

Personalrecht in der Schweiz

Praxisorientierter Grundriss mit Fragen,
Antworten, Checklisten und Mustern

Andreas Abegg
Goran Seferovic
Nicole Vögeli Galli
(Hrsg.)

Andreas Abegg – Goran Seferovic – Nicole Vögeli Galli (Hrsg.)
Personalrecht in der Schweiz

Herausgegeben von:

Andreas Abegg

Prof. Dr., Rechtsanwalt

Goran Seferovic

Prof. Dr., Rechtsanwalt

Nicole Vögeli Galli

Dr., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

Personalrecht in der Schweiz

Open-Access-Gold

Publiziert von:
Dike Verlag
Weinbergstrasse 41
CH-8006 Zürich
info@dikey.ch
www.dike.ch

Text © Andreas Abegg / Goran Seferovic / Nicole Vögeli Galli 2026

ISBN (Paperback): 978-3-03891-837-0
ISBN (PDF): 978-3-03929-093-2

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-093-2>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Vorwort

Das öffentliche Personalrecht stellt in mehrfacher Hinsicht eine anspruchsvolle Materie dar. Es gehört zwar dem öffentlichen Recht an, befasst sich jedoch mit öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, die stark von der privatrechtlichen Praxis geprägt sind. Zudem ist das öffentliche Personalrecht äusserst heterogen ausgestaltet. Nicht nur verfügen der Bund und jeder Kanton über eigene Regelwerke, auch gewähren die Kantone ihren Gemeinden unterschiedliche Grade an Autonomie bei der Ausgestaltung des kommunalen Personalrechts. Darüber hinaus existieren eigene personalrechtliche Bestimmungen für Körperschaften, Anstalten sowie für öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

Diese Zersplitterung dürfte mit ein Grund dafür sein, dass bislang kein Grundriss des öffentlichen Personalrechts in der Schweiz erschienen ist. Das vorliegende Werk schliesst diese Lücke und bietet sowohl Studierenden als auch Praktikerinnen und Praktikern einen fundierten Einstieg sowie einen Überblick über dieses komplexe Rechtsgebiet. Ein Grundriss kann die Vielfalt des öffentlichen Personalrechts naturgemäss nicht vollständig abbilden – hierfür stehen vertiefende Spezialliteratur und Einzelfallstudien zur Verfügung.

Im Aufbau orientiert sich das Werk an der typischen Systematik kantonaler Personalgesetze. Es wird eingeleitet durch einen allgemeinen Grundlagenteil und schliesst mit einem kurzen Einblick in ausgewählte verfahrensrechtliche Fragestellungen. Die Ausführungen beruhen auf dem Stand von Literatur, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Mai 2025.

Winterthur, im November 2025

Andreas Abegg
Goran Seferovic
Nicole Vögeli Galli

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Autorinnen- und Autorenverzeichnis.....	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literaturverzeichnis	XXIX
Gesetzesverzeichnis	XXXIII
Materialienverzeichnis	XXXVIII
 Kapitel 1: Grundlagen.....	1
 Kapitel 2: Begründung des Anstellungsverhältnisses.....	23
 Kapitel 3: Rechte des Personals	41
 Kapitel 4: Soziale Absicherung.....	71
 Kapitel 5: Gesundheitsschutz.....	105
 Kapitel 6: Personalbeurteilung.....	129
 Kapitel 7: Arbeitszeugnis	137
 Kapitel 8: Personalentwicklung.....	143
 Kapitel 9: Pflichten des Personals	149
 Kapitel 10: Beendigung des Anstellungsverhältnisses.....	165
 Kapitel 11: Verfahrensfragen.....	185

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Autorinnen- und Autorenverzeichnis.....	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literaturverzeichnis	XXIX
Gesetzesverzeichnis	XXXIII
Materialienverzeichnis.....	XXXVIII

Kapitel 1: Grundlagen..... 1

§ 1 Geltungsbereich des öffentlichen Personalrechts.....	1
A. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen.....	1
B. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.....	2
I. Zuordnung eines Rechtsverhältnisses im Allgemeinen.....	2
II. Privatrechtliche Anstellungsverhältnisse durch Verwaltung und öffentliche Unternehmen.....	3
III. Übernahme privatrechtlicher Elemente ins öffentliche Personalrecht.....	4
§ 2 Rechtsquellen des öffentlichen Personalrechts	5
A. Gesetzgebung und Stufenbau der Rechtsordnung	5
B. Bedeutung der Judikatur im öffentlichen Personalrecht und Auslegung des Verwaltungsrechts.....	6
C. Verwaltungsverordnungen	7
§ 3 Grundprinzipien des Verwaltungsrechts.....	8
A. Begriff und Bedeutung.....	8
B. Legalitätsprinzip.....	8
I. Bedeutung und Funktion	8
II. Erfordernis des Rechtssatzes	9
III. Erfordernis der Gesetzesform.....	9
IV. Gesetzesdelegation	10
V. Ermessen	11
VI. Sonderstatusverhältnis.....	12
C. Rechtsgleichheit und Willkürverbot.....	13
I. Rechtsgleichheit	13
II. Willkürverbot	14
D. Öffentliches Interesse.....	15
E. Verhältnismässigkeit	16
F. Treu und Glauben im öffentlichen Recht.....	17

I.	Vertrauensschutz.....	17
II.	Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und Rechtsmissbrauchsverbot.....	19
§ 4	Q & A.....	20
Kapitel 2: Begründung des Anstellungsverhältnisses.....		23
§ 1	Stellenausschreibung	23
A.	Inhalt	23
I.	Diskriminierungsfreie Ausschreibung.....	23
II.	Weiteres.....	23
B.	Verfahren: Öffentliche Ausschreibung.....	23
C.	Q & A	25
§ 2	Anstellungsvoraussetzungen	26
§ 3	Begründungsformen.....	27
A.	Öffentlich-rechtlicher Arbeitsvertrag.....	27
I.	Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume	27
1.	Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags	27
2.	Inhalt: Zwingende Vertragspunkte.....	28
3.	Inhalt: Weitere Vertragspunkte	29
4.	Inhalt: Gestaltungsspielräume bei der Regelung der Vertragspunkte/Abweichung vom Gesetz	29
II.	Schriftform und Unterschrift.....	30
B.	Mitwirkungsbedürftige Verfügung.....	30
I.	Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume	30
II.	Form	31
C.	Der privatrechtliche Vertrag.....	32
I.	Rechtliche Ausgangslage und Voraussetzungen.....	32
II.	Überblick über privatrechtliche Anstellungen.....	32
III.	Konsequenzen der privatrechtlichen Anstellung.....	34
D.	Sonderfälle	35
E.	Q & A	35
§ 4	Dauer Arbeitsverhältnis: Unbefristet oder befristet.....	36
A.	Zulässigkeit und Voraussetzungen	36
B.	Checkliste Zulässigkeit einer befristeten Anstellung.....	38
§ 5	Beginn und Probezeit	38
A.	Überblick.....	38
B.	Beginn und Dauer der Probezeit.....	38
C.	Q & A	40

Kapitel 3: Rechte des Personals	41
§ 1 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers	41
A. Allgemeine Fürsorgepflicht	41
B. Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit	41
I. Allgemeines.....	41
II. Schutz vor unzulässiger Überwachung	41
III. Schutz vor Angriffen durch Dritte.....	42
1. Schutz vor Angriffen auf die körperliche und psychische Integrität	42
2. Rechtsschutz	42
§ 2 Finanzielle Ansprüche	43
A. Lohn	43
I. Lohnsysteme.....	43
1. Bestimmung des Lohnrahmens für eine Stelle	43
2. Individuelle Lohneinreihung	44
II. Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebots.....	44
III. Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts.....	45
1. Direkte Diskriminierung.....	45
2. Indirekte Diskriminierung	46
3. Prozessuale Besonderheiten bei Diskriminierungsklagen.....	46
4. Lohnvergleichsanalysen	47
IV. Weitere Lohnbestandteile	47
1. Zulagen	47
2. Auslagenersatz.....	47
3. Leistungsprämie.....	47
4. Treueprämie.....	48
B. Lohnveränderungen	48
I. Individuelle Lohnerhöhung.....	48
II. Generelle Lohnerhöhung.....	48
1. Teuerungsanpassung.....	49
2. Erhöhung des Reallohns	49
III. Lohnsenkungen	49
C. Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit	49
I. Vorbemerkungen	49
II. Krankheit.....	50
1. Lohnfortzahlung durch das Gemeinwesen	50
2. Krankentaggeldversicherung	50
III. Unfall.....	51
1. Versicherungsobligatorium.....	51
2. Koordination mit der Lohnfortzahlung nach Personalrecht	51

D. Lohnnachgenuss	52
§ 3 Arbeitszeit, Ferien, bezahlte Abwesenheiten	52
A. Arbeitszeit	52
I. Arbeitszeitmodelle	52
1. Sollarbeitszeit	52
2. Flexible Arbeitszeiten	52
3. Fixe Arbeitszeiten	53
4. Pausen	53
5. Arbeitszeiterfassung	53
a) Pflicht zur Arbeitszeiterfassung als Grundsatz	53
b) Vertrauensarbeitszeit	54
6. Mobiles Arbeiten	55
II. Mehr- und Überstunden	56
1. Allgemeines	56
2. Mehrstunden	56
3. Überstunden	56
III. Höchstarbeitszeit, Überzeit	58
1. (Nicht-)Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes	58
2. Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz	59
3. Überzeit nach Arbeitsgesetz	59
4. Ruhezeitvorschriften	60
5. Nachtarbeit nach Arbeitsgesetz	60
B. Ferien	61
I. Allgemeines	61
1. Zweck und Umfang	61
2. Verbot der Barabgeltung	61
3. Ferienunfähigkeit	62
4. Ferienkürzung	62
II. Zeitpunkt des Bezugs	63
III. Verjährung/Verwirkung des Ferienanspruchs	63
C. Bezahlte Abwesenheiten	63
D. Unbezahlter Urlaub	64
§ 4 Mitwirkungs- und Streikrecht	64
A. Mitwirkungsrechte	64
I. Vorbemerkungen	64
II. Koalitionsfreiheit	65
III. Personalrechtlich normierte Mitwirkungsrechte	66
B. Streikrecht	66

I.	Verfassungsrechtliches Streikrecht.....	66
II.	Zulässige Einschränkung des Streikrechts für bestimmte Berufsgruppen	67
§ 5	Q & A.....	68
Kapitel 4: Soziale Absicherung		71
§ 1	Arbeitsverhinderung.....	71
A.	Hauptleistungspflichten der Parteien	71
I.	Gegenseitigkeit.....	71
II.	Arbeitszeit	72
1.	Definition	72
2.	Bezahlte Arbeitszeit.....	72
3.	Relevanz bei Ausbleiben der Arbeitsleistung	73
B.	Ausbleiben der Arbeitsleistung	74
I.	Die drei Aspekte	74
II.	Ausbleiben der Arbeitsleistung als Leistungsstörung	74
1.	Rechtsquellen.....	74
2.	Anwendbarkeit Allgemeiner Teil des Obligationenrechts	75
3.	Nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeitsleistung	75
III.	Risikosphären	77
C.	Lohnanspruch.....	78
I.	Übersicht	78
II.	Befreiung von der Arbeitspflicht	79
1.	Freistellung nach erfolgter Kündigung	79
2.	Befreiung von der Arbeitspflicht als vorsorgliche Massnahme.....	79
3.	Freistellung mit Kürzung oder Einstellung der Lohnzahlung	81
III.	Kurzarbeit.....	81
1.	Anspruch.....	81
2.	Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber.....	82
D.	Nachweis des Absenzgrundes	83
I.	Untersuchungsmaxime.....	83
1.	Behördliche Beweisführungslast	83
2.	Relativiertes Untersuchungsprinzip im Rechtsmittelverfahren.....	83
3.	Mitwirkungspflicht der Parteien	83
II.	Objektive Beweislast.....	84
1.	Beweislastverteilung.....	84
2.	Umfang der Beweislast.....	85
a)	Schwangerschaft und Mutterschaft.....	85
b)	Urlaub für die Betreuung von Angehörigen	85
c)	Arbeitsunfähigkeit	86

Inhaltsverzeichnis

E. Arbeitsunfähigkeit.....	87
I. Definition.....	87
II. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit	88
III. Arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit.....	88
IV. Ferienfähigkeit	89
V. Erwerbsunfähigkeit und Invalidität.....	89
VI. Arbeitstauglichkeit	89
F. Schwangerschaft und Mutterschaft.....	90
I. Gesundheitsschutz.....	90
II. Kündigungsverbot.....	91
III. Rückkehr an den Arbeitsplatz	91
IV. Lohnzahlungen und EO-Taggelder	91
V. Spitalaufenthalt des Neugeborenen.....	92
VI. Tod des andern Elternteils.....	92
VII. Stillen und Abpumpen von Milch	92
G. Entschädigung des andern Elternteils	93
H. Adoption.....	94
I. Betreuung Familienangehörige und Lebenspartner	94
I. Kurzzeitiger Urlaub.....	94
II. Ersatzbetreuung.....	95
III. Urlaub für die Betreuung gesundheitlich schwer beeinträchtigter Kinder.....	95
IV. Kumulative Ansprüche.....	96
J. Weitere Ansprüche	96
K. Betriebsfrieden	96
§ 2 Q & A.....	97
§ 3 Muster & Checklisten.....	100
§ 4 Verfahrenstipps.....	102
A. Kontakte bei Absenzen.....	102
I. Kontakte mit Angehörigen oder Dritten.....	102
II. Information über Abwesenheit an Personal, Kunden, Lieferanten, Geschäftskontakte usw.....	102
B. Zugriff auf geschäftliche Daten und Unterlagen.....	103

Kapitel 5: Gesundheitsschutz.....	105
§ 1 Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume	105
A. Rechtsgrundlagen des Gesundheitsschutzes	105
I. Arbeitsgesetz und Ausführungserlasse.....	105
1. Vollständige Ausnahme vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes	106
2. Teilweise Ausnahme vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes:	
Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gesundheitsschutz	106
a) Betroffene Betriebe und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	106
b) Massgebliche Vorschriften	107
3. Vollständige Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes	108
II. Unfallversicherungsgesetz und Ausführungserlasse	109
III. Weisungen des SECO und EKAS-Richtlinien	109
IV. Öffentliche Personalgesetze	109
B. Arbeitsgesetz	110
I. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers.....	110
1. Übersicht Schutzmassnahmen	110
2. Ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen.....	111
3. Keine Beeinträchtigung durch physikalische, chemische	
oder biologische Einflüsse.....	112
4. Vermeidung von übermässig starken oder allzu	
einseitigen Beanspruchungen	112
5. Geeignete Arbeitsorganisation.....	112
6. Persönliche Integrität.....	113
7. Verhältnismässigkeit.....	114
II. Rechte und Pflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	114
1. Pflichten	114
2. Recht auf Mitwirkung.....	115
III. Homeoffice	115
IV. Schutz jugendlicher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	116
V. Schutz von schwangeren Frauen und stillenden Müttern	117
1. Allgemeiner Gesundheitsschutz (Art. 35 ArG)	117
2. Beschäftigungserleichterung bei stehender Tätigkeit (Art. 61 ArGV 1)	118
3. Schutzmassnahmen bei beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten	
(Art. 62 f. ArGV 1, Mutterschutzverordnung).....	118
4. Arbeitsbefreiung (Art. 64 Abs. 1 und 2 ArGV 1)	118
5. Versetzung und verbotene Arbeiten (Art. 64 Abs. 3 und Art. 65 ArGV 1).....	118
6. Ruhemöglichkeiten (Art. 34 ArGV 3)	119
7. Beschäftigung bei Mutterschaft (Art. 35a Abs. 1–3 ArG).....	119

8. Verbot von Abend-, Nachtarbeit, Überstunden und Überzeit (Art. 35a Abs. 4 ArG, Art. 60 Abs. 1 ArGV 1)	119
9. Stillen (Art. 35a Abs. 2 Satz 2 ArG, Art. 60 Abs. 2 ArGV 1)	119
10. Ersatzarbeit und Lohnfortzahlung bei Mutterschaft (Art. 35b ArG)	119
VI. Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Familienpflichten	120
VII. Schutz vor psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz	120
1. Konflikte am Arbeitsplatz/Mobbing	120
2. Diskriminierung	121
3. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz	121
C. Unfallversicherungsgesetz	122
D. Vollzug des Gesundheitsschutzes	122
I. Arbeitsgesetz	122
II. Unfallversicherungsgesetz	123
§ 2 Q & A	124
§ 3 Muster und Checklisten	126
Kapitel 6: Personalbeurteilung	129
§ 1 Gegenstand und Kriterien	129
§ 2 Verfahren	130
A. Durchführung Mitarbeitergespräch	130
B. Differenzbereinigungsverfahren	131
C. Kenntnisnahme und Dokumentation	132
D. Beurteilungsintervall	132
§ 3 Rechtliche Bedeutung und Konsequenzen	133
§ 4 Q & A	135
§ 5 Muster und Checklisten: Checkliste Personalbeurteilung/Mitarbeitergespräch	136
Kapitel 7: Arbeitszeugnis	137
§ 1 Allgemeines	137
§ 2 Zeugnisgrundsätze	137
§ 3 Zeugnisformen	138
§ 4 Termine und Verfahren	139
§ 5 Q & A	139
§ 6 Muster und Checklisten: Checkliste Inhalt Vollzeugnis	140

Kapitel 8: Personalentwicklung.....	143
§ 1 Ziele und Massnahmen – Überblick.....	143
§ 2 Zur Weiterbildung im Besonderen	143
A. Allgemeines	143
B. Rechte des Personals.....	144
C. Pflichten der Angestellten	145
D. Zu Bewilligungspflichten im Besonderen.....	145
E. Zu Rückzahlungsverpflichtungen im Besonderen	146
§ 3 Q & A.....	147
Kapitel 9: Pflichten des Personals	149
§ 1 Arbeitspflicht.....	149
A. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielraum.....	149
B. Ausgestaltung der Arbeitspflicht.....	149
I. Persönliche Erfüllung.....	149
II. Sorgfaltspflicht	149
III. Ort und Zeit der Arbeitsleistung.....	150
IV. Inhalt der Arbeitspflicht.....	150
C. Entfallen der Arbeitspflicht	150
D. Q & A	151
§ 2 Befolgungspflicht	152
A. Die Befolgungspflicht und deren Grenzen	152
B. Leistung von Überstunden	153
C. Zuweisung anderer Aufgaben	154
D. Verlegung des Arbeitsortes.....	154
E. Q & A.....	155
§ 3 Rechenschafts- und Herausgabepflicht	156
§ 4 Treuepflicht.....	156
A. Die Treuepflicht und deren Grenzen	156
B. Einschränkung von Freiheitsrechten des Personals	157
I. Art. 36 BV.....	157
II. Einschränkungen der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV).....	158
III. Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)	159
IV. Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV)	160
V. Einschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV)	161
VI. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)	161
C. Q & A.....	162

Kapitel 10: Beendigung des Anstellungsverhältnisses	165
§ 1 Objektive Beendigungsgründe	165
A. Ende einer befristeten Anstellung	165
B. Erreichen der Altersgrenze	165
C. Invalidität	166
D. Tod der angestellten Person	166
§ 2 Ordentliche Kündigung	166
A. Allgemeines	166
B. Frist und Termin	167
I. Während der Probezeit	167
II. Nach der Probezeit	167
C. Form der Kündigung	168
D. Kündigungsschutz	168
I. Zeitlicher Kündigungsschutz	168
1. Allgemeines	168
2. Zeitlicher Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR	169
a) Sperrfristtatbestände	169
aa) Obligatorischer Militär-, Zivil- oder Zivilschutzdienst	169
bb) Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls	169
cc) Schwangerschaft und 16 Wochen nach Niederkunft	169
dd) Teilnahme an einer Hilfsaktion im Ausland	170
b) Rechtsfolgen des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c Abs. 2 OR)	170
c) Berechnung der Sperrfrist	170
3. Zeitlicher Kündigungsschutz gemäss Art. 10 GLG	171
II. Materielle Kündigungsvoraussetzungen	172
1. Kündigung durch die Angestellten	172
2. Kündigung durch den Arbeitgeber	172
a) Sachlicher Kündigungsgrund als Voraussetzung	172
b) Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten	172
c) Mangelhafte Leistung	173
d) Mangelhaftes Verhalten	173
e) Strafbares Verhalten	174
f) Mangelnde Eignung	174
g) Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen	175
h) Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung	175
i) Langandauernde Krankheit	175
E. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung	176

§ 3	Ausserordentliche Kündigung.....	177
	A. Allgemeines	177
	B. Objektive Unzumutbarkeit.....	177
	C. Subjektive Unzumutbarkeit.....	178
	D. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ausserordentlichen Kündigung.....	180
	I. Bei einer Arbeitgeberkündigung	180
	II. Bei einer Arbeitnehmerkündigung	180
§ 4	Einvernehmliche Beendigung	181
	A. Allgemeines	181
	B. Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen.....	181
	I. Generelle Zulässigkeit.....	181
	II. Inhaltliche Schranken	181
	III. Folgen einer unzulässigen Aufhebungsvereinbarung	182
	C. Anfechtung einer Aufhebungsvereinbarung	182
§ 5	Q & A.....	183
Kapitel 11: Verfahrensfragen.....		185
§ 1	Rechtsquellen der Verfahrensbestimmungen	185
	A. Bund	185
	B. Kantone und Gemeinden.....	185
	C. Anstalten, Zweckverbände und weitere juristische Personen	186
	I. Anstalten.....	186
	II. Zweckverbände – Gemeindeverbände	187
	III. Weitere juristische Personen	187
	D. Verfahrensbestimmungen in den materiellen personalgesetzlichen Grundlagen	187
	E. Verfahrensbestimmungen in Organisationsgesetzen	189
§ 2	Allgemeine Verfahrensgarantien	189
	A. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Absatz 1 BV).	189
	B. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).....	189
	I. Anspruch auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung im Verfahren	190
	II. Rechtliches Gehör vor Erlass oder Änderung von personalrechtlichen Bestimmungen?.....	191
	III. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs	191
	IV. Fristen und Form der Gewährung des rechtlichen Gehörs.....	192
	1. Form des rechtlichen Gehörs.....	192
	2. Fristen	193

V.	Akteneinsicht (Teilgehalt des rechtlichen Gehörs)	194
1.	Grundlagen	194
2.	Aktenführungs- und Protokollierungspflicht als Teilaspekt	194
3.	Akteneinsicht Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs	195
4.	Verweigerung und Beschränkung	195
5.	Anfechtung der verweigerten Akteneinsicht	196
C.	Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Behörde und Unparteilichkeit	197
I.	Einleitung	197
II.	Recht auf gesetzlich zuständige und rechtmässig zusammengesetzte Behörde	197
1.	Rechtmässige Zusammensetzung und Handeln gemäss Zuständigkeits- und Organisationsregelungen	197
2.	Befangenheit/Ausstand	198
III.	Anspruch auf Begründung	199
IV.	Folgen der Verletzung von Verfahrensgarantien	199
§ 3	Ablauf eines nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens	200
A.	Einleitung und Ablauf	200
B.	Wesentliche Verfahrensgrundsätze	200
I.	Offizialmaxime	200
II.	Untersuchungsmaxime	201
1.	Mitwirkungspflicht/Mitwirkungsrecht	201
2.	Mittel zur Abklärung des Sachverhaltes: Beweismittel	201
3.	Praxisfragen	202
III.	Rechtsanwendung von Amtes wegen und freie Beweiswürdigung	202
C.	Abschluss des nichtstrittigen Verwaltungsverfahrens	202
D.	Checkliste Durchführung nichtstrittiges Verwaltungsverfahren bei Entscheid/Verfügung	203
E.	Eröffnung von Verfügungen	203
I.	Bezeichnung von Verfügungen	203
II.	Schriftlichkeit und Unterzeichnung	204
III.	Begründung	204
IV.	Rechtsmittelbelehrung	204
V.	Zustellungsfragen	205
VI.	Mangelhafte Eröffnungen und deren Folgen	206
§ 4	Verfügung, Realakt und Dienstanweisung im Personalrecht – Unterscheidung und Einordnungsversuch	206
A.	Definition Verfügung	206
B.	Abgrenzung zu den Realakten	207

I.	Einleitung	207
II.	Problematik von Realakten im Personalrecht	207
C.	Dienstbefehle (Anordnungen/Dienstanweisungen) und deren Abgrenzung zur Verfügung	208
§ 5	Das streitige Verwaltungsverfahren.....	212
A.	Unterscheidung Rechtsmittel – Rechtsbehelf	212
I.	Übersicht	212
II.	Weiterführende Bemerkungen zur Wiedererwägung	213
B.	Einzelne prozessuale Aspekte	213
I.	Uneinheitliche Begriffe für Rechtsmittel	213
II.	Fristen.....	214
III.	Gegenstand der Anfechtung	214
IV.	Beschwerdeschrift	215
V.	Beschwerdegründe	215
VI.	Begehren (Anträge) und Begründung	216
VII.	Aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittelverfahrens?.....	216
VIII.	Anzahl Instanzen	216
IX.	Vorbereitung eines Entscheides.....	217
X.	Erledigung.....	217
C.	Klage- und Anfechtungsverfahren sowie obligatorische Schlichtungsverfahren	218

Autorinnen- und Autorenverzeichnis

Andreas Abegg, Prof. Dr. iur.

Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht an der ZHAW; Titularprofessor an der Universität Luzern; Rechtsanwalt

Kapitel 1: Grundlagen (gem. mit Goran Seferovic)

Alexandra Altherr Müller, lic. iur.

Dozierende für Öffentliches Personalrecht an der ZHAW; Stellvertretende Generalsekretärin am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich; Rechtsanwältin

Kapitel 5: Gesundheitsschutz; Kapitel 9: Pflichten des Personals

Rahel Bächtold, lic. iur.

Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht; Dozierende für Personalrecht und Arbeitsrecht an der ZHAW

Kapitel 11: Verfahrensfragen

Reto Häggi Furrer, Dr. iur.

Rechtsanwalt; Teilamtlicher Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Dozent für Staats- und Verwaltungsrecht sowie für Öffentliches Personalrecht an der ZHAW

Kapitel 3: Rechte des Personals; Kapitel 10: Beendigung des Anstellungsverhältnisses

Beatrix Schibli, PD Dr. iur.

Dozentin für Öffentliches Personalrecht an der ZHAW; Privatdozentin an der Universität St. Gallen; Rechtskonsulentin bei SCHIBLI & PARTNER Advokatur und Notariat

Kapitel 2: Begründung des Anstellungsverhältnisses; Kapitel 6: Personalbeurteilung; Kapitel 7: Arbeitszeugnis; Kapitel 8: Personalentwicklung

Goran Seferovic, Prof. Dr. iur.

Professor für Öffentliches Wirtschaftsrecht an der ZHAW; Titularprofessor an der Universität Zürich; Rechtsanwalt

Kapitel 1: Grundlagen (gem. mit Andreas Abegg)

Nicole Vögeli Galli, Dr. iur.

Dozentin für schweizerisches und internationales Arbeitsrecht, Öffentliches Personalrecht sowie Gleichstellungsrecht an der ZHAW; Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

Kapitel 4: Soziale Absicherung

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
AGer ZH	Arbeitsgericht Zürich
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AS ZH	Amtliche Sammlung der Stadt Zürich
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
bGS	bereinigte (systematische) Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Ausser- rhoden
BGS	Systematische Gesetzessammlung Kanton Zug
BGS SO	Systematische Gesetzessammlung Kanton Solothurn
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel-Landschaft
BR	Bündner Rechtsbuch
BS	Kanton Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
E.	Erwägung/en
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FR	Kanton Freiburg
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GR	Kanton Graubünden

Abkürzungsverzeichnis

Hrsg.	Herausgeber
i. V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JU	Kanton Jura
KGer	Kantonsgericht
lit.	Litera
LK	Lohnklasse
LU	Kanton Luzern
LS	Loseblattsammlung (des Kantons Zürich)
N	Randnote
NE	Kanton Neuenburg
NG	Nidwaldner Gesetzessammlung
NW	Kanton Nidwalden
o.Ä.	oder Ähnliches
OGer	Obergericht
RSJU	Recueil Systématique Jurassien
RSN	Recueil Systématique de la législation Neuchâteloise
RSV	Recueil Systématique de la législation Vaudoise
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SH	Kanton Schaffhausen
SG	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons Basel-Stadt) / Kanton St. Gallen
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
sGS	systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGS BL	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons Basel-Landschaft)
SGS VS	Systematische Gesetzessammlung (des Kantons Wallis)
SHK	Stämpflis Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
sog.	sogenannte
SR	Systematische Rechtssammlung (des Bundes)
SRL	Systematische Rechtssammlung Luzern
TG	Kanton Thurgau
usw.	und so weiter
u. Ä.	und Ähnliches
VD	Kanton Waadt

VGer ZH	Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
Vgl.	vergleiche
VS	Kanton Wallis
z.B.	zum Beispiel
ZG	Kanton Zug
ZH	Kanton Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

- ALBRECHT PETER, Justiz mit Kopftuch?, in: Jusletter vom 19.08.2019, www.weblaw.ch (Jusletter/ Archiv Suche/Chronologie/2019/Jusletter vom 19.08.2019).
- AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, Kommentar zu Art. 12 VwVG in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich 2019.
- AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, Kommentar zu Art. 13 VwVG in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich 2019.
- BENTNER ARIANE, Gesundheitsmanagement für Einsteiger: Wege zur gesunden Organisation, Impulse für kleine und mittlere Unternehmen, Wiesbaden 2018.
- BERTSCHI MARTIN/PLÜSS KASPAR, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BIAGGINI GIOVANNI, § 9 Die Verfassung im Normengefüge, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 116 ff.
- BLESİ ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS/WILDHABER ISABELLE (Hrsg.), Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Bern 2018.
- BOSSHART JÜRIG/BERTSCHI MARTIN, Kommentar zu § 19 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.
- BUKOVAC JASMINA/STREBEL FELIX/UHLMANN FELIX, Administrativ- oder Disziplinaruntersuchung? Die Qual der Verfahrenswahl und verfahrensrechtliche Herausforderungen, LeGes 31 (2020) 2 Nr. 1.
- Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Kreisschreiben über die Betreuungsentschädigung (KS BUE), gültig ab 1. Juli 2021, Stand 1. Januar 2025.
- BÜRGI URS/BÜRGI-SCHNEIDER GUDRUN (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zürich 2017.
- BÜRGI URS/BÜRGI-SCHNEIDER GUDRUN (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Personalrecht, Band 1: Bund, 2. Aufl., Zürich 2024.
- DOLGE ANNETTE, Kommentar zu Art. 177 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL/WITZIG AURÉLIEN, Rechtsgutachten über den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes im Zusammenhang mit neuen Beschäftigungsformen durch digitale Technologien, vom 20. November 2018.
- ETTER BORIS/STUCKY MARCEL, Kommentar zu Art. 329h OR, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, SHK, Bern 2021.
- GÄCHTER THOMAS, § 26 Rechtsanwendung, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 405 ff.
- GEISER THOMAS, Arbeitsvertragliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996 S. 28 ff.

- GEISER THOMAS, Rechtsfragen der sexuellen Belästigung und des Mobbing, SBJV 2001 S. 429 ff.
- GEISER THOMAS, Weiterbildung und Arbeitsrecht, recht 2011 S. 118 ff.
- GRIFFEL ALAIN, Privatrechtliche Anstellungen durch öffentliche Arbeitgeber, ZSR 139 (2020) S. 451 ff. (zit. Anstellungen).
- GRIFFEL ALAIN, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., Zürich/Genf 2022 (zit. Verwaltungsrecht).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
- HÄNNI PETER, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Dargestellt anhand der Gerichts- und Verwaltungspraxis in Bund und Kantonen. Eine Fallsammlung, 2. Aufl., Zürich 2008.
- HENSCH ANGELA, Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 8 (2012) S. 1088 ff.
- JAAG TOBIAS/RÜSSELI MARKUS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich 2019.
- Kanton Zürich (Hrsg.), Kantonale Verwaltung Zürich, Handbuch Personalrecht, Zürich 2000 (und fortfolgende Jahre), abrufbar unter www.zh.ch/de/arbeiten-beim-kanton/fuer-hr-profis/handbuch-personalrecht.html#accordionDemoId-0 (zit. Handbuch Personalrecht ZH).
- KAUFMANN CLAUDIA, Kommentar zu Art. 4 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2022.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- MÜLLER ROLAND/HOFER CÉLINE/STENGEL MANUEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP 4 (2015) S. 564 ff.
- MURER ERWIN, IV. Staat und Gesellschaft – Welches sind die Ursachen von Stress und Burnout?, in: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015.
- PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22.02.2021, www.weblaw.ch (Jusletter/Archiv Suche/Chronologie 2021/Jusletter vom 22.02.2021).
- PLÜSS KASPAR, Kommentar zu § 7 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungspfleugesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.
- PLÜSS KASPAR, Kommentar zu § 10 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungspfleugesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.
- PLÜSS KASPAR, Kommentar zu § 12 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungspfleugesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 321 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 324 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
- SCHROETER ULRICH, Kommentar zu Art. 82 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019.
- SECO, Homeoffice – Gesundheitsschutz – auch beim Arbeiten zu Hause, 12.2.2024.

- SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz (ArG), Stand Oktober 2024.
- SECO, Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), Stand Oktober 2024.
- SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3), Stand Oktober 2024.
- SECO, Weisung AVIG KAE (AVIG-Praxis KAE), gültig ab 1.1.2025.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.
- UHLMANN FELIX/SCHILLING-SCHWANK ALEXANDRA, Kommentar zu Art. 38 VwVG, in Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L. (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich 2023.
- VIONNET REBECCA, Gesetzliche Neuerungen in der Angehörigenbetreuung, Pflegerecht 4 (2021) S. 203 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 19 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L. (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich 2023.
- WEBER ROLF H., Kommentar zu Art. 82 OR, in: Hausheer Heinz (Hrsg.), Die Erfüllung der Obligation, Art. 68–96 OR, BK – Berner Kommentar, Bd. 4, 2. Aufl., Bern 2004.
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012.
- WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA, OFK VwVG Kommentar, Zürich 2022.
- WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, Sondernummer der ZSR, Pandemie und Recht: Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise, Basel 2020.
- WOLFER SIMON, Die elektronische Überwachung des Arbeitnehmers im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, LBR – Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 38, Luzern 2008.

Gesetzesverzeichnis

Bund

ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen) vom 10. Mai 2000, SR 822.112
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113
ArGV 4	Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz (Industrielle Betriebe, Plan-genehmigung und Betriebsbewilligung) vom 18. August 1993, SR 822.114
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung) vom 28. September 2007, SR 822.115
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs-rechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
AZG	Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Ver-kehrs (Arbeitszeitgesetz) vom 8. Oktober 1971, SR 822.21
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950, SR 0.101
GAV Post CH	Gesamtarbeitsvertrag Post CH, gültig ab 1. Januar 2025 (Stand 1. Januar 2025)
GAV SBB	Gesamtarbeitsvertrag 2019 SBB vom 1. Mai 2019 (Version 6.0)
GLG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleich-stellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
ISG	Bundesgesetz über die Informationssicherheit beim Bund (Informa-tionssicherheitsgesetz) vom 18. Dezember 2020, SR 128
MSV	Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutz-verordnung) vom 20. März 2001, SR 822.111.52
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivil-gesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220

Gesetzesverzeichnis

POG	Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010, SR 783.1
Rahmenverordnung BPG	Rahmenverordnung vom 20. Dezember 2000 zum Bundespersonalgesetz, SR 172.220.11
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998, SR 742.31
TUG	Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997, SR 784.11
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, SR 832.202
VeÜ-VwV	Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom 18. Juni 2010, SR 172.021.2
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958, SR 170.32
V Mil Pers	Verordnung des VBS über das militärische Personal vom 26. November 2024, SR 172.220.111.310.2
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 20. Juni 2014, SR 419.1
ZertES	Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Bundesgesetz über die elektronische Signatur) vom 18. März 2016, SR 943.03
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Aargau

Lohndekret AG	Dekret über die Löhne des kantonalen Personals (Lohndekret) vom 30. November 1999, SAR 165.130
PersG AG	Gesetz vom 16. Mai 2000 über die Grundzüge des Personalrechts (Personalgesetz, PersG), SAR 165.100
PLV AG	Personal- und Lohnverordnung vom 25. September 2000, SAR 165.111
VALL AG	Verordnung über die Anstellung und Löhne der Lehrpersonen vom 13. Oktober 2004, SAR 411.211
VEP AG	Verordnung zum Einreichungsplan vom 8. Juni 2011, SAR 165.133
Weiterbildungsverordnung AG	Verordnung über die Weiterbildung des Personals (Weiterbildungsverordnung) vom 22. September 2004, SAR 160.621

Appenzell Ausserrhoden

PG AR Personalgesetz vom 24. Oktober 2005, bGS 142.21

Basel-Landschaft

Personaldekret BL Dekret zum Personalgesetz vom 8. Juni 2000,
SGS 150.1

Basel-Stadt

AZV BS Verordnung zur Arbeitszeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
des Kantons Basel-Stadt (Arbeitszeitverordnung) vom 6. Juli 2004,
SG 162.200

PG BS Personalgesetz vom 17. November 1999, SG 162.100

Bern

PG BE Personalgesetz vom 16. September 2004, BSG 153.01

PV BE Personalverordnung vom 18. Mai 2005, BSG 153.011.1

StvV BE Stellenvermittlungsverordnung vom 16. September 2020,
BSG 153.011.2

UniV BE Verordnung über die Universität vom 12. September 2012,
BSG 436.111.1

Freiburg

RAS FR Reglement über die Arbeitszeit des Staatspersonals vom 15. Juni
2009, SGF 122.70.12

StPG FR Gesetz über das Staatspersonal vom 17. Oktober 2001,
SGF 122.70.1

StPR FR Reglement über das Staatspersonal vom 17. Dezember 2002,
SGF 122.70.11

Graubünden

PG GR Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons
Graubünden (Personalgesetz) vom 14. Juni 2006, BR 170.400

Jura

LPer JU Loi sur le personnel de l'État vom 22. September 2010,
RSJU 173.11

OPer JU Ordonnance sur le personnel de l'État vom 29. November 2011,
RSJU 173.111

Luzern

PG LU Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 26. Juni 2001, SRL 51

Neuenburg

RDF NE Règlement des fonctionnaires vom 9. März 2005, RSN 152.512

Nidwalden

PersG NW Gesetz über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz) vom 3. Juni 1998, NG 165.1

PersV NW Vollzugsverordnung zum Personalgesetz (Personalverordnung) vom 1. Dezember 1998, NG 165.111

Schaffhausen

LVO SH Verordnung über die Entlohnung des Staatspersonals (Lohnverordnung) vom 27. September 2005, SHR 180.101

PG SH Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz) vom 3. Mai 2004, SHR 180.100

Solothurn

StPG SO Gesetz über das Staatspersonal vom 27. September 1992, BGS 126.1

St. Gallen

PersG SG Personalgesetz vom 25. Januar 2011, sGS 143.1

Thurgau

VRG TG Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Februar 1981, RB 170.1

Waadt

LPers-VD Loi sur le personnel de l'État de Vaud vom 12. November 2001, RSV 172.31

Wallis

kGPers VS Gesetz über das Personal des Staates Wallis vom 19. November 2010, SGS VS 172.2

VBA VS Verordnung über die Besoldung der Angestellten des Staates Wallis vom 10. Juli 1997, SGS VS 172.410

Zug

AZV ZG Verordnung über die Arbeitszeit (Arbeitszeitverordnung) vom 4. Oktober 2011, BGS 154.214

Zürich

AB PR Stadt Zürich Ausführungsbestimmungen zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals, AS ZH 177.101

GG ZH Gemeindegesetz vom 20. April 2015, LS 131.1

GOG ZH Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, LS 211.1

KV ZH Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 131.211

LPVO ZH Lehrpersonalverordnung vom 19. Juli 2000, LS 412.311

PG ZH Personalgesetz vom 27. September 1998, LS 177.10

PR Stadt ZH Personalrecht Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals, AS ZH 177.100

PVO-UZH Personalverordnung der Universität Zürich vom 29. September 2014, LS 415.21

PVO ZH Personalverordnung vom 16. Dezember 1998, LS 177.11

USZG ZH Gesetz über das Universitätsspital Zürich vom 19. September 2005, LS 813.15

VRG ZH Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 24. Mai 1959, LS 175.2

VVO ZH Vollzugsverordnung vom 19. Mai 1999 zum Personalgesetz, LS 177.111

Materialienverzeichnis

Botschaft Arbeitsgesetz	Botschaft des Bundesrates zum Entwurf über das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 909 ff.
Botschaft Änderung Arbeitsgesetz 2004	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 17. November 2004, BBl 2004 6673 ff.
Botschaft Betreuung	Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 22. Mai 2019, BBl 2019 4103 ff.
Botschaft BPG	Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz, BBl 1999 1597 ff
Botschaft BV	Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 und Verfassungsentwurf, BBl 1996 IV 1 ff.

Kapitel 1: Grundlagen

§1 Geltungsbereich des öffentlichen Personalrechts

A. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Der Geltungsbereich des öffentlichen Personalrechts ergibt sich grundsätzlich aus der Verteilung der bundesstaatlichen Kompetenzen im schweizerischen Bundesstaat. Die Gesetzgebungskompetenzen liegen demnach bei den Kantonen, soweit sie dem Bund nicht durch Einzelermächtigung in der Bundesverfassung übertragen worden sind.¹ Auf diese Weise wurde dem Bund die Kompetenz zugewiesen, das Zivilrecht zu regeln,² womit er auch berufen ist, das private Arbeitsrecht, welches Teil des Zivilrechts bildet, zu regeln. Entsprechend hat der Bund das private Arbeitsrecht im Wesentlichen in den Art. 319 ff. OR geregelt.

Die Kompetenzen der Kantone im Bereich des öffentlichen Rechts werden durch das Bundeszivilrecht (Bundesprivatrecht) jedoch nicht beschränkt, was in Art. 6 Abs. 1 ZGB in allgemeiner Weise und in Art. 342 Abs. 1 lit. a OR spezifisch für das private Arbeitsvertragsrecht ausdrücklich festgehalten wird. Dies ergibt sich aber auch bereits aus der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung, welche dem Bund keine generelle Kompetenz zuweist, das öffentliche Recht der Kantone zu regeln.

Zu diesem öffentlichen Recht der Kantone gehört es demnach auch, die Dienstverhältnisse der kantonalen und kommunalen Angestellten zu regeln. Der Begriff des Dienstverhältnisses bezeichnet dabei die öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zwischen dem Gemeinwesen und seinen Angestellten.³ Diese Angestellten werden zum Teil noch als Beamtinnen und Beamten bezeichnet, wobei das BPG und eine Reihe kantonalen Personalgesetze den Begriff inzwischen aufgegeben haben oder damit nur noch gewählte Angestellte bezeichnen.⁴

Wie die Kantone ist auch der Bund berufen, für seine Dienstverhältnisse ein Personalrecht zu erlassen. Dies erachtete der Verfassungsgeber als so selbstverständlich, dass diese Gesetzgebungskompetenz des Bundes in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich erwähnt wird.⁵

¹ Art. 3 und Art. 42 BV.

² Art. 122 BV.

³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2001.

⁴ Vgl. zu Letzterem etwa § 3 Abs. 2 PersG AG.

⁵ Sog. implizite Zuständigkeit, vgl. BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 42 N 10. Der Bund stützt das BPG auf Art. 173 Abs. 2 BV.

B. Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

I. Zuordnung eines Rechtsverhältnisses im Allgemeinen

Entsprechend der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung sind die Kantone im Rahmen des übergeordneten Rechts frei, ihre öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse zu regeln und dabei grundsätzlich auch zu bestimmen, welche Angestellten nach privatem Arbeitsrecht angestellt werden.⁶ Verzichten Kantone oder Gemeinden darauf, ein Arbeitsverhältnis ausdrücklich dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen, so kann die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete umstritten sein.⁷

Für die Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete hat die Lehre Theorien entwickelt, welche jeweils ein bestimmtes Merkmal der Rechtsbeziehung betonen. Das Bundesgericht wendet diese Theorien meist gleichzeitig an und räumt keiner Theorie einen grundsätzlichen Vorrang ein. Die Theorien haben im öffentlichen Personalrecht einen Teil ihrer Bedeutung eingebüsst, da die Gemeinwesen das Personalrecht heute detaillierter gesetzlich regeln.

- (1) Die *Subordinationstheorie* stellt darauf ab, ob das fragliche Recht den Staat den Privaten überordnet und dieser den Privaten mit hoheitlichen Befugnissen begegnet.
- (2) Bei der *Interessentheorie* ist zu fragen, ob mit den Rechtsnormen in erster Linie öffentliche Interessen verfolgt werden oder ob diese privaten Interessen dienen.
- (3) Die *Funktionstheorie* beurteilt, ob die Rechtsnormen unmittelbar der Erfüllung einer Staatsaufgabe dienen.
- (4) Für die *modale Theorie* ist die Sanktion relevant, welche bei Verstoss gegen eine Norm vorgesehen ist. Sind diese öffentlich-rechtlich (z.B. Ersatzvornahme oder Verwaltungsstrafen), so ist die Norm als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Sieht die Norm privatrechtliche Sanktionen vor (z.B. Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts), ist die Norm privatrechtlich.

Zwar regeln die Gemeinwesen heute tendenziell klarer, ob ein Arbeitsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, die Arbeitsverträge selbst enthalten aber oftmals keine solche Qualifikation.⁸ Solchen Unklarheiten begegnet das Bundesgericht mit der Regel, wonach ein Arbeitsverhältnis im Zweifel öffentlich-rechtlich ist, wenn eine Behörde daran beteiligt ist.⁹ Das Verhältnis zwischen

⁶ Vgl. in diesem Sinne etwa Art. 47 Abs. 1 KV ZH (*e contrario*).

⁷ Vgl. zu dieser Abgrenzung etwa BGE 118 II 213.

⁸ GRIFFEL, Anstellungen, S. 464 f.

⁹ BGE 142 II 154 E. 5.2.

den beiden Rechtsgebieten wirft gleichwohl noch immer Fragen auf, da das private Arbeitsrecht in den letzten Jahrzehnten auf verschiedene Weise zunehmende Bedeutung für das öffentliche Personalrecht erlangte.

II. Privatrechtliche Anstellungsverhältnisse durch Verwaltung und öffentliche Unternehmen

So stellen Kantone und Gemeinden ihre Mitarbeitenden häufiger auch auf der Grundlage von privatrechtlichen Arbeitsverträgen an, was mit einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage zulässig ist. Gewisse Kantone regeln ausdrücklich, dass alle oder zumindest gewisse ihrer Arbeitsverhältnisse öffentlich-rechtlich sind.¹⁰ Neben dem Personal der Zentralverwaltung wird das Personal von selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften meist öffentlich-rechtlich angestellt.¹¹ In staatlichen Unternehmen, welche in Bereichen der Grundversorgung tätig sind, werden hingegen häufig privatrechtliche Arbeitsverhältnisse geschlossen, so etwa bei der Swisscom oder der Post.¹² Dass der Gesetzgeber dabei keine einheitliche Praxis verfolgt, zeigt sich bei den SBB, deren Personal wiederum öffentlich-rechtlich angestellt wird.¹³

Problematischer sind die Regelungen, welche sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Anstellungsverhältnisse im gleichen Gemeinwesen vorsehen. Neben der gesetzlichen Grundlage hat der Gesetzgeber das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten.¹⁴ Daraus folgt gewöhnlich zwar kein Anspruch auf vollständige Gleichbehandlung; der Gesetzgeber darf Differenzierungen aber einzig gestützt auf sachliche und objektive Gründe vornehmen. Dies bedeutet, dass die Ungleichbehandlungen, welche durch unterschiedliche Anstellungsformen resultieren, auf solchen sachlichen und objektiven Gründen beruhen müssen.¹⁵ Anerkannt sind privatrechtliche Anstellungen etwa bei Arbeitsverhältnissen, welche eine besondere Flexibilität erfordern, wie kurzfristige Anstellungen und Praktika.¹⁶ Umstrittener im Hinblick auf die Rechtsgleichheit sind privatrechtliche Anstellungen im Bereich der Spitzenkräfte,

¹⁰ Vgl. für ausschliesslich öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse etwa § 9 PGBS; für ausschliesslich öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse des Personals der Zentralverwaltungen und unselbständigen Anstalten im Kanton Zürich Art. 47 Abs. 1 KV ZH. Vgl. für eine Übersicht GRIFFEL, Anstellungen, S. 453 ff.

¹¹ Vgl. für die Universität Bern etwa Art. 51 Abs. 2 UniV BE.

¹² Art. 16 Abs. 1 TUG bzw. Art. 9 Abs. 1 POG.

¹³ Art. 15 Abs. 1 SBBG; vgl. aber auch Art. 38 Abs. 1 BPG zu den GAV des Bundespersonals.

¹⁴ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹⁵ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 462.

¹⁶ Vgl. etwa § 17 PVO-UZH, wonach externe Lehrpersonen an der Universität Zürich privatrechtlich angestellt werden.

um diesen höhere Löhne bezahlen zu können, als es die öffentlich-rechtlichen Lohnsysteme zulassen würden.¹⁷ Schliesslich kann das Gemeinwesen mit der Anwendung des privaten Arbeitsrechts bezwecken, die im öffentlichen Personalrecht regelmässig strengeren Voraussetzungen an eine Kündigung zu umgehen. Dieser Strategie sind Grenzen gesetzt, denn im Innenverhältnis ist das Gemeinwesen weiter an die verfassungsrechtlichen Grundsätze gebunden.¹⁸

III. Übernahme privatrechtlicher Elemente ins öffentliche Personalrecht

Doch selbst wenn ein Arbeitsverhältnis dem öffentlichen Recht untersteht, so hat das private Arbeitsrecht in den letzten Jahrzehnten vermehrt die Gesetzgebung im öffentlichen Personalrecht beeinflusst. Das öffentliche Personalrecht bildet oft Regelungen des privaten Arbeitsrechts inhaltlich nach oder verweist ausdrücklich auf Bestimmungen des OR. In diesen Fällen ist das Privatrecht nur mittelbar im öffentlichen Personalrecht anwendbar, was diese privatrechtlichen Regelungen formell zu öffentlichem Recht werden lässt. Die privatrechtlichen Regelungen werden durch diese Übernahme ins öffentliche Recht unter Umständen verändert, da den Besonderheiten des öffentlichen Rechts Rechnung zu tragen ist. Das Bundesgericht erachtet etwa eine längere Frist bis zur Erklärung der fristlosen Kündigung im öffentlichen Recht als gerechtfertigt, da die öffentliche Arbeitgeberin an die verfassungsrechtlichen Schranken – etwa das rechtliche Gehör – gebunden ist.¹⁹ Mit der stärkeren Übernahme privatrechtlicher Regelungen ins öffentliche Personalrecht nähert sich dieses gleichwohl dem privaten Arbeitsrecht an und wird entsprechend stärker «flexibilisiert».²⁰ Gleichzeitig hat das Bundesgericht es verneint, die zwingenden Bestimmungen des OR als Mindeststandard für das öffentliche Personalrecht anzuwenden.²¹ Auf diese Weise ist das Gemeinwesen bei der Ausgestaltung seines Personalrechts unter Umständen gar freier als es privatrechtliche Arbeitgeberinnen sind.

¹⁷ So etwa § 13 Abs. 1 USZG ZH. Vgl. zur Kritik GRIFFEL, Anstellungen, S. 459 f. m.w.H.

¹⁸ GRIFFEL, Anstellungen, S. 465 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2009.

¹⁹ Vgl. BGE 138 I 113, E. 6.4.

²⁰ BGE 132 II 161, E. 3.1 mit Verweis auf die entsprechende Botschaft des Bundesrats.

²¹ BGE 139 I 57, E. 6.

§2 Rechtsquellen des öffentlichen Personalrechts

A. Gesetzgebung und Stufenbau der Rechtsordnung

Das zuvor erwähnte System der Kompetenzverteilung bringt es mit sich, dass der Bund und die 26 Kantone je ein eigenes Personalrecht erlassen haben. Die Kantone überlassen es zudem typischerweise wiederum ihren Gemeinden, die Anstellungsverhältnisse des Gemeindepersonals im Rahmen der den Gemeinden zugestandenen Autonomie zu regeln. Diese grosse Vielfalt des öffentlichen Personalrechts wird zudem noch dadurch gesteigert, dass auf allen drei Staatsebenen dezentralisierte Verwaltungsträger wie öffentlich-rechtliche Körperschaften oder selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten gewöhnlich eigene personalrechtliche Bestimmungen erlassen können.²²

Als staatliches Recht unterliegt das öffentliche Personalrecht dem Stufenbau der Rechtsordnung, wonach die Rechtsordnung hierarchisch gegliedert ist. Die Verfassung bildet die oberste Stufe der Rechtsordnung, gefolgt von den formellen Gesetzen und den Vorschriften unterhalb der Gesetzesstufe. Letztere werden auf Bundesebene als Verordnungen bezeichnet. Diese Terminologie ist in den Kantonen und Gemeinden nicht einheitlich. Im Kanton Zürich wird der höchste Gemeindeerlass als Gemeindeordnung bezeichnet und ist von den Stimmberechtigten an der Urne anzunehmen.²³ Bei den Erlassen auf unterer Stufe unterscheidet der Kanton Zürich zwischen Gemeindeerlassen und Behördenerlassen, welche beide in der Regel als Verordnungen bezeichnet werden.²⁴ Die Gemeindeerlasse regeln wichtige Materien und werden von der Gemeindeversammlung oder dem Gemeindeparlament unter Vorbehalt des fakultativen Referendums erlassen.²⁵ Behördenerlasse werden durch die Gemeindebehörden beschlossen und regeln weniger wichtige Materien. Die Unterscheidung zwischen Gemeindeerlassen und Behördenerlassen entspricht der Unterscheidung zwischen Gesetz und Verordnung auf kantonaler Ebene.²⁶

²² Sog. Autonome Satzungen, vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 117 ff.

²³ Art. 89 KV ZH; § 4 Abs. 1 GG ZH.

²⁴ JAAG/RÜSSLI, N 2213d.

²⁵ § 4 Abs. 2 GG ZH.

²⁶ JAAG/RÜSSLI, N 2213e.

B. Bedeutung der Judikatur im öffentlichen Personalrecht und Auslegung des Verwaltungsrechts

Das öffentliche Personalrecht ist Teil des Verwaltungsrechts, welches die Verwaltungstätigkeit und damit auch die Anstellung des Verwaltungspersonals regelt. Im Gegensatz etwa zum Zivilrecht oder dem Sozialversicherungsrecht fehlt dem Verwaltungsrecht ein allgemeiner Grunderlass. Das allgemeine Verwaltungsrecht, welches das öffentliche Personalrecht bestimmt, wird daher wesentlich durch die Praxis der Gerichte geprägt. Dabei schaffen die Gerichte sog. Richterrecht, indem sie insbesondere Lücken im geschriebenen Recht ausfüllen und die Arbeit des Gesetzgebers damit ergänzen.

Weit bedeutsamer ist jedoch die Rolle der Gerichte bei der Auslegung des geschriebenen Rechts. Ziel der Gesetzesauslegung ist es, den Sinn einer Rechtsnorm zu ergründen. Dies kann bedeuten, einerseits einen grammatikalisch unklaren Wortlaut zu bestimmen oder andererseits den Sinn einer an sich klaren abstrakten Norm bei der Gesetzesanwendung zu konkretisieren.²⁷ Das Bundesgericht wendet dabei primär die klassischen Methoden der Gesetzesauslegung an, wobei es keiner der Methoden einen Vorrang einräumt, sondern diejenige Methode anwendet, welche im konkreten Fall zu einem vernünftigen Ergebnis führt.²⁸

- (1) Bei der *grammatikalischen Methode*, bestimmt das Gericht mit sprachlichen Erkenntnismitteln den wörtlichen Sinn einer Norm.
- (2) Im Rahmen der *systematischen Auslegung* schliesst das Gericht aus der systematischen Position einer Norm innerhalb eines Erlasses oder im Verhältnis zu anderen Erlassen auf die Tragweite einer Norm. Gerade im öffentlichen Personalrecht kommt der systematischen Auslegung eine bedeutende Rolle zu, da sich hier vielfältige Normebenen und Rechtsgebiete wie das Privatrecht und das öffentliche Recht überlagern.
- (3) Legen Gerichte Normen nach der *historischen Methode* aus, so fragen sie nach dem Sinn, welchen der historische Gesetzgeber einer Norm zugedacht hat, als er diese erliess (subjektiv-historische Methode). Als Auslegungsmittel dienen hier die sog. Materialien, also die Dokumente, welche den Gesetzgebungsprozess begleitet haben (Erlassentwürfe, Botschaften der Regierung sowie parlamentarische Beratungen). Auch der allgemeine historische Hintergrund einer Norm zu ihrem Entstehungszeitpunkt kann bei der historischen Auslegung eine Rolle spielen (objektiv-historische Methode).

²⁷ Vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 175.

²⁸ Vgl. etwa BGE 139 III 491, E. 4.2; 137 V 369, E. 4.4.3.2 sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 177 ff. m.w.H.

- (4) Schliesslich fragen die Gerichte bei der teleologischen Methode nach dem Ziel oder dem Zweck, den eine Norm verfolgt.²⁹

C. Verwaltungsverordnungen

In der Praxis zeigt sich, dass die Gesetzgebung allein oft nicht genügt, um eine verfassungsmässige Rechtsanwendung zu gewährleisten. Die Anforderungen der Grundprinzipien des Verwaltungsrechts,³⁰ wie die Rechtsgleichheit oder die Verhältnismässigkeit, erfordern detaillierte Vorgaben. Die Behörden sind etwa im Bereich der pflichtgemässen Ausübung ihres Ermessens verpflichtet, eine rechtsgleiche Praxis zu etablieren.³¹ Zu diesem Zweck erlassen die Behörden oft Normen, welche sich in erster Linie an die Verwaltung selbst richten. Übergeordnete Verwaltungseinheiten machen den untergeordneten Stellen gestützt auf den hierarchischen Aufbau der Zentralverwaltung Vorgaben, wie Normen ausgelegt oder wie das Ermessen bei der Rechtsanwendung ausgeübt werden soll.³² Solche Normen werden in Abgrenzung zu den Rechtsverordnungen als *Verwaltungsverordnungen* bezeichnet, da sie sich nur an die Verwaltung selbst richten und daher nicht zu den Rechtsquellen gezählt werden.³³ Verwaltungsverordnungen können daher von den Privaten in der Regel nicht direkt angefochten werden.³⁴ Bei der Anfechtung einer Verfügung kann jedoch geltend gemacht werden, die in der Verwaltungsverordnung vorgeschriebene Praxis sei rechtswidrig. Die Gerichte weichen aber nicht ohne Not von Verwaltungsverordnungen ab.³⁵

Der Begriff Verwaltungsverordnung ist ein Sammelbegriff für eine Vielzahl von Erscheinungsformen.³⁶ Macht eine übergeordnete Behörde generelle Weisungen für eine Vielzahl von Anwendungsfällen, so werden diese Anweisungen als generelle Dienstanweisungen bzw. als Verwaltungsverordnungen bezeichnet.³⁷ In den Kantonen werden diese Verwaltungsverordnungen aber unterschiedlich bezeichnet. Im öffentlichen Personalrecht sind dabei etwa die in einer Reihe von Kantonen verbreiteten Personalhandbücher relevant, welche die Praxis zum kantonalen Personalrecht darstellen. Je nach Grad der Verbindlichkeit für die kantonalen Verwaltungsstellen

²⁹ Vgl. dazu etwa GÄCHTER, § 26 N 10 ff.

³⁰ Vgl. dazu unten § 3.

³¹ Vgl. dazu unten § 3B.V.

³² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 598.

³³ Vgl. BIAGGINI, § 9 N 12; GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 127.

³⁴ Es sei denn, sie zeitigen Aussenwirkungen, vgl. GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 129 m.w.H.

³⁵ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 127.

³⁶ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 126.

³⁷ GRIFFEL, Verwaltungsrecht, N 126.

stellen diese Personalhandbücher bloss Empfehlungen dar, oder es kann sich dabei um Verwaltungsverordnungen handeln, welche von den untergeordneten Stellen zwingend zu befolgen sind.

§ 3 Grundprinzipien des Verwaltungsrechts

A. Begriff und Bedeutung

Das Verwaltungsrecht und damit auch das öffentliche Personalrecht werden von fünf Grundprinzipien beherrscht, welche heute auch auf Verfassungsstufe geregelt werden.³⁸ Diese auch als *Grundsätze des Verwaltungsrechts* bezeichneten Prinzipien binden den Staat in seinem gesamten Handeln und gelten, selbst wenn der Staat etwa privatrechtliche Arbeitsverhältnisse schliesst.³⁹

B. Legalitätsprinzip

I. Bedeutung und Funktion

Gemäss Art. 5 Abs. 1 BV ist das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Die Verwaltungstätigkeit des Staates wird damit umfassend an das Gesetz gebunden: Der Staat muss sich nicht nur an die Vorgaben des Gesetzes halten, sondern kann überhaupt nur gestützt auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage handeln.⁴⁰ Mit dieser Vorgabe will die Verfassung sowohl rechtsstaatliche als auch demokratische Funktionen erfüllen. Aus rechtsstaatlicher Perspektive soll das Gesetz dazu dienen, staatliches Handeln vorhersehbar und berechenbar zu machen und damit die Rechtssicherheit zu gewährleisten, sowie sicherzustellen, dass das Recht in ähnlich gelagerten Fällen gleich angewendet wird, was mithelfen soll, die Rechtsgleichheit zu wahren.⁴¹ Aus demokratischer Sicht verknüpft die Gesetzgebung durch die demokratisch gewählten Behörden das staatliche Handeln mit der nötigen demokratischen Legitimation.⁴²

³⁸ Vgl. Art. 5, 8 und 9 BV.

³⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 320 ff.

⁴⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 325.

⁴¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 329 f.

⁴² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 333.

II. Erfordernis des Rechtssatzes

Bei der gesetzlichen Grundlage des staatlichen Handelns muss es sich um einen generell-abstrakten Rechtssatz handeln, welcher genügend bestimmt sein muss. Diese Anforderung bezeichnen Lehre und Praxis als das Erfordernis des Rechtssatzes. Generell-abstrakt ist ein Rechtssatz, wenn er sich an eine unbestimmte Zahl von Adressaten richtet (generell) sowie eine unbestimmte Zahl von Fällen regelt (abstrakt).⁴³ Damit grenzt sich der Rechtssatz vom Anwendungsakt an, wie ihn etwa eine Verfügung darstellt. Die Verfügung gilt als individuell-konkret, da sie den generell-abstrakten Rechtssatz auf einen konkreten Fall anwendet und sich an individuell bestimmte Adressaten richtet. Keine Rechtssätze stellen in diesem Sinne verwaltungsinterne Richtlinien dar, da solche als Verwaltungsverordnungen bezeichneten generellen Dienstanweisungen einer Verwaltungsbehörde keine Rechte und Pflichten von Privaten begründen können.⁴⁴

Die generell-abstrakte Norm muss zudem genügend bestimmt sein. Der Gesetzgeber hat den Rechtssatz demnach genügend konkret zu formulieren, damit das staatliche Handeln vorhersehbar wird. Dies dient sowohl der Rechtssicherheit als auch der Rechtsgleichheit, weil auf diese Weise gleichartige Fälle gleich behandelt werden können. Der Grad der Bestimmtheit einer Norm wird durch das Bundesgericht nicht abstrakt definiert, sondern je nach Konstellation unterschiedlich gehandhabt.⁴⁵ So sind die Anforderungen etwa höher, wenn staatliches Handeln in Grundrechte eingreift, oder tiefer, wenn die Betroffenen ein Rechtsverhältnis mit dem Gemeinwesen freiwillig eingegangen sind.⁴⁶ Bei öffentlichen Dienstverhältnissen sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Rechtssätze grundsätzlich herabgesetzt, da das öffentliche Personal sich im Verhältnis zum Staat in einem Sonderstatusverhältnis befindet.⁴⁷

III. Erfordernis der Gesetzesform

Das Legalitätsprinzip verknüpft die Anforderung eines generell-abstrakten Rechtssatzes mit der demokratischen Legitimation, indem für wichtige Rechtsnormen ein Rechtssatz vorausgesetzt wird, welcher im qualifizierten formellen Gesetzgebungsverfahren durch das direkt gewählte Parlament sowie gegebenenfalls unter Mitwir-

⁴³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 338 ff.

⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 81 ff.

⁴⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 342 ff.

⁴⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 344 m.w.H.

⁴⁷ Vgl. dazu unten § 3B.VI.

kung der Stimmberechtigten beschlossen wurde.⁴⁸ Weniger wichtige Normen können hingegen auch durch die Regierung oder die Verwaltung und damit ohne Mitwirkung des Parlaments verabschiedet werden. Was wichtige Normen sind, kann jedoch ebenfalls nicht abstrakt definiert werden. Auf Bundesebene umschreibt Art. 164 Abs. 1 lit. a-g BV beispielhaft Bereiche, innerhalb derer wichtige Materien geregelt werden. Das Bundesgericht hat in seiner Praxis Kriterien entwickelt, nach welchen es bestimmt, ob eine Materie als wichtig gilt. So müssen etwa schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten in einem formellen Gesetz abgestützt sein.⁴⁹ Ebenfalls eines formellen Gesetzes bedürfen Regelungen, welche eine grosse Zahl von Privaten betreffen und eine grössere finanzielle Tragweite aufweisen oder Massnahmen, welche bei den Rechtsunterworfenen tendenziell auf wenig Akzeptanz stossen.⁵⁰ Eher auf tieferer Normstufe können Materien geregelt werden, wenn es sich um Regelungen handelt, welche häufiger anzupassen sind, etwa Normen, die von technischen Entwicklungen abhängig sind. Ist bei Normen technischer Sachverstand nötig, um diese auszuarbeiten, und liegt dieser bei untergeordneten Behörden eher vor als beim Parlament, so anerkennt das Bundesgericht dies ebenfalls als Grund, Materien auf tieferer Normstufe zu regeln.⁵¹

IV. Gesetzesdelegation

Der Begriff der Gesetzesdelegation bezeichnet die Übertragung von Rechtsetzungskompetenzen, wobei hier nur die Übertragung vom Gesetzgeber auf den Verordnungsgeber behandelt wird.⁵² Mit der Gesetzesdelegation wird der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen, da es grundsätzlich am Gesetzgeber ist, über die inhaltlich wichtigen Materien zu bestimmen. Gleichwohl ist die Gesetzesdelegation heute anerkannt und in der Bundesverfassung ausdrücklich vorgesehen.⁵³ Die gesetzgebende Gewalt darf demnach Rechtsetzungsbefugnisse an die Verwaltung oder andere untergeordnete Subjekte des öffentlichen Rechts übertragen, sofern die vom Bundesgericht entwickelten Voraussetzungen eingehalten werden. So darf die Verfassung die Gesetzesdelegation in einem bestimmten Bereich nicht ausschliessen, die Delegationsnorm muss in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein, welches auch die Grundzüge der Regelung enthält, und die Delegation muss sich auf bestimmte, genau umschriebene Materien beschränken.⁵⁴

⁴⁸ Vgl. für die Bundesebene Art. 164 Abs. 1 BV.

⁴⁹ Vgl. auch Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV.

⁵⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 354.

⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 359 ff.

⁵² Vgl. zur Abgrenzung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 364.

⁵³ Art. 164 Abs. 2 BV.

⁵⁴ Vgl. für eine Übersicht der Voraussetzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 368 ff. m.w.H.

Im Sachbereich des öffentlichen Personalrechts kommt der Gesetzesdelegation regelmässig eine grosse Bedeutung zu. Auf Bundesebene ermächtigt etwa Art. 37 BPG den Bundesrat, die Ausführungsbestimmungen zum Bundespersonalgesetz zu erlassen. Der Bundesrat hat gestützt auf diese Norm u.a. die Bundespersonalverordnung (BPV) erlassen, welche die Arbeitsverhältnisse des Bundespersonals detaillierter regelt.

V. Ermessen

Die staatlichen Behörden dürfen gemäss Art. 5 Abs. 1 BV nur gestützt auf einen generell-abstrakten Rechtssatz tätig werden. Es ist jedoch nicht möglich, durch solche Rechtssätze die Verwaltungstätigkeit vollständig vorzubestimmen. Dem begegnet der Gesetzgeber durch mehr oder weniger offen formulierte Normen, die den Verwaltungsbehörden einen Entscheidungsspielraum und die nötige Flexibilität einräumen, um auf veränderte Verhältnisse reagieren zu können. Dieser Spielraum, welchen offene Normen der Verwaltung einräumt, wird als Ermessen bezeichnet.⁵⁵

Je nachdem, welches Ermessen der Behörde zukommt, wird zwischen Entschliessungsermessen und Auswahlermessen unterschieden.

- (1) *Entschliessungsermessen*: Den Behörden wird bei der Frage, ob eine Massnahme ergriffen werden soll oder nicht, ein Spielraum eingeräumt.⁵⁶ Als Beispiel sei § 31 PersG AG zur Haftung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter genannt. Nach Abs. 1 sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für den Schaden verantwortlich, den sie dem Kanton absichtlich oder grobfahrlässig zufügen. § 31 Abs. 3 PersG AG lautet danach: «Auf eine Schadenersatzforderung kann verzichtet werden, insbesondere wenn diese die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter unverhältnismässig hart treffen würde.» Die Behörde hat damit unter den genannten Voraussetzungen ein Ermessen bei der Frage, ob sie auf eine Schadenersatzforderung verzichten will.
- (2) *Auswahlermessen*: Die Behörde kann zwischen verschiedenen Massnahmen auswählen oder diese unterschiedlich ausgestalten.⁵⁷ Beispielsweise ermöglicht Art. 41 Abs. 1 PG SH der Anstellungsbehörde, Massnahmen zu treffen, wenn die Leistungen oder das Verhalten der Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern den Anforderungen nicht genügten. Abs. 2 dieser Bestimmung lautet: «Insbesondere kann sie a) eine Ermahnung aussprechen; b) einen Verweis erteilen; c) eine Bewährungsfrist ansetzen [...]». Die Behörde kann damit aus diesen Massnahmen auswählen, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist.

⁵⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 390 ff.

⁵⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 398.

⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 401.

Ermessen bedeutet nun nicht, dass die Behörde völlig frei darin wäre, welche Massnahme sie auswählt oder ob sie eine Massnahme ergreift. Die Verwaltung hat ihr Ermessen in jedem Fall pflichtgemäss auszuüben, was bedeutet, dass sie dabei an die Verfassung und deren Prinzipien gebunden ist. Die Massnahme hat damit unter anderem die Prinzipien des Verwaltungsrechts zu beachten (insb. die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und das öffentliche Interesse) und muss angemessen (zweckmässig) sein.⁵⁸

Gerichte können die Ausübung des Ermessens typischerweise nur daraufhin überprüfen, ob die Behörde ihr Ermessen missbraucht oder dieses über- oder unterschritten hat. Im Falle des Ermessensmissbrauchs stellt eine Behörde zwar auf die von einer Norm umschriebenen Voraussetzungen ab, übt ihr Ermessen aber in einer Art und Weise aus, die unsachlich ist oder allgemeine Verfassungsprinzipien verletzt.⁵⁹ Die Behörde überschreitet ihr Ermessen, wenn die Norm ihr ein solches gar nicht zugesteht; sie unterschreitet es hingegen, wenn sie ein vom Rechtssatz eingeräumtes Interesse gar nicht ausübt.⁶⁰ Unangemessen ist ein Entscheid hingegen, wenn er nicht zweckmässig ist, was eine Wertung des behördlichen Entscheids erfordert. Die Angemessenheit eines Entscheides können Gerichte daher – im Gegensatz zu verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen – oft nicht überprüfen.⁶¹

VI. Sonderstatusverhältnis

Das Personal des öffentlichen Dienstes steht in einem besonders engen Rechtsverhältnis zum Staat, was als Sonderverhältnis bezeichnet wird und besondere Pflichten mit sich bringt. Das Personal muss sich unter Umständen Einschränkungen der Freiheitsrechte gefallen lassen, wie sie für andere Personen nicht zulässig wären. Zwar gilt das Legalitätsprinzip auch im Sonderstatusverhältnis, doch sind die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtssatzes geringer (Normdichte), soweit sich die Einschränkungen aus der Natur des Sonderstatusverhältnisses ergeben.⁶² Auch an die Normstufe stellt das Bundesgericht weniger hohe Anforderungen und verlangt vom Gesetzgeber lediglich, dass er die Grundzüge der Einschränkungen durch das Sonderstatusverhältnis im Gesetz im formellen Sinn regelt. Auch schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte benötigen eine Grundlage im Gesetz. So erfordert etwa

⁵⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 409 ff.

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 434 ff.

⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 437 ff.

⁶¹ Vgl. etwa für den Kanton Zürich § 50 i.V.m. § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG ZH (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 lit. c VRG ZH (Rekurs) sowie im Allgemeinen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 437 ff.

⁶² Urteil BGer 2C_165/2011 vom 24. Juni 2011, E. 3.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 452.

ein Streikverbot für das Gesundheitspersonal ein Gesetz im formellen Sinn.⁶³ Andere Einschränkungen der Rechte von Personen im Sonderstatusverhältnis können aber auch auf Verordnungsstufe vorgesehen sein.⁶⁴

C. Rechtsgleichheit und Willkürverbot

I. Rechtsgleichheit

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit gilt für alle Staatsorgane in allen Funktionen und ist gleichzeitig ein verfassungsmässiges Recht (Art. 8 Abs. 1 BV). Eng damit verbunden ist das Diskriminierungsverbot, welches untersagt, Personen aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche sich durch besondere Merkmale auszeichnet, die sie nicht frei wählen können, zu benachteiligen.⁶⁵ Des Weiteren hat der Gesetzgeber mit dem Erlass des Gleichstellungsgesetzes (GlG) seinen verfassungsmässigen Auftrag zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau erfüllt, womit Diskriminierungen auch in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen untersagt sind.⁶⁶ Der Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit ergibt sich zudem direkt aus der Bundesverfassung.⁶⁷

Die Rechtsgleichheit vermittelt einen Anspruch auf Gleichbehandlung, was das Bundesgericht regelmässig damit umschreibt, dass «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich» behandelt werden müsse. Bei der Qualifizierung zweier Sachverhalte als gleich oder ungleich müssen sich die Behörden auf wesentliche Tatsachen abstützen.⁶⁸ Im öffentlichen Personalrecht kommt dem Gleichbehandlungsanspruch eine grosse Bedeutung zu, etwa bei der Ausgestaltung der Entlohnung oder anderen Ansprüchen der Angestellten. Dieser Gleichbehandlungsanspruch sorgt damit auch zu einem grossen Grad für die Unterscheidung zwischen privatem Arbeitsrecht und öffentlichem Personalrecht, da das Gemeinwesen durchgängig zur Gleichbehandlung verpflichtet ist.

So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass es nicht gegen den Gleichbehandlungsanspruch verstösst, wenn die Mitglieder des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich einer tieferen Lohnklasse zugeteilt sind als die Mitglieder der ande-

⁶³ BGE 144 I 306, E. 4.4.1.

⁶⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 454.

⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 565 f.

⁶⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 570.

⁶⁷ Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV.

⁶⁸ Vgl. etwa Urteil BGer 8C_572/2020 vom 6. Mai 2021, E. 2.2.

ren obersten kantonalen Gerichte.⁶⁹ Aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots kann es problematisch sein, wenn ein Gemeinwesen für vergleichbare Funktionen sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Arbeitsvertragsverhältnisse vorsieht.⁷⁰ Mit dem Gleichbehandlungsanspruch hängt die Kritik der Lehre am öffentlich-rechtlichen Vertrag im Personalrecht zusammen, da ein Vertrag begriffsnotwendig einen Verhandlungsspielraum für die Parteien voraussetzt. Der Verhandlungsspielraum wird durch das Gleichbehandlungsgebot aber eingeschränkt.⁷¹

Im Zusammenhang mit Änderungen von Besoldungsverordnungen kann es dazu kommen, dass bereits im Dienst stehende Angestellte für gleiche Funktionen unterschiedliche Entlöhnungen erhalten. Eine solche unterschiedliche Behandlung ist zulässig, solange diese sachlich gerechtfertigt ist und die Unterschiede nicht übermässig sind.⁷²

Das Bundesgericht anerkennt grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, was bedeutet, dass aus einer vom Gesetz abweichenden Entscheidung in einem einzelnen oder wenigen Fällen nicht der Anspruch abgeleitet werden kann, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden.⁷³

II. Willkürverbot

Willkürlich handelt ein Gemeinwesen, wenn dessen Entscheid «offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgrundsatz zuwiderläuft». ⁷⁴ Solche qualifizierten Verstösse liegen etwa bei groben Fehlern bei der Ermittlung des Sachverhalts vor oder wenn allgemeine Rechtsgrundsätze oder Rechtssätze offensichtlich missachtet werden.⁷⁵ Damit stellt das Bundesgericht hohe Anforderungen an die Rüge der Willkür.

Das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot können sich in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, wenn das Gemeinwesen zwei vergleichbare Sachverhalte gestützt auf qualifiziert unsachliche Gründe gleich oder ungleich behandelt. Während das Rechtsgleichheitsgebot stets einen Vergleich zwischen zwei Sachverhalten voraussetzt, so ist das Willkürverbot für jedes staatliche Handeln anwendbar.

⁶⁹ BGE 138 I 321, E. 2 ff.

⁷⁰ GRIFFEL, Anstellungen, S. 462.

⁷¹ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 453 m.w.H.

⁷² BGE 118 Ia 245, E. 5c, 5d; vgl. auch HÄNNI, S. 208 f.

⁷³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 599 ff. m.w.H.

⁷⁴ BGE 131 I 467, E. 3.1.

⁷⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 606 f.

So hatte das Bundesgericht etwa eine Bestimmung der Mittelschul- und Berufsschullehrerverordnung des Kantons Zürich anhand des Willkürverbots zu prüfen. Die betreffende Bestimmung sah vor, dass Lehrkräfte an Berufsmaturitätsschulen über einen «Hochschulabschluss» verfügen müssen. Das Mittelschul- und Berufsbildungsamt legte diese Bestimmung dahingehend aus, dass damit ein universitärer Abschluss gemeint sei. Gestützt auf diese Auslegung reihte der Kanton Zürich die Beschwerdeführerin, welche über einen Abschluss einer Fachhochschule verfügte, in eine tiefere Lohnklasse ein. Das Bundesgericht kann zum Schluss, dass der Abschluss einer Fachhochschule nicht in jedem Fall gleichwertig sei wie der Abschluss einer Universität und erachtete die Auslegung der fraglichen Bestimmung durch den Kanton Zürich daher nicht als willkürlich.⁷⁶

D. Öffentliches Interesse

Der Staat muss sich für alle seine Tätigkeiten auf ein öffentliches Interesse berufen können.⁷⁷ Der Begriff des öffentlichen Interesses kann jedoch nicht allgemeingültig definiert werden, sondern ist insbesondere abhängig von den gesetzlichen Vorgaben und daher mit dem Legalitätsprinzip verknüpft.⁷⁸ Gleichwohl haben sich in der verwaltungsrechtlichen Praxis eine Reihe von Kategorien ausgebildet, welche solche Interessen zusammenfassen. Neben den polizeilichen Interessen (z.B. öffentliche Ordnung und Sicherheit) sind dies etwa soziale und sozialpolitische Interessen oder rechtsstaatliche Interessen.⁷⁹ Öffentliche Interessen sind zudem zeitlich und örtlich wandelbar, was sich daran zeigt, dass in den letzten Jahrzehnten eine Reihe von öffentlichen Interessen neu geschaffen oder in ihrer Bedeutung verstärkt wurden, wie die Raumplanung oder der Umweltschutz.

Im öffentlichen Personalrecht ist typischerweise das öffentliche Interesse an einer geordneten Verwaltungsführung relevant. Gestützt auf dieses Interesse können Gemeinwesen für bestimmte Mitarbeitende etwa eine Wohnsitzpflicht vorsehen, falls eine solche für die Aufgabenerfüllung notwendig ist.⁸⁰ Dieses öffentliche Interesse wird durch entgegenstehende private Interessen begrenzt. Im Falle der Wohnsitzpflicht wird das private Interesse der Angestellten an ihrer Niederlassungsfreiheit eingeschränkt.⁸¹ Früher hat das Bundesgericht ein öffentliches Interesse an der Verbundenheit der Staatsangestellten mit dem Gemeinwesen als schützenswert und solche

⁷⁶ Urteil BGer 8C_676/2020 vom 21. Dezember 2020, E. 5.

⁷⁷ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁷⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 462.

⁷⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 472 ff.

⁸⁰ Vgl. etwa Art. 21 Abs. 1 lit. a BPG.

⁸¹ Art. 24 Abs. 1 BV.

Wohnsitzpflichten für Beamte im Allgemeinen als zulässig erachtet. Heute lässt es diese Einschränkung der Niederlassungsfreiheit nur noch zu, wenn dienstliche Gründe dies erfordern, sowie bei Tätigkeiten, die eine enge Verbundenheit mit dem Gemeinwesen voraussetzen, wie es bei politisch gewählten Amtsträgerinnen und Amtsträgern der Fall sein kann.⁸²

E. Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass Verwaltungsmassnahmen im Verhältnis zu den Einschränkungen, welche diese Massnahmen für die Privaten bewirken, verhältnismässig sind.⁸³ Lehre und Praxis gliedern die Verhältnismässigkeitsprüfung in drei Aspekte auf. Da die Massnahmen ein Ziel verfolgen, welches im öffentlichen Interesse liegen muss, wird dabei im ersten Schritt geprüft, ob die Massnahme überhaupt *geeignet* ist, das Ziel zu erreichen. Das Bundesgericht verlangt, dass eine Massnahme zumindest nicht am Ziel vorbeischießt.⁸⁴ In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Massnahme *erforderlich* ist oder ob das Ziel mit Massnahmen erreicht werden könnte, welche für die Privaten mit weniger Einschränkungen verbunden sind.⁸⁵ In einem dritten Schritt werden schliesslich die verfolgten öffentlichen Interessen gegen die betroffenen privaten Interessen abgewogen (*Zumutbarkeit*).⁸⁶

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit spielt im öffentlichen Personalrecht eine zentrale Rolle. Jede personalrechtliche Massnahme hat verhältnismässig zu sein. Stehen einer Behörde verschiedene Massnahmen zur Verfügung, welche das im öffentlichen Interesse liegende Ziel erreichen können, so hat sie diejenige Massnahme zu wählen, welche für die Angestellten mit geringstmöglichen Einschränkungen verbunden ist. Im Falle von disziplinarischen Massnahmen kann dies bedeuten, dass die Behörde zuerst mildere Massnahmen wie eine Mahnung oder Bewährungsfrist wählen muss, bevor sie einschneidendere Massnahmen treffen kann, wie beispielsweise eine Kündigung.⁸⁷

⁸² Vgl. die Darstellung der Praxis im Urteil BGer 8C_733/2018 vom 13. Juni 2019, E. 4.3.1.

⁸³ Art. 5 Abs. 2 BV.

⁸⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 522 ff.

⁸⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 527 ff.

⁸⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 555 ff.

⁸⁷ Vgl. etwa im Zusammenhang mit ungebührlichem Verhalten einer Führungsperson Urteil des BVGer A-4744/2019 vom 6. April 2022, E. 9.2.11.

F. Treu und Glauben im öffentlichen Recht

Der Grundsatz von Treu und Glauben gilt nicht nur im Privatrecht,⁸⁸ sondern auch im öffentlichen Recht.⁸⁹ Dieser Grundsatz verpflichtet sowohl die staatlichen Organe als auch die Privaten zu einem loyalen und vertrauenswürdigen Verhalten.⁹⁰ Praktisch wird der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht vor allem in zwei Konstellationen relevant.⁹¹ So können sich die Privaten gegenüber dem Staat auf den Vertrauensschutz berufen, wenn der Staat durch sein Verhalten berechnete Erwartungen bei den Privaten geweckt hat. Der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht verbietet dem Staat und den Privaten zudem sowohl widersprüchliches als auch rechtsmissbräuchliches Verhalten.

I. Vertrauensschutz

Private haben Anspruch darauf, dass sie in ihrem Vertrauen auf staatliche Zusicherungen oder andere Handlungen unter gewissen Voraussetzungen geschützt werden. Grundlage des Vertrauens können sowohl Rechtsanwendungsakte wie Verfügungen und Entscheide sein sowie auch blosser Aussagen oder Zusicherungen.⁹² Verfügungen, wie etwa eine Anstellungsverfügung, begründen die berechnete Erwartung, dass das Arbeitsverhältnis tatsächlich entsteht. Verfügungen sind aus diesem Grund nur unter erschwerten Bedingungen abänderbar.⁹³ Das gilt ebenso für verwaltungsrechtliche Verträge,⁹⁴ mit welchen in den meisten Kantonen und im Bund Arbeitsverhältnisse begründet werden.

Rechtssetzungsakte wie Gesetze oder Verordnungen stellen jedoch grundsätzlich keine Vertrauensgrundlage dar, da sich generell-abstrakte Rechtsnormen dadurch auszeichnen, dass sie grundsätzlich jederzeit abänderbar sind. Aus dem Vertrauensschutz kann sich der Anspruch auf eine Übergangsregelung ergeben, wenn eine Rechtsänderung in schwerwiegender Weise in bestehende Rechtspositionen von Privaten eingreift.⁹⁵ Die Praxis des Bundesgerichts ist insbesondere bei Lohnreduktionen eher streng. So erachtete das Gericht es als zulässig, die Besoldung eines Gemeindeprä-

⁸⁸ Art. 2 Abs. 1 ZGB.

⁸⁹ Art. 5 Abs. 3 BV.

⁹⁰ Vgl. etwa BGE 136 II 187, E. 8.1.

⁹¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 620 f.

⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 627 ff.

⁹³ Vgl. zu den Voraussetzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1213 ff.

⁹⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 632 ff.

⁹⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 641 m.w.H.

sidenten durch Änderung der gesetzlichen Grundlagen und mit einer Übergangsfrist von drei Monaten um 10–15 % zu kürzen.⁹⁶

Neben einer Vertrauensgrundlage müssen Private darlegen können, dass sie von der Vertrauensgrundlage Kenntnis hatten und sich auch tatsächlich auf deren Gültigkeit verlassen haben. Dies kann von Bedeutung sein, wenn die Vertrauensgrundlage zwar vorliegt, die Privaten aber Kenntnis davon hatten, dass diese fehlerhaft war.⁹⁷

Schliesslich müssen Private gestützt auf die fehlerhafte Grundlage Dispositionen getätigt haben, welche nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden können. Beim Widerruf einer begünstigenden Verfügung gilt der Vertrauensschutz unter Umständen, selbst wenn noch keine Dispositionen getätigt wurden.⁹⁸ In jeden Fall muss die Behörde ein allenfalls vorhandenes öffentliches Interesse gegenüber dem Vertrauensschutz abwägen. Kommt diesem öffentlichen Interesse im Einzelfall höheres Gewicht zu, so ist immerhin eine finanzielle Entschädigung im Umfang des Vertrauensschadens zu prüfen.⁹⁹

Eine in der Praxis wichtige Kategorie von Vertrauensgrundlagen stellen behördliche Auskünfte und Zusicherungen dar. Hierbei stellt das Bundesgericht zusätzliche Anforderungen an einen Anspruch auf Vertrauensschutz. So hat die Auskunft eine gewisse Bestimmtheit aufzuweisen, und die auskunftserteilende Behörde muss in der fraglichen Angelegenheit kompetent sein. Solange die Unzuständigkeit nicht offensichtlich ist, muss ein Gericht anhand von objektiven und subjektiven Kriterien beurteilen, ob die Privaten hätten erkennen können, dass die Auskunft von einer unzuständigen Behörde ausging.¹⁰⁰

Einer Behörde kann es etwa aus Gründen des Vertrauensschutzes untersagt sein, eine Anstellungsverfügung zu widerrufen, selbst wenn der darin festgesetzte Lohn der Besoldungsregel widerspricht. Die Behörde kann die Besoldungsregel sodann nur ordentlich unter Wahrung der Kündigungsfrist ändern.¹⁰¹

⁹⁶ Urteil BGer 1C_230/2007 vom 11. März 2008, E. 4 m.w.H.

⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 654 ff.

⁹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 659 ff.

⁹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 706 ff.

¹⁰⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen etwa BGE 121 V 65, E. 2a.

¹⁰¹ Urteil VGer ZH PB.2000.00015 vom 12. Oktober 2000, E. 2.

II. Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und Rechtsmissbrauchsverbot

Der Grundsatz von Treu und Glauben stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar, welcher es sowohl dem Staat als auch den Privaten verbietet, sich widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Widersprüchlich verhält sich, wer einen einmal eingenommenen Standpunkt ohne sachliche Gründe ändert. Die Anforderungen an die staatlichen Behörden im Hinblick auf ein widerspruchsfreies Verhalten sind strenger als an Private.¹⁰² Rechtsmissbräuchlich ist etwa die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts.¹⁰³

Weder rechtsmissbräuchlich noch widersprüchlich ist es nach Ansicht des Bundesgerichts, wenn Angestellte mit einer Lohndiskriminierungsklage nach Gleichstellungsgesetz zuwarten und danach auch für den Zeitraum vor Klageeinreichung einen diskriminierungsfreien Lohn fordern. Der Umstand, dass diese einem Vertrag mit diskriminierendem Lohn zugestimmt haben, kann daran nichts ändern.¹⁰⁴ Widersprüchliches Verhalten kann eine an sich rechtmässige Kündigung missbräuchlich werden lassen, etwa indem die Arbeitgeberin ein falsches oder verdecktes Spiel treibt, indem sie Erwartungen weckt und diese anschliessend enttäuscht.¹⁰⁵ In diesem Zusammenhang hat die Arbeitgeberin etwa grundsätzlich die Ergebnisse eines eröffneten Disziplinarverfahrens abzuwarten, bis sie gestützt auf dessen Ergebnisse eine Kündigung verfügt.¹⁰⁶

¹⁰² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 712 ff.

¹⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 722 ff.

¹⁰⁴ BGE 131 I 105, E. 3.3. Bei Lohngleichheitsklagen nach dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot besteht demgegenüber der Anspruch auf Korrektur nur für die Zukunft und innert angemessener Frist (E. 3.6.–3.8).

¹⁰⁵ Urteil BGer 8C_334/2015 vom 19. August 2015, E. 4.2.

¹⁰⁶ Vgl. Urteil BGer 8C_895/2015 vom 8. März 2016, E. 5.2.3

§4 Q & A

A. Warum ist die Zuordnung eines Arbeitsverhältnisses zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht bedeutsam?

In formeller Hinsicht kommen für das Arbeitsverhältnis je nach Zuordnung unterschiedliche Teilrechtsordnungen zur Anwendung. Ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis untersteht grundsätzlich dem OR, während für ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis das öffentliche Personalrecht des entsprechenden Gemeinwesens zur Anwendung kommt. Daraus folgt, dass unterschiedliche Gerichte für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zuständig sind.

In materieller Hinsicht unterscheiden sich das OR und öffentliches Personalrecht ebenfalls, indem etwa für eine Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses regelmässig ein sachlicher Grund vorliegen muss. Im Bereich des öffentlichen Rechts gelten zudem die verfassungsrechtlichen Garantien und die verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien. Eine Kündigung muss demnach in jedem Fall dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen, was voraussetzt, dass keine mildereren Massnahmen möglich sind, um das beabsichtigte Ziel zu erreichen.

B. Welcher Stellenwert kommt Personalhandbüchern zu?

Eine Reihe von Kantonen fasst ihre Praxis zum kantonalen Personalrecht in Personalhandbüchern zusammen. Diese Handbücher stellen keine Rechtsquellen im Sinne von Gesetzen oder Verordnungen dar, da sie sich in erster Linie an die Verwaltung selbst richten. Gleichzeitig dienen sie inzwischen auch der Information der Mitarbeitenden bzw. der Öffentlichkeit, indem sie teilweise über das Internet frei zugänglich sind. Der Inhalt der Personalhandbücher ist sehr divers. So geben die Personalhandbücher Weisungen der Verwaltungsbehörden wieder, die für sich selbst gesehen Verwaltungsverordnungen darstellen. Das Personalhandbuch selbst stellt für gewöhnlich aber keine Verwaltungsverordnung dar, sondern beschreibt im Wesentlichen, wie die personalrechtlichen Grundlagen anzuwenden sind, indem Rechtsgrundlagen, Gerichtsentscheide, Weisungen oder Beschlüsse der Regierung verknüpft werden. Dies schliesst nicht aus, dass die in einem Personalhandbuch dargestellte Praxis von den Gerichten im Streitfall berücksichtigt wird, dies jedoch nicht im Sinne einer Rechtsquelle.

C. Gelten die Grundprinzipien des Verwaltungsrechts auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse des Staates?

Der Staat schliesst aus unterschiedlichen Gründen auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, wobei es dazu einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage bedarf. Im Gegensatz zu einem rein privatrechtlichen Arbeitgeber hat der Staat jedoch in all seinem Handeln die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen. Neben der gesetzlichen Grundlage hat der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) oder das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie die Grundrechte zu beachten. Diese Vorgaben wirken damit in die privatrechtlichen Verhältnisse hinein, weshalb die entsprechenden Rechtsverhältnisse in der Lehre auch schon als «OR plus» bezeichnet wurden, da neben dem Obligationenrecht die Grundrechte und die verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien zur Anwendung kommen.¹⁰⁷

¹⁰⁷ GRIFFEL, Anstellungen, S. 465 ff.

Kapitel 2: Begründung des Anstellungsverhältnisses

§1 Stellenausschreibung

A. Inhalt

I. Diskriminierungsfreie Ausschreibung

Die Stellenausschreibung darf das Diskriminierungsverbot nicht verletzen.¹⁰⁸ Was insbesondere das Verbot der Geschlechterdiskriminierung und das Gleichstellungsgebot in Bezug auf Mann und Frau betrifft,¹⁰⁹ so statuieren Personalrechte oftmals explizit, dass die Stellenausschreibung in männlicher und weiblicher oder in geschlechterneutraler Form zu erfolgen hat.¹¹⁰

II. Weiteres

Gewisse Personalrechte sehen im Zusammenhang mit der Stellenausschreibung zwingend gewisse Angaben in der Stellenausschreibung vor. Im Personalrecht des Kantons Zürich ist vorgeschrieben, dass die Ausschreibung gegebenenfalls Hinweise auf die Eignung der Stelle für Teilzeitbeschäftigung und für den beruflichen Wiedereinstieg enthält.¹¹¹ Das Bundespersonalrecht schreibt vor, dass in der Ausschreibung erwähnt werden muss, wenn das Schweizer Bürgerrecht Anstellungsvoraussetzung ist.¹¹²

B. Verfahren: Öffentliche Ausschreibung

Offene Stellen sind grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Dies ergibt sich im Grundsatz bereits aus dem Gleichbehandlungsgebot.¹¹³ Viele Personalrechte wie das Personalrecht des Kantons Zürich oder das Bundespersonalrecht sehen dies explizit vor.¹¹⁴ Ausnahmen hiervon sind zulässig, sofern sie gesetzlich vorgesehen und sach-

¹⁰⁸ Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁰⁹ Art. 8 Abs. 2 und 3 BV.

¹¹⁰ Vgl. z.B. § 11 Abs. 2 Satz 1 VVO ZH.

¹¹¹ § 11 Abs. 2 Satz 2 VVO ZH.

¹¹² Art. 8 Abs. 3 BPG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 und 3 BPV.

¹¹³ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹¹⁴ Vgl. Art. 7 BPG; vgl. § 9 PG ZH; vgl. auch § 7 Abs. 1 PLV AG.

lich gerechtfertigt sind, mithin den Anforderungen des Rechtsgleichheitsgebots¹¹⁵ genügen.

Im Personalrecht des Kantons Zürich beispielsweise ist gesetzlich geregelt, dass die öffentliche Ausschreibung insbesondere in folgenden Fällen ausnahmsweise unterbleiben kann:

- Wenn die Stelle durch Beförderung oder Versetzung innerhalb der Verwaltung oder der Rechtspflege oder auf dem Wege der Berufung besetzt wird;
- in Bereichen, in denen die öffentliche Ausschreibung aufgrund der erfahrungsgemäss grossen Fluktuation oder des fehlenden Stellenmarktes einen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten würde.¹¹⁶

Im Bund ist gesetzlich geregelt, dass die öffentliche Ausschreibung ausnahmsweise in folgenden Fällen unterbleiben kann:

- Bei bis zu einem Jahr befristete Stellen;
- Stellen, die in einer Verwaltungseinheit intern besetzt werden, mit Ausnahme der Stellen nach Artikel 2 Abs. 1 lit. a, b und e BPV (d.h. Staatssekretäre, Amtsdirektoren, Vizekanzenler Bundeskanzlei);
- Stellen nach Artikel 2 Abs. 1 lit. d BPV (d.h. Generalsekretäre Departemente);
- Stellen für die interne Jobrotation;
- Stellen, die im Rahmen der beruflichen Wiedereingliederung von erkrankten und verunfallten Mitarbeitenden und der Integration von Menschen mit Behinderungen besetzt werden;
- Stellen, die von Angestellten besetzt werden, die von Umstrukturierungen oder Reorganisationen betroffen sind.¹¹⁷

Generell lässt sich festhalten, dass Personalrechte oftmals ausnahmsweise einen Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung bei befristeten Arbeitsverhältnissen oder bei internem Stellenwechsel vorsehen.¹¹⁸

¹¹⁵ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹¹⁶ § 11 Abs. 3 VVO ZH.

¹¹⁷ Art. 7 BPG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 BPV.

¹¹⁸ Vgl. auch § 7 Abs. 2 PLV AG.

C. Q & A

I. Müssen Stelleninserate auf einem ganz bestimmten Medium aufgeschaltet werden?

Es ist das anwendbare Personalrecht zu konsultieren. Gelegentlich wird das Medium vom einschlägigen Personalrecht vorgeschrieben. Im Bundespersonalrecht beispielsweise hat die öffentliche Ausschreibung zumindest im elektronischen Stellenanzeiger des Bundes im Internet zu erfolgen.¹¹⁹ Wenn nichts spezifisch vorgeschrieben ist, muss die Ausschreibung grundsätzlich öffentlich erfolgen, d.h. es ist ein allgemein öffentlich zugängliches Medium zu wählen.

II. Ist es zulässig, im Falle einer befristeten Anstellung auf eine öffentliche Ausschreibung zu verzichten?

Es kommt auf die Regelung im anwendbaren Personalrecht an. Wenn das einschlägige Personalrecht bei befristeter Anstellung den Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung ermöglicht, muss in diesem Fall nicht öffentlich ausgeschrieben werden (Befristung als sachlicher Grund, um auf öffentliche Ausschreibung zu verzichten). Es darf aber nicht absichtlich nur deswegen eine befristete Anstellung vorgenommen werden, um die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung zu umgehen (Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot).¹²⁰

III. Muss ein Stelleninserat eine bestimmte Zeit lang aufgeschaltet sein?

Personalrechte enthalten in der Regel keine Vorschriften dazu. Die Arbeitgeber sind somit grundsätzlich frei, wie lange sie das Stelleninserat aufschalten wollen. Bei absichtlich kurzer öffentlicher Publikation (z.B. Aufschaltung während nur eines Tages ohne Grund) würde allerdings die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung umgangen.

¹¹⁹ Art. 22 Abs. 1 BPV.

¹²⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 9 BV sowie auch die spezifische Regelung in Art. 28 BPV.

§2 Anstellungsvoraussetzungen

Im Allgemeinen ist die fachliche und persönliche Eignung der Bewerberin oder des Bewerbers Voraussetzung für die Anstellung.¹²¹

Für gewisse Funktionen schreibt der Gesetzgeber weitere besondere Anstellungsvoraussetzungen vor. Die Anstellungsvoraussetzungen variieren von Gemeinwesen zu Gemeinwesen beträchtlich. Es sind somit vor der Anstellung und bereits vor der Stellenausschreibung diesbezüglich die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen zu konsultieren. Es empfiehlt sich, solche besonderen Anstellungsvoraussetzungen bereits in der Stellenausschreibung zu erwähnen. Teilweise wird dies durch Personalrechte zwingend vorgeschrieben.¹²²

Bei fehlender Anstellungsvoraussetzung kommt keine gültige Anstellung zustande bzw. es gelten die Rechtsfolgen, die das anwendbare Recht vorsieht.¹²³

Die wichtigsten Beispiele von besonderen Anstellungsvoraussetzungen sind wie folgt:

- Schweizer Bürgerrecht (für hoheitliche Aufgaben)¹²⁴
- Strafregisterauszug/Betreibungsregisterauszug/Sicherheitsprüfungen (für Bereiche der internen und äusseren Sicherheit, sensitive Informationen, verletzte Personen, Ansehen des Staates)¹²⁵
- Guter Leumund (Leumundsberichte)
- Medizinische Eignungsprüfungen/Vertrauensärztliche Untersuchungen (z.B. für sicherheitsrelevante Tätigkeiten)¹²⁶
- Besondere fachliche Voraussetzungen
- Sprachkenntnisse (z.B. im Bund für anspruchsvolle Stellen)¹²⁷
- Wohnsitzpflicht (z.B. Personal an Gerichten)
- Ausländerrechtliche Bewilligungen

¹²¹ Vgl. z.B. § 11 Abs. 1 PG ZH.

¹²² Vgl. Art. 23 Abs. 3 BPV.

¹²³ Z.B. schreibt die Personalverordnung von Horgen ZH vor, dass, soweit für die Anstellung eine ausländerrechtliche oder sonstige Bewilligung notwendig ist, die Anstellung unter der aufschiebenden Bedingung steht, dass diese erteilt wird, vgl. Ziff. 9 der Personalverordnung (Besoldungsverordnung) der Gemeinde Horgen vom 10. Dezember 2009.

¹²⁴ Vgl. für den Bund Art. 8 Abs. 3 BPG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 BPV. Vgl. für den Kanton Zürich § 11 Abs. 2 PG ZH.

¹²⁵ Vgl. Art. 5 V Mil Pers; vgl. auch Art. 27 ff. ISG.

¹²⁶ Z.B. ist bei Berufsoffizieren beim Bund eine vertrauensärztliche Untersuchung eine Anstellungsbedingung, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. g V Mil Pers.

¹²⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b V Mil Pers.

Auch wenn die Stellenbewerberin oder der Stellenbewerber alle Voraussetzungen erfüllt, besteht kein Anspruch auf Anstellung. Die Anstellung verbleibt im Ermessen der Anstellungsbehörde.¹²⁸ Den einzigen Anspruch, den eine abgelehnte Stellenbewerberin oder ein Stellenbewerber gerichtlich geltend machen kann, ist eine Entschädigung im Falle einer geschlechterdiskriminierenden Ablehnung einer Anstellung.¹²⁹

§3 Begründungsformen

Im Folgenden wird auf die verschiedenen Möglichkeiten zur Begründung des Dienstverhältnisses eingegangen, nämlich den öffentlich-rechtlichen Vertrag, die mitwirkungsbedürftige Verfügung und den privatrechtlichen Vertrag. Wie das Dienstverhältnis im konkreten Fall zu begründen ist, ergibt sich aus dem anwendbaren Personalrecht. Unter Umständen sieht das einschlägige Personalrecht je nach Situation unterschiedliche Begründungsformen vor oder es bestehen für gewisse Konstellationen sogar Wahlmöglichkeiten.¹³⁰

A. Öffentlich-rechtlicher Arbeitsvertrag

I. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume

1. Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

Die Anstellung mittels (unbefristetem) öffentlich-rechtlichem Vertrag ist in den meisten Gemeinwesen der Regelfall. Viele Personalrechte schreiben grundsätzlich vor, dass das Personal mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags anzustellen ist.¹³¹ Im Kanton Zürich verhält es sich hingegen gerade umgekehrt. Die Anstellung mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung bildet die Regel. Die Anstellung mit öffentlich-rechtlichem Vertrag ist im Kanton Zürich hingegen die Ausnahme. Sie ist nach § 5 PVO ZH nur zulässig für:

¹²⁸ Vgl. für den Kanton Zürich: Urteil VGer ZH VB.2020.00275 vom 3. Dezember 2020, E. 5.2; vgl. auch Urteil BGer 8C_596/2017 vom 1. März 2018, E. 8.3 (für Anstellung an der Universität Bern) und BGE 145 II 153, E. 1.3.

¹²⁹ Art. 5 Abs. 2 GIG und Art. 13 Abs. 2 GIG; vgl. auch BGE 145 II 153, E. 4, wonach mangels Geschlechtsspezifität eine direkte Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 1 GIG aufgrund der sexuellen Orientierung nicht möglich sei.

¹³⁰ Vgl. zu unterschiedlicher Anstellung je nach Situation Art. 8 Abs. 1 BPG und Art. 14 Abs. 2 lit. a BPG; vgl. zur Wahlmöglichkeit § 3 Abs. 2 PersG AG.

¹³¹ Vgl. z.B. der Bund in Art. 8 Abs. 1 BPG.

- persönliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Mitglieder des Regierungsrats;
- Angestellte, deren Lohn durch Drittmittel finanziert wird;
- Lernende nach der Bundesgesetzgebung über die Berufsbildung;
- bei Spezialistenfunktionen, zu deren Besetzung zwingend vom Personalrecht abgewichen werden muss (Genehmigung durch vorgesetzte Direktion oder das zuständige oberste kantonale Gericht).

2. Inhalt: Zwingende Vertragspunkte

Öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge müssen gewisse Fragen zwingend regeln. Im Bund beispielsweise hat der Vertrag gemäss Art. 25 Abs. 2 BPV mindestens folgende Regelungen zu enthalten:

- Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses
- Funktion bzw. Arbeitsbereich
- Arbeitsort und die Bedingungen betreffend die Versetzbarkeit
- Dauer der Probezeit
- Beschäftigungsgrad
- die Lohnklasse und den Lohn
- die Vorsorgeeinrichtung und den Vorsorgeplan

Im Vergleich dazu verlangt das Personalrecht des Kantons Bern gemäss Art. 15 Abs. 2 PV BE zwingend die Regelung folgender Punkte:

- Anstellungsbehörde
- Art des Arbeitsverhältnisses
- Funktionsbezeichnung
- Hinweis auf die personalrechtlichen Grundlagen
- Gehaltsmässige Einreihung
- Beginn des Arbeitsverhältnisses
- Beschäftigungsgrad
- Arbeitsort
- allfällige Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit (z.B. Dienstwohnung)

3. Inhalt: Weitere Vertragspunkte

Neben den zwingend zu regelnden Punkten kann es je nach Situation vorteilhaft sein, weitere Regelungen in den Vertrag aufzunehmen. Dabei ist insbesondere an folgende Regelungen zu denken:

- besondere Regelungen zu den Ferien
- besondere Regelungen zur Überzeit
- besondere Regelungen zur Weiterbildung
- besondere Regelungen zu Nebenbeschäftigungen
- besondere Regelungen zum Lohn
- Probezeit und Kündigungsmöglichkeit bei befristeten Arbeitsverträgen

4. Inhalt: Gestaltungsspielräume bei der Regelung der Vertragspunkte / Abweichung vom Gesetz

Bei der Regelung der Vertragspunkte müssen sich die Vertragsparteien grundsätzlich an die gesetzlichen Vorgaben der anwendbaren Personalerlasse halten. So sind die einschlägigen Vorschriften zur gehaltsmässigen Einreihung, zur Arbeitszeit, zu Ferien, zur Probezeit oder das Gleichbehandlungsgebot zu beachten.

Gewisse Personalgesetze sehen jedoch ausdrücklich vor, dass mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags von den Vorgaben im Personalgesetz abgewichen werden kann. Im Kanton Zürich erfolgt die Anstellung wie erwähnt grundsätzlich mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung, und die Anstellung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags ist die Ausnahme. Im Kanton Zürich eröffnet die Anstellung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags die Möglichkeit, dass hinsichtlich des Lohnes, der Arbeitszeit, der Ferien sowie der Beendigung des Arbeitsverhältnisses vom Personalgesetz abgewichen werden kann.¹³² Auch im Kanton Bern können in begründeten Einzelfällen von den Bestimmungen der Personalgesetzgebung punktuell abweichende Arbeitsverträge abgeschlossen werden. Andere Vereinbarungen sind insbesondere zulässig für Beendigungsfristen und -gründe, Folgen der Beendigung, die Bemessung des Gehalts, die Regelung von Nebenbeschäftigung, Ferien und Urlaub.¹³³

¹³² § 12 Abs. 2 PG ZH.

¹³³ Art. 18 Abs. 1 und 2 PG BE.

II. Schriftform und Unterschrift

Viele Personalrechte wie beispielsweise das Bundespersonalrecht schreiben explizit vor, dass der öffentlich-rechtliche Arbeitsvertrag nur rechtswirksam wird, wenn er schriftlich ist. Vorausgesetzt wird, dass der Vertrag vom Arbeitgeber durch die zuständige Stelle und durch die anzustellende Person unterschrieben ist.¹³⁴ Eine Vereinbarung lediglich per E-Mail genügt in einem solchen Fall nicht. Selbst wenn ein Personalgesetz die Schriftform nicht explizit statuiert, so empfiehlt sich die Schriftform aus Rechtssicherheitsgründen. Die überwiegende Lehre und das Bundesgericht erachten die Schriftlichkeit zudem als Gültigkeitserfordernis öffentlich-rechtlicher Verträge.¹³⁵

Die Schriftlichkeit bei **öffentlich-rechtlichen Verträgen** richtet sich nach Obligationenrecht und bedeutet in Analogie zu Art. 13 OR, dass der Vertrag von beiden Seiten eigenhändig unterschrieben sein muss.¹³⁶ Bei Annahme, dass die Analogie auch Art. 14 OR erfasst, setzt die gültige, digitale Unterzeichnung eine qualifizierte elektronische Signatur (QES) voraus.¹³⁷

B. Mitwirkungsbedürftige Verfügung

I. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume

Heute sehen nur noch wenige Personalrechte die Anstellung mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung vor. Im Personalrecht des Kantons Zürich ist aber diese Art der Anstellung der Regelfall.¹³⁸ Im Bund ist die Anstellung mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung nur für Personen vorgesehen, die auf Amtsdauer gewählt werden.¹³⁹

Die mitwirkungsbedürftige Verfügung wird ohne Zustimmung der angestellten Person nicht rechtswirksam. Anders als beim öffentlich-rechtlichen Vertrag besteht aber grundsätzlich kein Gestaltungsspielraum.¹⁴⁰

¹³⁴ Art. 8 Abs. 1 BPG; Art. 25 Abs. 1 BPV.

¹³⁵ Urteil BGer 1C_61/2010 vom 2. November 2010, E. 4.1.

¹³⁶ Urteil BGer 1C_61/2010 vom 2. November 2010, E. 4.1.

¹³⁷ Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2^{bis} OR.

¹³⁸ § 12 Abs. 1 PG ZH.

¹³⁹ Art. 14 Abs. 2 lit. a BPG.

¹⁴⁰ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 892 ff. Beispiele für Anstellungsverfügungen im Personalrecht des Kantons Zürich finden sich unter Handbuch Personalrecht ZH > Vorlagen > Musterverfügungen.

II. Form

Die mitwirkungsbedürftige Verfügung ist als solche zu bezeichnen und der angestellten Person schriftlich, begründet (d.h. es genügt in diesem Fall der Hinweis auf die anwendbaren Rechtsgrundlagen) und mit Rechtsmittelbelehrung versehen zu eröffnen. Die Missachtung dieser Formerfordernisse stellt eine mangelhafte Eröffnung dar, aus welcher den Parteien kein Nachteil erwachsen darf,¹⁴¹ führt aber grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit.¹⁴²

In Bezug auf das Erfordernis der Schriftlichkeit einer Verfügung stellt sich insbesondere die Frage der Unterzeichnung. Es ist nicht restlos geklärt, ob die Unterzeichnung für die Gültigkeit von Verfügungen notwendig ist. Gemäss Bundesverwaltungsgericht sei die Unterschrift von Bundesrechts wegen kein Gültigkeitserfordernis, solange das anwendbare Recht eine solche nicht ausdrücklich verlange. Entstehe durch die fehlende Unterschrift den Adressaten der Verfügung kein Nachteil und bestehe kein Zweifel an der Identität sowie Echtheit der Entscheidung, könne eine fehlende Unterschrift nicht zur Nichtigkeit führen.¹⁴³ Sofern das anwendbare Personalrecht keine Unterzeichnung von Verfügungen verlangt, könnte mithin ganz darauf verzichtet werden. Entsprechend dürfte in der Praxis in diesen Fällen auch eine nicht unterzeichnete Verfügung Bestand haben.

Soweit jedoch nur elektronisch eröffnet wird, sind Verfügungen¹⁴⁴ entweder mit einem geregelten elektronischen Siegel¹⁴⁵ oder einer qualifizierten elektronischen Signatur (QES)¹⁴⁶ zu versehen.¹⁴⁷ Zudem hat die Zustellung über eine anerkannte Zustellplattform zu erfolgen.¹⁴⁸

¹⁴¹ Vgl. für den Bund Art. 38 VwVG.

¹⁴² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 871 ff.

¹⁴³ Urteile BVGer C-794/2017 vom 2. November 2017, E. 1.4.1 und A-2588/2013 vom 4. Februar 2016, E. 2.6.

¹⁴⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. b VeÜ-VwV.

¹⁴⁵ Art. 2 lit. d ZertES.

¹⁴⁶ Art. 2 lit. e ZertES.

¹⁴⁷ Art. 34 Abs. 1^{bis} VwVG; Art. 9 Abs. 4 VeÜ-VwV.

¹⁴⁸ Art. 9 Abs. 1 VeÜ-VwV.

C. Der privatrechtliche Vertrag

I. Rechtliche Ausgangslage und Voraussetzungen

Gemäss heutigem Verständnis dient die Anstellung von Dienstpersonal durch einen öffentlichen Arbeitgeber unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, was grundsätzlich für eine öffentlich-rechtliche Anstellung (mittels Verfügung oder Vertrag) spricht.¹⁴⁹ Trotzdem ist anerkannt, dass eine Anstellung von Dienstpersonal durch einen öffentlichen Arbeitgeber mittels privatrechtlichen Vertrags unter folgenden Voraussetzungen zulässig ist:

Erstens: Die Anstellung des Dienstpersonals mittels privatrechtlichen Vertrags ist in diesem Gemeinwesen nicht grundsätzlich (durch übergeordnetes Recht) ausgeschlossen (siehe z.B. den Ausschluss in Art. 47 Abs. 1 KV ZH).¹⁵⁰

Zweitens: Eine klare und eindeutige gesetzliche Grundlage im einschlägigen Recht erlaubt die Anstellung mittels privatrechtlichen Vertrags im konkreten Fall.¹⁵¹

Drittens: Aus dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) ergibt sich, dass ein sachlicher Grund vorliegen muss, wenn in einer Organisationseinheit gewisses Personal öffentlich-rechtlich und anderes Personal privatrechtlich angestellt wird.¹⁵²

Eine mangelhafte gesetzliche Grundlage oder ein fehlender sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung kann zu einer Umdeutung eines privatrechtlich bezeichneten Arbeitsverhältnisses in ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis führen.¹⁵³

II. Überblick über privatrechtliche Anstellungen

Gewisse Gemeinwesen sehen ausschliesslich die öffentlich-rechtliche Anstellung vor (mittels mitwirkungsbedürftiger Verfügung oder Vertrags), andere kennen nur privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und wiederum andere ermöglichen sowohl die

¹⁴⁹ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 460.

¹⁵⁰ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 460 und S. 463.

¹⁵¹ Urteil BGer 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015, E. 4.2.3; Urteil BGer 2P.18/2006 vom 19. Mai 2006, E. 2.3, je mit Hinweis auf BGE 118 II 213, E. 3. Die Grundlage kann sich im Bundesrecht, im kantonalen Recht und allenfalls, sofern im Rahmen des kantonalen Rechts erlaubt, im kommunalen Recht befinden, vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 461. Teilweise wird in der Lehre verlangt, dass es ein Gesetz im formellen Sinne sein muss, vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 461 mit Hinweisen.

¹⁵² Urteil BGer 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015, E. 4.2.4; vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 462.

¹⁵³ Vgl. hierzu Urteil BGer 8C_227/2014 vom 18. Februar 2015, E. 4.2.4; vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 462.

privatrechtliche wie auch die öffentlich-rechtliche Anstellung.¹⁵⁴ Die meisten Gemeinwesen halten allerdings im Grundsatz fest, dass das Personal in der Regel öffentlich-rechtlich anzustellen ist, und sehen einzig für bestimmte Fälle die privatrechtliche Anstellung vor.¹⁵⁵ Nur wenige Personalrechte schliessen jedoch die privatrechtliche Anstellung vollkommen aus.¹⁵⁶

Die Bundesverfassung verbietet nicht, Bundespersonal privatrechtlich anzustellen. Das Bundespersonalgesetz sieht für gewisse Anstellungen explizit die Möglichkeit vor, das Personal mit privatrechtlichem Vertrag anzustellen. Gemäss Art. 6 Abs. 5 BPG kann der Bundesrat in begründeten Fällen bestimmte Personalkategorien dem Obligationenrecht unterstellen, namentlich Aushilfspersonal sowie Praktikantinnen und Praktikanten.¹⁵⁷ Dies steht aufgrund von Art. 6 Abs. 6 BPG auch Arbeitgebern¹⁵⁸ in begründeten Einzelfällen offen.

Was insbesondere die SBB betrifft, so ist das Personal zwar ebenfalls öffentlich-rechtlich angestellt, doch darf das folgende Personal dem Obligationenrecht unterstellt werden: Oberstes Kader; oberes Kader; mittleres Kader, soweit dies vom Einfluss auf den finanziellen Erfolg sowie von der Führungs- und Fachverantwortung her gerechtfertigt ist; Personen, an die spezielle Anforderungen gestellt werden, namentlich in der Informatik und in Schlüsselbereichen.¹⁵⁹ Die SBB müssen die Anstellungsbedingungen dieses Personals unter Berücksichtigung des Arbeitsmarktes regeln.¹⁶⁰ Hingegen vollumfänglich privatrechtlich angestellt ist das Personal der Post wie auch der Swisscom.¹⁶¹

Im Kanton Aargau ist die Anstellung mittels privatrechtlichen Vertrags durch die Kantonsverfassung zwar nicht untersagt.¹⁶² Das Personal des Kantons wird dennoch öffentlich-rechtlich angestellt. Eine Anstellung mittels privatrechtlichen Vertrags ist für das kantonale Dienstpersonal nicht vorgesehen.¹⁶³ Das Gemeindepersonal kann, soweit gesetzlich nicht die Wahl auf Amtsdauer vorgesehen ist, mittels privatrecht-

¹⁵⁴ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 453.

¹⁵⁵ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 457.

¹⁵⁶ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 454.

¹⁵⁷ Vgl. auch Art. 5 Rahmenverordnung BPG.

¹⁵⁸ Vgl. zu den Arbeitgebern Art. 3 BPG.

¹⁵⁹ Art. 6 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 5 Abs. 3^{bis} Rahmenverordnung BPG.

¹⁶⁰ Art. 6 Abs. 5 BPG i.V.m. Art. 5 Abs. 3^{ter} Rahmenverordnung BPG.

¹⁶¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 POG; Art. 16 Abs. 1 TUG.

¹⁶² Vgl. § 70 KV AG.

¹⁶³ Vgl. PersG AG und PLV AG, insbesondere § 3 PersG AG. Vgl. aber die spezielle Regelung in § 46 Abs. 1 PersG AG für das Personal der selbständigen kantonalen Anstalten.

lichen Vertrags angestellt werden, sofern das Personalrecht der Gemeinde dies eindeutig vorsieht.¹⁶⁴

III. Konsequenzen der privatrechtlichen Anstellung

Die wichtigsten Konsequenzen der privatrechtlichen Anstellung sind wie folgt:

- Im Falle von privatrechtlicher Anstellung kommen die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung (z.B. Kündigungsfristen). Aber: Der öffentliche Arbeitgeber muss auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen die Grundrechte beachten wie beispielsweise das Rechtsgleichheitsgebot¹⁶⁵, das Willkürverbot¹⁶⁶, den Schutz von Treu und Glauben¹⁶⁷ sowie den Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁶⁸.
- Während bei Streitigkeiten im Falle von öffentlich-rechtlich angestelltem Personal die Organe der Verwaltungsrechtspflege zuständig sind, sind im Falle von privatrechtlichen Arbeitsverträgen im Streitfall die Zivilgerichte zuständig, und es kommt die Zivilprozessordnung zur Anwendung.¹⁶⁹

Aufgrund der dargelegten Unterschiede ist es mit Blick auf die Rechtssicherheit wichtig, dass der jeweilige Vertrag im Rahmen des geltenden Rechts eindeutig als öffentlich-rechtlicher Vertrag oder privatrechtlicher Vertrag qualifiziert wird.¹⁷⁰ Falls im Einzelfall Zweifel darüber bestehen, ob ein Vertrag öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis als öffentlich-rechtlich qualifiziert, wenn eine Behörde am Arbeitsvertrag beteiligt ist.¹⁷¹

¹⁶⁴ Vgl. § 49 und § 50 Gesetz über die Einwohnergemeinden des Kantons Aargau vom 19. Dezember 1978 (SAR 171.100).

¹⁶⁵ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹⁶⁶ Art. 9 BV.

¹⁶⁷ Art. 9 BV.

¹⁶⁸ Art. 29 Abs. 2 BV.

¹⁶⁹ Vgl. zum Ganzen GRIFFEL, Anstellungen, S. 464 ff. mit Hinweisen.

¹⁷⁰ Vgl. auch BGE 142 II 154, E. 5.

¹⁷¹ BGE 142 II 154, E. 5.2; vgl. dazu auch GRIFFEL, Anstellungen, S. 465.

D. Sonderfälle

Neben den oben genannten hauptsächlichen Begründungsformen existieren Spezialfälle. Im Personalrecht des Kantons Aargau besteht beispielsweise die Besonderheit, dass das Personal des Kantons zwar grundsätzlich mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags angestellt, der Lohn aber verfügt wird.¹⁷²

E. Q & A

I. **Wie ist die Rechtslage, wenn befristete Arbeitsverträge über die Maximaldauer abgeschlossen wurden, aber der Arbeitnehmer in verschiedenen Departementen oder Abteilungen gearbeitet hat?**

Es ist unbeachtlich, ob der Arbeitnehmer die Leistungen in verschiedenen Departementen oder Abteilungen erbracht hat. Entscheidend ist einzig, dass es sich um Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber handelt.

II. **Können Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei eine beliebige Begründungsform (öffentlich-rechtlicher Vertrag / mitwirkungsbedürftige Verfügung / privatrechtlicher Vertrag) wählen?**

Nein. Es muss die Begründungsform gewählt werden, welche für den konkreten Fall gemäss dem anwendbaren Recht zulässig ist.

F. Muster und Checklisten: Checkliste Anstellung

- (1) Ist das Budget vorhanden und der interne Prozess abgeschlossen?
- (2) Stelle ausschreiben (Ausnahmen insbesondere möglich bei befristeten Arbeitsverhältnissen oder internem Stellenwechsel)
- (3) Hat der Bewerber / die Bewerberin alle nötigen Unterlagen eingereicht?
- (4) Sind alle Anstellungsvoraussetzungen gegeben (z.B. Schweizer Bürgerrecht)?
- (5) Ist der öffentlich-rechtliche Arbeitsvertrag die zulässige und angemessene Begründungsart (oder stattdessen mitwirkungsbedürftige Verfügung oder privatrechtlicher Vertrag)?

¹⁷² § 3 Abs. 1 und Abs. 3 PersG AG.

- (6) Sind alle zwingend zu regelnden Punkte (rechtskonform) aufgenommen?
- (7) Bei befristeten Verträgen: Ist die Befristung rechtmässig? Wurden eine Probezeit und Kündigungsmöglichkeiten aufgenommen?
- (8) Sind weitere erwünschte Punkte (z.B. Weiterbildung) (rechtskonform) geregelt?
- (9) Hat die zuständige Stelle unterschrieben (Kompetenzregelung und Schriftlichkeit)?
- (10) Hat der Arbeitnehmer unterschrieben?

§4 Dauer Arbeitsverhältnis: Unbefristet oder befristet

A. Zulässigkeit und Voraussetzungen

Das Arbeitsverhältnis kann von der Dauer her grundsätzlich unbefristet oder befristet sein. Die Personalgesetze regeln, unter welchen Voraussetzungen befristete Arbeitsverhältnisse zulässig sind. Allgemein gilt, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses nicht rechtsmissbräuchlich sein darf (z.B. Befristung zur Umgehung des Kündigungsschutzes).¹⁷³ Für die Voraussetzungen der Befristung im Einzelnen ist das jeweils anwendbare Personalrecht zu konsultieren. Dabei sind insbesondere auch die jeweiligen Vorschriften zur zulässigen Maximaldauer der befristeten Anstellung zu beachten. Sofern die zulässige Maximaldauer überschritten wird, gilt das Arbeitsverhältnis als unbefristet.¹⁷⁴ Die zulässige Maximaldauer kann von Gemeinwesen zu Gemeinwesen erheblich variieren:

- Bund: drei Jahre (Ausnahmen für bestimmte Berufskategorien möglich, beispielsweise für Zeitmilitärs)¹⁷⁵
- Zürich: ein Jahr (Ausnahmen für Anstellungsverhältnisse mit Ausbildungscharakter oder mit aus anderen Gründen zeitlich begrenzten Aufgaben zulässig)¹⁷⁶
- Aargau: fünf Jahre¹⁷⁷
- Bern: fünf Jahre¹⁷⁸

¹⁷³ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 9 BV. Im Bundespersonalrecht wird in Art. 28 BPV explizit statuiert, dass befristete Arbeitsverhältnisse nicht zur Umgehung des Kündigungsschutzes nach Art. 10 BPG oder der Pflicht zur Stellenausschreibung abgeschlossen werden dürfen.

¹⁷⁴ Vgl. z.B. im Bund explizit Art. 9 Abs. 1 BPG.

¹⁷⁵ Art. 9 Abs. 1 BPG; vgl. auch Art. 6 Rahmenverordnung BPG.

¹⁷⁶ § 13 Abs. 2 PG ZH.

¹⁷⁷ § 3 Abs. 1 PersG AG.

¹⁷⁸ Art. 16a Abs. 2 PG BE.

Für den Fall, dass befristete Arbeitsverhältnisse ohne Unterbruch aneinandergereiht werden (z.B. sog. Kettenarbeitsverträge), ist ebenfalls primär das anwendbare Personalrecht zu konsultieren. Im Bund gelten ohne Unterbruch aneinandergereihte befristete Arbeitsverhältnisse ebenfalls nach drei Jahren als unbefristet.¹⁷⁹ Innerhalb der Maximaldauer können die Parteien Beginn und Ende frei vereinbaren. Die Anzahl der befristeten Einsätze ist von Gesetzes wegen im Bund nicht beschränkt. Weiter ist die Rechtsprechung zu den Kettenarbeitsverträgen zu beachten.¹⁸⁰

Gemäss Rechtsprechung sind Kettenarbeitsverträge auch bei mit öffentlich-rechtlichem Vertrag Angestellten – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots¹⁸¹ – grundsätzlich zulässig.¹⁸² Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Kettenarbeitsverträge im öffentlich-rechtlichen Bereich, gleich wie bei privaten Arbeitsverhältnissen, erlaubt, soweit für den Abschluss mehrerer befristeter Verträge ein sachlicher Grund besteht.¹⁸³ Einen sachlichen Grund stellen insbesondere dar: fehlende fachliche Qualifikation des Arbeitnehmers, Gelegenheitsarbeiten, Berufssportler und Lehrkräfte mit Semester- oder Schuljahresanstellungen, Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses oder besondere betriebliche Umstände wie beim Bühnengengagement. Befristete Anstellungen von Lehrerinnen und Lehrern sind besonders dann sachlich gerechtfertigt, wenn das Ende einer Anstellung mit grosser Wahrscheinlichkeit feststeht.¹⁸⁴

Ein Rechtsmissbrauch liegt umgekehrt jedenfalls dann vor, wenn die Befristung bezweckt, die Anwendung der Bestimmungen über den Kündigungsschutz zu umgehen oder das Entstehen von Rechtsansprüchen, die von einer Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses abhängen, zu verhindern.¹⁸⁵ Im Falle eines Rechtsmissbrauchs sind befristete in unbefristete Anstellungsverhältnisse umzudeuten. Eine Umgehungsabsicht kann schon dann als nachgewiesen erachtet werden, wenn für die mehrfache Befristung kein vernünftiger Grund ersichtlich ist.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Art. 9 BPG.

¹⁸⁰ Vgl. hierzu z.B. Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.5; vgl. auch Urteil BGer 8C_617/2018 vom 30. Januar 2019, E. 5.2.

¹⁸¹ Vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 9 BV.

¹⁸² Vgl. hierzu z.B. Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.5; vgl. auch Urteil BGer 8C_617/2018 vom 30. Januar 2019, E. 5.2.

¹⁸³ Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.6; vgl. auch BGE 129 III 618, E. 6.2.

¹⁸⁴ Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.6.

¹⁸⁵ Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.6.

¹⁸⁶ Urteil BGer 2P.26/2007 vom 28. Juni 2007, E. 3.6.

B. Checkliste Zulässigkeit einer befristeten Anstellung

- (1) Ist die Befristung von Gesetzes wegen vorgesehen (z.B. Zeitmilitärs)? Wenn ja: Unter diesen Voraussetzungen zulässig, sofern auch Maximaldauer eingehalten (siehe Punkt 3). Wenn nein: Mit Punkt 2 fortfahren.
- (2) Wenn nicht von Gesetzes wegen vorgesehen: Gibt es einen sachlichen Grund für die Befristung bzw. für die neuerliche Befristung (z.B. befristetes Projekt oder keine Planbarkeit gegeben)? Wenn ja: Mit Punkt 3 fortfahren.
- (3) Sind die gesetzlichen Vorgaben über die Maximaldauer eingehalten (bei erneuter befristeter Anstellung sind die Zeitperioden zusammenzuzählen)?

Achtung, immer beachten: Keine Befristung zur Umgehung des Kündigungsschutzes, zur Vereitelung von Ansprüchen in Abhängigkeit vom Dienstalster und einer Pflicht zur öffentlichen Stellenausschreibung.

§5 Beginn und Probezeit

A. Überblick

Zu Beginn der Anstellung befindet sich die angestellte Person in der Regel in der Probezeit.¹⁸⁷ Konsequenzen hiervon sind gewöhnlich eine kürzere Kündigungsfrist und weniger hohe Anforderungen an die Kündigungsgründe.¹⁸⁸ Dabei variiert die Dauer der Probezeit wie auch die Möglichkeit, die Probezeit zu verlängern oder zu verkürzen, von Gemeinwesen zu Gemeinwesen erheblich. Weiter sehen gewisse Personalrechte eine Verlängerung der Probezeit in gewissen Situationen (z.B. Krankheit) vor. Es ist daher jeweils diesbezüglich das anwendbare Personalrecht zu konsultieren.

B. Beginn und Dauer der Probezeit

Sofern das einschlägige Personalrecht betreffend Beginn und Berechnung der Probezeit keine eigenen Regelungen enthält, kann diesbezüglich auf die Regelungen im OR abgestellt werden.¹⁸⁹ Die Probezeit beginnt demnach mit dem Tag der Arbeitsaufnahme und nicht mit dem Tag des Beginns des Arbeitsverhältnisses. Die Berech-

¹⁸⁷ Vgl. z.B. § 14 Abs. 1 PG ZH.

¹⁸⁸ Vgl. z.B. § 14 Abs. 2 PG ZH zur verkürzten Kündigungsfrist.

¹⁸⁹ Oftmals wird explizit auf das OR verwiesen. Vgl. auch Urteil BGer 8C_317/2021 vom 8. März 2022, E. 5.2.3.1, wo die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen keine Regelung diesbezüglich enthielten und das OR subsidiär anwendbar war.

nung der Dauer der Probezeit, sofern diese nicht datumsgenau festgelegt ist (1. März bis 31. Mai), erfolgt nach Art. 77 OR.¹⁹⁰ Die Verlängerung der Probezeit bei Ausfall (Art. 335b Abs. 3 OR und entsprechende personalrechtliche Regelungen) erfolgt um die von der Arbeitsverhinderung betroffenen Arbeitstage während der Probezeit. Diese sind abzarbeiten.¹⁹¹

Beispiel: «XY» ist ab dem 1. Januar 2025 angestellt (mit Pensum 100 %) und beginnt am 3. Januar 2025 zu arbeiten. Arbeitstage sind Montag bis Freitag. Die Probezeit wurde auf drei Monate festgelegt und dauert damit bis und mit 3. April 2025. Vom 27. März 2025 bis und mit 1. April 2025 war «XY» arbeitsunfähig. Dies sind vier Arbeitstage der Probezeit, welche «XY» ab dem 4. April 2025 abzarbeiten hat. Die Probezeit endet damit am 9. April 2025.¹⁹²

Im Bund beträgt die Probezeit grundsätzlich drei Monate.¹⁹³ Für bestimmte Funktionen kann sie vertraglich auf sechs Monate verlängert werden, so zum Beispiel für militärisches Personal oder Steuerinspektoren.¹⁹⁴ Die Probezeit kann im gegenseitigen Einvernehmen verkürzt werden, und es kann auf eine Probezeit verzichtet werden.¹⁹⁵

Das Personalrecht des Kantons Aargau verweist bezüglich der Probezeit auf das Obligationenrecht, welches als kantonales öffentliches Recht zur Anwendung kommt. Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR gilt der erste Monat des Anstellungsverhältnisses als Probezeit. Eine Verlängerung der Probezeit auf sechs Monate ist nicht möglich, denn § 7 PersG AG verweist auf das Obligationenrecht und es kommt daher Art. 335b Abs. 2 OR zur Anwendung. Nach Art. 335b Abs. 2 OR kann die Probezeit höchstens auf drei Monate verlängert werden.¹⁹⁶

¹⁹⁰ BGE 144 III 152, E. 4.

¹⁹¹ BGE 148 III 126, E. 5.2.4–5.2.9.

¹⁹² Vgl. ähnliches Beispiel in Urteil BGER 8C_317/2021 vom 8. März 2022, E. 5.2.7.

¹⁹³ Art. 8 Abs. 2 BPG; Art. 27 Abs. 1 BPV.

¹⁹⁴ Art. 8 Abs. 2 BPG, Art. 27 Abs. 2 BPV.

¹⁹⁵ Art. 27 Abs. 3 BPV.

¹⁹⁶ Vgl. auch noch explizit in § 9 PLV AG.

C. Q & A

I. X. ist beim Staat angestellt. Kann auf die Probezeit verzichtet werden?

Es ist das anwendbare Personalrecht zu konsultieren. Nur wenige Personalrechte sehen vor, dass auf die Probezeit verzichtet werden kann.

II. X. ist beim Kanton Zürich angestellt. Während der Probezeit wird er krank. Verlängert sich die Probezeit bei Krankheit?

Nach § 14 Abs. 3 PG ZH wird bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht die Probezeit entsprechend verlängert.

III. X. ist beim Kanton Zürich angestellt. Kann die Probezeit in gegenseitigem Einvernehmen auf sechs Monate verlängert werden?

Gemäss § 14 Abs. 1 PG ZH gelten im Personalrecht des Kantons Zürich in der Regel die ersten drei Monate als Probezeit. Eine Verlängerung im gegenseitigen Einvernehmen ist nicht zulässig. Aufgrund des Wortlauts «in der Regel von § 14 Abs. 1 Personalgesetz Zürich» ist zwar nicht eindeutig klar, ob eine Verlängerung im gegenseitigen Einvernehmen zulässig ist. Aus den Materialien zum Personalgesetz ergibt sich jedoch eindeutig, dass der Gesetzgeber in Anlehnung an das Obligationenrecht keine Verlängerung im gegenseitigen Einvernehmen auf mehr als drei Monate wollte. Man lehnt sich dabei also an das Obligationenrecht an, nach welchem das mögliche Maximum der Probezeit ebenfalls bei drei Monaten liegt (vgl. Art. 335b Abs. 2 OR).¹⁹⁷ Es ist somit im Kanton Zürich grundsätzlich nicht möglich, die Probezeit im gegenseitigen Einvernehmen auf mehr als drei Monate festzulegen.

¹⁹⁷ Vgl. Antrag mit Weisung des Regierungsrates vom 22. Mai 1996, S. 70.

Kapitel 3: Rechte des Personals

§1 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

A. Allgemeine Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist das Gegenstück zur Loyalitätspflicht der Angestellten und trägt dem Machtgefälle innerhalb des Anstellungsverhältnisses Rechnung. Sie verpflichtet den Arbeitgeber zur Rücksichtnahme auf berechnigte Interessen der Angestellten.

Die Fürsorgepflicht hat Auswirkungen auf sämtliche Fragen des Anstellungsverhältnisses und muss bei allen Handlungen des Arbeitgebers Richtschnur bilden.

B. Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit

I. Allgemeines

Wichtigster Teilgehalt der Fürsorgepflicht ist der Schutz der Persönlichkeit, insbesondere der physischen und psychischen Integrität der Angestellten.

Darunter fällt auch der Schutz vor Mobbing und vor sexueller Belästigung. Diese Themenbereiche werden im Kapitel 5 behandelt.

II. Schutz vor unzulässiger Überwachung

Ein mit der technischen Entwicklung wichtig gewordener Aspekt des Persönlichkeitsschutzes bildet der Schutz vor ungerechtfertigter Überwachung. Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 verbietet Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Angestellten am Arbeitsplatz überwachen. Unter diese Bestimmung fallen insbesondere Instrumente zur dauernden Überwachung der Tätigkeit am Computer bzw. die dauernde personenbezogene Überwachung des Internet- und E-Mail-Verkehrs.¹⁹⁸ Zulässig ist hingegen eine allgemeine Überwachung, die keine Rückschlüsse auf einzelne Mitarbeitende zulässt, sowie das nachträgliche Auswerten von Logfiles, wenn ein konkreter Verdacht besteht.¹⁹⁹

¹⁹⁸ BGE 139 II 7, E. 5.5.

¹⁹⁹ Vgl. hierzu auch BGE 139 II 7, E. 5.5.4.

Eingesetzt werden dürfen Überwachungsinstrumente nach Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 nur dann, wenn sie primär anderen Zwecken dienen, namentlich der Sicherheits- oder Leistungsüberwachung. Zulässig sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung etwa Kameras an strategischen oder sensiblen Standorten oder Kontrollinstrumente zur Überwachung von Qualität und Quantität der Arbeit.²⁰⁰ Solche zulässigen Überwachungsmassnahmen sind aber so einzusetzen, dass sie möglichst geringe Auswirkungen auf die Arbeitstätigkeit der Angestellten haben.

III. Schutz vor Angriffen durch Dritte

1. Schutz vor Angriffen auf die körperliche und psychische Integrität

Angestellte können aufgrund ihrer Tätigkeit der Gefahr durch Angriffe auf die körperliche und psychische Integrität ausgesetzt sein; insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung, aber etwa auch im Bereich der Sozialhilfe besteht für solche Angriffe eine erhöhte Gefahr. Der Arbeitgeber hat – entsprechend dem Gefahrenpotenzial – die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um physische und psychische Übergriffe zu verhindern. Das betrifft namentlich bauliche Schutzmassnahmen zur Abgrenzung des Publikumsbereichs von den geschlossenen Verwaltungsbereichen.

2. Rechtsschutz

Angestellte eines Gemeinwesens können mit Rechtsverfahren konfrontiert sein, die im Zusammenhang mit ihrer dienstlichen Tätigkeit stehen. So kommt es etwa vor, dass Menschen, die sich ungerecht behandelt fühlen, Strafanzeige gegen Angestellte einreichen.

Um Angestellte vor offenkundig zu Unrecht erhobenen Strafvorwürfen zu schützen, können die Kantone nach Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO im kantonalen Recht vorsehen, dass die Strafverfolgung wegen im Amt begangener Delikte von der Ermächtigung einer Behörde abhängig ist²⁰¹; das gilt sowohl für kantonale als auch für kommunale Angestellte der öffentlichen Hand.²⁰² Für Angestellte des Bundes ist nach Art. 15 VG eine Ermächtigung des EJPD erforderlich.

Aus der Fürsorgepflicht kann sich sodann ein Anspruch auf Kostenübernahme der Rechtsschutzkosten (Verfahrens- und Vertretungskosten) ergeben, wenn das Verfahren im Zusammenhang mit der Erfüllung dienstlicher Pflichten steht. Häufig ist ein

²⁰⁰ BGE 130 II 425, E. 4.

²⁰¹ So z.B. § 148 GOG ZH.

²⁰² BGE 137 IV 269, E. 2.7.

entsprechender Anspruch im Personalrecht ausdrücklich vorgesehen²⁰³. Nicht erfasst von diesem Anspruch sind Kosten, die sich aus Rechtsstreitigkeiten zwischen Angestellten und dem Arbeitgeber ergeben.

§2 Finanzielle Ansprüche

A. Lohn

Bei der Festlegung der Lohnhöhe sind das Legalitätsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot sowie das Willkürverbot zu beachten. Dementsprechend ist die Bestimmung der Lohnhöhe weitgehend durch die anwendbaren Rechtsvorschriften vorgegeben, und es besteht nur ein verhältnismässig kleiner Spielraum für Lohnverhandlungen.

I. Lohnsysteme

Die Festsetzung der Lohnhöhe findet in der Regel in zwei Schritten statt. Jede Stelle ist einer bestimmten Lohnklasse (oder Funktionsstufe) zugeordnet; innerhalb dieser Lohnklasse wird die konkrete Lohnhöhe anhand des jeweiligen Lebenslaufs bestimmt.

1. Bestimmung des Lohnrahmens für eine Stelle

Für die Festlegung der Lohnbandbreite einer bestimmten Stelle haben sich in der Praxis verschiedene Systeme entwickelt. Verbreitet sind etwa Lohnklassen mit fixen Stufen²⁰⁴, Lohnklassen mit festgelegtem Höchstbetrag²⁰⁵ sowie Lohnklassen mit Lohnbändern.²⁰⁶

Anhand der jeweiligen Stellenanforderungen wird jede Stelle einer bestimmten Lohnklasse zugeordnet. Dafür wurden verschiedene Analyseinstrumente entwickelt, die eine rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Bewertung sicherstellen sollen. Häufig geschieht die Bewertung unter Beizug externer Fachpersonen.

²⁰³ Z.B. Art. 77 BPV, § 15 PG AG, § 32 Abs. 2 PG ZH.

²⁰⁴ Z.B. im Personalrecht des Kantons Zürich: 29 Lohnklassen mit jeweils 31 Stufen, vgl. § 8 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 PVO ZH.

²⁰⁵ Z.B. im Bundespersonalrecht, vgl. Art. 36 BPV.

²⁰⁶ Z.B. im Personalrecht des Kantons Schaffhausen, vgl. § 5 LVO SH.

Die in verschiedenen Kantonen verwendete Vereinfachte Funktionsanalyse bewertet die Stellen nach folgenden Kriterien mit unterschiedlicher Gewichtung²⁰⁷:

- Ausbildung und Erfahrung (maximal 320 Punkte)
- Geistige Anforderungen (maximal 300 Punkte)
- Verantwortung (maximal 210 Punkte)
- Psychische Belastungen und Anforderungen (maximal 50 Punkte)
- Physische Belastungen und Anforderungen (maximal 60 Punkte)
- Beanspruchung der Sinnesorgane und spezielle Arbeitsbedingungen (maximal 60 Punkte)

Aus der Summe der in den einzelnen Kriterien erreichten Punktzahl, ergibt sich die Zuordnung einer Stelle zu einer bestimmten Lohnklasse.

2. Individuelle Lohneinreihung

Die Lohnstufen bzw. Lohnbänder dienen der individuellen Einreihung der Angestellten. Dabei werden die Ausbildung und berufliche Qualifikation, die Berufserfahrung, das Lebensalter und regelmässig auch Erfahrung in Haus-, Erziehungs- und Betreuungsarbeit berücksichtigt.

Die Anstellungsbehörden haben bei der Bestimmung der individuellen Lohnhöhe in der Regel einen grossen Ermessensspielraum. Für einzelne Berufsgruppen bestehen jedoch teilweise detaillierte Regeln, welche diesen Ermessensspielraum zur Sicherstellung der rechtsgleichen Behandlung unter Umständen stark einschränken.²⁰⁸

II. Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebots

Aus dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) folgt die Pflicht, gleichwertige Arbeit gleich zu entlohnen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine gleichwertige Arbeit vorliege, lässt das Bundesgericht den Behörden jedoch einen grossen Spielraum. Das Rechtsgleichheitsgebot ist erst verletzt, wenn die zuständige Behörde Unterscheidungen trifft, die sich nicht vernünftig begründen lassen, oder in gleicher

²⁰⁷ Vgl. Handbuch Kanton Zürich, Vereinfachte Funktionsanalyse, www.zh.ch/de/arbeiten-beim-kanton/fuer-hr-profis/handbuch-personalrecht/definition/lohn/lohn-grundlagen/handbuch-ver-einfachte-funktionsanalyse.html, besucht am 20. März 2025.

²⁰⁸ Solche Regelungen finden sich häufig in Konstellationen, in welchen zwar die Gemeinden für die Anstellung zuständig sind, jedoch kantonsweit eine rechtsgleiche Handhabung sichergestellt werden soll, so insbesondere bei Lehrpersonen. Vgl. hierzu etwa § 44 in Verbindung mit Anhang 2 VALL AG, § 16 LPVO ZH.

Weise auf notwendige Unterscheidungen verzichtet; ein gewisser Schematismus ist aber zulässig²⁰⁹.

Beispiel: Es ist zulässig, Richtende des Sozialversicherungsgerichts, das als erste und letzte kantonale Instanz tätig ist, in einer tieferen Lohnklasse einzureihen als Richtende des Ober- und des Verwaltungsgerichts, die in der Regel als zweite und letzte kantonale Instanz tätig werden, obwohl alle drei Gerichte oberste Gerichte des Kantons sind (BGE 138 I 321).

III. Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts

Gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Frauen und Männer Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit. Dieser direkt anwendbare Anspruch gilt sowohl für öffentlich-rechtliche als auch für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.

Das Gleichstellungsgesetz konkretisiert die individuellen Rechtsansprüche und regelt prozessuale Besonderheiten.

1. Direkte Diskriminierung

Eine direkte Lohndiskriminierung liegt vor, wenn eine Person für die gleiche Arbeit einen tieferen Lohn erhält als Personen des anderen Geschlechts und diese unterschiedliche Entlohnung sich nicht auf objektive Kriterien stützt.

Objektive Kriterien sind solche, die den Wert der Arbeit beeinflussen (Ausbildung, Berufserfahrung, Leistung u.Ä.), solche, die sich aus Rücksicht auf die soziale Situation ergeben (familiäre Belastung, Alter), sowie äussere Faktoren, namentlich die Berücksichtigung der konjunkturellen Lage; diese Kriterien rechtfertigen eine unterschiedliche Entlohnung aber nur, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung wesentlich sind.²¹⁰

Beispiel: Es ist zulässig, dem Nachfolger unter anderem deshalb einen höheren Lohn als der vorherigen Stelleninhaberin zu bezahlen, weil bei der Stellenbesetzung Zeitdruck bestand und ihm deshalb zusätzlich zum ordentlichen Lohn eine unbefristete Gewinnungszulage gewährt wurde (BGE 142 II 49, E. 9.4).

²⁰⁹ BGE 139 I 161, E. 5.3.1; BGE 138 I 321, E. 3.2 f.

²¹⁰ Zum Ganzen BGE 142 II 49, E. 6.3; BGE 130 III 145, E. 5.2 (je mit weiteren Hinweisen).

2. Indirekte Diskriminierung

Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis mehrheitlich zu Ungunsten der Angehörigen eines Geschlechts ausfällt.²¹¹ Darunter fallen insbesondere Anknüpfungspunkte, welche von Angehörigen des einen Geschlechts aus objektiven Gründen deutlich häufiger erfüllt werden als von Angehörigen des anderen Geschlechts.

In der Rechtsprechungspraxis hat das Verbot der indirekten Diskriminierung vor allem Bedeutung im Zusammenhang mit der tieferen Entlohnung von Berufen, die typischerweise von Frauen ausgeübt werden, gegenüber Berufen, die typischerweise von Männern ausgeübt werden. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit erfasst in diesem Sinn auch Arbeiten unterschiedlicher Natur.

Beispiel: Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich kam bei einem Vergleich der Berufsanforderungen für Fachangestellte Gesundheit (einem typischerweise von Frauen ausgeübten Beruf) mit denjenigen für Polizisten (einem typischerweise von Männern ausgeübten Beruf) zum Schluss, dass die Ausbildungsanforderungen für erstere in diskriminierender Weise zu tief bewertet worden seien und beide Berufe in die gleiche Lohnklasse eingereiht werden müssten (Urteil VGer ZH VK.1996.00011 vom 22. Januar 2001).

3. Prozessuale Besonderheiten bei Diskriminierungsklagen

Nach der allgemeinen Beweislastregel hat diejenige Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Art. 6 GlG sieht zugunsten der betroffenen Personen eine Erleichterung von der Beweislast vor, indem eine Lohndiskriminierung bereits vermutet wird, wenn diese glaubhaft gemacht wird. Diese Vermutung führt zu einer Beweislastumkehr, indem nunmehr der Arbeitgeber beweisen muss, dass die ungleiche Entlohnung auf sachlichen Gründen beruht.²¹²

Nach der Praxis des Bundesgerichts gilt eine Diskriminierung als glaubhaft gemacht, wenn Angehörige des einen Geschlechts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit einen signifikant tieferen Lohn erhalten als Angehörige des anderen Geschlechts, wobei auch ein Vergleich mit Vorgängern und Nachfolgern möglich ist. Signifikant ist in diesem Sinn eine Differenz von 15 bis 20 %.²¹³

²¹¹ BGE 144 II 65, E. 4.1, auch zum Folgenden.

²¹² BGE 142 II 49, E. 6.3; BGE 125 III 368, E. 4 f.

²¹³ BGE 142 II 49, E. 6.2; BGE 130 III 145, E. 4.2.

4. Lohngleichheitsanalysen

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die am Anfang eines Jahres mehr als 100 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, sind verpflichtet, eine Lohngleichheitsanalyse durchzuführen und diese überprüfen zu lassen (Art. 13a ff. GlG).

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber im öffentlichen Sektor müssen das Ergebnis der Lohngleichheitsanalyse und der Überprüfung veröffentlichen (Art. 13i GlG).

IV. Weitere Lohnbestandteile

1. Zulagen

Zulagen kommen in den unterschiedlichsten Ausformungen vor. Weit verbreitet sind etwa Zulagen für Nacht- und Wochenendarbeit sowie Funktionszulagen. Die Zulagen lassen sich grundsätzlich danach unterscheiden, ob sie in bestimmter Höhe ergänzend zum Monatslohn bezahlt werden (typisch für Funktionszulagen) oder nur bei tatsächlicher Ausübung der zulagenberechtigten Tätigkeit (typisch für Wochenend- und Nachtzulagen).

Regelmässig ausgerichtete Zulagen sind grundsätzlich auch während der Ferien oder bei unverschuldeter Abwesenheit auszusahlen (nötigenfalls ist dabei auf einen Durchschnittswert abzustellen); das anwendbare Personalrecht kann dies aber abweichend regeln.²¹⁴

2. Auslagenersatz

Angestellte haben Anspruch auf Auslagen, die ihnen im Zusammenhang mit der Dienstausübung entstanden sind (z.B. Reisekosten bei auswärtigen Terminen). In welcher Höhe solche Auslagen übernommen werden, ist regelmässig in ausführlichen Spesenreglementen festgehalten.

3. Leistungsprämie

Mit Leistungsprämien werden überdurchschnittliche Leistungen oder ein besonderer Einsatz verdankt. Sie können in der Regel im Rahmen einer festgelegten Quote ausgerichtet werden.

Leistungsprämien sollen eine besondere Leistung abgelten und dienen nicht dazu, kontinuierlich gute Leistungen zu belohnen; dafür dient vielmehr die individuelle

²¹⁴ Urteil VGer ZH VB.2013.00157 vom 4. September 2013; bestätigt durch Urteil BGer 8D_6/2013 vom 13. November 2013.

Lohnerhöhung, die sich im Unterschied zu Leistungsprämien auch in den Folgejahren auswirkt.

4. Treueprämie

Mit der Treueprämie (bzw. dem Dienstaltersgeschenk) wird die Treue der Angestellten zum jeweiligen Gemeinwesen verdankt. Die Treueprämie wird jeweils nach Erreichung einer bestimmten Zahl von Dienstjahren ausgerichtet. Verbreitet sind zusätzliche Freitage oder ein Geldbetrag; regelmässig besteht eine Wahlmöglichkeit der Angestellten unter Berücksichtigung der betrieblichen Bedürfnisse.

Anspruch auf eine Treueprämie besteht in der Regel nur, wenn das Anstellungsverhältnis bei Entstehung des Anspruchs ungekündigt ist.

B. Lohnveränderungen

I. Individuelle Lohnerhöhung

Im System der individuellen Lohnerhöhungen ist die Lohnentwicklung jeder und jedes Angestellten von der individuellen Leistung abhängig; je besser die Leistungsbewertung, desto höher die mögliche Lohnerhöhung.²¹⁵ Teilweise verschafft eine entsprechende Leistung einen Anspruch auf individuelle Lohnerhöhung²¹⁶, teilweise ist dies nur Voraussetzung und liegt die Gewährung der Lohnerhöhung im Ermessen der Anstellungsbehörde²¹⁷, wobei dieser eine im Budget festgelegte Quote zur Verfügung steht.

II. Generelle Lohnerhöhung

Mit generellen Lohnerhöhungen wird der Lohn für sämtliche Angestellten und unabhängig von der individuellen Leistung angepasst.

²¹⁵ Exemplarisch Art. 39 BPV: Bis zum Höchstbetrag wird in Beurteilungsstufe 4 der Lohn jährlich um 3–4 % und in Beurteilungsstufe 3 um 1,5–2,5 % erhöht. In Beurteilungsstufe 2 besteht kein Anspruch auf Lohnerhöhung, ermessensweise kann der Lohn aber dennoch um höchstens 1 % erhöht werden.

²¹⁶ So z.B. Art. 39 Abs. 2 und 3 BPV.

²¹⁷ So z.B. § 17 f. PVO ZH.

1. Teuerungsanpassung

Der Teuerungsausgleich dient der Erhaltung des Reallohns. Das Personalrecht sieht deshalb regelmässig einen Teuerungsausgleich (in der Regel auf Anfang eines Jahres) vor, wobei der zuständigen Behörde bei der Festlegung des Teuerungsausgleichs meistens ein gewisser Ermessensspielraum verbleibt. Im System der Lohnklassen mit fixen Lohnstufen wird mit dem Teuerungsausgleich in der Regel das gesamte Lohngefüge angepasst, er wird «in den Grundlohn eingebaut».²¹⁸

2. Erhöhung des Reallohns

Eine Realloohnerhöhung liegt vor, wenn ein Gemeinwesen das Lohnniveau für alle Angestellten über eine reine Teuerungsanpassung hinaus erhöht. Damit soll insbesondere die Konkurrenzfähigkeit auf dem Stellenmarkt erhalten bleiben, wenn das allgemeine Lohnniveau im privatwirtschaftlichen Sektor stärker steigt als die Teuerung.

III. Lohnsenkungen

Bei ungenügender Leistung kann auch eine Lohnsenkung in Betracht gezogen werden.²¹⁹ In der Praxis haben solche Bestimmungen allerdings kaum Bedeutung, zumal fortdauernde ungenügende Leistungen auch zur Auflösung des Anstellungsverhältnisses berechtigen.²²⁰

Lohnsenkungen stellen eine Veränderung der Anstellungsbedingungen zu Lasten der Angestellten dar und müssen deshalb unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgen.

C. Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit

I. Vorbemerkungen

Der Lohn ist die (vertragliche) Gegenleistung für die geleistete Arbeit bzw. die zur Verfügung gestellte Arbeitszeit. Leisten Angestellte aus Gründen, die nicht der Arbeitgeber zu vertreten hat, keine Arbeit, haben sie deshalb grundsätzlich auch keinen Lohnanspruch.

Von dieser Grundregel weicht das Arbeitsrecht aus sozialpolitischen Gründen ab, indem Angestellte, die unverschuldet an der Arbeit verhindert sind, zumindest während

²¹⁸ Vgl. § 42 Abs. 3 VVO ZH.

²¹⁹ Vgl. z.B. Art. 39 Abs. 5 BPV; § 19 PVO ZH.

²²⁰ Siehe hierzu § 2D.II.2.c).

einer gewissen Zeit weiterhin einen Lohnanspruch haben. Darunter fällt insbesondere der Lohnfortzahlungsanspruch bei einer Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls.

Die Beweislast für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit liegt bei den Angestellten, die diesen Beweis in der Regel mit einem Arztzeugnis führen. Die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen werden in Kapitel 4 behandelt.

II. Krankheit

1. Lohnfortzahlung durch das Gemeinwesen

Viele Gemeinwesen kennen in ihrem Personalrecht eigenständige Regelungen zur Lohnfortzahlung bei Krankheit, die regelmässig deutlich grosszügiger ausgestaltet sind als im privaten Arbeitsrecht.²²¹ So haben etwa Angestellte des Bundes während eines Jahres Anspruch auf den vollen Lohn und während eines weiteren Jahres Anspruch auf 90 % des Lohns.²²²

Zur Berechnung des Anspruchs werden in der Regel verschiedene Abwesenheiten zusammengezählt; der Grad der Arbeitsunfähigkeit spielt dabei keine Rolle. Meist führt eine im Personalrecht definierte Dauer mit voller Arbeitsfähigkeit zur Erneuerung des vollen Anspruchs (im Bundespersonalrecht z.B. nach zwölf Monaten²²³).

Die Lohnfortzahlung nach diesem Modell setzt den Bestand des Anstellungsverhältnisses voraus. Endet das Anstellungsverhältnis durch Kündigung oder weil es befristet war, endet auch der Anspruch auf Lohnfortzahlung, unabhängig von der weiteren Arbeitsunfähigkeit.

2. Krankentaggeldversicherung

Seit einiger Zeit werden Lohnfortzahlungsansprüche vermehrt auch im öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis durch den Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung sichergestellt. Dabei sind zahlreiche mögliche Ausgestaltungen denkbar. Üblich ist ein Taggeldanspruch mit einer Maximaldauer von – je nach Modell – 720 oder 730 Tagen. Die Angestellten können an der Prämienzahlung beteiligt

²²¹ Nach der privatrechtlichen Regelung (Art. 324a OR) beträgt der Anspruch der Arbeitnehmenden ab dem vierten Monat drei Wochen im ersten Dienstjahr und eine angemessene, längere Zeit mit zunehmendem Dienstalter; in der Praxis haben sich dabei verschiedene Berechnungsmethoden etabliert.

²²² Art. 56 Abs. 1 f. BPV.

²²³ Art. 56a Abs. 2 BPV.

werden; verbreitet ist eine Beteiligung zur Hälfte.²²⁴ Den Angestellten steht normalerweise ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Versicherung zu.

In der Regel ist die Krankentaggeldversicherung so ausgestaltet, dass die Leistungspflicht nicht vom Fortbestand des Anstellungsverhältnisses abhängt. Das hat den Vorteil, dass das Anstellungsverhältnis bereits vor Ablauf der Lohnfortzahlung aufgelöst werden kann, wenn eine Rückkehr an den Arbeitsplatz nicht mehr realistisch erscheint.

Die Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung setzt regelmässig erst nach einer vereinbarten Wartezeit (üblich sind 30 bis 90 Tage) ein, wodurch die Prämien tiefer sind. In solchen Fällen hat der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung während der Wartezeit sicherzustellen.

III. Unfall

1. Versicherungsobligatorium

Das Versicherungsobligatorium für Unfallfolgen gilt auch für öffentlich-rechtliche Angestellte.²²⁵ Dementsprechend sind alle Angestellten gegen die Folgen von Berufsunfällen²²⁶ und Berufskrankheiten²²⁷ versichert; Angestellte, deren Wochenpensum mindestens acht Stunden beträgt, auch gegen die Folgen von Nichtberufsunfällen.²²⁸

Die obligatorische Unfallversicherung entrichtet den Versicherten bei unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit ein Taggeld in der Höhe von 80 % des versicherten Verdiensts; bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird das Taggeld entsprechend gekürzt.²²⁹

2. Koordination mit der Lohnfortzahlung nach Personalrecht

In der Regel machen die personalrechtlichen Bestimmungen keinen Unterschied danach, ob die Arbeitsunfähigkeit auf eine Krankheit oder einen Unfall zurückzuführen ist. Entsprechend bedarf es bei einer Arbeitsunfähigkeit, für die Anspruch auf Versicherungsleistungen der Unfallversicherung besteht, einer Koordination der Leistungen. So lange die personalrechtlichen Ansprüche höher sind als die Leistungen der Unfallversicherung, schuldet das Gemeinwesen in der Regel die Differenz. Liegen die personalrechtlichen Ansprüche hingegen tiefer als die Leistungen der Unfallver-

²²⁴ So etwa § 17a Abs. 3 Lohndekret AG.

²²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a UVG i.V.m. Art. 1 UVV.

²²⁶ Art. 7 UVG, Art. 12 UVV.

²²⁷ Art. 9 UVG und Anhang 1 UVV.

²²⁸ Art. 8 UVG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 UVV.

²²⁹ Art. 17 UVG; vgl. zum versicherten Verdienst Art. 15 UVG und Art. 22 UVV.

sicherung, ist die Lohnfortzahlung mindestens in der Höhe der Leistungen der Unfallversicherung zu gewähren.

D. Lohnnachgenuss

Der Tod von Angestellten während des Anstellungsverhältnisses beendet das Anstellungsverhältnis unmittelbar und damit auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten, wozu auch die Lohnzahlung gehört. Um die daraus resultierende Härte für unterstützte Angehörige zu reduzieren, wird der Lohn für eine bestimmte Zeit weiterbezahlt. Eine entsprechende Regelung kennt auch das private Arbeitsrecht: Zugunsten von unterstützten Angehörigen ist der Lohn für einen, nach fünf Dienstjahren für zwei weitere Monate zu bezahlen.²³⁰

Die kantonalen Personalrechte kennen sehr unterschiedliche Bestimmungen zum Lohnnachgenuss. Der Bund zahlt Hinterbliebenen einen Sechstel eines Jahreslohns.²³¹

§3 Arbeitszeit, Ferien, bezahlte Abwesenheiten

A. Arbeitszeit

I. Arbeitszeitmodelle

1. Sollarbeitszeit

Unter Sollarbeitszeit versteht man die normalerweise zu leistende Arbeitszeit. Im öffentlichen Personalrecht ist es üblich, die Sollarbeitszeit mittels Rechtssatzes zu regeln. Dabei kann die Arbeitszeit als Wochen- oder Jahresarbeitszeit geregelt sein, wobei in den Kantonen eine Wochensollarbeitszeit zwischen 40 und 42 Stunden üblich ist.

2. Flexible Arbeitszeiten

Viele Personalreglemente gehen vom Grundsatz flexibler Arbeitszeiten aus. In diesem Modell wird den Angestellten – im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse – möglichst grosse Freiheit in der Gestaltung ihrer Arbeitszeiten zugebilligt. Verbreitet sind Modelle, die zwar vorgegebene Anwesenheitszeiten vorsehen (etwa während

²³⁰ Art. 338 Abs. 2 OR.

²³¹ Art. 62 Abs. 1 BPV.

der Öffnungszeiten), den Angestellten aber Flexibilität bei der Gestaltung der übrigen Arbeitszeit gewähren.

In diesem Modell liegt die Verantwortung für die Erfüllung der Sollarbeitszeit und die Einhaltung allfälliger Höchstarbeitszeiten bei den Angestellten; die Vorgesetzten haben im Rahmen der Kontrolle der Arbeitszeiterfassung aber die Pflicht zur Überwachung und nötigenfalls zur Intervention.

3. Fixe Arbeitszeiten

Flexible Arbeitszeiten sind nur möglich, wo dies die betrieblichen Bedürfnisse auch zulassen. In verschiedenen Bereichen verlangen die betrieblichen Bedürfnisse nach festen Arbeitszeiten, namentlich in Betrieben mit Schichtarbeit (z.B. Spitäler, Frontdienst bei der Polizei usw.). In solchen Fällen leisten die Angestellten ihre Arbeitszeit im Rahmen vorgegebener Dienstpläne.

Im Schichtbetrieb haben sie Anspruch darauf, dass der Dienstplan genügend früh bekanntgegeben wird, damit sie die Gestaltung ihrer freien Zeit vernünftig planen können. Bei der Dienstplangestaltung hat der Arbeitgeber den berechtigten Interessen der Angestellten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten Rechnung zu tragen.

In diesem Modell liegt die Verantwortung für die Erfüllung der Sollarbeitszeit und die Einhaltung allfälliger Höchstarbeitszeiten beim Arbeitgeber.

4. Pausen

Viele Personalreglemente kennen einen Anspruch auf bezahlte Pausen, der zwischen 15 und 30 Minuten pro vollen Arbeitstag beträgt.

In Anlehnung an die Regelung des Arbeitsgesetzes²³² ist zudem bei längerer Arbeitszeit eine Mittagspause von mindestens 30 Minuten (teilweise auch mehr) einzulegen, die nicht zur bezahlten Arbeitszeit zählt.

5. Arbeitszeiterfassung

a) *Pflicht zur Arbeitszeiterfassung als Grundsatz*

In privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen besteht eine Pflicht, die Arbeitszeit sowie die Pausen und Ferien sowie Freitage von Arbeitnehmenden, die nicht eine höhere leitende Stellung haben²³³, zu dokumentieren (Art. 73 ArGV 1); davon darf nur unter restriktiven Bedingungen abgewichen werden (siehe Art. 73a ArGV 1). Diese

²³² Art. 15 ArG.

²³³ Vgl. Art. 3 lit. d ArG.

Pflicht dient dem Schutz der Arbeitnehmenden, indem der Arbeitgeber Rechenschaft über die Einhaltung der Arbeitszeit und die Gewährung von Frei- und Ferientagen ablegen muss.

Auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zu den Arbeitszeiten und damit auch die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung grundsätzlich nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG, siehe zu den Ausnahmen nachfolgend § 3.A.III.1). Auch das öffentlich-rechtliche Personalrecht sieht aber in der Regel die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung als Regelfall vor.²³⁴

Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung wird dabei regelmässig an die Angestellten delegiert, wobei die vorgesetzte Stelle dafür verantwortlich bleibt, dass sämtliche geleistete Arbeitszeit erfasst wird. Dementsprechend hat die vorgesetzte Stelle die Arbeitszeiterfassung regelmässig zu kontrollieren und zu visieren.

b) Vertrauensarbeitszeit

Sind die Angestellten von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung befreit, spricht man von Vertrauensarbeitszeit. In Anlehnung an die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes kann ein solches Modell nur mit Angestellten des oberen Kaders vereinbart werden. So sieht etwa das Bundespersonalrecht vor, dass Angestellte in den Lohnklassen 18 bis 29 mit ihren Vorgesetzten Vertrauensarbeitszeit vereinbaren können, ab Lohnklasse 30 ist Vertrauensarbeitszeit obligatorisch.²³⁵ Eine vergleichbare Regelung kennt etwa auch der Kanton Basel-Stadt.²³⁶

Auch für Angestellte mit Vertrauensarbeitszeit bleiben die Bestimmungen über die Arbeitszeit anwendbar. Die Einhaltung der Arbeitszeit liegt aber in ihrer Verantwortung, weshalb sie keinen Anspruch auf Kompensation von Mehr- oder Überstunden haben. Vertrauensarbeitszeit kommt deshalb grundsätzlich nur für Angestellte in Frage, die über grosse Autonomie in der Gestaltung ihrer Arbeitszeiten verfügen.

Angestellten mit Vertrauensarbeitszeit wird anstelle der Kompensation für Mehr- und Überstunden regelmässig ein Lohnzuschlag oder eine Anzahl von Ausgleichstagen gewährt.²³⁷

²³⁴ Vgl. etwa Art. 45 Abs. 1 StPR FR und Art. 4 RAS FR, Art. 5 Abs. 1 RDF NE, Art. 56 ff. OPer JU, § 26 AZV ZG, § 129 VVO ZH.

²³⁵ Art. 64b Abs. 2 f. BPV.

²³⁶ §§ 14 ff. AZV BS.

²³⁷ So im Bund: Lohnzuschlag von 6% oder ausnahmsweise Gewährung von zehn Ausgleichstagen (Art. 64b Abs. 5 BPV); im Kanton Basel-Stadt: fünf Ausgleichstage (§ 14^{ter} Abs. 3 AZV BS).

6. Mobiles Arbeiten

Die Möglichkeit von mobilem Arbeiten, das heisst der Erbringung der Arbeitsleistung ausserhalb der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten (insbesondere das Arbeiten zuhause), hat erst vereinzelt Niederschlag in den Personalrechten gefunden.²³⁸ Im Zuge der Covid-19-Pandemie haben aber auch öffentlich-rechtliche Arbeitgebende dieses Bedürfnis erkannt und dies teilweise im bestehenden rechtlichen Rahmen ermöglicht. Der Bund fördert seit 2021 bewusst zeitlich wie örtlich flexibles Arbeiten (Art. 64a BPV) und hat u.a. Bestimmungen zum Gesundheitsschutz (Art. 10c BPV) erlassen.

Die Rahmenbedingungen des mobilen Arbeitens unterscheiden sich danach, ob es auf Wunsch des Arbeitgebers oder auf Wunsch der Arbeitnehmenden geschieht. Im ersten Fall hat der Arbeitgeber die für das mobile Arbeiten notwendigen Auslagen (Kosten für einen Heimarbeitsplatz, die Internetverbindung, zusätzlich notwendige IT-Infrastruktur usw.) grundsätzlich zu ersetzen. Bei freiwilligem mobilem Arbeiten kann der Arbeitgeber hingegen verlangen, dass die Arbeitnehmenden die notwendige zusätzliche Infrastruktur auf eigene Kosten zur Verfügung stellen.²³⁹

Die Rahmenbedingungen des mobilen Arbeitens sind in einer Vereinbarung zwischen der Vorgesetzten und dem Arbeitnehmer festzuhalten. Zu regeln ist dabei insbesondere die Erreichbarkeit, allenfalls der Ort, an dem die Arbeitsleistung erbracht wird, wer die Kosten der zusätzlichen Infrastruktur trägt und inwiefern im Rahmen des mobilen Arbeitens Mehr- und Überstunden geleistet werden können.

Unterstehen die Arbeitnehmenden einer Arbeitszeiterfassungspflicht, gilt diese auch im mobilen Arbeiten. Bei flexibler Ausgestaltung der Arbeitszeit werden in der Regel aber keine Zuschläge für Nacht- und Sonntagsarbeit und keine Überstundenzuschläge ausgerichtet.

²³⁸ Siehe als Beispiel etwa Art. 167 AB PR Stadt ZH sowie das Reglement (der Stadt Zürich) über mobiles Arbeiten (AS ZH 177.165).

²³⁹ So z.B. die Regelung gemäss dem Merkblatt Mobiles Arbeiten für den Kanton Zürich vom 23. Mai 2022, www.zh.ch/de/arbeiten-beim-kanton/fuer-hr-profis/handbuch-personalrecht/definition/arbeitszeit/mobiles-arbeiten/mobiles-arbeiten-merkblatt.html, besucht am 20. März 2025; Urteil BGER 1C_328/2024 vom 4.3.2025, E. 5.

II. Mehr- und Überstunden

1. Allgemeines

Mehr- und Überstunden bezeichnen Arbeitsleistungen, die über die Normalarbeitszeit hinaus erbracht werden, der tatsächliche Arbeitszeitsaldo also höher ist als die Sollarbeitszeit.

Diese zusätzlichen Arbeitsleistungen lassen sich danach unterscheiden, ob sie freiwillig im Rahmen flexibler Arbeitszeiten entstanden sind (Mehrstunden) oder auf Anweisung des Vorgesetzten zu leisten waren (Überstunden). Diese Unterscheidung ist wichtig, weil die rechtliche Behandlung von Mehr- und Überstunden unterschiedlich ist.

2. Mehrstunden

Mehrstunden sind über die Sollarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen, die im Rahmen flexibler Arbeitszeitmodelle auf freiwilliger Basis erbracht wurden; es liegt ein positiver Gleitzeitsaldo vor. Sie können später durch eine unter der Sollarbeitszeit liegende Arbeitsleistung wieder ausgeglichen werden. Häufig ermöglicht das Personalrecht zudem die Kompensation ganzer Arbeitstage, wobei die jährliche Zahl solcher Kompensationstage beschränkt ist.²⁴⁰

In flexiblen Arbeitszeitmodellen liegt die Einhaltung der Arbeitszeit in erster Linie in der Verantwortung der Angestellten, die deshalb auch dafür besorgt sein müssen, dass der Arbeitszeitsaldo nicht zu stark ins Minus fällt oder einen zu grossen Überhang aufweist. Regelmässig ist die Übertragung eines positiven oder negativen Arbeitszeitsaldos auf das nächste Jahr deshalb eingeschränkt, etwa im Umfang der Sollarbeitszeit von zwei Arbeitswochen.²⁴¹ Ein darüber hinausgehender positiver Arbeitszeitsaldo verfällt ersatzlos, während ein darüber hinausgehender negativer Arbeitszeitsaldo mit Ferienguthaben oder dem Lohn verrechnet werden kann.²⁴²

3. Überstunden

Überstunden sind über die Sollarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistungen, die auf Anweisung der oder des Vorgesetzten erbracht wurden. Im Rahmen der Zumutbarkeit sind die Angestellten grundsätzlich verpflichtet, Überstunden zu leisten.

²⁴⁰ Siehe z.B. § 124 VVO ZH (maximal 15 ganze Kompensationstage pro Jahr).

²⁴¹ So etwa § 121 Abs. 1 VVO ZH.

²⁴² Vgl. z.B. § 121 Abs. 2 VVO ZH.

Überstunden werden im öffentlichen Personalrecht auch als Überzeit bezeichnet. Diese Terminologie ist verwirrend, weil Überzeit gemäss Arbeitsgesetz Arbeitsleistungen bezeichnet, die über die Höchstarbeitszeit hinaus geleistet werden.²⁴³ Es ist deshalb wichtig, immer anhand des Regelungsinhalts zu klären, worum es bei Überzeit geht.

Soweit die Überstundenleistung auf einer klaren Anweisung basiert, bereitet deren Behandlung in der Praxis kaum Probleme. Schwierig ist die Abgrenzung zu den Mehrstunden indes dann, wenn die Leistung von Überstunden nicht ausdrücklich angeordnet wurde, die Angestellten aber geltend machen, ihre Mehrzeit resultiere daraus, dass die zugeteilte Arbeitsmenge nicht innert der Sollarbeitszeit bewältigt werden könne. War in solchen Fällen bei objektiver Betrachtung die Bewältigung der Arbeitsmenge innert der Sollarbeitszeit nicht möglich, gilt die Leistung von Mehrzeit als betrieblich notwendig, und es handelt sich dabei auch ohne ausdrückliche Anordnung der vorgesetzten Stelle um Überstunden. Gegen den Willen des Arbeitgebers können Angestellte indes keine Überstunden leisten.²⁴⁴

Überstunden sind in der Regel durch Gewährung von Freizeit auszugleichen und können nur ausnahmsweise ausbezahlt werden. In der Praxis ist das allerdings regelmässig nur möglich, wenn der Arbeitsanfall Schwankungen unterliegt. Sind die Überstunden Folge einer permanent grossen Arbeitslast, kommt aus betrieblichen Gründen nur eine Auszahlung in Frage.

Bei der Zeit- und Barabgeltung von Überstunden wird häufig danach differenziert, in welcher Lohnklasse die Angestellten eingereiht sind. Angestellte in tiefen Lohnklassen haben dabei Anspruch auf einen Zuschlag, Angestellte in mittleren Lohnklassen Anspruch auf eine Auszahlung ohne Zuschlag und in hohen Lohnklassen (Kadermitarbeitende) muss eine bestimmte Zahl von Überstunden entschädigungslos geleistet werden.²⁴⁵

Weil Überstunden im Interesse des Arbeitgebers geleistet werden mussten, greifen die Regelungen zur eingeschränkten Übertragung von Mehrzeit nicht; ist eine Kompensation nicht möglich, ist vielmehr eine Barabgeltung geschuldet. Dementsprechend ist in der Praxis die Qualifikation als Mehr- oder Überstunden häufig strittig. Die Beweislast, dass es sich um Überstunden handelt, liegt dabei bei den Arbeitnehmenden²⁴⁶, wobei an das Beweismass keine hohen Anforderungen gestellt werden

²⁴³ Vgl. Art. 12 ArG und dazu nachfolgend § 3A.III.3.

²⁴⁴ Urteil VGer ZH VB.2013.00242 vom 23. Oktober 2013, E. 2.6 f.

²⁴⁵ So z.B. § 127 f. VVO ZH: Zuschlag von 25 % bis LK 16, entschädigungslose Leistung von 120 Überstunden ab LK 24.

²⁴⁶ Zum Ganzen Urteil VGer ZH VB.2013.00242 vom 23. Oktober 2013, E. 2.6 Abs. 2.

dürfen. Für die Behauptung, Überstunden hätten kompensiert werden können, ist dagegen der Arbeitgeber beweisbelastet.

III. Höchstarbeitszeit, Überzeit

1. (Nicht-)Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Die Bestimmungen zur Höchstarbeitszeit im Arbeitsgesetz sind nach Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden grundsätzlich nicht anwendbar.

Von diesem Grundsatz bestehen indes gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ArG verschiedene Ausnahmen, wobei das Arbeitsgesetz in diesen Fällen subsidiär zur Anwendung gelangt, sofern die Vorschriften über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis keine günstigere Regelung vorsehen (Art. 71 lit. b ArG).

Anwendbar ist das Gesetz nach Art. 4 ArGV 1 auf Betriebe des Bundes, der Kantone und Gemeinden,

- a. zur Herstellung, Verarbeitung oder Behandlung von Gütern sowie zur Erzeugung, Umwandlung oder Übertragung von Energie. Damit fallen insbesondere die Angestellten von Energieunternehmen der Kantone und Gemeinden in den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, unabhängig von der organisatorischen Ausgestaltung dieser Unternehmen.²⁴⁷
- b. zur Beförderung von Personen oder Gütern. Die Angestellten der konzessionierten Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen allerdings nicht dem Arbeitsgesetz, sondern dem Arbeitszeitgesetz²⁴⁸, das dem Arbeitsgesetz vorgeht.
- c. für die Abfuhr, für die Verbrennung oder Verarbeitung von Kehrriecht, Betriebe der Wasserversorgung und der Abwasserreinigung. Damit fallen namentlich kommunale Angestellte, die in gemeindeeigenen Betrieben für die Kehrriechentsorgung, die Abwasserreinigung sowie die Wasserversorgung tätig sind, in den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes.

Anwendbar ist das Arbeitsgesetz sodann auf die Angestellten selbständiger öffentlich-rechtlicher Anstalten.²⁴⁹

²⁴⁷ In den Anwendungsbereich fallen damit etwa auch die Elektrizitätswerke der Stadt Zürich (ewz), obwohl diese nicht verselbständigt, sondern als unselbständige Anstalt Teil der städtischen Verwaltung sind.

²⁴⁸ Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1971 (SR 822.21).

²⁴⁹ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 *e contrario*.

Schliesslich ist das Arbeitsgesetz unabhängig von der Organisationsform des Arbeitgebers auch anwendbar auf Assistenzärztinnen und -ärzte.²⁵⁰

2. Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz

Das Arbeitsgesetz legt eine wöchentliche Höchstarbeitszeit fest, die nach Tätigkeitsbereichen differenziert ist (Art. 9 Abs. 1 ArG):

- a. 45 Stunden für Angestellte in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte sowie Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels.
- b. 50 Stunden für alle übrigen Angestellten.

Diese Höchstarbeitszeiten sind indes nicht starr. Das Arbeitsgesetz lässt unter bestimmten Voraussetzungen eine Verlängerung um zwei bzw. vier Wochenstunden zu, insbesondere wenn die Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von acht bzw. vier Wochen nicht überschritten wird.²⁵¹

Arbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz ist die Zeit, während der sich die Angestellten zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten haben, wobei der übliche Arbeitsweg nicht als Arbeitszeit gilt (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Diese Arbeitszeitdefinition gilt nur hinsichtlich der Regelungen des Arbeitsgesetzes und hat damit insbesondere nicht zwingend zur Folge, dass während dieser Zeit auch Lohn geschuldet wäre.²⁵²

3. Überzeit nach Arbeitsgesetz

Die Regelung zur Höchstarbeitszeit gilt nicht absolut. Vielmehr darf die Höchstarbeitszeit nach Art. 12 ArG unter bestimmten Voraussetzungen – darunter fallen etwa Dringlichkeit, ausserordentlicher Arbeitsanfall und Vermeidung bzw. Beseitigung von Betriebsstörungen – um maximal zwei Stunden im Tag überschritten werden, wobei diese sogenannte Überzeit für Angestellte mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 45 Stunden insgesamt nicht mehr als 170 Stunden und für Angestellte mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden insgesamt nicht mehr als 140 Stunden pro Jahr betragen darf.

Für geleistete Überzeit muss nach Art. 13 Abs. 1 ArG zwingend der Grundlohn sowie ein Lohnzuschlag von 25 % geleistet werden²⁵³, bei Büropersonal, den technischen

²⁵⁰ Art. 4a ArGV 1.

²⁵¹ Art. 9 Abs. 3 ArG i.V.m. Art. 22 ArGV 1.

²⁵² Urteil BGer 8C_28/2022 vom 4. Oktober 2022, E. 5.3 bezüglich Umkleidezeit.

²⁵³ BGE 126 III 337, E. 6.

und anderen Angestellten sowie dem Verkaufspersonal in Grossbetrieben jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.

Mit Einverständnis der Angestellten kann Überzeitarbeit auch durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden; in diesem Fall ist kein Zuschlag geschuldet (Art. 13 Abs. 2 ArG).

4. Ruhezeitvorschriften

Das Arbeitsgesetz enthält einerseits Pausenvorschriften und bestimmt andererseits eine tägliche Mindestruhezeit.

Während eines Arbeitstages muss nach Art. 15 ArG bei einer Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden eine Pause von mindestens 15 Minuten, bei einer Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden eine Pause von mindestens 30 Minuten und bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden eine Pause von mindestens einer Stunde gewährt werden. Diese Pausenvorschriften gehen teilweise über die Mindestpausenregelung in öffentlich-rechtlichen Personalrechtserlassen hinaus.

Zwischen zwei Arbeitstagen ist Angestellten zudem nach Art. 15a ArG eine Ruhezeit von mindesten elf zusammenhängenden Stunden zu gewähren, wobei diese Ruhezeit für erwachsene Angestellte einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden kann, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten ist. Diese Ausnahme ist insbesondere im Schichtbetrieb bei einem Wechsel von einer Spät- zu einer Frühschicht relevant.

5. Nachtarbeit nach Arbeitsgesetz

Als Nachtarbeit gilt grundsätzlich die Arbeitsleistung im Zeitraum zwischen 23 Uhr und 6 Uhr, wobei das Arbeitsgesetz an den Randzeiten eine Verschiebung um eine Stunde zulässt, d.h. Nachtarbeit kann im Einzelfall auch von 22 Uhr bis 5 Uhr oder von 0 Uhr bis 7 Uhr dauern.²⁵⁴

Das Arbeitsgesetz statuiert in Art. 16 und 17 ein grundsätzliches Nachtarbeitsverbot mit Ausnahmевorbehalt. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird nur bewilligt, wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist; vorübergehende Nachtarbeit setzt ein dringendes Bedürfnis voraus. Dauernde Nachtarbeit wird vom SECO bewilligt, vorübergehende Nachtarbeit von der zuständigen kantonalen Behörde.

²⁵⁴ Die Dauer der Nachtarbeit ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 10 ArG.

Verrichten Angestellte vorübergehend Nachtarbeit, muss ihnen ein Lohnzuschlag von 25 % bezahlt werden (Art. 17b ArG); bei dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit sind bei einer Schichtdauer von mehr als sieben Stunden (inklusive Pausen) innerhalb eines Jahres eine Ausgleichsruhezeit in Höhe von 10 % der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben, oder andere gleichwertige Ausgleichsruhezeiten zu gewähren.²⁵⁵ Diese Ruhezeit darf nicht durch Geldleistungen abgegolten werden, ausser bei Beendigung des Anstellungsverhältnisses (Art. 22 ArG).²⁵⁶

B. Ferien

I. Allgemeines

1. Zweck und Umfang

Ferien sind zusammenhängende Erholungstage, für die ein Lohnanspruch besteht. Sie dienen der Erholung der Angestellten, wobei dieser Erholungszweck auch im Interesse des Arbeitgebers ist. Der Bezug von Ferien ist insofern nicht nur ein Recht der Angestellten, sondern sie sind dazu auch verpflichtet.

Der Umfang des Ferienanspruchs ist sehr unterschiedlich geregelt; der Mindestanspruch von vier Wochen (bzw. fünf Wochen bis zum vollendeten 20. Altersjahr) gemäss Art. 329a OR wird aber auch im öffentlichen Personalrecht beachtet. In jüngerer Zeit ist ein klarer Trend zur Gewährung von mindestens fünf Wochen Ferien feststellbar, dabei wird häufig nach Alterskategorien unterschieden und werden Angestellten unter 20 Jahren sowie über 50 Jahren regelmässig zusätzliche Ferientage gewährt. In der Regel sind – analog zur privatrechtlichen Regelung – wenigstens zwei Ferienwochen pro Jahr am Stück zu beziehen.

Heutige Zeiterfassungssysteme weisen den Ferienanspruch häufig in Stunden und Minuten statt in Tagen aus. Das ändert indes nichts daran, dass Ferien tageweise zu gewähren sind, denn ein stundenweiser Bezug trägt dem Erholungszweck nicht hinreichend Rechnung.

2. Verbot der Barabgeltung

Aus dem Erholungszweck der Ferien ergibt sich ein Verbot der Barabgeltung des Ferienlohns während der Dauer des Anstellungsverhältnisses. Der Arbeitgeber muss dafür besorgt sein, dass die Ferien auch tatsächlich bezogen werden können.

²⁵⁵ Arbeitnehmer mit Vier-Tage-Woche sind davon ausgenommen (Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG).

²⁵⁶ Vgl. hierzu auch Urteil VGer ZH VB.2020.00234 vom 10. September 2020, E. 3 mit zahlreichen Hinweisen.

Zulässig ist eine Barabgeltung am Ende des Anstellungsverhältnisses, wobei dies regelmässig voraussetzt, dass ein Ferienbezug bis zum Anstellungsende aus gewichtigen betrieblichen oder aus wichtigen persönlichen Gründen nicht möglich war.

3. Ferienunfähigkeit

Sind Angestellte während der Ferien krank oder erleiden sie einen Unfall, kann dies den Erholungszweck der Ferien vereiteln. In diesem Sinn liegt eine sogenannte Ferienunfähigkeit vor, wenn die Angestellte in einem Zustand ist, der dem Erholungszweck der Ferien entgegensteht, namentlich wegen Bettruhe, medizinischer Behandlung, regelmässiger Arztbesuche über längere Zeit oder eines Spitalaufenthalts. Dabei müssen die Beeinträchtigungen von einigem Gewicht sein; nicht jedes Unwohlsein oder jede unfallbedingte Einschränkung begründet bereits eine Ferienunfähigkeit; Ferienunfähigkeit lässt sich schliesslich auch nicht mit Arbeitsunfähigkeit gleichsetzen, es handelt sich dabei um unterschiedliche Tatbestände.²⁵⁷

Die Beweislast für das Vorliegen einer Ferienunfähigkeit liegt bei den Angestellten. Es kann auf die Ausführungen zum Beweis einer Arbeitsunfähigkeit in Kapitel 4 verwiesen werden.

4. Ferienkürzung

Leisten Angestellte während längerer Zeit keine Arbeit, reduziert sich in der Regel auch der Ferienanspruch. Dabei ist nach dem Grund der Abwesenheit zu unterscheiden:

- Bei unbezahltm Urlaub wird der Ferienanspruch in der Regel anteilmässig gekürzt, vereinzelt allerdings erst ab einer gewissen Dauer.²⁵⁸
- Bei Abwesenheit wegen Krankheit, Unfalls oder obligatorischen Dienstes werden die Ferien erst nach einer Karenzfrist gekürzt, die in der Regel drei Monate beträgt, wobei die Abwesenheit während dieser Frist für die Kürzung nicht berücksichtigt wird.²⁵⁹ In der Regel erfolgt die Kürzung dabei nur für jeden vollen Monat der Abwesenheit.²⁶⁰

²⁵⁷ Vgl. Urteil VGer ZH PB.2007.00055 vom 28. Mai 2008, E. 3.4.

²⁵⁸ So z.B. beim Bund ab einer Abwesenheit von 22 Arbeitstagen, wobei diese Abwesenheitstage bei der Kürzung berücksichtigt werden (vgl. Art. 67a BPV).

²⁵⁹ So z.B. Art. 67a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BPV.

²⁶⁰ So z.B. § 79a Abs. 2 VVO ZH.

II. Zeitpunkt des Bezugs

Über den Zeitpunkt des Ferienbezugs entscheidet grundsätzlich der Arbeitgeber. Er hat dabei die Wünsche der Angestellten zu berücksichtigen, soweit dies betrieblich möglich ist. Daraus lässt sich aber kein Anspruch ableiten, Ferien nur zu bestimmten Zeiten (etwa nur während der Schulferien) zu beziehen; es ist vielmehr ein vernünftiger Ausgleich zwischen den jeweiligen individuellen Interessen der Angestellten und den betrieblichen Interessen zu finden.

Der Ferienbezug ist den Angestellten genügend früh mitzuteilen, damit sie in der Lage sind, Aktivitäten (z.B. eine Reise) während der Ferienzeit zu planen.

III. Verjährung/Verwirkung des Ferienanspruchs

Ohne abweichende Regelung im anwendbaren Personalrecht unterliegen Ferienansprüche einer Verjährungsfrist von fünf Jahren.²⁶¹ Ohne gegenteilige Regelung gelten immer die ältesten Guthaben als bezogen.

Im Personalrecht kann eine andere Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist vorgesehen werden. In diesem Sinn verfallen Ferienansprüche etwa in den Kantonen Jura²⁶² und Neuenburg²⁶³, wenn sie nicht bis zum Ende des darauffolgenden Jahres bezogen wurden, in den Kantonen Nidwalden²⁶⁴, Wallis²⁶⁵ und Zug²⁶⁶, wenn sie nicht bis zum 30. April des Folgejahres bezogen wurden.

Sofern das kantonale Recht dafür Raum lässt, kann ein kommunales Personalrecht den Verfall von Ferienansprüchen eigenständig regeln.²⁶⁷

C. Bezahlte Abwesenheiten

Das jeweilige Personalrecht vermittelt den Angestellten regelmässig Ansprüche auf bezahlte Abwesenheiten aus bestimmten Gründen, wobei die Regelungen sehr detailliert ausfallen können. Dabei ist zu unterscheiden nach Ereignissen, für die eine fixe Zahl von zusätzlichen bezahlten Freitagen gewährt wird (z.B. für die eigene

²⁶¹ BGE 136 III 94, E. 4.1 (für das private Arbeitsrecht).

²⁶² Art. 100 OPer JU.

²⁶³ Art. 18 RDF NE.

²⁶⁴ § 8 PersV NW.

²⁶⁵ Art. 36 Abs. 4 VBA VS.

²⁶⁶ § 21 Abs. 3 f. AZV ZG.

²⁶⁷ Vgl. hierzu Urteil VGer ZH VB.2020.00882 vom 29. April 2021, E. 5.2.

Hochzeit), und Ereignissen, für die die notwendige Zeit gewährt wird (z.B. einen Arztbesuch).

Bei Ereignissen, für die eine fixe Zahl zusätzlicher Freitage gewährt wird, entsteht der Anspruch in der Regel unabhängig davon, ob das Ereignis in die Arbeitszeit fällt; es genügt, dass die Freitage im Zusammenhang mit dem Ereignis bezogen werden.

Bei Ereignissen, für die die notwendige Zeit gewährt wird, entsteht der Anspruch naturgemäss nur, soweit dafür auch tatsächlich Arbeitszeit in Anspruch genommen wird. In flexiblen Arbeitszeitmodellen erfolgt eine Zeitgutschrift regelmässig nur, wenn andernfalls die Sollarbeitszeit des betreffenden Tages nicht erfüllt wird. Die vorgesetzte Stelle kann zudem verlangen, dass planbare Ereignisse (etwa ein Arztbesuch) nach Möglichkeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit wahrgenommen werden.

D. Unbezahlter Urlaub

Unbezahlter Urlaub ermöglicht Angestellten eine längere Abwesenheit vom Arbeitsplatz (z.B. für eine lange Reise), ohne dafür das Anstellungsverhältnis kündigen zu müssen. Auf unbezahlten Urlaub besteht regelmässig kein Anspruch, er wird aber im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten gewährt, wobei allenfalls eine Mindestanstellungsdauer verlangt wird.

Während des unbezahlten Urlaubs ruhen sämtliche Verpflichtungen und Rechte aus dem Arbeitsverhältnis. Damit entfällt nicht nur der Lohnanspruch, sondern ruhen nach einer Übergangsfrist auch Versicherungsdeckungen, die mit dem Anstellungsverhältnis verknüpft sind. Es liegt in der Verantwortung der Angestellten, den Versicherungsschutz während dieser Zeit sicherzustellen, wobei der Arbeitgeber sie auf den auslaufenden Versicherungsschutz hinzuweisen hat.

§4 Mitwirkungs- und Streikrecht

A. Mitwirkungsrechte

I. Vorbemerkungen

Das Mitwirkungsgesetz, welches die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer in privaten Betrieben regelt, ist auf Angestellte der öffentlichen Hand nicht anwendbar. Der Umfang der Mitwirkungsrechte der Angestellten ergibt sich deshalb in erster Linie aus den anwendbaren personalrechtlichen Vorschriften.

II. Koalitionsfreiheit

Gemäss Art. 28 Abs. 1 BV haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben. Die darin enthaltene kollektive Gewerkschaftsfreiheit beinhaltet das Recht einer Gewerkschaft, an Kollektivverhandlungen mitzuwirken und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen.²⁶⁸ Im öffentlichen Dienstrecht ist dieses Recht jedoch insofern eingeschränkt, als den Gewerkschaften beim Erlass personalrechtlicher Vorschriften nur ein Anhörungsrecht zusteht, da ein weitergehendes Mitwirkungsrecht im Widerspruch zur staatlichen Souveränität beim Erlass von Rechtsvorschriften stünde. Geht es hingegen um die Teilnahme an Kollektivverhandlungen oder institutionalisierten Gesprächen der Arbeitnehmervvertretung mit den zuständigen Behörden²⁶⁹, greifen diese Einschränkungen nicht, und eine Gewerkschaft hat unter den nachfolgend erläuterten Bedingungen einen Anspruch auf Anerkennung als Verhandlungspartner.²⁷⁰

Nicht jede Gewerkschaft hat in diesem Sinn Anspruch auf Anerkennung als Verhandlungspartner. Die Praxis knüpft dies vielmehr zusätzlich an die Voraussetzung, dass eine Gewerkschaft einerseits genügend repräsentativ ist und sich andererseits loyal verhält. Dabei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Konkretisierung ein gewisser Spielraum besteht. Bei der Repräsentativität müssen die angewandten Kriterien genügend Raum lassen, damit ein gewisser Pluralismus der Gewerkschaftsstimmen ermöglicht wird, was jeweils anhand der konkreten Umstände zu beurteilen ist.²⁷¹ Loyal ist eine Gewerkschaft, wenn sie eine vertrauenswürdige Sozialpartnerin ist, namentlich sich nicht völlig unnötiger Mittel des Arbeitskampfes bedient oder Verhandlungen in missbräuchlicher Weise behindert; die Loyalität einer Gewerkschaft wird vermutet.²⁷²

²⁶⁸ BGE 140 I 257, E. 5.1.

²⁶⁹ Dazu Urteil VGer ZH VB.2016.00628 vom 25. Januar 2017, E. 2.

²⁷⁰ Zum Ganzen BGE 140 I 257, E. 5.1.1.; BGE 129 I 113, E. 1.4.

²⁷¹ Ausführlich hierzu BGE 140 I 257, E. 6.1. Siehe als Beispiel Urteil VGer ZH VB.2016.00628 vom 25. Januar 2017, wonach der Regierungsrat den Verband des Personals der öffentlichen Dienste (VPOD) als ständigen Verhandlungspartner anerkennen muss, sowie Urteil VGer ZH VB.2022.00014 vom 29. September 2022, wonach der Stadtrat Winterthur den Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK) mangels Repräsentativität nicht als ständigen Verhandlungspartner (auf Ebene des Stadtrats) anerkennen muss.

²⁷² BGE 140 I 257, E. 6.2.

III. Personalrechtlich normierte Mitwirkungsrechte

Mitwirkungsrechte der Angestellten werden in der Regel durch Vertretungen des Personals wahrgenommen, einerseits durch Beteiligung der Personalverbände, andererseits durch die Möglichkeit, Personalkommissionen bzw. -ausschüsse zu bilden. Die Personalverbände sind dabei primärer Ansprechpartner für Fragen, die alle oder eine grosse Zahl der Angestellten betreffen²⁷³, während die Personalkommissionen bei Fragen von allgemeinem Interesse einbezogen werden, die den von der Personalkommission abgedeckten Betriebskreis betreffen.²⁷⁴

Den einzelnen Angestellten steht ein Mitwirkungs- oder zumindest Anhörungsrecht zu, soweit es um Fragen geht, die (nur) ihre individuelle Anstellung betreffen.

B. Streikrecht

I. Verfassungsrechtliches Streikrecht

Art. 28 Abs. 3 BV schützt das Recht auf Streik im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dieses gilt indes nicht voraussetzungslos. Ein Streik ist nur verfassungsrechtlich geschützt, wenn er rechtmässig ist. Nach der in die Regelung von Art. 28 Abs. 3 BV übernommenen Praxis des Bundesgerichts ist ein Streik unter folgenden vier Voraussetzungen rechtmässig²⁷⁵:

(1) Der Streik ist von einer tariffähigen Organisation getragen.

Der Streik ist ein Instrument des kollektiven Arbeitsrechts und steht damit nicht jedem Einzelnen, sondern nur den Arbeitnehmenden als Kollektiv zu. Der Einzelne ist bloss berechtigt, im Rahmen des Kollektivs auf einen Streikbeschluss hinzuwirken.²⁷⁶

(2) Der Streik muss Arbeitsbeziehungen betreffen.

Der Streik ist ein Instrument des Arbeitskampfes und nur grundrechtlich geschützt, wenn er durch einen Gesamtarbeitsvertrag bzw. im Rahmen personalrechtlicher Vorschriften regelbare Ziele verfolgt. Ausgenommen sind damit insbesondere politische Streiks, die sich nicht an einen konkreten Arbeitgeber, sondern an den Gesetzgeber wenden.

²⁷³ Vgl. etwa § 45 PVO ZH.

²⁷⁴ Vgl. etwa Art. 109 BPV; §§ 46 f. PVO ZH.

²⁷⁵ Siehe BGE 132 III 122, E. 4.4; BGE 125 III 277, E. 3b; BGE 111 II 245, E. 4c.

²⁷⁶ BGE 125 III 277, E. 3a.

(3) Der Streik darf nicht gegen eine vertragliche Friedenspflicht verstossen.

Geht es um Gegenstände, die in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt sind, gilt diesbezüglich ein Verbot von Kampfmassnahmen; der Gesamtarbeitsvertrag kann darüber hinaus auch eine allgemeine Friedenspflicht vorsehen.²⁷⁷ Ebenso ist ein Streik unzulässig, wenn die Parteien sich zu Schlichtungsverhandlungen verpflichtet haben.

(4) Der Streik darf nicht unverhältnismässig sein.

Art. 28 Abs. 2 BV verpflichtet die Parteien, Streitigkeiten nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen. Der Streik ist erst als letztes Mittel zulässig²⁷⁸, wenn keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung mehr besteht.

Ist ein Streik zulässig, hat dies zur Folge, dass der Arbeitsvertrag in seinen Hauptpflichten suspendiert ist, das heisst der Arbeitnehmer schuldet keine Arbeit, der Arbeitgeber dafür auch keinen Lohn. Die Rechtmässigkeit des Streiks hat aber insbesondere zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis der daran teilnehmenden Angestellten nicht wegen der Teilnahme aufgelöst werden darf; eine solche Kündigung wäre missbräuchlich im Sinn von Art. 336 OR²⁷⁹. Handelt es sich hingegen um einen unrechtmässigen Streik, verletzt der daran teilnehmende Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten und darf ihm als Folge dieser Verletzung gekündigt werden.

II. Zulässige Einschränkung des Streikrechts für bestimmte Berufsgruppen

Nach Art. 28 Abs. 4 BV kann das Gesetz bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten. Damit soll verhindert werden, dass wichtige Bereiche des öffentlichen Dienstes durch einen Streik lahmgelegt werden.²⁸⁰ Sowohl der Bund²⁸¹ als auch zahlreiche Kantone²⁸² sehen gesetzliche Einschränkungen des Streikrechts vor, die Kantone Nidwalden²⁸³ und Wallis²⁸⁴ gar ein absolutes Streikverbot, das indes nicht mit der Verfassung vereinbar ist.

²⁷⁷ Vgl. Art. 357a OR.

²⁷⁸ BGE 132 III 122, E. 4.4.2.

²⁷⁹ Zum Ganzen BGE 125 III 277, E. 3 b.

²⁸⁰ Botschaft BV, S. 181.

²⁸¹ Art. 24 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 96 BPV.

²⁸² So die Kantone Aargau (§ 20 Abs. 2 PersG AG), Appenzell Ausserrhoden (Art. 67 PG AR), Bern (Art. 12 Abs. 2 PG BE), Freiburg (Art. 68 Abs. 7 f. StPG FR), Graubünden (Art. 45 PG GR), Luzern (§ 46 PG LU), Jura (Art. 59 Abs. 5 LPer JU), Schaffhausen (Art. 33 PG SH), St. Gallen (Art. 69 PersG SG) und Waadt (Art. 52 Abs. 5 LPers VD).

²⁸³ Art. 46 PersG NW.

²⁸⁴ Art. 20 Abs. 3 kGPers VS.

Eine Einschränkung von Grundrechten ist gestützt auf Art. 36 BV zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht (Abs. 1), im öffentlichen Interesse ist oder dem Schutz von Grundrechten Dritter dient (Abs. 2), verhältnismässig ist (Abs. 3) und den Kerngehalt des Grundrechts wahrt (Abs. 4). Diese Voraussetzungen gelten auch bei Einschränkungen des Streikrechts, weshalb Art. 28 Abs. 4 BV so zu verstehen ist, dass die Einschränkung zwingend einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf und im Übrigen die Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 BV zu beachten sind.²⁸⁵

Ein kantonales Streikverbot muss deshalb namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren. Daraus folgt, dass das Verbot sich auf die Ausübung derjenigen Dienste zu beschränken hat, die für die Aufrechterhaltung wichtiger Dienste (wie der Polizei, der Feuerwehr und der Notfallmedizin) absolut notwendig sind.²⁸⁶

§5 Q & A

A. Vertrauensarbeitszeit zulässig?

Der Zweckverband X nimmt sämtliche Aufgaben des Abfuhrwesens für die beteiligten Gemeinden wahr. Gemäss Personalrecht des Zweckverbands gilt für die Mitarbeitenden des Kaders Vertrauensarbeitszeit. Ist dies zulässig?

Zweckverbände unterstehen grundsätzlich nicht den Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1). Gewisse Betriebszweige sind allerdings vollständig dem Arbeitsgesetz unterstellt; dazu zählen auch Betriebe für die Abfuhr, für die Verbrennung oder Verarbeitung von Kehrrecht (Art. 4 lit. c ArGV 1). Die Vorschriften betreffend Arbeitszeiterfassung gelten damit auch für den Zweckverband X. Ausnahmen davon sind nur zulässig für Arbeitnehmende mit höherer leitender Tätigkeit, die den Vorschriften des Arbeitsgesetzes nicht unterstehen (Art. 3 lit. d ArG), sowie für Arbeitnehmende mit einem Bruttojahreslohn von mehr als CHF 120 000.–, wenn dies im Rahmen eines Gesamtarbeitsvertrags vereinbart wurde und die Arbeitnehmenden der Vertrauensarbeitszeit schriftlich zustimmen (Art. 73a Abs. 1 ArGV 1).

²⁸⁵ Vgl. BGE 144 I 306, E. 4.4.1.

²⁸⁶ Ausführlich hierzu BGE 144 I 306, E. 4.4 betreffend generelles Streikverbot für die Angestellten öffentlicher Gesundheitseinrichtungen.

B. Was ist bei der Lohneinreihung zu berücksichtigen?

Die Stelle einer juristischen Sachbearbeiterin im Rechtsdienst einer kantonalen Verwaltung ist in Lohnklasse 19 eingereiht. Erforderlich für diese Stelle sind ein Hochschulabschluss in Rechtswissenschaft und zwei Jahre Berufserfahrung. A hat einen Master in Rechtswissenschaft und ist Inhaberin des Anwaltspatents; sie hat vier Jahre Berufserfahrung als Juristin. Inwiefern sind die höhere Ausbildung und die Berufserfahrung bei der Lohneinreihung zu berücksichtigen?

Für die Zuordnung zu einer Lohnklasse sind einzig die (abstrakten) Stellenanforderungen massgebend. Die höhere Ausbildung und die zusätzliche Berufserfahrung führen deshalb nicht zur Einreihung in einer höheren Lohnklasse. Bei der individuellen Lohneinreihung innerhalb der Lohnklasse sind jedoch das Anwaltspatent und die einschlägige zusätzliche Berufserfahrung erhöhend zu berücksichtigen. A ist deshalb innerhalb der Lohnklasse 19 höher einzustufen als ein Kandidat, der nur die Mindestvoraussetzungen der Stelle erfüllt.

C. Anspruch auf rückwirkende Korrektur der Lohnklasse?

A. arbeitet seit zehn Jahren als Lehrperson im Kanton X. Ihre Stelle ist der Lohnklasse 16 zugeordnet. Nachdem im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens, an dem A. sich nicht beteiligt hatte, festgestellt wurde, dass die Einreihung der Lehrpersonen rechtsungleich sei, und die Überführung in Lohnklasse 17 vorgenommen wurde, ordnete der Regierungsrat an, dass sämtliche Lehrpersonen ab dem Datum dieser Anordnung in die Lohnklasse 17 einzureihen seien. A. wehrt sich dagegen und verlangt rückwirkende Einreihung in Lohnklasse 17 ab dem Stellenantritt. Hat sie damit Aussicht auf Erfolg?

Soweit A. sich einzig auf das Rechtsgleichheitsgebot berufen kann, hat sie mit ihrem Antrag keinen Erfolg. Praxisgemäss besteht bei rechtsungleicher Behandlung nur ein Anspruch auf Beseitigung der Rechtsungleichheit für die Zukunft. Anders wäre es, wenn A. auch noch eine geschlechtsdiskriminierende Einreihung geltend machen könnte. Dann könnte sie die noch nicht verjährten Lohnansprüche, d.h. für die vergangenen fünf Jahre, auch noch rückwirkend geltend machen (siehe zum Ganzen BGE 131 I 105).

Kapitel 4: Soziale Absicherung

§1 Arbeitsverhinderung

A. Hauptleistungspflichten der Parteien

I. Gegenseitigkeit

Im öffentlich-rechtlichen wie privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen sich als Hauptpflichten die Arbeitsleistung und die Lohnzahlung direkt gegenüber. Es liegt ein sogenanntes Synallagma²⁸⁷ vor, was ein vollkommen zweiseitiges Verhältnis bedeutet. Die Arbeitgeberinnen und Angestellten sind gleichzeitig Gläubiger wie Schuldner der anderen Partei. Die Leistung der Arbeitgeberin ist dabei als Entgelt für die Arbeitsleistung von derselben abhängig; bleibt die Arbeitsleistung aus, entfällt grundsätzlich der Lohnanspruch.²⁸⁸

In der Anstellungsverfügung oder dem Anstellungsvertrag wird der Lohn für eine definierte Arbeitszeit zugesagt. Die Angestellten schulden nur die Zurverfügungstellung ihrer Arbeitskraft sowie die tatsächliche Arbeitstätigkeit während einer bestimmten Zeit (Arbeitszeit, Pensum)²⁸⁹ und weder eine bestimmte Qualität der Arbeit noch ein bestimmtes Arbeitsergebnis²⁹⁰, um einen Lohnanspruch geltend machen zu können.²⁹¹ Bestehen Mängel in der Leistung oder im Verhalten, können Arbeitgeber wohl zu personalrechtlichen Massnahmen wie Abmahnung, Kündigung oder Geltendmachung von Schadenersatz greifen, der Lohn bleibt jedoch (bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses) geschuldet.²⁹² Die sorgfältige Arbeitsleistung²⁹³ stellt insofern keine eigenständige Vertragspflicht der Angestellten dar, weshalb eine direkte Auswirkung auf die Lohnzahlungspflicht entfällt.²⁹⁴

Mit anderen Worten wird die Arbeitsleistung in Form von Zeit gemessen, weshalb die anwendbare, persönliche Arbeitszeit als direkte Gegenleistung für den hierfür geschuldeten Lohn zu bezeichnen ist. Einzig wenn sich der Umfang der Arbeitszeit

²⁸⁷ Vgl. für eine detaillierte Darstellung des Synallagmas WEBER, BK, Art. 82 OR N 42 ff.

²⁸⁸ SCHROETER, BSK, Art. 82 OR N 10.

²⁸⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 321 OR N 9.

²⁹⁰ Demgegenüber ist beim Werkvertrag ein Ergebnis (Werk, Art. 363 OR) und beim Auftrag eine sorgfältige Erbringung im Sinne des Auftraggebers aber ohne Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Art. 394 Abs. 1 OR und Art. 398 Abs. 2 OR) geschuldet.

²⁹¹ Ausnahmen allenfalls beim Akkord (vgl. Art. 326, 326a OR).

²⁹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 321a OR N 3.

²⁹³ Zum Beispiel Art. 20 Abs. 1 BPG und § 49 PG ZH.

²⁹⁴ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 321 OR N 1.

(Fehlstunden oder Mehrstunden und Pensumsanpassung) verändert, ist aufgrund des Synallagmas immer zu prüfen, welche Auswirkungen dies auf die Lohnzahlung als Gegenleistung hat.

II. Arbeitszeit

1. Definition

Eine Definition der Arbeitszeit fehlt im öffentlichen Personalrecht. Bei gegebener Anwendbarkeit der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes²⁹⁵ ist die Definition gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 massgeblich. Andernfalls ist die Arbeitszeit in Anlehnung an diese Vorschrift zu bestimmen. Dabei gilt als Arbeitszeit diejenige Zeit, während der sich der Angestellte zur Verfügung der Arbeitgeberin halten muss. Die Verordnungsvorschriften legen sodann weiter fest, welche Reise-, Bereitschafts-, Pause- und Stillzeiten als Arbeitszeit anzurechnen sind.²⁹⁶

Immerhin muss nicht alles, was den Arbeitgeberinnen in irgendeiner Form dient, zwingend (bezahlte) Arbeitszeit sein. Insbesondere im öffentlichen Personalrecht kann für die Arbeitszeit ein engeres Verständnis zulässig sein. Wenn Zeit lediglich in einem geringen Umfang im Sinne der Arbeitgeberinnen aufgewendet wird, kann die Anrechnung als Arbeitszeit entfallen. So hat das Bundesgericht 2021 entschieden, dass eine tägliche Umkleidezeit von ca. 15 Minuten im Spital nicht als Arbeitszeit entschädigt wird.²⁹⁷

Für konzessionierte Transportunternehmen, die dem Arbeitszeitgesetz unterstehen (Art. 1 AZG), ist festgelegt, welche Zeiten als Arbeitszeit an die Höchstarbeitszeit angerechnet werden (Art. 4 Abs. 5 AZG i.V.m. Art. 5 AZGV). Es handelt sich um Reisezeiten und angeordnete Aus-/Weiterbildungen sowie bestimmte Warte-/Unterbrechungszeiten.

2. Bezahlte Arbeitszeit

Bei den Arbeitszeitvorschriften nach Arbeitsgesetz und Arbeitszeitgesetz liegen öffentlich-rechtliche Gesundheitsschutzvorschriften vor, um eine Überlastung der Angestellten zu vermeiden. Mithin soll durch die Anrechnung als Arbeitszeit die Einhaltung der gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeiten²⁹⁸ sichergestellt werden. Deshalb werden Zeiten als Arbeitszeit angerechnet, welchen keine effektive Arbeits-

²⁹⁵ Vgl. Art. 2 ArG, Art. 4/4a ArGV 1.

²⁹⁶ Art. 13-15, 18 und 60 ArGV 1.

²⁹⁷ Urteil BGer 8C_514/2020 vom 20. Januar 2021, E. 5.2.4.

²⁹⁸ Art. 6 ArG, Art. 4 AZG.

leistung zugrundliegt. Werden die gesetzlich festgelegten Höchstarbeitszeiten erreicht, muss die Arbeitsleistung beendet werden bzw. Arbeit ist nur noch als Überzeit in dringenden Fällen (Art. 12 ArG) oder bei Sitzungen, Aus-/Weiterbildungen sowie Tätigkeiten ausserhalb des zugewiesenen Dienstortes bei Anwendbarkeit des Arbeitszeitgesetzes (Art. 4 Abs. 3 AZG, Art. 6 AZGV) in einem beschränkten Umfang zulässig.

Inwiefern die einzelnen Arbeitszeiten (effektive Arbeitsleistung, Bereitschaftsdienst, Ausbildung etc.) zu entschädigen sind, wird für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis durch Übung oder Vereinbarung (Art. 322 OR) und im öffentlichen Personalrecht durch die anwendbaren Personalrechte festgelegt. Davon gibt es einzelne Ausnahmen, wie die Anrechnung der Stillzeit als bezahlte Arbeitszeit (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1).

Beim Pikettdienst zeigt sich diese Differenzierung am deutlichsten. Zu unterscheiden ist zwischen der Rufbereitschaft und dem Arbeitseinsatz. Der Arbeitseinsatz zählt immer und mit der Wegzeit als Arbeitszeit (Art. 15 ArGV 1, Art. 11 Abs. 1 AZGV). Bei der Rufbereitschaft hängt dies von der verlangten Interventionszeit ab (Art. 8a ArGV 2), oder eine Anrechnung kann ganz entfallen (Art. 15 Abs. 2 ArG, Art. 12 AZGV). Im Rahmen der Entschädigung für die Rufbereitschaft können in Abweichung gegenüber dem vereinbarten Lohn abweichende, insbesondere tiefere Ansätze gewählt werden.²⁹⁹

3. Relevanz bei Ausbleiben der Arbeitsleistung

Soweit das Arbeitsgesetz oder das Arbeitszeitgesetz keine Regelung bezüglich Entschädigung der von ihnen festgelegten Arbeitszeiten trifft, ist der Gesetzgeber der öffentlichen Hand in den Schranken der Verfassung³⁰⁰ frei, nicht nur die Entschädigung für die Arbeitsleistung selbst, sondern auch für jene Zeiten, welche als Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitvorschriften gelten, festzulegen. Daraus resultiert gleichermaßen die Regelungsfreiheit bezüglich Entschädigung von ausgebliebener Arbeitsleistung.

²⁹⁹ Urteil BGER 4A_96/2017 vom 14. Dezember 2017, E. 2.1.

³⁰⁰ Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 8 BV und Urteil BGER 8C_514/2020 vom 20. Januar 2021, E. 5.2.

B. Ausbleiben der Arbeitsleistung

I. Die drei Aspekte

Die Folgen ausbleibender Arbeitsleistung sind unter drei Blickwinkeln zu prüfen:

- Berechtigung zur Nicht-Erbringung der Arbeitsleistung
- Anspruch auf Lohnzahlung trotz fehlender Arbeitsleistung
- Anrechnung als Arbeitszeit zur Prüfung des Erreichens der Höchstarbeitszeit

Fehlen Angestellte berechtigt, dürfen Arbeitgeberinnen keine personalrechtlichen Massnahmen (Verwarnung, Kündigung usw.) treffen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass für die ausbleibende Arbeitsleistung Lohn geschuldet ist. Bei berechtigtem Fernbleiben von der Arbeit ist sodann zu prüfen, ob sowie in welchem Ausmass die ausbleibende Arbeitsleistung dennoch als Arbeitszeit – mit oder ohne Lohnanspruch – anzurechnen ist.

Merkpunkt

- Trotz Berechtigung zum Fernbleiben von der Arbeit und allenfalls Anrechnung der Fehlzeiten als Arbeitszeit besteht nicht in allen Fällen für die ausbleibende Arbeitsleistung ein Lohnanspruch.

II. Ausbleiben der Arbeitsleistung als Leistungsstörung

1. Rechtsquellen

Das öffentliche Recht kennt keine allgemeinen Bestimmungen zu Leistungsstörungen. Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht sind die gesetzlichen Regelungen anderer Erlasse für verwandte Ansprüche heranzuziehen. Primär sind die Lücken durch analoge Anwendung von öffentlich-rechtlichen Normen und sekundär durch privatrechtliche Normen zu schliessen.³⁰¹ Kann auf allgemeine Rechtsgrundsätze aus dem Privatrecht zurückgegriffen werden, liegt demgegenüber keine analoge Anwendung von Privatrecht vor. Bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen handelt es sich um Rechtsnormen, die aufgrund ihrer Tragweite als ungeschriebenes Recht in allen Rechtsgebieten gelten. Grundlegende Bestimmungen wie Verzugszins, Verjährung, Handeln nach Treu und Glauben, objektive Beweislast etc. fehlen oft im öffentlichen Recht. Dennoch werden Sie als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt, und es liegt keine Lückenfüllung vor.³⁰²

³⁰¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 252; Urteil BGER 1C_328/2024 vom 4.3.2025, E. 3.

³⁰² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 145 ff., N 257; WIEDERKEHR/RICHLI, N 667 ff.

Sofern Kraft Verweises Privatrecht oder Bestimmungen aus dem privaten Arbeitsrecht zur Anwendung gelangen, sind diese umfassend anzuwenden, gelten jedoch als subsidiäres öffentliches Recht.³⁰³

2. Anwendbarkeit Allgemeiner Teil des Obligationenrechts

Soweit das öffentliche Personalrecht auf privatrechtliche Bestimmungen verweist³⁰⁴, beschränkt sich dieser Verweis nicht nur auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen, sondern umfasst gleichermassen «sämtliche Regeln, die sich im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Arbeitsverhältnisses für einen analogen Beizug als ergänzendes öffentliches Recht eignen», wozu der Allgemeine Teil des Obligationenrechts zählt.³⁰⁵ Die Einleitungsartikel des Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB) haben ebenfalls als vom Verweis umfasst zu gelten.

Fehlt ein Verweis, haben die genannten, privatrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der Lückenfüllung zur Anwendung zu gelangen³⁰⁶, wobei einige dieser Bestimmungen bereits als allgemeine Rechtsgrundsätze im öffentlichen Recht zu beachten sind.

3. Nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

Vorliegend relevant ist der nachträgliche Wegfall der Arbeitsleistung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses. Bei einem zweiseitigen Vertrag kann die Erfüllung durch die andere Partei nur verlangen, wer selbst bereits erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet (Art. 82 OR). Wird die Arbeitsleistung nicht erbracht, kann grundsätzlich kein Lohnanspruch bestehen.

Ausnahmen bilden die allgemeinen, gesetzlich vorgesehenen Verzugsfälle. Dabei liegt Gläubigerverzug vor, wenn ein persönlicher Grund und nicht ein objektiver Grund beim Gläubiger zur Nichterbringung der Schuldnerleistung führt (Art. 91 OR). Für die nachträgliche, nicht vom Schuldner zu verantwortende objektive und subjektive Unmöglichkeit gilt:³⁰⁷

Art. 119 OR Unmöglichwerden einer Leistung

¹ Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen.

³⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 251.

³⁰⁴ Z.B. Art. 6 Abs. 2 BPG, Art. 8 PersG SG.

³⁰⁵ Urteil BVGer A-3122/2021 vom 24. August 2022, E.4.1; BGE 132 II 161, E. 3.1.

³⁰⁶ Urteil VGer ZH PK.2000.00003 vom 20. Dezember 2000, E. 2b.

³⁰⁷ WIEGAND, BSK, Art. 119 OR N 1.

²Bei zweiseitigen Verträgen haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung.

³Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht.

Für das Arbeitsverhältnis bedeutet dies, dass bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung der Schuldner nicht zur Nacharbeit verpflichtet ist (Art. 119 Abs. 1 OR), ihm grundsätzlich jedoch kein Lohnanspruch zusteht (Art. 119 Abs. 2 OR). Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen, welche im Einzelfall den Bestand der Lohnforderung trotz Ausbleiben der Arbeitsleistungen konkret vorsehen (Art. 119 Abs. 3 OR).

Die personalrechtlichen oder versicherungsrechtlichen Grundlagen wie auch die arbeitsrechtlichen Bestimmungen im Obligationenrecht sehen zahlreiche Sonderbestimmungen vor, welche trotz Ausbleiben der Arbeitsleistung aus objektiven oder subjektiven Gründen den Angestellten Ansprüche auf Lohnzahlung oder Ersatzleistungen (Taggelder) gewähren. Zentral sind dabei die Bestimmungen zum Arbeitgeberverzug (vgl. Art. 324 OR) und zur Lohnfortzahlung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung (vgl. Art. 324a OR), aber auch die Urlaubsregelungen und Ferien. Fehlt eine solche Sonderbestimmung für den Gläubigerverzug im öffentlichen Personalrecht, ist Art. 324 OR analog anzuwenden.³⁰⁸

Somit ist für jeden Fall der ausbleibenden Arbeitsleistung zu prüfen, weshalb die Arbeitsleistung ausbleibt und ob sich eine konkrete Bestimmung in den jeweils anwendbaren Rechtsgrundlagen findet, welche den Fortbestand der Lohnzahlungspflicht trotz ausbleibender Arbeitsleistung normiert.

Merkmale

- Ohne Arbeit kein Lohn!
- Bei ausbleibender Arbeitsleistung kann nur dann ein Lohnanspruch bestehen, sofern eine konkrete Bestimmung in den anwendbaren Rechtsgrundlagen dies vorsieht.

³⁰⁸ Urteil VGer ZH PK.2000.00003 vom 20. Dezember 2000, E. 2b.

III. Risikosphären

Ursachen für den Wegfall der Arbeitsleistung können in drei Kategorien eingeteilt werden:

Arbeitgeberin	Angestellter	Drittursache
Freistellung	Arbeitsunfähigkeit	Sonn-/Feiertage
Zu wenig/keine Arbeit	Elternschaft	Streik
Betriebsstörung	Urlaube, Ferien, freie Zeit	Naturgewalt
Betriebsschliessung	Gesetzliche Pflichten	Höhere Gewalt
	Dienste	Zufall
	Arbeitsverweigerung	

In wessen Risiko die Ursache fällt und damit nach welchen gesetzlichen Bestimmungen die Lohnzahlung zu prüfen ist, muss im Einzelfall unter Betrachtung, wer in welchem Zusammenhang die Grundursache gesetzt hat, geklärt werden. Hindert ein Sturm Angestellte daran, die Arbeitsstelle aufzusuchen, erfolgt die Zuordnung zur Risikosphäre der Angestellten, da dies den Arbeitsweg betrifft, wobei objektive Unmöglichkeit gegeben ist. Dadurch entfällt die Lohnzahlung gestützt auf Art. 119 Abs. 2 OR. In der Lehre wird weitestgehend vertreten, dass bei Auswirkungen von Naturereignissen auf den Betrieb (zum Beispiel Stromausfall) demgegenüber die Arbeitgeberinnen das Risiko zu tragen und den Lohn nach Art. 324 OR zu bezahlen haben.³⁰⁹ Entscheidend dabei ist, dass der Arbeitgeberverzug (Art. 91 und 324 OR) kein Verschulden voraussetzt.

Dem Betriebsrisiko der Arbeitgeberinnen (Wirtschafts- und Unternehmensrisiko) werden mithin Betriebsstörungen oder Schliessungen aus technischen, wirtschaftlichen oder behördlichen Gründen zugeordnet, selbst wenn diese auf Zufall oder höhere Gewalt zurückgehen.³¹⁰

Würde dem strikt gefolgt, müssten Arbeitgeberinnen praktisch für sämtliche Leistungsstörungen einstehen, was meines Erachtens zu weit geht. Aussergewöhnliche Ereignisse wie höhere Gewalt, Zufall etc. dürfen nicht auf die Arbeitgeberinnen ab-

³⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 324 OR N 5.

³¹⁰ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 324 OR N 4.

gewälzt werden; handelt es sich doch eindeutig um eine Unmöglichkeit aus objektiven Gründen. Kommen zu wenig Gäste ins Restaurant, da die Küche keinen guten Ruf geniesst, hat dies zweifellos zum Betriebsrisiko einer Arbeitgeberin zu zählen. Muss dasselbe Restaurant jedoch auf behördliche Anordnung wegen einer Pandemie schliessen, kann die Haftung im Rahmen eines überdehnten Sozialschutzes nicht auf die Arbeitgeberinnen überwältzt werden. Als Betriebsrisiko soll das gelten, was Arbeitgeberinnen erwarten müssen und einkalkulieren können.³¹¹ Mit anderen Worten, mit was sie bei ihren konkreten betrieblichen Aktivitäten zu rechnen haben. Weiter zu beachten ist, dass wie ausgeführt lediglich subjektive Gründe zum Gläubigerverzug führen (Art. 91 OR). Objektive Gründe, mithin Zufall, höhere Gewalt etc., betreffen viele Angestellte und Arbeitgeberinnen gleichermassen und können von diesen nicht beeinflusst werden. Es greift die Regel von Art. 119 Abs. 2 OR, wonach die Leistungspflicht beider Parteien entfällt.³¹² Diesen Überlegungen ist das Bundesgericht gefolgt und hat im August 2023 festgehalten, dass die Arbeitgeber im Falle von behördlichen Betriebsschliessungen wegen Corona keine Lohnfortzahlung schulden. Der Gesetzgeber habe nicht jedes Risiko dem Arbeitgeber aufbürden wollen.³¹³

Öffentliche Angestellte und auch privatrechtliche Arbeitnehmer sind bei Verhinderungen an der Arbeitsleistung sehr weitgehend geschützt. Es gibt weder Anlass noch eine rechtliche Grundlage, alle möglichen Risiken den Arbeitgeberinnen zuzuordnen. Sofern keine explizite, gesetzliche Regelung vorliegt, kann der Lohnausfall nicht von der Arbeitgeberin oder von einem Dritten eingefordert werden (Art. 119 Abs. 2 und 3 OR).

C. Lohnanspruch

I. Übersicht

Die Tatbestände und gesetzlichen Grundlagen für bezahlte Abwesenheiten sind vielfältig. Die folgenden Ausführungen beschränkten sich auf Situationen, in welchen die Arbeitsleistung aufgrund einer Ursache, welche im weitesten Sinne bei der Arbeitgeberin einzuordnen ist, entfällt.

³¹¹ WILDHABER, S. 168.

³¹² WILDHABER, S. 169; Urteil AGer ZH JAR 2011 vom 16. August 2010, S. 628 ff.

³¹³ Urteil BGer 4A_53/2023 vom 30. August 2023.

II. Befreiung von der Arbeitspflicht

Die privatrechtliche Praxis, wonach kein grundsätzlicher Beschäftigungsanspruch besteht, gilt auch im öffentlichen Personalrecht. Solange weder das berufliche Fortkommen gefährdet ist noch die Befreiung eine Persönlichkeitsverletzung darstellt, liegt kein legitimes Interesse der Angestellten vor, welches einer Befreiung von der Arbeitspflicht entgegensteht.³¹⁴ Das Bundesgericht lehnt jedenfalls einen Beschäftigungsanspruch ab, sofern die Freistellung bei voller Gehaltszahlung erfolgt.³¹⁵ Selbst wenn ein individueller Beschäftigungsanspruch besteht, gilt dieser nicht absolut. Es ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.³¹⁶ Ein legitimes Interesse wird etwa bei Berufssportlern, Künstlern und Chirurgen erkannt.³¹⁷

Die Befreiung von der Arbeitspflicht im öffentlichen Personalrecht wird unterschiedlich geregelt. In jedem Fall hat diese mittels Verfügung oder Vereinbarung (öffentlich-rechtlicher Vertrag) zu erfolgen.

1. Freistellung nach erfolgter Kündigung

Verbreitet sind gesetzliche Regelungen zur Freistellung nach erfolgter Kündigung. Im Kanton Zürich wird hierfür ein begründeter Anlass vorausgesetzt (§ 15 Abs. 2, 3 VVO ZH), wobei keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Sofern eine Beschäftigung während der Kündigungsfrist objektiv keinen Sinn mehr macht (zum Beispiel schwierige Zusammenarbeit, mehr Zeit für die Stellensuche, Kompensation von Zeitguthaben), wird die Freistellung zulässig sein.

Das Bundespersonalrecht spricht demgegenüber von einem Vertrauensverlust, welcher bei einer Auflösung im gegenseitigen Einvernehmen vermutet wird (Art. 103a BPV). Die Anforderungen dürften vergleichbar sein.

2. Befreiung von der Arbeitspflicht als vorsorgliche Massnahme

Die Freistellung von Lehrpersonen (§ 24 LPG ZH), die vorsorgliche Einstellung im Amt (§ 29 PG ZH) und die vorsorgliche Freistellung bei Gefährdung der korrekten Aufgabenerfüllung (Art. 25 BPG, Art. 103 BPV) erfordern demgegenüber die Erfüllung von weitergehenden Voraussetzungen. Dazu zählen insbesondere schwere

³¹⁴ Urteil VGer ZH VB.2020.00762 vom 2. Februar 2021, E. 4.3.

³¹⁵ BGE 99 Ib 129, E.1c; Urteil BGer 2A.64/2003 vom 27. Mai 2003, E.2.1 f.; Urteil BGer 8C_12/2012 vom 30. Mai 2012, E. 3.4.3; Urteil BVGer A-7259/2017 vom 29. Mai 2018, E. 2.5.

³¹⁶ BGE 137 III 303, E.2.1.2.

³¹⁷ BGE 137 III 303, E.2.1.2.; Urteil VGer ZH VB.2020.00762 vom 2. Februar 2021, E. 4.3.2.

Pflichtverletzungen, strafrechtlich relevantes Verhalten oder die Behinderung von laufenden Untersuchungen.

Die vorläufige Einstellung im Dienst stellt keine Disziplinarmassnahme dar und ist, soweit sie unter voller Gehaltszahlung erfolgt, ebenfalls zulässig.³¹⁸ Allein die Tatsache, dass Angestellte unabhängig von einer Kündigung freigestellt sind, bildet für sich alleine noch keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil. Es gilt als bekannte Tatsache, dass eine Freistellung die Weiterbeschäftigung erschweren kann. Sofern die Abklärungen nicht unverhältnismässig lange Zeit in Anspruch nehmen, ist dieser Nachteil zu dulden.³¹⁹

In einem besonders sensiblen Arbeitsumfeld wie der Schule ist zum Wohl derselben eine Freistellung eher rechtmässig, wobei im Rahmen der Interessenabwägung die Konsequenzen für die betroffene Lehrperson zu beachten sind. Es ist ein «behtusames und umsichtiges, der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht gerecht werdendes Verhalten gefordert.»³²⁰ Die Freistellung kann eine Persönlichkeitsverletzung darstellen, wenn der Eindruck entsteht, die freigestellte Person habe sich schwere Verfehlungen zuschulden kommen lassen. Liegt eine ungerechtfertigte Befreiung von der Arbeitspflicht vor, ist eine Genugtuung zuzusprechen, wenn mit der Freistellung eine nicht anders wiedergutzumachende Persönlichkeitsverletzung einhergeht, deren Schwere die Zuspriechung einer solchen finanziellen Leistung rechtfertigt.³²¹ Diese wird sich in der Regel auf das Haftungsgesetz des Gemeinwesens stützen, sofern keine spezialgesetzliche Entschädigung vorgesehen ist, wobei diese um Schadenersatzansprüche ergänzt werden kann.

Zu beachten ist, dass nicht nur dienstliches Verhalten, sondern auch ausserdienstliches Verhalten eine Freistellung zu rechtfertigen vermag, da die berechtigten Interessen der Arbeitgeberinnen zu wahren sind. Ein schweres strafrechtlich relevantes Vorkommnis im Sinne von Art. 103 Abs. 1 lit. a BPV kann seinen Ursprung folglich auch im ausserdienstlichen Bereich haben.³²²

³¹⁸ Urteil BGer 2A.64/2003 vom 27. Mai 2003, E.2.1 f.; Urteil BVGer A-7259/2017 vom 29. Mai 2018, E. 2 und 3.

³¹⁹ Urteil BVGer A-7259/2017 vom 29. Mai 2018, E. 3.2; siehe auch Urteil VGer ZH VB.2018.00458 vom 9. Januar 2019, E. 3.5.

³²⁰ Urteil VGer ZH VB.2021.00315 vom 11. November 2021, E. 3.1.

³²¹ Urteil VGer ZH VB.2021.00315 vom 11. November 2021, E. 3.2.

³²² Urteil BVGer A-1675/2010 vom 20. August 2010, E. 7.2.

3. Freistellung mit Kürzung oder Einstellung der Lohnzahlung

Soll der Lohn gekürzt oder gänzlich eingestellt werden, obwohl die Arbeitsleistung möglich wäre, muss hierfür eine explizite gesetzliche Grundlage vorliegen, da es sich um eine Disziplinar massnahme handelt.³²³ Vorgesehen ist diese vorsorgliche Massnahme unter Anderem im Bereich des Bundespersonals (Art. 25 Abs. 2 lit. b BPG i.V.m. Art. 103 Abs. 2 BPV) und in verschiedenen Kantonen (zum Beispiel § 29 Abs. 2 PG ZH und § 36 Abs. 2 PersG AG).

Sofern die Arbeitsleistung grundsätzlich möglich wäre, gilt, dass Angestellte durch die Kürzung oder den Entzug der vermögensrechtlichen Ansprüche nicht in eine Notlage gebracht werden dürfen. Dabei muss die gesamte finanzielle Lage der Familie inkl. Einkommen von Ehe- oder Lebenspartnern berücksichtigt werden.³²⁴ Art. 103 Abs. 2 BPV, welcher Art. 25 BPG konkretisiert, sieht die Möglichkeit einer Lohnkürzung oder Lohnstreichung vor.

III. Kurzarbeit

1. Anspruch

Bei vorübergehendem Arbeitsausfall, welcher zur Reduktion der Arbeitszeit führt, kann Kurzarbeit bewilligt und Kurzarbeitsentschädigung bezahlt werden (Art. 31 AVIG). Zwingend notwendig ist, dass eine Arbeitszeiterfassung geführt wird und die Arbeitszeit mithin überhaupt kontrollierbar ist. Der Arbeitsausfall muss aus wirtschaftlichen Gründen erfolgen und unvermeidbar sein sowie mindestens die Schwelle von 10 % erreichen (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Das normale Betriebsrisiko oder saisonale Schwankungen zählen nicht, wobei Härtefälle anders beurteilt werden können.

Aktuell werden als Härtefälle Arbeitsausfälle, welche durch behördliche Massnahmen entstehen, anerkannt, soweit der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden und keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 und 2 AVIV). Hervorzuheben als Beispiel sind erhebliche Einschränkungen bei der Energieversorgung, wobei die Erheblichkeit durch die Rechtsprechung weiter zu definieren sein wird.

Witterungsbedingte Kundenausfälle zählen dann als Härtefälle, wenn sie auf einen ungewöhnlichen Wetterverlauf zurückzuführen sind und der Betrieb dadurch stillgelegt oder erheblich eingeschränkt wird (Art. 51a Abs. 1 AVIV). Zu beachten ist, dass «schlechtes» Wetter sämtliche Wetterverhältnisse umfasst, welche je nach Betrieb

³²³ Vgl. Urteil BVGer A-2138/2020 vom 22. Juli 2020.

³²⁴ Urteil BVGer A-1675/2010 vom 20. August 2010, E. 5 und 8.

ganz unterschiedlich ausfallen (Niederschlag, Kälte, Trockenheit, Hitze usw.). Die gesetzliche Regelung trägt Klimaveränderungen insofern Rechnung, als nur dann ein Anspruch auf Kurzarbeit besteht, wenn in der Mehrheit der fünf Jahre der Betrieb uneingeschränkt aufrechterhalten werden konnte (Art. 51a Abs. 2 AVIV).

2. Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber

Mit Entrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sollen Arbeitsplätze erhalten und Kündigungen aufgrund eines vorübergehenden Rückgangs der Nachfrage nach Waren und Dienstleistungen vermieden werden. Das Risiko von Arbeitsplatzverlusten besteht primär bei privaten Arbeitgeberinnen, welche den Betrieb aus den erzielten Einnahmen finanzieren. Erbringer von öffentlichen Leistungen tragen im Gegensatz zu privaten Unternehmern in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben. Ihre Ausgaben werden durch öffentliche Gelder gedeckt.³²⁵

Erbringt die öffentliche Hand Leistungen auf dem Markt in Konkurrenz mit anderen (privaten) Anbietern mit eigenständiger sowie kostendeckender Finanzierung über Verrechnung von erbrachten Dienstleistungen (Betrieb von Schwimmbädern, Restauration im Rahmen von Integrationsmassnahmen, Deutschkurse für Fremdsprachige usw.), kann ein Anspruch auf Kurzarbeit bestehen. Dies gilt namentlich, wenn die Angestellten einem unmittelbaren und konkreten Kündigungsrisiko ausgesetzt sind. Ein solches wird anerkannt, wenn keine Garantie für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und die betroffenen Betriebe Angestellte unmittelbar entlassen können.³²⁶

Diese erhöhten Anforderungen gelten nicht nur für die öffentlichen Arbeitgeberinnen selbst, sondern gleichermassen für privatisierte Bereiche, die im Auftrag staatliche Aufgaben wahrnehmen oder Dienstleistungen erbringen (zum Beispiel Axpo, Spitäler, Schweizerischer Nationalfonds).

Ähnlich erfolgt die Beurteilung bei nicht wirtschaftlich tätigen Organisationen (Kirchen, Schweizerisches Rotes Kreuz, Caritas, HEKS, WWF, Greenpeace, Gewerkschaften etc.). Soweit sie ihre Aufgaben trotz der wirtschaftlichen Situation wahrzunehmen haben und finanzielle Ausfälle durch öffentliche Gelder (Subventionen) oder anderweitig (Spenden, Mitgliederbeiträge usw.) gedeckt werden, besteht kein Anspruch auf Kurzarbeit.³²⁷

³²⁵ SECO, AVIG-Praxis KAE, D 37.

³²⁶ SECO, AVIG-Praxis KAE, D 39.

³²⁷ SECO, AVIG-Praxis KAE, D 42.

D. Nachweis des Absenzgrundes

Der Absenzgrund (Arbeitsunfähigkeit, Umzug, Todesfall usw.) muss rechtsgenügend nachgewiesen sein, um Ansprüche der Angestellten auszulösen.

I. Untersuchungsmaxime

1. Behördliche Beweisführungslast

Im nichtstrittigen und erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (Untersuchungsprinzip), welche die Behörden verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, soweit dieser rechtserheblich ist und die Abklärungen verhältnismässig ausfallen (Art. 12 BPG, § 7 Abs. 1 VRG ZH).³²⁸ Beweiserhebungen sind zeit- und kostenintensiv, weshalb eine Abwägung zwischen der materiellen Wahrheitsfindung und dem Beschleunigungsgebot, welches in der Regel im Interesse beider Parteien liegt, stattzufinden hat.³²⁹ Die subjektive Beweisführungslast liegt damit bei den Behörden, und die Parteien tragen weder eine Behauptungs- noch eine Beweisführungslast.³³⁰ Allerdings treffen die Parteien erhebliche Mitwirkungspflichten (Art. 13 VwVG, § 7 Abs. 2 VRG ZH), damit der Sachverhalt korrekt ermittelt und Beweise abgenommen werden können (Erteilung von Auskünften, Hinweis auf Beweismittel sowie deren Herausgabe etc.). Parteivorbringen haben sodann rechtzeitig zu erfolgen.

2. Relativiertes Untersuchungsprinzip im Rechtsmittelverfahren

Die Rechtsmittelbehörde muss den Sachverhalt nicht vollständig (neu) feststellen, sondern nur noch prüfen, ob die Vorinstanz diesen korrekt erhoben hat.³³¹ Dabei ist sie an die Begehren und die Begründung der Parteien gebunden. Die Parteien trifft entsprechend die Rüge- und Substantiierungspflicht.³³²

3. Mitwirkungspflicht der Parteien

Den Parteien obliegt bei der Sachverhaltsfeststellung die Mitwirkungspflicht (Art. 13 Abs. 1 VwVG, § 7 Abs. 2 VRG ZH). Sie haben Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben.³³³ Oft kennen nur die Parteien den Sachverhalt und allfällige Beweismittel.

³²⁸ AUER/BINDER, Art. 12 VwVG N 9.

³²⁹ PLÜSS, § 7 VRG N 32.

³³⁰ AUER/BINDER, Art. 12 VwVG N 16.

³³¹ AUER/BINDER, Art. 12 VwVG N 10.

³³² AUER/BINDER, Art. 12 VwVG N 11 ff.; PLÜSS, § 23 VRG N 19.

³³³ PLÜSS, § 7 VRG N 89.

mittel, weshalb der Sachverhalt ohne ihre Mitwirkung gar nicht (rechtsgenügend) abgeklärt werden kann. Dann gebietet auch Treu und Glauben die Mitwirkung der Parteien.³³⁴ Im Rechtsmittelverfahren besteht eine erhöhte Mitwirkungspflicht, da die rechtsmittelführende Partei die ihre Rügen stützenden Tatsachen darzulegen und allenfalls Beweismittel einzureichen hat.³³⁵

Die Parteien haben der Mitwirkungspflicht nachzukommen, selbst wenn sich dies für sie nachteilig auswirkt.³³⁶ Im Unterschied zu strafrechtlichen Verfahren gilt das Selbstbelastungsverbot im Verwaltungsverfahren nicht.³³⁷ Die Behörde hat die Partei darüber aufzuklären, worin die Mitwirkungspflicht besteht und welche Tragweite ihr zukommt.³³⁸

Das Gegenstück bilden die Mitwirkungsrechte der Parteien, welche sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergeben. Dazu zählen die Rechte, Beweisanträge zuzustellen (vor allem Nennung und Einreichung von Beweismitteln), bei der Beweiserhebung mitzuwirken und sich zum Beweisergebnis zu äussern.

II. Objektive Beweislast

1. Beweislastverteilung

Wer die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat, richtet sich auch im öffentlichen Recht nach Art. 8 ZGB. Diese Beweislastregel stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar.³³⁹ Dabei hat diejenige Partei, die einen Anspruch geltend macht, *sämtliche* rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen.³⁴⁰ Damit liegt die objektive Beweislast für die Berechtigung zur Absenz (Urlaubsanspruch³⁴¹, Arbeitsunfähigkeit usw.) beim Angestellten.

Kann die Berechtigung zu Absenzen nicht nachgewiesen werden, entfällt mithin grundsätzlich der Lohnanspruch des Angestellten.

Die subjektive Beweisführungslast entspricht nicht der objektiven Beweislast, und das Untersuchungsprinzip ändert nichts daran, dass die Folgen der Beweislosigkeit

³³⁴ BGE 132 II 113, E. 3.2.

³³⁵ PLÜSS, § 7 VRG N 105; vgl. § 23 Abs. 1 VRG und Art. 52 Abs. 1 VwVG.

³³⁶ BGE 132 II 113, E. 3.2.

³³⁷ BGE 132 II 113, E. 3.2.; AUER/BINDER, Art. 13 N 1 ff.; PLÜSS, § 7 VRG N 106.

³³⁸ BGE 132 II 113, E. 3.2.

³³⁹ Urteil BVGer A-536/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 2.2.

³⁴⁰ BGE 128 III 271, E. 2a/aa.

³⁴¹ BGE 128 III 271.

die Angestellten treffen.³⁴² Selbst wenn die Behörde oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat, treffen die Folgen der Beweislosigkeit den Angestellten.

2. Umfang der Beweislast

Zu beweisen sind rechtserhebliche, umstrittene Tatsachen.³⁴³ Soweit Sachverhaltselemente von der Gegenseite anerkannt werden, müssen diese nicht mehr nachgewiesen werden. Was alles für einen bestimmten Anspruch nachzuweisen ist, hängt von den gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen ab.

a) *Schwangerschaft und Mutterschaft*

Beim Fernbleiben von der Arbeit auf blosser Anzeige hin (Art. 35a Abs. 2 ArG) ist ein Nachweis der Schwangerschaft vorausgesetzt. Dieser wird in der Regel durch eine ärztliche Bestätigung erfolgen. Für eine Lohnfortzahlung ist zusätzlich der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit zu erbringen.

b) *Urlaub für die Betreuung von Angehörigen*

Derartige Urlaube weisen drei Tatbestandselemente auf: Kreis der betreuten Personen, gesundheitliche Beeinträchtigung und Notwendigkeit der Betreuung. Für alle drei Elemente fällt die Beweislast dem Angestellten zu. Die Zugehörigkeit zum Kreis der betreuten Personen kann durch Urkunden (Eheschein, Familienschein, Wohnsitzbestätigung usw.) nachgewiesen werden.³⁴⁴ Die gesundheitliche Beeinträchtigung durch ärztliche Unterlagen.³⁴⁵

Für die Notwendigkeit der Betreuung sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen: Verfügbarkeit anderer Betreuungsmöglichkeiten, die Vorausssehbarkeit des Betreuungsbedarfes sowie die Zumutbarkeit der anderweitigen Betreuung.³⁴⁶ Massgebend sind mithin unter Anderem das Alter der zu betreuenden Person, die Schwere der gesundheitlichen Beeinträchtigung, die Verfügbarkeit sowie Finanzierbarkeit von anderweitiger Betreuung. Der Nachweis wird ebenfalls meist durch geeignete Urkunden erfolgen.

³⁴² Urteil BGer 2C_58/2017 vom 23. Juni 2017, E. 2.2.2.

³⁴³ LARDELLI/VETTER, BSK, Art. 8 N 2.

³⁴⁴ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4142; ETTER/STUCKY, SHK, Art. 329h OR N 7; VIONNET, S. 204.

³⁴⁵ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4142; ETTER/STUCKY, SHK, Art. 329h OR N 9 ff.

³⁴⁶ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4116, 4142; ETTER/STUCKY, SHK, Art. 329h OR N 12; VIONNET, S. 205.

Entgegen der Auffassung des Bundesrates kann es für den Anspruch auf Freizeit sowie auf Lohnzahlung jedoch nicht generell der Familie zustehen zu entscheiden, wer den Urlaub bezieht. Im Rahmen der Treuepflicht sind diesbezüglich auch die betrieblichen Bedürfnisse der Arbeitgeberinnen zu beachten. Aus demselben Grund kann dem Argument, es bestehe keine Verpflichtung zur Organisation einer Notfall-Betreuung³⁴⁷, nicht in dieser Absolutheit zugestimmt werden. Hinzu kommt, dass insbesondere bei kleinen Kindern Unfälle oder Krankheiten zu erwarten sind. Eine bestehende, alternative Zweitbetreuung kann daher im Rahmen der Treuepflicht unter Berücksichtigung aller Umstände durchaus verlangt werden.³⁴⁸ Immerhin wird in der Lehre anerkannt, dass anderweitige Betreuungsmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen sind und der nicht erwerbstätige Elternteil grundsätzlich die Betreuung übernehmen muss.³⁴⁹ Letztere wäre jedoch auch dann zu bejahen, wenn die betrieblichen Bedürfnisse der einen Arbeitgeberin in der relevanten Zeitperiode als höher einzustufen sind.

Jedenfalls müssten Angestellte bei Verfügbarkeit einer alternativen Betreuung konkret nachweisen, warum diese nicht zumutbar ist.

c) *Arbeitsunfähigkeit*

Der direkte Beweis über den Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit ist ausgeschlossen, und das Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel, sondern lediglich eine Parteibehauptung dar.³⁵⁰ Dies gilt gleichermassen für von Arbeitgeberinnen oder Angestellten eingeholte (vertrauens-)ärztliche Berichte. In privatrechtlichen Streitigkeiten gelten seit dem 1.1.2025 private Gutachten der Parteien als Beweismittel (Urkunden, Art. 177 ZPO). Ob damit auch Arztzeugnisse gemeint sind, ist zurzeit noch ungeklärt.

Solange keine begründeten Zweifel vorliegen, weist das Arztzeugnis jedenfalls den Anscheinsbeweis der Richtigkeit auf. Zu beachten ist, dass dies keine Beweislastumkehr bedeutet. Begründete Zweifel liegen insbesondere vor:

- wenn keine ärztliche Untersuchung stattgefunden
- bei einer rückwirkenden Bestätigung;
- bei besonderem Verhalten des Angestellten (Freizeitgestaltung, verspätete Einreichung, Erreichbarkeit, Wahrnehmung Gutachtenstermine usw.)

³⁴⁷ VIONNET, S. 205.

³⁴⁸ ETTER/STUCKY, SHK, Art. 329h OR N 12.

³⁴⁹ VIONNET, S. 205.

³⁵⁰ Statt vieler: Urteil BGER 8C_607/2021 vom 19. Januar 2022, E. 5.2; Urteil BGER 8C_619/2014 vom 13. April 2015, E. 3.2.1; Urteil BVGer A-536/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 3.3 und Urteil BVGer A-6361/2015 vom 27. April 2016, E. 5.4.

Ereignisbezogene Arztzeugnisse, also Arztzeugnisse, welche als Reaktion auf Kritik, Verwarnung, Gewährung rechtlichen Gehörs oder Kündigung erfolgen, begründen berechnete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit und sind, andere überzeugende Beweise vorbehalten, unbeachtlich. Insbesondere vermögen diese keine Nichtigkeit der Kündigung zu begründen.³⁵¹

Die Arbeitsunfähigkeit muss nachvollzogen werden können. Anhand eines einfachen Arztzeugnisses, egal ob als Parteibehauptung oder Beweismittel zu qualifizieren, ist dies kaum möglich. Arbeitgeberinnen können daher von Angestellten weitere Auskünfte zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit verlangen oder zusätzliche Abklärungen vornehmen: Bericht vom behandelnden Arzt, vertrauensärztliche Untersuchung, Besuch zu Hause usw. Der Angestellte ist zur Entbindung des behandelnden Arztes und des Vertrauensarztes vom ärztlichen Berufsgeheimnis bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet. Verweigerung wird bei Beweiswürdigung zulasten des Angestellten gewürdigt.³⁵² Weitere Abklärungen, insbesondere vertrauensärztliche Untersuchungen, sind meist in den Personalrechten vorgesehen und werden insbesondere bei längeren Arbeitsunfähigkeiten durchgeführt.³⁵³

Behörden und Gerichte haben sämtliche Beweismittel im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu prüfen und zu entscheiden, welches Beweismittel überzeugender wirkt (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP, § 7 Abs. 4 Satz 1 VRG ZH; Art. 157 ZPO).³⁵⁴

E. Arbeitsunfähigkeit

I. Definition

Im ATSG finden sich Legaldefinitionen von Krankheit (Art. 3 ATSG), Unfall (Art. 4 ATSG) und Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG), welche jedoch einzig im Bereich des Sozialversicherungsrechts direkt anwendbar sind (Art. 2 ATSG). Massgebend für das öffentlich- wie privatrechtliche Arbeitsverhältnis ist, ob eine persönliche Arbeitsverhinderung im Sinne der Rechtsgrundlagen vorliegt. Sodann muss nicht jede Krankheit und nicht jeder Unfall im medizinischen Sinne auch zu einer Arbeitsunfähigkeit führen.

Lohnfortzahlung und Sperrfristen stellen denn meist nicht auf die *Arbeitsunfähigkeit*, sondern auf die *Arbeitsverhinderung* ab (vgl. Art.324a Abs. 1 und 336c Abs.12

³⁵¹ Urteil VGer ZH VB.2021.00192 vom 8. Juli 2021; bestätigt durch Urteil BGer 8C_607/2021 vom 19. Januar 2022.

³⁵² Urteil BGer 8C_619/2014 vom 13. April 2015, E. 3.2.4; DOLGE, BSK, Art. 177 ZPO N 13.

³⁵³ Art. 56 Abs. 4 Satz 2 BPG; § 147 Abs. 3 PG ZH.

³⁵⁴ WALDMANN, Art. 19 VwVG N 16.

lit. b OR, Art. 29 Abs. 1 BPG; Art. 31a und 56 BPV). Ein körperlicher Umstand ohne Krankheitswert kann mithin die Arbeitsleistung ebenfalls unzumutbar machen und zur Lohnfortzahlungspflicht führen.³⁵⁵ Folglich wäre eine Lohnfortzahlungspflicht bei Fernbleiben während Schwangerschaft auf blosser Anzeige hin (Art. 35a Abs. 2 ArG) ohne Arbeitsunfähigkeit denkbar.

II. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit beschränkt sich auf den konkreten und aktuellen Arbeitsplatz. Die Arbeitsfähigkeit ist in einem anderen Unternehmen oder an einem anderen Platz innerhalb desselben Unternehmens gegeben. Liegt eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vor, kommen die Sperrfristen nicht zur Anwendung und Lohnfortzahlung oder Versicherungsleistungen können zeitlich auf die ordentliche Kündigungsfrist eingeschränkt werden.³⁵⁶

Gestützt auf die Fürsorgepflicht, die Pflicht zur Wiedereingliederung (vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. d BPG) und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz muss je nach Fall ein Angebot für einen alternativen Arbeitsplatz unterbreitet und die Wiedereingliederung versucht werden (Art. 11a PBV).³⁵⁷

III. Arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit

Von der *arbeitsplatzbezogenen* ist die *arbeitsplatzbedingte* Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Letztere wurde durch den Arbeitsplatz verursacht, was jedoch nicht auf ein Verschulden der Arbeitgeberin zurückzuführen sein muss.

Die Arbeitgeberin muss die Gesundheit der Angestellten schützen, und die zweckmässige Arbeitsorganisation muss gewährleistet sein. Es darf keine Überlastung stattfinden. Allfällige Mängel oder Überlastungen sind von den Angestellten zu melden. Trifft die Arbeitgeberin keine Massnahmen und ergeben sich gesundheitliche Beeinträchtigungen, trägt sie ein Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit und haftet dafür. Allerdings gilt dies nicht für *tätigkeitsimmanente Belastungen*, welche untrennbar mit der konkreten Tätigkeit verbunden sind (psychischer Belastung bei Betreuung von Schwerkranken, physische Belastung durch Schichtarbeit usw.).³⁵⁸

³⁵⁵ Urteil AGer ZH vom 23. Juli 2018 in: Entscheide Arbeitsgericht Zürich 2018 Nr. 6.

³⁵⁶ Urteil BGER 1C_595/2023 vom 26. März 2024; Urteil BVGer A-5819/2016 vom 22. November 2017, E.4.5.1, als seltenes Beispiel eines nicht konfliktbezogenen Falles; Urteil BVGer A-2718/2016 vom 16.3.2017 E. 9.1.3; Urteil BGER 8C_451/2013 vom 20. November 2013, E. 8; Urteil BGER 4A_227/2009 vom 28. Juli 2009, E. 3.2; BGE 128 III 212, E. 3.a.

³⁵⁷ Urteil BVGer A-2752/2019 vom 15. April 2020, E. 4.

³⁵⁸ Urteil BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019.

Ansprüche gegenüber den Arbeitgeberinnen sind von den Angestellten über die kantonalen Haftungsgesetze oder auf Bundesebene gestützt auf das Verantwortlichkeitsgesetz geltend zu machen. Die Staatshaftung stellt eine Kausalhaftung dar.

IV. Ferienfähigkeit

Ferienfähigkeit bedeutet, dass jemand – allenfalls trotz gesundheitlicher Beeinträchtigungen – in der Lage ist, Ferien «zu machen» und zu geniessen. Ferienfähigkeit bedeutet nicht automatisch Arbeitsfähigkeit.³⁵⁹

V. Erwerbsunfähigkeit und Invalidität

Hierbei handelt es sich um Begriffe, welche praktisch ausschliesslich im Versicherungsbereich massgeblich sind. Erwerbsunfähigkeit bedeutet, dass trotz zumutbarer Behandlung und Eingliederungsmassnahmen ein (teilweiser) Verlust der Erwerbsmöglichkeit auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erfolgt ist (Art. 7 Abs. 1 ATSG).

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG). Der Invaliditätsgrad wird mittels Einkommensvergleichs ermittelt und stellt keine medizinische Beurteilung dar (Art. 16 ATSG). Eine gesundheitlich beeinträchtigte Person, welche zum Beispiel ihre frühere Berufstätigkeit als Koch nicht mehr ausüben kann, hat bei erfolgreicher Umschulung und neuer Tätigkeit mit gleichem oder höherem Lohn daher keinen Anspruch auf eine Invalidenrente.

VI. Arbeitstauglichkeit

Die Arbeitsleistung ist ohne Gefährdung für sich selbst oder andere sowie Sachen zu erbringen (vgl. Art. 321a Abs. 1/2 OR, Art. 321e OR, Art. 10 Abs. 3 lit. c BPG, Art. 100 Abs. 4 LFG).³⁶⁰

Die Angestellten treffen die Mitwirkungspflicht beim Gesundheitsschutz und entsprechende Meldepflichten (Art. 321a Abs. 1/2 OR, Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 10 Abs. 2 ArGV 3, Art. 82 Abs. 3 UVG).³⁶¹ Kommen die Angestellten diesen Pflichten nicht nach, treffen sie persönliche Haftungsrisiken nach Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht. Mit anderen Worten haben Angestellte über alles zu informieren, was ihre Ar-

³⁵⁹ Urteil BVGer A-536/2019 vom 9. Dezember 2019, E. 3.5.

³⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 328b OR N 11; Urteil BGer 8C_417/2011 vom 3. September 2012; Urteil BVGer A-4973/2012 vom 5.6.2013, E. 7.1.

³⁶¹ Urteil BVGer A-6750/2018 vom 6. Dezember 2019, E. 5.2.2.

beitsstauglichkeit in Frage stellen könnte, von familiär belastenden Situationen über gesundheitliche Beschwerden bis hin zur Medikamenteneinnahme.

Ebenso führen familiäre Ereignisse und gesundheitlich angeschlagene Angehörige zu einer Belastung der Angestellten. Diese wiederum kann die Arbeitsstauglichkeit erheblich beeinträchtigen. Anordnung und Gewährung von Freizeit seitens der Arbeitgeberinnen können als Form der Wahrnehmung der Schutzpflichten gegenüber allen inkl. den Betroffenen gesehen werden. Gleichermassen sind jedoch die Angestellten verpflichtet, anderweitige Betreuung zu organisieren und ihre Entlastung im Privatleben sicherzustellen, um sich genügend erholen zu können und insbesondere Übermüdung zu vermeiden.

F. Schwangerschaft und Mutterschaft

I. Gesundheitsschutz

Die Gesundheit der schwangeren Frau, der stillenden Mutter wie auch jene des ungeborenen Kindes ist zu schützen. Verboten oder nur unter besonderen Voraussetzungen erlaubt ist beschwerliche oder gefährliche Arbeit. Falls die Arbeit nicht verrichtet und keine Ersatzarbeit angeboten werden kann, ist 80 % des Lohnes zu bezahlen (Art. 3a lit. a, 35 ArG).

Ist das Arbeitsgesetz gesamthaft anwendbar³⁶², besteht das Recht, während der Schwangerschaft der Arbeit auf blosser Anzeige hin fernzubleiben (Art. 35a Abs. 2 ArG). Die Lohnzahlung ist dann geschuldet, wenn eine Arbeitsunfähigkeit gegeben ist oder anderweitige Bestimmungen dies im jeweiligen Personalrecht vorsehen. Weiter gilt das Arbeitsverbot gemäss Art. 35a Abs. 3 ArG: absolut während acht Wochen nach Niederkunft und Beschäftigung nur mit Einverständnis bis zur 16. Woche nach Niederkunft. Niederkunft bedeutet jede natürliche Befreiung der Frau von der Schwangerschaft. Zudem besteht das Verbot, zwischen 20.00 und 6.00 Uhr zu arbeiten. Ohne Ersatzarbeit ist 80 % des Lohnes geschuldet (Art. 35b ArG).

³⁶² Entweder weil keine Ausnahme vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes vorliegt oder die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes durch das anwendbare Personalrecht für anwendbar erklärt werden. So erklärt der Kanton Zürich für seine Angestellten die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zum Schutz von Schwangeren und Müttern für anwendbar (§ 97 Abs. 2 Satz 2 VVO ZH).

II. Kündigungsverbot

Meist wird diesbezüglich auf die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c während Schwangerschaft und 16 Wochen nach Geburt verwiesen (Art. 6 Abs. 2 BPG, § 20 Abs. 1 PG ZH).

III. Rückkehr an den Arbeitsplatz

Grundsätzlich besteht auch bei einer öffentlich-rechtlichen Anstellung kein Anspruch auf Reduktion des Beschäftigungsgrades oder auf andere Funktion. Hierfür muss eine gesetzliche Grundlage vorliegen.

Beim Bundespersonal besteht Anspruch auf eine Reduktion des Beschäftigungsgrads von max. 20 %, wobei dieser nicht unter 60 % fallen darf. Ebenso kann in einem späteren Zeitpunkt die erneute Erhöhung verlangt werden (Art. 60a Abs. 1 BPV). Dies gilt auch bei einer Adoption.

Weitergehende Ansprüche müssen sich ebenfalls aus den anwendbaren rechtlichen Grundlagen ergeben.

IV. Lohnzahlungen und EO-Taggelder

Die Leistungen der Arbeitgeberinnen ergeben sich aus den anwendbaren gesetzlichen Grundlagen. Zudem besteht Anspruch auf die Mutterschaftsentschädigung (Art. 16b ff. EOG). Kantone können eine längere Dauer oder höhere Taggelder vorsehen, welche zu einer zusätzlichen Beitragserhebung führen (zum Beispiel Genf, Art. 16h EOG).

Ein vorzeitiges Ende der Taggeldleistungen erfolgt bei Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit (Art. 16d Abs. 3 EOG). Ausgenommen davon sind einzig Teilnahmen als Ratsmitglied an Rats- und Kommissionsitzungen von Parlamenten auf allen Staatsebenen (Art. 16d Abs. 3 EOG).³⁶³ Der Anspruch lebt bei Einstellung der (vorübergehend) wiederaufgenommenen Tätigkeit nicht wieder auf. Der Verlust des Anspruchs erfolgt in Bezug auf sämtliche Erwerbstätigkeiten.³⁶⁴ Es stellt sich die Frage, ob mit der Mutterschaftsentschädigung gleichzeitig die personalrechtlichen Ansprüche wegfallen, falls die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit auf Initiative der Arbeitnehmerin erfolgt ist. Dies könnte bejaht werden, wenn die Lohnzahlung bei Mutterschaft als (stillschweigende) Bedingung des personalrechtlichen Anspruchs

³⁶³ Diese Ausnahme trat per 1.7.2024 in Kraft, um die Ausübung des politischen Mandats durch Mütter zu ermöglichen.

³⁶⁴ BGE 148 V 253: Wiederaufnahme der Parlamentstätigkeit durch eine Nationalrätin.

betrachtet wird (per analogiam Art. 156 OR). Zudem kann es rechtsmissbräuchlich erscheinen, wenn eine Angestellte aus eigenem Antrieb vorübergehend die Arbeitstätigkeit wiederaufnimmt, dadurch die Mutterschaftsentschädigung endet und dennoch die volle Lohnzahlung bei Mutterschaft verlangt (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Dies dürfte vor allem dann zum Tragen kommen, wenn die Mutter einer zweiten Beschäftigung nachgeht und diese wieder aufnimmt.

V. Spitalaufenthalt des Neugeborenen

Bei einem Spitalaufenthalt des Neugeborenen verlängert sich die Dauer der Ausrichtung um die Dauer der Hospitalisierung, höchstens aber um 56 Tage, wenn (Art. 16c Abs. 3 EOG):

- a. das Neugeborene unmittelbar nach der Geburt ununterbrochen während mindestens zwei Wochen im Spital verweilt; und
- b. die Mutter nachweist, dass sie im Zeitpunkt der Niederkunft bereits beschlossen hatte, nach Ende des Mutterschaftsurlaubs wieder eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

Zudem kommt es zur Verlängerung der Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{bis} OR).

Unklarheiten kann es geben, wenn die Mutterschaftsregelung im Personalrecht die Verlängerung nicht vorsieht oder ein Teil des personalrechtlichen Mutterschaftsurlaubs vor Geburt bezogen wird.

VI. Tod des andern Elternteils

Stirbt der andere Elternteil während der sechs Monate nach der Geburt des Kindes, so hat die Mutter Anspruch auf *zusätzliche* 14 Taggelder für den bezogenen Urlaub. Diese Taggelder können innerhalb einer Rahmenfrist von sechs Monaten ab dem Tag nach dem Tod bezogen werden (Art. 16c^{bis} Abs. 1 EOG). Es kommt mithin zu einer Kumulation der Urlaube, wobei jener des Verstorbenen erneut voll bezogen werden kann, egal wie viele Tage dieser bereits in Anspruch genommen hatte. Die Sperrfrist wird ebenfalls verlängert (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{ter} OR).

VII. Stillen und Abpumpen von Milch

Die Maximalarbeitszeit von stillenden Müttern darf maximal neun Stunden pro Tag betragen (Art. 60 Abs. 1 ArGV 1). Die erforderliche Zeit zum Stillen oder Abpumpen von Milch ist freizugeben (Art. 35a Abs. 2 ArG). Diese Zeit muss als bezahlte

Arbeitszeit im ersten Lebensjahr des Kindes angerechnet werden, wobei der Umfang von der täglichen Arbeitszeit abhängig ist (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1).

Art. 60 ArGV 1 stützt sich auf Art. 35 und 35a ArG, weshalb nicht abschliessend geklärt ist, ob dieser selbst bei eingeschränkter Anwendung des Arbeitsgesetzes zu berücksichtigen ist. Das Recht auf die freie Zeit wird eine Grenze bei den betrieblichen Interessen bzw. dem öffentlichen Interesse finden. Die Arbeitsleistung muss einigermassen planbar bleiben, und Absenzen während des Arbeitstags können die Aufrechterhaltung des Betriebs gefährden oder Arbeitskollegen übermässig belasten.

G. Entschädigung des andern Elternteils

Die Leistungen ergeben sich aus den anwendbaren personalrechtlichen Grundlagen sowie dem Erwerbsersatzgesetz (Art. 16i ff. EOG). Anspruchsberechtigt nach EOG ist das rechtlich andere Elternteil, welches in der AHV versichert und erwerbstätig ist. Der Anspruch endet bei Tod des Kindes (Art. 16j Abs. 3 lit. d EOG) und es besteht kein Anspruch bei Fehl- oder Totgeburt. Fehlt im Personalrecht der Verweis auf die Voraussetzungen gemäss EOG, bleibt es trotz fehlender Anspruchsberechtigung bei der Leistungspflicht der Arbeitgeberin.

Soweit die privatrechtlichen Bestimmungen anwendbar sind, ergibt sich bei der Arbeitgeberkündigung eine Verlängerung der Kündigungsfrist um die nicht bezogenen Tage (Art. 335c Abs. 3 OR). Dies führt zum ungewöhnlichen Resultat, dass das Arbeitsverhältnis unter dem Monat endet. Der Anspruch geht mit anderen Worten weder auf eine neue Arbeitgeberin noch auf die Arbeitslosenversicherung über. Sollte dieser Fall eintreten, wäre im Arbeitszeugnis klar darauf hinzuweisen, dass das Enddatum aufgrund des Urlaubs entstanden ist und keine fristlose Entlassung erfolgte.

Der Urlaub des andern Elternteils ist im Obligationenrecht systematisch beim Ferienrecht eingeordnet. Daher wird vertreten, dass die Arbeitgeberin den Zeitpunkt des Bezugs bestimme, wobei eine stärkere Rücksichtnahme gefordert wird.³⁶⁵ Dasselbe wäre für den Adoptionsurlaub massgebend.

Im Falle des Todes der Mutter innert 97 Tage nach Geburt stehen dem anderen Elternteil zusätzlich 98 Taggelder zu (Art. 16k^{bis} EOG). Es können damit beide Urlaube vollständig bezogen werden, egal ob die Mutter bereits Taggelder beanspruchen konnte. Für den andern Elternteil gibt es für die Dauer des übergegangenen Urlaubs der Mutter eine Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{quinquies} OR).

³⁶⁵ RITZINGER/FACINCANI/BRUNNER, SHK, Art. 329g OR N 21 f.

H. Adoption

Die Leistungen ergeben sich aus der anwendbaren personalrechtlichen Grundlage sowie dem Erwerbsersatzgesetz (Art. 16t ff. EOG). Der Anspruch besteht bei Aufnahme eines Kindes im Alter von bis zu vier Jahren. Werden mehrere Kinder aufgenommen, bleibt es bei einem Anspruch, und kein Anspruch besteht bei der Stiefkindadoption. Berechtigt ist das Paar gemeinsam und nicht jeder Elternteil für den gesamten Urlaub, wobei sich das Paar diesen aufteilen kann (Art. 16t Abs. 2 lit. b EOG).

Die Kantone können längere bzw. zusätzliche Ansprüche vorsehen und hierfür gesondert Beiträge erheben (Art. 16x EOG), wovon der Kanton Genf Gebrauch gemacht hat.

Der Adoptionsurlaub kennt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis und den meisten öffentlich-rechtlichen Anstellungsgrundlagen keine Sperrfrist.

I. Betreuung Familienangehörige und Lebenspartner

I. Kurzzeitiger Urlaub

Die Betreuung stellt meist eine gesetzliche Pflicht dar, welche aber nicht zwingend in eigener Person zu erfüllen ist. So kann ein Kind je nach Situation gleichermassen von einer Tante oder Nachbarin betreut werden. Soweit das Arbeitsgesetz und/oder das Obligationenrecht nicht (umfassend) zur Anwendung gelangen, gelten die Betreuungsnormen gemäss Art. 36 ArG und Art. 329h OR sowie allenfalls Art. 324a OR nicht (direkt). Das öffentliche Personalrecht kennt jedoch viele eigene oder ähnliche Regelungen, sofern es nicht auf das Privatrecht verweist. Zu beachten ist, dass Art. 36 ArG Anspruch auf *unbezahlte* Zeit gewährt; die Lohnzahlung richtet sich demgegenüber nach Art. 329h und 324a OR.

Der Anspruch nach Art. 36 Abs. 3 und 4 ArG gilt einmalig pro Beeinträchtigung³⁶⁶ und umfasst unbezahlte Freizeit von höchstens drei Tagen pro Ereignis bzw. zehn Tagen pro Jahr. Bei Kindern bis zum vollendeten 15. Altersjahr gibt es keine Obergrenze. Die Lohnzahlung gemäss Art. 329h OR bleibt demgegenüber ohne Verlängerung für Kinder.

³⁶⁶ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4142.

II. Ersatzbetreuung

Pflegende Angehörige müssen alles Zumutbare für anderweitige Betreuung unternehmen und die Pflegearbeit aufteilen. Zu prüfen ist unter Anderem, ob weitere Angehörige verfügbar (Grosseltern, Geschwister, Tanten, Nachbarn etc.) und finanzielle Mittel für eine bezahlte Drittbetreuung vorhanden sind.

Weitverbreitet ist die Auffassung, dass keine kurzfristige Ersatzlösung nötig sei.³⁶⁷ Zudem läge das Wahlrecht bei der Familie, wer die Betreuung wahrnimmt.³⁶⁸ Meines Erachtens kann dies mit Blick auf die Treuepflicht der Angestellten sowie dem Ziel der tatsächlichen Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau so apodiktisch nicht übernommen werden (Art. 1 GlG).

Es ist nicht gerechtfertigt, dass nur eine Arbeitgeberin durch Absenzen belastet wird. Sei dies, dass immer die Mutter beim Kind zu Hause bleibt oder der Sohn die betagte Mutter betreut. Es sind mithin beide Elternteile in die Kinderbetreuung einzubeziehen und alle Verwandten bei der Angehörigenbetreuung.

Insbesondere bei Kindern kommt hinzu, dass deren erhöhter Betreuungsbedarf voraussehbar ist. Sie sind regelmässig krank, erleiden kleinere oder grössere Unfälle und sind für Kontrollen zum Kinderarzt zu begleiten. Insofern sollte eine sofort abrufbare Ersatzlösung zumutbar sein, sofern es sich nicht um schwere Vorkommnisse handelt, weder Verwandte noch Nachbarn vorhanden sind oder schlicht das Geld fehlt.

III. Urlaub für die Betreuung gesundheitlich schwer beeinträchtigter Kinder

Es besteht Anspruch auf 98 Taggelder pro Kind bis und mit 18 Jahren (Volljährigkeit, Art. 14 ZGB) und pro Ereignis für beide Eltern zusammen (Art. 16n ff. EOG). Zusätzliche Leistungen ergeben sich allenfalls aus dem anwendbaren Personalrecht bzw. bei entsprechendem Verweis aus Art. 329i OR. Das vorzeitige Ende tritt bei gesundheitlicher Besserung oder Tod ein (Art. 16p Abs. 5 EOG).

Keine Deckung ist bei Geburtsgebrechen und bestehender Behinderung, also einem stabilen Gesundheitszustand, selbst wenn dieser schlecht ist, gegeben. Ebenso wenig besteht ein Anspruch bei leichten Erkrankungen und Unfallfolgen sowie mittelschweren Beeinträchtigungen.³⁶⁹ Das Gesetz verlangt eine einschneidende Veränderung und schwere Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes (Art. 16o EOG).

³⁶⁷ ETTER/STUCKY, SHK, Art. 329h OR N 12; VIONNET, S. 205.

³⁶⁸ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4142.

³⁶⁹ BSV, KS BUE, 1037.

Dieser Urlaub bewirkt bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen und soweit diese Bestimmungen im öffentliche Personalrecht zur Anwendung gelangen eine Sperrfrist (Art. 336c Abs. 1 lit. c^{ter} OR).

IV. Kumulative Ansprüche

Die Ansprüche aus Art. 324a, 329h und 329i OR sind kumulativ³⁷⁰, was auch für das öffentliche Personalrecht mit Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen gelten dürfte. Allerdings fallen die Anspruchsvoraussetzungen unterschiedlich aus und sind für jeden Anspruch gesondert zu prüfen. Von der Anwendbarkeit des einen Anspruchs können somit keine Rückschlüsse auf den Bestand des anderen gezogen werden.

J. Weitere Ansprüche

Es bestehen je nach anwendbarer gesetzlicher Grundlage viele weitere Ansprüche auf freie Zeit, bei Diensten, bei vorzeitiger Entlassung altershalber oder beim Tod.

Neben den Absenzen spielen Zulagen eine wichtige Rolle. Werden diese regelmässig und während einer gewissen Dauer entrichtet, haben diese Lohncharakter und müssen bei Absenzen bezahlt werden.³⁷¹ Für das öffentliche Arbeitsverhältnis können die Rechtsgrundlagen abweichende Regelungen vorsehen.

Das Bundespersonalrecht kennt eine Vielzahl von Zuschlägen oder Zulagen wie Ortszuschlag (Art. 43 BPV), Ausgleich von besonderen Risiken oder Verhältnissen (Art. 48 BPV), Arbeitsmarktzulage (Art. 17 VBPV), Auslandzulage (Art. 25 VBPV und Anhang 1), und Risikozulage im Flug- und Fallschirmsprungdienst (Flugzulagenverordnung VBS).

K. Betriebsfrieden

Bezug von Freizeit, Ferien und Urlauben soll die betroffenen Angestellten entlasten. Gleichzeitig führt dies jedoch zu einer Mehrbelastung der Arbeitskollegen. Dies wiederum widerspricht der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberinnen gegenüber dem gesamten Personal sowie den Pflichten zum Gesundheitsschutz (Art. 6 Abs. 1 ArG) und zur Unfallverhütung (Art. 82 Abs. 1 UVG). Gewisse Stellvertretungen oder zusätzlich vorübergehend eingestelltes Personal mögen Absenzen auffangen können, doch ist Letzteres kurzfristig und bei fehlenden Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt gar nicht

³⁷⁰ Botschaft Betreuung, BBl 2019 4103, S. 4142 f.; VIONNET, S. 211.

³⁷¹ BGE 132 III 172.

möglich. Angestellte, welche Ausfälle aufzufangen haben, leiden und werden unzufrieden. Dies kann zur Störung des Betriebsfriedens führen, was wiederum seitens der verursachenden Angestellten einen Treuebruch darstellen kann.³⁷²

Primär wird ein Treuebruch angenommen, wenn der Betriebsfrieden unberechtigt gestört wird, was bei Absenzen im Rahmen der sozialen Absicherung meist nicht gegeben ist. Dennoch trifft alle Angestellten im Rahmen ihrer Treuepflicht die Verantwortung, Urlaube, Ferien und freie Zeit so zu beziehen, dass weder das öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren der öffentlichen Verwaltung noch der Betriebsfrieden gestört werden. Je schwerwiegender oder stärker zeitgebunden der Grund für den Bezug von freier Zeit ist, desto stärker müsste das öffentliche Interesse ausfallen.

§2 Q & A

A. Müssen von den öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberinnen die Vorschriften des Arbeitsgesetzes beachtet werden?

Die meisten öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse fallen nicht in den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes (Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ArG, Art. 4 ArGV 1). Allerdings muss dennoch der Gesundheitsschutz im engeren Sinne (Art. 6, 35 und 36a ArG) beachtet werden (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 3a lit. a ArG).

B. Genügt für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ein Arztzeugnis?

Im rechtlichen Sinne nicht. In der Praxis werden in den meisten Fällen der Einfachheit halber die Arztzeugnisse akzeptiert. Ergeben sich jedoch Zweifel zum Beispiel aufgrund nachträglich bestätigter Arbeitsunfähigkeit, anderer Aktivitäten, fehlender Erreichbarkeit usw., können die Arbeitgeberinnen weitere Nachweise verlangen. Neben der vertrauensärztlichen Untersuchung kann ein ausführlicher Bericht des behandelnden Arztes einverlangt werden, um die Arbeitsunfähigkeit überprüfen zu können.

³⁷² Vgl. zum Betriebsfrieden Urteil BGer 4A_249/2019 vom 6. Januar 2020, E. 4.3.3; BGE 136 III 513, E. 2.5.

C. Kann eine vertrauensärztliche Untersuchung angeordnet werden?

Ja, auch ohne explizite Regelung im anwendbaren Personalrecht. Ist eine gesetzliche Regelung vorhanden, ist diese zu beachten. Die Angestellten trifft die Mitwirkungspflicht, und sie müssen der entsprechenden Aufforderung nachkommen.

D. Wenn sich Angestellte der Mitwirkung bei Abklärung der Arbeitsunfähigkeit oder Wiedereingliederungsmassnahmen entziehen, darf der Lohn eingestellt werden?

Ja. Es ist abzumahnen und das rechtliche Gehör zu gewähren. Die Verweigerung muss eine gewisse Hartnäckigkeit aufweisen.

E. Kann die öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin bei Absenzen aufgrund Betreuung verlangen, dass die Betreuung anders organisiert wird?

Ja, allerdings sind die Umstände des Einzelfalles zu beachten. Wichtig ist, dass anderweitige Betreuung verfügbar sowie zumutbar ist. Die Absenzen dürfen nicht nur *einer* Arbeitgeberin aufgebürdet werden, weshalb der andere Elternteil oder andere Familienmitglieder Betreuungsaufgaben zu übernehmen haben. Weiter darf verlangt werden, dass alternative, bezahlte Betreuung oder eine Notfalllösung immer abrufbar ist. Dies gilt insbesondere bei höheren Positionen oder wenn die Arbeitgeberin auf die tatsächliche Arbeitserbringung auch im öffentlichen Interesse angewiesen ist (Schule, Spital, Sicherheitsdienst usw.).

F. Entfällt der Anspruch auf Mutterschaftsurlaub, Urlaub des andern Elternteils oder Adoptionsurlaub, wenn Angestellte die Voraussetzungen gemäss EOG nicht erfüllen?

Nein, ausser die personalrechtlichen Grundlagen würden dies vorsehen.

G. Was kann verlangt werden, wenn ein Angestellter geltend macht, er müsse einen Dienst leisten? Kann der Angestellte angehalten werden, die Verschiebung zu beantragen?

Es kann der offizielle Marschbefehl und für die anderen Dienste das Äquivalent dazu verlangt werden. Die entsprechenden Unterlagen müssen sofort nach Erhalt eingereicht werden. Aus betrieblichen Gründen kann der Angestellte aufgefordert werden, den Dienst zu verschieben. Es ist immer klar zu kommunizieren, bis wann der entsprechende Antrag zu stellen ist, und eine Kopie einzuverlangen.

H. Kann ein Todesschein eingefordert werden, wenn der Angestellte aufgrund eines Todesfalls frei verlangt?

Ja, oder andere geeignete Nachweise wie eine Todesanzeige. Bei unklaren Verhältnissen kann zudem der Nachweis der Verwandtschaft verlangt werden.

I. Muss bei einem Todesfall im Ausland mehr (bezahlte) freie Zeit gewährt werden?

Nein, ausser es liegt eine entsprechende, explizite gesetzliche Grundlage vor. Mit Art. 68 BPV besteht die Möglichkeit der Gewährung von (teilweise) bezahltem und unbezahltem Urlaub. Die zuständige Stelle ist jedoch frei, ob und in welcher Form sie den Urlaub gewähren möchte.

J. Besteht Handlungsbedarf, wenn Angestellte belastet wirken oder nicht zur Arbeit erscheinen?

Ja. Im Rahmen der Fürsorgepflicht muss umgehend abgeklärt werden, was die Ursache ist. Primär erfolgt dies in einem Gespräch mit dem Angestellten, und es werden weitere Massnahmen vereinbart. Erscheint ein Angestellter aus unbekannten Gründen nicht zur Arbeit und ist er nicht erreichbar, sind allfällig bekannte Angehörige oder die Polizei zu kontaktieren.

§3 Muster & Checklisten

A. Vorgehen bei Arbeitsunfähigkeit

- (1) *Angaben und Beilagen (vor allem Arztzeugnisse) des Angestellten prüfen:* Sind die Arztzeugnisse zu akzeptieren, oder drängen sich weitere Abklärungen auf? Gegebenenfalls Vornahme weiterer Abklärungen.
- (2) *Anmeldung bei allen in Frage kommenden Versicherungen:* Versicherter Verdienst korrekt und vollständig angeben; versicherter Verdienst ist je nach Versicherungsträger unterschiedlich und muss nicht mit dem beitragspflichtigen Verdienst übereinstimmen. Vorsicht bei unregelmässigen Beschäftigungen.
- (3) *Anmeldung bei der Vorsorgeeinrichtung:* In der Regel nach einer Dauer der Arbeitsunfähigkeit von drei Monaten. Vorsorgereglement prüfen.
- (4) *Regelmässige Kommunikation mit Angestelltem besprechen:* wie, wer und Kadenz.
- (5) *Regelmässiger Kontakt mit dem Angestellten:* wertschätzend, aber zielorientiert. Prognose einverlangen.
- (6) *Wiedereinstieg planen und begleiten.*
- (7) *Protokollierung von Kontakten mit dem Angestellten.*

B. Zusätzliche Abklärungen bei Arbeitsunfähigkeit

Die nachstehenden Muster stellen Kontaktnahmen mit arbeitsunfähigen Angestellten dar. Zentral dabei ist, dass die weiteren Informationen rasch benötigt werden und damit die Ausführungen der Arbeitgeberin umgehend gelesen werden sollen. Dies ist bei der Wahl des Kommunikationsmittels zu berücksichtigen.

Bei kleineren Abklärungen dürfte die Zustellung eines *einfachen E-Mails* (Text im E-Mail selbst) auf die private E-Mail-Adresse genügen. Handelt es sich um komplexere oder ausführlichere Informationen und soll die Zustellung einigermaßen gesichert sein, empfiehlt sich der Versand eines unterzeichneten Schreibens per A-Post Plus und als *Scan per E-Mail*. Bei sehr strittigen Verhältnissen oder anderen besonderen Umständen wäre per Einschreiben zu versenden. Dennoch sollte ein Scan per E-Mail ebenfalls vorgenommen werden, da Einschreiben oft nicht oder erst spät abgeholt werden. Das Einschreiben gilt wohl als am ersten Tag, an dem es am Postschalter abgeholt werden kann, nachdem die Einholungseinladung im Briefkasten von der Post deponiert wurde, als zugestellt, doch sollen die Angestellten rasch vom

Inhalt Kenntnis nehmen. Die «7-Tage-Frist» ist damit nicht zu verwechseln. Dabei handelt es sich um die Frist, während welcher die Post Einschreiben zur Abholung aufbewahrt, bevor sie diese an den Absender zurückschickt. Anders bei Entscheidungen und Verfügungen, welche bei Abholung auf der Poststelle oder am letzten Tag der Abholfrist als empfangen gelten.³⁷³

Erfolgt eine Mitteilung (auch) per E-Mail, sind alle Beilagen des Schreibens gescannt mitzusenden. Zustellvorschriften im anwendbaren Personal- und Verfahrensrecht sind in jedem Fall zu beachten.

I. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

[Datum]

Sehr geehrte Frau [Name Angestellte]

Wir haben das Arztzeugnis vom [Datum] von Dr. [Name] heute von Ihnen per E-Mail erhalten. Dr. [Name] soll dieses um die Beurteilung ergänzen, ob es sich um eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit handelt. Sollte Dr. [Name] hierfür weitere Angaben wie Stellenbeschreibung oder Arbeitsbelastungen benötigen, stellen wir ihm/ihr diese gerne zur Verfügung.

Bitte lassen Sie uns das entsprechend ergänzte Arztzeugnis bis am [ca. drei Tage später] zukommen.

Wir danken Ihnen für die Mitwirkung und wünschen gute Besserung.

Mit freundlichen Grüßen

[Namen und Unterschriften]

II. Teilarbeitsunfähigkeit

[Datum]

Sehr geehrter Herr [Name Angestellter]

Es freut uns, dass Sie gemäss uns mit E-Mail vom [Datum] zugestellten Arztzeugnis vom [Datum] von Dr. [Name] ab [Datum] Ihre Arbeit wieder zu [Anzahl]% aufnehmen können. Leider ergibt sich aus dem Arztzeugnis nicht, wie Sie die [Anzahl]% Arbeitsfähigkeit leisten können und ob sich diese auf ein Pensum von 100% oder ihr Pensum von [Anzahl]% bezieht.

³⁷³ Urteil BGer 1C_532/2018 vom 25. März 2019, E. 3.

Dr. [Name] soll das Arztzeugnis um die entsprechenden Angaben ergänzen (mögliche Arbeitszeiten mit kurzer Begründung und Bezug zu welchem Pensum). Bitte lassen Sie uns das entsprechend ergänzte Arztzeugnis bis am [ca. drei Tage später, aber vor geplanter Arbeitsaufnahme] zukommen.

[Name] wird Sie am [Datum] um [Uhrzeit] Uhr zum Rückkehrgespräch empfangen.

Wir danken Ihnen für die Mitwirkung, freuen uns auf Ihre Rückkehr und wünschen Ihnen weiterhin gute Besserung.

Mit freundlichen Grüßen

[Namen und Unterschriften]

§4 Verfahrenstipps

A. Kontakte bei Absenzen

I. Kontakte mit Angehörigen oder Dritten

- Nur bei Einwilligung des Angestellten oder mit Vollmacht sowie in Notfällen
- Datenschutz und Amtsgeheimnis gelten auch gegenüber Angehörigen und Ehe- sowie Lebenspartnern.
- Dritte sind Freunde, Ärzte, weitere Medizinalpersonen, Beistände, Sozialarbeiter usw.
- Personal und geschäftliche Kontakte (Kunden, Lieferanten etc.)

II. Information über Abwesenheit an Personal, Kunden, Lieferanten, Geschäftskontakte usw.

- Ja, aber nur soweit notwendig und verhältnismässig sowie immer zurückhaltend.
- Keine Kommunikation wirkt in der Regel negativ und kann zu rufschädigenden Gerüchten führen.
- «Marianne Muster ist zurzeit abwesend. Bitte wenden Sie sich an Beat Beispiel.» genügt in der Regel intern wie extern.

B. Zugriff auf geschäftliche Daten und Unterlagen

Den Arbeitgeberinnen steht jederzeit das Recht zu, auf geschäftliche Daten und Unterlagen unabhängig des Lager- bzw. Speicherortes Zugriff zu nehmen. Diese Daten und Unterlagen stehen in ihrem Eigentum bzw. gehören ihnen. Angestellte sind verpflichtet, geschäftliche Daten und Unterlagen korrekt sowie für die Berechtigten zugänglich abzulegen. Arbeitgeberinnen haben Privates unbeachtet zu lassen. Vor dem Zugriff ist zu empfehlen, den Angestellten die Möglichkeit der Löschung von Privatem zu gewähren. Dies kann auch unter Aufsicht erfolgen.

Der Zugriff umfasst:

- Physische Unterlagen, elektronische Dokumente, E-Mails etc.
- Sperrung von Zugängen aus Sicherheitsgründen

Ebenso kann jederzeit die Rückgabe von Gerätschaften, Zugriffstools (Badge, Schlüssel etc.), Arbeitskleidung usw. verlangt werden (vgl. Art. 321b, 339a OR). Insbesondere (vorübergehende) Sperrungen von Zugriffen und Rückgaben können aus Sicherheitsgründen (kein Zugriff aus dem Ausland) und zum Schutz der Gesundheit der Angestellten (wie keine Arbeit während Arbeitsunfähigkeit) notwendig und gesetzlich gefordert sein.

Bei Sperrungen und Rückgabeaufforderungen ist aufzupassen, dass daraus keine Freistellung, Kündigungsabsicht, Schikane oder unberechtigte «Aussperrung» abgeleitet wird. Es empfiehlt sich in etwa folgende Erklärung gegenüber dem Angestellten gleichzeitig vorzunehmen:

«Aufgrund der längeren Abwesenheit und aus Sicherheitsgründen haben wir Ihre Zugriffs- und Zutrittsberechtigungen vorübergehend sistiert und bitten Sie, uns [was] bis am [Datum] zu retournieren.»

Kapitel 5: Gesundheitsschutz

Der Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern spielt im öffentlichen Personalrecht – wie auch im privaten Arbeitsrecht – eine zentrale Rolle. Arbeitgeber sind gesetzlich verpflichtet, für eine sichere und gesunde Arbeitsumgebung zu sorgen, die den Risiken für die Gesundheit der Arbeitnehmenden angemessenen Rechnung trägt. Dazu gehören etwa Regelungen zur Ergonomie, zum Schutz vor physikalischen, chemischen oder biologischen Gefahren wie auch zum Schutz vor psychischen Belastungen. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben ihrerseits die Arbeitgeber bei der Umsetzung der Massnahmen zu unterstützen. Im vorliegenden Kapitel soll ein Überblick über die anwendbaren Rechtsgrundlagen und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten gegeben werden.

§1 Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume

A. Rechtsgrundlagen des Gesundheitsschutzes

Neben den öffentlichen Personalgesetzen bilden insbesondere das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG), das Bundesgesetz über die Unfallversicherung (Unfallversicherungsgesetz, UVG) sowie die jeweiligen Ausführungserlasse die wichtigsten Rechtsquellen des arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutzes.

I. Arbeitsgesetz und Ausführungserlasse

Das Arbeitsgesetz und die darauf gestützt erlassenen Bestimmungen auf Verordnungsstufe (ArGV 1–ArGV 5) regeln den allgemeinen Gesundheitsschutz sowie die Arbeits- und Ruhezeiten. Es handelt sich um zwingendes öffentliches Arbeitsrecht, von welchem nur zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden darf.

Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen oder privaten Betriebe in der Schweiz anwendbar. Vom betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes gibt es jedoch zahlreiche Ausnahmen und Gegenausnahmen (Art. 2 bis 4 ArG).

1. Vollständige Ausnahme vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz nennt verschiedene Betriebe sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes vollständig ausgenommen sind. Für einige Betriebe und Arbeitnehmende gelten spezialgesetzliche Regelungen:

- Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen (Arbeitszeitgesetz);³⁷⁴
- Betriebe, die der Bundesgesetzgebung über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge unterstehen;
- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die dem Abkommen über die Arbeitsbedingungen der Rheinschiffer unterstehen;

Sodann betreffen die Ausnahmen Betriebe und Arbeitnehmende, die besondere Arbeitszeiten oder Arbeitsumstände haben und sich daher nicht für die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz eignen:

- Familienbetriebe;
- Personen geistlichen Standes und andere Personen, die im Dienst von Kirchen stehen, sowie Angehörige von Ordens- und Mutterhäusern oder anderer religiöser Gemeinschaften;
- Besatzungen von schweizerischen Flugbetriebsunternehmen;
- Handelsreisende;
- das in der Schweiz wohnhafte Personal öffentlicher Verwaltungen ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen.

Vom Anwendungsbereich ebenfalls ausgeschlossen sind die privaten Haushalte sowie bestimmte Betriebe, die im Bereich der Landwirtschaft und der Fischerei tätig sind. Diese müssen lediglich die Bestimmungen über das Mindestalter beachten.

2. Teilweise Ausnahme vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes: Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gesundheitsschutz

a) *Betroffene Betriebe und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*

Auf die öffentlichen Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind nur die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz anwendbar sowie die gestützt darauf erlassenen Ausführungsbestimmungen.³⁷⁵

³⁷⁴ Das AZG verweist bezüglich des Gesundheitsschutzes auf die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes, womit die Vorschriften auf diesem Umweg dennoch anwendbar sind.

³⁷⁵ Art. 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 sowie Art. 3a lit. a ArG.

Dies gilt ebenso für folgende Betriebe sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer:

- für unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten ohne eigene Rechtspersönlichkeit und Körperschaften des öffentlichen Rechts, sofern die Mehrzahl der beschäftigten Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis steht;³⁷⁶
- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben;³⁷⁷
- Lehrer an Privatschulen und Lehrer, Erzieher, Fürsorger und Aufseher in Anstalten.³⁷⁸

b) Massgebliche Vorschriften

Art. 3a ArG zählt abschliessend die Vorschriften über den Gesundheitsschutz auf, welche für öffentliche Verwaltungen anwendbar sind sowie auf die weiteren oben genannten Betriebe und Kategorien von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.³⁷⁹

- Art. 6 ArG zum allgemeinen Gesundheitsschutz und die darauf gestützten Verordnungsbestimmungen der ArGV 3;
- Art. 35 ArG zum Schutz schwangerer Frauen und stillender Mütter und die darauf gestützten Verordnungsbestimmungen;
- Art. 36a ArG zur Kompetenz des Bundesrates zum Verbieten von beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten für bestimmte Kategorien von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Alle weiteren Vorschriften des Arbeitsgesetzes, das heisst auch die dort festgelegten Arbeits- und Ruhezeiten, sind auf die genannten Betriebe und Arbeitnehmenden nicht anwendbar.

Das anwendbare öffentliche Personalrecht darf von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz abweichen, jedoch nur zugunsten der Arbeitnehmenden (Art. 71 lit. b ArG). Das Arbeitsgesetz stellt einen bundesrechtlichen Minimalstandard dar.

³⁷⁶ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1; vgl. VGer ZH PB.2001.00010 vom 20. Juni 2001.

³⁷⁷ Art. 3 lit. b i.V.m. Art. 3a lit. b ArG.

³⁷⁸ Art. 3 lit. e i.V.m. Art. 3a lit. c ArG.

³⁷⁹ SECO, Wegleitung zu Art. 3a ArG, Urteil BGer 2P.251/2001 und 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, E. 4.3.1; OGer AG WKL.2018.5 vom 30. Januar 2019, E. 1.

3. Vollständige Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Für folgende öffentlich-rechtliche Betriebe und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz sowie über die Arbeits- und Ruhezeiten grundsätzlich anwendbar:

- auf Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, sofern sie nicht einer Spezialgesetzgebung unterstehen:³⁸⁰
 - zur Herstellung, Verarbeitung oder Behandlung von Gütern sowie zur Erzeugung, Umwandlung oder Übertragung von Energie;
 - zur Beförderung von Personen oder Gütern;
 - für die Abfuhr, für die Verbrennung oder Verarbeitung von Kehrricht, Betriebe der Wasserversorgung und der Abwasserreinigung;
- auf Arbeitsverhältnisse mit Assistenzärztinnen und Assistenzärzten an öffentlichen Krankenanstalten und Kliniken der Kantone und Gemeinden, die Bestandteil einer öffentlichen Verwaltung sind oder als öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit oder als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisiert sind;³⁸¹
- für selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit;³⁸²
- beschäftigen unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalten ohne eigene Rechtspersönlichkeit oder Körperschaften des öffentlichen Rechts einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, gelten für diese die Arbeits- und Ruhezeiten des Arbeitsgesetzes, sofern das öffentliche Personalrecht nicht günstigere Bestimmungen vorsieht.³⁸³

Untersteht ein Betrieb des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden dem Arbeitsgesetz, so gehen die Vorschriften über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis den arbeitsgesetzlichen Regelungen vor. Von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit darf dabei jedoch lediglich zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 71 lit. b ArG).

³⁸⁰ Art. 4 ArGV 1.

³⁸¹ Art. 4a ArGV 1.

³⁸² Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 *e contrario*.

³⁸³ Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

II. Unfallversicherungsgesetz und Ausführungserlasse

Das Unfallversicherungsgesetz (UVG) und dessen Verordnungen, insbesondere die Verordnung über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (VUV), enthalten Vorschriften und Massnahmen zur Verhinderung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten. Im Falle von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz ein Recht auf Entschädigung und Genesungshilfe. Die Unfallversicherung ist hierfür zuständig und finanziert die notwendigen Leistungen. Die Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten gelten für alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen.³⁸⁴

III. Weisungen des SECO und EKAS-Richtlinien

Nicht eigentliche Rechtsgrundlagen, aber massgebend für die Auslegung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen sind die Wegleitungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO). Ihnen kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Charakter von Richtlinien zu.³⁸⁵

Das Unfallversicherungsgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen werden sodann durch die Richtlinien der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS konkretisiert, und es wird deren einheitliche und sachgerechte Anwendung gewährleistet.³⁸⁶ Die Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit (ASA-Richtlinie) konkretisiert beispielsweise die Pflichten der Arbeitgeber beim Beizug von Spezialisten der Arbeitssicherheit sowie die Massnahmen zur Förderung der Prävention von Berufsunfällen und Berufskrankheiten.

IV. Öffentliche Personalgesetze

Der Schutz der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz ist ein wichtiger Teil der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Die Fürsorgepflicht ist meist unter dem Titel «Schutz der Persönlichkeit» in den öffentlichen Personalerlassen selbst geregelt oder findet sich als Verweis auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 328 OR).³⁸⁷

³⁸⁴ Art. 81 Abs. 1 UVG.

³⁸⁵ Urteil BGer 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012, E. 4.2.

³⁸⁶ Gestützt auf Art. 85 UVG und Art. 11b und 52a VUV.

³⁸⁷ Vgl. § 39 Abs. 1 und 2 PG ZH.

Da die im Arbeitsgesetz geregelten Arbeits- und Ruhezeiten nicht für öffentliche Verwaltungen gelten, sehen die öffentlichen Personalgesetze eigene Bestimmungen vor. Darüber hinaus können sie zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom arbeitsgesetzlichen Mindeststandard zum Gesundheitsschutz abweichen (Art. 71 lit. b ArG). Bestimmte Personalgesetze verweisen teilweise ergänzend auf die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes.³⁸⁸

B. Arbeitsgesetz

I. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers

1. Übersicht Schutzmassnahmen

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind (Art. 6 ArG). Der Arbeitgeber muss daher alle Anordnungen erteilen und alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit seiner Arbeitnehmenden zu wahren und zu verbessern.³⁸⁹

- Er muss ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen schaffen.
- Die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer darf nicht durch physikalische, chemische oder biologische Einflüsse beeinträchtigt werden.
- Übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchungen müssen vermieden werden.
- Er muss eine geeignete Arbeitsorganisation vorsehen.
- Er muss Massnahmen zur Wahrung der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treffen.

Der Arbeitgeber trägt alle Kosten für die Massnahmen. Er ist verpflichtet, Spezialisten beizuziehen und beispielsweise eine arbeitsmedizinische Abklärung durchzuführen, wenn hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eine Tätigkeit geschädigt wird.

Für industrielle Betriebe, das heisst Unternehmen, die in der Herstellung, Verarbeitung und Behandlung von Gütern oder in der Erzeugung, Umwandlung oder Übertragung von Energie tätig sind, gelten zusätzliche Vorschriften. Diese Betriebe beschäftigen eine grosse Anzahl von Arbeitnehmenden und setzen Maschinen, Technologien

³⁸⁸ So zum Beispiel § 97 Abs. 3 VVO ZH, welcher in Bezug auf den Schutz von schwangeren Frauen und stillenden Müttern ergänzend auf das Arbeitsgesetz verweist.

³⁸⁹ Art. 2 Abs. 1 ArGV 3.

und Materialien ein, die mit besonderen Risiken verbunden sind.³⁹⁰ Diese Vorschriften wurden auf Verordnungsstufe auch auf weitere, nichtindustrielle Betriebe für anwendbar erklärt.³⁹¹

2. Ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen

Zum Gesundheitsschutz gehört die Pflicht, für eine einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitseinrichtungen und Arbeitsräume zu sorgen, sodass die Gesundheit der Arbeitnehmenden nicht gefährdet wird. Die Pflicht erstreckt sich auch auf andere Räume, mit denen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Berührung kommen.³⁹²

Beispiele: Toiletten, Treppenhäuser, Terrassen, Pausenräume, Umkleieräume und Fahrstühle.

Zahlreiche Bestimmungen regeln die Ausstattung der Arbeitsräume, insbesondere die Beleuchtung, die Sicht ins Freie, das Raumklima, die Lüftung, den Lärm und die Vorgaben zur Ergonomie.

Arbeitsplätze sind so zu gestalten, dass in zwangsloser Körperhaltung gearbeitet werden kann, Sitze bequem und der auszuführenden Arbeit sowie der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer angepasst sind. Räume, Arbeitsplätze und Verkehrswege innerhalb und ausserhalb der Gebäude müssen entsprechend ihrer Verwendung ausreichend natürlich oder künstlich beleuchtet sein. Von ständigen Arbeitsplätzen muss die Sicht ins Freie gewährleistet sein. Sind ständige Arbeitsplätze ohne natürliche Beleuchtung unvermeidbar, so sind, wie bei fehlender Sicht ins Freie, besondere bauliche oder organisatorische Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen.

Beispiel: Bei Arbeitsplätzen ohne Tageslicht und Sicht ins Freie, wie sie in Einkaufszentren, Verkaufslökalen in Bahnhöfen, Flughäfen und Stadien meist vorkommen, gehört zu den organisatorischen Ausgleichsmassnahmen die Rotation von Arbeitsplätzen ohne Licht mit solchen mit viel Tageslicht. Können die Anforderungen an den Gesundheitsschutz durch solche Massnahmen nicht erfüllt werden, kommt ein Ausgleich durch zusätzliche Pausen, die als Arbeitszeit gelten, in Betracht (sog. Lichtpausen).³⁹³

Sämtliche Räume sind sodann ihrem Verwendungszweck entsprechend ausreichend natürlich oder künstlich zu lüften, und Raumtemperatur, Luftgeschwindigkeit und relative Luftfeuchtigkeit sind so zu bemessen und aufeinander abzustimmen, dass ein

³⁹⁰ Art. 5 ArG. Die besonderen Bestimmungen betreffen: Art. 7 ArG (Plangenehmigung und Betriebsbewilligung), Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG (wöchentliche Höchstarbeitszeit), Art. 37 Abs. 1 ArG (Betriebsordnung) und Art. 72 Abs. 2 ArG (Einigungswesen).

³⁹¹ Art. 8 ArG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 ArGV 4.

³⁹² BGE 132 III 257, E. 5.2.

³⁹³ Urteil VGer ZH VB.2013.00138 und 139 vom 18. September 2013; Urteil des Genève Cour de justice, A/3899/2013 vom 9. Dezember 2014.

der Gesundheit nicht abträgliches und der Art der Arbeit angemessenes Raumklima gewährleistet ist.³⁹⁴ Luftverunreinigungen müssen beseitigt, Lärm und Vibrationen vermieden und die Arbeitnehmenden vor übermässiger Sonneneinwirkungen, Wärmestrahlung, Kälte- und Witterungseinflüssen geschützt werden.³⁹⁵

3. Keine Beeinträchtigung durch physikalische, chemische oder biologische Einflüsse

Der Arbeitgeber hat sicherzustellen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht durch physikalische, chemische oder biologische Einflüsse beeinträchtigt wird. Maschinen, Einrichtungen und eingesetzte Werkzeuge müssen den technischen Sicherheitsvorgaben genügen.

4. Vermeidung von übermässig starken oder allzu einseitigen Beanspruchungen

Übermässig starke und einseitige Beanspruchungen können durch eine einmalige Überbelastung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers oder auch durch eine repetitive oder andauernde kleine Belastung ohne ausreichende Erholung gegeben sein.³⁹⁶

Beispiel: Tätigkeit, bei welcher gleiche Bewegungen ständig zu wiederholen sind.

5. Geeignete Arbeitsorganisation

Arbeitgeber sind verpflichtet, die Arbeitsumgebung und die Arbeitsabläufe, einschliesslich der Verteilung der Arbeit so zu organisieren, dass eine übermässige Beanspruchung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und damit eine Beeinträchtigung ihrer physischen und psychischen Gesundheit vermieden wird. Organisatorische Schutzmassnahmen können beispielsweise ergonomische Aspekte betreffen, aber auch die Arbeitsteilung, die Stellvertreterregelungen, die Einrichtung von internen Unterstützungsangeboten oder Anlaufstellen sowie die Organisation der Arbeitszeit.

Beispiel: Das Bundesgericht befasste sich in einem Urteil mit der Arbeitszeit der Assistenzärzte an öffentlichen Spitälern (welche im Urteilszeitpunkt nur den Bestimmungen zum Gesundheitsschutz unterstanden). Die Assistenzärzte machten geltend, dass Arbeitszeiten, welche über die im Arbeitsgesetz geregelten Höchstarbeitszeiten lägen, eine Überbeanspruchung und somit einen Verstoß gegen Art. 6 ArG darstellten. Das Bundesgericht verneinte dies mit der Begründung, die im Arbeitsgesetz geregelten Arbeitszeiten hätten nicht nur den Gesundheitsschutz zum Ziel, sondern würden auch allgemeine sozial- und

³⁹⁴ Art. 16 ArGV 3.

³⁹⁵ Art. 17 ff. ArGV 3.

³⁹⁶ SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV 3.

kulturpolitische Aspekte berücksichtigen. Offensichtlich missbräuchliche Arbeitszeiten, wie etwa Arbeitspensen von etwa 100 Stunden pro Woche, würden jedoch mit Sicherheit gegen die Gesundheitsbestimmungen des Arbeitsgesetzes verstossen.³⁹⁷

Belastungen, die mit der Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflichten zusammenhängen (sog. tätigkeitsimmanente Belastungen), sind demgegenüber grundsätzlich hinzunehmen, und der Arbeitgeber kann diesbezüglich nicht in die Verantwortung genommen werden.³⁹⁸

Beispiel: Konfrontation mit belastenden Situationen als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer eines Rettungsdienstes.

6. Persönliche Integrität

Der Arbeitgeber hat ebenso die persönliche Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu achten und psychosoziale Belastungen am Arbeitsplatz zu vermeiden. Gründe für psychische Belastungen können vielfältig sein, sie reichen von Konflikten und einem schlechten Betriebsklima bis zu Mobbing und sexueller Belästigung oder Diskriminierung. Der Arbeitgeber hat sodann die Datenschutzgesetzgebung zu beachten und darf keine Überwachungs- und Kontrollsysteme einsetzen, welche das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überwachen.³⁹⁹

Beispiel: Der verdeckte Einsatz eines Überwachungsprogrammes zwecks Bestätigung des Verdachts, ein Arbeitnehmer missbrauche die ihm im Informatikbereich zur Verfügung gestellten Mittel für dienstfremde Zwecke, wurde vom Bundesgericht als unzulässig qualifiziert.⁴⁰⁰

Überwachungs- und Kontrollmassnahmen sind jedoch nicht generell verboten, sondern dürfen dann eingesetzt werden, wenn sie nicht der Verhaltensüberwachung der Arbeitnehmenden dienen, sondern aus anderen Gründen erforderlich sind, beispielsweise aus Gründen der Sicherheit, der Organisation oder der Planung der Arbeit sowie zur Kontrolle der Arbeit und ihrer Qualität.⁴⁰¹ Die Systeme müssen jeweils so gestaltet und angeordnet werden, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden. Die

³⁹⁷ Urteil BGer 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002, E. 5.3; Art. 4a ArGV 1, der die Assistenzärzte an öffentlichen Spitälern dem Arbeitsgesetz unterstellten, wurde erst mit Änderung vom 7. April 2004 eingefügt und trat am 1. Januar 2005 in Kraft (AS 2004 2411).

³⁹⁸ Urteile BVGer 1A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019, E. 5.2.1; BVGer A-104/2020 vom 19. April 2021, E. 4.2.3.

³⁹⁹ Art. 26 ArGV 3. Vgl. dazu auch das Kapitel 3, § 1B II zu den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers.

⁴⁰⁰ BGE 139 II 7 (= Pra 2013 Nr. 82); vgl. dazu auch BGE 143 II 443 (= Pra 2018 Nr. 114).

⁴⁰¹ BGE 139 II 7 E. 5.2 (= Pra 2013 Nr. 82); BGE 130 II 425 E. 4.1 (= Pra 2005 Nr. 71).

ständige Überwachung kann nämlich Stress verursachen und das gesundheitliche Wohlbefinden schädigen.⁴⁰²

Der Einsatz von Überwachungs- und Kontrollsystemen ist unter folgenden Umständen zulässig:

- Der Einsatz des Systems dient nicht ausschliesslich oder im Wesentlichen der Überwachung der Arbeitnehmenden.
- Der Einsatz des Systems ist unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Falles verhältnismässig (das heisst geeignet, erforderlich und zumutbar).
- Die Arbeitnehmenden wurden vor dem Einsatz des Systems informiert.

Beispiel: Eine Überwachung der Leistungen liegt vor, wenn die Anzahl der von den Arbeitnehmenden produzierten Waren registriert wird. Eine detaillierte Erhebung der Verteilung der Produktion im Verlauf des Tages würde hingegen (unzulässigerweise) auf das Verhalten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers schliessen lassen.⁴⁰³

7. Verhältnismässigkeit

Die vom Arbeitgeber anzuordnenden Massnahmen müssen nicht nur notwendig sein und dem aktuellen Stand der Technik entsprechen, sondern auch verhältnismässig sein. Das Ausmass eines gesundheitlichen Risikos und die Aufwendungen für die notwendigen Schutzmassnahmen müssen gegeneinander abgewogen werden. Die Massnahmen müssen für den Betrieb wirtschaftlich tragbar sein und die Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum Nutzen stehen.⁴⁰⁴ Den Besonderheiten des Betriebs muss dabei in technischer und menschlicher Hinsicht Rechnung getragen werden.

II. Rechte und Pflichten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

1. Pflichten

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben die Arbeitgeber bei der Umsetzung des Gesundheitsschutzes zu unterstützen. Sie müssen:

- die Weisungen in Bezug auf die Arbeitssicherheit befolgen;
- die allgemein anerkannten Sicherheitsregeln berücksichtigen;

⁴⁰² Urteil BGer 9C_785/2010 vom 10. Juni 2011, E. 6.7.1; BGE 130 II 425 E. 6.5 (= Pra 2005 Nr. 71); WOLFER, S. 39 f. und 130.

⁴⁰³ Vgl. BGE 139 II 7, E. 5.5.1 (= Pra 2013 Nr. 82); vgl. auch Urteil BGer 6B_536/2009 vom 12. November 2009, E. 3.6.3.

⁴⁰⁴ BGE 132 III 257 E. 5.4.4; SECO, Wegleitung zu Art. 6 ArG.

- ihre persönliche Schutzausrüstungen benützen und die Sicherheitseinrichtungen richtig gebrauchen;
- einen Mangel, der die Arbeitssicherheit beeinträchtigt, sofort beseitigen oder, sofern dies nicht möglich ist, dem Arbeitgeber melden.

Sie dürfen nicht:

- die Wirksamkeit der Sicherheitseinrichtungen beeinträchtigen;
- sich in einen Zustand versetzen, in dem sie sich selbst oder andere gefährden (Alkohol, Drogen usw.).

2. Recht auf Mitwirkung

Bevor ein Arbeitgeber über die Umsetzung von Massnahmen im Betrieb, die den Gesundheitsschutz betreffen, entscheidet, hat er die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anzuhören.⁴⁰⁵ Trägt er allfälligen Einwänden und Verbesserungsvorschlägen der Arbeitnehmenden nicht oder nur teilweise Rechnung, hat der Arbeitgeber seinen Entscheid zu begründen. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen sodann in geeigneter Form zu Abklärungen und Betriebsbesuchen der Arbeitsinspektorate beigezogen werden und sind über deren Anordnungen zu informieren.

Besteht in einem Betrieb eine Arbeitnehmervertretung, so stehen die Mitwirkungsrechte der Vertretung zu, ansonsten sind sie direkt den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu gewähren.⁴⁰⁶

III. Homeoffice

Das Arbeitsgesetz, welches 1966 in Kraft trat, regelt moderne Arbeitsformen wie Homeoffice und andere Arten mobiler Arbeit ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers, welche in der heutigen digitalisierten Dienstleistungsgesellschaft üblich sind, nicht ausdrücklich. Das bedeutet, dass für Homeoffice die gleichen gesetzlichen Regeln wie für die Arbeit am vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsplatz gelten. Entsprechend muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Arbeitsplatzausstattung (Licht, Ergonomie etc.) und die Arbeits- und Ruhezeiten auch am privaten Arbeitsplatz erfüllt werden und die Gesundheit durch das Homeoffice nicht gefährdet oder beeinträchtigt wird.

Im eigenen Betrieb kann der Arbeitgeber überprüfen, ob der zur Verfügung gestellte Arbeitsplatz den Anforderungen des Gesundheitsschutzes Rechnung trägt und ob

⁴⁰⁵ Zum Ganzen Abschnitt: Art. 6 ArGV 3 und die SECO-Wegleitung dazu.

⁴⁰⁶ SECO, Wegleitung zu Art. 6 ArGV 3; vgl. die Bestimmungen zur Arbeitnehmervertretung im Mitwirkungsgesetz.

angeordnete Massnahmen korrekt umgesetzt werden. Im Homeoffice entfällt demgegenüber die unmittelbare Aufsichtsmöglichkeit.⁴⁰⁷ Der Arbeitgeber ist deshalb verpflichtet, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern entsprechende Weisungen zur Einhaltung der arbeitsgesetzlichen Vorgaben zu erteilen bzw. sie über die Massnahmen zu instruieren. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben wiederum die Vorgaben zu beachten und den Arbeitgeber bei der Umsetzung der Massnahmen zu unterstützen.

IV. Schutz jugendlicher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Das Arbeitsgesetz enthält spezielle Bestimmungen zum Schutz von jugendlichen Arbeitnehmern in Art. 29 bis 32 ArG sowie in der Jugendarbeitsschutzverordnung (ArGV 5) und der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über gefährliche Arbeiten für Jugendliche. Diese Regelungen zielen darauf ab, die Sicherheit und Gesundheit von jungen Arbeitnehmern zu gewährleisten und sie vor Überarbeitung und Ausbeutung zu schützen. Als Jugendliche gelten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis zum vollendeten 18. Altersjahr.

Jugendliche dürfen – mit Ausnahmen – grundsätzlich erst ab dem vollendeten 15. Altersjahr beschäftigt werden. Die Arbeitgeber müssen sicherstellen, dass Jugendliche in ihrem Betrieb keiner Gefahr für ihre Gesundheit, Ausbildung und Sicherheit ausgesetzt sind und sie keine Arbeiten verrichten müssen, die ihre physische und psychische Entwicklung beeinträchtigen können. Das bedeutet insbesondere, dass die Arbeiten dem Alter und Ausbildungsstand der Jugendlichen anzupassen sind. Jugendliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen daher nicht mit gefährlichen Maschinen oder Geräten arbeiten und keine gefährlichen Tätigkeiten ausführen.⁴⁰⁸

Das Arbeitsgesetz enthält besondere Bestimmungen zu den Arbeits- und Ruhezeiten von jugendlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, welche dem Alter entsprechend abgestuft sind. Der Arbeitgeber muss sodann dafür sorgen, dass die Jugendlichen von einer befähigten erwachsenen Person ausreichend und angemessen informiert und angeleitet werden und auch die Eltern oder die erziehungsberechtigten Personen über die Arbeitsbedingungen, über mögliche Gefahren und über die Sicherheitsmassnahmen informiert sind.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Vgl. zum Ganzen: SECO, Homeoffice.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu die Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über gefährliche Arbeiten für Jugendliche vom 12. Januar 2022.

⁴⁰⁹ Art. 19 ArGV 5.

Zu beachten ist, dass die genannten Bestimmungen nicht direkt auf Jugendliche anwendbar sind, die in einer öffentlichen Verwaltung arbeiten (siehe oben zur Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes). Die Bestimmungen können jedoch bei der Konkretisierung der Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers herangezogen werden.

V. Schutz von schwangeren Frauen und stillenden Müttern

Das Schweizer Arbeitsrecht enthält umfangreiche Bestimmungen zum Schutz von schwangeren Frauen und stillenden Müttern. Dies sind insbesondere die Art. 35 bis 35b ArG, Art. 60 bis 65 ArGV 1, Art. 34 ArGV 3 und die Bestimmungen der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung).

Für die unter Art. 3a ArG fallenden Betriebe sowie Arbeitnehmer- und Arbeitnehmerinnenkategorien sind lediglich der Art. 35 ArG und die darauf gestützt erlassenen Vorschriften auf Verordnungsstufe anwendbar (Art. 61–65 ArGV 1 sowie Art. 34 ArGV 3).⁴¹⁰

1. Allgemeiner Gesundheitsschutz (Art. 35 ArG)

Der Arbeitgeber hat die Pflicht, die Arbeitsbedingungen von schwangeren Frauen und stillenden Müttern so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und Sicherheit sowie diejenige ihres Kindes nicht beeinträchtigt werden. Werden im Betrieb Frauen beschäftigt, die beschwerliche oder gefährliche Arbeiten verrichten, können ihnen diese während der Schwangerschaft oder Stillzeit verboten werden, sofern keine besonderen Schutzmassnahmen ergriffen werden (können).⁴¹¹ Welche Arbeiten als beschwerlich oder gefährlich gelten, wird in Art. 61 f. ArGV 1 und der Mutterschutzverordnung konkretisiert.

Dürfen die Arbeitnehmerinnen nicht mehr beschäftigt werden, kann ihnen der Arbeitgeber eine gleichwertige Arbeit zuweisen. Ist dies nicht möglich, haben die Arbeitnehmerinnen unter Wahrung eines Lohnanspruches von 80% die Arbeit vorübergehend auszusetzen.⁴¹²

⁴¹⁰ Die Anwendbarkeit von Art. 60 ArGV 1 im Rahmen der Ausdehnung von Art. 3a ArG ist unklar. Die Verordnungsbestimmung nennt zwar sowohl Art. 35 als auch Art. 35a ArG als Rechtsgrundlage, doch regelt sie die Arbeits- und Stillzeit. Arbeitszeitregelungen sind von Art. 3a ArG ausgenommen. Daher ist davon auszugehen, dass Art. 60 ArGV 1 nicht von Art. 3a ArG erfasst wird (vgl. HENSCH, S. 1090).

⁴¹¹ Vgl. SECO, Wegleitung zu Art. 35 ArG.

⁴¹² vgl. dazu Kapitel 4, § 1FI.

2. Beschäftigungserleichterung bei stehender Tätigkeit (Art. 61 ArGV 1)

Schwangere Frauen, die hauptsächlich stehend arbeiten müssen, haben ab dem 4. Schwangerschaftsmonat Anspruch auf eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden sowie auf zehnminütige Pausen nach jeder zweiten Stunde, zusätzlich zu den im Arbeitsgesetz festgelegten Pausen.⁴¹³ Ab dem 6. Schwangerschaftsmonat müssen die stehend zu verrichtenden Tätigkeiten auf vier Stunden pro Tag beschränkt werden, wobei diese Stunden auch unregelmässig auf die ganze Arbeitszeit verteilt werden dürfen.⁴¹⁴

3. Schutzmassnahmen bei beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten (Art. 62 f. ArGV 1, Mutterschutzverordnung)

Als beschwerliche und gefährliche Arbeiten für schwangere und stillende Frauen gelten alle Arbeiten, die sich erfahrungsgemäss nachteilig auf deren Gesundheit und diejenige ihrer Kinder auswirken.⁴¹⁵ Betriebe, in denen beschwerliche oder gefährliche Arbeiten durchgeführt werden, haben eine Risikobeurteilung durchzuführen und gegebenenfalls geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen. In Art. 63 ArGV 1 und der Mutterschutzverordnung werden die Kriterien zur Durchführung einer Risikobeurteilung geregelt. Die schwangeren oder stillenden Frauen müssen umfassend über die Risiken und die Massnahmen informiert und instruiert werden.

4. Arbeitsbefreiung (Art. 64 Abs. 1 und 2 ArGV 1)

Sind gewisse Arbeiten nicht objektiv, aber subjektiv beschwerlich, so sind schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen auf deren Verlangen von diesen Arbeiten zu befreien. Ebenso hat der Arbeitgeber eine verminderte Leistungsfähigkeit nach der Entbindung, welche ärztlich attestiert ist, zu berücksichtigen.

5. Versetzung und verbotene Arbeiten (Art. 64 Abs. 3 und Art. 65 ArGV 1)

In der Mutterschutzverordnung werden Arbeiten definiert, die aufgrund des damit verbunden Gefahrenpotenzials für schwangere und stillende Frauen verboten sind. In diesen Fällen sowie wenn keine geeigneten Schutzmassnahmen bei beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten ergriffen werden können, haben die Arbeitnehmerinnen Anspruch auf Versetzung an einen für sie ungefährlichen und gleichwertigen Arbeitsplatz. Ist dies nicht möglich, greift die gleiche Lohnentschädigung wie bei Art. 35 Abs. 3 ArG.

⁴¹³ Art. 15 ArG.

⁴¹⁴ SECO, Wegleitung zu Art. 61 ArGV 1.

⁴¹⁵ Art. 62 ArGV 1 zählt Tätigkeiten auf, welche als beschwerlich oder gefährlich gelten.

6. Ruhemöglichkeiten (Art. 34 ArGV 3)

Schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen müssen sich bei Bedarf unter geeigneten Bedingungen hinlegen und ausruhen können.

7. Beschäftigung bei Mutterschaft (Art. 35a Abs. 1–3 ArG)

Die Beschäftigung von schwangeren oder stillenden Arbeitnehmerinnen sowie Wöchnerinnen (nach acht Wochen) bis 16 Wochen nach der Niederkunft ist nur mit deren Einverständnis möglich. Die Arbeitnehmerinnen dürfen auf bloße Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. In den ersten acht Wochen nach der Niederkunft dürfen Arbeitnehmerinnen hingegen zwingend nicht beschäftigt werden – auch nicht mit deren Einverständnis.

8. Verbot von Abend-, Nachtarbeit, Überstunden und Überzeit (Art. 35a Abs. 4 ArG, Art. 60 Abs. 1 ArGV 1)

Ab der achten Woche vor der Niederkunft dürfen schwangere Frauen nicht mehr zwischen 20 Uhr und 6 Uhr beschäftigt werden. Die Arbeitszeit von schwangeren Frauen und stillenden Müttern darf sodann nicht über die vereinbarte Dauer des Arbeitstages verlängert werden und nicht mehr als neun Stunden täglich betragen.

9. Stillen (Art. 35a Abs. 2 Satz 2 ArG, Art. 60 Abs. 2 ArGV 1)

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmerinnen die zum Stillen oder zum Abpumpen der Muttermilch erforderliche Zeit freizugeben. Im ersten Lebensjahr des Kindes gelten die folgenden Zeiten als Arbeitszeit:

- bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu vier Stunden: mind. 30 Minuten
- bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als vier Stunden: mind. 60 Minuten
- bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden: mind. 90 Minuten

Wird für das Stillen oder Abpumpen mehr Zeit benötigt, darf die Arbeitnehmerin der Arbeit auch länger fernbleiben; es handelt sich dabei jedoch – anderslautende Vereinbarungen vorbehalten – nicht um bezahlte Arbeitszeit.⁴¹⁶

10. Ersatzarbeit und Lohnfortzahlung bei Mutterschaft (Art. 35b ArG)

Arbeitnehmerinnen, die zwischen 20 Uhr und 6 Uhr Abend-, bzw. Nachtarbeit leisten, haben Anspruch darauf, dass ihnen der Arbeitgeber eine gleichwertige Tagesarbeit, während der Schwangerschaft sowie zwischen der 8. und 16. Woche nach

⁴¹⁶ SECO, Wegleitung zu Art. 60 ArGV 1.

der Niederkunft anbietet. Kann ihnen keine andere gleichwertige Arbeit angeboten werden, haben sie Anspruch auf Lohnfortzahlung von 80 %.

VI. Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Familienpflichten

Die Bestimmungen in Art. 36 ArG sollen sicherstellen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich um Familienangehörige kümmern, eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie erreichen können. Als Familienpflichten im Sinne des Arbeitsgesetzes gelten die Betreuung von Kindern bis 15 Jahren und die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, soweit betrieblich möglich, bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeiten besonders Rücksicht auf die Familiensituation zu nehmen. Er darf Überzeitarbeit nur anordnen, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer damit einverstanden ist, und hat auf Verlangen eine Mittagspause von mindestens 1,5 Stunden zu gewähren. Schliesslich hat er die zur Betreuung kranker Familienangehöriger oder der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners erforderliche Zeit im Umfang von bis zu drei Tagen freizugeben.⁴¹⁷

VII. Schutz vor psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz

Art. 6 ArG verpflichtet den Arbeitgeber, die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ergreifen. Dies bedeutet, dass er:

- (1) Strukturen schaffen muss, welche psychosoziale Belastungen am Arbeitsplatz wie Mobbing, Diskriminierungen und sexuelle Belästigung verhindern;
- (2) in konkreten Fällen Massnahmen zur Unterstützung von betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern treffen muss.

1. Konflikte am Arbeitsplatz/Mobbing

Mobbing stellt nach einer auch vom Bundesgericht verwendeten Definition ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten dar, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll.⁴¹⁸ Das Opfer befindet sich oft in einer Situation, wo jede Einzelhandlung unter Umständen als zulässig zu beurteilen ist, jedoch die

⁴¹⁷ Ausser bei Kindern maximal zehn Tage pro Jahr.

⁴¹⁸ Einer statt vieler: Urteil BGER 8C_107/2018 vom 7. August 2018, E. 5 mit zahlreichen Hinweisen, auch zum Folgenden.

Gesamtheit der Handlungen zu einer Destabilisierung des Opfers und bis zu dessen Entfernung vom Arbeitsplatz führen kann. Mobbinghandlungen können auf die Verletzung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzielen oder die betroffene Person sozial zu isolieren versuchen.

Beispiele: Ignorieren, Gerüchte verbreiten, widersprüchliche Anweisungen geben, abfällige Gesten, Nachspionieren etc.

Mobbing ist sehr schwer zu beweisen. Ein Beweis kann in der Regel nur auf der Würdigung einer Vielzahl von Indizien beruhen. Nicht jeder Arbeitsplatzkonflikt und jedes Fehlverhalten stellen Mobbing dar.⁴¹⁹ Erforderlich ist immer eine Gesamtbetrachtung aller Umstände. Die Aufforderung an die Arbeitnehmenden, den Arbeitspflichten nachzukommen – auch nicht auf eindringliche Weise oder mit der Androhung von Disziplinarmaßnahmen oder einer Entlassung – stellt keine Mobbinghandlung dar. Ebenso wenig das Setzen von Zielen, welche der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht erreicht, und er oder sie deshalb unter Druck steht.⁴²⁰ Stets muss auch in Erwägung gezogen werden, dass sich die betroffene Person das Mobbing nur einbildet oder sich sogar missbräuchlich darauf beruft, um sich so vor an sich gerechtfertigten Weisungen oder Ermahnungen zu schützen.⁴²¹

2. Diskriminierung

Der Arbeitgeber hat nicht nur gestützt auf das Arbeitsgesetz, sondern auch auf das Gleichstellungsgesetz Massnahmen zu treffen, die zur Verhinderung von Diskriminierungen und sexuellen Belästigungen erfahrungsgemäss notwendig und angemessen sind sowie billigerweise zugemutet werden können.⁴²²

3. Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

Unter dem Begriff der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz werden verschiedene Formen von belästigendem Verhalten verstanden, das folgende Merkmale aufweist:

- Es handelt sich um ein Verhalten, das sich auf den Arbeitsplatz bezieht.
- Es besitzt eine sexuelle Komponente, was jeweils im konkreten Zusammenhang beurteilt werden muss.⁴²³

⁴¹⁹ Vgl. Urteil BGer 4A_439/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 5.2; Urteil BVGer A-3192/2019 vom 27. November 2019, E. 5.4.2

⁴²⁰ Urteil BGer 8C_446/2010 vom 25. Januar 2011, E. 4.2.3.

⁴²¹ Urteil BGer 8C_826/2009 vom 1. Juli 2010, E. 4.2 mit Hinweisen.

⁴²² Art. 5 Abs. 3 GIG.

⁴²³ KAUFMANN, Art. 4 N 61; Urteil VGer ZH VB.2013.00685 vom 5. März 2014, E. 4.1.

- Das Verhalten beeinträchtigt die Würde der Betroffenen, das heisst, es ist unerwünscht, unangenehm und beleidigend.

Regelmässig (aber nicht zwingend) geht es bei sexuellen Belästigungen um die Ausnutzung eines Machtgefälles.⁴²⁴

Darunter fallen etwa Drohungen, das Versprechen von Vorteilen, das Auferlegen von Zwang und das Ausüben von Druck zum Erlangen eines Vorteils, jedoch auch unangemessene Berührungen, unerwünschte sexuelle Annäherungsversuche und anzügliche Bemerkungen oder Witze. Zu beachten ist, dass es auf die Wirkung bei der betroffenen Person ankommt und nicht auf die Absicht der belästigenden Person. Das Verhalten kann von Arbeitskolleginnen und -kollegen, Vorgesetzten oder Kunden ausgehen.

C. Unfallversicherungsgesetz

Art. 82 UVG regelt – mit dem fast gleichen Wortlaut wie Art. 6 ArG – die Pflicht des Arbeitgebers, alle Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind. Der Arbeitgeber hat die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dabei zur Mitwirkung heranzuziehen. Diese haben wiederum die Pflicht, den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zu unterstützen. Arbeitsgesetz und Unfallversicherungsgesetz überschneiden sich somit zum Teil inhaltlich. Da das Unfallversicherungsgesetz den Fokus lediglich auf die Berufsunfälle und Berufskrankheiten legt, geht das Arbeitsgesetz in Bezug auf den Gesundheitsschutz weiter.

D. Vollzug des Gesundheitsschutzes

I. Arbeitsgesetz

Für den Vollzug des Arbeitsgesetzes sind die kantonalen Vollzugsbehörden, das heisst die kantonalen Arbeitsinspektorate zuständig.⁴²⁵ Dem Bund obliegt die Oberaufsicht. Diese wird durch das Eidgenössische Arbeitsinspektorat wahrgenommen.

Die Arbeitgeber, seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Personen, die in dessen Auftrag Aufgaben des Gesundheitsschutzes wahrnehmen, haben den Arbeits-

⁴²⁴ GEISER, ZBJV 2001 S. 434.

⁴²⁵ Art. 41 ArG.

inspektoraten alle notwendigen Auskünfte zu erteilen, Einblick in Unterlagen zu geben und ihnen Zutritt zum Betrieb zu gestatten.⁴²⁶

Die Arbeitsinspektorate können anfechtbare Verfügungen über die Pflichten der Arbeitgeber erlassen. Diese Verfügungen können gemäss anwendbarem Verwaltungsverfahrenrecht angefochten und danach mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht weitergezogen werden.

Handelt der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig gegen Vorschriften des Gesundheitsschutzes, macht er sich strafbar.⁴²⁷ Ebenso können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die vorsätzlich oder – bei ernsthafter Gefährdung anderer Personen – auch fahrlässig Gesundheitsvorschriften missachten, strafrechtlich belangt werden. Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.⁴²⁸

Für öffentliche Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind lediglich die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz anwendbar (siehe oben zu Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes). Die Regeln über die behördlichen Kontrollen sowie die Verfügungskompetenz gelangen grundsätzlich nicht zur Anwendung.

II. Unfallversicherungsgesetz

Für die Durchführung der Unfallversicherung ist je nach Versichertenkategorie die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) oder ein anderer (privater) Versicherer zuständig.⁴²⁹ Der Suva sind insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Betrieben und Branchen mit hohen Risiken unterstellt.

Beispiel: Industrielle Betriebe, Baubranche, Schlachthäuser etc.

Die Suva kontrolliert die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen in den ihr unterstellten Betrieben.

⁴²⁶ Art. 45 f. ArG.

⁴²⁷ Art. 59 ArG.

⁴²⁸ Art. 60 ff. ArG.

⁴²⁹ Art. 58 UVG.

§2 Q & A

A. Ist auf eine Pflegefachfrau an einem öffentlichen Spital das Arbeitsgesetz anwendbar?

Ist das Spital als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert, kommt das Arbeitsgesetz (sowohl die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz als auch über die Arbeits- und Ruhezeiten) grundsätzlich zur Anwendung (*e contrario* Art. 2 Abs. 2 ArG und Art. 7 ArGV 1). Selbständige Spitäler haben in der Regel jedoch eigene Personalerlasse. Diese gehen dem Arbeitsgesetz vor. Der bundesrechtliche Mindeststandard muss jedoch eingehalten sein. Von den Vorschriften zum Gesundheitsschutz und den Arbeits- und Ruhezeiten des Arbeitsgesetzes darf nur zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 71 lit. b ArG).

Handelt es sich beim Spital um eine unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit, kommen hingegen nur die in Art. 3a ArG abschliessend aufgezählten Vorschriften des Arbeitsgesetzes über den Gesundheitsschutz zur Anwendung bzw. müssen diese Minimalvorschriften eingehalten werden.

B. Besteht eine Pflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, den Arbeitgeber über eine mangelhafte Arbeitsorganisation zu unterrichten?

Stellt eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer einen Mangel fest, der den Gesundheitsschutz beeinträchtigt, so hat sie oder er diesen gemäss Art. 10 Abs. 2 ArGV 3 unverzüglich selbst zu beseitigen oder – falls sie oder er dazu nicht befugt oder in der Lage ist – diesen dem Arbeitgeber melden. Dies gilt auch, wenn eine mangelhafte Arbeitsorganisation vorliegt. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer haben nach Treu und Glauben Eigenverantwortung zu übernehmen und den Arbeitgeber bzw. den Vorgesetzten beispielsweise über eine andauernde Überbelastung zu informieren. Der Arbeitgeber kann in der Regel nur tätig werden, wenn er informiert ist.⁴³⁰ Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes besteht jedoch eine gewisse Zurückhaltung bezüglich dieser Mitteilungspflicht, wenn die Information an den Arbeitgeber eine Offenbarung bezüglich des eigenen Gesundheitszustands mit sich bringt.⁴³¹ Erfolgt die Information trotz Notwendigkeit für den Gesundheitsschutz oder die Unfallverhü-

⁴³⁰ Urteil BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017, E. 7.5.2 mit Hinweisen.

⁴³¹ Urteil BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019, E. 5.2.2 mit Hinweisen.

tung nicht, dann können die Arbeitnehmerin und der Arbeitnehmer sowohl zivil- wie strafrechtlich bei allfällig deswegen verursachten Schäden haftbar gemacht werden.

C. Hat eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer tätigkeitsimmanente Belastungen hinzunehmen?

Belastungen, die mit der Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflichten zusammenhängen und nicht weiter gehen, als durch den Zweck des Arbeitsverhältnisses unbedingt geboten ist, sind grundsätzlich hinzunehmen.⁴³² Auch bei tätigkeitsimmanenten Belastungen ist jedoch zu prüfen, ob Gesundheitsschädigungen mit geeigneten Massnahmen vermieden werden können. So können beispielsweise traumatisierende Erlebnisse im Rahmen eines Polizeieinsatzes nicht ausgeschlossen werden. Durch verschiedene Massnahmen, wie Regelungen zur Einsatznachbesprechung, Supervisionen oder präventive Schulungen zum Umgang mit belastenden Situationen, können nachteilige Folgen für die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dennoch verhindert oder zumindest vermindert werden.

D. Besteht eine Pflicht der Arbeitnehmerin, ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft zu informieren?

Die Offenlegung einer Schwangerschaft liegt grundsätzlich im Ermessen der schwangeren Arbeitnehmerin. Um sicherzustellen, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Schutzmassnahmen zur Gewährleistung der Gesundheit und Sicherheit ergreifen kann, ist sie dennoch gehalten, den Arbeitgeber rechtzeitig über ihre Schwangerschaft zu informieren. Dies dient auch dazu, die notwendigen organisatorischen Anpassungen vorzunehmen, um die Schwangerschaft und die damit verbundenen Bedürfnisse der Arbeitnehmerin zu berücksichtigen.

⁴³² Urteil BVGer A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019, E. 5.2.1; Urteil OGer ZH LA150023-O/U vom 13. November 2015.

§3 Muster und Checklisten

A. Checkliste anwendbares Recht

- (1) Fällt der Arbeitgeber oder die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer unter den betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes?
→ Bestehen Zweifel über die Anwendbarkeit des Gesetzes auf einen Betrieb oder Arbeitnehmer, so muss die kantonale Vollzugsbehörde des Arbeitsgesetzes entscheiden.
- (2) Welche Bestimmungen des Arbeitsgesetzes finden Anwendung?
- (3) Welche Bestimmungen werden durch das anwendbare öffentliche Personalrecht in Bezug auf den Gesundheitsschutz geregelt?
- (4) Besteht ein ergänzender Verweis auf Bestimmungen des Arbeitsgesetzes?

B. Grundprinzipien für Schutzanordnungen und Massnahmen für eine geeignete Arbeitsorganisation

Gemäss SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV 3, sind folgende Grundprinzipien einzuhalten:

- (1) Risiken sind zu vermeiden.
- (2) Unvermeidbare Risiken sind abzuschätzen und zu minimieren.
- (3) Risiken sind möglichst an der Wurzel zu bekämpfen.
- (4) Die Arbeit ist dem Menschen anzupassen, insbesondere bezüglich Organisation und Gestaltung der Arbeitsplätze und in Bezug auf die Wahl der Einrichtungen, der Arbeits- und Produktionsmethoden. Vor allem sind monotone und getaktete Arbeiten zu begrenzen und ihre beeinträchtigenden Auswirkungen auf die Gesundheit zu verringern. Bei eintöniger Arbeit und bei maschinenbestimmtem Arbeitsrhythmus sollen die Gestaltung von Arbeitsplätzen sowie die Auswahl von Arbeitsmitteln und Arbeits- und Produktionsverfahren im Hinblick auf eine Erleichterung optimiert werden.
- (5) Der technischen Entwicklung ist Rechnung zu tragen.
- (6) Gefährliches ist durch Ungefährliches oder weniger Gefährliches zu ersetzen.
- (7) Der Gesundheitsschutz ist so zu gestalten, dass die individuellen, technischen, organisatorischen und sozialen Faktoren und all ihre Wechselwirkungen gesamthaft einbezogen sind.

- (8) Kollektive Massnahmen bezüglich Gesundheitsschutz sind individuellen Massnahmen vorzuziehen.
- (9) Den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sind angemessene Weisungen zu geben; sie sollen Anwendungsanleitung und -überwachung sowie Schulung auf allen hierarchischen Stufen einschliessen.

C. Checkliste Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz

- (1) Verbot von sexueller Belästigung; also ein klares Zeichen, dass solches Verhalten nicht toleriert wird.
- (2) Neutrale und vertrauliche Ansprechstelle oder Ansprechpersonen bestimmen.
- (3) Vorgehen und mögliche Massnahmen und Sanktionen festlegen.
- (4) Die Mitarbeitenden über die Ansprechstelle, das Vorgehen und die Massnahmen und Sanktionen informieren.
- (5) Regelmässige Schulung des Personals.
- (6) In konkreten Fällen müssen Massnahmen ergriffen werden:
 - a) interne Unterstützung für betroffene Personen anbieten;
 - b) interne Untersuchung einleiten;
 - c) Massnahmen bzw. Sanktionen ergreifen.

Kapitel 6: Personalbeurteilung

§1 Gegenstand und Kriterien

Ziele der Personalbeurteilung sind die Beurteilung von Leistung und Verhalten sowie die Führung/Förderung des Personals.⁴³³ Was das System betrifft, so basieren heute die Personalbeurteilungen der meisten Personalrechte darauf, dass Leistungs- und Verhaltensziele für eine bestimmte Zeitperiode vorgegeben werden und nach deren Ablauf die konkret erreichte Leistung und das Verhalten daran gemessen und bestimmten Beurteilungsstufen zugeordnet werden.⁴³⁴

Gegenstand und Kriterien der Personalbeurteilung im Einzelnen wie auch die verschiedenen Beurteilungsstufen ergeben sich aus dem Personalrecht des jeweiligen Gemeinwesens. Gegenstand der Beurteilung sind beispielsweise im Kanton Zürich grundsätzlich die Leistung und das Verhalten, sprich insbesondere die Arbeitsausführung, die Arbeitsergebnisse, die Selbständigkeit und das Verhalten, ferner das Erreichen vereinbarter Ziele sowie bei Vorgesetzten die Führungsfähigkeit.⁴³⁵

Die gestützt auf diese Kriterien vorgenommene Beurteilung wird sodann im konkreten Fall der jeweiligen Beurteilungsstufe zugeordnet. Der Bund kennt beispielsweise die vier Beurteilungsstufen «sehr gut», «gut», «genügend» und «ungenügend».⁴³⁶ Je nach Personalrecht können für einzelne Berufsgruppen auch besondere Beurteilungssysteme vorgesehen sein.⁴³⁷ An die jeweilige Beurteilungsstufe können unterschiedliche rechtliche Konsequenzen anknüpfen. Eine Beurteilung muss sich an den jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Rahmen zu Kriterien, Zielen sowie Beurteilungsstufen des jeweiligen Personalrechts halten.⁴³⁸

⁴³³ Vgl. z.B. explizit § 136 Abs. 2 VVO ZH.

⁴³⁴ Vgl. statt vieler im Bund Art. 2 Abs. 2 VBPV.

⁴³⁵ Vgl. § 46 Abs. 1 PG ZH; § 136 Abs. 2 VVO ZH; § 136 Abs. 3 VVO ZH.

⁴³⁶ Art. 4 Abs. 3 BPG; Art. 17 BPV. Im Kanton Zürich sehen die §§ 16–18 PVO ZH die Kategorien «vorzüglich», «sehr gut», «gut», «genügend» und «ungenügend» vor, vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴³⁷ Im Kanton Zürich hat der Regierungsrat für die Mitarbeiterbeurteilung ein Muster-Beurteilungssystem erlassen (vgl. § 137 Abs. 1 VVO ZH; vgl. RRB Nr. 1921/2004 vom 15. Dezember 2004). Vorbehalten bleiben Beurteilungssysteme, die gestützt auf besondere Rechtsgrundlagen für einzelne Berufsgruppen erlassen werden. Die Direktionen können im Rahmen der Vorgaben des Regierungsrates und im Einvernehmen mit dem Personalamt auf ihre Bedürfnisse abgestimmte Beurteilungssysteme und -verfahren festlegen (§ 137 Abs. 2 VVO ZH), vgl. hierzu Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴³⁸ Im Bund wird explizit statuiert, dass keine sachfremden Kriterien wie Geschlecht, Lebensalter, Sprache, Position, Nationalität oder Religion angewandt werden dürfen, vgl. Art. 16 Abs. 1 BPV.

Im Bund wird explizit statuiert, dass die Mitarbeitenden über die Grundlagen, die für das Mitarbeitergespräch, die Personalbeurteilung (und die Entlohnung) massgebend sind, Aufschluss erhalten müssen.⁴³⁹ Im Übrigen ergibt sich das auch aus dem Legalitätsprinzip im öffentlichen Personalrecht und gilt auch, wenn ein Personalrecht dies nicht explizit statuiert.

Wichtig aus rechtlicher Sicht ist weiter, dass der Arbeitgeber vorgängig klare Leistungs- und Verhaltensziele setzt, damit im Anschluss daran auch die Beurteilung möglichst genau und transparent erfolgen kann. Dies dient einer präzisen und nachvollziehbaren Sachverhaltsfeststellung und einer guten Führung des Personals.⁴⁴⁰

§2 Verfahren

A. Durchführung Mitarbeitergespräch

Die Eröffnung der Personalbeurteilung bzw. das Verfahren richtet sich ebenfalls nach dem jeweilig anwendbaren Personalrecht. In der Regel erfolgt die Vereinbarung von Leistungs- und Verhaltenszielen für die Zukunft bzw. die Eröffnung der Personalbeurteilung rückblickend für die letzte Beurteilungsperiode im Rahmen eines Mitarbeitergesprächs.⁴⁴¹ Im Bund wird weiter explizit statuiert, dass die Mitarbeiter anlässlich dieses Gesprächs Gelegenheit erhalten müssen, Rückmeldungen zur Führung der Vorgesetzten zu machen.⁴⁴²

Sowohl das Personalrecht des Bundes als auch des Kantons Zürich schreiben explizit vor, dass die Durchführung des Mitarbeitergesprächs und die Eröffnung der Personalbeurteilung auf dem Beurteilungsformular bzw. Beurteilungsbogen schriftlich festgehalten und mit Unterschrift vom direkten Vorgesetzten sowie dem Mitarbeitenden bestätigt werden müssen.⁴⁴³ Im Personalrecht des Kantons Zürich wird weiter festgehalten, dass dies unabhängig davon gilt, ob die angestellte Person mit der Beurteilung einverstanden ist oder nicht. Die angestellte Person kann eigene Bemerkungen auf dem Beurteilungsbogen anbringen.⁴⁴⁴ Demgegenüber ist gemäss dem

⁴³⁹ Art. 16 Abs. 2 BPV.

⁴⁴⁰ In diesem Sinne vgl. auch die Ausführungen in Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴⁴¹ § 138 VVO ZH; vgl. beim Bund Art. 4 Abs. 3 BPG; Art. 2 Abs. 1 VBPV.

⁴⁴² Art. 15 Abs. 5 BPV.

⁴⁴³ Art. 4 VBPV; § 138 Abs. 2 VVO ZH.

⁴⁴⁴ § 138 Abs. 2 VVO ZH; vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

Personalrecht des Kantons Aargau der wesentliche Inhalt des Gesprächs in einem gemeinsam unterzeichneten, vertraulichen Kurzprotokoll festzuhalten.⁴⁴⁵

B. Differenzbereinigungsverfahren

Für den Fall, dass Angestellte mit ihrer Beurteilung nicht einverstanden sind, sehen sowohl das Personalrecht des Bundes wie auch des Kantons Zürich ein Differenzbereinigungsverfahren vor: Im Bund können Angestellte, die mit der Personalbeurteilung nicht einverstanden sind, innerhalb von vierzehn Tagen seit der Unterzeichnung des Beurteilungsformulars bei der Person, denen ihre Vorgesetzte oder ihr Vorgesetzter direkt unterstellt ist, schriftlich eine Überprüfung verlangen. Diese führt mit beiden am strittigen Mitarbeitergespräch Beteiligten ein Gespräch und entscheidet innerhalb von vierzehn Tagen.⁴⁴⁶ Für den Fall, dass keine Einigung erzielt wird, sehen die Bundesämter eine weitere Stelle innerhalb des Amtes vor, bei der schriftlich eine weitere gesprächsweise Überprüfung verlangt werden kann. Es gelten die gleichen Fristen.⁴⁴⁷ Im Differenzbereinigungsverfahren kann die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter eine Person ihres Vertrauens beiziehen und dieser Einsicht in die Unterlagen gewähren.⁴⁴⁸

Im Kanton Zürich ist ebenfalls vorgesehen, dass die Angestellten eine Besprechung mit der oder dem nächsthöheren Vorgesetzten über die Beurteilung verlangen und dabei eine Person ihres Vertrauens beiziehen können.⁴⁴⁹ Im Personalrecht des Kantons Zürich gibt es jedoch weder einen Anspruch der Mitarbeitenden, das Gespräch mit der bzw. dem nächsthöheren Vorgesetzten alleine zu führen, noch einen Anspruch der direkten Vorgesetzten, bei der Besprechung dabei zu sein. Über die Teilnahme der bzw. des direkten Vorgesetzten am Gespräch entscheidet einzig die oder der nächsthöhere Vorgesetzte.⁴⁵⁰ Anders als im Bund ist gesetzlich keine Frist vorgeschrieben, innert welcher ein solches Differenzbereinigungsverfahren verlangt werden muss.⁴⁵¹

⁴⁴⁵ § 18 Abs. 3 PersG AG.

⁴⁴⁶ Art. 15 und Art. 16 BPV; Art. 6 VBPV.

⁴⁴⁷ Art. 15 und Art. 16 BPV; Art. 6 VBPV.

⁴⁴⁸ Art. 6 Abs. 3 BPV.

⁴⁴⁹ § 138 Abs. 3 VVO ZH; vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴⁵⁰ § 138 Abs. 3 VVO ZH; vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴⁵¹ Vgl. § 138 Abs. 3 VVO ZH.

C. Kenntnisnahme und Dokumentation

Sowohl das Bundespersonalrecht wie auch das Personalrecht des Kantons Zürich enthalten Bestimmungen zur notwendigen Dokumentation der Personalbeurteilung. Wie erwähnt, sind der Beurteilungsbogen bzw. das Beurteilungsf formular von beiden Seiten zu unterschreiben. Im Kanton Zürich bildet der Beurteilungsbogen Teil der Personalakten, und der beurteilten Person wird eine Kopie übergeben.⁴⁵² Im Bund nimmt der oder die *nächst höhere* Vorgesetzte von der Zusammenfassung und dem Gesamtbild der Personalbeurteilung Kenntnis. Er oder sie kann Einsicht in das ganze Beurteilungsdossier nehmen.⁴⁵³ Die gute Dokumentation ist aus rechtlicher Sicht im Hinblick auf allfällige spätere Differenzen und Gerichtsverfahren sehr wichtig, weil sich damit anschliessende Personalmassnahmen (z.B. Kündigungen) für Gerichte nachvollziehbar belegen und begründen lassen.

D. Beurteilungsintervall

Das jeweils anwendbare Personalrecht legt fest, wie häufig bzw. in welchen Fällen eine Leistungsbeurteilung bzw. ein Mitarbeitergespräch stattfinden muss. Im Bund müssen die Vorgesetzten jährlich ein Mitarbeitergespräch und eine Personalbeurteilung durchführen.⁴⁵⁴ Im Kanton Zürich haben die Angestellten Anspruch auf *regelmässige* Beurteilung von Leistung und Verhalten und sind einmal pro Jahr zu beurteilen.⁴⁵⁵ Im Kanton Zürich sind zusätzliche Mitarbeiterbeurteilungen für bestimmte Situationen gesetzlich vorgesehen, so zum Beispiel, bevor ein Verweis ausgesprochen wird.⁴⁵⁶

Mit Blick darauf, dass ein Mitarbeitergespräch der Sachverhaltsfeststellung und der Führung des Personals dient, kann es sich anbieten, häufiger als gesetzlich vorgeschrieben ein Mitarbeitergespräch zu führen. Die Angaben in den Personalrechten sind als Minimalerfordernisse zu verstehen. Insbesondere in schwierigen Fällen sollten das Mitarbeitergespräch und die Dokumentation hiervon genutzt werden, um später über Grundlagen für allfällige Personalmassnahmen zu verfügen.

⁴⁵² § 138 Abs. 4 VVO ZH.

⁴⁵³ Art. 5 Abs. 1 VBPV.

⁴⁵⁴ Art. 15 Abs. 1 BPV.

⁴⁵⁵ § 46 Abs. 1 PG ZH; § 136 Abs. 1 VVO ZH.

⁴⁵⁶ Vgl. § 30 Abs. 3 PG ZH.

§3 Rechtliche Bedeutung und Konsequenzen

Vorab ist Folgendes festzuhalten: Nach Lehre und Praxis dient die Personalbeurteilung «lediglich» der Sachverhaltsfeststellung und als Begründung für Beförderung, Rückstufung sowie dergleichen. Sie lässt sich einzig im Zusammenhang mit solchen Anordnungen im Rechtsmittelverfahren überprüfen. Sie stellt aber nicht selbst ein Anfechtungsobjekt dar.⁴⁵⁷

Was die rechtlichen Konsequenzen der Personalbeurteilung im Einzelnen betrifft, so knüpfen die verschiedenen Personalrechte sehr unterschiedliche Rechtsfolgen daran. Es muss immer das jeweilige Personalrecht konsultiert werden, um die möglichen Massnahmen zu eruieren. Es sei auf folgende Beispiele aus dem Bund und dem Kanton Zürich verwiesen:

Die wichtigsten rechtlichen Konsequenzen der Personalbeurteilung spezifisch im Bund sind wie folgt:

- *Entlohnung*: Bei den Beurteilungsstufen 3 und 4 muss eine Lohnerhöhung stattfinden (Anspruch), wobei die Prozentsätze in den beiden Beurteilungsstufen unterschiedlich sind. Bei der Beurteilungsstufe 2 *kann* der Lohn um 1 % erhöht werden, bei der Beurteilungsstufe 1 *kann* der Lohn um höchstens 4 % des Höchstbetrags der Lohnklasse gesenkt werden.⁴⁵⁸ Die Lohnentwicklung wird allerdings nur dann gewährt, wenn die angestellte Person während der Beurteilungsperiode trotz längerer Abwesenheiten genügend lange anwesend war, damit ihre Leistung, ihr Verhalten und ihre Fähigkeiten beurteilt werden können.⁴⁵⁹
- *Entwicklungsmassnahmen*: Bei Leistungen der Beurteilungsstufe 1 sind Entwicklungsmassnahmen zu treffen, oder es ist eine weniger anforderungsreiche Stelle zuzuweisen.⁴⁶⁰
- *Kündigung*: Wenn bei Leistungen der Beurteilungsstufe 1 die Entwicklungsmassnahmen nicht zu besseren Leistungen führen, dann wird das Arbeitsverhältnis gekündigt.⁴⁶¹

⁴⁵⁷ Für den Kanton Zürich: Urteil VGer ZH VB.2018.00316 vom 4. Juni 2018, E. 2; vgl. bereits Urteil VGer ZH PB.2006.00025 vom 24. Januar 2007, E. 1.2 mit Hinweisen und für den Bund Urteil BVGer A-4699/2015 vom 11. April 2016, E. 4.

⁴⁵⁸ Art. 15 Abs. 1 BPG; Art. 39 Abs. 2–5 BPV.

⁴⁵⁹ Art. 15 Abs. 3^{bis} BPV.

⁴⁶⁰ Art. 42 Abs. 1 BPV.

⁴⁶¹ Art. 42 Abs. 1 BPV.

Die wichtigsten rechtlichen Konsequenzen der Personalbeurteilung spezifisch im Kanton Zürich sind wie folgt:

- *Entlöhnung*: Bei Qualifikationen mit «gut», «sehr gut» oder «vorzüglich» kann es unter bestimmten Voraussetzungen eine individuelle Lohnerhöhung geben, doch besteht kein Anspruch darauf.⁴⁶²
- *Verweis*: Ein Verweis kann nur ausgesprochen werden, wenn vorgängig eine Personalbeurteilung erfolgte.⁴⁶³

Generell lässt sich festhalten, dass die Personalbeurteilung insbesondere für das spätere Ausstellen von Arbeitszeugnissen sowie für die Sachverhaltsfeststellung und Begründung im Hinblick auf eine Kündigung wegen mangelhafter Leistung oder mangelhaften Verhaltens eine wichtige Grundlage bildet.⁴⁶⁴

Was das *Mitarbeitergespräch im Besonderen* betrifft, so besteht die rechtliche Bedeutung vor allem im Folgenden:

- *Rechtliches Gehör*: Möglichkeit, einer angestellten Person im Hinblick auf Personalmassnahmen das rechtliche Gehör zu gewähren.⁴⁶⁵ Um in einem allfällig späteren Gerichtsverfahren beweisen zu können, dass das rechtliche Gehör gewährt wurde, muss dies schriftlich festgehalten werden.
- *Feststellung Sachverhalt*: Die Durchführung des Mitarbeitergesprächs dient auch der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, indem im Gespräch noch bestehende Lücken bei der Personalbeurteilung oder Missverständnisse geklärt werden können.
- *Personalentwicklung/Führung sowie Wahrnehmung Fürsorgepflicht*: Es erfolgt eine fundierte Rückmeldung, die gegenseitige Aufnahme von Wünschen sowie Herausforderungen und es werden Lösungsmöglichkeiten besprochen. Zudem werden für die nächste Periode wiederum Leistungs- sowie Verhaltensziele vereinbart.

⁴⁶² Vgl. § 17 PVO ZH, § 18 PVO ZH und § 20 PVO ZH. Umgekehrt sieht § 19 PVO ZH die Möglichkeit vor, bei mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens von Angestellten Lohnrückstufungen vorzunehmen. In diesem Fall ist das Verfahren nach § 19 Abs. 2 PVO ZH einzuhalten.

⁴⁶³ Vgl. § 30 Abs. 3 PG ZH.

⁴⁶⁴ Vgl. z.B. Urteil BGer 8C_701/2019 vom 16. Januar 2020.

⁴⁶⁵ Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör in der Bundesverfassung (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt sich kein Anspruch auf Gewährung in einer bestimmten Form.

§4 Q & A

A. X. arbeitet für den Kanton Zürich. Muss das Mitarbeitergespräch protokolliert werden?

Nein, das Personalrecht des Kantons Zürich sieht keine Protokollierung für das Mitarbeitergespräch vor. Bei Differenzen sollte zumindest das zweite Gespräch vor dem nächsthöheren Vorgesetzten mit Blick auf allfällige spätere Beweisschwierigkeiten wenigstens in zusammenfassender Form schriftlich festgehalten werden.⁴⁶⁶

B. X. arbeitet für den Kanton Zürich. Was ist, wenn er nach fünf Wochen eine andere Beurteilung verlangt?

Anders als im Bund sieht das Personalrecht des Kantons Zürich keine Frist vor, in der eine Beurteilung durch den nächsthöheren Vorgesetzten verlangt werden muss. Das ist eine Lücke, die nach den anerkannten Regeln der Lückenfüllung zu schliessen ist. Insbesondere bietet es sich an, wie im Bund grundsätzlich auf 14 Tage abzustellen. Fünf Wochen sind zu lang.

C. X. ist ein Angestellter im Kanton Zürich. Er hat eine gute Qualifikation erhalten. Hat er Anspruch auf eine Lohnerhöhung? Gegebenenfalls in welcher Höhe?

Im Kanton Zürich hat man keinen Anspruch auf eine Lohnerhöhung. Im Kanton Zürich ist dies vielmehr als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet.⁴⁶⁷ Es kommt aber immer auf das jeweilig anwendbare Personalrecht an.

⁴⁶⁶ Vgl. Handbuch Personalrecht ZH > Rechte und Pflichten > Mitarbeiterbeurteilung.

⁴⁶⁷ Vgl. § 17 und § 18 PVO ZH.

§5 Muster und Checklisten: Checkliste Personalbeurteilung / Mitarbeitergespräch

- (1) Welche Beurteilungskriterien sind gemäss einschlägigem Personalrecht anwendbar?
- (2) Welche Leistungs- und Verhaltensziele wurden für die konkrete Beurteilungsperiode vereinbart, und inwiefern wurden diese erreicht?
- (3) Welche Beurteilungsstufen hat die angestellte Person erreicht?
- (4) Beurteilungsbogen oder -formular vorbereiten.
- (5) Rechtzeitig Termin für Mitarbeitergespräche abmachen, damit sich alle beteiligten Personen darauf vorbereiten können. Fristen und Beurteilungsperioden einhalten.
- (6) Mitarbeitende zur Vorbereitung erinnern. Sind den Mitarbeitenden die Beurteilungskriterien und das Beurteilungsverfahren bekannt?
- (7) Müssen allenfalls besondere Beweismassnahmen etc. getroffen werden?
- (8) Welche Formen der Dokumentation sind einzuhalten? Allenfalls: Hat der Arbeitgeber/die angestellte Person den Beurteilungsbogen unterschrieben?
- (9) Ablegen im Personaldossier?
- (10) Evtl. Weiterleiten an andere Stelle (z.B. Statistik)?

Kapitel 7: Arbeitszeugnis

§1 Allgemeines

Auch in Bezug auf das Ausstellen von Arbeitszeugnissen ist das anwendbare Personalrecht zu konsultieren. Das Bundespersonalrecht enthält keine eigenen Bestimmungen dazu, weshalb die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 330a OR) sinngemäss zur Anwendung gelangen.⁴⁶⁸ Gewisse Personalrechte enthalten zwar (wenige) spezifische Bestimmungen im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen.⁴⁶⁹ In der Regel gelten jedoch die gleichen Grundsätze wie im privaten Arbeitsrecht.⁴⁷⁰

Im Folgenden wird beispielhaft kurz auf die wichtigsten rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit Arbeitszeugnissen im Personalrecht des Kantons Zürich eingegangen.

§2 Zeugnisgrundsätze

Gemäss § 46 Abs. 2 PG ZH muss das Zeugnis im Personalrecht des Kantons Zürich über die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten der angestellten Person Auskunft geben. Da die Formulierung von § 46 Abs. 2 PG ZH derjenigen in Art. 330a Abs. 1 OR entspricht, wenden die Gerichte die gleichen Grundsätze an wie sie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gelten. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁴⁷¹

- *Grundsatz der Wahrheit, Klarheit und Vollständigkeit:* Der bzw. die Arbeitnehmende hat Anspruch auf Ausstellung eines klar und eindeutig formulierten, wahrheitsgemässen Zeugnisses.
- *Grundsatz des Wohlwollens:* Das Zeugnis muss wohlwollend abgefasst sein. Das bedeutet, es soll einerseits das berufliche Fortkommen des bzw. der Arbeitnehmenden fördern, andererseits zukünftigen Arbeitgebenden ein möglichst genaues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des bzw. der Arbeitnehmenden geben. *Der Anspruch des bzw. der Arbeitnehmenden geht auf ein objektiv wahres,*

⁴⁶⁸ Art. 6 Abs. 2 BPG.

⁴⁶⁹ Vgl. z.B. § 46 Abs. 2 PG ZH.

⁴⁷⁰ Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.1.

⁴⁷¹ Vgl. Urteil VGer ZH VB.2019.00365 vom 9. Mai 2020, E. 2.1; vgl. bereits Urteil VGer ZH VB.2014.00534 vom 16. September 2015, E. 2.1 mit Hinweisen.

*nicht auf ein gutes Arbeitszeugnis; der Grundsatz der Wahrheit geht dem Grundsatz des Wohlwollens vor.*⁴⁷²

Aus den Grundsätzen der Wahrheit und Vollständigkeit des Arbeitszeugnisses folgt, dass es über alle in Art. 330a Abs. 1 OR erwähnten Punkte Auskunft geben muss (vgl. dazu auch die Checkliste unten).⁴⁷³ Verkehrsblich ist sodann, dass nicht nur einzelne Aspekte aufgenommen werden, sondern eine Gesamtbeurteilung erfolgt.⁴⁷⁴

Beispiel Gesamtbeurteilung: Gesamthaft werden die Leistungen von «XY» in qualitativer sowie quantitativer Hinsicht als ungenügend/genügend/gut/sehr gut/ausgezeichnet beurteilt.

Dem Arbeitgeber kommt bei der Leistungs- wie der Verhaltensbeurteilung ein Beurteilungsermessen zu, wonach es ihm überlassen ist, welche positiven oder negativen Verhaltensweisen und Eigenschaften hervorgehoben werden.⁴⁷⁵

§3 Zeugnisformen

Die Arbeitnehmenden haben die Wahl zwischen einem qualifizierten Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) und einer Arbeitsbestätigung. Sie können eine Arbeitsbestätigung zusätzlich zum Vollzeugnis verlangen. Anders als das Vollzeugnis beschränkt sich die Arbeitsbestätigung auf die Dauer der Anstellung und die ausgeübte Funktion.⁴⁷⁶ Die Arbeitsbestätigung darf keinen Hinweis auf den Grund der Auflösung des Arbeitsverhältnisses enthalten.⁴⁷⁷

Wird ein Zeugnis während der Anstellung ausgestellt, handelt es sich um ein Zwischenzeugnis. Im Zwischenzeugnis darf grundsätzlich kein Hinweis auf das Ende des Arbeitsverhältnisses enthalten sein.⁴⁷⁸

⁴⁷² Vgl. Urteil VGer ZH VB.2019.00365 vom 9. Mai 2020, E. 2.1; Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.2; je mit weiteren Hinweisen.

⁴⁷³ BGE 129 III 177, E. 3.2; Urteil VGer ZH VB.2019.00365 vom 9. Mai 2020, E. 2.3.

⁴⁷⁴ Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.3.

⁴⁷⁵ Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.4.

⁴⁷⁶ Vgl. § 46 Abs. 3 PG ZH; vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Beendigung Arbeitsverhältnis > Austritt > Arbeitszeugnis.

⁴⁷⁷ Vgl. Handbuch Personalrecht ZH > Beendigung Arbeitsverhältnis > Austritt > Arbeitszeugnis.

⁴⁷⁸ Vgl. Handbuch Personalrecht ZH > Beendigung Arbeitsverhältnis > Austritt > Arbeitszeugnis.

§4 Termine und Verfahren

Die Angestellten können grundsätzlich jederzeit ein Zeugnis verlangen.⁴⁷⁹ Arbeitszeugnisse werden spätestens auf den Zeitpunkt des Austrittes für die jeweils direkt unterstellten Angestellten durch die Vorsteherin oder den Vorsteher einer Direktion oder eines Amtes ausgestellt.⁴⁸⁰

§5 Q & A

- A. X. arbeitet in der Verwaltung des Kantons Zürich. Er stört sich an einer bestimmten Formulierung in seinem Arbeitszeugnis. Hat er einen Anspruch darauf, dass stattdessen seine Wunschformulierung verwendet wird?**

Nein. Trotz zahlreichen Rahmenbedingungen steht dem bzw. der Arbeitgebenden bei der Formulierung ein im Rahmen der Klarheit und des noch Üblichen grosses Ermessen zu; die angestellte Person hat keinen Anspruch auf die Verwendung bestimmter Formulierungen.⁴⁸¹

- B. Y. arbeitet in der Verwaltung des Kantons Zürich. Sie hat kürzlich eine Weiterbildung absolviert. Hat sie einen Anspruch darauf, dass die Weiterbildung im Arbeitszeugnis erwähnt wird?**

Nein. Grundsätzlich sind Weiterbildungen im Arbeitszeugnis nicht zwingend zu erwähnen. Weiterbildungen können aber allenfalls Einfluss auf das Fachwissen haben und etwas über die Leistungsbereitschaft, Motivation oder den Durchhaltewillen des Arbeitnehmers aussagen. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass sich zur Vermittlung eines zutreffenden Gesamtbildes des Arbeitnehmers im Einzelfall die Erwähnung einer Weiterbildung als notwendig erweist.⁴⁸²

⁴⁷⁹ § 46 Abs. 2 PG ZH.

⁴⁸⁰ § 139 Abs. 3 VVO ZH.

⁴⁸¹ Vgl. Urteil VGer ZH VB.2019.00365 vom 9. Mai 2020, E. 2.2; Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.4.

⁴⁸² Vgl. Urteil BVGer A-2021/2019 vom 18. September 2019, E. 7.3.2.

C. X. arbeitete beim Bund und stört sich daran, dass sein Schlusszeugnis wesentlich von früheren Zwischenzeugnissen abweicht. Kann X. das berichtigen lassen?

Der Arbeitnehmer darf davon ausgehen, dass das Schlusszeugnis nicht wesentlich von früheren Zwischenzeugnissen abweicht. Das heisst, der Arbeitnehmer kann verlangen, dass im Schlusszeugnis zumindest sinngemäss wiederholt wird, was bereits im Zwischenzeugnis festgehalten wurde – unter der Voraussetzung, dass kein Sachverhalt aufgetreten ist, der die Unrichtigkeit des damaligen Zwischenzeugnisses zu belegen vermag.⁴⁸³

§ 6 Muster und Checklisten: Checkliste Inhalt Vollzeugnis

Das Vollzeugnis muss mindestens folgende Angaben enthalten:⁴⁸⁴

- (1) Personalien der Arbeitnehmerin / des Arbeitnehmers
- (2) Notwendige Angaben zur eindeutigen Individualisierung des bzw. der ausstellenden Arbeitgebenden
- (3) Rechtsgültige Unterschrift
- (4) Ausstellungsdatum
- (5) Beginn und rechtliches Ende des Arbeitsverhältnisses
- (6) Detaillierte Auflistung der wichtigen Funktionen und der das Arbeitsverhältnis prägenden Tätigkeiten (tatsächlich ausgeübte Tätigkeiten)
- (7) Beurteilung der Leistung in qualitativer und quantitativer Hinsicht
- (8) Bewertung der Arbeitsbereitschaft
- (9) Gesamtbeurteilung (verkehrsüblich)
- (10) Dienstliches Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Mitarbeitenden und evtl. Dritten sowie die Integration im Betrieb

⁴⁸³ Vgl. Urteil BVGer A-3067/2023 vom 29. Februar 2024, E. 4.7.

⁴⁸⁴ Vgl. hierzu für den Kanton Zürich Urteil VGer ZH VB.2019.00365 vom 9. Mai 2020; vgl. auch Handbuch Personalrecht ZH > Beendigung Arbeitsverhältnis > Austritt > Arbeitszeugnis.

- (11) Austrittsgrund, sofern aufgrund des Grundsatzes der Wahrheit und der Vollständigkeit geboten; es darf kein täuschender Gesamteindruck entstehen (z.B. in der Regel Erwähnung fristloser Entlassungen) oder wenn die Angabe des Austrittsgrunds vom Mitarbeitenden gewünscht wird.⁴⁸⁵
- (12) Eventuell längere Abwesenheiten unter Nennung des Grundes hierfür⁴⁸⁶
- (13) Schlusssatz betreffend Bedauernsbekundungen über Austritt, Dankeswort oder Zukunftswünsche (verkehrsüblich; aber kein klagbarer Anspruch)⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer 4C.129/2003 vom 5. September 2003, E. 6; vgl. auch Urteil BGer 4A_455/2007 vom 12. Februar 2008, E. 4.2.2.

⁴⁸⁶ BGE 136 III 510 und 144 II 345; Urteil BGer 4A_574/2017 vom 15. Mai 2018, E. 4; Urteil BVGer A-2568/2020 vom 2. November 2020, E. 3.4.1.

⁴⁸⁷ Vgl. Urteil BGer 4C.36/2004 vom 8. April 2004, E. 5.

Kapitel 8: Personalentwicklung

§1 Ziele und Massnahmen – Überblick

Personalrechte schreiben in der Regel als Grundsatz vor, dass der Arbeitgeber die Entwicklung der Angestellten zu fördern hat.⁴⁸⁸ Die einzelnen Massnahmen sowie damit verbundene Rechte und Pflichten können von Personalrecht zu Personalrecht variieren. Die wichtigsten in Personalrechten vorgesehenen Massnahmen zur persönlichen und beruflichen Personalentwicklung sind in der Regel:⁴⁸⁹

- *Massnahmen am Arbeitsplatz*
- *Aus- und Weiterbildung (auch am Arbeitsplatz)*
- *Durchführung von Mitarbeitergesprächen*
- *Kaderförderung und Managemententwicklung im Besonderen*

Im Folgenden wird näher auf die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Weiterbildung des Personals eingegangen.

§2 Zur Weiterbildung im Besonderen

A. Allgemeines

Welche Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Weiterbildung im Einzelnen bestehen, ist den einzelnen Bestimmungen des anwendbaren Personalrechts zu entnehmen.⁴⁹⁰ Es wird im Folgenden beispielhaft auf die wichtigsten rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit Weiterbildungen hingewiesen.

⁴⁸⁸ Art. 4 Abs. 2 BPG; vgl. auch § 5 lit. c PG ZH; § 19 PersG AG.

⁴⁸⁹ Vgl. z.B. im Kanton Zürich: § 5 lit. c PG ZH; § 5 Abs. 2 PG ZH; § 46 Abs. 1 PG ZH; §§ 93–95 VVO ZH.

⁴⁹⁰ Auch das Weiterbildungsgesetz sieht keinen Anspruch der angestellten Person auf Weiterbildung vor, sondern lediglich, dass die öffentlichen und privaten Arbeitgeber die Weiterbildung der angestellten Personen begünstigen, vgl. Art. 5 Abs. 2 WeBiG. Im Kanton Zürich im Zusammenhang mit der Weiterbildung einschlägig sind: § 5 lit. c PG ZH; §§ 93–95 VVO ZH. Im Kanton Aargau: § 19 PersG AG; § 20 Lohndekret AG; vgl. auch Weiterbildungsverordnung AG. Bund: Art. 4 Abs. 2 BPG; Art. 4 und 5 BPV; Art. 40 Abs. 2 lit. d VBPV.

B. Rechte des Personals

Viele Personalrechte und allfällige Weisungen und Empfehlungen unterscheiden im Hinblick auf die Rechte des Personals bei Weiterbildung primär zwischen interner Weiterbildung einerseits und externer Weiterbildung andererseits und/oder stellen sie auf das Verhältnis zwischen dem dienstlichen und dem privaten Interesse an der Weiterbildung ab. Daneben können weitere Kriterien wie beispielsweise Vollzeitbeschäftigung oder Teilzeitbeschäftigung, bisheriger Leistungsausweis sowie Funktion und Stellung im Amt relevant sein.⁴⁹¹

Im *Bund* wird danach unterschieden, ob es sich um eine sogenannte *bedarfsorientierte* Weiterbildung oder eine sogenannte *bedürfnisorientierte* Weiterbildung handelt. Unter der bedarfsorientierten Ausbildung wird eine Ausbildung verstanden, die der Arbeitgeber selbst anordnet oder an der er ein wesentliches Interesse hat. Als bedürfnisorientiert gilt die Weiterbildung dann, wenn sie vor allem auch im Interesse des Angestellten liegt und seiner persönlichen Weiterentwicklung dient.⁴⁹² Bei der bedarfsorientierten Weiterbildung trägt der Arbeitgeber die Kosten und stellt den Angestellten die dafür erforderliche Zeit zur Verfügung. Bei der bedürfnisorientierten Weiterbildung hingegen besteht keine solche Verpflichtung des Arbeitgebers. Vielmehr *kann* der Arbeitgeber die Kosten für die bedürfnisorientierte Aus- und Weiterbildung ganz oder teilweise übernehmen und den Angestellten dafür Zeit zur Verfügung stellen.⁴⁹³ Weiter kann bezahlter Urlaub für Weiterbildung, insbesondere gewerkschaftlicher Natur, in folgendem Ausmass gewährt werden: die erforderliche Zeit, bis sechs Arbeitstage innerhalb von zwei Jahren.⁴⁹⁴

Im Kanton Aargau übernimmt der Kanton als Arbeitgeber bei angeordneten Weiterbildungen aus betrieblichen Gründen sowie bei internen Weiterbildungen die Weiterbildungskosten (inkl. Lohnkosten für die Dauer der Abwesenheit und anfallende Spesen) in vollem Umfang.⁴⁹⁵ Bei externen Weiterbildungen hängt die Kostenübernahme davon ab, ob diese im hohen Interesse des Kantons oder im beidseitigen Interesse liegen.⁴⁹⁶ Weiter wird berücksichtigt, ob eine Teilzeitbeschäftigung von weniger als

⁴⁹¹ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 4 BPV; § 93–95 VVO ZH sowie die Musterweisung des Kantons Zürich, abrufbar in Handbuch Personalrecht ZH > Externe Weiterbildung (Musterweisung), S. 4 f.; § 5 ff. Weiterbildungsverordnung AG.

⁴⁹² Vgl. Art. 4 Abs. 4 BPV; vgl. zu den Begriffen der bedarfsorientierten und bedürfnisorientierten Weiterbildung Urteil BVGer A-4005/2016 vom 27. Juni 2017, E.7.2 mit Hinweisen.

⁴⁹³ Art. 4 Abs. 4 BPV.

⁴⁹⁴ Art. 40 Abs. 2 lit. d VBPV.

⁴⁹⁵ § 11 Weiterbildungsverordnung AG sowie § 9 Weiterbildungsverordnung AG zu den umfassenden Weiterbildungskosten bei internen Weiterbildungen im Einzelnen.

⁴⁹⁶ § 12 f. Weiterbildungsverordnung AG.

70 % vorliegt.⁴⁹⁷ Was die Anrechnung der Abwesenheit betrifft, so werden angeordnete und interne Weiterbildungen vollumfänglich an die Arbeitszeit angerechnet. Bei externen Weiterbildungen in hohem Interesse des Kantons und bei Weiterbildungen im beidseitigen Interesse richtet sich die Anrechnung nach dem festgelegten Interessengrad bzw. bei Teilzeitpensen unter 70 % nach der entsprechenden Berechnung.⁴⁹⁸ Für Prüfungsvorbereitungen gelten spezielle Vorschriften betreffend bezahlten Urlaub.

C. Pflichten der Angestellten

Die Personalrechte enthalten in der Regel explizit eine Verpflichtung der Angestellten, sich ihren Fähigkeiten und den Anforderungen am Arbeitsplatz entsprechend weiterzubilden und sich auf Veränderungen einzustellen.⁴⁹⁹ Der Arbeitgeber kann Weiterbildungen anordnen, die für die Ausführung der Aufgaben der angestellten Person notwendig sind.⁵⁰⁰

D. Zu Bewilligungspflichten im Besonderen

Oftmals sind im Zusammenhang mit Weiterbildungen von Angestellten Bewilligungen einzuholen. Das Personalrecht des Kantons Aargau beispielsweise sieht vor, dass vor Abschluss von Vereinbarungen über externe Weiterbildungen sowie internen, welche eine sogenannte Verpflichtungszeit nach sich ziehen, die vorgesetzte Person beim zuständigen Departement, bei der Staatskanzlei, bei den Gerichten beziehungsweise bei der Justizverwaltung eine Bewilligung einzuholen hat.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ § 14 Weiterbildungsverordnung AG.

⁴⁹⁸ § 24 Weiterbildungsverordnung AG i.V.m. § 5 und §§ 12–14 Weiterbildungsverordnung AG.

⁴⁹⁹ Z.B. Art. 4 Abs. 3 BPV; § 5 Weiterbildungsverordnung AG.

⁵⁰⁰ Vgl. z.B. § 5 Weiterbildungsverordnung AG.

⁵⁰¹ § 7 Weiterbildungsverordnung AG.

E. Zu Rückzahlungsverpflichtungen im Besonderen

Oftmals enthalten Personalrechte Vorschriften, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang vom Arbeitgeber übernommene Weiterbildungskosten von der angestellten Person zurückbezahlt werden müssen. Im Bund kann der Arbeitgeber sowohl bei der bedarfsorientierten wie auch der bedürfnisorientierten Weiterbildung die Ausbildungskosten und Ausbildungszeit von den Angestellten zurückfordern, wenn:

- die Weiterbildung abgebrochen wird; oder
- das Arbeitsverhältnis während der Weiterbildung oder innerhalb der folgenden Fristen seit Abschluss der Weiterbildung aufgelöst und nicht unterbrochlos ein neues Arbeitsverhältnis bei einer Verwaltungseinheit nach Art. 1 BPV weitergeführt wird:
 - Kostenanteil unter 50 000 Franken: innerhalb von zwei Jahren;
 - Kostenanteil ab 50 000 Franken: innerhalb von vier Jahren.⁵⁰²

Sofern der Arbeitgeber Kosten für eine bedarfsorientierte Weiterbildung ganz oder teilweise übernommen hat, die vor Beginn des Arbeitsverhältnisses begonnen oder absolviert wurde, dann läuft die Frist ab dem Tag nach erfolgreichem Bestehen der Probezeit.⁵⁰³

Zuweilen werden innerhalb des gesetzlichen Rahmens Weiterbildungsvereinbarungen abgeschlossen. Es empfiehlt sich, solche Vereinbarungen so präzise wie möglich zu verfassen, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden.⁵⁰⁴ Nach Treu und Glauben darf keine Rückzahlung verlangt werden, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer berechtigten Anlass hierzu gegeben hat. Erfolgt die Auflösung aus Gründen, die beim Arbeitnehmer liegen, kann die Rückforderung geltend gemacht werden. Die gilt unabhängig davon, wer formell die Kündigung ausgesprochen hat.⁵⁰⁵

⁵⁰² Art. 4 Abs. 5 BPV.

⁵⁰³ Art. 4 Abs. 5^{bis} BPV.

⁵⁰⁴ Vgl. z.B. Urteil BVGer A-3396/2017 vom 8. Januar 2018.

⁵⁰⁵ Vgl. hierzu die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Zürich: Urteil VGer ZH VB.2022.00343 vom 25. Mai 2023, E. 5.4.

§3 Q & A

- A. X. arbeitet für den Bund (Bundesamt für Energie), und sie haben eine Weiterbildungsvereinbarung abgeschlossen. Was stellt die Weiterbildungsvereinbarung rechtlich dar? Wie ist die Weiterbildungsvereinbarung auszulegen?**

Die Weiterbildungsvereinbarung stellt einen verwaltungsrechtlichen Vertrag dar. Für die Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (subjektive Vertragsauslegung). Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung).⁵⁰⁶

- B. Kommt es für die Dauer der Rückerstattungspflicht von Weiterbildungskosten auf die Höhe der vom Arbeitgeber bezahlten Weiterbildung an?**

Die Frage beantwortet sich nach dem anwendbaren Personalrecht. Viele Personalrechte machen die Dauer der Rückzahlungsverpflichtung tatsächlich von der Höhe der vom Arbeitgeber übernommenen Weiterbildungskosten abhängig.⁵⁰⁷

- C. X. arbeitet für den Kanton Aargau. Der Kanton Aargau hat ihm eine externe Weiterbildung in der Höhe von CHF 10 000.– bezahlt. X. bricht die Weiterbildung ab. Was sind die Rechtsfolgen?**

Bei Abbruch der Weiterbildung oder bei Nichtbestehen der Abschluss- oder Diplomprüfung entscheiden das zuständige Departement, die Staatskanzlei, die Gerichte beziehungsweise die Justizverwaltung über die Rückerstattung. Beim vollständigen oder teilweisen Verzicht auf die Rückerstattung entsteht für die Mitarbeitenden eine Verpflichtungszeit nach § 17 Abs. 1 Weiterbildungsverordnung AG.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ Vgl. Urteil BVGer A-3396/2017 vom 8. Januar 2018, E. 4 f.

⁵⁰⁷ Vgl. § 17 Weiterbildungsverordnung AG; vgl. für den Bund Art. 4 Abs. 5 BPV.

⁵⁰⁸ § 20 Weiterbildungsverordnung AG.

Kapitel 9: Pflichten des Personals

§1 Arbeitspflicht

A. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielraum

Die Arbeitspflicht der Angestellten bedeutet die Pflicht, die vereinbarte Arbeitsleistung während der Arbeitszeit im Dienst des Arbeitgebers zu erbringen. Sie stellt im öffentlich-rechtlichen wie auch im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis die Hauptpflicht dar und steht der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers gegenüber. Die Nichterfüllung der Arbeitspflicht kann zu disziplinarischen Massnahmen führen und stellt einen Kündigungsgrund dar.⁵⁰⁹

B. Ausgestaltung der Arbeitspflicht

I. Persönliche Erfüllung

Die Angestellten haben die Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.⁵¹⁰

Beispiel: Es ist branchenüblich, dass Hauswartinnen und Hauswarte für die Verrichtung von Arbeiten ihren Ehepartner beiziehen.

II. Sorgfaltspflicht

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schulden keinen Erfolg, sondern ein sorgfältiges sowie fachgerechtes Tätigwerden. Die Angestellten sind deshalb gehalten, ihre volle Aufmerksamkeit und Konzentration auf ihre Arbeit zu richten und keinen Aktivitäten nachzugehen, die ihre Arbeitsleistung beeinträchtigen könnten. Sodann haben sie sich fachlich auf einem aktuellen Wissensstand zu halten. Einige Personalgesetze sehen explizite Anweisungen an die Angestellten in Bezug auf Weiterbildungen vor.⁵¹¹ Darüber hinaus gibt es auch spezialgesetzlich geregelte Weiterbildungsverpflichtungen für bestimmte Berufsgruppen.

Beispiel: Assistenzärzte, Lehrpersonen.

⁵⁰⁹ Vgl. Urteil VGer ZH PB.2003.00022 vom 7. Januar 2014, E. 4.1 f.

⁵¹⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 2 BPG i.V.m. Art. 321 OR.

⁵¹¹ Vgl. Art. 4 BPV; Art. 37 ff. LPers VD.

III. Ort und Zeit der Arbeitsleistung

Die Angestellten sind verpflichtet, ihre Arbeitsleistung am vereinbarten Arbeitsort und während der vereinbarten Arbeitszeit zu leisten. Nur mit Einverständnis des Arbeitgebers können Angestellte ihre Arbeit ganz oder teilweise ausserhalb des designierten Arbeitsplatzes und ausserhalb der vereinbarten Arbeitszeit erbringen.

IV. Inhalt der Arbeitspflicht

Der Inhalt der Arbeitspflicht für öffentlich-rechtliche Angestellte ergibt sich aus den jeweiligen Vorgaben:

- Gesetze und Ausführungserlasse
- Richtlinien
- Stellenbeschreibung
- Pflichtenheft
- Allgemeine Anordnungen
- Besondere Weisungen der Vorgesetzten

Ebenso sind Arbeiten, die üblicherweise von Angestellten der gleichen Art übernommen werden, zu leisten, auch wenn sie nicht im Pflichtenheft aufgeführt sind (vgl. zur Übertragung darüberhinausgehender Arbeiten unten § 2/A/III). Tritt ein Notfall ein, haben Angestellte aufgrund ihrer Treuepflicht auch Arbeiten auszuführen, die nicht in ihrem üblichen Aufgabenbereich liegen.

Beispiel: Übernahme von dringenden, einfachen, administrativen Aufgaben durch Angestellte in leitender Stellung wegen krankheitsbedingten Ausfalls der zuständigen Mitarbeitenden.

C. Entfallen der Arbeitspflicht

Es gibt verschiedene Gründe, aus denen die Arbeitspflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ganz oder teilweise entfällt:

- Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Krankheit, Unfall oder Invalidität;
- Gesetzliche Feiertage;
- Bezug von bezahltem oder unbezahltem Urlaub;
- Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub;
- Schul- und Bildungsurlaub, um an Schulungen oder Weiterbildungen in bestimmten Bildungsbereichen teilzunehmen;

- Betriebsferien;
- Freistellung;
- sonstige (unverschuldete) Verhinderung an der Erbringung der Arbeitsleistung, wie die Leistung von Militär-, Zivilschutz- oder Zivildienst;
- die Arbeit kann infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden (Annahmeverzug des Arbeitgebers);
- Teilnahme an einem rechtmässigen Streik.

Entfällt die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmenden, ist zu prüfen, ob während dieser Zeit ein Anspruch auf Lohnzahlung besteht.

D. Q & A

I. Darf ein Arbeitnehmer seinen Laptop nach Hause nehmen und Arbeit von dort oder auf dem Arbeitsweg im Zug erledigen?

Die Arbeitnehmenden sind verpflichtet, ihre Arbeitsleistung am vereinbarten Arbeitsort zu leisten. Besteht keine entsprechende rechtliche Regelung und liegt auch keine Einwilligung des Arbeitgebers vor, darf der Arbeitnehmende den Arbeitsort nicht eigenmächtig ändern.

II. Im Amtshaus hat es einen Wasserrohrbruch. Muss der Amtsleiter ebenfalls mithelfen, die Ausbreitung des Wassers mit dem Auslegen von Handtüchern zu verhindern?

In einem solchen Notfall liegt das Hauptaugenmerk darauf, Schäden zu begrenzen und Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit zu minimieren. Jeder Arbeitnehmende ist in der Regel verpflichtet, angemessene Massnahmen zu ergreifen, um unmittelbare Gefahren zu beseitigen oder zu reduzieren, selbst wenn diese Massnahmen nicht ausdrücklich in seinem Pflichtenheft stehen. Das Auslegen von Handtüchern, um die Ausbreitung von Wasser bei einem Rohrbruch zu verhindern, könnte als eine solche Massnahme angesehen werden, die im Interesse der Sicherheit und des Schutzes des Eigentums des Arbeitgebers notwendig ist.

§2 Befolgungspflicht

A. Die Befolgungspflicht und deren Grenzen

Die Befolgungspflicht (auch Gehorsamspflicht) der Arbeitnehmenden bzw. das Weisungsrecht der Arbeitgeber ist Ausfluss des Unterordnungsverhältnisses der Angestellten. Sie bedeutet, dass der Arbeitgeber befugt ist, Anweisungen an seine Angestellten zu geben, um den Inhalt der Arbeitspflicht zu konkretisieren. Dies können sowohl Arbeitsanweisungen sein, das heisst Vorgaben zur Arbeitsweise (Methode, Arbeitsgeräte etc.), als auch Vorgaben zum Verhalten bei der Arbeit (Arbeitszeit, Kleidervorschriften, Sicherheitsvorkehrungen etc.). Sodann können allgemeine Anordnungen, die für den gesamten Betrieb gelten, und besondere Weisungen unterschieden werden.

Die Nichtbefolgung der Weisungen kann personalrechtliche Konsequenzen haben. Allerdings gibt es auch Grenzen für die Befolgungspflicht. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer muss Weisungen nach Treu und Glauben Folge leisten, sofern diese:

- einen Bezug zum Amt und zur dienstlichen Tätigkeit aufweisen,
- sachlich begründet und
- zumutbar sind.

Was einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer noch zumutbar ist, kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden. Massgebend sind das konkrete Arbeitsverhältnis und die Umstände des Einzelfalls. Es bedarf einer Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Interessen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers. Weisungen gehen nur so weit, wie auch die Treuepflicht der Arbeitnehmenden geht. Die Arbeitnehmenden müssen keine Weisungen befolgen:

- die widerrechtlich oder unsittlich sind;
- ihre Persönlichkeit verletzen;
- oder über die vereinbarten Verpflichtungen hinausgehen.

Beispiel: Anweisungen, bei deren Befolgung sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer eines Verbrechens oder Vergehens schuldig machen würde, müssen (und dürfen) nicht befolgt werden.

B. Leistung von Überstunden

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben grundsätzlich nur das vereinbarte Arbeitspensum zu leisten. Aufgrund ihrer Treuepflicht sind sie unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, auf Anweisung der oder des Vorgesetzten Überstunden zu leisten.⁵¹²

Prüfschema⁵¹³

- Betriebliche Notwendigkeit
- Keine Überforderung der physischen und psychischen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers
- Zumutbarkeit

Die Überstunden sind dann betrieblich notwendig, wenn der Arbeitsbedarf das normale Arbeitspensum der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers übersteigt und der Arbeitgeber keine andere Möglichkeit hat, diesen Bedarf kurzfristig zu decken.

Beispiel: krankheitsbedingter Ausfall eines anderen Mitarbeiters oder die Einhaltung einer Frist.

Nicht notwendig ist die Leistung von Überstunden, wenn sie durch eine bessere Arbeitsorganisation oder den Beizug von zusätzlichem Personal vermieden werden kann. Überstunden dürfen sodann nicht zu einer Überforderung der physischen und psychischen Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers führen, und sie müssen ihr oder ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden können. Ob die Zumutbarkeit gegeben ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Der Arbeitgeber hat Rücksicht auf die persönliche Situation der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zu nehmen und beispielsweise familiäre oder andere Verpflichtungen zu berücksichtigen. Je länger die Leistung von Überstunden dauert, desto mehr nimmt ihre Zumutbarkeit ab.⁵¹⁴

⁵¹² Zur Abgrenzung zwischen Mehrstunden, Überstunden und Überzeit vgl. Kapitel 3.

⁵¹³ Vgl. FAQ zum privaten Arbeitsrecht, Überstunden, SECO, www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Arbeitsrecht/FAQ_zum_privaten_Arbeitsrecht/ueberstunden.html, besucht am 20. März 2025.

⁵¹⁴ Urteil BVGer A-5146/2011 vom 1. Oktober 2012, E. 7.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art 321c N. 2.

C. Zuweisung anderer Aufgaben

Der Inhalt der Arbeit richtet sich insbesondere nach dem Stellenbeschrieb und dem Pflichtenheft. Darüber hinaus besteht auch die Pflicht, weitere Arbeiten zu übernehmen, welche für den betreffenden Beruf oder Betrieb üblich sind, selbst wenn sie nicht im Stellenbeschrieb oder im Pflichtenheft ausdrücklich vermerkt sind. Unwesentliche Änderungen des Tätigkeitsbereichs im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses tangieren die Rechtsstellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers ebenfalls nicht und können im Rahmen des Weisungsrechts angeordnet werden.

Unter welchen Voraussetzungen die dauerhafte Zuweisung vollständig anderer Aufgaben zulässig ist, ist dem jeweils anwendbaren Personalrecht zu entnehmen. In der Regel ist die Zuweisung einer neuen Tätigkeit bzw. eine Versetzung zulässig, sofern sie betrieblich notwendig und die Aufgaben gleichwertig sind, das heisst der Ausbildung, der bisherigen Tätigkeit und den Fähigkeiten der betroffenen Person entsprechen.⁵¹⁵ Es ist sodann sicherzustellen, dass solche Zuweisungen nicht willkürlich oder diskriminierend sind und die Prinzipien der Gleichbehandlung gewahrt bleiben.

Nicht zumutbar sind dagegen Änderungen des Tätigkeitsbereichs, wenn dieser nur noch wenig oder nichts mehr mit dem Bisherigen zu tun hat oder die bisherigen Zuständigkeiten und Kompetenzen einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers in einem solchen Mass beschnitten werden, dass eine wesentliche Abwertung gegenüber der bisherigen Funktion vorliegt.⁵¹⁶ Die dauerhafte Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs bedarf regelmässig einer Änderungsverfügung bzw. einer Änderungskündigung.

D. Verlegung des Arbeitsortes

Als Arbeitsort wird jener geographische Bereich verstanden, an welchem die Leistung der Arbeit zu erbringen ist.⁵¹⁷ Er kann auch konkludent vereinbart sein. Änderungen des Arbeitsortes können grundsätzlich vom Arbeitgeber vorgenommen werden, sofern sie betrieblich notwendig und zumutbar sind.⁵¹⁸ Dies hängt unter anderem davon ab, ob die Verlegung des Arbeitsortes dauerhaft oder nur vorübergehend

⁵¹⁵ Vgl. § 28 Abs. 2 lit. a PG ZH.

⁵¹⁶ Urteil VGer ZH PB.2010.00042 vom 9. Februar 2011, E. 2.2.

⁵¹⁷ MÜLLER/HOFER/STENGEL, S. 565.

⁵¹⁸ Vgl. beispielsweise Art. 25 BPV zur Versetzung. Nicht alle Personalerlasse sehen ausdrückliche Regelungen vor.

ist, ob das Privatleben durch den längeren Arbeitsweg stark beeinträchtigt wird oder ob Mehrkosten entstehen und diese ersetzt werden.⁵¹⁹

Kleinräumige Verlegungen des Arbeitsortes, wie beispielsweise Verlegungen innerhalb eines Betriebs, berühren in der Regel die Rechtsstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht und können im Rahmen des Weisungsrechts auch ohne deren Zustimmung vom Arbeitgeber vorgesehen werden.

Beispiel: Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschied, dass die Zuteilung einer Primarschullehrerin zu einem neuen Schulhaus innerhalb desselben Schulkreises und innerhalb derselben Schuleinheit (wobei die Distanz zum bisherigen Arbeitsort rund 850 m betrug) nicht in die Rechtsstellung der Primarschullehrerin eingreife.⁵²⁰

Eine dauerhafte Verlegung des Arbeitsortes an einen gänzlich anderen Ort bedarf hingegen regelmässig einer Änderung der Anstellungsbedingungen mittels Änderungsverfügung bzw. einer Änderungskündigung.

E. Q & A

I. Darf ein öffentlich-rechtlicher Angestellter gegen den Willen des Arbeitgebers Überstunden machen?

Gegen den (ausdrücklichen) Willen des Arbeitgebers darf ein Arbeitnehmender keine Überstunden machen. Davon zu unterscheiden sind Mehrstunden, welche im Rahmen flexibler Arbeitszeiten erbracht und auch wieder kompensiert werden.

II. Haben öffentlich-rechtliche Angestellte jeweils zu überprüfen, ob eine Weisung des Arbeitgebers rechtmässig ist?

Öffentlich-rechtliche Angestellte haben in der Regel die Pflicht, die Anweisungen ihres Arbeitgebers zu befolgen, solange diese im Rahmen der geltenden Gesetze und Vorschriften liegen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie automatisch jede Anweisung ihres Arbeitgebers auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen müssen.⁵²¹

Die Verantwortung für die Rechtmässigkeit von Anweisungen und Entscheidungen liegt grundsätzlich bei den Vorgesetzten und der juristischen Abteilung der jeweiligen öffentlichen Behörde. Die Mitarbeitenden sind jedoch verpflichtet, offensichtlich

⁵¹⁹ Vgl. Urteil KGer BL 810 19 230 vom 30. September 2020, E. 4.4.2 ff.

⁵²⁰ Urteil VGer ZH VB.2021.00417 vom 28. Oktober 2021, E. 5.3 ff. mit Hinweisen.

⁵²¹ Vgl. BGE 104 Ib 412, E. 3; BGE 104 Ib 205, E. 2; BGE 100 Ib 13, E. 4b.

rechtswidrige Anweisungen nicht auszuführen und können in solchen Fällen auf ihre Verpflichtung zur Einhaltung des Gesetzes verweisen. Hat ein öffentlich-rechtlicher Angestellter Bedenken hinsichtlich der Rechtmässigkeit einer Weisung, kann er sich an den Arbeitgeber wenden, um Klarheit zu erhalten.

§3 Rechenschafts- und Herausgabepflicht

Öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben eine Rechenschafts- und Herausgabepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber. Dies bedeutet, dass sie verpflichtet sind, dem Arbeitgeber Auskunft über ihre Tätigkeiten und Handlungen zu geben und ihm gegebenenfalls Arbeitsmaterialien, -ergebnisse und -gegenstände zurückzugeben.⁵²² Die Rechenschafts- und Herausgabepflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ergibt sich aus der allgemeinen Treuepflicht, die die Angestellten gegenüber ihrem Arbeitgeber haben.

§4 Treuepflicht

A. Die Treuepflicht und deren Grenzen

Öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treten in ein besonders Gewaltverhältnis zum Staat ein.⁵²³ Sie haben nicht nur die Pflicht, ihre Arbeit gewissenhaft und sorgfältig zu erfüllen und damit im Interesse ihres Arbeitgebers zu handeln, sondern sie haben – im Unterschied zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – eine darüberhinausgehende Pflicht, auch die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens zu wahren (sog. doppelte Loyalität).⁵²⁴ Staatsangestellte schulden daher nicht nur bei ihrem auf die Arbeit bezogenen (innerdienstlichen) Verhalten Loyalität und haben die Interessen des Gemeinwesens zu wahren, sondern ebenso ausserdienstlich.⁵²⁵ Die Treuepflicht bezweckt, die Funktionstüchtigkeit des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers zu sichern, indem das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Staat geschützt wird.

Zitat: «Ein Angestellter des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, während und ausserhalb der Arbeitszeit ein Verhalten anzunehmen, das sich der Achtung und des Vertrauens würdig erweist, das seine Stellung erfordert, und alles zu unterlassen, was die Interessen

⁵²² Vgl. Art. 321b OR.

⁵²³ Vgl. zum Sonderstatusverhältnis Kapitel 1, § 3B.VI.

⁵²⁴ Vgl. Urteil BGER 8C_626/2020 vom 21. Dezember 2020, E. 5.2.

⁵²⁵ Urteil BVGer A-73/2014 vom 14. Juli 2014, E. 4.1.3.

des Staates beeinträchtigt. Er hat insbesondere alles zu unterlassen, was das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Verwaltung und ihrer Angestellten beeinträchtigen und was die Vertrauenswürdigkeit gegenüber dem Arbeitgeber herabsetzen würde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das zu beanstandende Verhalten in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist und Aufsehen erregt hat.»⁵²⁶

Die Anforderungen an die Treuepflicht sind anhand der konkreten Funktion und Stellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zu bestimmen. Zu berücksichtigen sind insbesondere das Aufgabengebiet, die hierarchische Stellung, Funktion, Verantwortung und Nähe zum politischen Prozess.⁵²⁷ Von Kaderangestellten oder solchen mit einer repräsentativen Funktion wird eine wesentlich grössere Loyalität verlangt.⁵²⁸ Zu beachten ist, dass das Treueverhältnis grundsätzlich nur zwischen der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer und dem Gemeinwesen und nicht zwischen dem Untergebenen und der oder dem Vorgesetzten besteht.⁵²⁹

B. Einschränkung von Freiheitsrechten des Personals

I. Art. 36 BV

Die erhöhte Treuepflicht kann unter Umständen mit den Freiheitsrechten der öffentlich-rechtlichen Angestellten kollidieren. Artikel 36 BV regelt die Voraussetzungen, unter denen die Einschränkung von Grundrechten zulässig sind:

- (1) Gesetzliche Grundlage: Eine Einschränkung der Grundrechte darf nur gestützt auf eine genügende gesetzliche Grundlage erfolgen.⁵³⁰
- (2) Öffentliches Interesse oder Schutz von Grundrechten Dritter: Die Einschränkung muss im öffentlichen Interesse liegen und somit der Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dem Schutz von Polizeigütern (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Ruhe, Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) dienen.⁵³¹ Fiskalische Interessen genügen hingegen meist nicht für die Einschränkung von Grundrechten, da entgegenstehende private Interessen Vorrang haben. Sodann finden die Grundrechte bzw. Freiheiten Einzelner ihre Grenze stets an den Grundrechten bzw. Freiheiten Dritter.

⁵²⁶ Statt vieler: Urteil BGer 8C_194/2018 vom 5. Juli 2018, E. 7.3.

⁵²⁷ Urteil VGer ZH VB.2015.00105 vom 2. Dezember 2015, E. 4.4.

⁵²⁸ Urteil BGer 8C_146/2014 vom 26. Juni 2014, E. 5.5; Urteil BVGer A-7515/2014 vom 29. Juni 2016, E. 4.4.

⁵²⁹ Vgl. BGE 136 I 332, E. 3.2.1.

⁵³⁰ Vgl. Kapitel 1, § 3B.I–III.

⁵³¹ Vgl. Kapitel 1, § 3D.

- (3) Verhältnismässigkeit: Ein Eingriff in die Freiheitsrechte öffentlich-rechtlicher Angestellten muss immer auch verhältnismässig sein, das heisst geeignet, erforderlich sowie zumutbar.⁵³²
- a) Eignung: Der Eingriff muss geeignet sein, den angestrebten, im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erreichen. Eingriffe in die Freiheitsrechte von öffentlich-rechtlichen Angestellten müssen daher immer einen Bezug zum Dienstverhältnis haben sowie sachlich begründet sein.
 - b) Erforderlichkeit: Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen. Das heisst, es dürfen keine mildereren Massnahmen möglich sein.
 - c) Zumutbarkeit: Die konkrete Wirkung eines Eingriffs darf nicht in einem Missverhältnis zu den mit dem Eingriff verfolgten (öffentlichen) Interessen stehen. Die in Frage stehenden Interessen müssen gegeneinander abgewogen werden.
- (4) Wahrung des Kerngehalts: Der Kerngehalt des betroffenen Freiheitsrechts muss gewahrt werden.

II. Einschränkungen der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV)

Die Persönlichkeit des Menschen ist als fundamentales Rechtsgut verfassungsrechtlich durch das Grundrecht auf persönliche Freiheit geschützt, welches neben dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit sowie der Bewegungsfreiheit auch die selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit umfasst.⁵³³

Öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind in ihrer persönlichen Lebensgestaltung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung grundsätzlich frei, sie haben jedoch jene Schranken zu respektieren, die ihre besondere dienstliche Stellung erfordert.⁵³⁴ Tätigkeiten, die die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben oder das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gemeinwesen beeinträchtigen, können daher untersagt werden, sofern alle Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind. Solange dies nicht der Fall ist, obliegen den öffentlich-rechtlichen Angestellten jedoch keine über die allgemeine Rechtsordnung hinausgehenden Pflichten.

⁵³² Vgl. Kapitel 1 § 3E.

⁵³³ Vgl. BGE 138 III 322, E. 4.3.1.

⁵³⁴ BGE 120 Ia 203, E. 3a.

III. Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet unter anderem das Recht einer Person, ihre Religion und ihre weltanschauliche Überzeugung frei zu wählen und allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu bekennen (Art. 15 Abs. 2 BV). Die Religionsfreiheit umfasst den Anspruch des Einzelnen darauf, sein Verhalten grundsätzlich nach den Lehren seines Glaubens auszurichten und den Glaubensüberzeugungen gemäss zu handeln.⁵³⁵ Zur geschützten Ausübung der Religion zählen kultische Handlungen, die Beachtung religiöser Gebräuche und Gebote sowie religiös motivierte Bekleidungs Vorschriften.

Mehrere Kantone sehen gesetzlich vor, dass öffentlich-rechtliche Angestellte, darunter Lehrerinnen und Lehrer, Richterinnen und Richter oder Polizistinnen und Polizisten, keine religiösen Symbole, wie zum Beispiel Kopftücher, Kippas oder Kreuze, tragen dürfen.

Beispiele: Im Kanton Genf gilt der Grundsatz der Neutralität des Staates in religiösen Angelegenheiten. Der Regierungsrat, die Gemeindeexekutiven, die Richter sowie die Staatsangestellten dürfen im Kontakt mit der Öffentlichkeit ihre Religionszugehörigkeit nicht durch Äusserungen oder äusserliche Zeichen signalisieren.⁵³⁶

Solche Vorschriften dienen dem Bestreben, die Neutralität des Staates auszudrücken. Öffentlich-rechtliche Angestellte oder Magistratspersonen sollen ihre religiösen Überzeugungen im Kontakt mit der Bevölkerung nicht offen zeigen und dadurch bei Bürgerinnen und Bürgern potenziell den Eindruck erwecken, dass sie bei ihrer dienstlichen Tätigkeit von ihren religiösen Überzeugungen beeinflusst werden.⁵³⁷

Im Bereich der Volksschule wird als Argument für das Verbot des Tragens religiöser Symbole für Lehrpersonen, neben der konfessionellen Neutralität der Schule, deren Besuch obligatorisch ist, die Beeinflussbarkeit der Schülerinnen und Schüler aufgrund ihres jungen Alters vorgebracht.⁵³⁸ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hielt bezüglich des Verbots des Tragens eines Kopftuches fest, dass das Recht der Schülerinnen und Schüler an der Neutralität der öffentlichen Bildung höher zu gewichten ist als das Recht einer Lehrerin oder eines Lehrers, ihre oder seine Religion im Unterricht zu zeigen.⁵³⁹

⁵³⁵ BGE 134 I 56, E. 4.3, auch zum Folgenden.

⁵³⁶ Loi sur la laïcité de l'État (LLE) vom 26. April 2018 (11764); BGE 148 I 160.

⁵³⁷ Urteil BGer 2C_546/2018 vom 11. März 2019, E. 4.5 über ein entsprechendes Verbot im Kanton Basel-Stadt für Richterinnen und Richter, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie weitere Personen während einer Gerichtsverhandlung; siehe auch ALBRECHT, § 27.

⁵³⁸ BGE 123 I 296, E. 4a ff. (= Pra 87 Nr. 47).

⁵³⁹ EGMR vom 15. Februar 2001, Dahlab gegen die Schweiz, Nr. 42393/98.

IV. Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV)

Artikel 16 der Schweizerischen Bundesverfassung garantiert das Recht auf freie Meinungsäusserung und Informationsfreiheit. Die Meinungsfreiheit schützt das Recht aller Menschen, ihre Meinung zu äussern, sei es verbal, schriftlich oder durch andere Mittel. Dieses Recht ist von grosser Bedeutung, da es die Grundlage für eine offene und demokratische Gesellschaft bildet, in der unterschiedliche Meinungen und Standpunkte frei ausgetauscht werden können.

Die Meinungsfreiheit ist jedoch nicht absolut und kann in bestimmten Situationen eingeschränkt werden. So kann das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens und die Sicherung des Vertrauens der Öffentlichkeit in den Staat eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer rechtfertigen. Beschränkungen der Meinungsfreiheit gestützt auf die Treuepflicht sind jedoch nur zulässig, soweit sie sachlich begründet sind und in einem vernünftigen Verhältnis zu deren Zweck stehen.

Die Teilnahme öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am politischen Diskurs wird durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt. Selbst öffentliche Kritik gegenüber Vorgesetzten ist nicht ausgeschlossen, insbesondere dort, wo es um Entscheidungen im eigenen Tätigkeitsgebiet geht und sich die Kritik daher notwendigerweise mit einer Kritik an der Tätigkeit der Vorgesetzten verbindet.⁵⁴⁰ Öffentliche Kritik kann nur dann eine Verletzung der Treuepflicht darstellen, wenn dadurch die Erfüllung der dienstlichen Aufgaben des Angestellten oder das Vertrauen der Allgemeinheit in das Gemeinwesen beeinträchtigt wird. Aufgrund der Treuepflicht haben sich die öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer deshalb insbesondere in der Art und Weise der Äusserung der Kritik eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen. Diffamierende, unsachliche und inkorrekte Äusserungen vermögen unter Umständen das Vertrauen in die Integrität des Staates und seiner Institutionen zu untergraben und können somit die Treuepflicht verletzen.⁵⁴¹ Bevor eine Staatsangestellte oder ein Staatsangestellter mit öffentlicher Kritik an die Öffentlichkeit gelangt, hat sie oder er zudem zunächst interne Möglichkeiten zur Verbesserung der Kritikpunkte zu prüfen.⁵⁴²

⁵⁴⁰ BGE 136 I 332, E. 3.2.1; HÄNNI, S. 130.

⁵⁴¹ Vgl. Urteil VGer ZH VB.2013.00359 vom 26. August 2013, E. 3.2.

⁵⁴² BGE 136 I 332, E. 3.2.1

V. Einschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV)

Für verschiedene öffentlich-rechtliche Personalkategorien sehen die anwendbaren Personalerlasse Wohnsitzpflichten vor, entweder aufgrund dienstlicher Erfordernisse oder um eine Verbundenheit mit der Bevölkerung und dem Gemeinwesen sicherzustellen. Diese Wohnsitzpflichten berühren die durch die Bundesverfassung garantierte Niederlassungsfreiheit. Gemäss Art. 24 Abs. 1 BV haben Schweizerinnen und Schweizer das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen. Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet damit die Möglichkeit persönlichen Verweilens an jedem beliebigen Ort der Schweiz; sie gebietet den Kantonen und Gemeinden, jedem Schweizer die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben, und verbietet ihnen gleichzeitig, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes zu verhindern oder zu erschweren.⁵⁴³ Die Niederlassungsfreiheit kann, wie andere Freiheitsrechte, unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Wohnsitzpflicht nicht generell zulässig, sondern lediglich bei hoheitlichen Tätigkeiten, wenn eine weitgehende Unabhängigkeit in der Arbeitsausführung besteht und diese vergleichbar ist mit richterlichen Funktionen oder hohen politischen Ämtern sowie leitenden Funktionen.⁵⁴⁴ Bloss fiskalische Gründe reichen für eine Wohnsitzpflicht nicht aus.

Beispiel: Das Bundesgericht hat bei einem hohen Polizeioffizier mit Leitungsfunktion das öffentliche Interesse an einer engen Verbundenheit mit dem Kanton und damit eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit bejaht.⁵⁴⁵

VI. Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

Art. 27 BV gewährleistet insbesondere die freie Wahl des Berufs und den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Abs. 2). Eine Bewilligungspflicht bzw. die Nichtzulassung zu einer Berufstätigkeit stellt in der Regel einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Das trifft auch auf das Untersagen von Nebenbeschäftigungen von öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu.⁵⁴⁶ Insbesondere Teilzeitangestellte müssen die Möglichkeiten haben, in der übrigen Zeit einer anderen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

⁵⁴³ BGE 128 I 280, E. 4.1.1.

⁵⁴⁴ Urteil BGER 2C_335/2013 vom 15. Mai 2015, E. 3.2.

⁵⁴⁵ Urteil BGER 8C_733/2018 vom 13. Juni 2019.

⁵⁴⁶ Urteil BGER 2P.301/2005 vom 23. Juni 2006.

Wie andere Grundrechte kann auch die Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt werden (Art. 36 BV). Eingriffe in dieses verfassungsmässige Recht sind daher nur zulässig, sofern sie auf einer angemessenen gesetzlichen Grundlage beruhen, auf ein überwiegendes öffentliches Interesse gestützt werden und verhältnismässig sind. Das anwendbare Personalrecht regelt, unter welchen Umständen eine Bewilligung für die Ausübung einer Nebenbeschäftigung erforderlich ist und unter welchen Voraussetzungen diese erteilt wird.

Die Ausübung einer Nebenbeschäftigung ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sie die amtliche Aufgabenerfüllung nicht beeinträchtigt und mit der dienstlichen Stellung vereinbar ist bzw. keine Interessenkollision besteht. Folgende Konstellationen können das Untersagen einer Nebenbeschäftigung rechtfertigen⁵⁴⁷:

- Gefahr einer verminderten Leistungsfähigkeit, weil die Nebenbeschäftigung die Erbringung der normalen Arbeitsleistung im Rahmen der vereinbarten Arbeitszeit verunmöglicht;
- die Nebenbeschäftigung verringert spürbar die Qualität der Arbeitsleistung für das Gemeinwesen;
- es bestehen Interessenkonflikte, die das Ansehen der Angestellten und das öffentliche Vertrauen in deren Unparteilichkeit beeinträchtigen könnten;
- das Gemeinwesen wird konkurrenziert.

C. Q & A

I. **Darf ein hoher Polizeioffizier, der eine Wohnsitzpflicht hat, für die Unterstützung seiner pflegebedürftigen Mutter in einen anderen Kanton ziehen?**

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Grundrechtseinschränkung ist immer auch der Einzelfall zu betrachten und die Schwere der Eingriffswirkung gegenüber dem Eingriffszweck abzuwägen. Ist eine Wohnsitzpflicht für bestimmte Personen grundsätzlich zulässig, können im konkreten Einzelfall dennoch Gründe vorliegen, die aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Ausnahme davon gebieten.⁵⁴⁸ Im vorliegenden Fall würde unter anderem geprüft werden, ob es für die pflegebedürftige Mutter unzumutbar wäre, zu ihrem Sohn zu ziehen.

⁵⁴⁷ Vgl. Urteil BVGer A-4443/2013 vom 7. Mai 2014; Urteile VGer ZH VB.2016.00309 vom 3. Mai 2027, E. 2.3 f.; VGer ZH VB.2021.00069 vom 2. September 2021, E. 3.4 f.; Urteil BGer 8C_684/2013 vom 20. November 2013, E. 4.2.

⁵⁴⁸ Urteil BGer 2C_335/2013 vom 15. Mai 2015, E. 3.6.1.

II. Darf ein Angestellter, der ein Arbeitspensum von 100 % hat, einer Nebenbeschäftigung nachgehen?

Geht ein Angestellter, der ein Arbeitspensum von 100 % hat, einer Nebenbeschäftigung nach, besteht insbesondere die Gefahr einer verminderten Leistungsfähigkeit. Regelmässige Arbeitseinsätze am Abend oder am Wochenende verkürzen die zur Verfügung stehende Erholungszeit und können daher negative Auswirkungen auf die ordnungsgemässe Verrichtung der täglichen Arbeit haben. Die Umstände des Einzelfalles sind jeweils in Betracht zu ziehen. Das Bundesverwaltungsgericht geht als Richtgrösse davon aus, dass die Leistungsfähigkeit dann vermindert wird, wenn die gesamte zeitliche Beanspruchung durch die Haupt- und Nebenbeschäftigung ein volles Arbeitspensum um mehr als 10 % übersteigt.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ Vgl. zum Ganzen Urteil BVGer A-4443/2013 vom 7. Mai 2014, E. 6.3.

Kapitel 10: Beendigung des Anstellungsverhältnisses

§1 Objektive Beendigungsgründe

A. Ende einer befristeten Anstellung

Wurde das Anstellungsverhältnis befristet abgeschlossen, endet es automatisch am letzten Tag dieser Frist. Dabei ist irrelevant, ob im Beendigungszeitpunkt Umstände vorliegen, die einer Kündigung eines unbefristeten Anstellungsverhältnisses entgegenstünden (etwa die Sperrfrist wegen einer Krankheit).

Anders verhält es sich allerdings, wenn die befristete Anstellung auf einem unzulässigen Kettenarbeitsverhältnis⁵⁵⁰ beruht oder stillschweigend weitergeführt wird. In diesen Fällen wandelt sich das befristete in ein unbefristetes Anstellungsverhältnis mit allen daraus folgenden Konsequenzen.⁵⁵¹

Bei gewählten Angestellten endet das Anstellungsverhältnis mit Ende der jeweiligen Amtsdauer, sofern sie nicht wiedergewählt werden.

B. Erreichen der Altersgrenze

Wird eine im Personalrecht definierte Altersgrenze erreicht, endet das Anstellungsverhältnis regelmässig von Gesetzes wegen, ohne dass es dafür eine Kündigung bzw. Erklärung des Altersrücktritts braucht.

Eine Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinweg ist in der Regel zwar ausnahmsweise möglich – allenfalls nur noch im Rahmen einer befristeten Anstellung –, der Entscheid darüber steht im Ermessen der Anstellungsbehörde; einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung gibt es nicht.

Enthält das anwendbare Personalrecht diesen Beendigungsgrund nicht, muss das Anstellungsverhältnis nach den Regeln über die ordentliche Kündigung aufgelöst werden.

⁵⁵⁰ Siehe hierzu § 4A.

⁵⁵¹ Vgl. hierzu etwa Urteil VGer ZH VB.2018.00088 vom 5. Juni 2018, E. 4.

C. Invalidität

Sind Angestellte dauerhaft vollständig erwerbsunfähig im Sinne von Art. 7 f. ATSG, endet das Anstellungsverhältnis spätestens im Zeitpunkt der Ausrichtung einer vollen Invalidenrente. Eine Invalidität in diesem Sinn liegt vor, wenn die betroffene Person sowohl in der bisherigen als auch in einer angepassten Tätigkeit dauerhaft arbeitsunfähig ist.

Bei teilweiser Invalidität endet das Anstellungsverhältnis jedenfalls im Umfang der Invalidität. Aufgrund der Fürsorgepflicht ist der Arbeitgeber gehalten, eine Weiterbeschäftigung im Umfang der verbleibenden Arbeitsfähigkeit zu prüfen; die Beendigung in diesem Umfang richtet sich nach den Regeln für die ordentliche Kündigung.

Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann für die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung allenfalls genügen, dass die versicherte Person in der bisherigen Tätigkeit dauerhaft arbeitsunfähig ist (sogenannte Berufsunfähigkeit). Erbringt die Vorsorgeeinrichtung in solchen Fällen Geldleistungen, stellt dies regelmässig ebenfalls einen Beendigungsgrund dar, wobei die Anstellungsbehörde im Unterschied zur Kündigung wegen langandauernder Krankheit⁵⁵² nicht vorgängig eine alternative Anstellung in einem anderen Tätigkeitsgebiet prüfen muss.⁵⁵³

D. Tod der angestellten Person

Mit dem Tod der Angestellten endet das Anstellungsverhältnis, da die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen ist und damit unmöglich wird.

Siehe zum Lohnnachgenuss Kapitel 3, § 2D.

§2 Ordentliche Kündigung

A. Allgemeines

Das Anstellungsverhältnis kann sowohl durch die Arbeitsnehmenden als auch durch die Arbeitgebenden unter Einhaltung der Kündigungsfrist ordentlich aufgelöst werden.

⁵⁵² Siehe hierzu § 2D.II.2.i).

⁵⁵³ Vgl. etwa die Entlassung invaliditätshalber nach § 24 PG ZH und hierzu Urteil VGer ZH VB.2022.00313 vom 8. Dezember 2022, E. 3.2.

Da befristete Anstellungsverhältnisse für eine bestimmte Dauer abgeschlossen werden, besteht eigentlich naturgemäss keine Kündigungsmöglichkeit. In der Praxis ist dennoch auch bei befristeten Anstellungen regelmässig eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen. Sinnvoll ist dies jedoch nur bei befristeten Anstellungen für eine längere Dauer, nicht hingegen bei Kurzanstellungen für wenige Wochen oder Monate.

Bei Angestellten, die auf eine feste Amtsdauer gewählt wurden, besteht beidseitig keine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung. Eine Kündigung durch die Arbeitgeberseite ist in der Regel nur bei Vorliegen der Voraussetzungen der ausserordentlichen Kündigung möglich, Arbeitnehmende müssen die Wahl- oder Aufsichtsbehörde um Entlassung aus dem Amt ersuchen.

B. Frist und Termin

I. Während der Probezeit

Während der üblicherweise dreimonatigen Probezeit kann das Anstellungsverhältnis in der Regel beidseitig mit einer Frist von sieben Tagen auf einen beliebigen Termin gekündigt werden.

Einzelne Kantone sehen vor, dass deutlich längere Probezeiten von bis zu einem Jahr vereinbart werden können.⁵⁵⁴ In diesen Fällen verlängert sich die Kündigungsfrist ab dem dritten oder vierten Monat auf einen Monat.

Massgebend für die Einhaltung der Kündigungsfrist ist der Zeitpunkt, an dem die Kündigung ausgesprochen wird, nicht der Zeitpunkt, auf den sie wirkt. Mit anderen Worten kann die Probezeitkündigung noch bis zum letzten Tag der Probezeit ausgesprochen werden.

II. Nach der Probezeit

Nach der Probezeit beträgt die Kündigungsfrist zunächst meist einen Monat und verlängert sich mit zunehmendem Dienstalter auf drei oder sogar sechs Monate. Für Kaderpositionen gelten teilweise schon nach kürzerer Zeit längere Kündigungsfristen.

Das Anstellungsverhältnis kann ordentlich auf das Ende eines Monats, bei Lehrpersonen allenfalls nur auf das Ende eines Semesters aufgelöst werden.

⁵⁵⁴ § 15 Abs. 2 PG BL; § 11 Abs. 1 PG BS; Art. 22 Abs. 3 PG BE: bis sechs Monate.

Für die Dauer der Kündigungsfrist ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung massgebend, nicht der Kündigungstermin.⁵⁵⁵ Verlängert sich die Kündigungsfrist im dritten Dienstjahr zum Beispiel von zwei auf drei Monate, so gilt für eine noch im zweiten Dienstjahr zugestellte Kündigung eine Frist von zwei Monaten, auch wenn der Kündigungstermin bereits ins dritte Dienstjahr fällt.

C. Form der Kündigung

Die Kündigung durch den Arbeitgeber hat regelmässig in Form einer Verfügung zu erfolgen, weshalb die entsprechenden Formvorschriften zu beachten sind. Insbesondere muss die Kündigungsverfügung eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Teilweise wird die Arbeitgeberkündigung analog dem privaten Arbeitsrecht als einfache Gestaltungserklärung qualifiziert, die jedoch ebenfalls eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muss und zu begründen ist.⁵⁵⁶

Arbeitnehmerkündigungen sind grundsätzlich an keine besondere Form gebunden; teilweise schreibt das anwendbare Personalrecht jedoch Schriftlichkeit vor.

D. Kündigungsschutz

I. Zeitlicher Kündigungsschutz

1. Allgemeines

Ein Anstellungsverhältnis soll durch den Arbeitgeber nicht gekündigt werden dürfen, wenn die Angestellten sich in einer Situation befinden, in der sie kaum Aussichten haben, von einem anderen Arbeitgeber eingestellt zu werden. Diesem Schutz vor einer Kündigung zur Unzeit dienen die sogenannten Sperrfristen.

Im öffentlichen Personalrecht wird dabei regelmässig auf die privatrechtliche Regelung in Art. 336c OR verwiesen und diese Regelung damit ins jeweilige Personalrecht übernommen. Das Personalrecht kann den zeitlichen Kündigungsschutz aber auch eigenständig regeln.

⁵⁵⁵ So ausdrücklich etwa § 15 Abs. 1 VVO ZH.

⁵⁵⁶ So im Kanton Aargau, vgl. etwa AGVE 2020 Nr. 42 E. II/1.2.1 sowie zu den Formvorschriften § 14 Abs. 2 PLV AG.

2. Zeitlicher Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR

a) *Sperrfristtatbestände*

Art. 336c OR nennt vier Fallkonstellationen, in denen eine Sperrfrist greift; die Aufzählung ist abschliessend.

Diese Sperrfristtatbestände können auch kumuliert auftreten: War ein Angestellter zum Beispiel zunächst im Militärdienst und erkrankt er während dieser Zeit, löst die Krankheit eine neue Sperrfrist aus.

aa) *Obligatorischer Militär-, Zivil- oder Zivilschutzdienst*

Die Sperrfrist gilt während der Dienstleistung und bei einer Dienstleistungsdauer von mehr als elf Tagen auch noch vier Wochen vorher und nachher.

bb) *Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls*

Unter diesen Sperrfristtatbestand fällt sowohl die vollständige als auch die teilweise Arbeitsunfähigkeit wegen unverschuldeter Krankheit oder unverschuldeten Unfalls. Die Kündigung ist nur während einer gesetzlich definierten Maximalfrist unzulässig, die abhängig vom Dienstalter ist: im ersten Dienstjahr 30 Tage, vom zweiten bis zum fünften Dienstjahr 90 Tage und ab dem sechsten Dienstjahr 180 Tage.

Die Sperrfrist wegen Krankheit und Unfalls beginnt mit jeder neuen Krankheit bzw. jedem neuen Unfall neu zu laufen. Sind Angestellte wegen einer Krankheit arbeitsunfähig und erleiden sie während dieser Zeit eine neue Krankheit, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der bisherigen steht, beginnt deshalb eine neue Sperrfrist zu laufen.⁵⁵⁷

Beschränkt sich die Arbeitsunfähigkeit auf den konkreten Arbeitsplatz (arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit), besteht kein Sperrfristenschutz, weil damit keine Einschränkung beim Antritt einer neuen Anstellung einhergeht.⁵⁵⁸

cc) *Schwangerschaft und 16 Wochen nach Niederkunft*

Während der gesamten Schwangerschaft sowie während der ersten 16 Wochen nach Geburt des Kindes ist eine Kündigung unzulässig. Für den Beginn der Sperrfrist ist der Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle massgebend.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ BGE 120 II 124, E. 3.

⁵⁵⁸ Urteil BGER 1C_595/2023 vom 26. März 2024, E. 5; Urteil BVGer A-2718/2016 vom 16. März 2017, E. 9.1.3; Urteil VGer ZH, PB.2005.00034 vom 21. Dezember 2005, E. 4.3.

⁵⁵⁹ BGE 143 III 21, E. 2.

dd) Teilnahme an einer Hilfsaktion im Ausland

Diese Sperrfrist ist unbegrenzt, greift aber nur, wenn die Hilfsaktion von der zuständigen Bundesbehörde angeordnet wurde und der Arbeitgeber dem Einsatz zugestimmt hat.

b) Rechtsfolgen des zeitlichen Kündigungsschutzes (Art. 336c Abs. 2 OR)

Wird die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen, ist diese nichtig. Massgebender Zeitpunkt ist der Zugang der Kündigung beim Angestellten.

Tritt ein Sperrfristtatbestand hingegen nach der Kündigung aber vor dem Kündigungstermin ein, wird die Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Ablauf der Sperrfrist fortgesetzt. Der Kündigungstermin wird damit auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.

Ist die Kündigung nur auf bestimmte Termine (namentlich das Ende eines Monats) zulässig, endet das Anstellungsverhältnis am nächsten auf das Ende der aufgeschobenen Kündigungsfrist folgenden Kündigungstermin. Ein erneuter Sperrfristtatbestand während dieses Aufschubs bis zum nächsten Kündigungstermin hat jedoch keine Auswirkungen mehr.⁵⁶⁰

Beispiel: Der Arbeitgeber kündigt das Anstellungsverhältnis mit A unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist per Ende August. Im Juli ist A während zweier Tage krank. Aufgrund der Krankheit läuft die Kündigungsfrist erst am 2. September ab. Kann nur auf Ende eines Monats gekündigt werden, erstreckt sich das Anstellungsverhältnis deshalb bis am 30. September. Wird A nach dem 2. September erneut krank, hat dies keinen Einfluss mehr auf die Dauer des Anstellungsverhältnisses.

c) Berechnung der Sperrfrist

In Zusammenhang mit der in der Praxis wichtigsten Sperrfrist wegen einer krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit stellen sich verschiedene Berechnungsfragen.

Erstreckt sich eine Arbeitsunfähigkeit über zwei Dienstjahre mit unterschiedlich langer Sperrfrist (d.h. über das erste und zweite bzw. das fünfte und sechste), ist grundsätzlich auf die längere Sperrfrist abzustellen, sofern das Anstellungsverhältnis noch andauert. Zu berechnen ist diese Sperrfrist ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ BGE 124 III 474, E. 2.

⁵⁶¹ Zum Ganzen BGE 133 III 517, E. 3.

Beispiel: Das Anstellungsverhältnis begann am 1. Januar, die Arbeitnehmerin erkrankt am 10. November des gleichen Jahres. Die Sperrfrist von 30 Tagen läuft bis am 9. Dezember. Ab dem 1. Januar des Folgejahrs gilt neu eine Sperrfrist von 90 Tagen. Diese wird ab dem 10. November berechnet und läuft demnach bis zum 7. Februar.

Kündigt der Arbeitgeber mit verlängerter Kündigungsfrist auf einen späteren Termin, ist für die Frage, ob ein Sperrfristtatbestand den Kündigungstermin aufschiebt, nur die vom Kündigungstermin zurückgerechnete Kündigungsfrist massgebend.⁵⁶² Ein Sperrfristtatbestand während dieser Zeit schiebt den Kündigungstermin mithin auch dann auf, wenn die Mindestdauer der Kündigungsfrist auch nach Abzug der Sperrzeit noch eingehalten wäre. Anders verhält es sich allerdings in Fällen, in welchen die Sperrfrist abläuft, noch bevor die zurückgerechnete Kündigungsfrist überhaupt zu laufen begann.⁵⁶³

Beispiel: Das Anstellungsverhältnis wird bei einer dreimonatigen Kündigungsfrist am 9. April per Ende August aufgelöst. Der Arbeitnehmer ist im Juni während fünf Tagen krank. Weil diese Krankheit in die zurückgerechnete Kündigungsfrist (1. Juni bis 31. August) fällt, wird das Ende des Anstellungsverhältnisses mindestens um die fünf Krankheitstage, im Regelfall bis Ende September aufgeschoben. War der Arbeitnehmer zwischen dem 10. April und dem 31. Mai krank, ist dies hingegen irrelevant, weil diese Zeitspanne nicht in die zurückgerechnete Kündigungsfrist fällt.

3. Zeitlicher Kündigungsschutz gemäss Art. 10 GlG

Der dritte Abschnitt des Gleichstellungsgesetzes gilt grundsätzlich nur für Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht. Verweist das anwendbare Personalrecht aber integral auf das Gleichstellungsgesetz, ist auch dieser Abschnitt anwendbar.

Gemäss Art. 10 Abs. 1 GlG ist die Kündigung durch den Arbeitgeber anfechtbar, wenn sie ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin erfolgt. Diese Bestimmung schützt Angestellte vor einer Rache Kündigung. Der Schutz greift jedoch nur, wenn die Beschwerde in guten Treuen erfolgt ist; damit soll verhindert werden, dass Angestellte in rechtsmissbräuchlicher Weise ein Verfahren wegen Diskriminierung in Gang bringen, um von den Kündigungsschutzbestimmungen zu profitieren.⁵⁶⁴ In diesem Sinn bleibt denn auch eine Kündigung aus begründetem Anlass ausdrücklich zulässig.

⁵⁶² BGE 134 III 354, E. 2 f.; BGE 115 V 437, E. 3.

⁵⁶³ Vgl. AGVE 2015 Nr. 42.

⁵⁶⁴ Urteil VGer ZH VB.2016.00057 vom 29. Juni 2016, E. 2.2 mit Hinweisen.

Der Kündigungsschutz gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus.

II. Materielle Kündigungsvoraussetzungen

1. Kündigung durch die Angestellten

Angestellte können das Anstellungsverhältnis grundsätzlich ohne Angabe von Gründen kündigen.

Anders verhält es sich nur bei Angestellten, die auf eine feste Amtsdauer gewählt wurden. In diesen Fällen kann die Zustimmung davon abhängig gemacht werden, dass sachliche Gründe vorliegen bzw. dass durch die Entlassung keine öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden.

2. Kündigung durch den Arbeitgeber

a) Sachlicher Kündigungsgrund als Voraussetzung

Der Arbeitgeber kann das Anstellungsverhältnis nur auflösen, wenn dafür sachliche Gründe vorliegen. Diese Voraussetzung ergibt sich aus der Bindung an die verfassungsrechtlichen Grundsätze, namentlich dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Rechtsgleichheitsgebot.

Im Sinn eines allgemeinen Grundsatzes ist eine Kündigung dann sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung widerspricht.⁵⁶⁵

Die Personalgesetze enthalten regelmässig einen Katalog möglicher sachlicher Kündigungsgründe. Teilweise ist diese Aufzählung exemplarisch, teilweise abschliessend zu verstehen.

b) Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten

Diesen Kündigungsgrund erfüllen Angestellte, welche ihnen obliegende gesetzliche oder vertragliche Pflichten in schwerer Weise verletzen. Weil dazu auch die sich aus dem Anstellungsverhältnis ergebenden Pflichten gehören, insbesondere die Treuepflicht, fällt die Abgrenzung vom Kündigungsgrund der mangelhaften Leistung oder des mangelhaften Verhaltens bisweilen schwer; die Abgrenzung ist in der Praxis aber

⁵⁶⁵ So in ständiger Rechtsprechung das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, vgl. etwa Urteil VGer ZH VB.2022.00612 vom 30. März 2023, E. 3.3.

kaum relevant, da die Angestellten auch bei einer Verletzung vertraglicher oder gesetzlicher Pflichten zunächst zu ermahnen sind.⁵⁶⁶

c) *Mangelhafte Leistung*

Eine mangelhafte Leistung liegt vor, wenn die qualitative oder quantitative Arbeitsleistung nicht den berechtigten Erwartungen entspricht.

Ob eine mangelhafte Leistung vorliegt, ist aufgrund eines objektivierten Massstabs zu beurteilen. In der Praxis spielen Mitarbeiterbeurteilungen, Aktennotizen zu Qualifikationsgesprächen und Ähnliches eine grosse Rolle. Die Rechtsmittelbehörden prüfen in erster Linie, ob der Arbeitgeber nachvollziehbar dartun kann, weshalb er die Leistung als ungenügend beurteilt.

Aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt sich eine Pflicht, Angestellte vor einer Kündigung wegen mangelhafter Leistung zu ermahnen und ihnen eine angemessene Möglichkeit zur Verbesserung der Leistungsmängel einzuräumen. Die Personalgesetze enthalten teilweise ausführliche Vorschriften zur Ermahnung und zur Ansetzung einer Bewährungsfrist.

d) *Mangelhaftes Verhalten*

Die Beurteilung des Verhaltens einer Person ist stark subjektiv geprägt und kann insbesondere auch durch einen offenen oder versteckten Konflikt beeinflusst sein. Auch (angebliche) Verhaltensmängel sind deshalb anhand eines objektivierten Massstabs zu würdigen. Die Kündigung muss mithin auch für unbeteiligte Dritte nachvollziehbar sein.

Mangelhaftes Verhalten liegt etwa vor bei erheblichen Betriebsstörungen durch das Verhalten einzelner Angestellter, bei strafbarem Verhalten (dazu sogleich unter e), bei dauerhaftem Zuspätkommen oder bei unpassendem Verhalten im Umgang mit externen Ansprechpartnern.

Auch bei Verhaltensmängeln sind Angestellte vorgängig zu ermahnen und ist ihnen Gelegenheit zur Verbesserung zu geben.

⁵⁶⁶ Vgl. zum Ganzen Urteil BVGer A-5059/2018 vom 24. April 2019, E. 5.3.1.

e) Strafbares Verhalten

Einzelne Personalgesetze nennen die Begehung strafbarer Handlungen ausdrücklich als Kündigungsgrund⁵⁶⁷; ansonsten fällt dies unter den Tatbestand des mangelhaften Verhaltens.

Als Kündigungsgrund kommen sowohl dienstlich als auch ausserdienstlich begangene Straftaten in Betracht. Allerdings kommt nicht jede (Bagatell-)Straftat als Kündigung in Betracht, sondern nur solche, die berechtigte Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Angestellten begründen.

Auch als Arbeitgeber ist das Gemeinwesen an die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV) gebunden. Eine Kündigung wegen strafbaren Verhaltens kommt deshalb erst nach rechtskräftiger Verurteilung in Betracht. Davon zu unterscheiden sind allerdings Fälle, in welchen das Fehlverhalten unabhängig von der strafrechtlichen Würdigung zu einer Kündigung berechtigt; diesfalls kann wegen Pflichtverletzung oder mangelhaften Verhaltens auch schon vor einem rechtskräftigen Strafurteil gekündigt werden.

Beispiel: Einer Mitarbeiterin der Sicherheitskontrolle am Flughafen Zürich, die eine liegengelassene Uhr eingesteckt und damit gegen eine klare Weisung des Arbeitgebers verstossen hatte, durfte (fristlos) gekündigt werden, unabhängig davon, ob sie sich durch ihr Verhalten auch strafbar gemacht hat (Urteil VGer ZH, VB.2013.00708 vom 25. November 2013).

f) Mangelnde Eignung

Bei einer mangelnden Eignung erfüllen Angestellte aus objektiven Gründen die Anforderungen einer Stelle nicht. Eine mangelnde Eignung kann sich ergeben aus einer Erhöhung der Anforderungen einer Stelle oder aus einer Reduktion der Leistungsfähigkeit etwa aus gesundheitlichen Gründen.⁵⁶⁸

Die mangelhafte Eignung ist den Angestellten im Unterschied zur mangelhaften Leistung nicht vorwerfbar, die Kündigung gilt damit als unverschuldet, was insbesondere einen Abfindungsanspruch begründen kann.

⁵⁶⁷ So § 19 Abs. 3 lit. e PG BL, § 30 Abs. 2 lit. e PG BS.

⁵⁶⁸ Siehe für einen Anwendungsfall Urteil VGer ZH VB.2018.00290 vom 21. November 2018, E. 3.

g) Aufhebung der Stelle aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen

Fallen im Zuge von Reorganisationsmassnahmen Aufgaben weg, kann dies zur Aufhebung von Stellen führen. Dies stellt grundsätzlich einen zulässigen Kündigungsgrund dar.

Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips ist die Anstellungsbehörde jedoch gehalten, vor einer Kündigung zu prüfen, ob den betroffenen Angestellten innerhalb des Gemeinwesens eine andere zumutbare Stelle angeboten werden kann.

Dieser Kündigungsgrund birgt ein gewisses Missbrauchspotenzial, weil die Anstellungsbehörde versucht sein könnte, eine Reorganisation vorzuschieben, um missliebige Angestellte loszuwerden.⁵⁶⁹ Eine Kündigung aus organisatorischen Gründen ist in diesem Sinn nur zulässig, wenn für die von den betroffenen Angestellten ausgeübten Tätigkeiten nicht einfach an anderer Stelle im gleichen Gemeinwesen neue Stellen geschaffen werden. Die Reorganisation an sich ist von den Rechtsmittelbehörden hingegen nicht zu überprüfen; diesbezüglich haben sie die Organisationsautonomie des fraglichen Gemeinwesens zu achten.

h) Wegfall einer gesetzlichen oder vertraglichen Anstellungsbedingung

Fällt eine gesetzliche oder vertragliche Anstellungsbedingung weg, führt dies allenfalls dazu, dass die berufliche Tätigkeit gar nicht mehr ausgeübt werden kann. Das kann etwa der Fall sein beim Verlust des Schweizer Bürgerrechts, bei der Verlegung des Wohnsitzes, wenn für die fragliche Tätigkeit eine Wohnsitzpflicht gilt, oder beim (dauerhaften) Verlust des Führerausweises.

i) Langandauernde Krankheit

Dieser Kündigungsgrund ist gegeben, wenn Angestellte aufgrund einer Krankheit dauerhaft arbeitsunfähig sind und eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsort nicht absehbar ist. Davon zu unterscheiden ist die dauerhafte Erwerbsunfähigkeit, bei der in der Regel eine Entlassung wegen Invalidität erfolgt und ein Anspruch auf Invalidenrenten besteht.

Ist die Lohnfortzahlung vom Fortbestand des Anstellungsverhältnisses abhängig, darf eine Kündigung wegen langandauernder Krankheit frühestens erfolgen, wenn die ordentliche Lohnfortzahlungspflicht abgelaufen ist.⁵⁷⁰ Teilweise führen das Ende

⁵⁶⁹ Siehe hierzu VGer ZH VB.2024.00137 vom 13. März 2025.

⁵⁷⁰ So ausdrücklich etwa § 16 Abs. 1 lit. c VVO ZH.

der Lohnfortzahlungspflicht oder eine bestimmte Dauer der Arbeitsunfähigkeit automatisch zur Beendigung des Anstellungsverhältnisses.⁵⁷¹

E. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ordentlichen Kündigung

Das privatrechtliche Arbeitsvertragsrecht kennt keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung; auch eine missbräuchliche Kündigung bleibt bestehen und begründet einzig einen Entschädigungsanspruch in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 336a OR).

Die Personalgesetze der Kantone haben sich dieser Lösung weitgehend angeschlossen. Eine materiell rechtswidrige Kündigung wird nach dieser Konzeption auch im öffentlichen Personalrecht in der Regel nicht aufgehoben, sondern löst nur einen Entschädigungsanspruch aus. Für die Entschädigung wird regelmässig auf die Bestimmungen des Obligationenrechts zur missbräuchlichen Kündigung verwiesen; teilweise sind aber auch höhere Entschädigungen vorgesehen.

Das anwendbare Personalrecht kann davon abweichend aber auch ausdrücklich vorsehen, dass Angestellte nach einer rechtswidrigen Kündigung Anspruch auf Weiterbeschäftigung bzw. auf Wiedereinstellung haben.

Eine differenzierte Lösung kennt das Bundespersonalrecht. Gemäss Art. 34c BPG besteht ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung, wenn die Beschwerde gegen eine Kündigung gutgeheissen wurde, weil der oder die Angestellte in guten Treuen eine Strafanzeige erstattet, Unregelmässigkeiten angezeigt oder als Zeugin oder Zeuge ausgesagt hatte, weil die Kündigung missbräuchlich war, weil die Kündigung während einer Sperrfrist ausgesprochen wurde oder weil die Kündigung geschlechtsdiskriminierend war. In den übrigen Fällen ist nur eine Entschädigung geschuldet, die in der Regel mindestens sechs Monatslöhne und maximal einen Jahreslohn beträgt.⁵⁷²

⁵⁷¹ So z.B. § 30 StPG SO, § 34 Abs. 1 PG BS.

⁵⁷² Art. 34b Abs. 2 BPG.

§3 Ausserordentliche Kündigung

A. Allgemeines

Das Anstellungsverhältnis ist – unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung – ein auf Dauer angelegtes Bindungsverhältnis, das ein Mindestmass an Bereitschaft zur Zusammenarbeit voraussetzt. Treten indes Umstände ein, welche die weitere Zusammenarbeit für eine der Parteien unzumutbar machen, muss dieses Bindungsverhältnis umgehend – also ohne Beachtung von Fristen und Terminen und damit ausserordentlich – aufgelöst werden können; die ausserordentliche wird deshalb auch als fristlose Kündigung bezeichnet.

Anders als die ordentliche Kündigung ist die ausserordentliche Kündigung grundsätzlich auf alle Anstellungsverhältnisse anwendbar. Das heisst auch befristete Anstellungsverhältnisse ohne Möglichkeit der ordentlichen Kündigung und solche auf eine feste Wahldauer können ausserordentlich aufgelöst werden.

Angesichts ihres Charakters als ausserordentlicher Beendigungsgrund sind die Anforderungen an eine fristlose Kündigung hoch. Nach der Praxis müssen Gründe vorliegen, die einerseits objektiv betrachtet die Weiterführung des Anstellungsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen und die anderseits das Vertrauensverhältnis auch tatsächlich so gestört haben, dass eine der Parteien das Anstellungsverhältnis nicht mehr weiterführen wollte.

Die ausserordentliche Kündigung kommt in der Praxis vor allem in Form der Arbeitgeberkündigung vor; aber auch Angestellte können das Anstellungsverhältnis fristlos auflösen, wenn die Fortführung objektiv und subjektiv unzumutbar ist.⁵⁷³

B. Objektive Unzumutbarkeit

Entsprechend ihrem Ausnahmecharakter kommt eine fristlose Kündigung nur bei besonders gravierenden Vorfällen in Frage. Diese müssen derart schwerwiegend sein, dass sie auch aus Sicht eines unbeteiligten Dritten geeignet sind, das Vertrauensverhältnis unwiederbringlich zu zerstören bzw. derart stark zu erschüttern, dass eine Fortführung auch nur bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht mehr zumutbar ist.

In Frage kommen dabei in erster Linie schwerwiegende Pflichtverletzungen oder ein untragbares Verhalten. Auch ein wiederholtes Auftreten weniger gewichtiger Vorfälle

⁵⁷³ Siehe für einen Anwendungsfall Urteil VGer ZH PB.2009.00035 vom 27. Januar 2010.

kann in der Summe zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn eine Verwarnung zu keiner Besserung geführt hat.

Beispiel: Die unrechtmässige Erfassung von bezahlter Urlaubszeit für eine Arztkonsultation durch einen Arbeitnehmer sowie sein Versuch, dies zu verschleiern, berechtigte den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung, nachdem der Arbeitnehmer wegen ähnlicher Vorfälle bereits ermahnt worden war, die Arbeitszeit korrekt zu erfassen (Urteil VGer ZH, VB.2019.00676 vom 27. Februar 2020).

Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist immer anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Dabei spielt etwa die Dauer der Anstellung eine Rolle – Verfehlungen langjähriger Angestellter führen weniger schnell zu einer Zerstörung des Vertrauens als Verfehlungen von Angestellten, die erst seit Kurzem für das Gemeinwesen tätig sind. Zu berücksichtigen ist sodann die Stellung der Angestellten im Betrieb: Bei Personen in einer besonderen Vertrauens- oder Verantwortungsposition tritt die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung schneller ein als bei Personen in untergeordneter Stellung.

Beispiel: Einem Steuerkommissär, der wiederholt Ausstandsgründe missachtet hatte, durfte mit Blick auf seine besondere Vertrauensposition fristlos gekündigt werden, auch wenn die Einschätzungen materiell nicht zu beanstanden waren (Urteil VGer ZH, VB.2012.00747 vom 22. Februar 2013).

Auch ein Fehlverhalten ausserhalb der dienstlichen Tätigkeit kann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, sofern dadurch die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung in schwerer Weise beeinträchtigt wird oder dieses wegen der Stellung der angestellten Person der Glaubwürdigkeit und dem Ansehen des Gemeinwesens bzw. dem Vertrauen in eine ordnungsgemässe Verwaltung schadet.

Beispiel: Die Tätigkeit eines Polizisten als Presseverantwortlicher bei der Vereinigung «Wir für Euch», die während der Covid-19-Pandemie unter anderem dazu aufrief, Strafanzeigen gegen Polizistinnen und Polizisten einzureichen, welche die Vorschriften zur Bekämpfung der Pandemie durchsetzen mussten, berechtigte die Kantonspolizei zur fristlosen Auflösung des Anstellungsverhältnisses (Urteil VGer ZH, VB.2022.00317 vom 11. Mai 2023).

C. Subjektive Unzumutbarkeit

Liegt ein wichtiger Grund vor, muss dieser auch tatsächlich zur Unzumutbarkeit geführt haben. Der Arbeitgeber muss durch sein Verhalten zu verstehen geben, dass er eine weitere Beschäftigung des oder der fehlbaren Angestellten ablehnt. Die privatrechtliche Praxis verlangt deshalb, dass eine fristlose Kündigung umgehend, das

heisst innert weniger Tage, ausgesprochen wird.⁵⁷⁴ Wartet der Arbeitgeber ungebührlich lange zu, gibt er damit zu verstehen, dass ihm die Fortführung des Anstellungsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin zumutbar ist.

Auf das öffentliche Personalrecht lässt sich diese Praxis nicht unbesehen übertragen. Aufgrund der Untersuchungsmaxime sowie der Verfahrensvorschriften – namentlich der Pflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs – kann beim öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber die fristlose Kündigung auch nach einer längeren Zeitspanne noch zulässig sein. Namentlich kann sich rechtfertigen oder mit Blick auf die Unschuldsvermutung sogar geboten sein, den Ausgang einer Administrativuntersuchung oder eines Strafverfahrens abzuwarten.⁵⁷⁵ Entscheidend ist deshalb in erster Linie, ob das Kündigungsverfahren bzw. die allenfalls notwendige Sachverhaltsuntersuchung zügig angegangen wurden.⁵⁷⁶

Beispiel: Der Regierungsrat des Kantons Zürich durfte den Ausgang einer Administrativuntersuchung abwarten, bevor er das Anstellungsverhältnis mit dem Chef des Steueramts (der unzulässig in Steuerverfahren eingegriffen hatte und zu Unrecht einen akademischen Titel führte) auflöste. Weil der Sachverhalt komplex war und der Regierungsrat als Kollegialorgan entscheiden musste, ist eine Dauer von neun Tagen zwischen dem Verzicht auf eine Stellungnahme und dem Kündigungsbeschluss nicht zu lang (Urteil PB.2006.00020 vom 2. Mai 2007).

Die ausserordentliche Kündigung muss nicht zwingend fristlos erfolgen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darf ein Arbeitgeber das Anstellungsverhältnis auch mit einer sogenannten Sozialfrist auflösen, das heisst das Anstellungsverhältnis im Interesse des Angestellten nicht sofort, sondern mit einer verkürzten Frist auflösen. Voraussetzung dafür ist, dass die Frist für die ordentliche Kündigung klar unterschritten wird, keine Verletzung öffentlicher Interessen gegeben ist und die Gewährung der Sozialfrist primär im Interesse des Angestellten liegt.⁵⁷⁷ Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erachtete es als zulässig, dass ein Arbeitgeber, der während der Krankschreibung eines Mitarbeiters erhebliche Pflichtverletzungen entdeckt hatte, mit der fristlosen Kündigung bis zur Rückkehr an den Arbeitsplatz zuwartete.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ BGE 130 III 28, E. 4.4 mit Hinweisen.

⁵⁷⁵ Zum Ganzen BGE 138 I 113, E. 6.4 f.

⁵⁷⁶ Vgl. hierzu Urteil VGer ZH PB.2006.00020 vom 2. Mai 2007, E. 4.

⁵⁷⁷ BGE 140 I 320, E. 7.4 f.

⁵⁷⁸ Urteil VGer ZH VB.2024.00261 vom 13. März 2025, E. 3.3.

D. Rechtsfolgen einer unrechtmässigen ausserordentlichen Kündigung

I. Bei einer Arbeitgeberkündigung

Wird das Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber zu Unrecht fristlos aufgelöst, haben die Angestellten Anspruch auf den Lohn, den sie bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin verdient hätten. Ausser in Fällen, in welchen das anwendbare Personalrecht einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung oder Wiederanstellung kennt (siehe § 2E), bleibt das Anstellungsverhältnis aber aufgelöst.

Eine unzulässige fristlose Kündigung während einer Sperrfrist bleibt ebenfalls rechtsgültig und wird nicht in eine ordentliche Kündigung konvertiert, die nichtig wäre. Jedoch ist dem Umstand, dass das Anstellungsverhältnis erst später ordentlich hätte aufgelöst werden können bzw. die Kündigungsfrist stillgestanden hätte, bei der Bemessung der Lohnnachzahlung zu berücksichtigen.

Zusätzlich zum entgangenen Lohn ist den Angestellten in der Regel eine Entschädigung zu entrichten, die maximal sechs Monatslöhne beträgt (Verweis auf Art. 337c Abs. 3 OR). In der Praxis wurde die Entschädigung aber auch schon verweigert, namentlich wenn zwar eine objektive Unzumutbarkeit vorlag, es aber an der subjektiven Unzumutbarkeit fehlte.⁵⁷⁹

II. Bei einer Arbeitnehmerkündigung

Nach der privatrechtlichen Regelung (Art. 337d OR) müssen Arbeitnehmende, die eine Stelle ohne wichtigen Grund fristlos verlassen, eine Entschädigung leisten, die der Höhe des Viertels eines Monatslohns entspricht; gegebenenfalls sind sie für weiteren Schaden ersatzpflichtig.

Aufgrund der häufigen Pauschalverweise auf die Regelung in Art. 337 ff. OR kommt diese Ersatzpflicht grundsätzlich auch im öffentlichen Personalrecht zum Tragen. In der Praxis dürfte sie aber kaum Bedeutung haben.

⁵⁷⁹ Vgl. Urteil VGer ZH VB.2015.00531 vom 10. Februar 2016, E. 6.

§4 Einvernehmliche Beendigung

A. Allgemeines

Sind beide Parteien einverstanden, kann ein Anstellungsverhältnis grundsätzlich auch ausserhalb der Kündigungsfristen und Termine aufgelöst werden. Das geschieht im Rahmen eines Aufhebungsvertrags, in dem die Modalitäten der Beendigung geregelt werden.

Der Aufhebungsvertrag dient einerseits dazu, das Anstellungsverhältnis ausserhalb der formalen Vorschriften zur ordentlichen Kündigung zu beenden. Andererseits soll für beide Parteien Rechtssicherheit bezüglich der Modalitäten der Beendigung geschaffen und damit eine künftige Rechtsstreitigkeit über die Folgen der Auflösung vermieden werden.

Aufhebungsverträge müssen grundsätzlich schriftlich abgeschlossen werden.⁵⁸⁰

B. Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen

I. Generelle Zulässigkeit

Der Aufhebungsvertrag ist als verwaltungsrechtlicher Vertrag zu qualifizieren. Er ist damit zulässig, sofern das anwendbare Personalrecht Raum dafür lässt und er zur Regelung des Rechtsverhältnisses geeigneter erscheint als eine Verfügung. Sofern das anwendbare Personalrecht diese Auflösungsform nicht ausdrücklich ausschliesst, ist die einvernehmliche Beendigung mithin auch ohne ausdrückliche Regelung zulässig. In den Personalgesetzen ist dieser Beendigungsgrund aber regelmässig ausdrücklich vorgesehen.⁵⁸¹

II. Inhaltliche Schranken

Aufhebungsverträge können dazu führen, dass zugunsten der Angestellten aufgestellte Schutzvorschriften umgangen werden, namentlich die Bestimmungen zum zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz. Sie sind deshalb nur zulässig, sofern auch die Angestellten ein vernünftiges Interesse daran haben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Aufhebungsvertrag zulässig, wenn die beidseitigen An-

⁵⁸⁰ Ausdrücklich etwa Art. 13 BPG; vgl. hierzu auch Urteil VGer ZH VB.2012.00045 vom 28. August 2012, E. 4.2.

⁵⁸¹ Vgl. etwa § 20 PG LU, § 23 PG ZH.

sprüche, auf die verzichtet wird, ungefähr von gleichem Wert sind.⁵⁸² Diese Voraussetzung ist aufgrund der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu prüfen. Dabei kann das Entgegenkommen des Arbeitgebers etwa ein Verzicht auf Arbeitsleistung, die Gewährung einer längeren Kündigungsfrist oder eine Geldleistung sein.

Angestellte dürfen nicht mit einem Aufhebungsvertrag überrumpelt werden. Wird der Aufhebungsvertrag vom Arbeitgeber aufgesetzt, ist ihnen deshalb vor der Unterzeichnung eine angemessene Überlegungsfrist einzuräumen.⁵⁸³

III. Folgen einer unzulässigen Aufhebungsvereinbarung

Welche Folgen eine unzulässige Aufhebungsvereinbarung hat, ist nicht restlos geklärt. In der Praxis wird der Aufhebungsvertrag teilweise ganz aufgehoben, teilweise werden die Angestellten so gestellt, als wäre eine ordentliche Kündigung erfolgt.

Werden mit dem Aufhebungsvertrag unzulässigerweise Schutzvorschriften umgangen, welche eine Kündigung für nichtig erklären, ist in der Regel auch auf Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags zu schliessen.⁵⁸⁴

C. Anfechtung einer Aufhebungsvereinbarung

Auf verwaltungsrechtliche Verträge kommen die Bestimmungen des Obligationenrechts analog zur Anwendung. Aufhebungsvereinbarungen können dementsprechend im Sinn von Art. 21 sowie Art. 23 bis 30 OR wegen Übervorteilung, Irrtums⁵⁸⁵, Täuschung⁵⁸⁶ sowie Furchterregung⁵⁸⁷ angefochten werden. Die Anfechtung hat innerhalb eines Jahres ab Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung bzw. ab Wegfall des Furchtgrunds zu erfolgen (Art. 31 OR).

Dringen Anfechtende mit ihrem Begehren durch, wird der Vertrag aufgehoben; das Anstellungsverhältnis lebt damit wieder auf. Diese Rechtsfolge ist allerdings nicht immer im Interesse der Parteien, weshalb sich allenfalls stattdessen eine Anpassung der vom Willensmangel betroffenen Vertragsbestimmungen aufdrängt.

⁵⁸² Urteil BGer 8C_686/2019 vom 4. Dezember 2019, E. 5, auch zum Folgenden.

⁵⁸³ Urteil BVGer A-958/2019 vom 15. Oktober 2019, E. 4.8 mit Hinweisen.

⁵⁸⁴ Urteil VGer ZH PB.2007.00007 vom 30. Mai 2007, E. 2.4 f.

⁵⁸⁵ Vgl. Urteil BGer 8C_75/2019 vom 17. Mai 2019.

⁵⁸⁶ Vgl. Urteil BGer 8C_470/2019 vom 1. Oktober 2019.

⁵⁸⁷ Vgl. Urteil VGer ZH VB.2012.00747 vom 20. Februar 2013.

§5 Q & A

- A. A ist als Berufsbeiständin tätig. Sie erfüllt diese Aufgabe grundsätzlich gut, einzig ihre Tätigkeit in administrativen und finanziellen Belangen ist ungenügend. Nachdem diese Leistungen trotz mehrmaliger Abmahnung nicht besserten, kündigt der Arbeitgeber. A macht geltend, ihre Mitarbeiterbeurteilung sei gesamthaft genügend ausgefallen, weshalb ihr nicht gekündigt werden dürfe.**

Ein sachlicher Kündigungsgrund liegt nicht erst vor, wenn die Leistungen gesamthaft mangelhaft sind; es genügt, wenn die mangelhafte Leistung einen wesentlichen Aspekt der Berufstätigkeit betrifft. Entsprechend kann eine Kündigung zulässig sein, wenn die Leistung zwar gesamthaft genügend ist, in einem gewichtigen Bereich aber ungenügende Leistungen erbracht werden und sich dies auch nach Abmahnung nicht gebessert hat (vgl. Urteil VGer ZH, VB.2022.00616 vom 7. Juni 2023).

- B. A ist als Sachbearbeiter im Finanzamt einer Gemeinde tätig. Gegen ihn läuft ein Strafverfahren wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln. Er bestreitet den Vorwurf. Darf die Gemeinde ihm wegen dieses Strafverfahrens kündigen?**

Nein. Einerseits fehlt es dafür an einem rechtskräftigen Strafurteil und eine Kündigung verstiesse deshalb gegen die Unschuldsvermutung. Andererseits ist nicht ersichtlich, inwiefern das private Fehlverhalten hier Einfluss auf die berufliche Tätigkeit haben sollte. Anders könnte es sich etwa dann verhalten, wenn A wegen Vermögensdelikten rechtskräftig verurteilt worden wäre.

- C. A war als Projektleiterin für den Neubau des Gemeindehauses bei der Gemeinde X befristet auf drei Jahre angestellt. Zehn Tage vor Ablauf der Befristung erkrankt sie und ist in der Folge drei Monate krank. Sie macht geltend, das Anstellungsverhältnis müsse sich wegen der Sperrfrist um drei Monate verlängern. Trifft das zu?**

Eine befristete Anstellung endet mit dem letzten Tag der vereinbarten Anstellungsdauer, unabhängig davon, ob ein unbefristetes Anstellungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt aufgelöst werden dürfte. Die Krankheit bewirkt deshalb keine Verlängerung der Anstellungsdauer (und damit auch keine Lohnfortzahlungspflicht) der Gemeinde.

Kapitel 11: Verfahrensfragen

§1 Rechtsquellen der Verfahrensbestimmungen

A. Bund

Verfahrensgesetze regeln in den Anfangsbestimmungen ihren Anwendungsbereich.

Beispiel: Art. 1 VwVG

Dieses Gesetz findet Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind.

Bei Bundesangestellten kommt für das verwaltungsinterne Handeln der Behörde mithin zuerst das *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren* zur Anwendung (VwVG).

In der Regel werden personalrechtliche Verfügungen von Bundesbehörden im Bundespersonalrecht beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mit Sitz in St. Gallen beurteilt die Rechtmässigkeit von Verfügungen aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung. Vorinstanzen sind hauptsächlich die Departemente der Bundesverwaltung und die ihnen unterstellten oder zugeordneten Ämter. Das Verfahren dort – also das Verfahren bis zum Erlass einer Verfügung richtete – sich gemäss dem Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VVG) ebenfalls nach dem genannten Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, soweit nicht anders geregelt.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes können an das Bundesgericht weitergezogen werden. Für das Verfahren vor Bundesgericht gilt das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BBG).

B. Kantone und Gemeinden

Die Kantone haben eigene Verwaltungsverfahrensgesetze, welche so oder ähnlich heissen. Diese Gesetze erklären, für welche Verfahren und Behörden sie zur Anwendung kommen.

Beispiel: § 4 VRG ZH: Die Bestimmungen dieses Abschnittes gelten für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden der Gemeinden, der Bezirke und des Kantons, soweit nicht abweichende Vorschriften bestehen.

Diese kantonalen Verfahrensgesetze finden sich in der Gesetzessammlung der Kantone.

Idealtypisch ist die Situation in den meisten Kantonen so geregelt, dass die kantonalen Verfahrensgesetze in der Regel auch für Gemeinden zur Anwendung kommen. Es muss jedoch immer im Einzelfall geklärt werden.

Gemeinden (damit sind auch Städte gemeint) kennen teilweise für ihre internen Rechtsmittelverfahren Verfahrensgesetze. Diese finden sich in den kommunalen Gesetzessammlungen

Beispiel: Neubeurteilungsreglement der Stadt Zürich⁵⁸⁸

Bei Kantonen und Gemeinden ist das Verwaltungsverfahren im Personalrecht daher oft dreistufig:

- Verwaltungsinterne Überprüfung durch die hierarchisch übergeordnete Behörde (z.B. Stadtrat)
- Verwaltungsexterne erste Prüfung
- Prüfung durch eine verwaltungsgerichtliche Instanz

C. Anstalten, Zweckverbände und weitere juristische Personen

I. Anstalten

«Eine öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz technisch und organisatorisch zusammengefasst ist.»⁵⁸⁹

In diesen Rechtsätzen (= gesetzliche Grundlagen) finden sich oft Vorschriften über das Verfahren sowie Hinweise, welche Verfahrensgesetzgebung Anwendung findet. Idealtypisch erfolgt meist ein Verweis auf das bei den Anstaltsträgern anwendbare Verwaltungsverfahren. In der Regel finden sich in den spezifischen Rechtsätzen zur Anstalt auch Vorschriften, wer welche Kompetenzen hat, also Zuständigkeitsvorschriften.

Beispiel: Gesetz über das Universitätsspital Zürich (USZG ZH)⁵⁹⁰

In den §§ 29 ff. dieses Gesetzes finden sich Artikel über die Rechtspflege, also welche Anordnungen welcher Instanz wo angefochten werden können.

⁵⁸⁸ AS ZH, 172.150. Art. 1. Dieses Reglement regelt das Verfahren für die Behandlung von Begehren um Neubeurteilung gemäss §§ 170 und 171 Gemeindegesetz und Art. 70 GO. Art. 2 des Reglements gilt für die Behandlung der Neubeurteilungsbegehren, für die der Stadtrat zuständig ist.

⁵⁸⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1659.

⁵⁹⁰ Das Universitätsspital Zürich ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt.

II. Zweckverbände – Gemeindeverbände

«Der Gemeindeverband (auch kommunaler Zweckverband genannt) ist ein öffentlich-rechtlicher Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zur gemeinschaftlichen Erfüllung bestimmter kommunaler Aufgaben».⁵⁹¹ Auch Kantone können Zweckverbände abschliessen.

Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Körperschaften. Die Mitglieder sind die im Verband zusammengeschlossenen Gemeinden bzw. Kantone. Typisch sind solche Verbände für die überregionale Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben z.B. sonderpädagogischen Aufgaben, dem Betreiben von Alters- und Pflegeheimen, Kläranlagen, Verbrennungsanlagen, Werken u.Ä.

Die Rechtssetzung erfolgt durch Zweckverbandsverträge und Statuten. Oft finden sich in diesen Rechtssätzen Hinweise auf verfahrensrechtliche Vorschriften, insbesondere auf die Rechtspflege und die Zuständigkeiten: Es finden sich Regelungen dazu, welche Anordnungen wo und wie angefochten werden können. Zu finden sind diese Rechtserlasse in den Gesetzgebungen der Mitgliedergemeinden oder Mitgliederkantone. Ebenso wird oft auch auf das anwendbare Verwaltungsverfahrenrecht hingewiesen.

III. Weitere juristische Personen

Dezentrale Verwaltungsträger können sowohl öffentlich-rechtlich wie auch privatrechtlich organisiert sein. Für die Gründung dieser Rechtssubjekte ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, in welcher meist auch Bestimmungen zum anwendbaren Personalrecht und teilweise auch entsprechende Verfahrensbestimmungen enthalten sind. Mittels Delegationsnormen kann der Gesetzgeber den Organisationen aber bis zu einem gewissen Grad Freiheiten im Bereich des Personalrechts einräumen.⁵⁹² Die Vielfalt ist auch hier gross, die Prüfung im Einzelfall unerlässlich.

D. Verfahrensbestimmungen in den materiellen personalgesetzlichen Grundlagen

Sehr oft enthalten auch die Personalrechtsgesetzgebungen *spezialgesetzliche Verfahrensbestimmungen*. Diese gehen damit in personalrechtlichen Fällen den allgemeinen Bestimmungen in den Verwaltungsverfahrensgesetzen vor.

⁵⁹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1965.

⁵⁹² Vgl. zu den Grenzen dieser Delegation im öffentlichen Personalrecht etwa BGE 128 I 113.

Bestimmungen zum Rechtsschutz und zur Rechtspflege:

Beispiel: § 37 Personalgesetz Kanton Aargau

Vor Einreichung einer gerichtlichen Klage nach § 39 oder einer Beschwerde nach § 40 sind alle Streitigkeiten, einschliesslich derjenigen nach Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995, der Schlichtungskommission vorzulegen. Bei Verfügungen und Vertragsauflösungen ist eine Frist von 30 Tagen nach Zustellung einzuhalten.

Die Schlichtungskommission gibt eine Empfehlung ab. Innert 30 Tagen nach Zustellung der Empfehlung stellt die zuständige Stelle einen neuen Entscheid oder eine neue Verfügung zu. Die betroffene Person kann innert sechs Monaten nach Zustellung des neuen Entscheids gerichtliche Klage gemäss § 39 einreichen beziehungsweise innert 30 Tagen nach Zustellung der neuen Verfügung gerichtliche Beschwerde gemäss § 40 erheben.

Viele Personalgesetze kennen zudem auch Vorschriften über das nichtstrittige Verwaltungshandeln: z.B. Vorschriften, in welcher Form bei personalrechtlichen Anordnungen das rechtliche Gehör zu gewähren ist.

Bestimmungen zu Zuständigkeitsvorschriften:

Beispiel: Personalgesetz Kanton St. Gallen

Art. 9 Arbeitgeberin und Arbeitgeber

¹Als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber nach diesem Erlass handeln:

- a) Regierung;
- b) Departemente und Staatskanzlei;
- c) nach Gesetz oder zwischenstaatlicher Vereinbarung zuständige Organe von Gerichten und anderen Justizbehörden, selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten und weiteren Institutionen.

Art. 10 Zuständigkeit

a) Regierung

¹Die Regierung ist zuständig für Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses von:

- a) Generalsekretärin oder Generalsekretär;
- b) Leiterin oder Leiter eines Amtes oder einer Anstalt;
- c) Leiterin oder Leiter des Dienstes für politische Planung und Controlling;
- d) weiteren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nach besonderen gesetzlichen Bestimmungen

²Sie kann durch Verordnung die Zuständigkeit für Begründung und Beendigung auf weitere Arbeitsverhältnisse ausdehnen.

Bestimmungen zur Delegation und Subdelegation der Zuständigkeiten:

Beispiel: Personalgesetz Kanton St. Gallen

Art. 12. Übertragung

¹Das Departement kann die Zuständigkeit der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers ganz oder teilweise an das Generalsekretariat sowie an Ämter und Anstalten, die Staatskanzlei an ihre Dienste, übertragen.

²Das Amt und die Anstalt können die Zuständigkeit für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses an Abteilungen übertragen.

E. Verfahrensbestimmungen in Organisationsgesetzen

Organisationsgesetze können ebenfalls Regelungen von personalrechtlicher Relevanz, namentlich zur Zuständigkeit zum Erlass von personalrechtlichen Anordnungen enthalten.

§2 Allgemeine Verfahrensgarantien

A. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Absatz 1 BV).

Daraus wird Folgendes abgeleitet:

- Verbot von Rechtsverzögerung (Beschleunigungsgebot)
- Verbot der Rechtsverweigerung
- Verbot des überspitzten Formalismus
- Anspruch auf richtige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde, Unparteilichkeit einer Behörde
- Anspruch auf Waffengleichheit (der Parteien im Verfahren)

B. Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein zentraler Punkt im öffentlichen Personalrecht.

I. Anspruch auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung im Verfahren

Vorgängige Äusserung: Das Recht auf vorherige Stellungnahme und Beteiligung am Verfahren gewährleistet, dass die betroffenen Parteien ihre Perspektive vor dem Erlass einer Verfügung einbringen können. Dadurch wird ein wesentlicher Beitrag zur sorgfältigen Klärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts geleistet.⁵⁹³

Mitwirkung: Das Recht auf Stellungnahme und Mitwirkung beinhaltet das Recht der betroffenen Person, sich vor einer Entscheidung zur Angelegenheit zu äussern, relevante Beweismittel vorzulegen, mit bedeutsamen Beweisanträgen gehört zu werden sowie bei der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zu den Ergebnissen zu äussern, sofern diese den Entscheid beeinflussen können.⁵⁹⁴

Werden im Rahmen des rechtlichen Gehörs Beweise genannt bzw. angeboten, sind diese zu prüfen, wenn sie den Entscheid beeinflussen können. In der personalrechtlichen Praxis stellt sich oft die Frage, ob z.B. bei den Sachverhaltsabklärungen der Arbeitgeberin – also im nichtstreitigen Verfahren (vor Erlass einer Verfügung) – ein Recht auf Teilnahme bei der Befragung einer Person besteht, welche relevante Angaben zu Ereignissen machen soll. Diese Frage kann nicht absolut mit Ja oder Nein beantwortet werden. In den meisten Verfahrensgesetzen können Auskünfte von Dritten schriftlich eingeholt werden, womit sich ein Teilnahmerecht erübrigt. Im Personalrecht wird faktisch oft eine «Befragung» gemacht. Betreffend der Teilnahmerechte sind die Verfahrensgesetze und die Kommentare zu den jeweiligen Verfahrensgesetzen sowie die Rechtsprechung zu konsultieren. Im Minimum muss jedoch einer Person das Protokoll bzw. die schriftliche Auskunft der Auskunftsperson⁵⁹⁵ wiederum zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt werden.

Vorgängige Äusserung: Das rechtliche Gehör ist zu einem Zeitpunkt zu gewähren, zu dem noch eine ergebnisoffene Entscheidung der zuständigen Behörde möglich ist. Es soll gewährleistet werden, dass die im Rahmen des rechtlichen Gehörs vorgebrachten Argumente auch noch in den Entscheidungsprozess einfließen. Der Anspruch ist verletzt, wenn z.B. eine Kündigung schon vor der Anhörung feststeht (vgl. dazu BGE 140 I 320). Im Personalrecht liegt es in der Natur der Sache, dass beim

⁵⁹³ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 230.

⁵⁹⁴ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 232.

⁵⁹⁵ Umgangssprachlich werden solche Dritte als «Zeugen» bezeichnet, juristisch gesehen sind Zeugen nur Personen, welche von Behörden mit entsprechenden Befugnissen (Ermahnung zur Wahrheitspflicht, Mitteilung von Zeugnisverweigerungsgründen) befragt werden. Im nichtstreitigen Verfahren können daher keine Zeugenbefragungen im rechtlichen Sinne durchgeführt werden. Man spricht dort von Auskunftspersonen.

Arbeitgeber im Zeitpunkt der Gewährung des rechtlichen Gehörs bereits die Absicht besteht, eine Massnahme, also z.B. die Auflösung der Anstellung, zu ergreifen. Andernfalls müsste ja keine Anhörung erfolgen. Wesentlich ist, dass der Beschluss noch nicht endgültig gefällt ist.⁵⁹⁶

Inhalt: Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ist erforderlich, dass der Sachverhalt und die Argumente, welche einer allfälligen personalrechtlichen Massnahme zugrunde liegen sollen, genannt werden. Dabei sollte der Betroffene nicht bloss die ihm zur Last gelegten Tatsachen kennen, sondern darüber hinaus auch wissen, dass eine Verfügung mit bestimmter Stossrichtung in Erwägung gezogen wird.⁵⁹⁷

Das Äusserungsrecht bezieht sich nicht nur auf Handlungen der Behörde, sondern auch auf Eingaben von anderen Parteien, z.B. in einem späteren Rechtsmittelverfahren auf Kenntnisnahme von Eingaben der Gegenseite.

II. Rechtliches Gehör vor Erlass oder Änderung von personalrechtlichen Bestimmungen?

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 BV ergibt sich kein Anspruch von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, bei Rechtssetzungsakten vorgängig angehört zu werden. Art. 29 BV gibt also z.B. Gemeindeangestellten kein Recht, vor einer Änderung von kommunalen personalrechtlichen Bestimmungen angehört zu werden. Die Pflicht zur Konsultation oder sogar Mitwirkung muss sich aus anderen Vorschriften ergeben. Eine solche Pflicht findet sich z. B. im BVG (Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG, beim geplanten Wechsel der Pensionskasse).

III. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs

Ein im Personalrecht denkbarer Grund für eine Einschränkung des rechtlichen Gehörs ist die *Dringlichkeit* einer Massnahme (Einstellung im Amt, fristlose Kündigung). Das Personalrecht des Kantons Zürich wie auch das Personalrecht der Stadt Zürich sehen vor, dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs bei einer fristlosen Kündigung – wenn ein sofortiger Entscheid im öffentlichen Interesse notwendig ist – nachgeholt werden kann.⁵⁹⁸ Ob eine gesetzliche Grundlage für ein solches Vorgehen vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden.

⁵⁹⁶ Vgl. Urteil BVGer A-2884/2018 vom 23. Juli 2019, E. 33 zur Frage des rechtlichen Gehörs bei einer Kündigung.

⁵⁹⁷ Urteil BGer 8C_187/2011 vom 14. September 2011, E. 5.1.

⁵⁹⁸ § 31 Abs 2 PG ZH, Art. 37 Abs. 2 PR ZH.

Eine Einschränkung des Grundsatzes des vorgängigen Anhörungsrechtes ist nur zulässig, wenn sie auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruht, verhältnismässig ist und so bald als möglich nachgeholt wird.⁵⁹⁹ Auch bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage besteht eine hohe Gefahr, dass ein solches Vorgehen in einem Rechtsmittelverfahren zu formalen Rügen führt, also zu einem weiteren strittigen Verfahrenspunkt. Es ist daher davon abzuraten.

IV. Fristen und Form der Gewährung des rechtlichen Gehörs

1. Form des rechtlichen Gehörs

Gelegentlich finden sich in der personalrechtlichen Gesetzgebung explizit Bestimmungen, für welche Fälle das rechtliche Gehör in welcher *Form* (z.B. schriftlich) zu gewähren ist.⁶⁰⁰ Meist ist die Form aber nicht ausdrücklich vorgegeben. Grundsätzlich gilt, dass das rechtliche Gehör auch mündlich gewährt werden kann. Ein Anspruch einer betroffenen Person, ihre Stellungnahme mündlich abzugeben, besteht nach Bundesgericht jedoch nicht.⁶⁰¹

Zu Beweis Zwecken empfiehlt sich bei mündlicher Durchführung des rechtlichen Gehörs zudem das protokollarische Festhalten von mündlichen Äusserungen mit Unterschriften aller anwesenden Personen. Gemäss Rechtsprechung im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Anhörungsmöglichkeiten, z.B. im Rahmen eines Mitarbeitergespräches, genügen, sofern der Zweck – nämlich die Gewährung des rechtlichen Gehörs – nach Treu und Glauben erkennbar und der Arbeitnehmerin klar ist, wozu sie Stellung nehmen soll und mit welcher Massnahme sie zu rechnen hat.⁶⁰²

Praxistipp für mündlich gewährtes rechtliches Gehör: Es empfiehlt sich, Gespräche, welche der Einräumung des rechtlichen Gehörs dienen sollen, detailliert protokollarisch oder mittels umfassender Gesprächsnotiz zu dokumentieren und festzuhalten, dass das Gespräch der Einräumung des rechtlichen Gehörs dienen soll.

⁵⁹⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 237.

⁶⁰⁰ In einer alten Fassung von § 18 VVO wurde im Kanton Zürich z.B. die schriftliche Einräumung des rechtlichen Gehörs vor einer Kündigung aufgrund von Leistung und Verhalten verlangt.

⁶⁰¹ BGE 134 I 140.

⁶⁰² BGE 144 I 11, E.5.3 mit weiteren Hinweisen.

2. Fristen

Allenfalls finden sich in Leitfäden, Handbüchern oder Merkblättern einer Arbeitgeberin Hinweise auf die *Länge* einer einzuräumenden Frist für das rechtliche Gehör.⁶⁰³ Zulässig ist es, bei einer in Aussicht gestellten dringlichen Anordnung (z.B. einer fristlosen Kündigung) die Frist kürzer anzusetzen.

Fristen, die durch eine behördliche Mitteilung ausgelöst werden, *beginnen am Folgetag zu laufen*. Wird also eine Frist an einem Montag zugestellt und dauert gemäss Ansetzung fünf Tage, ist Tag Nummer eins der Dienstag. Die Frist endet damit rechnerisch am Samstag. Die Verfahrensgesetze sehen idealtypisch vor, dass Fristen, welche auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fallen, am nächsten Werktag enden, dies muss jedoch in der anwendbaren Verfahrensgesetzgebung geklärt werden.

Recht auf Fristerstreckung? Bei der Frist zur Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs handelt es sich um eine behördlich angesetzte Frist, also keine gesetzlich bestimmte Frist. Damit kann diese Frist auf vor Ablauf der Frist gestelltes, begründetes Gesuch hin grundsätzlich erstreckt werden. Ob eine Frist erstreckt wird, hängt im Einzelfall vom Ermessen der Behörde ab. Wird die Frist angesetzt, ohne den ausdrücklichen Vermerk «nicht erstreckbar» anzubringen, so können die Betroffenen damit rechnen, dass sie aus «ausreichenden» (Formulierung § 12 VRG ZH) oder «zureichenden» (Formulierung Art. 22 VwVG) Gründen erstreckt wird.⁶⁰⁴

Verspätete Vorbringen: Das VwVG sieht z.B. vor, dass verspätete Vorbringen, die ausschlaggebend sind, trotz Verspätung berücksichtigt werden können (Art. 32 Abs. 2 VwVG). Generell empfiehlt es sich, Vorbringen zu berücksichtigen, auch wenn sie verspätet erfolgen. Dafür spricht der Grundsatz der *Offizialmaxime*, also das Gebot, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Dafür spricht auch, dass das Interesse an einer Richtigkeit des Entscheides höher zu werten ist als die Einhaltung einer behördlich bestimmten Frist.

Praxistipp: Im Personalrecht empfiehlt es sich, die Frist für das rechtliche Gehör bis zu einem bestimmten Datum zu gewähren und in dringlicheren Fällen, bei denen ein grosses öffentliches Interesse vorhanden ist, die Frist als nicht erstreckbar zu bezeichnen.

Eine Frist gilt als eingehalten, wenn sie am letzten Tag der Frist der Schweizerischen Post übergeben oder direkt bei der Behörde eingereicht wurde. Der Beweis der recht-

⁶⁰³ Im Handbuch Personalrecht des Kantons Zürich finden sich bei der Abhandlung zum rechtlichen Gehör folgende «Richtwerte»: Ordentliche Kündigung in Probezeit: 3–5 Kalendertage, ordentliche Kündigung nach Probezeit: 5–10 Kalendertage, fristlose Kündigung: 2–3 Kalendertage (Handbuch Personalrecht ZH > Grundlagen > Rechtliches Gehör).

⁶⁰⁴ Vgl. PLÜSS § 12 VRG N 18 m.w.H.

zeitigen Eingabe obliegt dem Fristbelasteten. Umgekehrt trägt die Behörde die Beweislast für die Zustellung der Mitteilung und damit für den Beginn des Fristenlaufes.

Fristwiederherstellungsgesuche sind denkbar, werden aber nur unter strengen Voraussetzungen gewährt. Spezialtypisch wird verlangt, dass der Pflichtige unverschuldet verhindert war, wobei z.B. Krankheit an sich keine ausreichende Grundlage darstellt, sondern nur dann, wenn es einer erkrankten Person nicht zumutbar ist, zu handeln oder einen Vertreter zu bezeichnen. Die Regelungen, wie im Falle einer Fristwiederherstellung vorzugehen ist und welche Frist dafür einzuhalten ist, ist je nach Verfahrensgesetzgebung unterschiedlich.

V. Akteneinsicht (Teilgehalt des rechtlichen Gehörs)

1. Grundlagen

Das Recht auf Akteneinsicht gilt gemäss Art. 29 Abs. 2 BV als ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf Akteneinsicht erstreckt sich auf alle Akten, ohne dass es darauf ankommt, ob sie den Entscheid in der Sache tatsächlich beeinflussen könnten. *«Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann also nicht mit der Begründung verweigert werden, die betreffenden Dokumente seien für den Verfahrensausgang belanglos; vielmehr muss es dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen».*⁶⁰⁵ Die Einsicht muss grundsätzlich in sämtliche verfahrensbezogenen Akten gewährt werden, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden.⁶⁰⁶ Einzig rein interne Akten sind davon ausgenommen, also Notizen, die der internen Meinungsbildung dienen.⁶⁰⁷

Im Personalrecht kommt der Akteneinsicht in der Praxis regelmässig hohe Bedeutung zu und führt mit einer gewissen Regelmässigkeit zu kniffligen Fragestellungen bei beiden Parteien.

2. Aktenführungs- und Protokollierungspflicht als Teilaspekt

Damit in Akten Einsicht genommen werden kann, müssen die Behörden alle entscheidenerheblichen Unterlagen erstellen bzw. zu den Akten nehmen. Gerade im Personalrecht empfiehlt sich eine transparente, korrekte und dokumentierte Aktenführung, auch zu Beweis Zwecken: Die Arbeitgeberin trägt die Beweis Pflicht für die sachliche Begründetheit der von ihr getroffenen Massnahmen.

⁶⁰⁵ Urteil BGer 9C_612/2017 vom 27. Dezember 2017, E. 1.1 mit Hinweisen.

⁶⁰⁶ BGE 132 V 387, E. 3.2.

⁶⁰⁷ BGE 132 V 387, E. 3.2.

3. Akteneinsicht im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs

Sehr oft wird im Rahmen einer laufenden Frist für das rechtliche Gehör – insbesondere bei einer möglichen Kündigung wegen Leistung und Verhalten – von der betroffenen Partei Akteneinsicht in die Personalakte verlangt.

Es besteht kein Anspruch auf das Zusenden von vollständigen Kopien, dem Anspruch ist Genüge getan, wenn eine Einsicht vor Ort ermöglicht wird. Das Fotografieren der Dokumente ist erlaubt, sachgerecht ist es, einer Person auch das Erstellen von Kopien zu erlauben. Zugelassene Anwältinnen und Anwälte erwarten, dass man ihnen eine vollständige Kopie oder das Original zur Einsicht zustellt. Sie sind sich dies aus den Rechtsmittelverfahren gewohnt. Im Sinne einer deeskalierenden Massnahme empfiehlt sich die Zusendung der Unterlagen. In jüngster Zeit erfolgt dies häufig durch das Zusenden eines Datensticks. Art. 26 VwVG sieht dies als Möglichkeit vor, wenn die Partei damit einverstanden ist.

Praxistipp: Arbeitgeberseitig ist es sinnvoll, dass die Bereitstellung und Aufbereitung der Unterlagen vorbereitet wird, bevor die Frist für das rechtliche Gehör für eine einschneidende Massnahme wie z.B. Kündigung wegen Leistung und Verhalten angesetzt wird oder zumindest mit Ansetzung der Frist rasch an die Hand genommen wird. Der Umstand, dass Akteneinsicht verlangt, aber diese noch nicht erfolgt ist, kann einen zureichenden Grund für eine Fristerstreckung im Rahmen des rechtlichen Gehörs darstellen. Es kann je nach Fall auch in Erwägung gezogen werden, der betroffenen Person mit Eröffnung des rechtlichen Gehörs die Akten zu übergeben oder zu übersenden, namentlich in zeitlich dringlichen Fällen.

4. Verweigerung und Beschränkung

In personalrechtlichen Fällen besteht arbeitgeberseitig oft der Wunsch, sich auf Informationen von anderen Mitarbeitenden, externen Personen sowie Kunden für die in Aussicht genommene Massnahme abzustützen. In Institutionen mit Abhängigkeitsverhältnissen wie z.B. Alters- und Pflegeheimen, Schulen, Sonderschulen u. ä. kommt es häufig zu Meldungen aus dieser Personengruppe zu Leistung oder Verhalten von Mitarbeitenden. Begründet wird dies mit dem Schutz dieser Personen. Auch «meldende Personen» verlangen oft die Wahrung ihrer Anonymität.

Rechtlich ist eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechtes jedoch nur dann möglich, wenn dem Interesse an der Einsichtnahme öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen gegenüberstehen, welche höher zu gewichten sind.⁶⁰⁸ Solche oder ähnlich lautende Bestimmungen sind in allen Verfahrensgesetzgebungen zu finden.

⁶⁰⁸ So in § 9 Abs. 2 VRG ZH.

Im Verfahren der Bundesverwaltung gilt gemäss Art. 27 VwVG z.B. Folgendes:

Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn:

- a. wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern;*
- b. wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern;*
- c. das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordert.*

Zu den privaten Interessen Dritter: *«Wie das Verwaltungsgericht jedoch zu Recht festgestellt hat, setzt die Verweigerung oder Beschränkung der Akteneinsicht voraus, dass sorgfältig geprüft wird, ob das Geheimhaltungsinteresse im konkreten Einzelfall dem grundsätzlichen Einsichtsrecht vorgeht. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn konkrete und verifizierte Anhaltspunkte bestehen, dass ein Zeuge schweren Repressalien ausgesetzt wäre, wenn seine Identität offengelegt würde.»*⁶⁰⁹

Bei der Einschränkung der Akteneinsicht muss immer der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden: Die Einschränkung darf nur so weit wie nötig gehen. Denkbar sind mildere Massnahmen wie Abdeckung gewisser Passagen und Anonymisierungen.

Absatz 2 von § 9 VRG ZH sieht zudem vor:

Der wesentliche Inhalt eines Aktenstückes, in welches die Einsicht verweigert wurde, soll jedoch insoweit mitgeteilt werden, als dies ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist.

Im VwVG findet sich unter Art. 28 folgende Bestimmung:

Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

5. Anfechtung der verweigerten Akteneinsicht

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bewirkt die Beschränkung der Akteneinsicht grundsätzlich keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, da sie – wie die Ablehnung eines Beweisantrags oder jede andere Verweigerung des rechtlichen Ge-

⁶⁰⁹ Urteil BGer 2C_724/2008 vom 6. Februar 2009, E. 2.3 mit weiteren Hinweisen.

hört – bei der Anfechtung des Endentscheids wirksam gerügt werden kann.⁶¹⁰ Dies bedeutet, dass ein solcher Entscheid einer Behörde – auch wenn er in Verfügungsform ergangen ist – nicht selbständig angefochten werden kann bzw. der nicht wiedergutzumachende Nachteil im konkreten Fall speziell begründet werden müsste.

Bei der Anfechtung des Endentscheides ist die Rüge der verweigerten Akteneinsicht auf jeden Fall zulässig und kann als Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes an das Bundesgericht weitergezogen werden.

C. Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Behörde und Unparteilichkeit

I. Einleitung

Im öffentlichen Personalrecht spielt in der Praxis der Anspruch auf die richtige Zusammensetzung der Behörde und deren Unparteilichkeit eine gewichtige Rolle, namentlich bei Organisationen des öffentlichen Rechtes, welche im Milizsystem geführt werden, also bei Zweckverbänden, kleineren Gemeinden u.Ä.

II. Recht auf gesetzlich zuständige und rechtmässig zusammengesetzte Behörde

1. Rechtmässige Zusammensetzung und Handeln gemäss Zuständigkeits- und Organisationsregelungen

In der personalrechtlichen Praxis kommen gelegentlich Fälle vor, in denen die nicht dafür zuständigen Personen personalrechtlichen Entscheide getroffen haben.

Das Gebot der rechtmässig zusammengesetzten Behörde bedeutet, dass die Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften, nach denen die Verwaltung sich organisiert, eingehalten werden müssen. Diese Bestimmungen sind zwingend, davon kann nicht abgewichen werden.

Es muss im Einzelfall geprüft werden, wer für welche personalrechtliche Entscheide zuständig ist. Solche Zuständigkeitsvorschriften finden sich teilweise in den personalrechtlichen Bestimmungen selber (z.B. «Der Gemeinderat ist zuständig für...») oder in den entsprechenden Organisationsgesetzen der Arbeitgeberin. Dies können aber auch z.B. die Statuten eines Zweckverbandes sein oder die Gesetze, auf denen eine öffentlich-rechtliche Anstalt oder Körperschaft beruht.

⁶¹⁰ Urteile BGer 2C_313/2019 vom 3. April 2019, E. 2.3; Urteil BGer 9C_1072/2009 vom 29. Januar 2010, E. 4.

Beispiel: Die «*Vereinbarung über die Ostschweizer Fachhochschule*» (eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit) sieht in Art. 19 lit. i) vor, dass für Begründung und Beendigung der Anstellungsverhältnisse von Mitgliedern der Hochschulleitung der Hochschulrat zuständig ist.⁶¹¹

Der Anspruch auf eine rechtmässig zusammengesetzte Behörde beinhaltet auch, dass die Behörde beschlussfähig sein muss. Bei dringlichen Geschäften ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, einen Entscheid z.B. präsidial zu fällen. Auch dazu sind die gesetzlichen Vorschriften zu konsultieren und genau zu prüfen. Nicht jede «Dringlichkeit» ist sachlich gerechtfertigt.

2. Befangenheit/Ausstand

Ein weiterer Ausfluss des Grundsatzes ist, dass befangene Personen bei einem Entscheid in Ausstand zu treten haben.

Beispiel: Ausstand nach Art. 10 VwVG

Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie:

- a. in der Sache ein persönliches Interesse haben;
- b. mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
- bbis mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
- c. Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren;
- d. aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.

² Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtsbehörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes.

«Andere Gründe» sind nach Lehre und Rechtsprechung: Wirtschaftliche Interessen, Vorbefangenheit, persönliche Beziehungen wie Freundschaft oder Feindschaft. Kritisch sind und zu Diskussionen Anlass geben auch Äusserungen in der Presse oder an Veranstaltungen, negative Äusserungen einer Amtsperson über einen Mitarbeitenden etc.

⁶¹¹ Gesetzessammlung Kt. St. Gallen Nr. 218.21. Dieser Erlass dürfte auch in den Gesetzessammlungen der anderen Trägerkantone dieser Fachhochschule zu finden sein (SZ, GL, AR, AI, TG und Fürstentum Liechtenstein).

Beispiel für Vorbefangenheit:

Bei Anstalten oder Verbänden, welche verschiedene Organe haben, muss z.B. beachtet werden, dass die Präsidentin eines übergeordneten Organs bei Behandlung des Rechtsmittels in den Ausstand treten muss, wenn sie von der Geschäftsführung in die vorbereitenden Handlungen zum Erlass einer personalrechtlichen Massnahme einbezogen wurde.

Dasselbe würde wohl gelten, wenn sich die Präsidentin über eine erfolgte personalrechtliche Massnahme medial äussert und das Vorgehen der Arbeitgeberin verteidigt.

III. Anspruch auf Begründung

Eine Verfügung/eine Entscheidung ist grundsätzlich zu begründen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die Behörde das Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich anhört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden.⁶¹²

Ausnahme: Erlaubnis, vorerst eine *unbegründete Verfügung* zu erlassen: Es gibt Verfahrensgesetzgebungen und auch Bestimmungen in den personalrechtlichen Regelungen, welche es erlauben, eine Verfügung unbegründet zu erlassen mit dem Hinweis, innert welcher Frist eine Begründung verlangt werden kann.⁶¹³

IV. Folgen der Verletzung von Verfahrensgarantien

Die aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Ansprüche sind formeller Natur.⁶¹⁴ Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt damit unabhängig von den materiellen Erfolgsaussichten der Beschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung.⁶¹⁵ Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und das Verfahren ist zu wiederholen.⁶¹⁶ Dies gilt jedoch nicht absolut, denn die Verletzung des Gehörsanspruches kann nach der Praxis des Bundesgerichts unter gewissen Voraussetzungen geheilt werden, wenn die

⁶¹² BGE 143 III 65.

⁶¹³ Z.B. Art. 10 VRG ZH, § 18 Abs. 1 PG ZH (Begründung einer Kündigung muss innert 30 Tagen verlangt werden).

⁶¹⁴ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 272.

⁶¹⁵ BGE 127 V 431 E. 3d/aa; vgl. auch KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 272.

⁶¹⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 272.

Verletzung nicht besonders schwer wiegt und der betroffenen Person die Möglichkeit gewährt wird, das rechtliche Gehör vor einer Beschwerdeinstanz nachzuholen, welche Sachverhalt und Rechtsfrage frei überprüfen kann.⁶¹⁷ In der Praxis können Gehörsverletzungen damit auch im Bereich des öffentlichen Personalrechts oft «geheilt» werden.

In der Regel führen Verfahrensmängel lediglich zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheides. Bei schwersten Gehörsverletzungen, die leicht erkennbar oder geradezu offensichtlich sind, kann der Entscheid aber auch nichtig sein, womit er keinerlei Rechtswirkung entfaltet. Der Betroffene wird so gestellt, als hätte es diesen Entscheid nie gegeben.⁶¹⁸ Die Rechtsprechung stellt zahlreiche Voraussetzungen an das Vorliegen der Nichtigkeit.⁶¹⁹ Als Nichtigkeitsgrund kommt etwa die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit einer Behörde in Frage.⁶²⁰

§ 3 Ablauf eines nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens

A. Einleitung und Ablauf

Ein Verwaltungsverfahren im Personalrecht kommt entweder auf Verlangen eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin (z.B. Antrag auf höheren Lohn) oder auf Initiative der Arbeitgeberin in Gange.

B. Wesentliche Verfahrensgrundsätze

I. Oficialmaxime

Das nichtstreitige Verwaltungsverfahren wird vom Grundsatz der Oficialmaxime beherrscht. Dies bedeutet, dass über die Einleitung, Art der Durchführung und dessen Beendigung die entsprechende Behörde entscheidet.

⁶¹⁷ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 273.

⁶¹⁸ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 276.

⁶¹⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1098.

⁶²⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1105.

II. Untersuchungsmaxime

Im Rahmen der im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime muss eine Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen abklären (also nicht einzig auf Antrag der Parteien). Im Personalrecht bedeutet dies, dass die Behörde den Sachverhalt, der zu einer allfälligen personalrechtlichen Massnahme führen kann, von Amtes wegen vollständig zu ermitteln hat.

1. Mitwirkungspflicht/Mitwirkungsrecht

Eine betroffene Partei trifft allenfalls eine Mitwirkungspflicht, dies als Ausfluss der Treuepflicht. Zu denken ist an eine Aussagepflicht bzw. Mitwirkung in einer Administrativuntersuchung. Im Gegensatz zu strafrechtlichen Untersuchungen besteht im Rahmen von personalrechtlichen Untersuchungshandlungen kein generelles Recht auf Aussageverweigerung. Allenfalls finden sich dazu Bestimmungen in den personalrechtlichen Regelungen. So z.B. Art. 55a Personalgesetz des Kanton Zürichs, welcher vorsieht, dass Angestellte persönlich mitzuwirken haben, es sei denn, sie würden sich strafrechtlich belasten.

Strittiger ist häufig, ob ein angeschuldigter Mitarbeiter oder eine angeschuldigte Mitarbeiterin im Rahmen einer solchen Abklärung oder Untersuchung das Recht hat, bei der Befragung von anderen Auskunftspersonen anwesend zu sein. Dies ist eine Frage des rechtlichen Gehörs.⁶²¹ Fest steht, dass den Betreffenden im Minimum die erstellten Aktennotizen oder Befragungsprotokolle zuzustellen sind und ihnen das Recht eingeräumt werden muss, dazu Stellung zu nehmen, Ergänzungsfragen zu stellen und weitere Anträge zu stellen, was zusätzlich abgeklärt werden sollte.

2. Mittel zur Abklärung des Sachverhaltes: Beweismittel

- Urkunden: Im Personalrecht meist protokollierte Gespräche mit Parteien und Dritten, Briefe, mithin unterzeichnete Schriftstücke.
- Auskünfte von Parteien oder Dritten, aus Beweisgründen am besten in schriftlicher Form
- Gutachten von Sachverständigen
- E-Mails? Digitale Nachrichten?

⁶²¹ Vgl. zum rechtlichen Gehör bereits vorne § 2B.

3. Praxisfragen

In der personalrechtlichen Praxis finden sich oft protokollierte Gespräche. Diese sollten auf jeden Fall unterzeichnet sein, im Minimum von der protokollführenden Person. Ohne Unterzeichnung auch durch die befragte Person schmälert sich der Beweiswert eines solchen Dokumentes, da geltend gemacht werden kann, der Inhalt gebe nicht wieder, was ausgesagt worden sei. Damit steht faktisch die Behauptung des Protokollführenden gegen die Behauptung der befragten Person. Dasselbe gilt für «Aktennotizen», welche z.B. ein Vorgesetzter einseitig erstellt.

E-Mails zählen als Urkunden und stellen Beweismittel dar.⁶²² Diese haben in der Praxis aufgrund der Digitalisierung enorm an Bedeutung gewonnen. Der Inhalt von E-Mails wird kaum je von einer Seite in einem Verfahren bestritten, da in der Regel beide Parteien noch über den E-Mail-Verkehr verfügen und im Bestreitungsfall ein Fachexperte für EDV zumindest bei der Behörde solche E-Mails als Sachverständiger zusammenstellen könnte. Ähnliches gilt für SMS und WhatsApp.

III. Rechtsanwendung von Amtes wegen und freie Beweiswürdigung

Es ist Sache der zuständigen Behörde, die anwendbaren Rechtsnormen auf den festgestellten Sachverhalt korrekt anzuwenden.

Für die Feststellung des Sachverhaltes ist die Behörde in der Würdigung der vorhandenen Beweismittel frei.

Es gibt keine Bindung der Behörde an einen Antrag, den eine Arbeitnehmerin gestellt hat.

Beispiel: Verlangt eine Angestellte aufgrund veränderter Aufgaben die Einreihung in eine höhere Lohnklasse, ist die Behörde nach Abklärung des Sachverhaltes frei, die Antragsstellende tiefer oder höher einzustufen, als diese es verlangt hat, wenn sie dies für sachlich und rechtlich korrekt hält.

C. Abschluss des nichtstrittigen Verwaltungsverfahrens

Als Abschluss eines Verfahrens sind verschiedene Möglichkeiten denkbar:

- Entscheidung in der Sache
- Nichteintreten auf einen Antrag, weil es an einer Voraussetzung fehlt
- Einigung

⁶²² WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK, Art. 12 VwVG N 38; vgl. auch Art. 177 ZPO.

D. Checkliste Durchführung nichtstrittiges Verwaltungsverfahren bei Entscheid/Verfügung

- Welche Rechtsnormen kommen zur Anwendung? Heraussuchen dieser Grundlagen.
- Klärung der Zuständigkeit: Welche Behördenmitglieder entscheiden?
- Wer macht vorgängig sachverhaltliche Abklärungen?
- Prüfung von Ausstandsgründen.
- Welche sachverhaltlichen Fragen müssen vertiefter abgeklärt werden?
- In welcher Form werden die weiteren sachverhaltlichen Abklärungen durchgeführt? Das Einholen von direkten Informationen ist besser als Informationen vom Hörensagen. Detailliert protokollierten Gesprächen, welche von allen Beteiligten unterzeichnet sind, kommt eine hohe Beweiskraft zu.
- Dokumentationspflicht: Alle Unterlagen, welche einem möglichen späteren Entscheid zugrunde liegen, müssen dokumentiert sein.
- Vorbereitet sein auf Akteneinsichtsgesuch.
- Entscheid, welche Akten oder Passagen allenfalls nicht offengelegt werden und wie in einem solchen Fall vorzugehen ist.
- Gewährung des rechtlichen Gehörs: mündlich oder schriftlich. Umgang mit Fristerstreckungsgesuchen.
- Erstellung eines Entscheides und Verfassen einer Begründung. Nennung der beschliessenden Behörde und Unterzeichnung des Entscheides.
- Einfügen einer Rechtsmittelbelehrung bei Verfügungen, welche im Anfechtungsverfahren angefochten werden können.

E. Eröffnung von Verfügungen

I. Bezeichnung von Verfügungen

Die Terminologie ist schweizweit nicht einheitlich. Im Bundesverwaltungsrecht definiert Art. 5 VwVG die Verfügung. Der Kanton Zürich spricht von «Anordnungen», in der Praxis ist oft auch die Rede von «Beschlüssen» oder «Entscheiden».⁶²³

⁶²³ Vgl. zum Verfügungsbegriff BERTSCHI/PLÜSS, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N 13.

II. Schriftlichkeit und Unterzeichnung

Verfügungen müssen gemäss den anwendbaren Verfahrensgesetzen grundsätzlich schriftlich sein. Die eine Verfügung ausstellende Behörde bzw. ihre Vertreter müssen bezeichnet sein. Eine Verfügung muss unterzeichnet sein. Die mündliche Eröffnung einer Verfügung ist nur in Ausnahmefällen möglich.⁶²⁴

III. Begründung

Eine Verfügung ist grundsätzlich zu begründen, was ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs darstellt.⁶²⁵

Es gibt Verfahrensgesetze, welche den Erlass einer unbegründeten Verfügung in bestimmten gesetzlich umschriebenen Fällen erlauben.⁶²⁶ In vielen personalrechtlichen Regelungen finden sich demgegenüber Bestimmungen, in welchen Fällen personalrechtliche Anordnungen, namentlich Kündigungen, schriftlich begründet sein müssen.

Achtung: Auch ein mangelhafter oder gar nicht begründeter Entscheid sollte innert der gesetzlichen Frist angefochten werden, andernfalls erwächst er mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit in Rechtskraft. Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin kann sich nicht darauf verlassen, dass der Mangel so schwer wiegt, dass Nichtigkeit des Entscheides angenommen würde.

Aussagen und Feststellungen in einer Begründung können nicht angefochten werden. Geändert oder abgeändert wird in einem Rechtsmittelverfahren nur der Entscheid an sich.

IV. Rechtsmittelbelehrung

Personalrechtliche Entscheide unterliegen je nach geltender Verfahrensregelung dem Anfechtungsweg, oder es muss vom Betroffenen ein Klageverfahren eingeleitet werden.⁶²⁷

Im allgemeinen Verwaltungsrecht gilt generell das Anfechtungsverfahren, d.h. ein Entscheid muss innert einer gesetzlich definierten Frist (in der Regel zwischen zehn und 30 Tagen) an die nächsthöhere Instanz weitergezogen werden. Im öffentlichen Personalrecht als Spezialgebiet des Verwaltungsrechtes kommt in den deutschspra-

⁶²⁴ Z.B. exemplarisch die Regelung in Art. 34 VwVG.

⁶²⁵ Vgl. dazu schon oben § 4B.III

⁶²⁶ Z.B. § 10b VRG ZH.

⁶²⁷ Vgl. auch hinten § 5C.

chigen Kantonen mehrheitlich das Anfechtungsverfahren zur Anwendung, es gibt aber in einigen Kantonen Ausnahmen.⁶²⁸

Im Entscheid ist im Anfechtungsverfahren in der Rechtsmittelbelehrung auf die Frist und auf die zuständige Instanz hinzuweisen.

Mängel bei der Rechtsmittelbelehrung (fehlende Rechtsmittelbelehrung, falsche Frist, falsche Instanz) schützen wenig vor Rechtsverlust. Es gibt dazu eine sehr reichhaltige Gerichtspraxis. «Insbesondere lässt sich mit dem Gebot von Treu und Glauben nicht vereinbaren, dass eine Verfügung wegen mangelhafter Rechtsmittelbelehrung jederzeit angefochten werden kann; vielmehr muss auch eine solche Verfügung innerhalb einer vernünftigen Frist in Frage gestellt werden».⁶²⁹ Erwartet wird, dass sich eine betroffene Person innert angemessener Frist bei der Behörde nach Anfechtungsmöglichkeiten erkundigen muss.⁶³⁰ Auch geniessen Rechtssuchende keinen Vertrauensschutz, wenn sie alleine durch Konsultation der massgeblichen Verfahrensbestimmungen den Mangel hätten erkennen können.⁶³¹ Für rechtskundige Personen gilt dies umso mehr.

V. Zustellungsfragen

Auch im Verwaltungsverfahren gilt, dass der Empfang massgebend ist, nicht das Datum der Sendungsaufgabe.

Es ist daher zu empfehlen, einen Entscheid per Einschreiben oder mittels (belegbarer) persönlicher Übergabe zuzustellen. Grundsätzlich ist es die den Entscheid fallende Behörde, welche den Beweis der rechtsgültigen Zustellung erbringen muss, um sich auf die verfügbaren Inhalte berufen zu können.

Von der Zustellung per E-Mail, auch wenn der Empfang dieser E-Mail bestätigt wird, ist dringend abzuraten. Es besteht die Gefahr, dass eine solche Zustellung ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage und anerkannte elektronische Signatur ungültig ist. Für den Bund sieht Art. 34 VwVG eine Sonderbestimmung für die elektronische Zustellung vor.

Wird gegen einen Entscheid oder eine Verfügung ein Rechtsmittel ergriffen, muss der Beschwerdeführer bzw. die Beschwerdeführerin die Einhaltung der Frist und damit das Datum der Zustellung nachweisen.

⁶²⁸ Z.B. SG, AG, SZ.

⁶²⁹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 842 mit Verweis auf BGE 122 V 189, E. 2.

⁶³⁰ Vgl. UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 38 VwVG N 18.

⁶³¹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 843 ff.

Es gelten auch im Verwaltungsverfahren Zustellungsfiktionen: So ist die Fiktion, dass eine eingeschriebene Sendung, mit welcher die Adressatin rechnen muss, spätestens am letzten Tag der Abholfrist als zugestellt gilt. Da im öffentlichen Personalrecht vor einem Entscheid das rechtliche Gehör eingeräumt wird, muss ein Adressat mit einem nachfolgend eintreffenden Entscheid bzw. dessen Zustellung rechnen.

VI. Mangelhafte Eröffnungen und deren Folgen

Es existiert eine reichhaltige Gerichtspraxis zu mangelhaft begründeten Verfügungen⁶³² und zu falschen oder fehlenden Rechtsmittelbelehrungen⁶³³. Ebenso zu diversen Zustellungsfragen (an Empfänger, Vertreter, Dritte im Haushalt etc.), zu Zustellungsarten und Zustellungsfiktionen.⁶³⁴ Die Fälle sind auch deshalb zahlreich, weil im Verwaltungsverfahren der Grundsatz gilt, dass einer Partei aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil entstehen darf.⁶³⁵

Gleichzeitig werden den Verfügungsadressaten aus Treu und Glauben Pflichten auferlegt.⁶³⁶ Im Personalrecht gilt dies umso mehr, da eine erhöhte Treuepflicht besteht. Wie bei anderen Verletzungen von Verfahrensgrundsätzen gilt auch hier, dass schwere und offensichtliche Mängel bei der Eröffnung zu Nichtigkeit einer Verfügung führen können.

§ 4 Verfügung, Realakt und Dienstanweisung im Personalrecht – Unterscheidung und Einordnungsversuch

A. Definition Verfügung

Eine Verfügung ist rechtlich gesehen eine Anordnung, die Rechte und Pflichten begründet, ändert oder aufhebt, die das Bestehen oder Nichtbestehen bzw. den Umfang von Rechten und Pflichten feststellt, solche Begehren abweist oder darauf nicht eintritt.

⁶³² Vgl. PLÜSS, § 10 VRG N 34 ff.

⁶³³ Vgl. PLÜSS, § 10 VRG N 51 ff.

⁶³⁴ Vgl. PLÜSS, § 10 VRG N 62 f.

⁶³⁵ Exemplarisch Art. 8 VwVG.

⁶³⁶ Vgl. PLÜSS, § 10 VRG N 67 ff.

Das VwVG definiert eine Verfügung in Art. 5 wie folgt:

«Eine Verfügung liegt vor bei einer hoheitlichen, individuell-konkreten, auf Rechtswirkungen ausgerichteten und verbindlichen Anordnung einer Behörde, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt, oder bei einer autoritativen und individuell-konkreten Feststellung bestehender Rechte oder Pflichten.»

B. Abgrenzung zu den Realakten

I. Einleitung

«Die Verwaltungsbehörden erfüllen viele Aufgaben, die kein Rechtshandeln wie den Erlass von Verfügungen oder den Abschluss von Verträgen, sondern ein tatsächliches Handeln erfordern.»⁶³⁷

Realakte sind in der Definition des Bundesgerichtes diejenigen Verwaltungshandlungen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind.⁶³⁸ Das tatsächliche Handeln der Behörde zielt auf eine Veränderung der Faktenlage ab, nicht auf eine Veränderung der Rechtslage und damit nicht auf eine Rechtsfolge. Entsprechend gelten viele der Handlungen im Personalrecht als Realakte, womit diese nicht verfügt und als verfügungsfreies Handeln auch nicht angefochten werden.

Der Begriff des Realaktes wird weit verstanden, er dient als Auffangbegriff oder Oberbegriff für staatliches auf öffentlichem Recht beruhendes Handeln ausserhalb der Verfügung oder des Dienstbefehls und des Vertrages.⁶³⁹ Sehr vereinfacht ausgedrückt: Im Personalrecht begründet oder ändert eine Verfügung die Rechtsstellung eines individuellen Angestellten. Das personalrechtliche Rechtsverhältnis soll gestaltet werden, während mit einem Realakt die Sachlage gestaltet werden soll.

II. Problematik von Realakten im Personalrecht

Realakte können Rechtsfolgen auslösen, welche sehr wohl im Einzelfall in die Rechte von Angestellten eingreifen, obwohl das nicht das primäre Handlungsziel der Verwaltungsbehörde war. Zu denken sind an Medienmitteilungen zu personalrechtlichen Vorgängen, mediale Bekanntgaben der Anordnung von Untersuchungen, Einstellungen im Amt, namentlich dann, wenn gleichzeitig von Missständen die Rede ist und

⁶³⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1409.

⁶³⁸ BGE 130 I 369, 379, E. 6.1.

⁶³⁹ WIEDERKEHR/PLÜSS, N 2335.

die betreffende Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer (z.B. Gemeindeschreiberin, Leiterin einer bestimmten Klinik, Schulleiter der besagten Schuleinheit) identifizierbar wird.

In einem solchen Fall (obwohl keine Verfügung vorliegt) ist nach der Regelung im Bund und auch bereits in einigen Kantonen⁶⁴⁰ allenfalls ein Rechtsschutz möglich.

Beispiel: Regelung in Art. 25a VwVG

¹ Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a. widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;*
- b. die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;*
- c. die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.*

² Die Behörde entscheidet durch Verfügung.

Diese Verfügung (auch die Ablehnung, eine solche zu erlassen) kann sodann mittels Beschwerde angefochten werden.

In der Praxis wird seitens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerade bei solchen Realakten geltend gemacht, sie seien in ihrer zu schützenden Persönlichkeit zu Unrecht verletzt. Das Bundesgericht hat bereits 2012 anerkannt, dass die Frage, ob eine behördliche Anordnung eine Verfügung darstellt, von ihren Auswirkungen auf das schutzwürdige Interesse des Einzelnen abhängt, nämlich inwieweit das betreffende Verhalten geeignet ist, Grundrechte oder andere Rechtsschutzbedürfnisse zu verletzen. In einem solchen Fall besteht nach Art. 29a BV ein Anspruch auf gerichtliche Kontrolle.⁶⁴¹

C. Dienstbefehle (Anordnungen/Dienstanweisungen) und deren Abgrenzung zur Verfügung

Dienstbefehle – auch als innerdienstliche Anordnungen oder Dienstanweisungen bezeichnet – sind individuell-konkrete Weisungen einer vorgesetzten Behörde an eine ihr unterstellte Behörde oder einen bestimmten Verwaltungsmitarbeiter. Sie stellen in der Regel hoheitliche, rechtsverbindliche und durchsetzbare Anordnungen dar, die

⁶⁴⁰ Z.B. § 44a Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (Kanton Luzern, SRL 40); 21a Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Kanton Zug, BGS 162.1), § 28^{bis} Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (Kanton Solothurn, BGS 124.11); § 10c VRG ZH.

⁶⁴¹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 361.

die Ausführung einer Verwaltungsaufgabe betreffen. Der wesentliche Unterschied zur Verfügung liegt in der Art der rechtlichen Bindung: Während eine Verfügung die betroffene Person in ihrer Eigenschaft als Trägerin von Rechten und Pflichten adressiert, richtet sich der Dienstbefehl an die Angestellten in ihrer Funktion innerhalb des Dienstverhältnisses. Er regelt, wie die arbeitsvertraglich bereits bestehenden Rechte und Pflichten konkret auszuüben sind.⁶⁴²

Es wird bei einem Dienstbefehl nicht das zugrunde liegende Arbeitsverhältnis tangiert, sondern Abläufe und Organisation, also das Betriebsverhältnis. Es muss also im Einzelfall unterschieden werden, ob ein solcher Akt nicht in die Rechte und Pflichten derart eingreift, dass von einer Verfügung ausgegangen werden muss. Klassische Fälle sind Anordnungen betreffend Unterlassung des Tragens eines islamischen Kopftuchs als Lehrperson⁶⁴³ bzw. ein Reglement, dass Gerichtsangestellte in Basel-Stadt bei Verhandlungen mit Parteien und in öffentlichen Verhandlungen keine sichtbaren religiösen Symbole tragen sollen.⁶⁴⁴ Solche Anordnungen wurden als möglicher Eingriff in Grundrechte angesehen und galten damit als rechtsschutzfähig.

Abgrenzung von anfechtbaren Verfügungen, Realakten und Dienstweisungen im Personalrecht:

1. Beispiele für anfechtbare Verfügungen

- Anstellung, Bewilligung Nebenbeschäftigung (begründet Rechte)
- Lohnveränderungen, Pensumsveränderungen (ändert Rechte)
- Kündigung (hebt Anstellung auf)
- Diskriminierung nach Gleichstellungsgesetz (Feststellung nach Art. 5 GIG)
- Ablehnung Lohnerhöhungsantrag (weist Begehren ab)

2. Beispiele für Realakte oder Dienstanweisungen⁶⁴⁵

- Mitarbeiterbeurteilungen⁶⁴⁶
- Zielvorgaben
- Ausstellung eines Arbeitszeugnisses (hingegen müssen abgelehnte Anträge auf Abänderung verfügt werden)
- Vorübergehende Zuweisung anderer Arbeit
- Bürowechsel/Gebäudewechsel

⁶⁴² WIEDERKEHR/PLÜSS, N 2444.

⁶⁴³ BGE 123 I 296.

⁶⁴⁴ Urteil BGER 2C_546/2018 vom 11. März 2019.

⁶⁴⁵ Nach einem Teil der Lehre werden die verwaltungsinternen Weisungen den Realakten zugewiesen, vgl. BOSSHART/BERTSCHI, § 19 N 7.

⁶⁴⁶ Urteil BVGer A-4699 vom 11. April 2016.

- Anordnung von Überstunden
 - Anordnen einer Mediation
 - Verpflichtung zur Teilnahme an einem Workshop⁶⁴⁷
 - Ansetzen einer Bewährungsfrist/Beobachtungsfrist
 - Anordnen einer vertrauensärztlichen Untersuchung (bei gesetzlicher Grundlage)⁶⁴⁸
 - Mitteilung der Eröffnung einer Untersuchung/eines Administrativverfahrens⁶⁴⁹
 - Bericht einer Administrativuntersuchung/Untersuchung⁶⁵⁰
3. Unklar bzw. im Einzelfall anhand der Rechtsgrundlagen und der Praxis der kantonalen Gerichte zu klären
- Bei Verwarnungen und Verweisen ist darauf abzustellen, ob die Rechtsstellung des Mitarbeitenden bereits verschlechtert wird.⁶⁵¹
 - Wechsel Arbeitsort (je nach Distanz?)
 - Neue Aufgaben, andere Aufgaben, zusätzliche Aufgaben
 - Wegfall von Führungsaufgaben
 - Neue hierarchische Einordnung
 - Freistellung oder Einstellung im Amt
 - Versetzung⁶⁵²
 - Medienmitteilung zu einer personalrechtlichen Angelegenheit
4. Unterschiedliche personalrechtliche Regelungen und Praxis der Gerichte

Es ist je nach anwendbarem materiellem Personalrecht sowie der Rechtsprechung des jeweiligen Kantons oder im Bund zu klären, ob eine Handlung oder ein Entscheid zu verfügen ist oder nicht. Zur Frage, ob eine **Verwarnung oder ein Verweis** anfechtbar sind, gibt es in der Praxis Unterschiede in den einzelnen Kantonen.

⁶⁴⁷ Wurde als nicht anfechtbare Dienstanweisung bzw. Realakt qualifiziert: Urteil BVGer A-4699/2015 vom 16. April 2016.

⁶⁴⁸ Urteil BGer C_373/2010 vom 3. August 2010. Allenfalls fraglich, wenn die gesetzliche Grundlage Voraussetzungen dafür vorsieht, deren Vorliegen überprüft werden könnte.

⁶⁴⁹ WIEDERKEHR/PLÜSS, N 2348 mit Hinweis auf die Regelungen im Bund.

⁶⁵⁰ WIEDERKEHR/PLÜSS, N 2339 mit Hinweis auf die Regelungen im Bund sowie N 2399.

⁶⁵¹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 668; vgl. auch BOSSHART/BERTSCHI, § 19 N 7.

⁶⁵² Vgl. BGE 136 I 323; vgl. auch Urteil BVGer, vom 7.4.2011, A-7309/2010.

Beispiel: Im Bundespersonalrecht kommt einer *Mahnung* nach Art. 10 Abs. 3 BPG kein Verfügungscharakter zu, und diese muss unterschieden werden von der disziplinarischen Verwarnung, welche ihrerseits überprüfbar ist.⁶⁵³

Im Kanton Basel-Landschaft ist ein Verweis als Disziplinar massnahme anfechtbar.⁶⁵⁴

Typischerweise können solche Massnahmen dann angefochten werden, wenn sie als Disziplinar massnahmen ausgesprochen werden und die personalrechtlichen Regelungen einen Rechtsschutz gegen Disziplinar massnahmen kennen.

Eine **Versetzung**, welche mit neuem Pflichtenheft, einem völlig anderen Inhalt und neuen Aufgaben einhergeht, welche nicht den Erfahrungen und Fähigkeiten des Arbeitnehmers entsprachen, wurde nicht mehr als zulässige dienstliche Anordnung qualifiziert, sondern als Eingriff in das Grundverhältnis.

Zum Thema **Freistellung/Dienstenthebung bei Weiterausrichtung** des Lohnes bestehen unterschiedliche Handhabungen: «Das **Bundesgericht** tritt auf Beschwerden gegen Freistellungen oder vorläufige Dienstenthebungen unter Lohnfortzahlung nicht ein: Solche Massnahmen hätten für den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin keine Nachteile zur Folge, weil kein Anspruch auf effektive Beschäftigung bestehe [...] Das **Verwaltungsgericht [des Kantons Zürich]** geht demgegenüber davon aus, dass eine Einstellung im Amt oder Freistellung jedenfalls unter bestimmten Umständen auch bei Lohnfortzahlung in die Rechte des oder der Betroffenen eingreifen kann [...] Dies trifft jedenfalls insofern zu, als eine Freistellung oder Einstellung im Amt eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann. Namentlich ist dies dann der Fall, wenn das berufliche oder persönliche Umfeld der betroffenen Person aus den Umständen schliessen muss, diese werde einer Straftat verdächtigt oder habe sich sonst schwere Verfehlungen gegen Dienstpflichten vorwerfen zu lassen [...].»⁶⁵⁵

⁶⁵³ Urteil BVGer A-2201/2021 vom 29. Juni 2022, E. 5.4 f. Gemäss Rechtsprechung hat eine Mahnung keine unmittelbaren rechtlichen Folgen, und das Arbeitsverhältnis wird dadurch nicht beeinträchtigt. Nicht die Mahnung rechtfertigt eine allenfalls spätere Entlassung, sondern es müssen weitere Umstände hinzukommen, so z.B. Pflichtverletzungen. Die Mahnung ist sodann auch eine Massnahme zum Schutz des Arbeitnehmenden, indem dieser gewarnt und über das Risiko einer zukünftigen ordentlichen Kündigung informiert wird.

⁶⁵⁴ § 62 PersG BL. Im Dekret ist das Disziplinarverfahren explizit geregelt.

⁶⁵⁵ Urteil VGer ZH PB.2005.00066 vom 22. September 2010, E. 6.3.1.

§5 Das streitige Verwaltungsverfahren

A. Unterscheidung Rechtsmittel – Rechtsbehelf

I. Übersicht

Rechtsmittel	Rechtsbehelf Widererwägung	Rechtsbehelf Aufsichtsbeschwerde
Gesetzliche Grundlagen vorhanden	Keine gesetzliche Grundlage	Keine gesetzliche Grundlage
Fristwahrung Formvorschriften	Keine Fristwahrung Keine Formvorschriften	Keine Fristwahrung Keine Formvorschriften
Anspruch auf Eintreten bei Erfüllung aller Voraussetzungen für das Eintreten (Frist-einhaltung, Formvorschriften, Beschwerdelegitimation, Rechtsschutzinteresse)	Es besteht nur sehr eingeschränkt Anspruch auf ein Eintreten	Es besteht kein Anspruch auf Eintreten und inhaltliche Behandlung
Ablauf des weiteren Verfahrens sehr formalistisch	Keine Verfahrensvorschriften	Keine Verfahrensvorschriften
Wird von der gesetzlich vorgesehenen zuständigen Behörde bzw. vom Gericht behandelt	Richtet sich an die entscheidende Behörde	Richtet sich an die Aufsichtsbehörde
Ziel: Die angefochtene Verfügung aufzuheben oder abzuändern und/oder über gestellte Rechtsbegehren zu entscheiden	Ziel: Auf den Entscheid zurückzukommen, ihn abändern oder aufheben	Ziel: Das Handeln der untergeordneten Behörde auf generelle Missstände und Fehlverhalten prüfen und geeignete Massnahmen treffen. Die Aufsichtsinstanz ist im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit frei, ob und welche Massnahmen sie ergreift. Rein persönliche Interessen eines Betroffenen werden nicht behandelt
Es gibt einen in den Verfahrensgesetzen definierten Instanzenzug, der weitere Rechtsmittel gegen einen Entscheid vorsehen kann	Gegen Entscheide bei Widererwägung gibt es keine Rechtsmittel	Gegen Nichtbehandlung oder nicht genehme Massnahmen gibt es keine Rechtsmittel

II. Weiterführende Bemerkungen zur Wiedererwägung

Mit einem Wiedererwägungsgesuch wird eine Behörde ersucht, auf eine *ursprünglich fehlerfreie, formell rechtskräftige Verfügung* zurückzukommen und eine neue Verfügung zu treffen, *weil sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich geändert hat*. Eine solche Wiedererwägung kann sich nur an die ursprünglich verfügende Behörde richten. Richtigerweise müsste man eigentlich besser von einer Neuerwägung sprechen.⁶⁵⁶

Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf eine Behandlung eines solchen Gesuches. Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht laut Bundesgericht nur dann, «wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand».⁶⁵⁷

Eine Behörde kann auch von sich aus eine Verfügung in Wiedererwägung ziehen, wenn Gründe dafür vorliegen.

Beispiel: Im Sicherheitsbereich erklärte eine Bewerberin, nicht vorbestraft zu sein. Ihre Anstellung wurde verfügt und trat in Rechtskraft. Der nach Rechtskraft der Anstellungsverfügung und vor Stellenantritt eintreffende Sicherheitsbericht zeigte, dass diese Angabe nicht stimmte. Da für die Tätigkeit ein unbescholtener Leumund unabdingbar ist, konnte die Anstellungsverfügung in Wiedererwägung gezogen werden. Gegen diesen Entscheid bzw. die Verfügung steht ein Rechtsmittel zur Verfügung, da dieser die Rechtsbeziehung regelt.

B. Einzelne prozessuale Aspekte

Vorbemerkung: Die nachfolgende Darstellung beleuchtet nur gewisse ausgesuchte Aspekte. Es ist nicht Ziel dieser Abhandlung, einen umfassenden Einblick in die Grundlagen und Abläufe von Verwaltungsprozessen zu geben.

I. Uneinheitliche Begriffe für Rechtsmittel

In den einzelnen Gesetzen trifft man für Rechtsmittel unterschiedliche Begriffe an. Diese werden etwa als Einsprache, Gesuch um Neubeurteilung, Rekurs oder Beschwerde bezeichnet. Diesen Begriffen kommt damit keine allgemeingültige, recht-

⁶⁵⁶ KIENER/RÜTSCHÉ/KÜHN, N 2015.

⁶⁵⁷ BGE 136 II 177, E. 2.1; BGE 124 II 1, E. 3a.

lich definierte Bedeutung zu. Die Rechtsmittel sind anhand des anwendbaren Verfahrensrechts zu beurteilen.

II. Fristen

- In der Regel zählt der Tag des Empfangs nicht. Es wird in Kalendertagen gezählt.
- Fällt das Enddatum auf einen Samstag/Sonntag oder anerkannten gesetzlichen Feiertag, endet die Frist am nächsten Werktag. Es ist anhand der anwendbaren Verfahrensgesetzgebung zu klären, welche Feiertage damit gemeint sind.
- Rechtsmitteleingaben müssen am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben oder vor Ort persönlich abgegeben werden (falls dies überhaupt möglich ist).
- In der Regel gelten für gerichtliche Instanzen (Verwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) Gerichtsferien, d.h. Rechtsmittelfristen stehen zumeist über Weihnachten, Ostern und in den Sommerferien für eine bestimmte Zeit still. Fristenstillstände gibt es hingegen typischerweise nicht für Verfahren vor Rekurskommissionen, internen Beschwerdeinstanzen etc.
- Es sind keine Fristerstreckungen bei Rechtsmittelfristen möglich. Dies im Gegensatz zu behördlich angesetzten Fristen. Ausnahmefälle sind in den Verfahrensgesetzen definiert (z.B. § 12 VRG ZH, Art. 24 VwVG).
- Erfolgt innert der gesetzlichen Frist keine Anfechtung, erwächst die Anordnung der Behörde in formelle Rechtskraft. Ausgenommen davon sind nichtige Entscheide. Eine allfällige Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen. Im Personalrecht ist z.B. eine während einer Sperrfrist ausgesprochene Kündigung nichtig.
- Fristwiederherstellung ist nur sehr eingeschränkt möglich. Keine zureichenden Gründe sind normale Krankheiten, Ferien, Militärdienst oder allgemeine Arbeitsüberlastung.

III. Gegenstand der Anfechtung

Es braucht ein *gültiges Anfechtungsobjekt*, damit auf ein Rechtsmittel eingetreten wird. Typischerweise sind dies Verfügungen. Die Rechtsmittelinstanz prüft von sich aus, ob ein taugliches Anfechtungsobjekt vorhanden ist oder nicht. Wie bereits ausgeführt stellen Realakte oder Dienstanweisungen in der Regel keine anfechtbaren Akte dar.

IV. Beschwerdeschrift

Eine Rechtsmitteleingabe muss gegenwärtig noch meist schriftlich erfolgen, soweit nicht die elektronische Zustellung vorgesehen ist. Dabei muss die Rechtsschrift am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben werden oder der Rechtsmittelinstanz persönlich überbracht werden. Die Beschwerde muss unterzeichnet sein.

Liegen Mängel vor und erreicht eine Eingabe die Behörde mehrere Tage vor Fristablauf, sollte die Behörde eine Frist zur Nachbesserung ansetzen.⁶⁵⁸ Viele Verfahrensgesetzgebungen sehen vor, dass in erstinstanzlichen Verfahren bei fehlenden Anträgen oder mangelnden Begründungen auch kurze Nachfristen zur Verbesserung eingeräumt werden müssen.⁶⁵⁹

V. Beschwerdegründe

Die möglichen Beschwerdegründe sind in den Verfahrensgesetzen genannt. So z.B. nachfolgend für den Rekurs im Kanton Zürich.⁶⁶⁰ Solche bzw. sehr ähnliche Bestimmungen finden sich in allen Verfahrensgesetzgebungen.

Mit Rekurs können im Kanton Zürich gerügt werden:

- a. Rechtsverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder Ermessensunterschreitung;
- b. unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes;
- c. Unangemessenheit der angefochtenen Anordnung.

Beispiel einer Ermessensunterschreitung: Sieht eine Gemeinde bei unverschuldeter Entlassung je nach Alter, Dienstalter und persönlichen Verhältnissen im Einzelfall eine Abfindung von zwei bis acht Monatslöhnen vor und erhält eine Angestellte im Alter von 52 Jahren und mit 15 Dienstjahren als Reinigungskraft nur zwei Monatslöhne Abfindung, somit also das Minimum, muss dies gut begründet werden, andernfalls kann Ermessensmissbrauch bzw. Unterschreitung des Ermessens gerügt werden.

Über die verschiedenen Instanzen hinweg schränken sich die Rügemöglichkeiten immer mehr ein, namentlich vor Bundesgericht sind die Rügemöglichkeiten deutlich eingeschränkt.

⁶⁵⁸ WIEDERKEHR/PLÜSS, N 195 ff. zu mangelhaften Eingaben.

⁶⁵⁹ Z.B. § 23 VRG ZH.

⁶⁶⁰ § 20 VRG ZH.

VI. Begehren (Anträge) und Begründung

Eine Beschwerdeschrift muss einen konkreten Antrag und dessen Begründung aufweisen. Welches konkrete Begehren gestellt wird, muss gut überlegt werden. In aller Regel erlauben die Verfahrensgesetzgebungen nachträgliche Abänderungen der Begehren oder neue Begehren nicht bzw. nur in Ausnahmefällen.

Beispiel: Wird im ersten Rechtsmittel gegen eine ungerechtfertigte Kündigung als Rechtsbegehren der Lohn bis Ablauf der Kündigungsfrist verlangt sowie eine Abfindung gemäss personalgesetzlicher Bestimmung (Vorgesehen für unverschuldete Entlassung), hingegen keine Pönalentschädigung beantragt, kann eine solche Pönalentschädigung nicht nachträglich oder vor zweiter Instanz eingefordert werden.

VII. Aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittelverfahrens?

Im öffentlichen Personalrecht stellt sich sehr oft die Frage, ob der Anfechtung eines Entscheides aufschiebende Wirkung zukommt oder nicht, namentlich bei einer Auflösung der Anstellung, anfechtbaren Versetzungsentscheiden, Lohnsenkungen oder strittigen Funktionsänderungen.

Grundsätzlich kommt den Rechtsmitteln im allgemeinen Verwaltungsverfahren die aufschiebende Wirkung zu. Bei personalrechtlichen Entscheiden ist dieser Automatismus jedoch sehr oft ausser Kraft gesetzt, namentlich bei Kündigungen. Die aufschiebende Wirkung kann durch die Personalgesetzgebung selbst ausgeschlossen sein, wonach z.B. einer Anfechtung einer Kündigung keine aufschiebende Wirkung zukommt und auch bei Gutheissung keine Wiederanstellung erfolgt. Die aufschiebende Wirkung kann zudem auch von der verfügenden Behörde entzogen werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen.

Aufschiebende Wirkung ist bei einer Kündigung in Fällen denkbar, in denen das anwendbare Personalrecht als mögliche Folge einer ungerechtfertigten Kündigung eine Wiederanstellung explizit vorsieht. Dies ist etwa in der Stadt Zürich der Fall, ausser triftige Gründe sprechen dagegen.⁶⁶¹ Die Prüfung im Einzelfall ist unerlässlich.

VIII. Anzahl Instanzen

Im Bundespersonalrecht gilt normalerweise ein zweistufiger Instanzenzug:

Bundesverwaltungsgericht → Bundesgericht

⁶⁶¹ Art. 17 Abs. 4 PR ZH.

In Kantonen und Gemeinden kommen drei- oder auch vierstufige Instanzenzüge in Frage:

Bei einer Gemeinde:

- Überprüfung durch Gemeinderat/Stadtrat
- Prüfung ausserhalb der Gemeinde auf Bezirksstufe
- Prüfung durch kantonales Gericht
- Bundesgericht

In Kantonen:

- Prüfung durch verwaltungsinterne übergeordnete Behörde
- Prüfung durch kantonales Gericht
- Bundesgericht

IX. Vorbereitung eines Entscheides

Grundsätzlich klärt eine Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt ab und wendet die Rechtsnormen auf den festgestellten Sachverhalt an. Zur Feststellung des massgeblichen Sachverhaltes kann sie Beweise erheben, namentlich Zeugen und Auskunftspersonen befragen, Berichte einholen etc. Im Verwaltungsverfahren vor den verschiedenen Instanzen in Bund und Kantonen wird das in der Praxis sehr unterschiedlich gehandhabt. Sehr oft erfolgen faktisch keine Zeugenbefragungen, umso bedeutsamer werden Urkunden und andere sich bei den Akten befindliche Unterlagen.⁶⁶² Festgestellter Sachverhalt kann nur sein, was bewiesen wird (oder die Rechtsmittelinstanz für bewiesen hält im Rahmen ihrer Beweiswürdigung) und was unbestritten ist zwischen den Parteien.

X. Erledigung

Ein Rechtsmittelverfahren wird durch einen formellen oder materiellen Entscheid der Rechtsmittelbehörde erledigt:

- *Formeller Entscheid (Prozessentscheid)*: Dazu gehört das Nichteintreten auf ein Rechtsmittel wegen fehlender Voraussetzungen)
- *Materieller Entscheid (Sachentscheid)*: Hier werden gestellte Anträge gutgeheissen, teilweise gutgeheissen oder teilweise oder ganz abgewiesen.

⁶⁶² Vgl. auch vorne § 3B.2.

C. **Klage- und Anfechtungsverfahren sowie obligatorische Schlichtungsverfahren**

Im Personalrecht sehen die kantonalen Verfahrensordnungen meist ein Anfechtungsverfahren vor, in welchem die Behörde eine Verfügung erlässt und Angestellte diese auf dem Weg der Verwaltungsrechtspflege anfechten können. In einzelnen Kantonen sind Klageverfahren vorgesehen, in welchen eine Partei aus dem arbeitsvertraglichen Verfahren Klage zu führen hat, um ihre Ansprüche durchzusetzen. Diese beiden Verfahrensarten können auch in Mischformen vorkommen und zudem mit einem obligatorischen Schlichtungsverfahren kombiniert werden. Dazu nachfolgend zwei Beispiele:

Für Angestellte des Kantons Aargau gilt, dass jede Streitigkeit vor Einreichung einer Klage oder Beschwerde innert 30 Tagen der Schlichtungskommission vorgelegt werden muss. Das Schlichtungsverfahren endet mit einer Empfehlung. Innert weiterer 30 Tage nach Eingang der Empfehlung muss die Arbeitgeberin einen neuen Entscheid zustellen, danach steht der Weg zur Klage oder Beschwerde offen, wieder unter Einhaltung von Fristen. Im Kanton Aargau ist in der Personalrechtsgesetzgebung geregelt, welche Fälle den Weg mittels Verfügung und Beschwerde ans Verwaltungsgericht nehmen und für welche Fälle der Klageweg am Verwaltungsgericht beschritten werden muss.

Für Angestellte des Kantons St. Gallen kommt umfassend das Klageverfahren zur Anwendung, welches in jedem Fall ein Schlichtungsverfahren voraussetzt. Innerhalb von drei Monaten muss personalrechtliche Klage bei der Verwaltungsrekurskommission erhoben werden, und gegen Entscheide dieser Behörde muss innert 14 Tagen mittels Beschwerde ans Verwaltungsgericht gelangt werden.

Fazit: Der Föderalismus ist im öffentlichen Personalrecht sehr ausgeprägt, auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Eine Darstellung der personalgesetzlichen Regelungen inklusive Rechtsschutzmöglichkeiten in allen Kantonen (teilweise mit Hinweisen auf kommunale Anstellungen) finden sich im Handbuch Öffentliches Personalrecht.⁶⁶³

⁶⁶³ BÜRGI/BÜRGI-SCHNEIDER, Handbuch Personalrecht, Zürich 2017. Im Rahmen der zweiten Auflage 2024 ist erst Band 1: Bund erschienen.

Rund 750 000 Menschen arbeiten in der Schweiz im öffentlichen Sektor – in den Verwaltungen des Bundes, der Kantone, Gemeinden oder öffentlichen Unternehmen. Hinter jedem Arbeitsvertrag steht ein komplexes Geflecht an Gesetzen, Verordnungen und Richtlinien, die je nach Ebene und Institution unterschiedlich ausgestaltet sind.

Dieses Buch bietet erstmals einen praxisorientierten Grundriss des öffentlichen Personalrechts. Es führt in die Grundlagen ein, orientiert sich an der typischen Systematik der Personalgesetze und beleuchtet sowohl allgemeine Strukturen als auch ausgewählte Fragen. Mit praxisnahen Erläuterungen, Checklisten, Mustern sowie Fragen und Antworten eignet sich das Werk für Studierende, Juristinnen und Juristen, Verwaltungsmitarbeitende sowie alle, die sich mit personalrechtlichen Fragestellungen befassen – ein zuverlässiger Wegweiser durch ein anspruchsvolles Rechtsgebiet.

ISBN 978-3-03891-837-0

