



Öffentliches Dienstrecht

Mastervorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2021

Prof. Dr. iur. Roger Rudolph



Vorbereitungslektüre und Lernziele

Vorbereitungslektüre

Portmann/Wildhaber, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Auflage 2020,
Randziffern 34 – 38

Wirthlin, Martin: Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und
Privatrecht, in: ZBJV 2019 S. 57 – 78 (fakultativ)

Lernziele

- Kenntnis der Grundlagen und der Besonderheiten des materiellen öffentlichen Dienstrechts, insbesondere in Abgrenzung zum Arbeitsprivatrecht des OR
- Kenntnis der verfahrensrechtlichen Besonderheiten und der Bedeutung der Grundrechte im öffentlichen Dienstrecht, insbesondere in Bezug auf Kündigungsszenarien
- Kenntnis der Grundzüge des Rechtsmittelwegs im öffentlichen Dienstrecht



Zum Einstieg einige Zahlen

- Ca. 3'900'000 Arbeitsverhältnisse in der Schweiz
- Davon ca. 400'000 im öffentlichen Dienst (rund 10% des schweizerischen Arbeitsmarkts)
 - ca. 100'000 im Bund
 - ca. 160'000 in den Kantonen
 - ca. 130'000 in den Gemeinden



Anwendbare Normen

- Im Bund: Bundespersonalgesetz und –verordnungen
- In den Kantonen: 26 kantonale Personalgesetze und –verordnungen
- In den Gemeinden: rund 2'000 kommunale Gemeindeordnungen
- Weitere

Fazit: Während für die rund 3,5 Millionen privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse, also rund 90% des schweizerischen Arbeitsmarkts, im Kern ein Gesetz, das Obligationenrecht gilt (allenfalls ergänzt um Gesamt- oder Normalarbeitsverträge, Arbeitsschutzrecht etc.), kommen für die rund 400'000 Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes über 2'000 verschiedene Personalrechte zur Anwendung.



Im Trend: Annäherung an das OR

- Ja, aber!
- Erscheinungsformen



Drei Sonderprobleme

- Sonderproblem 1: Wie findet man das anwendbare Personalrecht?
- Sonderproblem 2: Verhältnis kantonales/kommunales Recht
- Sonderproblem 3: Was gilt bei Verweisen auf andere Rechtsordnungen: dynamisch oder statisch?



Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse im Vergleich zum OR: im Allgemeinen (Auswahl)

- Rechtsnatur der Anstellung: öffentlich-rechtlich (Ausnahmen)
- Anstellung durch Verfügung, nicht durch Vertrag (Ausnahmen)
- Rechtserhebliches Handeln durch Arbeitgebende in Verfügungsform (Ausnahmen)
- Bei Streitigkeiten: Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden- und -gerichte, nicht der Zivilgerichte (Ausnahmen)
- Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte: z.B. Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeitsprinzip, willkürfreies Handeln
- Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und zur Rechtsmittelbelehrung



Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse im Vergleich zum OR: im Allgemeinen (Auswahl)

- Keine Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf das Personal von Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG; Ausnahme: Gesundheitsschutz, vgl. Art. 3a lit. a ArG; weitere Ausnahmen: Art. 2 Abs. 2 ArG, Art. 71 lit. b ArG und Art. 7 ArGV 1). Anwendbar sind aber z.B. das Gleichstellungsgesetz und das Passivrauchgesetz
- Lohnfestsetzung durch generell anwendbares Regulativ, in der Regel mittels Funktionsstufen, Erfahrungswerten und Lohntabellen
- Besondere Beendigungsformen: z.B. Entlassung invaliditäts- oder altershalber, Altersrücktritt
- Grosszügigere Abgangsentschädigungen
- Streikrecht?



Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse im Vergleich zum OR: Kündigungsrecht (Auswahl)

- Häufig: abschliessende Aufzählung der Kündigungsgründe (vgl. § 16 Personalgesetz ZH)
- Häufig: besonderes Verfahren bei Kündigung wegen Leistung oder Verhalten (vgl. § 19 Personalgesetz ZH)

Bevor die Anstellungsbehörde eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht, räumt sie der oder dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von längstens sechs Monaten ein. Von einer Bewährungsfrist kann ausnahmsweise abgesehen werden, wenn feststeht, dass sie ihren Zweck nicht erfüllen kann.

Vorwürfe, die zu einer Kündigung Anlass geben, müssen durch eine Mitarbeiterbeurteilung oder durch ein gleichwertiges Verfahren belegt werden.



Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Arbeits- verhältnisse im Vergleich zum OR: Kündigungsrecht (Auswahl)

- Minimalerfordernis: sachlicher Kündigungsgrund (im OR: nur Schutz vor missbräuchlicher Kündigung, Art. 336 ff. OR)
- Zeitlicher Kündigungsschutz: teilweise analog Art. 336c OR, teilweise aber auch abweichend
- Verhältnismässigkeitsprinzip
- Gewährung des rechtlichen Gehörs (vor dem Kündigungsentscheid)
- Kündigung durch Verfügung und mit Rechtsmittelbelehrung
- Gelegentlich: Weiterbeschäftigungs- bzw. Wiedereinstellungsanspruch (vgl. aber z.B. für den Kanton Zürich BGE 8C_7/2020 vom 3.11.2020 und BGE 8C_242/2020 vom 9.11.2020 sowie § 18 Abs. 3 Personalgesetz ZH)



Rechtswittelweg im Kanton Zürich (Beispiel: Entlassung eines Gemeindemitarbeiters)

1. Kündigungsverfügung durch Anstellungsinstanz
2. Verwaltungsinterner Rekurs an Bezirksrat
3. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an kantonales Verwaltungsgericht
4. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht (stark eingeschränkte Kognition)

Hinweis: In bestimmten Fällen weicht der Rechtswittelweg von diesem Grundschemata ab.



Zwei Fallbeispiele: BGE 8C_146/2014 vom 26.6.2014 und BGE 138 I 113

BGE 8C_146/2014 vom 26.6.2014: Fristlose Entlassung eines vereidigten Zürcher Gemeindepolizisten, der seinen Privatwagen jahrelang bewusst falsch auf den Parkplätzen vor dem Kommandoposten parkiert hatte. Der Polizist hatte seine berufliche Position zumindest dahingehend ausgenutzt, dass ihn die für die Kontrolle des ruhenden Verkehrs zuständige Person in wenigstens stillschweigendem Zusammenwirken über Jahre hinweg nicht büsste. Damit habe sich der Polizist selber begünstigt. Dieses Urteil fasst die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung gut zusammen und weist auch auf die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes hin. Vorinstanz Verwaltungsgericht ZH, Urteil VB.2013.00626 vom 8.1.2014.

BGE 138 I 113 (fristlose Entlassung eines Primarlehrers einer Graubündner Gemeinde): Zur im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis im Vergleich zum Privatrecht (dort in der Regel 2 – 3 Arbeitstage) längeren Reaktionszeit, die zum Aussprechen einer fristlosen Entlassung zur Verfügung steht. Grund: höhere Risiken wegen formeller Anforderungen und der Folgen einer formell oder materiell fristlosen Entlassung.