

Andreas Lienhard
Daniel Kettiger

**Arbeitsrechtliche Fragen im
Zusammenhang mit der Auslagerung
von Kantonsspitalern**

Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen
Anstellungsverhältnisses und
Unterstellung unter das Arbeitsgesetz
– am Beispiel des Kantons Solothurn

KPM-Schriftenreihe Nr. 6

Die Schriftenreihe des Kompetenzzentrums für Public
Management der Universität Bern wird herausgegeben von:

Prof. Dr. Andreas Ladner
Prof. Dr. Andreas Lienhard
Dr. Adrian Ritz
Dr. Reto Steiner

Andreas Lienhard
Daniel Kettiger

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantonsspitalern

Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen
Anstellungsverhältnisses und Unterstellung unter das
Arbeitsgesetz – am Beispiel des Kantons Solothurn

KPM-Verlag
Bern

Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard ist Privatdozent und Assistenzprofessor am Kompetenzzentrum für Public Management der Universität Bern.

Fürsprecher Daniel Kettiger, Mag. rer. publ., ist freiberuflich als Anwalt, Berater und Projektleiter tätig.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantonsspitalern – am Beispiel des Kantons Solothurn /
Andreas Lienhard ; Daniel Kettiger
Bern 2005
ISBN 3-906798-05-4

Alle Rechte vorbehalten
Copyright © 2005 by KPM-Verlag Bern
Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Verlags ist unzulässig.

www.kpm.unibe.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und Fragestellung.....	1
1.1	Ausgangslage	1
1.2	Fragestellung	2
2	Zur Frage der Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen bei der Spital-Aktiengesellschaft.....	2
2.1	Vorbemerkungen.....	2
2.2	Annäherung auf der Grundlage der Abgrenzung zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichen Recht.....	3
2.2.1	Grundsätzliches.....	3
2.2.2	Subordinationstheorie.....	7
2.2.3	Sanktionentheorie (Modale Theorie).....	9
2.2.4	Interessentheorie.....	10
2.2.5	Funktionstheorie.....	10
2.2.6	Typologische Methode.....	12
2.2.7	Erkenntnisse.....	13
2.3	Annäherung aus der Sicht der Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft	14
2.4	Annäherung aus der Sicht der Rechtsentwicklung	17
2.4.1	Die Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das OR	17
2.4.2	Positionsbezüge in der neueren Lehre	19
2.5	Würdigung und Ergebnis (Beantwortung der Frage 1).....	22
3	Zur Frage der Unterstellung des kantonalen Spitals unter das ArG	25
3.1	Die Rechtslage (Lehre und Rechtspraxis) bis zum 31. Dezember 2004.....	25
3.2	Die Rechtslage (Lehre und Rechtspraxis) ab dem 1. Januar 2005	32
3.3	Mögliche abweichende Rechtspositionen.....	35
3.4	Würdigung und Ergebnis (Beantwortung der Frage 2).....	38
4	Gesamtergebnis und Folgerungen.....	39
4.1	Zur neuen rechtlichen Ausgangslage	39
4.2	Handlungsoptionen	40
	ANHANG I: Prüfschema für die Unterstellung unter das ArG	43
	ANHANG II: Materialien und Berichte	44
	ANHANG III: Literaturverzeichnis	45
	ANHANG IV: Erlasse	48

1 AUSGANGSLAGE UND FRAGESTELLUNG

1.1 Ausgangslage

Der Kantonsrat des Kantons Solothurn hat am 12. Mai 2004 ein neues Spitalgesetz (SpitG) beschlossen. Dieses soll am 1. Januar 2006 in Kraft treten (§ 25 Abs. 1 SpitG). Gemäss § 16 SpitG soll das kantonale Spital neu in der Form einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft geführt werden. Die Aktien sollen bei der Gründung im Alleineigentum des Kantons stehen (§ 16 Abs. 3 SpitG); der Kanton soll aber auch später mindestens 67 Prozent des Aktienkapitals halten (§ 17 Abs. 1 SpitG). Die Aktiengesellschaft soll vom Zweck her gemeinnützig ausgestaltet sein. Die heute bestehenden Spitalstiftungen sollen aufgehoben und ihre Mittel in die Aktiengesellschaft überführt werden. Dies wird als rechtlich zulässig beurteilt, weil der Stiftungszweck von der Aktiengesellschaft weitergeführt wird und weil durch die Errichtung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft auch garantiert wird, dass die ursprünglichen Mittel der Stiftung ihrem Zweck erhalten bleiben.¹

Der Kanton schliesst mit der neu zu gründenden Spital-Aktiengesellschaft eine Leistungsvereinbarung in der Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags ab (§ 19 Abs. 1 SpitG). Die Haftung der Aktiengesellschaft und ihres Personals richtet sich nach dem VG (§ 19 Abs. 1 SpitG). Für Vergütungen, die durch die Sozialversicherungen nicht gedeckt sind, gilt öffentliches Recht (§ 19 Abs. 1 SpitG).

Gemäss § 19 Absatz 2 SpitG soll sich die Rechtsbeziehung zwischen der Aktiengesellschaft und ihrem Personal nach den Vorschriften des kantonalen öffentlichen Dienstrechts (StpG) richten. Im Rahmen der Umsetzung des neuen kantonalen Spitals sind nun spezifische arbeitsrechtliche Fragen aufgetaucht (vgl. Ziffer 1.2).

¹ Vgl. dazu ausführlich Botschaft SpitG, Ziffer 4.3.

1.2 Fragestellung

Im Zusammenhang mit der Überführung des Kantonsspitals in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft sollen folgende Fragen rechtsgutachtlich beantwortet werden:

1. Ist es möglich, dass sich die Rechtsbeziehungen zum Personal in einer nach Art. 620 Abs. 3 OR gegründeten privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach dem Gesetz über das Staatspersonal bzw. dem ab dem 1.1.2005 geltenden öffentlich-rechtlichen Gesamtarbeitsvertrag richten können oder bestimmt die Rechtsform der AG die Rechtsnatur des Anstellungsverhältnisses? (§ 19 Abs. 2 Spitalgesetz).
2. Wird das zu gründende kantonale Spital ab dem 1.1.2006 neben den Gesundheitsschutzvorschriften auch den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG betreffend sämtliches Spitalpersonal (nicht nur Assistenzärzte/innen) unterstehen?

2 ZUR FRAGE DER ZULÄSSIGKEIT VON ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN ANSTELLUNGSVERHÄLTNISSEN BEI DER SPITAL-AKTIENGESELLSCHAFT

2.1 Vorbemerkungen

Die Frage, ob das Anstellungsverhältnis des Personals von Institutionen, die staatliche Aufgaben erfüllen, privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, hat die Lehre und Rechtsprechung in der Vergangenheit wiederholt beschäftigt. In jüngster Zeit hat diese Frage vor allem im Zusammenhang mit Modernisierungsbestrebungen im öffentlichen Dienstrecht und mit Auslagerungen öffentlicher Aufgaben aus der Zentralverwaltung wieder eine hohe Aktualität erhalten. Untersucht wurde bisher allerdings fast ausschliesslich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Bund, Kantone, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften das Personal ihrer Zentralverwaltung und ihrer öffentlich-rechtlichen Anstalten *privatrechtlich* anstellen dürfen. Da-

zu besteht eine reichhaltige Literatur², und auch das Bundesgericht³ sowie andere Gerichte⁴ haben sich mit dieser Frage mehrfach befasst. Dieser reichhaltigen Literatur und Judikatur können allerdings nur wenige Hinweise zur Beantwortung der hier interessierenden Frage entnommen werden. Diese Frage müsste deshalb von Grund auf untersucht werden. Um trotz der beschränkten zeitlichen Verhältnisse eine möglichst zuverlässige Abschätzung der Rechtslage zu ermöglichen, soll nachfolgend versucht werden, die Frage zwar nicht allzu tief dafür möglichst breit und aus verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten.

2.2 Annäherung auf der Grundlage der Abgrenzung zwischen Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht

2.2.1 Grundsätzliches

Zur Beantwortung von Fragen der Abgrenzung zwischen privatem Anstellungsrecht nach OR und kantonalem öffentlichem Dienstrecht sind insbesondere fünf Rechtsnormen zu beachten: Artikel 3 und 122 BV, Artikel 5 und 6 ZGB und Artikel 342 OR.

- *Artikel 3 BV*: Artikel 3 BV enthält einen *Verfassungsvorbehalt für Bundeskompetenzen*.⁵ Organe des Bundes dürfen deshalb nur dann Rechtssätze erlassen, wenn die Bundesverfassung eine Aufgabe dem Bund ausdrücklich zuweist. Damit besteht eine *subsidiäre Generalklausel für die Zuständigkeit der Kantone*.⁶ Diese Generalklausel ist allerdings nicht als Kompetenzvermutung zu Gunsten der Kantone zu verstehen.⁷ Es ist vielmehr im Einzelfall bei jeder Frage der Zuständigkeit im Bundesstaat eine Auslegung nach den allgemeinen Grundsätzen und den besonderen Anhaltspunkten für die Kompe-

² Hafner, Hangartner, Helbling 2002, Helbling 2004, Jaag 1994, Jaag 1999, Koller, Poledna, Rhinow, Richli, Weber, Zimmerli.

³ BGE 54 II 123; 60 II 116, 118 II 213, E. 3, S. 217 ff.; Urteil 2P.99/2002 vom 1. November 2002.

⁴ Z.B. das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn, vgl. SOG 1999, Nr. 39; vgl. auch Eidg. Personalrekurskommission, VPB 68.9.

⁵ Vgl. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Artikel 3 BV, Rz. 10 ff.; Tschannen, § 19, Rz. 9 ff.

⁶ Vgl. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Artikel 3 BV, Rz. 10; Häfelin/Haller, Rz. 1049; Tschannen, § 19, Rz. 4 ff.

⁷ Vgl. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Artikel 3 BV, Rz. 10; Häfelin/Haller, Rz. 1049.

tenzzuteilung vorzunehmen.⁸ Im Verhältnis zu den Kantonen ergibt sich folgende Typologie der *Kompetenzverteilung*⁹:

- *Ausschliessliche* Kompetenz des Bundes: Der Bund ist ausschliesslich und abschliessend zum Erlass von Rechtssätzen zuständig; für kantonale Regelungen bleibt kein Raum.
- *Konkurrierende* Kompetenz: Die Kantone bleiben zur Regelung zuständig, bis und so weit der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch macht. Der Bund ist auch hier grundsätzlich zur umfassenden und abschliessenden Regelung befugt. Das Bundesrecht hat nachträgliche derogatorische Kraft.
- *Parallele Kompetenzen* von Bund und Kantonen: Der Bund und die Kantone sind gleichzeitig und unabhängig voneinander ermächtigt, je auf bestimmten Sachgebieten tätig zu sein und Regelungen zu erlassen. Der Bund darf auch hier in dem ihm zugewiesenen Bereich umfassende und abschliessende Regelungen erlassen; diese derogieren aber das kantonale Recht nicht.

Wesentlich ist, dass die Kompetenzhoheit beim Bund liegt. Er bestimmt letztlich mit der BV und durch das Ausmass der Beanspruchung der durch die BV eingeräumten Gesetzgebungskompetenz, welche Aufgaben er an sich ziehen und welche er den Kantonen überlassen will.¹⁰

- *Artikel 122 BV*: Gemäss Artikel 122 Absatz 1 BV (Art. 64 Abs. 1 und 2 aBV) steht dem Bund die Gesetzgebung über das gesamte Zivilrecht zu¹¹. Es handelt sich dabei nach herrschender Lehre um eine umfassende konkurrierende Rechtsetzungskompetenz des Bundes mit nachträglich derogierender Wirkung.¹² Der Bund hat von dieser Kompetenz durch den Erlass des Zivilgesetzbuches und des Obligationen-

⁸ Vgl. Häfelin/Haller, Rz. 1064 ff.; Tschannen, § 20.

⁹ Vgl. Schweizer, St. Galler Kommentar zu Artikel 3 BV, Rz. 15 ff.; Tschannen, § 20, Rz. 26 ff.

¹⁰ Vgl. Tschannen, § 20, Rz. 7.

¹¹ Die Begriffe „Zivilrecht“ in Artikel 122 Absatz 1 BV und „Bundeszivilrecht“ im Sinne von Artikel 5 und 6 ZGB sind identisch mit dem wissenschaftlichen Begriff des Privatrechts und umfassen das gesamte von den Bundesbehörden erlassene Privatrecht aller Rechtsetzungsstufen, vgl. Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 84.

¹² Vgl. Marti, Artikel 5, Rz. 17.

rechts im Grundsatz umfassend und erschöpfend Gebrauch gemacht und damit für die Schweiz eine klare und einheitliche Privatrechtsordnung geschaffen.¹³

- *Artikel 5 ZGB:* Gemäss Artikel 5 Absatz 1 ZGB sind die Kantone nur dort zum Erlass von zivilrechtlichen Regelungen befugt, wo das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechts ausdrücklich vorbehält. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen zivilrechtlichen Materien, welche in Spezialgesetzen des Bundes geregelt sind.¹⁴ Bei Artikel 5 Absatz 1 ZGB handelt es sich eigentlich um eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Kantone.¹⁵ Kantonales Zivilrecht ist auf Grund von Artikel 5 ZGB auch dort unzulässig, wo das Bundesrecht keine Regelung enthält.¹⁶ Ein Vorbehalt zu Gunsten kantonalen Privatrechts muss in der Bundesgesetzgebung ausdrücklich als solcher erfolgen. Wo allerdings ein eindeutig privatrechtlicher Rechtserlass des Bundes ganz allgemein kantonales Recht vorbehält, wird vermutet, dass es sich um einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 ZGB handelt.¹⁷
- *Artikel 6 ZGB:* Gemäss Artikel 6 Absatz 1 ZGB werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 2 ZGB ist vorliegend nicht von Bedeutung). Es handelt sich hier um einen *unechten Vorbehalt* zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts, da sich die Abgrenzung zwischen Bundeszivilrecht und öffentlichem Recht der Kantone grundsätzlich bereits aus Artikel 3 i.V.m. Artikel 122 Absatz 1 BV ergibt.¹⁸ Der bundesrechtliche Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts umfasst insbesondere auch die Befugnisse der Kantone, das Rechtsverhältnis zu ihren Beamtinnen und Beamten sowie ihren Angestellten öffentlich-rechtlich auszugestalten.¹⁹ So betrachtet das

¹³ Vgl. *Marti*, Artikel 5, Rz. 17.

¹⁴ Vgl. *Marti*, Artikel 5, Rz. 17.

¹⁵ Vgl. auch *Hausheer/Jaun*, Rz. 10 zu Artikel 5.

¹⁶ Vgl. *Marti*, Artikel 5, Rz. 18.

¹⁷ Vgl. *Marti*, Artikel 5, Rz. 46.

¹⁸ Vgl. *Hausheer/Jaun*, Rz. 3 ff. zu Artikel 6; *Huber*, Art. 6, N. 68 *Marti*, Artikel 6, Rz. 2 und 37 ff.

¹⁹ In diesem Sinne auch *Jaag* 1994, S. 437; nach *Marti*, Artikel 6, Rz. 129 gehört zu den öffentlich-rechtlichen Befugnissen der Kantone insbesondere das Verwaltungsrecht, zu diesem gehört nach herrschender Auffassung auch das öffentliche Dienstrecht (s. z.B. *Häfelin/Müller*, § 23).

Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung das Anstellungsverhältnis zwischen den Kantonen und ihrem Personal – insbesondere auch im Bereich der öffentlichen Spitäler – als grundsätzlich öffentlich-rechtlich, sofern nicht ein Gesetz dieses als privatrechtlich bezeichnet.²⁰ Der durch Artikel 6 Absatz 1 ZGB statuierte Grundsatz der Unabhängigkeit und sachlichen Gleichberechtigung von Bundeszivilrecht und kantonalem öffentlichem Recht gilt allerdings nicht schrankenlos.²¹ Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts darf kantonales öffentliches Recht insbesondere nicht gegen den Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen, d.h. dessen grundlegenden Werte nicht missachten und dessen Umsetzung nicht vereiteln oder übermässig erschweren.²²

- *Artikel 342 OR*: Artikel 342 Absatz 1 Buchstabe a OR statuiert hinsichtlich der Geltung des OR für Anstellungsverhältnisse einen *Vorbehalt zu Gunsten des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis*. Auch diese Bestimmung wird in der herrschenden Lehre als unechter Vorbehalt betrachtet, der nur die auf Grund von Artikel 3 i.V.m. Artikel 122 Absatz 1 BV sowie Artikel 6 ZGB ohnehin bestehende Regel konkretisiert, wonach die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt werden.²³

Insbesondere im Zusammenhang mit Fragen des Geltungsbereichs von Artikel 5 und 6 ZGB haben Lehre und Rechtsprechung methodische Ansätze entwickelt, um eine Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht vornehmen zu können.²⁴ Die herrschende Lehre stellt dabei auf *rechtstechnische Methoden* ab und geht nicht von der Abgrenzung eines Sachbereichs aus.²⁵ Zur Anwendung gelangt ein *Methoden-Pluralismus*.²⁶ Demnach werden entweder die einzelnen Merkmale der Theorien kombiniert oder es wird im Einzelfall geprüft, welches Abgrenzungskrite-

²⁰ BGE 118 II 213, N. 3, S. 217 ff.

²¹ Vgl. *Marti*, Artikel 6, Rz. 230.

²² Vgl. *Marti*, Artikel 6, Rz. 237 und 330 ff.

²³ Vgl. *Hangartner*, S. 39; *Poledna 1999*, S. 212; *Rehbinder*, Artikel 342, Rz. 4.

²⁴ Vgl. Übersichten bei *Häfelin/Müller*, Rz. 250 ff.; *Hausheer/Jaun*, Art. 6, Rz. 29 ff.; *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 50 ff.; *Huber 1962*, S. 181.

²⁵ Vgl. *Hausheer/Jaun*, Art. 6, Rz. 27 f.

²⁶ Vgl. *Hausheer/Jaun*, Art. 6, Rz. 35; *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 66 f.

rium den konkreten Gegebenheiten am besten entspricht. Einzelne Methoden, die früher zur Abgrenzung angewendet wurden, fallen heute als veraltet ausser Betracht. Es sind dies insbesondere die Fiskustheorie (vermögensrechtliche Ansprüche von Privaten gegen den Staat unterstehen grundsätzlich dem Privatrecht) sowie die Subjekttheorie (öffentliches Recht liegt immer dann vor, wenn der Staat am Rechtsverhältnis beteiligt ist).²⁷

Nachfolgend soll versucht werden, an Hand der massgeblichen Abgrenzungstheorien zu ergründen, ob das Anstellungsverhältnis bei rein privatrechtlich organisierten Trägern öffentlicher Aufgaben – konkret: eine Spital-Aktiengesellschaft, welche die Funktion des Kantonsspitals übernimmt – dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugeordnet werden soll.

2.2.2 Subordinationstheorie

Diese Theorie besagt, dass Privatrecht die Rechtsbeziehungen zwischen gleichrangigen, gleichwertigen, gleichberechtigten Rechtssubjekten ordnet, während das öffentliche Recht das Verhältnis des Individuums zur Staatsgewalt, d.h. seine diesbezügliche Unterordnung regelt.²⁸ Ausschlaggebend ist damit, ob der Staat dem Privaten mit „obrigkeitlicher Gewalt“ gegenübertritt.²⁹ Als Beispiele werden etwa die Enteignung eines Grundstücks, das Demonstrationsverbot, der Befehl zum Abbruch eines baufälligen Hauses oder die Beziehung zwischen dem Staat und Benützerinnen bzw. Benützern von öffentlichen Anstalten genannt.³⁰

Dieses Abgrenzungskriterium führt nach Auffassung der Verfasser nur dort zu einer zwingenden Annahme von öffentlichem Dienstrecht, wo entweder das Personal durch einen Hoheitsakt im engeren Sinne eingesetzt wird, d.h. z.B. durch Volks- und Behördenwahl, oder wo eine Einbindung in eine hoheitliche Hierarchie in einem Ausmass erfolgt, das

²⁷ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 252; Hausheer/Jaun, Art. 6, Rz. 29; Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 57 ff.

²⁸ Vgl. Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 62.

²⁹ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 253.

³⁰ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 254.

sich von der üblichen Eingliederung in eine Arbeitsorganisation wesentlich abhebt, so dass die personale, räumliche und bürokratisch-hierarchische Eingliederung das Bestehen eines besonderen Rechtsverhältnisses (Sonderstatusverhältnisses) und damit eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung nahe legt.³¹ Letzteres kann nur bei Angestellten der Polizei sowie beim Berufsmilitär ohne weiteres angenommen werden. Selbst hinsichtlich Polizeifunktionen ist allerdings offenbar nicht immer ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis verlangt, da auch hier gewisse Aufgaben der polizeilichen Gewaltabwehr mit hoheitlicher Gewalt auf privatrechtliche Unternehmen übertragen werden können, die ihr Personal auch privatrechtlich anstellen können.³² Das Personal eines privatrechtlich organisierten Spitals tritt seinem Arbeitgeber grundsätzlich gleichberechtigt als Rechtssubjekt in der Gestalt einer Vertragspartnerin bzw. eines Vertragspartners gegenüber, selbst wenn eine Spitalorganisation traditionell einen eher stark hierarchischen Aufbau hat und – wegen der hohen Präsenzzeiten – auch eine erhebliche räumliche Einbindung des Personals vorliegt. Dadurch, dass die privatrechtliche Aktiengesellschaft Funktionen des öffentlichen Gesundheitswesens ausübt, ändert sich allerdings am Ausmass der Einbindung und damit im Gefüge zwischen den Angestellten und dem Spital nichts. Eine Stationsleiterin bzw. ein Stationsleiter der Krankenpflege übt die Funktion in gleicher Weise aus, unabhängig ob sich die Station in einem privaten oder öffentlichen Spital befindet. Die Frage der Führungskultur in einem Spital ist wesentlich mehr durch das Führungsverständnis der Spitalleitung als durch die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags geprägt.

Nach der Subordinationstheorie handelt es sich beim Anstellungsverhältnis in einem privatrechtlich organisierten Spital mit öffentlichen Aufgaben klarerweise um eine Rechtsbeziehung des *Privatrechts* und damit um eine Anstellung nach OR.

³¹ Zur Eingliederungslage als „zeitloser Kern“ des besonderen Rechtsverhältnisses vgl. *Müller M.*, S. 134 ff.

³² Vgl. Beispiele bei *Gamma*, S. 182 f. und 186 f.

2.2.3 Sanktionentheorie (Modale Theorie)

Nach der Sanktionentheorie gilt ein Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich, wenn Rechtsverletzungen öffentlich-rechtliche Sanktionen nach sich ziehen (z.B. Zwangsvornahmen, Widerruf von Bewilligungen, Disziplinar-massnahmen etc.). Privatrechtlich erscheint eine Rechtsbeziehung dagegen, wenn deren Verletzung eine privatrechtliche Sanktion nach sich zieht (z.B. Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts).³³

Auch dieser Ansatz hilft nur beschränkt bei der prospektiven bzw. theoretischen Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Anstellungsrecht, weil einerseits die Art der Sanktion hier dem Charakter des Rechtsverhältnisses folgt, und weil andererseits durch die stetige Angleichung des öffentlichen Dienstrechts an das OR auch eine Angleichung der Sanktionen stattgefunden hat (zunehmender Wegfall des Disziplinarrechts³⁴, vertragliche Anstellungsverhältnisse auf Kündigung, etc.).

Immerhin gibt es einen Ansatzpunkt: Gemäss § 10 Absatz 1 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Solothurn³⁵ bedürfen nur jene Medizinalpersonen einer Berufsausübungsbewilligung, welche ihren Beruf in eigener Verantwortung (d.h. selbstständig) ausüben. Nur sie unterliegen somit der Sanktion des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung. Medizinalpersonal, das an Spitälern angestellt ist, benötigt keine Berufsausübungsbewilligung; die möglichen Sanktionen bei Berufspflichtverletzungen sind somit nicht durch das kantonale Polizeirecht sondern durch das Rechtsverhältnis zum Arbeitgeber bestimmt. Daraus kann geschlossen werden, dass nach der Sanktionentheorie Spitalpersonal grundsätzlich eher *privatrechtlich* angestellt ist.

³³ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 261; Hausheer/Jaun, Art. 6, Rz. 34; Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 63.

³⁴ Vgl. Kettiger, S. 28.

³⁵ BGS 811.11.

2.2.4 *Interessentheorie*

Nach der Interessentheorie gehören zum öffentlichen Recht diejenigen Rechtsnormen, die vorwiegend oder ausschliesslich der Wahrnehmung öffentlicher Interessen dienen. Die zivilrechtlichen Normen dienen demgegenüber primär zum Schutz von privaten Interessen.³⁶

Diese Methode versagt vorliegend, weil es nicht um die Beurteilung von konkreten Rechtsnormen sondern um den öffentlich-rechtlichen bzw. privatrechtlichen Charakter eines Rechtsverhältnisses geht. Im Ergebnis käme man zu etwa demselben Resultat wie bei der Anwendung der Funktionstheorie (vgl. nachfolgend Ziffer 2.2.5).

2.2.5 *Funktionstheorie*

Nach der Funktionstheorie ist ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich, wenn es zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient oder eine Regelung einer öffentlichen Tätigkeit darstellt.³⁷

Der Betrieb von öffentlichen Spitälern und die Subventionierung privater Spitäler ist Sache der Kantone und stellt eine öffentliche Aufgabe dar (Gesundheitsversorgung, Gewährleistung der medizinischen Grundversorgung).³⁸ Folgt man einer strengen Auffassung der Funktionstheorie³⁹, so würde dies bedeuten, dass sämtliches Personal an Spitälern, die öffentliche Gesundheitsaufgaben erfüllen, *öffentlich-rechtlich* angestellt werden sollte.

³⁶ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 259; Hausheer/Jaun, Art. 6, Rz. 32; Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 64.

³⁷ Vgl. Häfelin/Müller, Rz. 261; Hausheer/Jaun, Art. 6, Rz. 34; Marti, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 65.

³⁸ Vgl. Poledna/Berger, Rz. 42.

³⁹ Eine solche vertritt etwa Rhinow, S. 442, wenn er die Forderung aufstellt, dass alle Arbeitsverhältnisse, an welchen Träger öffentlicher Befugnisse beteiligt sind, integral dem öffentlichen Recht unterstehen sollen.

Dieses Ergebnis gilt es auf Grund der heutigen Rechtswirklichkeit in dreifacher Hinsicht zu relativieren:

- a. Ein Kantonsspital erfüllt ohne Zweifel öffentliche Aufgaben der medizinischen Grundversorgung. Dazu zählen neben der Bereitstellung von Notfallstrukturen insbesondere auch alle Leistungen nach KVG. Darüber hinaus erbringt ein Kantonsspital aber auch zahlreiche Leistungen, die keine öffentlichen Aufgaben im engeren Sinn darstellen, auch wenn damit öffentliche Interessen verfolgt werden. Hier handelt es sich auch nicht um eine Randnutzung von Verwaltungsvermögen. Öffentliche Spitäler treten diesbezüglich vielmehr in ein echtes Konkurrenzverhältnis zu privaten Anbietern. Diesbezüglich würden der aus der Wirtschaftsfreiheit fliessende Grundsatz der Wettbewerbsneutralität und das sich daraus ergebende Verbot von Wettbewerbsverzerrungen⁴⁰ fordern, dass das öffentliche Spital durch einen anderen Modus der Anstellung seines Personals keinen Wettbewerbsvorteil erlangen kann.
- b. Auch Privatspitäler erfüllen teilweise öffentliche Aufgaben, das heisst Aufgaben der medizinischen Grundversorgung. So stellt es beispielsweise Artikel 39 KVG den Kantonen frei, auch Privatspitäler in ihre Spitallisten aufzunehmen. Im Kanton Bern können sich künftig auch Patientinnen und Patienten ohne Zusatzversicherung in Privatspitälern behandeln lassen.⁴¹ Damit verwischt sich die klare Grenze zwischen öffentlicher Aufgabe und privatwirtschaftlicher Tätigkeit im Spitalbereich.
- c. Zahlreiche öffentliche Aufgaben im Bereich der medizinischen Grundversorgung werden in der Schweiz in gewissen Kantonen traditionell durch Private mit privatrechtlich angestelltem Personal erfüllt. Dazu zählen insbesondere die spitalexterne Krankenpflege (Spitex) und das Rettungswesen bzw. die Krankentransporte. Diese Funktionsträger zeichnet fast durchwegs aus, dass sie im ambulanten und nicht im stationären Bereich tätig sind. Dies könnte somit ein Anhaltspunkt dafür sein, dass die in öffentlichen Spitälern noch oft anzutreffenden öf-

⁴⁰ Vgl. ausführlich *Vogt*, S. 208 ff.

⁴¹ Medienmitteilung des Amtes für Information des Kantons Bern vom 1. Februar 2005.

fentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse weniger Ausdruck der Funktion, d.h. der Ausübung einer staatlichen Aufgabe, als Ausdruck der Organisationsform, d.h. der anstaltlichen Organisation von Spitälern ist.

Ausgehend von der Funktionstheorie müsste grundsätzlich die Möglichkeit einer *öffentlich-rechtlichen* Anstellung an einem als privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgestalteten öffentlichen Spital möglich sein. Die heutige Rechtswirklichkeit *relativiert* allerdings den Befund, dass sämtliches Personal an Spitälern, die öffentliche Gesundheitsaufgaben erfüllen, öffentlich-rechtlich angestellt werden sollte.

2.2.6 *Typologische Methode*

Das Bundesamt für Justiz hat für die Abgrenzung der Zivilrechtskompetenz des Bundes – in Abkehr von einer rein rechtstechnischen – eine eigenständige typologische Methode zur Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht entwickelt, welche der Bundesrat übernommen hat.⁴² Privatrecht wird dabei wie folgt umschrieben: „Rahmenordnung zur Ermöglichung, Ergänzung und Begrenzung der Selbstbestimmung der Rechtsgenossen bei der Gestaltung ihrer rechtlichen Beziehung untereinander. Diese Rahmenordnung hat sich auf das zu beschränken, was gemäss Verhältnismässigkeitsprinzip und unter Wahrung der Subsidiarität gegenüber privatautonomer Regelung nötig ist zur Sicherung von Gerechtigkeit, Frieden und Ordnung unter den Rechtsgenossen.“⁴³ Danach gelten Rechtsnormen als privatrechtlich, wenn sie die Voraussetzungen privatautonomer Rechtsgestaltung umschreiben, herkömmlicherweise mit der Privatrechtstradition zusammenhängen und typischerweise privatrechtliche Ziele verfolgen.⁴⁴

Normen zur Regelung von Anstellungsverhältnissen einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, hängen traditionellerweise mit der Privatrechtstradition zusammen: eine Aktiengesellschaft ist eine Körperschaft des

⁴² Vgl. *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 68 f., mit Hinweisen; vgl. auch VPB 63.83.

⁴³ Zitiert nach *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 68.

⁴⁴ Vgl. *Häfelin/Müller*, Rz. 257.

Privatrechts, verfolgt in der Regel privatrechtliche Ziele (Wirtschaftstätigkeit in Industrie, Handel, Gewerbe oder Dienstleistung) und handelt grundsätzlich privatrechtlich. Die Normen des Arbeitsrechts dienen der Aktiengesellschaft zudem grundsätzlich als Rahmen zur privatautonomen Ausgestaltung von einzelnen Arbeitsverhältnissen. Anstellungsverhältnisse zu Rechtssubjekten des Privatrechts sind in der Regel privatrechtlich ausgestaltet. Eine Annäherung mit der typologischen Methode lässt vermuten, dass ein Verhältnis einer Spital-Aktiengesellschaft zu ihren Angestellten auch dann dem Privatrecht zuzurechnen ist, wenn sie einen öffentlichen Auftrag erfüllt. Allerdings erlaubt die typologische Methode keine scharfe Abgrenzung.⁴⁵

2.2.7 Erkenntnisse

Die von der Lehre und Rechtsprechung anerkannten massgeblichen Abgrenzungstheorien führen *nicht zu einer klaren Antwort* hinsichtlich der Frage, ob das Verhältnis eines rein privatrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Aufgaben – konkret: eine Spital-Aktiengesellschaft, welche die Funktion des Kantonsspitals übernimmt – dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen ist. Tendenziell ist das fragliche Anstellungsverhältnis *eher dem Privatrecht* zuzuordnen. Zwar ist die wichtigste Stütze einer Zuordnung zum öffentlichen Recht die Funktionstheorie. Angesichts der Tatsache, dass dem Gedanken des Gewährleistungsstaates zunehmende Bedeutung beigemessen wird⁴⁶ und dass damit künftig nur noch die Gewährleistung der medizinischen Grundversorgung, aber nicht mehr die Bereitstellung der dafür notwendigen Leistungen als Staatsaufgabe betrachtet werden könnte, wird mittelfristig allerdings das Argument, Rechtsbeziehungen in einem öffentlichen Spital seien öffentlich-rechtlicher Natur, abgeschwächt werden.

⁴⁵ Vgl. *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 68.

⁴⁶ Siehe etwa *Lienhard* 2005, S. 50 ff.; *ders.* 2002, S. 1163 f.

2.3 Annäherung aus der Sicht der Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft

Der Bundesgesetzgeber hat das Gesellschaftsrecht als Teil des Bundeszivilrechts abschliessend geregelt.⁴⁷ Er hat die den Kantonen verbleibenden Befugnisse im Gesellschaftsrecht in Artikel 59 ZGB⁴⁸ sowie Artikel 763 OR klar umschrieben. Das Bundeszivilrecht enthält weiter einen Numerus clausus der Gesellschaftsformen: Im Gesellschaftsrecht steht eine geschlossene Zahl von Formen zur Verfügung (Formenzwang), deren freie inhaltliche Ausgestaltung beschränkt ist (Formenfixierung).⁴⁹ Für die Aktiengesellschaft hat der Bundesgesetzgeber in Artikel 762 OR die besonderen Rechte, die dem Bund, den Kantonen und Gemeinden im Rahmen der Organisation einer Aktiengesellschaft eingeräumt werden können, abschliessend geregelt. Dies ist vorliegend in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung:

- a. Da eine abschliessende Regelung im Bundeszivilrecht vorliegt, bleibt *kein Raum mehr für eine zivilrechtliche Regelung durch den kantonalen Gesetzgeber* (Art. 5 Abs. 1 ZGB e contrario).⁵⁰
- b. Gemäss Artikel 762 Absatz 1 OR kann dem Staat auch dann das Recht zur Entsendung eigener Vertreterinnen und Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle einer Aktiengesellschaft eingeräumt werden, wenn er nicht an der Gesellschaft beteiligt ist. Es genügt dazu ein öffentliches Interesse. Damit schafft der Bundesgesetzgeber gleichzeitig aber auch einen *Numerus clausus der Instrumente*, mit welchen Bund, Kantone und Gemeinden öffentliche Interessen innerhalb einer Aktiengesellschaft wahrnehmen können. Eine weitere, direkte Einflussnahme von kantonalen Behörden – auch des kantonalen Gesetzgebers – auf das „Innenleben“ der Aktiengesellschaft ist damit von Bundesrecht wegen ausgeschlossen.⁵¹

⁴⁷ In diesem Sinne auch *Marti*, Artikel 6, Rz. 205.

⁴⁸ Vgl. dazu *Marti*, Artikel 5, Rz. 166.

⁴⁹ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 7, Rz. 1.

⁵⁰ In diesem Sinne – bezogen auf die Frage öffentlich-rechtlicher Anstellungsregelungen für eine privatrechtliche Aktiengesellschaft – auch *Koller*, S. 141 f.

⁵¹ Vgl. auch *Marti*, Artikel 6, Rz. 194: „In organisatorischer Hinsicht ist grundsätzlich ausschliesslich privates Gesellschaftsrecht anwendbar, ...“.

-
- c. Das Recht zur Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern in Organe der Aktiengesellschaft kann Bund, Kantone oder Gemeinden nur durch die Statuten der Aktiengesellschaft eingeräumt werden (Art. 762 Abs. 1 OR). Der kantonale Gesetzgeber kann somit ein Vertretungsrecht nicht autonom durch seine Gesetzgebung postulieren, selbst dann nicht, wenn erhebliche öffentliche Interessen berührt sind. Dies ist ein weiteres Indiz dafür, dass das Bundesrecht die Einflussnahme des Staates auf die innere Organisation einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft als Teil des Bundesprivatrechts betrachtet.
- d. Für die Haftung der staatlichen Vertreterinnen und Vertreter gegenüber der Aktiengesellschaft verweist das Bundesrecht ausdrücklich auf die entsprechenden Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts. Dies ist ein Hinweis darauf, dass das Bundeszivilrecht für den Bereich der Aktiengesellschaft eine abschliessende Abgrenzung zum kantonalen öffentlichen Recht vornimmt.

Bereits die vorstehenden Erwägungen schliessen es somit aus, dass ein kantonaler Gesetzgeber direkt bestimmen kann, dass eine Aktiengesellschaft ihr Personal öffentlich-rechtlich anzustellen hat.

Gemäss Artikel 716 OR ist der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft zur Beschlussfassung über alle Angelegenheiten zuständig, die nicht nach Gesetz oder Statuten einem anderen Organ übertragen sind (der Gesetzeswortlaut spricht einschränkend nur von der Generalversammlung). Es gilt somit eine *Kompetenzvermutung zu Gunsten der Verwaltung*.⁵² Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehören u.a. die Oberleitung der Gesellschaft, Festlegung der inneren Organisation sowie die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsleitung und Vertretung betrauten Personen (Art. 716a Abs. 1 Ziffer 1, 2 und 4 OR). Diese generelle Geschäftsführungskompetenz umfasst zweifellos auch, abschliessend zu bestimmen, welches Personal mit welchen Konditionen angestellt wird. Das Bundeszivilrecht überträgt es somit dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, über das Rechtsverhältnis zum Personal zu beschliessen. Da es sich bei der Aktiengesellschaft um ein Privatrechtssubjekt handelt, kann aber der Verwal-

⁵² Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 12, Rz. 129.

tungsrat nicht die Anwendung von öffentlichem Dienstrecht vorsehen, denn solches können nur Organe von Bund, Kantonen und Gemeinden erlassen. Damit ein Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft öffentliches Dienstrecht autonom erlassen oder anwendbar erklären könnte, müsste ihm dieses Recht vom kantonalen Gesetzgeber im Sinne von autonomem Satzungsrecht⁵³ ausdrücklich durch Gesetz übertragen werden. In einem solchen Fall wäre allerdings der Verwaltungsrat immer noch frei, ob er von dieser Ermächtigung Gebrauch machen wollte und wie er – eben autonom – das öffentliche Dienstrecht ausgestalten würde. Demgegenüber ist es dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft unbenommen, öffentliches Dienstrecht *sinngemäß* auch auf die Anstellungsverhältnisse der Aktiengesellschaft anzuwenden.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass

- a. das Bundeszivilrecht es ausschliesst, dass ein kantonaler Gesetzgeber direkt und verbindlich anordnet, ein Träger öffentlicher Aufgaben in der Form einer Aktiengesellschaft müsse sein Personal nach kantonalem öffentlichem Dienstrecht anstellen;
- b. es das Bundeszivilrecht demgegenüber zulässt, dass ein Kanton einen Träger öffentlicher Aufgaben in der Form einer Aktiengesellschaft ermächtigt, öffentliches Dienstrecht für sein Personal zu erlassen⁵⁴; ob dies zulässig ist, bestimmt das kantonale Verfassungsrecht. Ob das Solothurner Verfassungsrecht eine Rechtsetzungsdelegation an Private zulassen würde, ist allerdings fraglich.

Die *einzig rechtlich zulässige Möglichkeit*, in einem Träger öffentlicher Aufgaben in der Form einer Aktiengesellschaft das kantonale öffentliche Dienstrecht – insbesondere den GAV – umzusetzen, besteht somit vorliegend darin, den privatrechtlichen Träger im Rahmen der Aufgabenübertragung, d.h. im Leistungsvertrag, zur Übernahme dienstrechtlicher Vorschriften oder des GAV zu verpflichten. Das kantonale öffentliche

⁵³ Vgl. zum autonomen Satzungsrecht als Quelle des Verwaltungsrechts *Häfelin/Müller*, Rz. 157 ff.; die dort vorgenommene Beschränkung auf „Organisationen des öffentlichen Rechts“ greift zu kurz, da eine Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen grundsätzlich auch an Private erfolgen kann (vgl. *Feuz*, S. 186); vgl. zu den autonomen Satzungen auch *Tschannen/Zimmerli*, § 15.

⁵⁴ Die Ermächtigung, privatrechtliche Normen des Dienstrechts zu erlassen, steht demgegenüber dem kantonalen Gesetzgeber nicht zu, vgl. *Marti*, Artikel 5, Rz. 130.

Dienstrecht gilt diesfalls allerdings für die Angestellten dieses Trägers als privates Recht (sinngemässe Anwendung des öffentlichen Dienstrechts auf das privatrechtliche Anstellungsverhältnis: das öffentlich-rechtliche Personalrecht wird materiell zu Privatrecht).

2.4 Annäherung aus der Sicht der Rechtsentwicklung

2.4.1 Die Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das OR

Anfang des 20. Jahrhunderts galten in der Schweiz für die meisten arbeitsrechtlichen Fragen für private Betriebe und für die öffentliche Verwaltung die gleichen Regelungen, nämlich jene des OR.⁵⁵ Erst ab ca. 1920 entwickelte sich – parallel zur allgemeinen Entwicklung und Ausbreitung des Verwaltungsrechts – ein öffentliches Dienstrecht.

Seit rund 20 Jahren findet nun wiederum eine gegenteilige Entwicklung statt: *Das öffentliche Dienstrecht in der Schweiz nähert sich zunehmend dem Arbeitsvertragsrecht des OR an.*⁵⁶ Diese Entwicklung äussert sich etwa in der Abschaffung des Beamtenstatus, in der Einführung von Leistungslohn, in der Angleichung des Streikrechts, in der Einführung von Gesamtarbeitsverträgen sowie in der Abschaffung des Disziplinarrechts.⁵⁷ Zahlreiche Regelungen, die man heute in Rechtserlassen des öffentlichen Dienstrechts findet, sind Abschriften der für den privatrechtlichen Arbeitsvertrag geltenden Regelungen (sog. *Rezeption* des Privatrechts).⁵⁸ Immer öfters sind zudem im öffentlichen Dienstrecht Verweisungen auf das private Arbeitsrecht zu finden.⁵⁹ Das prominenteste Beispiel ist das neue Bundespersonalgesetz (BPG), das subsidiär das Arbeitsvertragsrecht des OR als anwendbar erklärt (Art. 6 Abs. 2 BPG).⁶⁰ In diesen Fällen findet das OR zwar als öffentlich-rechtliche Norm Anwendung, materiell erfolgt damit aber – sieht man vom Verfahrensrecht ab –

⁵⁵ Vgl. Helbling 2004, S. 242; Kettiger, S. 25.

⁵⁶ Dazu ausführlich Helbling 2004, S. 242 ff.; Poledna, S. 210 ff.; Kettiger, S. 27 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu Kettiger, S. 27 f.

⁵⁸ Vgl. Helbling 2004, S. 244.

⁵⁹ Vgl. Helbling 2004; ausführlich Poledna, S. 213 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu auch Helbling 2004, S. 248 f.

eine zunehmende Gleichschaltung von öffentlichem und privatem Arbeitsrecht. Weiter wird das private Arbeitsvertragsrecht von Justizbehörden sehr oft zur *Lückenfüllung* im öffentlichen Dienstrecht beigezogen⁶¹; und zwar offenbar häufiger als vergleichbares öffentliches Dienstrecht⁶². Die gesamte Entwicklung ist eine Folge der grossen Rechtszersplitterung im öffentlichen Dienstrecht (Bund, Kantone, Gemeinden), die eine eigenständige, einheitliche Praxisbildung für das öffentliche Dienstrecht verunmöglicht hat.⁶³ Gefördert wurde diese Entwicklung in jüngster Zeit zusätzlich durch die Verbreitung des New Public Managements⁶⁴.

Verschiedene Rechtsgrundsätze im Personalrecht wurden im Privatrecht entwickelt, werden heute aber als übergreifende, allgemein geltende Bestandteile der Rechtsordnung verstanden⁶⁵ und finden demzufolge auch im öffentlichen Dienstrecht Anwendung.⁶⁶ Insbesondere ausgehend davon, aber auch auf Grund des Gleichbehandlungsgebots wird deshalb in der neueren Lehre diskutiert, ob das Obligationenrecht nicht auch im öffentlichen Dienstrecht als Minimal Standard zu betrachten sei.⁶⁷ Unbestritten scheint dabei, dass dort, wo derselbe öffentlich-rechtliche Träger nebeneinander Personal im öffentlich-rechtlichen und im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis beschäftigt, auf Grund des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) die Minimalgarantien des OR auch auf die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse Anwendung finden.⁶⁸ *Hans-Jakob Mosimann* hat versucht, allgemeine Grundsätze zu formulieren:

„Das OR-Minimum als Kernbestand des arbeitsrechtlichen Schutzes darf von der öffentlichen Hand als Arbeitgeberin nur dann ausser Acht gelassen werden, wenn das öffentliche Personalrecht für die zu entscheidende Einzelfrage eine eigenständige, explizite Norm bereitstellt oder wenn es die der Einzelfrage übergeordnete Thematik ausgewogen regelt.

61 Vgl. *Helbling* 2004, S. 244 f.; *Poledna*, S. 233 f.; *Rehbinder*, Rz. 4; vgl. auch die Kasuistik bei *Mosimann*, S. 459 ff.

62 Vgl. *Poledna*, S. 233.

63 Vgl. *Kettiger*, S. 28.

64 Siehe etwa *Lienhard* 2005, S. 435 ff., 441.

65 Vgl. *Poledna*, S. 235; *Häfelin/Müller*, Rz. 185.

66 Vgl. auch die Kasuistik bei *Poledna*, S. 235.

67 Vgl. *Michel*, S. 217; *Mosimann*, S. 462 ff.; *Poledna*, S. 235 ff.

68 Vgl. *Mosimann*, S. 468 f.; *Poledna*, S. 235 f.

Beides muss den Anforderungen des Gleichbehandlungsgebots genügen, das heisst, es muss für den Vorrang der öffentlich-rechtlichen Einzelfallnorm vor der entsprechenden, günstigeren Norm des OR-Minimums beziehungsweise für das Nichtberücksichtigen des OR-Minimums im Rahmen der Regelung der übergeordneten Thematik überzeugende sachliche Gründe geben. Sind diese Bedingungen nicht erfüllt, gilt das OR-Minimum.⁶⁹

Die vorstehenden Ausführungen erlauben zwar keine direkten Rückschlüsse auf die hier zur Diskussion stehende Fragestellung. Immerhin darf aber aus der aufgezeigten Rechtsentwicklung gefolgert werden, dass dort, wo zur Disposition steht, ob Träger öffentlicher Aufgaben privates oder öffentliches Arbeitsrecht zur Anwendung gelangen lassen sollen, insgesamt eine gewisse Präferenz für die materiellen Regelungen des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses besteht. Vorliegend ist dabei zu beachten, dass die aufgezeigte Entwicklung auch dem Personalrecht des Kantons Solothurn nicht fremd ist: § 10 Absatz 1 StPG bzw. Artikel 36 GAV legen ebenfalls fest, dass subsidiär das OR Anwendung findet. Zudem lässt das solothurnische Personalrecht grundsätzlich auch eine parallele Anstellung von Personal nach öffentlichem und privatem Recht zu (§ 10 Abs. 2 StPG).

2.4.2 *Positionsbezüge in der neueren Lehre*

In jüngster Zeit hat – teilweise im Rahmen von New Public Management – die Diskussion über die Auslagerung von staatlichen Tätigkeiten bzw. über die Privatisierung erheblichen Aufschwung erhalten⁷⁰. Im Rahmen dieser Diskussion haben sich einige Autoren explizit mit der Frage befasst, ob privatrechtlich organisierte Träger öffentlicher Aufgaben ihr Personal öffentlich-rechtlich anstellen können.

Der Zürcher Verwaltungsrechtler *Tobias Jaag* hat sich zur Frage wie folgt geäußert:

⁶⁹ Mosimann, S. 472.

⁷⁰ Lienhard 2005, S. 301 ff.; ders. 2002, S. 1163 ff.

„Privatrechtliche Organisationen unterstehen dem privaten Arbeitsvertragsrecht. Private Organisationen sind nicht befugt, vom Obligationenrecht abweichende Regelungen zu erlassen; der gesetzliche Vorbehalt abweichender Bestimmungen beschränkt sich auf den Bund, die Kantone und Gemeinden. Öffentliches Dienstrecht kann somit für privatrechtliche Organisationen nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen, selbst wenn diese im Eigentum des Staates stehen oder öffentliche Aufgaben erfüllen.“⁷¹

Im gleichen Sinne äussert sich der „Entwerfer des Bundespersonalgesetzes“, *Peter Helbling*.⁷² Und ebenso zu diesem Schluss kommt letztlich die Dissertation von *Matthias Michel*:

„Der Staat kann sich auch an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft beteiligen. In diesem Fall sind seine Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten allerdings beschränkt, hat er sich doch an die obligationenrechtlichen Regelungen zu halten. Das bedeutet, dass die privatrechtliche Aktiengesellschaft in ihrer Beziehung zu Dritten, und dazu gehören auch die von dieser Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer, vollumfänglich dem Privatrecht unterliegt. Deshalb darf der Staat hier kein öffentlich-rechtliches Personalstatut vorschreiben, selbst wenn er die Gesellschaft kapital- und stimmenmässig beherrscht.“⁷³

Auch der Berner Privatrechtler *Thomas Koller* hat sich mit der Frage befasst und – insbesondere auch bezogen auf kantonale und kommunale Verhältnisse – folgende Schlüsse gezogen:

„Im Rahmen einer echten Privatisierung, bei welcher nicht nur die Arbeitsverhältnisse ins Privatrecht überführt werden, sondern auch das bisher öffentliche Unternehmen selbst in eine Rechtsform des Privatrechts (vornehmlich Handelsrecht) gekleidet wird, dürften solche Begrenzungen des Freiraums

⁷¹ Jaag 1999, S. 592 f.

⁷² Helbling 2004, S. 246.

⁷³ Michel, S. 211.

des Arbeitgebers (soweit sie nicht durch Bundesgesetz erfolgen) indessen nur in beschränktem Masse möglich und zulässig sein. So ist z.B. fraglich, ob den Kantonen oder Gemeinden die Kompetenz zustünde, vollständig in das Privatrecht überführte Betriebe *gesetzlich* zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen zu verpflichten. Denn mit einer solchen Bestimmung würde wohl in unzulässiger Weise in das in ausschliesslicher Bundeskompetenz stehende Privatrecht eingegriffen [Art. 64, Art. 5 e contrario und Art. 6 ZGB].⁷⁴

„Einem in die Form des Privatrechts überführten Betrieb könnten die Kantone und Gemeinden wohl selbst für eine kurze Übergangsfrist die Anwendung (bzw. Weitergeltung) des öffentlichen Dienstrechts gesetzlich nicht aufzwingen. [...] Die exklusive Bundeszuständigkeit im Bereich des Privatrechts schliesst nach meinem Dafürhalten aus, dass Kantone und Gemeinden bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben das öffentliche Dienstrecht durch hoheitlichen Akt gleichsam in das Zivilrecht hinein ‚verlängern‘ können.“⁷⁵

Offenbar kommt man sowohl aus der Sicht des öffentlichen Rechts wie auch aus der Sicht des Privatrechts zum selben Schluss. Nach dieser – gewichtigen – Auffassung verstösst § 19 Absatz 2 SpitG gegen Bundeszivilrecht.

Von der Lehre demgegenüber als zulässig erachtet wird es, dass private Träger öffentlicher Aufgaben im Rahmen des *Leistungsvertrags* zur Übernahme von Bestimmungen des kantonalen oder kommunalen öffentlichen Dienstrechts verpflichtet werden, allenfalls auch zum Anschluss an einen GAV für den öffentlichen Dienst.⁷⁶

⁷⁴ Koller, S. 141 f.

⁷⁵ Koller, S. 150 f.

⁷⁶ Vgl. Helbling 2004, S. 246; Jaag 1999, S. 593; Koller, S. 142 und 153; Lienhard/Ladner/Steiner/Balsiger/Buchser/Wichtermann, S. 88.

2.5 Würdigung und Ergebnis (Beantwortung der Frage 1)

Die von der Lehre und Rechtsprechung anerkannten massgeblichen Abgrenzungstheorien führen nicht zu einer klaren Antwort hinsichtlich der Frage, ob das Arbeitsverhältnis eines rein privatrechtlich organisierten Trägers öffentlicher Aufgaben – konkret: eine Spital-Aktiengesellschaft, welche die Funktion des Kantonsspitals übernimmt – dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen ist (vgl. Ziffer 2.2). Auch das neue Fusionsgesetz, welches für den Übergang von Instituten des öffentlichen Rechts zu Privatrechtssubjekten in vielfacher Hinsicht zu beachten ist (vgl. Art. 99 ff. FusG), führt hinsichtlich dieser Frage nicht weiter.⁷⁷ In Würdigung der gesamten vorstehenden Untersuchungen sprechen folgende Aspekte aber klar gegen die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen bei der Spital-Aktiengesellschaft:

- Die abschliessende bundesrechtliche Regelung des Gesellschaftsrechts, die daraus hervorgehende Organisationsautonomie von Aktiengesellschaften sowie die im Kanton Solothurn fehlende Möglichkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an Private schliessen es aus, in der neuen privatrechtlichen Trägerschaft des Kantonsspitals öffentliches Dienstrecht als öffentliches Recht anwendbar zu statuieren (Ziffer 2.3).
- Sämtliche Autoren, die sich – soweit ersichtlich – in jüngster Zeit konkret mit der Frage befasst haben, erachten ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis von Personal einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft als unzulässig, selbst dann, wenn diese Trägerin öffentlicher Aufgaben ist (Ziff. 2.4).

Auch wenn im Rahmen der vorliegenden Beurteilung nicht abschliessend geklärt werden kann, dass öffentliches Dienstrecht für Anstellungsverhältnisse einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ausgeschlossen ist, so bestehen doch *gewichtige Indizien, dass das vom Solothurner*

⁷⁷ Weber/Bischof, S. 101 ff. gehen stillschweigend davon aus, dass die Arbeitsverhältnisse der Angestellten eines öffentlich-rechtlichen Institutes bei dessen Übergang in ein privatrechtliches Unternehmen in privatrechtliche Anstellungen umgewandelt werden (vgl. insbesondere S. 102) und verweisen im Übrigen auf Koller.

Gesetzgeber in § 19 Absatz 2 SpitG gewählte Modell bundesrechtswidrig ist.

Neue kantonale Erlasse, die im Zeitpunkt ihres Erlasses dem bereits bestehenden Bundesrecht widersprechen, sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung *nichtig*.⁷⁸ Die Nichtigkeit bedarf grundsätzlich keiner Feststellung, sondern tritt von Rechts wegen ein und gilt gegenüber jedem Rechtssubjekt.⁷⁹ Das Bundesgericht hat allerdings teilweise auch die Auffassung vertreten, dass die Wirkungen der Aufhebung einer bundesrechtswidrigen Norm nur für die Zukunft eintreten sollen.⁸⁰ Hinsichtlich der Frage, ob bundesrechtswidriges kantonales Recht vorliegt, verfügen alle rechtsanwendenden Behörden über das Recht bzw. die Pflicht der akzessorischen Normenkontrolle.⁸¹ Rechtsanwendungsakte, die sich auf bundesrechtswidriges kantonales Recht stützen, gelten in der Regel nur als anfechtbar; ohne Anfechtung bleiben sie rechtskräftig.⁸² Nichtigkeit wird allerdings nicht leichthin angenommen, sondern lediglich dann, wenn eine bundesrechtskonforme Anwendung kantonaler Bestimmungen nicht möglich erscheint. Umstrittene Vorschriften sind nach Möglichkeit bundesrechtskonform auszulegen.⁸³

Konkret *bezogen auf § 19 Absatz 2 SpitG* kann der Befund *wie folgt zusammengefasst* werden: § 19 Absatz 2 SpitG sieht drei Möglichkeiten der Regelung der Anstellungsverhältnisse des Personals der neuen privatrechtlichen Aktiengesellschaft (nachfolgend Spital-AG) vor:

- a. Das kantonale öffentliche Dienstrecht wird durch Gesetz auf die Spital-AG integral anwendbar erklärt. Der Kanton oktroyiert sozusagen der Spital-AG das kantonale öffentliche Dienstrecht auf.
- b. Die Spital-AG kann mit den Personalverbänden (gemeint sind die Sozialpartner des öffentlich-rechtlichen kantonalen GAV) einen besonderen GAV des öffentlichen Rechts abschliessen.

⁷⁸ Vgl. *Tschannen*, § 22, Rz. 28; *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 263 ff.

⁷⁹ Vgl. *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 265.

⁸⁰ Vgl. *Marti*, Vorbemerkung Artikel 5 und 6, Rz. 266, mit Hinweisen.

⁸¹ Vgl. auch *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 274.

⁸² Vgl. *Tschannen*, § 22, Rz. 30.

⁸³ Vgl. *Marti*, Vorbemerkungen Artikel 5 und 6, Rz. 268.

- c. Die Spital-AG kann mit den Personalverbänden (gemeint sind die Sozialpartner des öffentlich-rechtlichen kantonalen GAV) einen besonderen GAV des privaten Rechts abschliessen.

Die *Variante a* verletzt – wie in Ziffer 2 (insbesondere Ziffer 2.3) dargelegt – die vom Bundeszivilgesetzgeber gewollte Organisationsautonomie der privatrechtlichen Aktiengesellschaft und ist deshalb bundesrechtswidrig⁸⁴.

Der in *Variante b* vorgesehene (autonome) Abschluss eines öffentlich-rechtlichen GAV durch die Spital-AG stellt einen Rechtsetzungsakt dar (der normative Teil eines GAV kann nur durch einen Rechtsetzungsakt zu öffentlichem Recht werden⁸⁵). Damit eine juristische oder natürliche Person des privaten Rechts öffentliches Recht (sog. autonomes Satzungsrecht) erlassen kann, bedarf es einer rechtsgenügenden Rechtsetzungsdelegation. Eine Rechtsetzungsdelegation ist nach der Lehre und Rechtsprechung zulässig, wenn sie (kumulativ) durch das übergeordnete Recht nicht ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf eine bestimmte Materie beschränkt und das Gesetz die Grundzüge selbst regelt. Eine vorläufige Analyse des solothurnischen Verfassungsrechts legt es nahe, dass eine Rechtsetzungsdelegation an Private im Kanton Solothurn ausgeschlossen ist (Art. 79 KV SO lässt wohl eine Rechtsetzungsdelegation nur an den Regierungsrat, nicht aber an andere Organe des Kantons zu; Art. 85 Abs. 1 Bst. c KV SO lässt nur die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private zu, e contrario also keine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen). Wenn die Spital-AG nicht zum Erlass von öffentlichem Recht befugt ist, kann sie auch keinen öffentlich-rechtlichen GAV abschliessen, der dann als öffentliches Recht gilt.

Die *Variante c* ist bundesrechtskonform. Gleichzeitig darf der Staat bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben an private Träger Auflagen hinsichtlich des Personalrechts machen. Der Kanton Solothurn kann somit im *Leistungsvertrag* der Spital-AG vorschreiben, dass sie mit den Personalverbänden einen GAV abschliesst, der dem GAV für das Kantonsper-

⁸⁴ Vgl. auch die Konklusion Buchstabe a, S. 12.

⁸⁵ Davon ging offenbar auch der Solothurner Gesetzgeber hinsichtlich des GAV für das Kantonspersonal aus, vgl. § 45^{bis} Absatz 6 StPG.

sonal entsprechen muss. Damit kommt der GAV des Kantonspersonals auch für das Personal der Spital-AG materiell zur Anwendung, allerdings als privates kollektives Arbeitsrecht.

3 ZUR FRAGE DER UNTERSTELLUNG DES KANTONALEN SPITALS UNTER DAS ARG

3.1 Die Rechtslage (Lehre und Rechtspraxis) bis zum 31. Dezember 2004

Gemäss Artikel 110 Absatz 1 BV kann der Bund insbesondere Vorschriften erlassen über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie über das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite, namentlich über die gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheiten. Die Bestimmung bildet die Verfassungsgrundlage für das *Arbeitsschutzrecht*, als Bestandteil des *öffentlichen Arbeitsrechts*. Letzteres „stellt eine direkte staatliche Regulierung der Arbeit in Form von Verhaltensvorschriften dar“⁸⁶. Artikel 110 Absatz 1 Buchstabe a BV enthält eine umfassende, für alle Bereiche geltende Befugnis des Bundes, *Schutzbestimmungen zugunsten sämtlicher Arbeitnehmenden* zu erlassen, unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis öffentlicher oder privatrechtlicher Natur ist.⁸⁷ Die Bestimmung gilt als generelle Kompetenz zum Erlass von Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmerschaft. Sie erstreckt sich dabei nicht nur auf die Abwehr von Gefahren für die Gesundheit im engen (polizeirechtlichen) Sinn, sondern umfasst einen breiteren Begriff der Integrität im Sinne des Schutzes der gesamten Persönlichkeitssphäre.⁸⁸

Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich für alle in der Schweiz tätigen Betriebe anwendbar (Art. 1 ArG) und enthält Mindestvorschriften für den Gesundheitsschutz, die Regelungen von Arbeits- und Ruhezeit sowie den Sonderschutz für jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, schwangere Frauen und stillende Mütter, Arbeitnehmerinnen und Arbeit-

⁸⁶ Meier-Schatz, Rz. 16 zu Artikel 110.

⁸⁷ Meier-Schatz, Rz. 15 zu Artikel 110.

⁸⁸ Meier-Schatz, Rz. 15 zu Artikel 110.

nehmer mit Familienpflichten sowie besondere Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Der *Begriff des Betriebes* des ArG und damit die Unterstellung unter das Gesetz erfordern lediglich die Beschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmenden, zu denen auch Auszubildende zählen (Art. 1 Abs. 2 ArG).⁸⁹ Es ist dabei grundsätzlich unerheblich, ob es sich beim Arbeitgeber um eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder um eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt.⁹⁰ Ebenfalls nicht erforderlich ist eine gewinnorientierte Tätigkeit; auch gemeinnützige Einrichtungen fallen unter das ArG.⁹¹ Das ArG gilt grundsätzlich ausdrücklich auch für Betriebe der Krankenpflege (Art. 1 Abs. 1 ArG). Arbeitnehmende im Sinne des ArG sind auch zeitlich befristet und teilzeitlich angestellte Personen (Art. 1 Abs. 1 ArGV 1).

Der *Geltungsbereich* des ArG ist sowohl hinsichtlich bestimmter Betriebe (betrieblicher Aspekt) als auch hinsichtlich bestimmter Gruppen von Arbeitnehmenden (persönliche Eigenschaften) eingeschränkt. Vorliegend sind folgende Einschränkungen des Geltungsbereichs von Bedeutung:

- a. *Ausnahmen vom betrieblichen Geltungsbereich (Art. 2 ArG)*: Vom Geltungsbereich des ArG grundsätzlich ausgenommen sind die Organisationseinheiten der Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden, unabhängig davon, ob diese hoheitlich tätig sind oder nicht.⁹² *Öffentlich-rechtliche Anstalten ohne eigene Rechtspersönlichkeit* und *Körperschaften des öffentlichen Rechts* sind den Organisationen der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich der Regelung der Arbeits- und Ruhezeit gleichgestellt, sofern die Mehrzahl der beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehen (Art. 2 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 ArGV 1).⁹³ Sobald eine öffentlich-rechtliche Anstalt ihr Personal mehrheitlich privatrechtlich anstellt, findet das ArG integral Anwendung.⁹⁴ Beschäftigt eine öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit bzw. eine Körperschaft des öffentlichen Rechts neben

⁸⁹ Reh binder, Rz. 427.

⁹⁰ Vgl. Bigler, S. 21; Müller R., S. 16 f.; Botschaft ArG 1960, BBI 1960 II 939.

⁹¹ Vgl. Müller R., S. 17.

⁹² Vgl. Müller R., S. 21.

⁹³ Vgl. dazu auch Botschaft ArG 1960, BBI 1960 II 940.

⁹⁴ Vgl. Müller R., S. 21 und 26.

dem mehrheitlich dem öffentlichen Dienstrecht unterstellten Personal einzelne Personen in einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis, so findet auf diese das ArG ebenfalls vollumfänglich Anwendung, soweit das öffentliche Dienstrecht nicht günstigere Vorschriften enthält.⁹⁵ Grundsätzlich anwendbar ist das ArG demgegenüber auf *öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit*; soweit allerdings das Personal öffentlich-rechtlich angestellt ist, gilt der Vorbehalt von Artikel 71 Buchstabe b ArG zu Gunsten des öffentlichen Rechts (vorgehendes öffentliches Dienstrecht).⁹⁶ Die entsprechenden Bestimmungen des öffentlichen Dienstrechts verdrängen das ArG. Wenn das öffentliche Dienstrecht weder einen generellen Ausschluss des ArG noch materielle Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden enthält, findet das ArG subsidiär trotzdem Anwendung.⁹⁷ Vollumfänglich Anwendung findet das ArG auf Betriebe in privatrechtlicher Form, auch wenn diese öffentliche Aufgaben erfüllen und vollumfänglich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.⁹⁸

- b. *Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich (Art 3 ArG)*: Das ArG findet keine Anwendung auf Arbeitnehmende, die eine höhere leitende oder eine wissenschaftliche Tätigkeit ausüben (Art. 3 Bst. d ArG). Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, „wer auf Grund der Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weit reichende Entscheidbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils nachhaltig Einfluss nehmen kann“ (Art. 9 ArGV 1). Was als leitende Tätigkeit gilt, muss im Einzelfall anhand der wirklich ausgeübten Funktion entschieden werden.⁹⁹ Im Gesundheitsbereich betrifft dies sicher einmal die Direktorinnen und Direktoren von Spitälern und Kliniken.¹⁰⁰ Die Funktion von Chefärztinnen und Chefärzten

⁹⁵ Vgl. Müller R., S. 21 und 26.

⁹⁶ Vgl. Müller R., S. 25 f., Seco 2000, S. 2.

⁹⁷ In diesem Sinne auch Müller R., S. 27.

⁹⁸ Dies muss u.a. auch daraus gefolgert werden, dass diese in Artikel 7 Absatz 1 ArGV 1 nicht erwähnt werden. Vgl. auch Seco, S. 3.

⁹⁹ Vgl. Dauwalder/Ringger, Ziffer 5, mit Hinweis auf BGE 126 II 337, E. 5a, S. 340 f.

¹⁰⁰ Vgl. Bigler, S. 32.

gilt nach herrschender Lehre ebenfalls als höhere leitende Tätigkeit.¹⁰¹ Je nach Ausgestaltung und Kompetenzen der Stellvertretung fallen auch Stellvertreterinnen und Stellvertreter von Chefärztinnen und Chefarzten unter den Begriff der leitenden Funktion.¹⁰² Unsicher ist die Frage bei Leiterinnen und Leitern von Pflegediensten¹⁰³: Zumindest dann, wenn diese Mitglied der Geschäftsleitung eines Spitals sind, dürfte ihre Funktion ebenfalls eine leitende Tätigkeit darstellen. Als wissenschaftlich im Sinne des ArG kann eine Tätigkeit nur dann betrachtet werden, wenn sie ausschliesslich oder überwiegend im Dienste der Forschung steht.¹⁰⁴ Der Ausnahmefall für eine wissenschaftliche Tätigkeit ist somit vorwiegend in Universitätsspitalern zu prüfen. Bis zum 31. Dezember 2004 waren weiter ausdrücklich auch Assistenzärztinnen und -ärzte in Ausbildung zur Erlangung des ersten Facharztstitels vom ArG ausgeschlossen (Art. 3 Bst. e ArG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 ArGV 1). Auf die übrigen Spitalärztinnen und -ärzte – insbesondere auch auf die Oberarztfunktion – findet das ArG uneingeschränkt Anwendung, soweit der Betrieb dem ArG untersteht und soweit nicht der Vorbehalt des öffentlichen Dienstrechts nach Artikel 71 Buchstabe b ArG zum Tragen kommt.¹⁰⁵

Die vorstehend aufgezeigte rechtliche Situation wurde bezüglich Spitalbetriebe in der Rechtsprechung wiederholt bestätigt. Das Bundesgericht stützt sich denn auch in einem jüngeren Entscheid ausdrücklich auf das zitierte Kreisschreiben des Seco ab.¹⁰⁶ Auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn i.S. Bürgerspital Solothurn¹⁰⁷ bestätigt die vorstehenden Ausführungen.

Gemäss Artikel 3a ArG sind die *Vorschriften über den Gesundheitsschutz* (Art. 6, 35 und 36a, ArGV 3) auch auf die öffentlichen Verwaltungen, auf höhere leitende und auf wissenschaftliche Tätigkeiten sowie auf Assistenzärztinnen und -ärzte anwendbar. Damit untersteht hinsichtlich

¹⁰¹ Vgl. Müller R., S. 32; Seco 2000, S. 3.

¹⁰² Vgl. Seco 2000, S. 3.

¹⁰³ Vgl. Seco 2000, Anhang (ASAB/sar 1101-01/-02).

¹⁰⁴ Vgl. Bigler, S. 33.

¹⁰⁵ Vgl. Müller R., S. 33; Seco 2000, S. 3.

¹⁰⁶ Urteil 2P.99/2002 vom 1. November 2002, E. 4.2.

¹⁰⁷ SOG 1990 Nr. 39.

der Vorschriften über den Gesundheitsschutz das gesamte Personal eines Spitals dem ArG.

Für *Spitalbetriebe* kann der betriebliche Geltungsbereich des ArG entsprechend der bis zum 31. Dezember 2004 *herrschenden Lehre und Rechtspraxis* somit wie folgt zusammengefasst werden:¹⁰⁸

Anwendbares Recht Geltungsbereich	Arbeits- und Ruhezeiten (ArG/ArGV 1)	Allgemeiner Gesund- heitsschutz (ArGV 3)	Mutter- schutz (Art. 35 ArG)	Mutter- schutz (Art. 35a/b ArG)
<i>Privatrechtliche Organi- sationsform</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, eigene Rechtspersön- lichkeit, privatrechtliche Anstel- lung</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, eigene Rechtspersön- lichkeit, öffentlich-rechtliche An- stellung</i>	evtl. teilwei- se*	ja	ja	evtl. teilwei- se*
<i>Öffentlich-rechtliche Form, ohne Rechtspersönlich- keit, privatrechtliche Anstel- lung</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, ohne Rechtspersönlich- keit, öffentlich-rechtliche An- stellung</i>	nein	ja	ja	nein

*) Subsidiär, falls kein vorgehendes öffentliches Dienstrecht im Sinne von Art. 71 Bst. b ArG.

¹⁰⁸ In Anlehnung an *Seco 2000*, Anhang (ASAB/sar 1101-01/-02).

Für *besondere Funktionen in Spitalbetrieben* kann die Anwendung des ArG entsprechend der herrschenden Lehre und Rechtspraxis wie folgt zusammengefasst werden:¹⁰⁹

Anwendbares Recht	Arbeits- und Ruhezeiten (ArG/ArGV 1)	Allgemeiner Gesundheitsschutz (ArGV 3)	Mutterschutz (Art. 35 ArG)	Mutterschutz (Art. 35a/b ArG)
<i>Spitaldirektorinnen/-direktoren</i>	nein	ja	ja	nein
<i>Leiterin/Leiter Pflegedienst</i>	(nein)**	ja	ja	(nein)**
<i>Chefärztin/Chefarzt</i>	nein	ja	ja	nein
<i>Oberärztin/Oberarzt</i>	ja*	ja	ja	ja*
<i>Assistenzärztin/Assistenzarzt in Ausbildung für den ersten Facharztstitel</i>	nein	ja	ja	nein
<i>Assistenzärztin/Assistenzarzt mit erstem Facharztstitel</i>	ja*	ja	ja	ja*

*) Falls kein vorgehendes öffentliches Dienstrecht im Sinne von Art. 71 Bst. b ArG.

***) Bei erheblichen Kompetenzen.

Gestützt auf Artikel 27 Absatz 2 Buchstabe a ArG hat der Bundesrat auch für Spitäler („Krankenanstalten und Kliniken“¹¹⁰) Sondervorschriften erlassen, welche die *Anwendung des ArG und seiner Ausführungsvorschriften auflockern*. Auf Spitäler finden demnach die Vorschriften von

¹⁰⁹ Vgl. *Seco 2000*, Anhang (ASAB/sar 1101-01/-02).

¹¹⁰ Krankenanstalten und Kliniken sind ärztlich betreute Betriebe für Kranke, Wöchnerinnen, Säuglinge, Verunfallte und Rekonvaleszente (Art. 15 Abs. 2 ArGV 2).

Artikel 4, 5, 8 Absatz 2, Artikel 9, 10 Absatz 2 und Artikel 12 Absatz 2 ArGV 2 Anwendung.¹¹¹ Konkret bedeutet dies, dass Spitäler

- für Nacht- und Sonntagsarbeit und für den ununterbrochenen Betrieb keiner behördlichen Bewilligung bedürfen (Art. 4 ArGV 2);
- den erlaubten Zeitraum der täglichen Arbeit bei Tages- und Abendarbeit verlängern dürfen (Art. 5 ArGV 2);
- die Leistung von Überzeitarbeit an Sonntagen verlangen können (mit Kompensation innert 26 Wochen; Art. 8 Abs. 2 ArGV 2);
- die Ruhezeit für erwachsene Arbeitnehmende bis auf 9 Stunden herabsetzen können, sofern die im Durchschnitt von zwei Wochen 12 Stunden beträgt (Art. 9 ArGV 2);
- Erleichterungen hinsichtlich der Dauer der Nachtarbeit geniessen (Art. 10 Abs. 2 ArGV 2);
- im Kalenderjahr nur 12 freie Sonntage gewähren müssen (Art. 12 Abs. 2 ArGV 2).

Der Schutz der Arbeitnehmenden hinsichtlich minimaler Arbeits- und Ruhezeiten wird somit im Interesse einer *flexibleren Betriebsführung in Spitälern* eingeschränkt. Dies führte – je nach Kanton bzw. Gemeinde – bereits unter bisherigem Recht dazu, dass für Spitalbetriebe die Abweichungen zwischen den Regelungen des ArG und seiner Ausführungsverordnungen einerseits und dem vorgehenden öffentlichen Dienstrecht (Art. 71 Bst. b ArG) andererseits teilweise unbedeutend waren. Zu diesem Ergebnis gelangte jedenfalls eine umfassende Abklärung, welche der Regierungsrat des Kantons Zürich im Jahre 2002 durchführen liess.¹¹² Zusammenfassend wurde festgehalten, „dass die Regeldichte des kantonalen Personalrechts im Normenbereich des Arbeitsgesetzes zwar deutlich geringer ist, dass die Arbeitsverhältnisse beim Kanton jedoch in den allermeisten Fällen ohne weiteres die Rahmenbedingungen des Arbeitsgesetzes erfüllen bzw. bedeutend bessere Bedingungen als jene nach Arbeitsgesetz bieten“¹¹³. Die Abklärungen kommen weiter zum Schluss, dass es im Wesentlichen zwei Bereiche gibt, in welchen Abweichungen bestehen, die bei einer Angleichung an das Ar-

¹¹¹ Vgl. auch *Seco Merkblatt 2005*, S. 2.

¹¹² Vgl. *Regierungsrat des Kantons Zürich*, Ziffer 2 und 3.

¹¹³ *Regierungsrat des Kantons Zürich*, Ziffer 3.

beitsgesetz zu erheblichen Mehrkosten führen würden, nämlich die Höchstarbeitszeitvorschriften von 50 Stunden in nichtindustriellen Betrieben (also z.B. in Spitälern) und die Bestimmungen betreffend den Pikettendienst.¹¹⁴ Inwieweit die vollumfängliche Anwendung des ArG und seiner Ausführungsvorschriften für die Träger von öffentlichen Spitälern gegenüber den Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts Nachteile mit sich zieht, muss somit im konkreten Einzelfall sorgfältig geprüft werden.

3.2 Die Rechtslage (Lehre und Rechtspraxis) ab dem 1. Januar 2005

Am 1. Januar 2005 sind Änderungen im Arbeitsschutzrecht in Kraft getreten, die insbesondere auch Spitalbetriebe betreffen. Die Änderungen gehen zurück auf die parlamentarische Initiative 98.454 „Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte“.¹¹⁵ Am 22. Mai 2002 beschlossen die eidgenössischen Räte eine Änderung des ArG¹¹⁶, welche folgende Auswirkungen hat:

- a. *Unterstellung der Assistenzärzte unter das ArG*¹¹⁷: Mit einer Änderung von Artikel 3 und Artikel 3a ArG wurde die Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich des ArG für Assistenzärztinnen und -ärzte aufgehoben. Damit unterstehen Assistenzärztinnen und -ärzte vollumfänglich dem ArG. In Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers¹¹⁸ und auf der Grundlage der Änderung von Artikel 71b ArG (vgl. dazu unten Bst. b) hat der Bundesrat auch die Arbeitsverhältnisse von Assistenzärztinnen und -ärzten an öffentlichen Spitälern vollumfänglich dem ArG unterstellt (Art. 4a Abs. 1 ArGV 1). Diese unterstehen neu auch dann dem ArG, wenn sie öffentlich-rechtlich angestellt sind.¹¹⁹

¹¹⁴ Vgl. *Regierungsrat des Kantons Zürich*, Ziffer 3 und 4.

¹¹⁵ Vgl. BBI 2001 3181 ff.

¹¹⁶ AS 2002 2547.

¹¹⁷ Vgl. zum Ganzen auch *Seco 2004*.

¹¹⁸ Vgl. BBI 2001 3186 f.

¹¹⁹ Vgl. auch *Seco Tabelle 2005*; <http://www.vsao-bern.ch/arbeitszeit/info_ag.pdf>.

b. *Relativierung des Vorbehalts zu Gunsten des öffentlichen Rechts der Kantone:* Mit einer Änderung von Artikel 71 Buchstabe b wurde der Vorbehalt zu Gunsten der Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden relativiert. Diese dürfen von Vorschriften über den Gesundheitsschutz und die Arbeits- und Ruhezeit nur noch zu Gunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abweichen. Damit gilt das ArG auch in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen künftig als Mindestvorschrift für den Schutz der Arbeitnehmenden. Die öffentlich-rechtlichen Angestellten von Spitälern, die grundsätzlich dem ArG unterstehen würden, unterstehen damit zwar formell weiterhin nicht den Vorschriften des ArG und der ArGV 1 über die Arbeits- und Ruhezeiten; die für sie geltenden entsprechenden Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts müssen aber einen mindestens gleichwertigen Schutz vorsehen.¹²⁰ Soweit der Bund, die Kantone oder die Gemeinden von ihrer Kompetenz zur abweichenden Regelung keinen Gebrauch machen oder das öffentliche Dienstrecht Lücken aufweist, kommt subsidiär das ArG zur Anwendung.¹²¹ Dies entspricht hinsichtlich der Kantone und Gemeinden auch der Kompetenzausscheidung der Bundesverfassung: Artikel 110 Absatz 1 BV enthält eine umfassende, nachträglich derogierende Kompetenz¹²² zum Erlass von Regelungen zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Dank des Vorbehalts in Artikel 71 Buchstabe b ArG verdrängt das ArG die Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts der Kantone nicht; der Vorbehalt bewirkt eine Umkehr des Grundsatzes der nachträglich derogierenden Wirkung des Bundesrechts. Wenn die Kantone den ihnen gegebenen Regelungsspielraum nicht nützen, wird dieser Raum durch das Bundesrecht wieder gefüllt.

Für *Spitalbetriebe* kann der betriebliche Geltungsbereich des ArG ab dem 1. Januar 2005 unter Berücksichtigung des *Verordnungsrechts* so-

¹²⁰ Vgl. BBI 2001 3187.

¹²¹ Dies entsprechend dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, vgl. BBI 2001 3187.

¹²² Vgl. *Tschannen*, § 20, Rz. 28 ff.; darauf weist auch der Wortlaut von Artikel 110 Absatz 1 BV hin.

mit wie folgt zusammengefasst werden (vgl. auch das von den Verfassern entwickelte Prüfschema im Anhang I):¹²³

Anwendbares Recht Geltungsbereich	Arbeits- und Ruhezeiten (ArG/ArGV 1)	Allgemeiner Gesund- heitsschutz (ArGV 3)	Mutter- schutz (Art. 35 ArG)	Mutter- schutz (Art. 35a/b ArG)
<i>Privatrechtliche Organi- sationsform</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, eigene Rechtspersön- lichkeit, privatrechtliche Anstel- lung</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, eigene Rechtspersön- lichkeit, öffentlich-rechtliche An- stellung</i>	(ja)*	ja	ja	(ja)*
<i>Öffentlich-rechtliche Form, ohne Rechtspersönlich- keit, privatrechtliche Anstel- lung</i>	ja	ja	ja	ja
<i>Öffentlich-rechtliche Form, ohne Rechtspersönlich- keit, öffentlich-rechtliche An- stellung</i>	nein	ja	ja	nein

*) Als Mindeststandard im Sinne von Art. 71 Bst. b ArG.

Nach der geltenden Rechtspraxis sind damit *öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften dem ArG unterstellt*¹²⁴ (im Sinne von öffentlich-rechtlichen

¹²³ Vgl. Seco Tabelle 2005.

¹²⁴ Vgl. Seco Tabelle 2005 (dort Fn. 2); implizit auch dieser Auffassung <http://www.vsao-bern.ch/arbeitszeit/info_ag.pdf>.

Anstalten mit Rechtspersönlichkeit); für sie kommt damit höchstens der Vorbehalt von Artikel 71 Buchstabe b ArG zur Anwendung.

3.3 Mögliche abweichende Rechtspositionen

Die Bundesgesetzgebung zum Arbeitnehmerschutz – insbesondere die Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten – besteht heute in einem Flickwerk von Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, die sich gegenseitig ergänzen und bedingen, teilweise zueinander aber auch im Widerspruch stehen oder bei systematischer und wortgetreuer Anwendung zu Auslegungen führen, die nicht der Lehre und Rechtspraxis entsprechen. Es sind deshalb bezüglich der Frage der Unterstellung von öffentlichen Spitälern unter das ArG Rechtspositionen denkbar, die von der vorstehend dargelegten Lehre und Rechtspraxis abweichen:

- a. *(Nicht-)Unterstellung unter das ArG*: Artikel 2 Absatz 2 ArG hält fest, dass der Bundesrat durch Verordnung bestimmt, welche öffentlich-rechtlichen Anstalten den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichzustellen sind, das heisst auf welche Anstalten das ArG keine Anwendung findet. Gleichzeitig hält Artikel 2 Absatz 2 ArG auch fest, der Bundesrat müsse durch Verordnung ebenfalls jene Betriebe des Bundes, der Kantone und Gemeinden bezeichnen, auf die das Gesetz anwendbar ist. Letzteres wäre von der Systematik des Gesetzes her nicht notwendig, weil nach Artikel 1 ArG das Gesetz grundsätzlich auf alle Betriebe anwendbar ist und es somit genügen würde, in Artikel 2 und den zugehörigen Verordnungen nur (und ausschliesslich) betriebliche Ausnahmen vom Geltungsbereich des ArG zu regeln (Artikel 2 Absatz 2 ArG ist damit zweifellos ein gesetzgeberischer Fehlgriff). Weil der zweite Halbsatz von Artikel 2 Absatz 2 ArG im Lichte von Artikel 1 ArG nur so Sinn macht, müsste Artikel 2 Absatz 2 eigentlich dergestalt ausgelegt werden, dass Betriebe, die eine öffentlich-rechtliche Organisationsform aufweisen und deren Personal öffentlich-rechtlich angestellt ist, dem ArG grundsätzlich nur dann unterstellt sind, wenn dies in der Verordnung ausdrücklich (positiv) so festgehalten ist. Bei dieser Betrachtungsweise ist eine

Auslegung von Artikel 7 Absatz 1 ArGV 1 e contrario, öffentlich-rechtliche Körperschaften mit Rechtspersönlichkeit seien dem ArG grundsätzlich unterstellt, nicht möglich. Gegen diese, die Praxis prägende Auslegung spricht auch die Systematik der ArGV 1. Als Konsequenz dieser abweichenden Auslegung würden öffentlich-rechtlich organisierte Spitäler dem ArG nur bezuglich der Assistenzärztinnen und -Ärzte unterstehen (Art. 4a ArGV 1), im übrigen aber – unabhängig von ihrer rechtlichen Selbstständigkeit – nicht.

- b. *Fragliche Anwendbarkeit des ArG auf öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften*: Die Praxis geht davon aus, dass Spitäler in der Form von öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften dem ArG grundsätzlich unterstehen (das öffentliche Dienstrecht mithin höchstens auf Grund und im Rahmen des Vorbehalts von Art. 71 Bst. b ArG gilt). Privat-rechtliche Aktiengesellschaften gehören rechtssystematisch zu den Körperschaften.¹²⁵ Auch die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft bindet finanzielle Teilhaberinnen und Teilhaber ausschliesslich mitgliedschaftlich und ohne direkte dingliche Rechte an die juristische Person und ist damit von ihrer Grundstruktur her körperschaftlich verfasst.¹²⁶ Ebenso schliesst eine verwaltungsrechtliche Beurteilung zumindest nicht aus, eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaft zu betrachten,¹²⁷ wenngleich in der Lehre eine gewisse Tendenz besteht, die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften der Kantone als öffentlich-rechtliche Organisationsform sui generis zu betrachten.¹²⁸ Vereinzelt wird die öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft sogar explizit als Körperschaft bezeichnet.¹²⁹ Gemäss Artikel 7 Absatz 1 ArGV 1 sind öffentlich-rechtliche Körperschaften, deren Personal mehrheitlich in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis steht, vom Geltungsbereich des ArG ausgeschlossen. Es ist mithin eine Auslegung des öffentlichen Arbeitsrechts denkbar, nach welcher Spitäler in der Form einer öffentlich-rechtlichen Aktien-

¹²⁵ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 2, Rz. 2 f.

¹²⁶ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, § 2, Rz. 6 ff.

¹²⁷ Vgl. *Tschannen/Zimmerli*, § 8, Rz. 3.

¹²⁸ Vgl. etwa *Häfelin/Müller*, Rz. 1493 ff., welche die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft der Kantone zwar als öffentlich-rechtlich qualifizieren (Rz. 1494), diese aber systematisch weder als Anstalt (Rz. 1314 ff.) noch als Körperschaft (Rz. 1288 ff.) behandeln.

¹²⁹ Vgl. *Häfelin/Müller*, Rz. 1498.

gesellschaft – in Abweichung von der Praxis des Seco – vom betrieblichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind und damit das ArG auch nicht als Minimalstandard im Sinne von Artikel 71 Buchstabe b ArG Anwendung findet.

- c. *Widerspruch zwischen gesetzgeberischem Willen und gesetzgeberischer Umsetzung in Rechtserlassen:* Die Umsetzung der Gesetzesänderung auf Verordnungsebene und die Anleitungen des Seco widersprechen höchst wahrscheinlich dem Willen des Gesetzgebers. Dieser wollte mit der Änderung des ArG grundsätzlich eine allgemeine Angleichung der Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen zwischen allen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Angestellten erreichen.¹³⁰ Bei einer konsequenten systematischen Betrachtungsweise kommt man allerdings zu der vom Seco vertretenen Auffassung: Nach Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a ArG findet das Gesetz auf die öffentlichen Verwaltungen grundsätzlich nicht Anwendung; Artikel 71 Buchstabe b ArG kommt hier gar nicht zum Zuge.¹³¹ Wenn nun als Ergebnis einer konsequenten systematischen Gesetzesauslegung für das öffentliche Dienstrecht im Kernbereich der öffentlichen Verwaltung (Verwaltung i.e.S. und unselbständige öffentliche Anstalten) die Vorschriften des ArG nicht als Minimalgarantie gelten, so führt dies zu einer Rechtszersplitterung im öffentlichen Dienstrecht der Kantone und Gemeinden und stellt zudem eine verfassungsrechtlich fragwürdige Ungleichbehandlung der Angestellten im öffentlichen Dienst ein und desselben Gemeinwesens dar. Dem Ordnungsgeber bzw. dem Seco folgend wären demgegenüber – wie erwähnt – immer noch die öffentlich-rechtlichen Angestellten in der Zentralverwaltung sowie in unselbstständigen Anstalten von den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ausgenommen.

Angesichts der Tatsache, dass die bisherige Rechtspraxis (einschliesslich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) in erheblichem Masse von den Kommentaren in der juristischen Literatur und von den Kreisschreiben des Seco geprägt worden ist, lohnt es sich allerdings wohl nicht,

¹³⁰ Vgl. BBI 2001 3186 f.

¹³¹ Das Verhältnis zwischen Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 71 Buchstabe b war allerdings auch bisher nicht geklärt; offenbar war sich nicht einmal das Bundesgericht der möglichen Problematik bewusst (vgl. Urteil 2P.99/2002 vom 1. November 2002, E. 4.2).

diese abweichenden Rechtspositionen zu vertiefen und allenfalls auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Die nachfolgende Würdigung (Ziffer 3.4) wird deshalb ausschliesslich auf der Grundlage der geltenden Lehre und Rechtspraxis (Ziffern 3.1 und 3.2) erfolgen.

3.4 Würdigung und Ergebnis (Beantwortung der Frage 2)

Wendet man die herrschende Lehre und Rechtspraxis auf den vorliegenden Fall an, so führt dies zu folgenden Ergebnissen:

- a. Soweit die Trägerschaft des neuen kantonalen Spitals eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, untersteht der Spitalbetrieb dem Arbeitsgesetz, unabhängig von der Frage, ob die Trägerschaft als privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft ausgestaltet ist. Soweit das Personal des organisatorisch neu zu schaffenden Spitals im Sinne von § 19 Absatz 2 SpitG dem öffentlichen Dienstrecht des Kantons unterstellt wird, findet zudem Artikel 71 Buchstabe b ArG Anwendung: Damit kommen die Vorschriften des ArG materiell integral für alle Angestellten zum Tragen, sei es formell durch Unterstellung unter das ArG, sei es im Sinne einer Mindestgarantie und subsidiären Rechts gemäss Artikel 71 Buchstabe b ArG.
- b. Der Kanton Solothurn muss im Falle von Buchstabe a bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung mithin die Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmenden in seinem Dienstrecht darauf hin überprüfen, ob diese den Minimalvorschriften des ArG zu Arbeits- und Ruhezeit entsprechen. Allenfalls muss er für das Personal des kantonalen Spitals neue Schutzvorschriften erlassen, die von jenen für das Personal der kantonalen Verwaltung abweichen. Dies ist rechtsetzungstechnisch ohne weiteres machbar, weil der GAV ohnehin im normativen Teil Spezialvorschriften für das Spitalpersonal vorsieht (Besonderer Teil I, Art. 246 ff.).
- c. Wenn der Kanton Solothurn in grundsätzlicher Weise vermeiden will, dass das Personal des kantonalen Spitals dem ArG untersteht, so bleibt nur die Möglichkeit, das neue Kantonsspital als unselbstständigen

ge Anstalt (ohne Rechtspersönlichkeit) auszugestalten.¹³² Dafür bedarf es einer Gesetzesänderung.

Entscheidend für das weitere Vorgehen ist in dieser Frage auch, welche *Unterschiede hinsichtlich der Arbeits- und Ruhezeiten des Spitalpersonals* bestehen, je nachdem, ob dieses dem Arbeitsgesetz untersteht oder nicht. Auf Grund der Resultate des im Kanton Zürich gemachten Abgleichs¹³³ empfiehlt es sich, diese Frage auch für den Kanton Solothurn detailliert zu untersuchen, um Klarheit darüber zu erhalten ob und ggf. in welchem Ausmass die Unterschiede für die Führung eines kantonalen Spitals wirklich relevant sind. Diese Arbeiten erfordern eine enge Zusammenarbeit mit dem zuständigen Arbeitsinspektorat und sprengen den Rahmen der vorliegenden Beurteilung.

4 GESAMTERGEBNIS UND FOLGERUNGEN

4.1 Zur neuen rechtlichen Ausgangslage

Aus der Beantwortung der beiden gestellten Fragen ergibt sich folgende neue rechtliche Ausgangslage:

- a. Das vom Solothurner Gesetzgeber in § 19 Absatz 2 SpitG gewählte Modell, wonach das öffentliche Dienstrecht des Kantons Kraft kantonalem Gesetz auf die Anstellungsverhältnisse des als privatrechtliche Aktiengesellschaft ausgestalteten Kantonsspitals Anwendung finden soll, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit bundesrechtswidrig. Wenn das SpitG ohne weitere Massnahmen umgesetzt wird, herrscht somit inskünftig hinsichtlich der Anstellungsverhältnisse am neuen Kantonsspital zumindest eine sehr hohe Rechtsunsicherheit. Der Kanton Solothurn riskiert in hohem Masse, dass im Streitfall eine Justizbehörde von einem rein privatrechtlichen Anstellungsverhältnis ausgeht.

¹³² Auch in diesem Fall bleiben allerdings die Assistenzärztinnen und -ärzte dem Arbeitsgesetz hinsichtlich Ruhezeitbestimmungen unterstellt und die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz finden auf das gesamte Personal Anwendung (Art. 3a ArG).

¹³³ Vgl. *Regierungsrat des Kantons Zürich*, Ziffer 3 ff.

- b. Soweit die Trägerschaft des neuen kantonalen Spitals eigene Rechtspersönlichkeit aufweist, kommen die Vorschriften des ArG materiell integral (d.h. inklusive die Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit) für alle Angestellten zum Tragen, sei es formell durch Unterstellung unter das ArG, sei es im Sinne einer Mindestgarantie und subsidiären Rechts gemäss Artikel 71 Buchstabe b ArG. Wenn der Kanton Solothurn in grundsätzlicher Weise vermeiden will, dass das Personal des kantonalen Spitals dem ArG untersteht, so bleibt nur die Möglichkeit, das neue Kantonsspital als unselbstständige Anstalt (ohne Rechtspersönlichkeit) auszugestalten. Noch zu klären ist, ob und ggf. in welchem Ausmass eine Nichtunterstellung unter die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG für den Kanton materiellrechtlich überhaupt Vorteile bringt.

Auf Grund des Befundes gemäss Buchstabe a besteht Handlungsbedarf. Bezüglich des Befundes gemäss Buchstabe b ist ein Handeln nicht zwingend bzw. erst dann angezeigt, wenn eine vertiefte Abklärung und der damit verbundene Kosten-Nutzen-Vergleich zum Schluss kommen, dass eine Unterstellung unter die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften gemäss ArG zwingend vermieden werden muss.

4.2 Handlungsoptionen

Zur (Wieder-)Herstellung eines bundesrechtskonformen Zustandes bieten sich im Bereich des Befundes nach Ziffer 4.1 *Buchstabe a* folgende Vorgehensvarianten an:

- *Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform:* Wird für das kantonale Spital statt der in § 16 SpitG vorgesehenen privatrechtlichen Aktiengesellschaft eine öffentlich-rechtliche Organisationsform gewählt (öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft, selbstständige oder unselbstständige Anstalt, öffentlich-rechtliche Genossenschaft), so kann § 19 Absatz 2 SpitG unbesehen Anwendung finden. Die vermutete Bundesrechtswidrigkeit fällt weg und die Anstellungsverhältnisse im Kantonsspital unterstehen dem öffentlichen Dienstrecht des Kantons Solothurn. Diese Lösungsvariante bedarf einer Änderung des SpitG

(zumindest § 16 SpitG) sowie der Schaffung der gesetzlichen Grundlagen für die gewählte öffentlich-rechtliche Organisationsform.

- *Bundesrechtskonforme Auslegung des kantonalen Rechts:* Im Sinne der Rechtslehre könnte § 19 Absatz 2 SpitG dergestalt ausgelegt werden, dass dem Willen des Gesetzgebers Genüge getan ist, wenn die Aktiengesellschaft im Leistungsvertrag verpflichtet wird, den GAV für ihr Personal (als privates Arbeitsrecht) zu übernehmen. Damit würde für die Angestellten des Kantonsspitals der GAV materiell Anwendung finden. Einzig der Rechtsweg würde sich nach dem Zivilprozessrecht richten. Eine derartige bundesrechtskonforme Auslegung von § 19 Absatz 2 SpitG scheint zulässig. Zum einen weisen die Materialien zum SpitG darauf hin, dass es dem Gesetzgeber primär darum ging, für das Personal des Kantonsspitals und für das Staatspersonal ein einheitliches Dienstrecht zu schaffen¹³⁴. Zum anderen muss darauf hingewiesen werden, dass § 19 Absatz 2 SpitG den Abschluss eines eigenen Gesamtarbeitsvertrags zwischen dem Kantonsspital und den Personalverbänden auch auf der Grundlage des OR ausdrücklich zulässt.

Die Handlungsoptionen hinsichtlich der Frage der Unterstellung unter die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG (vgl. Befund nach Ziffer 4.1 *Buchstabe b*) wurden in Ziffer 3.4 bereits teilweise aufgezeigt. Es wird empfohlen diesbezüglich, in folgenden Arbeitsschritten vorzugehen:

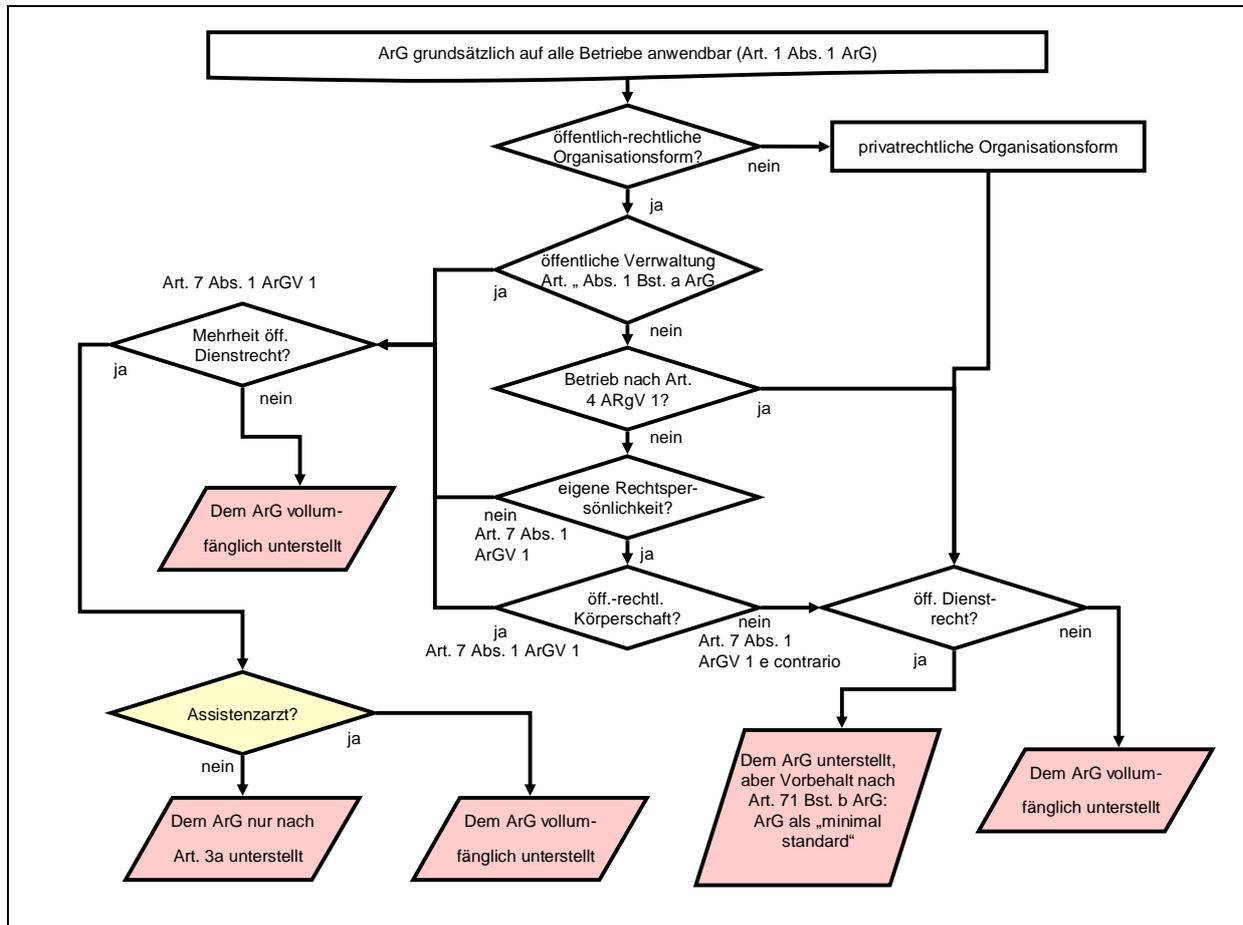
- Prüfung der tatsächlichen Relevanz der Unterstellung bzw. Nichtunterstellung unter die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG.
- Entscheid über eine allfällige Änderung der Rechtsform des Trägers des kantonalen Spitals.
- Allenfalls Einleitung der notwendigen Änderung der gesetzlichen Grundlagen.
- Falls weiterhin privatrechtliche Aktiengesellschaft und damit keine Änderung SpitG: Verpflichtung im Leistungsauftrag, den GAV auch für den Spitalbereich (auf der Grundlage des OR) zu übernehmen.

¹³⁴ Insbesondere die Protokolle der vorberatenden Sozial- und Gesundheitskommission.

Abschliessend sei nochmals auf die einseitige Abhängigkeit der beiden Rechtsfragen hingewiesen:

- Eine Änderung der Rechtsform in eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft oder in eine öffentliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit löst zwar das Problem der Bundesrechtswidrigkeit von § 19 Absatz 2 SpitG, ändert aber nichts hinsichtlich der materiellen Anwendbarkeit der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG.
- Demgegenüber werden mit einer Änderung der Rechtsform in eine unselbstständige Anstalt beide Probleme im Sinne der gesetzlichen Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen öffentlichen Rechts gelöst, dabei gehen aber die vom Gesetzgeber gewollte rechtliche Eigenständigkeit und betriebliche Unabhängigkeit des neuen kantonalen Spitals weitgehend verloren.

ANHANG I: Prüfschema für die Unterstellung unter das ArG



ANHANG II: Materialien und Berichte

Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2001 zur parlamentarischen Initiative Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte, BBl 2001 3181 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), BBl 1960 II 909 ff.

Regierungsrat des Kantons Zürich: Bericht und Antrag zur Einzelinitiative KR-Nr. 55/2001 betreffend Arbeitnehmerschutzbestimmungen für das öffentlich-rechtlich angestellte Personal, Regierungsratsbeschluss Nr. 4011 vom 2. Oktober 2002

Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 1. Juli 2003, RRB Nr. 2003/1275

Staatsekretariat für Wirtschaft (*Seco*), Das revidierte Arbeitsgesetz vom 20. März 1998, Anwendbarkeit auf Spitäler, Heime, Assistenzärzte, Erzieher, Fürsorger und Aufseher, Kreisschreiben vom 23. November 2000 an die kantonalen Gesundheitsdirektionen und -departemente

Staatsekretariat für Wirtschaft (*Seco*), Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes / Assistenzärztinnen und Assistenzärzte, Kreisschreiben vom 7. April 2004 an die Gesundheitsdirektionen und -departemente der Kantone, <http://www.seco.admin.ch/imperia/md/content/arbeit/arbeitnehmerschutz/211.pdf>

Staatsekretariat für Wirtschaft (*Seco*), *Merkblatt* für die Anwendung des Arbeitsgesetzes in Krankenanstalten und Kliniken, Fassung Januar 2005, <http://www.seco.admin.ch/imperia/md/content/arbeit/arbeitnehmerschutz/277.pdf>

Staatsekretariat für Wirtschaft (*Seco*), *Tabelle* über die Anwendung des ArG in den Betrieben und in den Spitälern und Kliniken, Fassung Januar 2005, <http://www.seco.admin.ch/imperia/md/content/arbeit/arbeitnehmerschutz/213.pdf>

Stellungnahme des Bundesrates vom 30. Mai 2001 zum Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2001 zur parlamentarischen Initiative Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte, BBl 2001 6098 ff.

ANHANG III: Literaturverzeichnis

- Bigler* Walter F., Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Bern 1986
- Dauwalder* Bettina/*Ringger* Beat, Ratgeber – Das Arbeitsgesetz im Gesundheitswesen, <<http://www.vpod-ssp.ch/vpod/berufe/arg.html>>
- Feuz* Roland, Materielle Gesetzesbegriffe, Bern 2002
- Gamma* Marco, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung polizeilicher Gefahrenabwehr, Bern/Stuttgart/Wien 2000 (zugleich Diss. FR 2000)
- Häfelin* Ulrich/*Haller* Walter, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001
- Häfelin* Ulrich/*Müller* Georg, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2002
- Hafner* Felix, Öffentlicher Dienst im Wandel, ZBI 11/1992, S. 481 ff.
- Hangartner* Yvo, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal, ArbR 1993, S. 27 ff.
- Hausheer* Heinz/*Jaun* Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003
- Helbling* Peter, Der öffentliche Dienst auf dem Weg in das OR, AJP/PJA 2004, S. 242 ff.
- Helbling* Peter, Folgen im Personalrecht, in: Schaffhauser René/*Poledna* Tomas (Hrsg.), Auslagerungen und Privatisierungen von staatlichen und kommunalen Einheiten, St. Gallen 2002, S. 75 ff.
- Helbling* Peter/*Poledna* Thomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999
- Huber* Hans, Art. 6, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Artikel 1 bis 10 ZGB, S. 477 ff.
- Huber* Hans, Das Verhältnis des kantonalen öffentlichen Rechts und des Bundeszivilrechts in der Gegenwart, ZBJV 1962, S. 169 ff.
- Jaag* Tobias, Besonderheiten des Personalrechts im halbstaatlichen Bereich, in: Helbling Peter/*Poledna* Thomas (Hrsg.), Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 587 ff.
- Jaag* Tobias, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBI 1994, S. 433 ff.
- Kettiger* Daniel, Neuere Entwicklungen im öffentlichen Dienstrecht in der Schweiz, Zeitschrift für Beamtenrecht 1/2/2001, S. 24 ff.

- Koller Thomas*, Die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, in: *Wiegand Wolfgang* (Hrsg.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, BTJP 1997, Bern 1998, S. 121 ff.
- Lienhard Andreas*, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, *AJP* 2002, S. 1163 ff.
- Lienhard Andreas*, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz – Analyse, Anforderungen, Impulse, Bern 2005
- Lienhard Andreas/Ladner Andreas/Steiner Reto/Balsiger Andreas/Buchser Michael/Wichtermann Jürg*, Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern, Interdisziplinäre Grundlagenstudie, KPM-Schriftenreihe Nr. 1, Bern 2003
- Marti Arnold*, Artikel 5, in: *Gauch Peter/Schmid Jörg* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Erster Band, 1. Teilband, 3. Aufl. Zürich 1998, S. 975 ff.
- Marti Arnold*, Artikel 6, in: *Gauch Peter/Schmid Jörg* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Erster Band, 1. Teilband, 3. Aufl. Zürich 1998, S. 1073 ff.
- Marti Arnold*, Vorbemerkungen zu Artikel 5 und 6, in: *Gauch Peter/Schmid Jörg* (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Erster Band, 1. Teilband, 3. Aufl. Zürich 1998, S. 975 ff.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter*, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, 5. Aufl. Bern 1984
- Meier-Schatz Christian J.*, *Kommentar zu Artikel 110 BV*, in: *Ehrenzeller, Bernhard et al.* (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar*, Zürich/Lachen 2002
- Michel Matthias*, *Beamtenstatus im Wandel*, Zürich 1998
- Mosimann Hans-Jakob*, Arbeitsrechtliche Minimal Standards für die öffentliche Hand?, *ZBI* 10/1998, S. 499 ff.
- Müller Markus*, *Das besondere Rechtsverhältnis*, Bern 2003
- Müller Roland A.*, *Arbeitsgesetz*, 6. Aufl., Zürich 2001
- Poledna Tomas*, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: *Helbling Peter/Poledna Tomas* (Hrsg.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Bern 1999, S. 209 ff.
- Poledna Tomas/Berger Brigitte*, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Bern 2002

-
- Rehbinder* Manfred, Artikel 342, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Kommentar zu den Artikeln 331 bis 335 OR, Bern 1992, S. 282 ff.
- Rehbinder* Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002
- Rhinow* René A., Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung, in: Böckli Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer, Zürich 1983, S. 429 ff.
- Richli* Paul, Kann der privatrechtliche Arbeitsvertrag das öffentliche Dienstrecht ersetzen? Gutachten vom 28. März 1998 im Auftrag des Personalamtes des Kantons Bern
- Schweizer* Rainer J., Kommentar zu Artikel 3 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002, S. 31 ff.
- Tschannen* Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004
- Tschannen* Pierre/*Zimmerli* Ulrich, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005
- Vogt* Stefan, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000
- Weber* Rolf H./*Bischof* Judith, Umstrukturierung und Privatisierung von Instituten des öffentlichen Rechts, Zürich 2002
- Zimmerli* Ulrich, Der Chefarztvertrag, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Arzt und Recht, BTJP 1984, Bern 1985, S. 167 ff.

ANHANG IV: Erlasse

aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aSR 101)
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112)
ArGV 3	Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.200.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999 (SR 101)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) (SR 221.301)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag vom 25. Oktober 2004 zwischen dem Regierungsrat des Kantons Solothurn und den Personalverbänden (in Kraft seit 1. Januar 2005)
KV	Verfassung vom 8. Juni 1986 des Kantons Solothurn (BGS 111.1)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG) (SR 832.10)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
SpitG	Spitalgesetz vom 12. Mai 2004; Kantonsratsbeschluss Nr. RG 112/2003 (Amtsblattpublikation am 28. Mai 2004)
StpG	Gesetz vom 27. September 1992 über das Staatspersonal (BGS 126.1)
VG	Gesetz vom 26. Juni 1966 über die Haftung des Staates, der Gemeinden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften

und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) (BGS 124.21)

ZGB

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)