

Dr. Isabelle Wildhaber
Berlin

Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 144 · 2008 · Heft 7/8

Stämpfli Verlag AG Bern

Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen

(Privatisierungen, verwaltungsinterne Umstrukturierungen, Verstaatlichungen)

Von Dr. ISABELLE WILDHABER, Berlin*

Die traditionelle Erfüllung öffentlicher Aufgaben primär durch die staatliche Zentralverwaltung wird heutzutage vermehrt in Frage gestellt. Da die Zuweisung öffentlicher Aufgaben in der Verfassung die Art der Aufgabenerfüllung meistens offenlässt, wird dem Gemeinwesen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ein grosser Gestaltungsspielraum zugebilligt.¹ Es kann die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe einem Aufgabenträger ausserhalb der Zentralverwaltung übertragen und kann dabei entweder private Rechtsträger (Privatisierung) oder andere, meistens dezentrale, öffentlich-rechtliche Institute (verwaltungsinterne Umstrukturierung) in die Aufgabenerfüllung einbeziehen.² Die Übertragung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf private oder dezentrale staatliche Aufgabenträger wird oft unter dem Oberbegriff *Outsourcing* oder *Dezentralisierung* zusammengefasst. Umgekehrt können Aufgaben von einer juristischen Person des Privatrechts auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts übertragen werden (Verstaatlichung), was aber in der Praxis seltener vorkommt.³ Dem Gemeinwesen steht so eine ganz erhebliche Freiheit in der Vollzugsorganisation und in deren Umstrukturierung zu.

* Dr. iur., LL.M. (Harvard), Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich danke dem *Schweizerischen Nationalfonds* für die Unterstützung meiner Forschung an der HU Berlin sowie Prof. Gerhard Schmid und Prof. Carl Baudenbacher für die konstruktiven Anregungen.

1 Siehe KNAPP, *Quelles limites constitutionnelles aux privatisations?*, Sondernummer SZW 1999, 1 ff.; A. MÜLLER, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, AJP 1998, 74.

2 JAAG, in: Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, 26 ff.; UEBERSAX, *Privatisierung der Verwaltung*, ZBl 2001, 393 ff., 398; ZIMMERLI/LIENHARD, in: Wiegand (Hrsg.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, BTJP 1997, Bern 1998, 176.

3 Art. 751 und 915 OR. Siehe FORSTMOSER, Wer «A» sagt muss auch «B» sagen, Gedanken zur Privatisierungsdebatte, SJZ 2002, 193 ff., 198.

Dezentralisierungen und Privatisierungen haben zu zahlreichen juristischen Debatten geführt, insbesondere was deren Voraussetzungen und Ablauf sowie die Auswirkungen der Organisationsänderung anbelangt. Nur am Rande gestreift wurde bislang die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 333 OR und dessen arbeitsrechtliche Konsequenzen, auf die hier näher eingegangen werden soll.

Ein gesondertes Arbeitsrecht der Umstrukturierung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts⁴ gibt es in der Schweiz nicht. Die arbeitsrechtlichen Folgen der Privatisierung, der verwaltungsinternen Umstrukturierung und der Verstaatlichung sind daher im systematischen Zusammenhang des jeweils gewählten Gestaltungsinstrumentes – ausschliessliche gesetzliche Regelung, *share deal*, Strukturanpassung nach FusG, oder *asset deal* – zu bestimmen. Aus diesem Grund sollen zuerst kurz die Gestaltungsmittel und -spielräume bei der Umstrukturierung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts dargestellt werden, insbesondere gemäss Art. 99–101 FusG (nachfolgend 1.). Sodann sollen die Anwendbarkeit von Art. 333 OR und dessen arbeitsrechtliche Folgen bei der Privatisierung, der verwaltungsinternen Umstrukturierung und der Verstaatlichung beleuchtet werden (nachfolgend 2.). Dieser Frage kommt im Hinblick auf die individualrechtlichen Folgen einer solchen Umstrukturierung eine zentrale Bedeutung zu.

4 Wegen der Offenheit des Begriffs «öffentliches Unternehmen» definiert Art. 2 lit. d FusG die «Institute des öffentlichen Rechts» in genuiner Weise (alle im Handelsregister eingetragene, organisatorisch verselbstständigte Einrichtungen des öffentlichen Rechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, unabhängig davon, ob sie als juristische Person ausgestaltet sind oder nicht), lässt aber die üblichen zivilrechtlichen Grundsätze teilweise unbeachtet, siehe dazu Botschaft zum Fusionsgesetz vom 13.6.2000, BBl 2000, V 4337 ff., 4389; WEBER, Öffentliche Unternehmen und Privatisierungen unter dem Fusionsgesetz, ZBJV 1999, Sonderbd. 135^{bis}, 79 ff., 91; WIEGAND/WICHTERMANN, in: Wiegand (Fn. 2), 61, 82 Anm. 101; WAGNER PFEIFER/GELZER, in: Vischer (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Zürich 2004, vor Art. 99–101 N 6 ff.

1. Gestaltungsmittel und -spielräume

Für die Privatisierung bislang in öffentlich-rechtlicher Rechtsform geführter Unternehmen stehen die Gestaltungsmittel von Art. 99 FusG, namentlich die direkte und liquidationslose Überführung in eine Rechtsform des Privatrechts durch *Fusion* oder *Umwandlung*, zur Verfügung. Das neue Recht sieht vor, dass Institute des öffentlichen Rechts ihr Vermögen durch Fusion auf Kapitalgesellschaften, Genossenschaften, Vereine oder Stiftungen übertragen können oder sich in solche umwandeln können. Mit den Gestaltungsmitteln von Art. 99 FusG kann z.B. eine bislang als Anstalt öffentlichen Rechts geführte Geschäftsbank unter Beibehaltung ihrer Identität formwechselnd in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Bleibt nach der Privatisierung die öffentliche Hand Anteilseignerin, spricht man von einer rein «formellen» Privatisierung.⁵ Diese kann durchaus lediglich ein Zwischenstadium sein, in dessen Gefolge die Anteile an einen oder mehrere Privatinvestoren veräussert werden, was dann zur «materiellen» Privatisierung führt.⁶ Somit kommt auch der *share deal* als Gestaltungs-

5 Die Begrifflichkeiten im Bereich der Privatisierung werden uneinheitlich verwendet. Es wird oft unterschieden zwischen dem Vorgang, der lediglich dazu führt, dass eine öffentliche Aufgabe neu durch einen Rechtsträger des Privatrechts erfüllt wird (unechte Privatisierung, formelle Privatisierung, Organisationsprivatisierung), und demjenigen, bei dem der Staat eine Aufgabe zumindest teilweise Privaten überlässt und gleichzeitig auf eine Mehrheitsbeteiligung am privaten Aufgabenträger verzichtet (echte oder materielle Privatisierung), so z.B. VON BÜREN, Fusion, Umwandlung und Vermögensübertragung unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, SZW 2004, 178 ff., Anm. 3; HELBLING, in: Schaffhauser/Polledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, 75 ff., 98; ZIMMERLI/LIENHARD (Fn. 2), 169 f.; TSCHANNEN, in: Wiegand (Fn. 2), 210 ff. («Privatisierung ist als Begriff von geradezu lästiger Konturlosigkeit»). Abhängig von der verbleibenden staatlichen Kontrolle, also insbesondere vom Beteiligungsgrad des Gemeinwesens an der privatisierten Gesellschaft, wird unterschieden zwischen der rein formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung), einer Teilprivatisierung, einer Vollprivatisierung und einem Aufgabenverzicht, so HANDSCHIN/SIEGENTHALER, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, SJZ 1996, 405; JAAG (Fn. 2), 26 f., 30 ff.; WEBER/BISCHOF, Umstrukturierung und Privatisierung von Instituten des öffentlichen Rechts, Zürich 2002, 30.

6 So wandelte sich z.B. die Swisscom mit dem Börsengang vom rein formell privatisierten zum teilprivatisierten Unternehmen, siehe dazu HANDSCHIN/SIEGENTHALER (Fn. 5), 406; JAAG (Fn. 2), 30 ff.; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 27.

mittel in Betracht, sofern die entsprechende Aktivität von den öffentlichen Eigentümern bereits zuvor in privatrechtlicher Form betrieben wurde. Geregelt werden in Art. 99–101 FusG lediglich die privatrechtlichen Aspekte dieser Vorgänge. Es bleibt Aufgabe des öffentlichen Rechts, zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Institut des öffentlichen Rechts in einen Privatrechtsträger überführt werden kann.⁷ Die umgekehrten Vorgänge der Fusion zwischen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern oder der Umwandlung eines Instituts des öffentlichen Rechts in einen anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger (verwaltungsinterne Umstrukturierungen) sowie der Fusion, bei der ein privatrechtlicher Rechtsträger von einem Institut des öffentlichen Rechts übernommen wird, oder der Umwandlung eines privaten in einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger (Verstaatlichungen) werden im FusG nicht geregelt.⁸ Das massgebliche eidgenössische oder kantonale öffentliche Recht kann aber in solchen Fällen die Bestimmungen des FusG sinngemäss und lückenfüllend als subsidiäres Recht zur Anwendung bringen.⁹

Art. 99 Abs. 2 FusG regelt überdies die *Vermögensübertragung* von Instituten des öffentlichen Rechts auf privatrechtliche oder auf andere öffentlich-rechtliche Rechtsträger (ausserhalb einer Fusion oder einer Umwandlung).¹⁰ Das FusG lässt auch den umgekehrten Vorgang der Vermögensübertragung von einem Privatrechtsträger auf Institute des öffentlichen Rechts zu, soweit das Gesellschaftsrecht hierzu keine besonderen Bestimmungen enthält.¹¹ Für die Übernahme des Vermögens eines Privatrechtsträgers durch ein Institut des öffentlichen Rechts kommen deshalb weiterhin Art. 751 bzw. Art. 915 OR zur Anwendung.¹²

7 Botschaft FusG (Fn. 4), 4363; VOGEL/HEIZ/BEHNISCH, FusG Kommentar, Zürich 2005, vor Art. 99–101 N 1; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 50.

8 Botschaft FusG (Fn. 4), 4481; KUSTER, in: Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Basel 2005, Art. 99 N 4; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 4; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 50.

9 WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 304.

10 KUSTER (Fn. 8), Art. 99 N 14; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 5; TREIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar Fusionsgesetz, Bern 2003, Art. 99 N 5.

11 Botschaft FusG (Fn. 4), 4363; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 2; KUSTER (Fn. 8), Art. 99 N 14.

12 WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 3; KUSTER (Fn. 8), Art. 99 N 15.

Das Instrument der *Unternehmensspaltung* ist für die Institute des öffentlichen Rechts im FusG nicht vorgesehen, weil davon ausgegangen wurde, dass dieser rein verwaltungsinterne Vorgang ausschliesslich dem öffentlichen Recht untersteht und eine gesellschaftsrechtliche Komponente fehlt.¹³

Gemäss Art. 100 Abs. 1 Satz 1 FusG kommen auf die Fusion von privatrechtlichen Rechtsträgern mit Instituten des öffentlichen Rechts, auf die Umwandlung solcher Institute in Rechtsträger des Privatrechts und auf die Vermögensübertragung unter Beteiligung eines Rechtsträgers des öffentlichen Rechts die *Vorschriften des FusG* (und somit auch dessen Verweise auf Art. 333 OR) *sinngemäss zur Anwendung*. Unter dieser sinngemässen Anwendung wird in der Lehre eine analoge Anwendung verstanden, wofür auch die französische («par analogie») und die italienische («per analogia») Fassung des Gesetzestextes sprechen.¹⁴ Mit dem Begriff «sinngemäss» wird Raum gelassen für abweichende Lösungen, was im konkreten Fall aufgrund der gegebenen Unterschiede zwischen privatrechtlichen Rechtsträgern und Einrichtungen des öffentlichen Rechts erforderlich sein kann, weil einzelne Bestimmungen (z.B. qualifizierte Beschlussfassungsvorschriften) nur schlecht oder fast gar nicht auf öffentliche Unternehmen anwendbar sind. Bestimmungen des FusG, die sich im Einzelfall als nicht sachgerecht erweisen, sind ausnahmsweise nicht anzuwenden oder den Besonderheiten anzupassen, die sich durch die Beteiligung eines öffentlich-rechtlichen Instituts ergeben.¹⁵ Die sinn-

13 Botschaft FusG (Fn. 4), 4481; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein FusG, Bern 1997, 44, 62; VON BÜREN, in: Wiegand (Fn. 2), 28 («einleuchtend»); KUSTER (Fn. 8), Art. 99 N 7; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 9. Kritisch zum Fehlen des Rechtsinstituts WEBER (Fn. 4), 98 f.; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 55, 76 f.; WIEGAND/WICHTERMANN, in: Wiegand (Fn. 2), 82 Anm. 101.

14 Vgl. zu den Begrifflichkeiten KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 47 Anm. 81. Ebenso von einer analogen Anwendung ausgehend BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail (selon le Code des obligations), 3. Aufl., Lausanne 2004, Art. 333 N 17; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 11.

15 KUSTER (Fn. 8), Art. 100 N 5; TREIS (Fn. 10), Art. 100 N 4; VON BÜREN (Fn. 5), 179; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 3 (Sinn und Geist der FusG-Bestimmungen massgeblich). Einschränkender offenbar WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 103 («Eine sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR [via Art. 100 FusG] liesse sich lediglich dann erwägen, wenn der Inhalt der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträge bzw. -verfügungen weitestgehend auf privatrechtliche Verträge überführt und sich die einzige Änderung auf das zuständige Recht beziehen würde.»).

gemässe Anwendung des FusG bezieht sich allerdings nur auf den *Vollzug* der Umstrukturierung unter Beteiligung eines Instituts des öffentlichen Rechts. Die *Beschlussfassung* des Rechtsträgers des öffentlichen Rechts zur Umstrukturierung richtet sich gemäss Art. 100 Abs. 3 FusG nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften und Grundsätzen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden.

Bei der Fusion und der Umwandlung nach Art. 99 Abs. 1 FusG besteht die Möglichkeit, dass das öffentliche Recht für den beteiligten Rechtsträger des öffentlichen Rechts abweichende Vorschriften vorsieht. Es gilt demnach als Besonderheit – gestützt auf Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG – für den beteiligten Rechtsträger des öffentlichen Rechts der *Primat des öffentlichen Rechts*. Bundesregelungen bzw. kantonale Regelungen können nicht nur die Zulässigkeit der Umstrukturierung, sondern auch deren Ausgestaltung im Einzelnen betreffen. Dieser Gesichtspunkt ist auch für die arbeitsrechtliche Gestaltung von Privatisierungen von erheblicher Tragweite. Er ermöglicht es, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Umstrukturierung in gewissem Mass abweichend von den ansonsten zwingenden Regelungen des FusG zu bestimmen.

Schliesslich kann eine Privatisierung auch *ausserhalb des FusG* erreicht werden. Eine solche Gestaltung ist beispielsweise gegeben, wenn mittels eines *asset deals* ein städtisches Wasserwerk oder der Kantinenbetrieb einer Stadtverwaltung an private Investoren verkauft oder verpachtet werden. Des Weiteren besteht die Möglichkeit, Umstrukturierungen von Instituten des öffentlichen Rechts gestützt auf *spezialgesetzliche Regelungen* des Bundes oder der Kantone durchzuführen. Der Bund kann gestützt auf seine Organisationskompetenz sowie auf die Rechtsetzungskompetenz im Privatrecht spezialgesetzliche Aktiengesellschaften beliebig durch Bundesgesetz bilden (Art. 122 Abs. 1 BV). Ob solche Gesellschaften dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind, ist nicht immer eindeutig. Richtigerweise muss von einer öffentlich-rechtlichen Natur ausgegangen werden, sobald erhebliche Abweichungen vom OR vorliegen, z.B. eine gesetzlich vorgesehene Mitwirkung des Gemeinwesens, Haftung des Staates oder das Bestehen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse.¹⁶ Auch die

16 Ähnlich HANDSCHIN/SIEGENTHALER (Fn. 5), 409; Jaag (Fn. 2), 31 Anm. 46; WIEGAND/WICHTERMANN, in: Wiegand (Fn. 2), 70; VON BÜREN (Fn. 5), 180; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 40. Aus diesem Grund fragt sich NOBEL, in: Jaag (Fn. 2), 147, weshalb für die Swisscom nicht eine normale AG des OR gewählt wurde, zumal die Abweichungen im TUG verhältnismässig gering sind.

Kantone können für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft schaffen. Art. 59 Abs. 1 ZGB, Art. 763 OR und Art. 829 OR verweisen durch unechte Vorbehalte zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts ausdrücklich auf diese Möglichkeit. Gemäss Art. 763 OR können die Kantone aber nur unter bestimmten Voraussetzungen spezialgesetzliche Aktiengesellschaften nach kantonalem öffentlichem Recht schaffen.¹⁷

2. Anwendbarkeit von Art. 333 OR und arbeitsrechtliche Folgen

Im Folgenden sollen die Anwendbarkeit von Art. 333 OR und dessen arbeitsrechtliche Folgen bei der Privatisierung (nachfolgend a.), der verwaltungsinternen Umstrukturierung (nachfolgend b.) und der Verstaatlichung (nachfolgend c.) beleuchtet werden. Neben der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre wird dabei auch auf die einschlägige EuGH- und EFTA-Rechtsprechung eingegangen. Denn das Bundesgericht hat in einem Urteil von grundlegender Bedeutung, dem BGE 129 III 335, ausdrücklich das Prinzip der europarechtskonformen und dynamischen Auslegung des autonom nachvollzogenen Rechts anerkannt und unter den Vorbehalt der Grenzen der binnenstaatlichen Methodologie gestellt. Bei der Anwendung des Art. 333 OR auf Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen sind demnach die europarechtlichen Vorgaben von Interesse, wenngleich gerade die Schnittstelle zum öffentlichen Recht der Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung methodologische Grenzen setzen kann.

a. Privatisierungen

aa) Problematik der Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Unternehmen des öffentlichen Rechts unterstehen in der Schweiz nicht den arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR. Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter dieser Unternehmen werden durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes, der Kantone oder Gemeinden

17 Siehe NOBEL, in: Jaag (Fn. 2), 139 ff.; VON BÜREN, in: Wiegand (Fn. 2), 22 f. («echte Mogelpackung»); ebenso ZIMMERLI/LIENHARD (Fn. 2), 169.

geregelt. Art. 333 OR ist somit auf Unternehmen des öffentlichen Rechts nicht direkt anwendbar.¹⁸ Bei Art. 333 OR handelt es sich um eine reine Privatrechtsnorm, welche das öffentliche Dienstrecht nicht betrifft.¹⁹ Die Anwendung der Norm kann sich aber aus anderen Gesetzen ergeben. So ist am 1. Mai 2004 das FusG in Kraft getreten, welches in Art. 99–101 Umstrukturierungen unter Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts regelt und dabei indirekt Art. 333 OR für sinngemäss anwendbar erklärt.²⁰ Das FusG äussert sich aber nicht zur Frage, welche Auswirkungen eine Fusion oder eine Umwandlung eines öffentlichen Unternehmens auf die Überführung der Dienstverhältnisse in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse haben könnte. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, im FusG für den auch sozialpolitisch wichtigen Bereich der Privatisierung einige allgemeine Grundsätze zur Überführung von öffentlich-rechtlichen Anstellungen in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse festzulegen.²¹ Bei den bisherigen Privatisierungen (z.B. Post²², Swisscom²³ oder Rüstungsbetriebe²⁴) hat der Bundesgesetzgeber je-

18 So auch LAMANNA MERKT, Art. 333 OR Betriebsübergang: die Relevanz der Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofes bei der Auslegung des autonom nachvollzogenen europäischen Rechts, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, Band 8, Basel 2006, 407 ff., 430; KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 149.

19 Art. 342 Abs. 1 lit. a OR; KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 149; vgl. auch STAEHELIN, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. V/2c, Der Arbeitsvertrag Art. 319–355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 342 N 2 ff.; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 342 N 1.

20 So auch WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 102; KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 152 (kommentiert den VE FusG, der noch keinen expliziten Verweis auf Art. 333 OR vorsah und vertritt deshalb die Ansicht, dass ohne ausdrückliche entsprechende Regelung im FusG Art. 333 OR für die Überführung von öffentlich-rechtlichen in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nicht gelten könne – heute bestehen aber ausdrückliche Verweise in Art. 27, 49 und 76 FusG).

21 So auch WEBER (Fn. 4), 102 f.

22 Die Dienstverhältnisse des Personals unterstehen dem BPG; ausnahmsweise kann die Post Bedienstete dem OR unterstellen, vgl. Art. 2 und 15 POG.

23 Umstellung der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nach Ablauf einer Übergangsperiode per 1.1.2001, Art. 16 Abs. 1 und Art. 25 TUG. Verpflichtung zum Abschluss eines GAV mit den Personalverbänden, Art. 16 Abs. 2 und 3 TUG, die Botschaft zum TUG führt zahlreiche Punkte auf, welche in einem solchen GAV geregelt werden sollen, BBl 1996 III 1340.

24 Unmittelbare Umwandlung der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, Art. 6 Abs. 1 BGRB; Verordnung über die Umwandlung der Dienstverhältnisse der Rüstungsunternehmen des Bundes vom 25.3.1998.

weils spezialgesetzliche Regelungen getroffen. Die 1998 in einem Aufsatz mit dem Titel «Die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse»²⁵ von THOMAS KOLLER behandelten Fragestellungen sind somit weiterhin von aktuellem Interesse.

Klar ist auf jeden Fall, dass die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse unerlässlicher Bestandteil der Privatisierung öffentlicher Aufgaben überhaupt ist.²⁶ Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse zwischen privatisierten Unternehmen und ihrem Personal sind zwar denkbar, doch würde ein derartiges Vorgehen in den meisten Fällen wenig Sinn machen.²⁷ Die *Privatisierung der Arbeitsverhältnisse* ist nach weit verbreiteter Auffassung einer der Kernpunkte für die Verwirklichung der notwendigen Flexibilität privatisierter Betriebe.²⁸ Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Arbeitsverhältnisse unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht, was die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse sehr komplex gestaltet. Zwar ist der Bestandesschutz im öffentlichen Dienstrecht seit der Abschaffung des Beamtenstatus im Bund und in zahlreichen Kantonen nicht mehr viel stärker als bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen.²⁹ Der Mitarbeiter steht aber gegenüber dem Staat in einem Subordinationsverhältnis, welches durch Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers im öffentlichen Personalrecht und durch verfassungsmässige Rechte kompensiert wird. Insbesondere geht der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen weiter als in privatrechtlichen Arbeitsverträgen, was sich z.B. auf die Ausgestaltung der Besoldungssysteme in öffentlich-rechtlichen Instituten aus-

25 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 121 ff.

26 Siehe auch KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 125; Jaag (Fn. 2), 44.

27 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 125 f.; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 22 (vorbehalten bleibt z.B. der Fall der reinen Organisationsprivatisierung, soweit das anwendbare Personalgesetz bzw. Spezialgesetz dies vorsieht); siehe aber immerhin Fn. 22.

28 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 126 f. Anm. 15.

29 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 131 ff.; WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 101; MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, 219 f. Vgl. auch JAAG, Das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 1994, 433 ff., 461 f.; sowie BGE 124 II 53 ff., der belegt, dass öffentlich-rechtlich angestellte Personen unter Umständen auch weniger gut geschützt sein können als privatrechtliche Arbeitnehmer (keine Sperrfrist bei Krankheit gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR).

wirkt.³⁰ Eine sinngemässe Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften des FusG schützt die bisher öffentlich-rechtlich Angestellten oftmals nur unzureichend, und auch die sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR vermag nicht zu verhindern, dass allfällige Schutzbestimmungen des öffentlichen Personalrechts ihre Wirksamkeit verlieren.³¹

bb) Sinngemässe Anwendung des Art. 333 OR bei Privatisierungen

Erfolgt die Privatisierung mit den Mitteln des FusG, so ergibt sich aus Art. 100 Abs. 1 FusG die sinngemässe Anwendung der Art. 27, 49 und 76 FusG und somit des Art. 333 OR.³² Bei der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens durch Fusion oder Umwandlung ist in sinngemässer Anwendung von Art. 333 OR davon auszugehen, dass die auf den neuen Rechtsträger zu übertragenden öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisse mit dem Tag der Betriebsübertragung in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse übergeführt werden. Dabei sind Sinn und Geist von Art. 333 OR im Sinne der bei Analogieschlüssen massgeblichen teleologischen Auslegung massgeblich.³³

Obwohl Art. 100 Abs. 1 FusG nur eine «sinngemässe» Anwendung von Art. 333 OR vorsieht, besteht m.E. hinsichtlich der *Tatbestandsvoraussetzungen* des Art. 333 Abs. 1 OR kein Raum für abweichende Lösungen. Grundsätzlich kann Art. 333 OR auch auf Übertragungsakte von einem öffentlich-rechtlichen auf einen priva-

30 KOLLER, in Wiegand (Fn. 2), 128 ff., 137 ff.; HELBLING (Fn. 5), 83 ff.; M. MÜLLER, Lineare Lohnkürzungen im öffentlichen Dienstrecht als Problem der Rechtsgleichheit, AJP 1997, 841 ff.; HANGARTNER, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, 517 f., 520.

31 So auch WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 11. Aus diesem Grund werden in der deutschen Praxis seit langem umfangreiche *Personalüberleitungsverträge* zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung, den zuständigen Gewerkschaften und den die Aufgabenerledigung übernehmenden privaten Unternehmen abgeschlossen, vgl. BLANKE/GEHARDT/HEUERMANN, Leitfaden Privatisierungsrecht: Praxis der Personalüberleitungs- und Personalgestellungsverträge für Arbeiter und Angestellte, Baden-Baden 1998, 41 ff.; WOLFF/CONRADI, Personalüberleitung und Personalüberleitungsvereinbarungen bei Privatisierungsvorhaben im Krankenhausbereich, ZTR 2007, 290 ff.

32 Allerdings fehlt bei der Umwandlung öffentlich-rechtlicher Institute ein Verweis auf Art. 333 OR; das FusG sieht für die Umwandlung keinen Verweis auf Art. 333 OR vor, weil es sich bei der rein privatrechtlichen Umwandlung um einen blossen Rechtskleidwechsel handelt, siehe WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 105 f.

33 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 9), N 222 f.; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 11.

ten Rechtsträger, die auf Verwaltungsakt oder Privatisierungsgesetz beruhen, Anwendung finden.³⁴ Bei vielen Privatisierungsmassnahmen ist das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 Abs. 1 OR auf den konkreten Sachverhalt fraglich, weshalb stets überprüft werden muss, ob im Sinne von Art. 333 OR ein Betrieb übergegangen ist, was insbesondere deshalb ausscheiden kann, weil der Betriebserwerber die öffentliche Aufgabe im Rahmen einer eigenen neu gebildeten und andersartigen Arbeitsorganisation wahrnimmt.³⁵ Hingegen kann der Tatbestand des Betriebsübergangs vorliegen, wenn die alte Betriebsorganisation durch den Wechsel in private Trägerschaft unverändert bleibt, z.B. bei Übertragung und Fortführung eines Schlachthofs, einer Kinderkrippe oder eines Krankenhauses. Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht steht der Anwendung des Art. 333 OR nicht entgegen. Kein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR liegt vor, wenn die öffentliche Hand ihre Beteiligung an Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zugunsten Privater zurückzieht, denn bei Gesellschafterwechsel bleibt die juristische Person als solche unverändert. Andererseits kommt die Bestimmung von Art. 333 OR bei Massnahmen der formellen Privatisierung in Betracht, denn damit ändert sich der abstrakte Arbeitgeber.

Besondere Komplikationen im Hinblick auf das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 Abs. 1 OR können sich ergeben, wenn das massgebliche öffentliche Recht die Übertragung der bisher von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsträger wahrgenommenen Aufgabe als solche auf einen privaten Investor gar nicht zulässt, was insbesondere bei den sog. *genuinen Staatsaufgaben* der Fall ist, oder dann, wenn eine Verfassungsbestimmung nicht nur die Kompetenz, sondern einen verbindlichen Auftrag zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe enthält.³⁶ Hier kommt nur eine Privatisierung in Betracht, bei der die öffentliche

34 Vgl. ZIMMERLI, Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierungen unter besonderer Berücksichtigung des Fusionsgesetzes, AJP 2005, 771 ff., 773; EuGH vom 14.9.2000, *Collino*, Slg. 2000 I 6659, N 34 f.; GAUL, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, Köln 2002, 251 m.w.H.

35 Siehe dazu ausführlich WILDHABER, Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art. 333 Abs. 1 OR, ZSR 2007, 463 ff., 478.

36 Vgl. dazu STERZEL, in: Blanke/Trümner (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, Baden-Baden 1998, 251 («kommunale Pflichtaufgaben»); LIENHARD, Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?, Bern 1995, 129 m.w.H., 133; ZIMMERLI/LIENHARD (Fn. 2), 171.

Aufgabe als solche bei der Kommune verbleibt, sie die Aufgabenerfüllung künftig jedoch gemeinsam mit einem Privaten (Investor) wahrnimmt. Derartigen Privatisierungen, die u.a. im Bereich der Wasserversorgung, Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung praktiziert werden, liegt oftmals ein *Betriebsführungsmodell* zugrunde: Die öffentlich-rechtliche Verantwortung und gebührenrechtliche Abrechnung verbleibt bei der Gemeinde ebenso wie das Eigentum einschliesslich Neuinvestitionen an den jeweiligen Anlagen, während der Private (GmbH, AG) gegen ein entsprechendes Dienstleistungsentgelt den Betrieb der jeweiligen Anlagen übernimmt; er untersteht dabei einem Kontroll-, Informations- und Weisungsrecht der Gemeinde. Beim sog. *Betreibermodell* wird der Investor dagegen selbst Inhaber der Anlagen, führt also bestimmte Aufgaben (ebenfalls gegen Entgelt) selbst durch, während die öffentlich-rechtliche Verantwortung einschliesslich der Abrechnung auch hier bei der Gemeinde verbleibt, die sich gegenüber dem Betreiber daher entsprechende Kontroll- und Weisungsrechte vorbehalten muss.³⁷ Ob ein solcher Betriebsführungsvertrag die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 333 OR erfüllt und somit zum Übergang der Arbeitsverhältnisse führt, hängt damit von seiner näheren Ausgestaltung ab.³⁸

Aus der sinngemässen Anwendung von Art. 333 OR via Art. 100 Abs. 1 FusG ergibt sich, dass *bisheriger Inhaber eines Betriebs durchaus eine Person des öffentlichen Rechts sein kann*.³⁹ Auch der EuGH vertritt in seinem Privatisierungsentscheid *Collino* die Meinung, dass bisheriger Inhaber eines Betriebs eine öffentlich-rechtliche Person sein kann.⁴⁰ Dies ergibt sich allerdings im europäischen (anders als im schweizerischen) Recht schon daraus, dass die Betriebsübergangs-Richtlinie («RL») in ihrer durch die RL 98/50 geänderten Fassung gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. c sowohl für private als auch öffentliche Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, gilt. Entscheidend für die Anwendbarkeit der RL auf öffentliche Unternehmen sei lediglich, dass die jeweilige Tätigkeit wirtschaftlichen und nicht hoheitlichen Charakter habe, unabhängig

37 STERZEL (Fn. 36), 252.

38 Siehe WILDHABER (Fn. 35), 471.

39 Anders STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 333 N 3 («Damit ist auch gesagt, dass bei einem Betriebsteilübergang von einer öffentlichen auf eine private Körperschaft Art. 333 zur Anwendung kommen sollte, wenn die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse in diesem Betriebsteil schon vor dem Übergang dem Privatrecht unterstanden.»).

40 EuGH vom 14.9.2000, *Collino* (Fn. 34), N 32 f.

davon, ob Erwerbszwecke verfolgt werden oder nicht.⁴¹ Dass die übertragene Dienstleistung durch eine Einrichtung des öffentlichen Rechts vergeben worden sei, könne daher die Anwendung der Richtlinie nicht ausschliessen, wenn die betreffende Tätigkeit keine hoheitliche Tätigkeit darstelle (N 32). Der Umstand, dass die vorgenommene formelle Privatisierung auf einseitigen Entscheidungen der staatlichen Stellen und nicht auf einer Willensübereinstimmung beruht, schliesse die Anwendung der RL nicht aus, sodass die Privatisierung in den sachlichen Anwendungsbereich der RL falle (N 34 f). Auf die RL könnten sich jedoch nur Personen berufen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat als Arbeitnehmer nach nationalem Arbeitsrecht geschützt seien (N 36). Im konkreten Fall hätten die Beschäftigten zur Zeit des streitigen Übergangs den Status von öffentlich-rechtlichen Bediensteten und nicht von Arbeitnehmern gehabt (N 40). Demnach könne sich auf einen Übergang des Arbeitsverhältnisses nur berufen, wer ursprünglich als Arbeitnehmer nach nationalem Arbeitsrecht geschützt war (N 41). Ob dies der Fall war oder nicht, ist nicht immer eindeutig. Der EFTA-Gerichtshof hält dazu in seinem Organisationsprivatisierungsurteil vom 22. März 2002 in Sachen *Viggósdóttir* fest, dass ein Arbeitsverhältnis teils durch öffentliches Recht und teils durch nationales Arbeitsrecht geregelt sein kann und dass dabei insbesondere auf die Kündigungsschutzbestimmungen abgestellt werden müsse.⁴²

Für die Schweiz könnte man aus diesen europarechtlichen Vorgaben schliessen, dass Art. 333 OR konkret nur auf den Arbeitnehmer anwendbar ist, der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs durch das OR geschützt ist. Ob also der Privatisierungsvorgang in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 333 OR fällt und ob sich ein konkreter Arbeitnehmer auf Art. 333 OR berufen kann, wären dann zwei verschiedene Fragen⁴³, genauso wie separat geprüft werden

41 EuGH vom 10.12.1998, *Hidalgo und Ziemann*, Slg. 1998 I 8237, N 24; EuGH vom 14.9.2000, *Collino* (Fn. 34), N 30; EuGH vom 26.9.2000, *Mayeur*, Slg. 2000 I 7755, N 39 ff.

42 EFTA Court vom 22.3.2002, E-3/2001, *Alda Viggósdóttir v. Íslandspóstur hf. (Iceland Post Ltd.)*.

43 Anders STREIFF/VON KAENEL (Fn. 39), Art. 333 N 3 («Ebenfalls nicht erfasst sind Übernahmen von Betrieben, deren Arbeitsverhältnisse dem öffentlichen Recht unterstehen durch einen Betrieb, dessen Arbeitsverhältnisse dem Privatrecht unterstehen.»); BAUMGARTNER, in: BaKo FusG (Fn. 8), vor Art. 27 N 4 (Arbeitnehmerschutzvorschriften gelten nur für den beteiligten privaten Rechtsträger); die Einschränkung von BAUMGARTNER ablehnend LAMANNA MERKT (Fn. 18), 431.

muss, ob ein Betriebsübergang vorliegt und ob ein konkretes Arbeitsverhältnis betriebsbezogen ist. Da nun aber Art. 100 Abs. 1 FusG nur eine sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR vorsieht, sollte m.E. die Norm auch auf die Arbeitnehmer Anwendung finden, welche durch öffentliches Recht geschützt sind, was sich teilweise (je nach Auslegung) auch schon durch die Verweise auf das OR im Allgemeinen ergibt.

cc) Rechtsfolgenprobleme beim Wechsel vom öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitgeber

Die sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR auf Umstrukturierungen öffentlicher Unternehmen hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis – soweit möglich nach dem Grundsatz der inhaltlichen Kontinuität – durch den privatisierten Betriebsinhaber fortgeführt werden muss. Dabei muss der neue Arbeitgeber die beim bisherigen, öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber erworbene Dauer der Betriebszugehörigkeit bei der Anwendung der Bestimmungen des Titels X berücksichtigen (Art. 333 Abs. 1 OR analog).⁴⁴ Den bisher öffentlich-rechtlich Angestellten ist ein Anspruch auf Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses zuzuerkennen (Art. 333 Abs. 2 OR analog).⁴⁵ Sind die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse durch GAV (Art. 38 BPG) oder mit der Arbeitnehmervertretung verhandelte Dienstvereinbarungen geregelt,⁴⁶ so muss der Erwerber diese während eines Jahres einhalten (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR analog), soweit die daraus resultierenden Verpflichtungen nicht spezifisch auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse zugeschnitten sind.⁴⁷

44 So auch der EuGH vom 14.9.2000, *Collino* (Fn. 34), N 51; BRUNNER et al. (Fn. 14), Art. 333 N 17.

45 Vgl. dazu ausführlich und zustimmend KAMM/TRÜMNER, Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Übertragung von öffentlichen Einrichtungen durch Gesetz oder Verordnung, AuR 2007, 336 ff.

46 Die Einsatzmöglichkeit des GAV auch im öffentlichen Dienst ist heute kaum mehr umstritten, siehe HELBLING, Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst, AJP 1998, 899 ff.; MICHEL (Fn. 29), 243 ff.; BRÜHWILER, Gesamtarbeitsverträge im öffentlichen Dienst, ARV 2001, 172. Nach Art. 38 Abs. 1 BPG haben die Post, die SBB und andere vom Bundesrat bezeichnete Arbeitgeber die Ausführungsbestimmungen des Personalrechts in die Form von GAV zu kleiden.

47 Letztere Einschränkung zu Recht vornehmend WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 11; siehe auch LAMANNA MERKT (Fn. 18), 430; BRUNNER et al. (Fn. 14), Art. 333 N 17.

Eine öffentlich-rechtliche Personalvertretung ist frühzeitig zu informieren und zu konsultieren (Art. 333a OR analog). Die einschlägigen Personalgesetze des Bundes und der Kantone sehen eine Beteiligung der jeweiligen Personalvertretung bei grundlegenden Umstrukturierungen ebenfalls vor.

Aufgrund des Wechsels vom öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitgeber ergeben sich bei der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen etliche *Probleme bei der Umsetzung der Überführung der Arbeitsverhältnisse* der jeweiligen öffentlich-rechtlich angestellten Arbeitnehmer. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Frage, welchen Inhalt die Arbeitsverträge bei erfolgter Überleitung von öffentlich-rechtlichen auf privatrechtliche Arbeitgeber annehmen. Die Anwendung des Prinzips der Kontinuität beim Betriebsübergang kann schon bei Betriebsübergängen, welche keine öffentlichen Unternehmen involvieren, Schwierigkeiten bereiten, wenn die Fortgeltung der individualrechtlich begründeten Rechte und Pflichten nach Betriebsübergang angesichts veränderter tatsächlicher Verhältnisse im übernehmenden Unternehmen nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.⁴⁸ Umso mehr bereitet es Probleme bei Umstrukturierungen öffentlicher Unternehmen.

Aufgrund des Primats des öffentlichen Rechts in Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG sowie des Prinzips des Vertrauensschutzes sind beispielsweise bezüglich der *Beendigung öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse* die öffentlichen Regelungen zu berücksichtigen. Wie WAGNER PFEIFER/GELZER zu Recht schreiben, müssen bei der Überführung der Arbeitsverhältnisse in privatrechtliche Vertragsverhältnisse die öffentlich-rechtlichen Kündigungsfristen gewahrt bleiben.⁴⁹ Sieht das massgebliche öffentlich-rechtliche Personalrecht eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit vor, so ist davon auszugehen, dass das öffentlich-rechtliche Institut von seinen Verpflichtungen aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf der Kündi-

48 Siehe z.B. für den Fall von unternehmensspezifischen Vergütungsregelungen, insbesondere Aktienoptionen, WILDHABER, Aktienoptionen und deren Verfallsregeln bei Betriebsübergang, SZW 2008, 16 ff.

49 WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 22; LAMANNA MERKT (Fn. 18), 430. So auch KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 155, für die Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch Auflösung und Neubegründung der Dienstverhältnisse.

gungsfrist entbunden wird, sofern nicht die bisher öffentlich-rechtlich Angestellten dem Wechsel zu einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zugestimmt hatten.⁵⁰ Sieht das massgebliche öffentlich-rechtliche Personalrecht keine Kündigungsmöglichkeit vor, wird eine Auflösungsmöglichkeit aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* im Sinne einer ausserordentlichen Kündigung bestehen.⁵¹ Bei der Konkretisierung von Art. 336 OR kann bei der Festsetzung dessen, was als missbräuchlich zu gelten hat, auf die Umschreibung triftiger Gründe im entsprechenden öffentlich-rechtlichen Personalgesetz zurückgegriffen werden.⁵²

dd) Inhaltliche Kontinuität aus Gründen des Vertrauensschutzes

Die eben behandelten Regelungen allein reichen unter Umständen nicht aus, um die möglichen negativen Folgen von Privatisierungen für die übergeleiteten, bislang im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer aufzufangen. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn zwischen den ehemaligen öffentlich-rechtlichen Angestellten und dem bisherigen öffentlich-rechtlichen Institut ein *Vertrauensverhältnis* besteht. In dieser Situation können sich unter gewissen Bedingungen Ansprüche aus Vertrauensschutz aktualisieren, welche über die Schutzvorschriften des (sinngemäss anwendbaren) Art. 333 OR hinausgehen.⁵³ Es kann deshalb sein, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes bei der Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse gewisse Nachwirkungen des öffentlichen Rechts auf privatisierte Betriebe im Sinne eines Korrektivs angenommen werden müssen und dass so eine Verlängerung der Schutzwirkung des öffentlichen Dienstrechts bewirkt wird. So räumt denn

50 WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 22 (keine Verpflichtung des Gemeinwesens, dem öffentlich-rechtlichen Angestellten eine andere, gleichwertige Stelle anzubieten, aber Anspruch auf Entschädigung).

51 WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 22 (wobei gesetzliche Voranzeigepflichten oder eine angemessene Kündigungsfrist zu wahren sind).

52 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 135.

53 Siehe WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 22; weitergehend KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 143 ff. (plädiert bei privatisierten Betrieben mit Monopolstellung für einen eigenständigen justiziablen Anspruch der Arbeitnehmer auf Einhaltung minimaler Regeln durch den privatisierten Betrieb als Arbeitgeber, z.B. über Art. 19 Abs. 2 OR, mit Verweis auf KRAMER, Berner Kommentar OR, Art. 19/20 N 163).

z.B. KOLLER den Arbeitnehmern bei der Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Verhältnisse zwingend einen Anspruch auf Wahrung ihrer wohlerworbenen Rechte ein, unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die aus dem rechtsgebietstransferierenden Übergang von Dienstverhältnissen resultieren.⁵⁴ Das Bundesgericht seinerseits geht in seiner jüngeren Rechtsprechung davon aus, dass wohlerworbene Rechte sowohl unter der Eigentumsgarantie wie auch unter der grundrechtlichen Garantie von Treu und Glauben nach Art. 9 BV Schutz finden. Es hat seine Rechtsprechung dahin gehend präzisiert, dass je nachdem, ob beim betroffenen Recht die sachenrechtliche Fixierung oder die Vertrauen erzeugende Beziehung zwischen Staat und Bürger im Vordergrund steht, die Eigentumsgarantie oder der Vertrauensschutz Anknüpfungspunkt bildet.⁵⁵ Dem Vertrauensschutz nach Art. 9 BV kommt im Bereich der wohlerworbenen Rechte subsidiärer Charakter gegenüber der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV zu. Letztere greift immer dann, wenn bereits benannte subjektive Rechte zu schützen sind. Für eine Verlängerung der Schutzwirkung des öffentlichen Dienstrechts müssen jeweils sämtliche Tatbestandsmerkmale des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV bzw. der Verletzung der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV erfüllt sein, wozu namentlich eine im Vertrauen getätigte Disposition gehört.⁵⁶ Für den öffentlich-rechtlichen Angestellten kann sich aus dem Schutz des Vertrauens als Rechtsfolge insbesondere ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung ergeben.⁵⁷

54 KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 152; ihm folgend WEBER/BISCHOF (Fn. 5), 105.

55 BGE 118 Ia 245 E. 5a; BGE 128 II 112 E. 10a; CHIARIELLO, Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2004, 196, 192.

56 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen siehe CHIARIELLO (Fn. 55), 121 ff., 189 ff.; BGE 118 Ia 245, 255 f. E. 5b; BGE vom 15.2.2001, 2A.303/2000, E. 5c.

57 WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklungen des Vertrauensschutzes, ZBl 2002, 308; CHIARIELLO (Fn. 55), 138 ff.; BGE vom 21.3.2000, 2P.56/1999, E. 4c; BGE vom 2.7.1999, ZBl 2001, 322, E. 4c; BGE 125 II 152, E. 5; BGE vom 3.4.1996, ZBl 1997, 65 ff., 69, E. 4b. Vgl. auch PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, Basel 1993, 707 ff., 721 f. (zur Kompetenz des BGE zur Formulierung von Übergangsordnungen).

ee) Vertragliche Abbedingung von Art. 333 OR bei Privatisierungen

Die Frage, in welchem Umfang beim Erlass von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen von den eigenen Vorschriften abgewichen werden darf, regelt das FusG nicht. Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG bestimmt mit Bezug auf Institute des öffentlichen Rechts, die an einer Fusion oder Umwandlung beteiligt sind, dass das öffentliche Recht Vorschriften in Abweichung zu den Bestimmungen des FusG vorsehen darf. Ob demnach Art. 27, 46 und 76 FusG, welche auf Art. 333 OR verweisen, durch öffentlich-rechtliche Privatisierungsgesetze «abbedungen» werden dürfen, ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich.⁵⁸ Aus der Pflicht zur sinngemässen Anwendung der Bestimmungen des FusG folgt, dass abweichende öffentlich-rechtliche Vorschriften dem materiellen Gehalt des FusG nicht widersprechen und zwingende Vorschriften des Zivilrechts nicht abändern dürfen und mit den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar sein müssen.⁵⁹ So erwähnt denn die Botschaft als Beispiel, dass Abweichungen von der zivilrechtlichen Regelung des Übergangs von Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit einer Fusion oder Umwandlung ausgeschlossen seien.⁶⁰

Den kantonalen und kommunalen Gesetzgebern ist es ausserdem schon aus Kompetenzgründen verwehrt, den Verweis auf Art. 333 OR insgesamt oder aber Teilaspekte davon, z.B. das gemäss Art. 333 OR bestehende Ablehnungsrecht, mittels Gesetz auszuschliessen. Denn mit solchen Bestimmungen wird in unzulässiger Weise in das in ausschliesslicher Bundeskompetenz stehende Privatrecht eingegriffen.⁶¹ Zum Erlass von zivilrechtlichen Normen ist aus-

⁵⁸ Ähnlich KUSTER (Fn. 8), Art. 100 N 6 f.; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 17.

⁵⁹ Dies ergibt sich auch aus Art. 100 Abs. 1 Satz 3 FusG, wonach die Art. 99–101 FusG in jedem Fall Anwendung finden. Siehe KUSTER (Fn. 8), Art. 100 N 5 f.; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), Art. 100 N 17; VON BÜREN (Fn. 5), 180.

⁶⁰ Botschaft FusG (Fn. 4), 4482; KUSTER (Fn. 8), Art. 100 N 6.

⁶¹ KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 141 f., 150 f. («Die exklusive Bundeszuständigkeit im Bereich des Privatrechts schliesst nach meinem Dafürhalten aus, dass Kantone und Gemeinden bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben das öffentliche Dienstrecht durch hoheitlichen Erlass gleichsam in das Zivilrecht hinein «verlängern» können.»). Art. 64 BV, Art. 5 ZGB e contrario und Art. 6 ZGB. Ähnlich die Begründung

schliesslich der Bund befugt. Hingegen kann den Kantonen und Gemeinden aufgrund des eben beschriebenen Prinzips des Vertrauensschutzes die Kompetenz zustehen, in einem Privatisierungsgesetz die rechtstechnischen Modalitäten der Überführung öffentlich-rechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch Übergangsbestimmungen zu regeln.

b. Verwaltungsinterne Umstrukturierungen

Anstellungsverhältnisse mit Instituten des öffentlichen Rechts sind, von Ausnahmebestimmungen für bestimmte Personalkategorien und spezialgesetzlichen Regelungen abgesehen, durch öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden geregelt.⁶² Die Schweiz kennt ein öffentliches Personalrecht des Bundes, ein öffentliches Personalrecht von 26 Kantonen und darüber hinaus unzählige kommunale Personalrechte. Sie zusammen bilden das öffentliche «Personalrecht», welches vom OR erheblich abweichen kann.⁶³ Überlagert wird das öffentliche Personalrecht durch bedeutsame Verfassungsprinzipien, wie das Rechtsgleichheitsgebot und das Verbot der Willkür.⁶⁴ Damit sind die Art. 319 ff. OR, insbesondere Art. 333 OR, für Personen in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis grundsätzlich nicht anwendbar. Stattdessen kommen das BPG, kantonale Personalgesetze und kommunale Personalreglemente zur Anwendung. Eine verwaltungsinterne Umstrukturierung, d.h. eine Umstrukturierung unter ausschliesslicher Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts, z.B. die Ausgliederung bestimmter Einheiten des Bundes auf einen kantonalen Rechtsträger, wird deshalb allein durch öffentliches Recht geregelt. Die Betriebsübergangsbestimmung von Art. 333 OR ist weder direkt noch via FusG analog

in BAG vom 25.1.2001, NZA 2001, 840 = NJW 2001, 2571 («Berliner Bäder-Betriebe») (für das Berliner Bäder-Anstaltsgesetz hat der BAG in N 63 den Grundsatz «Bundesrecht bricht Landesrecht» [Art. 31 GG] herangezogen und einen gegen § 613a BGB verstossenden landesrechtlichen Ausschluss des Widerspruchsrechts für unwirksam erklärt).

⁶² Vgl. den Vorbehalt in Art. 342 OR.

⁶³ Vgl. HELBLING (Fn. 5), 78 ff. («vielfarbige[s] Patchwork»; «die arbeitsrechtliche Landschaft ist heterogen und vielfältig»); KOLLER, in: Wiegand (Fn. 2), 123.

⁶⁴ Siehe z.B. BGE 123 I 1 ff. E. 6; BGE 121 I 49 ff.; BGE 121 I 102 ff.

anwendbar.⁶⁵ Auch im europäischen Recht werden die Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden und die Übertragung von Verwaltungsaufgaben von einer Behörde auf eine andere vom Anwendungsbereich der Betriebsübergangs-RL ausdrücklich ausgenommen.⁶⁶

Bund, Kantone und Gemeinden gehen nun aber in jüngerer Zeit dazu über, ihr *Personalrecht dem OR anzunähern*. Art. 342 OR zwingt sie ja nicht, das Arbeitsverhältnis in ihrem öffentlichen Dienst anders auszugestalten als das OR es für die Privatwirtschaft tut. Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse lehnen sich deshalb mittlerweile stark an die Regelung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses und somit an das OR an.⁶⁷ Dabei werden verschiedene Wege eingeschlagen.⁶⁸ Das massgebliche eidgenössische oder kantonale öffentliche Recht kann beispielsweise die Bestimmungen des OR sinngemäss und lückenfüllend zur Anwendung bringen. So statuieren viele öffentlich-rechtliche Personalordnungen, dass subsidiär OR zur Geltung kommt,⁶⁹ teilweise mit der Präzisierung «als kantonales

65 Botschaft FusG (Fn. 4), 4133. Vgl. auch BAG vom 2.3.2006, NZA 2006, 848 = NJW 2006, 3375, N 16 f., und BAG vom 28.9.2006, NZA 2007, 352, N 18 («Stiftung Oper in Berlin»: Ausschluss eines Ablehnungsrechts bei Überleitung der Arbeitsverhältnisse vom Land Berlin auf die Stiftung Oper in Berlin), sowie die Anmerkungen THÜSING, EWIR 2006, 393, und GRAEF, NZA 2006, 1078; BAG vom 8.5.2001, NJW 2002, 916 = DB 2002, 695, N 43 («Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg»: Zulässigkeit eines landesrechtlichen Ausschlusses von § 613a BGB mit Bezug auf die Ausgliederung des Landesbetriebes Krankenhäuser Hamburg und die Übertragung auf einen anderen Träger öffentlichen Rechts). Anders hingegen BRUNNER et al. (Fn. 14), Art. 333 N 17 («En l'absence de règle expresse de droit public, il y a lieu d'appliquer par analogie l'art. 333 à de telles situations.»). Sie verweisen dabei auf den Entscheid des Tribunal administratif de Genève vom 27.5.2003, ATA/413/2003 (Verfahren A/481/2002CM und A/1111/2002CM), der eine Verstaatlichung behandelt.

66 Art. 1 Abs. 1 lit. c, eingefügt durch RL 98/50/EG. Vgl. vorher schon EuGH vom 15.10.1996, *Henke*, Slg. 1996 I 4989, N 14.

67 Vgl. dazu POLEDNA, Annäherungen ans Obligationenrecht, in: Helbling/Poledna (Hrsg.), *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Bern 1999, 209 ff.; HANGARTNER, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Anstellung von öffentlichem Personal, ArbR 1993, 33 ff.; HELBLING (Fn. 5), 80 ff.

68 Siehe HELBLING (Fn. 5), 80 ff. (Rezeption, Verweisung, Lückenfüllung, Unterstellung unter das OR).

69 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 9), N 304; WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 4. Siehe z.B. Art. 2 Abs. 1 Personalverordnung AI; Art. 6 Personalgesetz NW; Art. 42 Personalverordnung OW; § 6 Abs. 2 Personal- und Besoldungsverordnung SZ.

öffentliches Recht». Auch das im Jahr 2001 in Kraft getretene Bundespersonalgesetz (BPG), welches u.a. für die Schweizerische Post und die Bundesbahnen gilt,⁷⁰ sieht in Art. 6 Abs. 2 vor, dass – soweit dieses Gesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen – für die Arbeitsverhältnisse des Bundes die einschlägigen Bestimmungen des OR sinngemäss gelten. Das OR wird damit zur arbeitsrechtlichen Grundordnung für das Arbeitsverhältnis beim Bund; das BPG ist im Verhältnis zum OR das Spezialgesetz. Die Möglichkeit gemäss Art. 6 Abs. 5 und 6 BPG, einzelne Arbeitsverhältnisse beim Bund dem Arbeitsrecht des OR zu unterstellen, vergrössert die Identität der arbeitsrechtlichen Regelungen für den öffentlichen Dienst des Bundes und der Privatwirtschaft. Bezüglich Betriebsübergängen ist im BPG geregelt, dass der Arbeitgeber das Personal und seine Organisationen vor der Übertragung von Teilen der Verwaltung oder eines Betriebs(teils) auf einen Dritten zu konsultieren hat (Art. 33 Abs. 2 lit. d BPG). Ansonsten finden sich keine Bestimmungen zum Betriebsübergang, sodass Art. 333 OR sinngemäss anwendbar ist. Der GAV der Post, der sich auf Art. 38 BPG stützt, sieht ausdrücklich vor, dass bei der Übertragung von Betriebsteilen an Dritte Art. 333 OR analog anzuwenden ist und die normativen Bestimmungen dieses GAV für mindestens ein Jahr gelten.

Nicht alle arbeitsrechtlichen Regelungen des OR lassen sich aber ohne weiteres auf das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst anwenden. Wo die Anwendung des OR nicht zu zielkonformen Ergebnissen führen würde oder wo besondere Gegebenheiten für das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst abweichende Normen erfordern, kann und soll das Staatswesen für seinen öffentlichen Dienst eigene, vom OR abweichende Regeln statuieren.⁷¹ Solche *Regelungen zum Betriebsübergang existieren aber i.d.R. in den Personalordnungen nicht*. Aus diesem Grund wirft die mittels eines Verweises in einer öffentlich-rechtlichen Personalordnung vorgesehene Anwendung des OR auf öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse bei verwaltungsinternen Umstrukturierungen eine Flut von Fragen in Bezug auf die konkrete Anwendung von Art. 333 OR auf.

70 Art. 2 Abs. 1 lit. c und d BPG.

71 HELBLING (Fn. 5), 85.

Grundsätzlich ist eine *sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR* auf verwaltungsinterne Umstrukturierungen, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Ordnungen, möglich. Der Verweis auf das OR sollte demnach auch hinsichtlich Art. 333 OR gelten. Für eine subsidiäre sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR auf einen Betriebsübergang zwischen zwei Instituten des öffentlichen Rechts genügt dabei m.E. ein *Verweis in der Personalordnung des bisherigen Arbeitgebers*, dessen Arbeitsverhältnis auf einen anderen Arbeitgeber übergeht. Ein Verweis in beiden Personalordnungen der involvierten Institute des öffentlichen Rechts ist nicht notwendig, da vor dem Betriebsübergang für den überzuführenden öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmer nur ein (indirekter) Verweis auf eine Betriebsübergangsbestimmung in der für ihn geltenden Personalordnung relevant ist.

Stellt die verwaltungsinterne Umstrukturierung einen Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR dar, bestimmen sich auch ihre arbeitsrechtlichen Folgen sinngemäss nach dieser Bestimmung. Die *Rechtsfolgenprobleme* bei der verwaltungsinternen Überführung von Arbeitsverhältnissen sind ähnlicher Art wie bei der Privatisierung, und auch hier bereitet die Anwendung des Prinzips der Kontinuität erhebliche Schwierigkeiten. Zwar verbleiben die Beschäftigten insgesamt unter dem Regime des öffentlichen Dienstrechts, die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse müssen aber dennoch in das System des übernehmenden Arbeitgebers überführt werden. Nur weil die Arbeitsverträge in sinngemässer Anwendung von Art. 333 OR auf den Kanton übergehen, kann es aber nicht angehen, dass z.B. für die vom Kanton übernommenen bisherigen Bundesangestellten weiterhin das öffentliche Dienstrecht des Bundes gilt.

Wie bei der Privatisierung stellt sich ausserdem die Frage, ob eventuell zwischen den öffentlich-rechtlichen Angestellten und dem öffentlich-rechtlichen Institut ein Vertrauensverhältnis besteht, aus dem Ansprüche hergeleitet werden können, welche über die Schutzvorschriften des sinngemäss anwendbaren Art. 333 OR hinausgehen. Aus Gründen des *Vertrauensschutzes* müssen auch bei verwaltungsinternen Umstrukturierungen bei der Überführung der Arbeitsverhältnisse gewisse Nachwirkungen des vor dem Betriebsübergang relevanten öffentlichen Dienstrechts im Sinne eines Korrektivs zu Art. 333 OR angenommen werden.

c. Verstaatlichungen

Bei einem Betriebsübergang von einem Rechtssubjekt des privaten auf ein solches des öffentlichen Rechts stellt sich ebenfalls die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 333 OR für die von der Übertragung betroffenen Arbeitnehmer. Mit STREIFF/VON KAENEL und LAMANNA MERKT ist davon auszugehen, dass *Art. 333 OR auf die Verstaatlichung direkt anwendbar* ist.⁷² Die Überführung des privat-rechtlichen Arbeitsverhältnisses in ein solches des öffentlichen Rechts steht einer direkten Anwendung von Art. 333 OR nicht entgegen. Es spielt deshalb keine Rolle, dass das FusG die Verstaatlichung durch Fusion oder Umwandlung nicht regelt⁷³ und der Verweis in Art. 100 Abs. 1 FusG somit bei der Verstaatlichung nicht zur Anwendung kommt.

Das *Tribunal administratif des Kantons Genf* geht in einem Entscheid vom 27. Mai 2003⁷⁴ ebenfalls von der direkten Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf eine Verstaatlichung aus.⁷⁵ Dabei ging es um die Verstaatlichung einer privaten, von der Gemeinde subventionierten Kinderkrippe, welche zu einer Anstellung der Klägerin bei der Gemeinde führte. Die Gemeinde bestritt, dass bei der Verstaatlichung der Kinderkrippe Art. 333 OR anwendbar sein könne und machte

72 LAMANNA MERKT (Fn. 18), 431; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 39), Art. 333 N 3. Für eine analoge Anwendung BRUNNER et al. (Fn. 14), Art. 333 N 17 (gehen davon aus, dass die Auswirkungen einer Verstaatlichung auf die Arbeitsverhältnisse durch das öffentliche Recht geregelt werden, bei Fehlen einer expliziten Regelung im öffentlichen Recht komme deshalb Art. 333 OR in Analogie zur Anwendung).

73 Hingegen regelt das FusG die Verstaatlichung durch Vermögensübertragung von einem Rechtsträger des Privatrechts auf ein Institut des öffentlichen Rechts, soweit das Gesellschaftsrecht hierzu keine besonderen Bestimmungen enthält, siehe WAGNER PFEIFER/GELZER (Fn. 4), vor Art. 99–101 N 3 f.; GLANZMANN, Umstrukturierungen: Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, Bern 2006, 304 f.; Botschaft FusG (Fn. 4), 4133. Anders offenbar BRUNNER et al. (Fn. 14), Art. 333 N 17.

74 Entscheid des Tribunal administratif de Genève vom 27.5.2003, ATA/413/2003 (zusammengelegte Verfahren A/481/2002CM und A/1111/2002CM).

75 E. I.B.10 («il y a bien eu transfert d'entreprise au sens de l'article 333 CO qui est donc applicable»). Anders offenbar die Auslegung dieses Entscheids von BRUNNER et al., Art. 333 N 17; STREIFF/VON KAENEL (Fn. 39), Art. 333 N 3 («Genfer Urteile, die allerdings den Übergang öffentlichem Recht unterstellen und Art. 333 nur analog anwenden»).

dafür verschiedene Einwände geltend. Gegen den Einwand der Gemeinde, dass kein Urteil und kein Autor die Anwendung von Art. 333 OR auf eine Verstaatlichung vorsehe, erwidert das Verwaltungsgericht des Kantons Genf in E. I.B.6, dass «[s]’il est certes vrai qu’aucun des auteurs cités ne traite de cette problématique, cela n’implique pas que l’article 333 ne pourrait s’appliquer à une étatisation», und verweist dabei auch auf Art. 99 FusG. Gegen den Einwand einer Abmachung der Gemeinde mit den Gewerkschaften, dass Art. 333 OR nicht anwendbar sei, hält das Verwaltungsgericht fest, dass diese Abmachung ohne Bedeutung sei, weil ein Übernahmepflicht auch gegen den Willen des Betriebserwerbers bestehe.⁷⁶ Zum Einwand der Gemeinde, dass die Organisation der Krippe sich bei der Verstaatlichung geändert hätte, entgegnet das Verwaltungsgericht, dass die interne Organisation des übertragenen Betriebs identisch bleiben müsse, dass es aber unumgänglich sei, dass sich das externe Organigramm eines Betriebs bei der Eingliederung in einen Konzern oder eine kommunale Verwaltung ändere.⁷⁷ Wenn es als Hindernis für die Anwendung von Art. 333 OR genügen würde, dass die Organisation der Übernehmergesellschaft leicht anders ist, so könnte das gesetzgeberische Ziel des Arbeitnehmerschutzes nicht erreicht werden.⁷⁸ Das Verwaltungsgericht bejaht schliesslich in Anbetracht der Identitätswahrung der Kinderkrippe bezüglich Zielsetzung und Organisation das Vorliegen eines Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 OR und wendet diesen direkt an.

Die direkte Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf Verstaatlichungen entspricht ausserdem dem europäischen Recht. Da die Betriebsübergangs-RL sowohl für private als auch öffentliche Unternehmen gilt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, fällt auch die Verstaatlichung in den Anwendungsbereich der Betriebsübergangs-RL, sofern die übertragene Einheit ihre Identität bewahrt. Im Entscheid *Mayeur* vom 26. September 2000⁷⁹ hielt der EuGH fest, dass die Übertragung einer wirtschaftlichen Tätigkeit von einer juristischen

⁷⁶ E. I.B.8, mit Verweis auf BGer vom 23.8.1999, JAR 2000, 179 und BGE 123 III 466.

⁷⁷ Vgl. auch STREIFF/VON KAENEL (Fn. 39), Art. 333 N 3 (Wahrung der Betriebsidentität sei etwas, «was durch einen Übergang zwischen dem privaten und dem öffentlichen Sektor beeinflusst werden kann».).

⁷⁸ E. I.B.4.

⁷⁹ EuGH vom 26.9.2000, *Mayeur* (Fn. 41).

Person des Privatrechts auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts grundsätzlich in den Anwendungsbereich der RL fällt (N 29), auch wenn der Erwerber der Tätigkeit eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist (N 33). Dabei ist nicht auszuschliessen, dass unter bestimmten Umständen Merkmale wie die Organisation, die Arbeitsweise, die Finanzierung, die Leitung und die anwendbaren Rechtsvorschriften eine wirtschaftliche Einheit in solcher Weise kennzeichnen, dass eine Änderung dieser Merkmale aufgrund des Übergangs dieser Einheit zu einem Wechsel der Identität führt (N 53). Eine gegebenenfalls nach nationalem Recht bestehende Verpflichtung, privatrechtliche Verträge beim Übergang einer Tätigkeit auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts zu beenden, stellt gemäss Art. 4 Abs. 2 der RL 77/187 eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers dar, die unmittelbar aus dem Übergang folgt, sodass in einem solchen Fall davon auszugehen ist, dass die Beendigung dieser Arbeitsverträge durch den Arbeitgeber erfolgt ist (N 56).

In Fortsetzung des Urteils *Mayeur* wurde der EuGH darum ersucht, die Konsequenzen näher zu erläutern, die der Übergang einer wirtschaftlichen Einheit für die Situation der Arbeitnehmer, insbesondere für ihre Vergütung, habe. Der Fall *Delahaye*⁸⁰ ist von grossem Interesse bezüglich des Verhältnisses zwischen zwingendem öffentlichem Dienstrecht und der Einhaltung des Prinzips der Kontinuität im Fall einer Verstaatlichung. Die Parteien stritten sich darum, ob der Staat aufgrund des Prinzips der Kontinuität gehalten ist, nach dem Betriebsübergang alle Rechte des Personals, welche sich aus dem Arbeitsvertrag zwischen den Arbeitnehmern und dem Veräusserer ergeben, insbesondere den Vergütungsanspruch, aufrechtzuerhalten (N 18). Der EuGH bezeichnet es in seinem Urteil vom 11. November 2004 als grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass im Fall des Übergangs von einer juristischen Person des Privatrechts auf den Staat dieser als neuer Arbeitgeber eine Kürzung der Vergütung der betroffenen Arbeitnehmer vornimmt, um den geltenden nationalen Vorschriften bezüglich der öffentlichen Angestellten nachzukommen (N 35). Die zuständigen Behörden, die diese Vorschriften anzuwenden und auszulegen haben, sind jedoch verpflichtet, dies so weit wie möglich im Licht der Zielsetzung der Betriebsübergangs-RL zu tun,

⁸⁰ EuGH vom 11.11.2004, *Delahaye*, Slg. 2004 I 10 823.

indem sie insbesondere dem Dienstalter des Arbeitnehmers Rechnung tragen, soweit die nationalen Vorschriften, die die Situation der staatlichen Angestellten regeln, das Dienstalter des staatlichen Angestellten bei der Berechnung seiner Vergütung berücksichtigen (N 35). Da die Betriebsübergangs-RL nur auf eine teilweise Harmonisierung des fraglichen Gebiets abzielt, steht sie im Fall der Verstaatlichung der Anwendung des nationalen Rechts nicht entgegen, das die Beendigung der privatrechtlichen Arbeitsverträge vorsieht (N 32). Eine solche Beendigung ist jedoch als eine wesentliche Änderung der Arbeitsbedingungen zum Nachteil des Arbeitnehmers anzusehen, die sich unmittelbar aus dem Übergang ergibt, sodass davon auszugehen ist, dass in einem solchen Fall die Beendigung dieser Arbeitsverträge durch den Arbeitgeber erfolgt ist (N 32).

Aus dem Entscheid *Delahaye* kann gefolgert werden, dass der Staat als Betriebserwerber die Übernahme der Rechte und Pflichten des bisherigen Betriebsinhabers nur insoweit tatsächlich umzusetzen vermag, als diese mit seinen eigenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar sind.⁸¹ Das Besondere an dem Entscheid ist, dass er es dem öffentlich-rechtlichen Übernehmer bei einer Verstaatlichung ermöglicht, die Arbeitsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu unterstellen und dabei in gewissem Masse sogar «nach unten» anzugleichen. Die Betriebsübergangs-RL kann nicht dahin ausgelegt werden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, ihr nationales Recht so abzuändern, dass eine Einheit des öffentlichen Rechts in Abweichung vom bisher geltenden nationalen Recht privatrechtliche Arbeitsverträge insgesamt oder aber gewisse Arbeitsbedingungen aufrechterhalten müsse.⁸² Der Staat als Arbeitgeber wird in der Aufrechterhaltung seines Dienstrechts somit gegenüber sonstigen Arbeitgebern privilegiert.⁸³ Zwingendes öffentliches Dienstrecht geht der Betriebsübergangs-RL somit grundsätzlich vor. Die Anwendung der RL hat im Fall der Übertragung

81 Kritisch RESCH, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11.11.2004 i.S. *Delahaye*, ZESAR 2006, 358 ff.

82 Siehe dazu die Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 17.6.2004 i.S. *Delahaye*, N 33 f., N 42 f., 53 f., mit Verweis auf EuGH vom 26.9.2000, *Mayeur* (Fn. 41), N 50–56.

83 Siehe dazu die Kritik bei RESCH (Fn. 81), 359 («Soweit der Staat hier auch wirtschaftlich tätig wird, liegt darin – insbesondere etwa in der fehlenden Verpflichtung das Lohnniveau des früheren Betriebsinhabers zu übernehmen – im Vergleich zu privaten Betriebsübernehmern eine eklatante Wettbewerbsverzerrung!»).

einer wirtschaftlichen Einheit von einer juristischen Person des Privatrechts auf eine juristische Person des öffentlichen Rechts nicht zwangsläufig die Aufrechterhaltung der im Zeitpunkt der Übertragung laufenden Arbeitsverträge zur Folge, und die Aufrechterhaltung der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsbedingungen stellt bei Verstaatlichungen keinen absoluten oder unantastbaren Grundsatz dar.

Bedingt durch den Wechsel ins System des öffentlichen Rechts sind gewisse Einschränkungen des Prinzips der Kontinuität zulasten der Arbeitnehmer meiner Meinung nach auch im schweizerischen Recht möglich, wenn diese durch zwingendes öffentliches Recht bedingt sind und der Gleichstellung der Arbeitnehmer des betreffenden öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers dienen sollen.⁸⁴ Damit wird berücksichtigt, dass es sich um eine Umstrukturierung handelt, an welcher ein Institut des öffentlichen Rechts beteiligt ist; anders als bei der Privatisierung sind ja keine Abweichungen aufgrund des Primats des öffentlichen Rechts in Art. 100 Abs. 1 Satz 2 FusG oder aufgrund einer nur sinngemässen Anwendung von Art. 333 OR möglich. Sinn und Geist des direkt anwendbaren Art. 333 OR müssen aber bei der Überführung der Arbeitsverhältnisse ins öffentliche Recht selbstverständlich berücksichtigt werden. Es ist zwar richtig, dass die Aufrechterhaltung der im Zeitpunkt der Übertragung laufenden Arbeitsverträge nicht zwingend ist und das privatrechtliche Arbeitsverhältnis beendet werden kann, wenn das öffentliche Recht dies verlangt. Aufgrund von Art. 333 OR besteht aber die Pflicht, ein dem bisherigen möglichst entsprechendes Arbeitsverhältnis nach öffentlichem Personalrecht neu zu begründen.⁸⁵

Vor dem Hintergrund des öffentlichen Personalrechts in der Schweiz relativiert sich die durch die *Delahaye*-Rechtsprechung vorgenommene Einschränkung des automatischen Übergangs der Arbeitsverträge unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Inhalts des Arbeitsvertrags. Denn die schweizerischen Personalordnungen haben für die

84 Nicht zulässig wäre ein Abweichen von der RL also, wenn der Staat behauptet, er könne die Arbeitnehmer deshalb nicht übernehmen, weil für sie haushaltsrechtlich kein Budgetposten vorgesehen ist.

85 Ähnlich STREIFF/VON KAENEL (Fn. 39), Art. 333 N 3 («Der Übernehmer ist zwar nicht daran gehindert, die Arbeitsverhältnisse dem öffentlichen Recht zu unterstellen, doch ist den Art. 333 und 333a z.B. hinsichtlich Dienstjahresanrechnung und Einhaltung eines GAV nachzuleben.»).

Angestellten selten zweiseitig zwingenden Charakter, sodass Abweichungen vereinbart werden können. Auf diese Art und Weise kann die Einhaltung des Prinzips der Kontinuität gemäss Art. 333 OR ermöglicht werden und es besteht kein Grund, die Arbeitsbedingungen «nach unten» anzugleichen. Somit sind die Auswirkungen der *Delahaye*-Rechtsprechung auf das schweizerische Recht nicht dramatisch.

3. Zusammenfassung

Bei Umstrukturierungen öffentlicher Unternehmen stellt sich immer die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 333 OR. Bei *Privatisierungen* kann die Betriebsübergangsnorm aufgrund von Art. 100 Abs. 1 FusG sinngemäss angewandt werden, wenn alle Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt sind. Bei der Anwendung von Art. 333 OR ergeben sich zum Teil erhebliche Probleme bei der Umsetzung der Überführung der Arbeitsverhältnisse vom öffentlich-rechtlichen zum privatrechtlichen Arbeitgeber. Des Weiteren können sich Ansprüche aus Vertrauensschutz aktualisieren, welche über die Schutzvorschriften des Art. 333 OR hinausgehen. Bei *verwaltungsinernen Umstrukturierungen* ist Art. 333 OR nur dann (analog) anwendbar, wenn das öffentliche Dienstrecht des bisherigen Arbeitgebers in Bezug auf den Betriebsübergang auf das OR verweist. Dies ist in den letzten Jahren zunehmend der Fall, weil sich das öffentlich-rechtliche Personalrecht dem OR angenähert hat. Der Verweis auf das OR durch eine öffentlich-rechtliche Personalordnung wirft eine Flut von Fragen in Bezug auf die konkrete Anwendung von Art. 333 OR, insbesondere dessen Rechtsfolgen, auf. Wie bei der Privatisierung ergibt sich auch hier die Fortgeltung gewisser Arbeitsbedingungen aus vertrauensschutzrechtlichen Ansprüchen. Bei *Verstaatlichungen* ist Art. 333 OR direkt anwendbar. Allerdings kann das Prinzip der Kontinuität durch zwingende öffentlich-rechtliche Vorschriften u.U. Einschränkungen erfahren, sodass die Aufrechterhaltung der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsbedingungen bei Verstaatlichungen keinen absoluten oder unantastbaren Grundsatz darstellt. Alles in allem *empfiehlt sich* aufgrund der zahlreichen Probleme bei der Anwendung von Art. 333 OR und dessen Rechtsfolgen auf Umstrukturierungen öffentlicher Unternehmen eine entsprechende Normierung durch ausdrückliche gesetzliche Regelung oder durch Personalüberleitungsverträge.