr) finden. Dabei kann namentlich auch der öffentliche Arbeitsvertrag zur Anwendung gelangen.

3. Die These von der *Wahlfreiheit* der Verwaltung zwischen öffentlich- und privatrechtlichem Vorgehen ist definitiv *zu verabschieden*. Wo der Gesetzgeber die Exekutive zum Abschluss zivilrechtlicher Arbeitsverträge ermächtigt, ist

⁴⁹ Vgl. dazu RENÉ A. RHINOW, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a. M. 1982, S. 657 ff.

davon nicht oder nur sehr restriktiv Gebrauch zu machen. Erlaubt das Gesetz in Sonderfällen vom starren Beamtenrecht abzuweichen, so soll primär eine öffentlichrechtliche Sonderordnung (z. B. in Form publizistischer Kontrakte) geschaffen werden. Von «Mischverhältnissen», die Grauzonen zwischen öffentlichem und privatem Recht erzeugen, ist abzusehen.

4. *Zivilrechtliche Arbeitsverträge* entbinden den Arbeitgeber Staat nicht von der Pflicht, verfassungsrechtliche Grundentscheidungen zu beachten und namentlich die *Grundrechte zu wahren*. Dabei spielt Art. 4 BV eine besonders dominante Rolle.

Es mag vermessen erscheinen, in der Festschrift für einen verdienten Lehrer des Privatrechts, bei dem der Autor dieser Zeilen noch in die Schule gegangen ist, das hohe Lied des öffentlichen Rechts zu singen. Aber *Frank Vischer* hat sich wie kaum ein Zweiter Fragen aus dem Grenzbereich von öffentlichem und privatem Wirtschafts- und Arbeitsrecht angenommen. Die hier vorgeschlagene Entflechtung richtet sich nicht gegen den zivilrechtlichen Arbeitsvertrag, der seine eigenständige und herausragende Bedeutung im Wirtschafts- und Sozialleben behält, sondern gegen seine «Deprivatisierung» im staatlichen Bereich.

Meinem Assistenten, Herrn lic. iur. MARTIN WICKI, Advokat, danke ich herzlich für die Mitarbeit.