

Es gilt das gesprochene Wort!

Grundfragen des

öffentlichen Personalrechts

Referat gehalten von Prof. Dr. René Rhinow

an der Tagung des Eidg. Personalamtes in Bern vom 29. März 2000

Von der Tagungsleitung ist mir die Rolle des wissenschaftlichen Experten zugeteilt worden. Ich versuche deshalb, Ihnen einen gerafften Überblick über *einige* Grundfragen des öffentlichen Personalrechts zu vermitteln. Dabei kann ich mich in verschiedenen Problembereichen an die Ausführungen von Frau Bottinelli anlehnen.

(Ich bitte die anwesenden Juristen und Juristinnen um Nachsicht, wenn ich auf einige rechtlich interessante Aspekte aus Zeitgründen nicht oder nur am Rande eingehen kann.)

I.

Das öffentliche Personalrecht steht - wie kaum ein anderes Gebiet der Rechtsordnung - in einem multiplen rechtlichen Spannungsfeld, das von Grundpolen unserer Rechtsordnung abgesteckt wird, nämlich

von öffentlichem Recht und Privatrecht,

von Legalitätsprinzip und administrativem Ermessen resp. Gestaltungsfreiheit, von Arbeitgeber und Arbeitnehmer,

und damit auch von demokratischer Fundierung und Autonomie der Arbeitsvertrags-Parteien,

von einseitig-hoheitlichem Handeln und vertraglicher Vereinbarung,

von rechtsatzförmiger Gewährleistung des Gleichbehandlungsgebotes und flexibler Spezialisierung und Individualisierung,

und von öffentlichem und privatem Rechtsschutz.

Dieses multiple Spannungsfeld ist teilweise erst in jüngster Zeit entstanden und hat mit der Entwicklung des Rechts, vor allem aber mit der Veränderung des Umfeldes des Dienstrechts allgemein zu tun. Teilweise aber war es schon seit langem im öffentlichen Personalrecht angelegt und ist erst in den letzten 10-20 Jahren, auch aufgrund einer Neuorientierung der Rechtsdogmatik, ins Bewusstsein einer breiten und juristisch interessierten Öffentlichkeit gelangt.

Diese Entwicklung, die (stark vereinfachend, aber doch signifikant) auch als Wandel vom Beamtenrecht zum Personalrecht der öffentlichen Hand bezeichnet werden kann

[Ich spreche - juristisch unpräzise - von «öffentlicher Hand», um damit sowohl die Gemeinwesen aller Stufen unseres Bundesstaates einzuschliessen als auch die Träger öffentlicher Aufgaben ausserhalb der unmittelbaren Verwaltung.],

hatte einen doppelten *Ausgangspunkt*: einmal in der Unterscheidung eines flexiblen privatrechtlichen Arbeitsrechts und eines relativ starren öffentlichrechtlichen Dienstrechts; andererseits in der Tatsache, dass sich die öffentliche Hand für die Regelung der Arbeitsverhältnisse mit seinen Funktionären immer - wenn auch in recht unterschiedlichem Ausmass - sowohl des Beamtenrechts **[Folie]** als auch des privaten Arbeitsrechts bedient hat.

Von hier aus ergeben sich auch die heute massgeblichen Grundfragen einer Neugestaltung des öffentlichen Personalrechts:

1. Ist die öffentliche Hand frei oder gebunden in der Wahl zwischen öffentlichem und privatem Personalrecht? Welches sind die für die Wahl massgeblichen Kriterien? Können beide Bereiche in einer Art Koexistenz zum Zuge kommen? Wenn ja: Wo kann oder soll das private Arbeitsrecht Anwendung finden?

2. Gestaltet die öffentliche Hand ihre Arbeitsverhältnisse auf dem Boden des öffentlichen Rechts, ergeben sich eine Reihe von Folgefragen:

Können oder sollen Elemente des Privatrechts ergänzend herangezogen werden, und wenn ja, in welcher Form (Verweisung, Lückenfüllung, als minimal standard)?

Sollen verschiedene Kategorien öffentlicher Arbeitsverhältnisse geschaffen werden?

Ist das Personalverhältnis Verfügungsmässig oder vertraglich zu konstruieren?

Kann bei vertraglicher Ausgestaltung, Raum für kollektive Lösungen, insb. Gesamtarbeitsverträge geschaffen werden?

Soll das Institut der Amtsdauer zugunsten einer Kündigungslösung aufgegeben werden? Und wie sind die Kündigungsgründe zu umschreiben?

Kann ein Leistungslohn eingeführt werden?

3. Und schliesslich ist das Problem der *Verteilung der Regelungsbefugnisse* zu lösen: Welche Aspekte des öffentlichen Personalrechts gehören auf welche Ebene der Rechtsordnung?

Also: was ist - im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben - auf der Stufe des Gesetzes, der regierungsrätlichen Verordnung oder im Rahmen der konkreten Arbeitsverhältnisse durch die Parteien zu regeln?

Was ist vom Staat gegenüber ausgelagerten Betrieben und Unternehmungen vorzuschreiben, was deren Autonomie zu überlassen?

4. Ein weiterer Fragekreis, der hier nicht behandelt werden kann, betrifft die Geltung der *Grundrechte* im Arbeitsverhältnis: Unter welchen Voraussetzungen dürfen Grundrechte der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aufgrund des Personalverhältnisses eingeschränkt werden?

II.

Ich werde diesen Fragen in aller Kürze nachgehen. Vorher aber ist nochmals auf den erwähnten doppelten Ausgangspunkt der personalrechtlichen Entwicklung zurückzukommen: auf die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Personalrecht und auf dessen Verwendung durch die öffentliche Hand.

Das private Arbeitsrecht wird in erster Linie durch das Obligationenrecht (OR) in den Artikeln 321 ff. geregelt, wo es drei Hauptformen von Arbeitsverträgen zur Verfügung stellt: den Einzelarbeitsvertrag, den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) und den Normalarbeitsvertrag. Das OR steht auf dem Boden der Vertragsfreiheit und der Parteiautonomie, es stellt eine Grundsatzregelung dar, von der in weiten Teilen durch Parteiabrede abgewichen werden darf.

Anders gestaltet sich - und gestaltet sich teilweise weiterhin - grundsätzlich die Rechtslage im öffentlichen Dienstrecht. Dieses wird in erster Linie geprägt durch rechtsstaatlich-demokratische Grundsätze. Die öffentliche Hand ist insofern kein «gewöhnlicher» Arbeitgeber, der Staat bleibt Staat, auch wenn er als Arbeitgeber auftritt. Das gleiche gilt für andere Träger öffentlicher Aufgaben; Mit anderen Worten: Das demokratisch legitimierte und rechtlich gebändigte, quasi «eingefasste» Gemeinwesen bleibt

in all seinen Handlungsformen und Handlungsfeldern, auch bei der sog. Personalbeschaffung, den rechtsstaatlichen Bindungen und Verpflichtungen unterworfen.

Im Vordergrund stehen dabei das Legalitätsprinzip, das als Pendant zur Privatautonomie verstanden werden kann, das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot. Dieses Ensemble an Geboten und Verboten rechtfertigt, ja verlangt eine starke Verankerung der dienstrechtlichen Normen in förmlichen Gesetzen und erhellt auch die Notwendigkeit einer Differenzierung von öffentlichem Dienstrecht und privatem Arbeitsrecht.

Nun ging auch die Entwicklung des Gemeinwesens zum modernen, an Effizienz und Effektivität orientierten Vorsorge- und Dienstleistungsstaat, der von einem globalisierten und konkurrenzgeprägten Umfeld zunehmend und mehrfach herausgefordert wird, nicht spurlos am öffentlichen Personalrecht vorbei. Die Liste der entsprechenden Kritikpunkte ist lang und hier nicht in extenso vorzutragen. Sichtwortartig sind etwa zu erwähnen:

Die - gegenüber privatrechtlich Angestellten weitergehende - Einschränkung der *Grundrechte* und das damit im Zusammenhang stehende „Sonderstatusverhältnis“ werden zunehmend in Frage gestellt, so namentlich etwa

die Wohnsitzpflicht als Einschränkung der Niederlassungsfreiheit,

das Nebenberufsverbot als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit,

das Streikverbot als Einschränkung der Koalitionsfreiheit,

das Verbot der Zugehörigkeit zu bestimmten Vereinigungen als Begrenzung der Vereinigungsfreiheit,

aber auch andere Beschränkungen der persönlichen Freiheit, der Meinungs- und Informationsfreiheit, der Medienfreiheit und unter Umständen der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

Kritisiert werden ferner die allzu dichte Regelung auf der Stufe des Gesetzes,

die starre *Besoldung*, die durch Lohnklassen und Beförderungsaufstufungen charakterisiert wird,

das Fehlen von Leistungslohnanteilen,

das *Amtsdauersystem*,

die *zustimmungsbedürftige Verfügung* als Begründung des Dienstverhältnisses anstelle eines verhandlungsorientierten Anstellungsregimes

und schliesslich das umstrittene *Disziplinarrecht*.

Hauptsächlich wird das «klassische» Beamtenrecht aber von einer Neuausrichtung des Verwaltungsmanagement angefochten, die unter dem modischen Titel des NPM oder der wirkungsorientierten Verwaltungsführung vom Personalrecht mehr *Flexibilität* verlangt.

So kritisiert das NPM am öffentlichen Dienstrecht etwa:

die zu starke Ausrichtung auf den *Status*, also die fest gefügte Rechtsstellung der Beamten,

die damit verbundene Verhinderung der optimalen *Planung* und des optimalen Einsatzes der *Personalressourcen*,

eine *mangelnde Motivation* des Personals und damit zusammenhängend die *mangelnde Kundenorientierung*.

Gefordert werden deshalb :

Systematische Qualifikation des Personals, Weiter- und Fortbildung,

leistungsorientierte Gehaltssysteme, Beschränkung des Rechtsschutzes im Bereich der Gehaltsansprüche, namentlich der Leistungskomponenten,

Verzicht auf das Amtsdauersystem,

offenere Pflichtenhefte mit erweiterten Möglichkeiten der Zuweisung von anderen Aufgaben und anderen Arbeitsorten.

NPM führt zu einer stärkeren Gewichtung der *Wirkungen* des Verwaltungshandelns, also zu einer Outputsteuerung statt Inputorientierung. Dies bedingt einen *Abbau von Dichte und Bestimmtheit* von Regelungen, also einen Übergang zu Rahmengesetzen, die Raum lassen für die wirkungsorientierte Entscheidung im Einzelfall. Die daraus resultierende Eigenständigkeit von Verwaltungseinheiten, z.B. in Bezug auf Leistungslohnanteile oder die Gestaltung von „Pflichtenheften“, soll zur Verwirklichung der genannten Ziele wie Kundenorientierung oder Finalsteuerung beitragen.

Damit werden allerdings die erwähnten, das öffentliche Personalrecht prägenden *rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätze herausgefordert*, insbesondere das Legalitätsprinzip und das Gleichbehandlungsgebot, aber auch die herkömmliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Parlament und Regierung im Finanzsektor (Globalbudget!).

Ich gehe nun über zur Beleuchtung der einzelnen Problembereiche und behandle nacheinander die *Wahl* zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsrecht, Aspekte der *Ausgestaltung* des öffentlichrechtlichen Personalverhältnisses und die *Verteilung* der Regelungsbefugnisse.

III.

1. Wahl von öffentlichem oder privatem Arbeitsrecht

Bei dieser Frage ist vorweg zu differenzieren, ob die rechtliche Zulässigkeit der Wahlfreiheit als solche oder aber die mehr rechtspolitischen Gesichtspunkte thematisiert werden, die für oder gegen die Verwendung des privaten Vertragsrecht sprechen.

a. Wahlfreiheit?

Unbestritten ist einmal, dass die (alte und neue) Bundesverfassung keine Festlegung getroffen hat, wonach das Personalrecht der öffentlichen Hand ausschliesslich dem öffentlichen Recht vorbehalten wäre. Insofern besteht für den *Gesetzgeber* eine gewisse Freiheit in der Formenwahl. Dieselbe Freiheit steht m.E. der Verwaltungs, resp. den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern nur zu, soweit das *Gesetz* Raum für die Verwendung des Privatrechts offen lässt.

[Ich gehe nicht auf die - wohl eher theoretische - Frage ein, ob der Staat generell alle Dienstverhältnisse dem OR unterstellen könnte, was in der Literatur eher verneint wird, jedenfalls für die dem Gewaltmonopol unterstellten Kernaufgaben des Staates.]

Unbestritten ist aber auch, dass sich die Träger öffentlicher Aufgaben ihrer rechtsstaatlichen Bindungen nicht entledigen können, indem sie vom öffentlichen Recht ins Privatrecht ausweichen.

Die Grundfrage bleibt also dieselbe, nämlich wie (*nicht ob!*), d.h. in welchem *Ausmass* die erwähnten rechtsstaatlich-demokratischen Prinzipien im Personalrecht zum Tragen kommen müssen. Konkret: Welche Anforderungen dem Legalitätsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot zu entnehmen sind, wenn der Arbeitgeber «öffentliche Hand» auf freiwilliger Basis Personal rekrutiert. Diese Frage ist zur Zeit noch wenig geklärt. Sie hat unter der Geltung der neuen Bundesverfassung mit seinem materiellen Gesetzesvorbehalt eine neue Tragweite erhalten, die später noch einmal aufzunehmen sein wird.

b. Wahlrelevante Gesichtspunkte

Was nun - zweitens - die *rechtspolitischen* Gesichtspunkte betrifft, die bei der Wahl des privaten Arbeitsvertragsrechts zu beachten sind, so ist die Diskussion auch im Fluss. Sie wird mit der Debatte über das neue Personalgesetz des Bundes zweifellos belebt werden.

Etwas vereinfachend kann man sagen, dass sich privatrechtliche Lösungen eher (aber nicht zwingend) bei der mittelbaren Bundesverwaltung, bei dezentralisierten Verwaltungseinheiten und ausgelagerten Unternehmungen der öffentlichen Hand, vor allem aber bei privatrechtlich organisierten Trägern öffentlicher Aufgaben und bei wirtschaftlichen Tätigkeiten der

öffentlichen Hand (angesichts einer Konkurrenzsituation auf dem Markt) anbieten als innerhalb der unmittelbaren Verwaltung.

Zudem sind sie seit jeher gebräuchlich bei bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die durch einen besonders hohen Grad von Flexibilität gekennzeichnet sind, wie etwa bei vorübergehender, kurzfristiger Beschäftigung, Aushilfspersonal oder Praktikanten.

c. Flexibilität auch im öffentlichen Recht

Drittens ist aber sogleich darauf hinzuweisen, dass auch bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen Flexibilität «eingebaut» werden kann. Die veraltete Vorstellung ist definitiv zu verabschieden, Privatrecht gewähre per se Freiheit, öffentliches Recht verhindere sie. Es ist eine anspruchsvolle Aufgabe des Gesetzgebers, ein öffentliches Personalrecht zu schaffen resp. «vorzuspüren», das den unterschiedlichen Erfordernissen des service public gerecht zu werden vermag. Die «Flucht ins Privatrecht» ist hierfür (nicht mehr) erforderlich!

d. Übernahme privatrechtlicher Regelungen

Viertens schliesslich verhindert eine öffentlichrechtliche Ausgestaltung nicht, dass Elemente des privaten Vertragsrechts aufgenommen werden - nicht im Sinne einer Unterstellung ganzer Arbeitsverhältnisse unter das OR, sondern in Form von Verweisung und lückenfüllender Ergänzung. Diesem Aspekt wende ich mich nun zu.

2. Ausgestaltung des öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses

a. Allgemeines

Während das Privatrecht (OR) mit seinem Arbeitsvertragsrecht einen Regelkomplex bereithält, muss ein modernes öffentliches Personalrecht erst geschaffen oder neu gestaltet werden. Diese Reformaufgabe birgt Chancen und Risiken in sich - Chancen, differenzierte, auf die Vielfalt moderner Verwaltungsfunktionen angepasste Lösungen zu entwerfen - Risiken, weil es vielleicht nicht immer gelingt, veraltete Vorstellungen aus dem Beamtenrecht zu verlassen, sei es aus rechtlich-dogmatischen Hemmungen heraus, sei es aus real- und parteipolitischen Gründen.

Ich gehe kurz auf 5 Aspekte ein, die bei der Ausgestaltung des öffentlichen Personalrechts zur Zeit diskutiert werden:

den (erwähnten) ergänzenden Bezug von privatem Arbeitsrecht,

die Verfügungsmässige oder vertragliche Konstruktion des Rechtsverhältnisses,

der GAV mit seinen konnexen Arbeitskampffreiheiten,
die Amtsdauer und Kündigung
und die Einführung von Komponenten eines Leistungslohns.

b. Ergänzender Beizug des OR

[Ich gehe hier nicht auf die Fälle ein, wo Bundeszivilrecht zwingend zur Anwendung gelangt, so bei den Haftungsregeln von Art. 61 Abs. 2 OR, der Grundeigentümer- und Werkeigentümerhaftung, beim Beschaffungswesen und der Verwaltung des Finanzvermögens, etc.]

Personalgesetze des Staates können auf das private Arbeitsvertragsrecht verweisen und dieses damit im Sinne einer Ergänzung als anwendbar erklären. So gelten nach Art. 6 Abs. 2 des BPG die «einschlägigen Bestimmungen des OR» auch für das öffentliche Arbeitsverhältnis «sinngemäss», soweit das BPG und andere Bundesgesetze keine andere, vom OR abweichende Regelungen treffen. Das so übernommene Privatrecht wird damit zum öffentlichen Recht des Bundes.

Auf diese Weise soll es (nach der Botschaft, 13) gelingen, auch im öffentlichen Bereich «Freiraum für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses» zu schaffen und eine Annäherung von öffentlichem und privatem Arbeitsvertragsrecht herbeizuführen.

Doch ist eine solche Verweisung nicht unproblematisch. Einmal bleibt auch hier die Bindung an die erwähnten rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätze bestehen. Dann werden mit der «sinngemässen» Geltungsausweitung der «einschlägigen» Bestimmung des OR heikle Auslegungsfragen an die nachfolgenden Instanzen und - im Sonderfall - an den Richter delegiert. Diesen Fragen kann ich hier nicht im Einzelnen nachgehen.

Nur ein Beispiel: Gelten die nicht-zwingenden OR-Regeln nun generell oder partiell als (zwingendes) öffentliches Recht oder stellen sie - ein Novum! - dispositives öffentliches Recht dar? So werden trotz «sinngemässer» Geltung alle zwingenden OR-Regeln zu (zwingendem) öffentlichem Recht (was die Botschaft, 13, annimmt, im Gesetzestext aber keinen Niederschlag findet)? Gilt hier das Günstigkeitsprinzip, wie es für das Verhältnis von Ausführungsbestimmungen und Einzelarbeitsvertrag massgeblich ist (Art. 6 Abs. 4 BPG), nicht?

Schliesslich soll, auch nach Botschaft, die sinngemässe Anwendung jene OR-Normen ausschliessen, welche sich für das Arbeitsverhältnis beim Bund nicht «eignen» (S. 14). Die nähere Konkretisierung dieser «Eignung» wird nachfolgenden Instanzen überlassen ...

Eine andere Möglichkeit des Bezugs von privatem Arbeitsvertragsrecht besteht darin, dass diese der Füllung von Lücken im öffentlichen Personalrecht dient. Eine solche Lückenfüllung ist aber nur zulässig, wenn erstens wirklich eine echte Lücke vorliegt, es also an einer Regelung fehlt und kein sog. qualifiziertes Schweigen vorliegt, zweitens keine passive öffentlichrechtliche Norm analog herangezogen werden kann, und drittens, sie für das öffentliche Verhältnis passt, sich also mit dessen Grundstruktur verträgt.

Schliesslich wird in der Lehre auch erwogen, die zwingenden Regeln des OR als *minimal standard* zu qualifizieren, die auch für das öffentliche Arbeitsrecht Geltung beanspruchen würden. Die Diskussion hierüber ist in vollem Fluss und hat sich noch nicht zu klaren Folgerungen verdichtet.

Wenn alle zwingenden OR-Regeln ins öffentliche Recht überführt werden (wie dies mit Art. 6 BPG offenbar beabsichtigt wird), erübrigt sich der Rückgriff auf einen minimal standard ohnehin. Zudem kann dieses Minimum im öffentlichen Recht u.U. nicht ausreichend sein, etwa bei den Folgen einer rechtsmissbräuchlichen Kündigung (Art. 14 BPG).

c. Verfügungsmässige oder vertragliche Begründung des Arbeitsverhältnisses

Es stellte bis vor kurzer Zeit geradezu ein Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Anstellung dar, ob mittels (mitwirkungsbedürftiger) Verfügung oder mittels Vertrag gehandelt wurde.

Nur das privatrechtliche Verhältnis konnte - nach veralteter Anschauung - vertraglicher Natur sein. Ich habe diese Auffassung schon seit langem kritisiert. Heute ist unbestritten, dass das Gemeinwesen öffentlichrechtliche Verträge abschliessen kann.

Und der Unterschied zwischen öffentlichrechtlichem Vertrag und mitwirkungsbedürftiger Verfügung ist objektiv zu relativieren, weil das Gemeinwesen nicht im gleichen Masse wie ein privater Arbeitgeber befugt ist, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses frei auszuhandeln, weil gesetzlich geregelte Bereiche der Parteidisposition entzogen sind.

Die Verwendung der Vertragsnatur im öffentlichen Personalrecht erscheint sinnvoll und dem Charakter des Arbeitsverhältnisses angepasst. Dass für die *Kündigung* durch den Arbeitgeber (Art. 13 Abs. 3 BPG) und bei *fehlender Einigung bei Streitigkeiten* aus dem Arbeitsverhältnis (Art. 34 Abs. 1 BPG) trotzdem ein verfügungsmässiges Handeln vorgesehen wird, stört mich überhaupt nicht - im Gegenteil.

Verfügung und Vertrag schliessen sich nach neuerer Auffassung nicht aus. Die öffentliche Hand soll ihre einseitig wahrzunehmenden «Gestaltungsrechte» in eine Form kleiden, die Klarheit über die Rechtswirkungen schafft und entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet

(vgl. auch ⇒ Beschaffungswesen).

d. GAV

Neu soll auch im öffentlichen Personalrecht ein kollektives Arbeitsrecht Einzug halten: eine erhöhte Flexibilität in Bezug auf branchenspezifische Regelungen und eine stärkere Angleichung an das private Recht.

Wenn die staatliche Gesetzgebung die Türen für den Abschluss von GAV öffnet, muss sie gleichzeitig auf ihr Regelungsmonopol, das sie bisher in Anspruch nahm, verzichten. Anstelle heteronom erzeugten Rechts, der einseitig-hoheitlichen Rechtsetzung, tritt - zumindest partiell - eine «kooperative Normschöpfung» (Botschaft, 34). Im BPG soll diese Form der Regelung anstelle der klassischen Regierungsverordnung treten können (Art. 6 Abs. 3 und 38 BPG).

Die früheren lückenlosen Regelungen des öffentlichen Dienst-rechts - vor allem aber - und hier liegt der Hase im Pfeffer - das radikale Streikverbot im öffentlichen Dienst lies-sen einen Anwendungsbereich für den GAV gar nicht entstehen. Erst wenn eine gewisse Tariffreiheit eingeräumt wird, sich die Gesetzgebung also auf eine Rahmengesetzgebung zurückzieht, können einzelne Regelungsmaterien dem Feld des GAV überlassen werden.

Die öffentliche Hand muss folglich mit zwei Hüten oder in zwei Rollen auftreten: auf der Ebene der Gesetzgebung, wo sie wie bis anhin allein und hoheitlich-einseitig legiferiert, und auf der Ebene des Gesamtarbeitsvertrages, wo sie sich neuerdings partnerschaftlich mit anderen Organisationen auseinandersetzen muss. Mit Vorteil werden die beiden Funktionen, die der Staat hier ausübt, klar getrennt, wie das im neuen BPG geschehen ist.

[Art. 34 Abs. 1 BPG schafft die Grundlage für den Abschluss von GAV durch die Post, die SBB und weitere vom Bundesrat ermächtigte Arbeitgeber. Gesetzgebung und Abschlussautonomie zum GAV sind getrennt.

PG BS kennt keinen GAV. Art. 6 sieht jedoch ein Mitspracherecht des Personals vor, das auch durch die Personalverbände ausgeübt werden kann.

PG BL sieht auch keinen GAV vor. Art. 49 f. erwähnen jedoch ein Mitspracherecht des Personals, das auch durch die Personalverbände ausgeübt werden kann.]

Von grundlegender Bedeutung ist, dass sowohl auf der Arbeitgeber, wie auf der Arbeitnehmerseite, Tariffähigkeit gegeben ist.

Diese Frage erscheint auf Arbeitgeberseite deshalb wichtig, weil der Staat in seiner Funktion als Arbeitgeber erst dann Partei an einem GAV sein kann, wenn er sich den ausgehandelten Regeln auch unterzieht und nicht in Nachhinein obrigkeitlich Recht setzt.

[Auf der Arbeitnehmerseite muss die Tariffähigkeit gegeben sein, es muss ein Verband von organisierten Arbeitnehmern mit juristischer Persönlichkeit vorhanden sein. Die Koalitionsfreiheit der öffentlichrechtlichen Angestellten ist unbestritten, es stehen sich also

tariffähige Parteien gegenüber. Art. 34 Abs. 1 BPG hält die Personalverbände als Vertragspartner fest.]

Geregelt werden muss sodann das *Verfahren bei vertragslosem Zustand*, also dann, wenn kein GAV zustande kommt und damit ein rechtsloser Zustand eintritt.

[Helbling stellt verschiedene Möglichkeiten zur Wahl:

 Surrogatsrecht: der Staat schafft Vorratsrecht, das zur Anwendung gelangt, wenn ein GAV nicht zustande kommt.

 Zwangsregelung: der Staat regelt die nicht zustande gekommenen Punkte hoheitlich (hier müsste wieder die Trennung der beiden Funktionen gewährleistet sein).

 Schaffung einer Schiedskommission, die Vorschläge unterbreitet (Lösung des BPG).

 Freiwillige Schlichtung: im schuldrechtlichen Teil, also im Teil, der nur die Parteien des GAV bindet, wird ein Dritter zur Schlichtung angerufen.

 Standard-Vertrag: auf der Stufe der Weisungsgewalt des Arbeitgebers wird geregelt.

Art. 34 Abs. 5 BPG sieht eine Schlichtungskommission vor, die bei nichtzustandekommen eines GAV zu den strittigen Fragen Lösungsvorschläge unterbreitet.]

Allgemeinverbindlicherklärung: Ein GAV in der Privatwirtschaft kann unter bestimmten Umständen allgemeinverbindlich erklärt werden. Nach Michel ist die Konsequenz der Tarifgebundenheit für den Staatsdienst infolge des Gleichbehandlungsgebots nicht hinzunehmen. Deshalb stellt sich die Frage, ob die ausgehandelten GAV allgemeinverbindlich erklärt werden sollen, was erneut Probleme aufwirft. Denn die Allgemeinverbindlicherklärung kann jedenfalls nicht von einer Partei des GAV vorgenommen werden. Diese Situation kann aber entstehen, wenn der Staat, der allgemeinverbindlich erklären kann, zugleich Partner eines GAV ist. - Art. 34 Abs. 2 BPG sieht vor, dass ein GAV grundsätzlich für sämtliches Personal eines Arbeitgebers gilt.]

Mit der Zulassung des GAV muss auch das Streikrecht eingeführt werden. Ohne Streikrecht als ultima ratio fehlte der Arbeitnehmerseite das Gewicht, um ihre Forderungen durchsetzen zu können. Ausgeschlossen werden muss das Streikrecht allerdings insoweit, als existenzielle Kernaufgaben des Staates auf dem Spiele stehen, also vor allem lebenswichtige Dienste sichergestellt werden müssen (z.B. die Landesversorgung mit wichtigen Gütern und die Landesverteidigung).

Art. 28 Abs. 3 BV hält neu fest, dass Streik und Aussperrung zulässig sind, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtung entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen (Friedenspflicht aus GAV). Der Streik muss zudem namentlich von einer tariffähigen Organisation getragen werden und verhältnismässig sein.

Art. 28 Abs. 4 BV schafft die Grundlage für allfällige Beschränkungen des Streikrechts, indem der Gesetzgeber bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten kann.

Art. 24 Abs. 1 BPG hält dementsprechend fest, dass das Bundesrecht das Streikrecht für bestimmte Kategorien von Angestellten durch Verordnung einschränken oder aufheben kann, wenn es für die Staatssicherheit, die Wahrung von wichtigen Interessen in auswärtigen Angelegenheiten oder für die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen erforderlich ist.

Damit wird indirekt auch das Streikrecht für alle anderen Beschäftigten ausdrücklich anerkannt resp. bestätigt.

[PG BS sagt nichts zu einem Streikrecht. PG BL sagt nichts zu einem Streikrecht.]

e. Amtsdauer und Kündigung

Wie bereits erwähnt, wird das System der Amtsdauer als *Inbegriff mangelnder Flexibilität* verstanden. Es steht deshalb heute in Bund und Kantonen zur Disposition. So verständlich die Kritik an der Starrheit dieser - das alte Beamtenverhältnis prägenden - Einrichtung erscheint, so berechtigt ein Übergang zum Kündigungsmodell auch ist oder sein mag - schon aus diesem alten System hätte die Praxis bedeutend mehr Flexibilität «herausholen» können.

Der Übergang zur Kündigung muss offensichtlich Mentalitäts- und Führungsbarrieren überwinden helfen, weist also - neben dem normativen Wechsel - einen hohen symbolischen Stellenwert auf. (Deshalb löst er vielleicht in der Politik so hohe Wellen aus.) Anders gesagt: Der Übergang zum Kündigungsmodell ist rechtlich nicht so bedeutsam, wie er auf der politischen Ebene dargestellt wird.

Trotzdem erscheint er zweckmässig, weil damit differenzierte Regelungen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses getroffen werden können.

Es gibt aber Bereiche, wo die *Vorteile einer Wahl auf Amtszeit*, wie fachliche Unabhängigkeit, Widerstandsfähigkeit gegen Druckversuche, Verhinderung von Opportunismus, Vertraulichkeit und Verschwiegenheit weiterhin erwünscht sein können.

So sollen etwa Magistratspersonen auch in Zukunft auf Amtsdauer gewählt werden, weil sie eine politische Verantwortlichkeit tragen. Ausserdem ist die Amtsdauer in diesem Fall in der Bundesverfassung oder in den Kantonsverfassungen festgehalten, so dass sie auf Gesetzebene gar nicht mehr zur Disposition steht.

[Art. 8 Abs. 3 BPG enthält Grundlage für die Amtsdauer von Gerichtspersonal. Abs. V enthält die Grundlage für eine Verordnung des Bundesrates, in welchem die Amtsdauer vorgesehen werden kann.

Art. 2 Abs. 2 BPG hält fest, dass das BPG nicht für die von der Bundesversammlung gewählten Personen gilt.

Art. 2 PG BS behält wohl die Amtsdauer für Magistratspersonen vor.

Art. 2 PG BL enthält einen Vorbehalt anderer Regelungen für Magistratspersonen. Art. 56 ff. enthält Bestimmungen zu den auf Amtsdauer Gewählten.]

Fragen kann man sich, ob dieselben Voraussetzungen auch bei den von den obersten Spitzen der Verwaltungshierarchie vorliegen. Die Vorteile, die mit einer gegenüber der Privatwirtschaft erweiterten Arbeitsplatzsicherheit zusammenhängen, müssen aber nicht zwangsläufig zu einer Beibehaltung der Amtsdauer führen, sondern können auch mittels anderer Sicherheiten, z.B. mit einem verbesserten Kündigungsschutz, erreicht werden.

Mit der Abkehr vom Amtsdauerprinzip stellt sich zwangsläufig die Frage, wie die Kündigung bei Anstellung auf unbestimmte Zeit geregelt werden soll. Vorerst lässt sich feststellen, dass die Regelung des OR in der Regel problemlos ins öffentliche Dienstrecht übertragbar ist. Zur Diskussion stehen zudem einzelne Ausgestaltungen der Kündigung im Sinne von Abweichungen von der OR-Lösung, so bezüglich Kündigungsfrist, Sperrfristen, Kündigungsfreiheit, Wiedereinstellung oder Schadenersatzzahlung.

Bei der *Kündigungsfrist* kann der Staat im Interesse der Wahrung von Unabhängigkeit im Amt und Arbeitsplatzsicherung, einen stärkeren Kündigungsschutz gewähren, beispielsweise durch eine restriktive und konkrete Fassung von *Kündigungsgründen* (vgl. etwa Art. 12 Abs. 6 BPG), durch längere *Kündigungsfristen* (Art. 12 Abs. 3-5 BPG) und durch einen ausgebauten *Rechtsschutz*. Der öffentlichen Hand kommt dementsprechend keine Kündigungsfreiheit zu. Sie ist an das Gesetz, d.h. an die Kündigungsgründe, gebunden und untersteht dem Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot.

Sperrfristen waren bisher nicht vorgesehen, können aber ebenfalls eingeführt werden.

Die Rechtsprechung erkannte auf qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers und verneinte die analoge Heranziehung des OR, weil das OR nur ausnahmsweise zur Anwendung gelangen konnte. Eine solche Interpretation wäre in Zukunft durch Art. 6 BPG verhindert.

Wenn das Gemeinwesen in ungerechtfertigter Weise eine Kündigung ausgesprochen hat, kommt grundsätzlich nur die Wiederanstellung in Frage. Es wäre im öffentlichen Recht nicht angängig, die begangene Rechtsverletzung durch die öffentliche Hand «nur» mit Schadenersatzzahlungen abgelten zu lassen, wie dies im OR (Art. 336a Abs. 2) vorgesehen ist.

In der Praxis wird dies aufgrund des meist gestörten Vertrauensverhältnisses bedeuten, dass der gekündigten Person wenn immer möglich eine andere, ähnliche Stelle angeboten werden muss (vgl. *Art. 14 BPG* bei nichtigen Kündigungen des Arbeitgebers).

[Art. 9 ff. BPG enthält Auflösungsregeln. Es bestehen ordentliche Kündigungsgründe und ausserordentliche, die zur fristlosen Entlassung führen, diesfalls muss das Arbeitsverhältnis nach Treu und Glauben unzumutbar sein.

PG BS ähnliche Lösung wie BPG in Art. 30 und 32.

PG BL ähnliche Lösung wie BPG in Art. 19 und 20.]

f. Leistungslohn

Das heutige Lohnsystem ist, abgesehen von minimalen Ansätzen zu Leistungslohnen, geprägt von einem starren Lohnklassensystem, kombiniert mit einem festen jährlichen Gehaltserhöhungsrhythmus. Ausnahmen sind bei Beförderungen vorgesehen. Diese Rechtslage wird als Hemmschuh empfunden, weil sie zu wenig motivierend für die Beschäftigten wirkt. Bei der Einführung des Leistungslohns stellt sich für den Staat als Arbeitgeber aber wiederum die Frage nach der Verträglichkeit mit staatlichen Grundprinzipien, vor allem mit dem Gleichheitsgebot. Dieses fordert aber keine absolute Lohngleichheit. Verboten ist lediglich eine Ungleichbehandlung, die nicht sachlich begründet werden kann. Unter Umständen stellen gerade gleich hohe Löhne, bei faktisch ungleichen Verhältnissen, also etwa bei unterschiedlich hoher Arbeitsleistung, einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar. Damit hängt es von der Ausgestaltung der Kriterien ab, denen die Leistungslohnkomponenten unterliegen.

[Art. 14 Abs. 1 BPG enthält eine Leistungs Komponente. Daneben werden Kriterien wie Funktion und Erfahrung berücksichtigt.]

PG BS enthält keine Leistungslohnkomponente (gar keine Bestimmungen zum Lohn).

PG BL regelt die Einführung von Leistungs Komponenten per Dekret in Art. 30.]

Weiter stellt sich die Frage, welche Anforderungen das *Legalitätsprinzip* an die Regelung des Leistungslohns stellt. Dieses verlangt, dass staatliches Handeln auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Im Hinblick auf die Anreizfunktion des Leistungslohnes ist es wichtig, dass die Angestellten wissen, wie sich ihr Lohn errechnet.

Wichtige Elemente sind etwa:

Definition der Kriterien für die Lohnfestlegung;

Lohnbestandteile, z.B. Grundlohn und Leistungsanteil;

Verhältnis der Lohnbestandteile zueinander;

die Lohnbandbreite;

leistungsbezogene Auf- und Abstiegsdauer und -tempo;

Stufengarantie und Ausmass der Rückstufung.

[Art. 14 Abs. 3 BPG enthält Grundlage für Ausführungsbestimmungen.]

PG BS enthält nichts.

PG BL 30 I enthält Grundlage für Dekret.]

Gegen die Einführung von Leistungslohnkomponenten wird vor allem die mangelnde Überprüfbarkeit der Kriterien für die Vergabe der Leistungslohnanteile, die Förderung von Rivalität unter den Beschäftigten und die Frage, ob sich das Personal überhaupt mit Leistungslohnen motivieren lasse, ins Feld geführt. Andere Möglichkeiten zur

Mitarbeitermotivation werden in Vorschlägen sichtbar, deren Umsetzung bereits Ziel der meisten Revisionen im öffentlichen Personalrecht sind: Höhere Arbeitsautonomie; Mitwirkungsmöglichkeiten; flache Hierarchien; Selbstverwirklichung; Überzeugung, nützliche und wichtige Arbeit zu leisten.

3. Zur Verteilung der Regelungsbefugnisse

Aus Zeitgründen beschränke ich mich auf wenige Stichworte:

Das Flexibilisierungsgebot, verbunden mit der zunehmenden Bedeutung der mittelbaren Verwaltung und ausgelagerten Unternehmungen der öffentlichen Hand, stellt die Frage, wer im Personalrecht was auf welcher Stufe in welcher Rechtsform zu regeln resp. zu entscheiden habe.

Diese Frage ist einerseits nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beantworten, insbesondere nach dem in Art. 164 BV verankerten materiellen Gesetzesvorbehalt. Dieser verlangt, dass allen wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, namentlich solche, welchen die Rechte und Pflichten von Personen umschreiben, in einem Bundesgesetz enthalten sind.

Andererseits gebietet das Gebot der differenzierten und dem Personalrecht angenäherten Regelung, dass möglichst viel Raum für kooperative Verhandlungslösungen geschaffen wird.

Bisher wurde der Gesetzesstufe eine grosse Bedeutung beigemessen, was zum einen auf ein (zu) eng verstandenes Legalitätsprinzip, zum anderen auf Beschränkungen von Grundrechtspositionen der im öffentlichen Dienst beschäftigten Personen zurückzuführen ist.

Neu muss anhand der beiden erwähnten Pole «Legalitätsprinzip» und «Autonomiegebot» untersucht werden, in welchem Ausmass die Form des formellen Gesetzes weiterhin unabdingbar erscheint und unter welchen Voraussetzungen Rechtssetzungsbefugnisse delegiert werden dürfen oder gar sollen.

Diese Prüfung kann hier nicht vorgenommen werden. Die neue Lösung des BPG erscheint mir originell und zukunftsweisend, wenn auch - wie erwähnt - nicht ganz risikolos.

Das Gesetz ist als Rahmengesetz ausgestaltbar. Gestützt auf das Gesetz erlässt der Bundesrat *Verordnungen*, die in Art. 37 BPG auch als Ausführungsbestimmungen bezeichnet werden. Die Zuständigkeit von Ausführungsbestimmungen kann auf die Arbeitgeber oder geeignete Fachstellen übertragen werden, was eine weitergehende Delegation als nach Art. 48 RVOG ermöglicht.

Wo hingegen im Gesetz der Bundesrat ausdrücklich als zuständig erklärt wird, soll eine Delegation grundsätzlich verboten sein - was sich wohl aus der Botschaft, nicht aber aus dem Gesetzestext ergibt und in einem Spannungsverhältnis zu Art. 48 RVOG steht.

Zu den Ausführungsbestimmungen zählt auch der GAV, zu dessen Abschluss die Schweizerische Post, die Schweizerischen Bundesbahnen sowie allfällig weitere speziell ermächtigte Arbeitgeber zuständig sind (Art. 38 BPG).

Damit ergibt sich folgende *Pyramide* oder Hierarchie der Regelungen:

BV

BPG - OR (für bestimmte Personalkategorien)

OR-Regelungen sinngemäss (Art. 6 Abs. 2 BPG)

nicht delegierbare Verordnungen des Bundesrates

Ausführungsbestimmungen des Bundesrates oder GAV

Einzelarbeitsverträge (die den Ausführungsbestimmungen oder dem GAV bei «Günstigkeit» vorgehen!)

«Dispositives öffentliches Recht»

(Weisungen des Arbeitgebers)

[Art. 33 Abs. 1 BPG hält fest, dass der Bundesrat die Autonomie der Arbeitgeber beachtet. Art. 6 Abs. 3 BPG hält fest, dass das Arbeitsverhältnis durch Ausführungsbestimmungen, Gesamtarbeitsvertrag und Arbeitsvertrag näher geregelt wird.

PG BS Art. 1 hält fest, dass dieses Gesetz die Grundzüge regle. Art. 3 stellt die Grundlage dar für Ausführungsbestimmungen durch den Regierungsrat.

PG BL enthält bei einigen Artikeln Grundlagen für die Ausgestaltung der Einzelheiten in der Form des Dekretes, z. B. 30 (Lohn), 31 (Auslagen und Schadenersatz), 32 (Ferien).]

Inhaltsübersicht

GRUNDFRAGEN DES ÖFFENTLICHEN PERSONALRECHTS

I.	1	
II.	3	
III.	6	
1.	Wahl von öffentlichem oder privatem Arbeitsrecht	6
a.	Wahlfreiheit?	6
b.	Wahlrelevante Gesichtspunkte	6
c.	Flexibilität auch im öffentlichen Recht	7
d.	Übernahme privatrechtlicher Regelungen	7
2.	Ausgestaltung des öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses	7
a.	Allgemeines	7
b.	Ergänzender Bezug des OR	8
c.	Verfügbarmässige oder vertragliche Begründung des Arbeitsverhältnisses	9
d.	GAV	10
e.	Amtsdauer und Kündigung	12
f.	Leistungslohn	13
3.	Zur Verteilung der Regelungsbefugnisse	14

Anmerkungen