

THOMAS KOLLER¹

Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

1. Umschreibung des Themas
2. Die Zielrichtung der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen
3. Der Aufbau des vorliegenden Beitrages

II. Die Privatisierung von Arbeitsverhältnissen

1. Der Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen
 - a) Idealtypische Charakterisierung des öffentlichen Dienstverhältnisses
 - b) Idealtypische Charakterisierung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses
 - c) Relativierung des Unterschieds zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen
2. Der Bestandesschutz bei öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen
 - a) Der Bestandesschutz im öffentlichen Dienstrecht
 - b) Der Bestandesschutz im privaten Arbeitsrecht
 - c) Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Bestandesschutz
3. Der Anspruch der Arbeitnehmer auf rechtsgleiche Behandlung
 - a) Im öffentlichen Dienstrecht
 - b) Im privaten Arbeitsrecht
4. Sonderrecht für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse von Betrieben, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen?
 - a) Problemlage
 - b) Korrektur durch den Gesetzgeber
 - c) Korrektur durch die Gerichte
 - aa) Die Monopolstellung gewisser privatisierter Betriebe im Verhältnis zu den Kunden bzw. Benützern
 - bb) Reflexwirkungen einer allfälligen Monopolstellung auf das Personalrecht?
 - cc) Eigene Ansicht

¹ Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Direktor des Zivilistischen Seminars an der Universität Bern. – Meinen Assistenten Herrn Fürsprecher THOMAS ACKERMANN und Herrn Fürsprecher RAPHAEL LANZ danke ich für die (wie stets) intensive und konstruktiv-kritische Mitarbeit bei der Ausarbeitung des Manuskripts. Das Manuskript wurde Mitte Januar 1998 abgeschlossen.

5. Die Art und Weise der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse
 - a) Die direkte «Übertragung» der Arbeitsverhältnisse
 - aa) Die Nichtanwendbarkeit von Art. 333 und Art. 333a OR
 - bb) Die Regelung in Spezialgesetzen
 - cc) Der Erlass einer allgemeinen bundesrechtlichen Regelung?
 - b) Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch Auflösung und Neubegründung der Dienstverhältnisse
 - aa) Die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem privatisierungswilligen Gemeinwesen und dem zu privatisierenden Betrieb
 - bb) Die Beachtung von Übergangsfristen

III. Die Auswirkungen der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen auf die Berufsvorsorgeverhältnisse

1. Allgemeines
2. Das Berufsvorsorgerecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht
 - a) Die Rechtsbeziehungen unter den beteiligten Personen
 - b) Öffentliches und privates Vorsorgerecht
3. Die Auswirkungen der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse auf das Vorsorgerecht im besondern
 - a) Gleichbehandlungsgebot und Leistungsabbau
 - b) Keine weitergehende Drittwirkung von Grundrechten
 - c) Die Behandlung von allfälligen Deckungslücken in der bisherigen öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung

IV. Schluss

I. Einleitung

1. Umschreibung des Themas

In einem Tagungsband, welcher das Thema «Rechtliche Probleme der Privatisierung» zum Gegenstand hat, darf selbstverständlich ein Beitrag nicht fehlen, der sich mit der Frage der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse befasst. Es liegt auf der Hand, dass die Privatisierung staatlicher Aufgaben nicht realisiert werden kann ohne eine *Privatisierung der Arbeitsverhältnisse*. Aus theoretisch-rechtswissenschaftlicher Sicht ist diese Thematik – wie der gesamte Problemkreis der Privatisierung – deshalb interessant, weil sie sowohl das öffentliche Recht als auch das Privatrecht betrifft und damit *Schnittstellencharakter* hat. In den letzten Jahren dürfte sich in der Rechtswissenschaft zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt haben, dass sich zahlreiche Fragen unserer modernen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung nicht mehr vernünftig untersuchen und beantworten lassen, wenn die Optik auf einen der beiden Fächerkomplexe begrenzt wird, in welche unsere Wissenschaft traditionellerweise – und oft

wäre man geneigt zu sagen leider – aufgeteilt wird. Die Praxis hat demgegenüber längst erkannt, dass die «separatistische Haltung» mancher Juristinnen und Juristen, die öffentliches Recht scharf gegen das Privatrecht abgrenzen will, der sachgerechten Lösung konkreter Rechtsfragen letztlich nur im Wege steht. Es bleibt zu hoffen, dass das hier zu behandelnde interdisziplinäre Thema ein wenig mit dazu beiträgt, das Verständnis für das Zusammenwirken zwischen öffentlichem und privatem Recht zu fördern. Daher werde ich im folgenden nicht bloss gleichsam «technische» Überführungsfragen behandeln, sondern versuchen darzulegen, dass zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsrecht *Wechselwirkungen* bestehen, die für das Interaktionsfeld von öffentlichem Recht und Privatrecht im allgemeinen exemplarisch sind².

Die Problematik der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist ausserordentlich komplex. Der Grund dafür ist leicht einsehbar. Im öffentlichen Arbeitsrecht bestehen auf verschiedenen Hierarchiestufen zahlreiche Normen. So kennen wir in der Schweiz ein öffentliches Personalrecht des Bundes, welches allein Hunderte von Seiten in der Systematischen Gesetzessammlung beansprucht³, ein öffentliches Personalrecht von 26 Kantonen und darüber hinaus unzählige kommunale Personalrechte. Überlagert werden diese verschiedenen Regelungen durch mehrere wichtige Verfassungsprinzipien, denen im öffentlichen Personalrecht eine grosse Bedeutung zukommt. Erwähnt seien hier vorerst als Beispiele nur etwa das *Rechtsgleichheitsgebot* und das *Verbot der Willkür*⁴. Das Zusammenwirken zwischen dem – zersplitterten – kodifizierten öffentlichen Personalrecht einerseits und den verschiedenen für öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse relevanten Verfassungsprinzipien andererseits hatte in den letzten Jahrzehnten eine reichhaltige und kaum mehr überblickbare Rechtsprechung zur Folge.

Demgegenüber nimmt sich auf den ersten Blick das private Arbeitsrecht geradezu einfach aus. Es ist als *Arbeitsvertragsrecht* in den Art. 319 ff. OR bundesrechtlich einheitlich geregelt. Daneben finden sich, ebenfalls auf bundesrechtlicher Ebene, einheitliche *Arbeitnehmerschutzvorschriften* im Arbeitsgesetz, in den dazu gehörigen Verordnungen⁵ sowie in den Bestim-

² Vgl. für weitere Wechselwirkungen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht z.B. THOMAS KOLLER, *Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, Bern 1993.

³ Vgl. dazu auch die Übersicht bei SPR-VISCHER, 236 ff.

⁴ Siehe als Beispiele nur etwa BGE 123 I 1 ff., spez. 7 ff. E. 6, sowie 121 I 49 ff. und 102 ff., je m. w. H.

⁵ Vgl. dazu die zahlreichen Erlasse in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts unter SR 82.

mungen des Unfallverhütungsrechts⁶. Anders als das öffentliche Arbeitsrecht ist mithin das private Arbeitsrecht nicht bzw. nur teilweise regional zersplittert⁷. Dieser Umstand darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch das private Arbeitsrecht eine ausserordentlich komplexe Materie bildet. Die zahlreichen Detailbestimmungen in den verschiedensten, nicht leicht zu überblickenden Erlassen sowie eine ausufernde Rechtsprechung kantonaler Gerichte – verbunden mit einer verhältnismässig kleinen Zahl von Bundesgerichtsentscheiden – haben im Verlauf der letzten Jahrzehnte dazu geführt, dass sich das Arbeitsrecht im Privatrecht zu einer eigentlichen *Sondermaterie* entwickelte⁸.

Aufgrund dieser Ausführungen wird unmittelbar einsichtig, dass es im Rahmen dieses Beitrages nicht darum gehen kann, Detailprobleme zu untersuchen, die sich aus der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ergeben können. Solche Fragen bedürfen der seriösen und umfassenden Abklärung im Einzelfall. Im vorliegenden Zusammenhang ist es nur möglich, einige *Grundprobleme* zur Sprache zu bringen, die aus der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen resultieren. Zudem dürfen definitive Antworten nicht erwartet werden. Mein Anliegen ist es bloss, ein gewisses *Problembewusstsein* zu schaffen und *erste Lösungsansätze* zur Diskussion zu stellen.

2. Die Zielrichtung der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen

Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben liegt heute im Trend der Zeit. Ob man diese Tendenz befürwortet oder ablehnt, ist eine Frage des politischen Standpunkts. Entziehen kann man sich dieser Entwicklung, die in den vergangenen zwei Jahren in Bund⁹, Kantonen und Gemeinden in immer

⁶ Vgl. dazu die zahlreichen Erlasse in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts unter SR 819.

⁷ Immerhin hat die in vermögensrechtlichen Streitigkeiten geltende Streitwertgrenze von Fr. 8000.– für Berufungen (Art. 46 OG) zur Folge, dass viele arbeitsvertragsrechtliche Fragen vom Bundesgericht nie entschieden werden können. Insoweit bleibt Raum für eine unterschiedliche kantonale Gerichtspraxis. Vgl. als Beispiel dazu die sogenannten Basler, Berner und Zürcher Skalen, welche die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a Abs 2 OR unterschiedlich regeln (dazu einlässlich und kritisch BK-REHBINDER, Art. 324a OR N 28).

⁸ Vgl. dazu etwa HANS PETER WALTER, *Splitterndes Privatrecht, recht 1997* 1 ff., spez. 7, m. w. Nw.

⁹ Auf Bundesebene fand in letzter Zeit eine eigentliche «Privatisierungswelle» (im weitesten Sinne verstanden) statt, welche wirtschaftlich wichtige Bereiche der bisherigen staatlichen Tätigkeit umfasste. Dabei lassen sich verschiedene Stufen der «Auslagerung» von Bundesaufgaben feststellen (Stand Mitte Januar 1998):

stärkerem Masse zu verzeichnen war, indessen nicht. Wer sich mit den rechtlichen Problemen der Privatisierung befasst, muss sich fragen, was eigentlich mit der Privatisierung öffentlicher Aufgaben bezweckt wird. Sodann ist zu untersuchen, ob diese Ziele mit der Privatisierung unter Berücksichtigung bestimmter rechtlicher Rahmenbedingungen auch erreicht werden können und welche Folgen damit allenfalls verbunden sind.

Dies gilt auch für die Frage, welche Zwecke mit der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse verfolgt werden. Zunächst einmal – und diese Aussage ist eigentlich banal – ist die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse *unerlässlicher Bestandteil der Privatisierung öffentlicher Aufgaben überhaupt*. Das Betreiben eines Gefängnisses, des Abfuhrwesens oder öffentlicher Verkehrsmittel in Form von Gesellschaften des Handelsrechts ist praktisch nur dann möglich, wenn diese Betriebe mit ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern privatrechtliche Arbeitsverträge schliessen können. Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse zwischen solchen Unternehmen und ihrem Personal

– Die *Post* wird als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern betrieben. Die Dienstverhältnisse des Personals unterstehen der Gesetzgebung über das Bundespersonal; ausnahmsweise kann die Post Bedienstete nach dem Obligationenrecht anstellen. Die Rechtsbeziehungen zwischen Post und Kundschaft richten sich aber nach Privatrecht (vgl. dazu Art. 2, Art. 15 und Art. 16 des Bundesgesetzes über die Organisation der Postunternehmung des Bundes vom 30. 4. 1997 [POG; AS 1997 2465 ff.], unter Verweisung auf das Postgesetz [insbesondere auf dessen Art. 17] vom 30. 4. 1997 [PG; AS 1997 2452 ff.] und auf das Bundesgesetz über den Transport im öffentlichen Verkehr [TG; SR 742.40] vom 4. 10. 1985 [insbesondere auf dessen Art. 50]).

– Die *Schweizerischen Bundesbahnen SBB* werden neu aller Voraussicht nach eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern. Auf deren Personal finden die Bestimmungen über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten Anwendung; ausnahmsweise können Arbeitsverträge nach Obligationenrecht abgeschlossen werden (Art. 2 und Art. 14 des Entwurfs eines Bundesgesetzes über die Schweizerischen Bundesbahnen [E SBBG; BBl 1997 I 985 ff.]; Amtl. Bull. StR 1997 862 ff.; NZZ Nr. 15 vom 20. 1. 1998, 16 [betr. NR-Beratung]). Die Beziehungen zu den Kunden unterliegen (weiterhin) dem Privatrecht (Art. 50 TG).

– Die *Telekommunikationsunternehmung* des Bundes (Swisscom) ist neu ab 1. 1. 1998 eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft. Das Personal wird (nach Ablauf einer Übergangsperiode ab 1. 1. 2001) privatrechtlich angestellt; die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmung und Kundschaft richten sich nach den «Vorschriften» (sic!) des Privatrechts (Art. 2, Art. 16, Art. 18 und Art. 25 des Bundesgesetzes über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. 4. 1997 [TUG; AS 1997 2480 ff.]).

– *Rüstungsunternehmungen* des Bundes werden künftig in Form privatrechtlicher Aktiengesellschaften geführt. Die Anstellungsverhältnisse mit dem Personal werden in privatrechtlichen Verträgen geregelt (Art. 1 und Art. 6 des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmungen des Bundes vom 10. 10. 1997 [BGRB; BBl 1997 IV 787 ff.]).

wären zwar theoretisch denkbar – so verleiht unsere Rechtsordnung Privaten in verschiedenen Bereichen hoheitliche Rechte¹⁰ –, doch würde ein derartiges Vorgehen in den meisten Fällen wenig Sinn machen^{11, 12}.

Viel zentraler für den Stellenwert des hier zu behandelnden Themas ist indessen das Hauptmotiv für die heute so oft propagierte Privatisierung öffentlicher Aufgaben. In der Regel erhofft man sich aus der Privatisierung eine *Effizienzsteigerung* durch an ökonomischen Prinzipien orientiertes Marktverhalten der Betriebe. Ein solches Marktverhalten ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Erforderlich sind genügend Leistungsanreize¹³, klare Zuweisung der Verantwortlichkeit, fundierte Ausbildung des Managements und grosse *Flexibilität*. Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist nun nach weitverbreiteter Auffassung einer der *Kernpunkte für die Verwirklichung der notwendigen Flexibilität* privatisierter Betriebe¹⁴. Diese Auffassung zieht sich denn auch wie ein roter Faden z.B. durch die parlamentarischen Beratungen über die verschiedenen Privatisierungsvorhaben des Bundes¹⁵.

Allgemein bekannt ist das folgende Cliché: Öffentliche Verwaltungen gelten als stur, unflexibel und träg. Öffentlichrechtliche Angestellte – egal ob Sekretärin oder Professor – sind bequem und nicht leistungsorientiert. Anders verhält es sich mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Privatwirtschaft, die dem harten Wind der wirtschaftlichen Konkurrenz ausgesetzt sind und unter hohem Leistungsdruck stehen. Beamte – so das

¹⁰ Als Beispiel sei etwa die Befugnis zum Erlass hoheitlicher Verfügungen erwähnt, die auch privatrechtlich organisierten Krankenkassen und privaten UVG-Versicherern zusteht (Art. 80 KVG; Art. 99 UVG).

¹¹ Immerhin ist z.B. vorgesehen, dass künftig das Personal der SBB, welche eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft bilden werden, weiterhin dem Dienstrecht des Bundes untersteht (Art. 2 und Art. 14 E SBBG; vgl. dazu oben Fn. 9).

¹² Zu den rechtlichen Problemen im umgekehrten Fall, d. h. wenn sich das Gemeinwesen oder öffentlichrechtliche Organisationen privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse bedienen, siehe GEORG RUDOLF VISCHER, *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bei staatlichen Organisationen*, Diss. Basel 1989.

¹³ Samt einer griffigen Sanktionsordnung für den Fall des Versagens auf dem Markt (konkret die latente Drohung mit Konkurs).

¹⁴ Dasselbe gilt für das sogenannte New Public Management (vgl. dazu ausführlich etwa PAUL RICHLI, *Öffentliches Dienstrecht im Zeichen des New Public Management*, *Staatsrechtliche Fixpunkte für die Flexibilisierung und Dynamisierung des Beamtenverhältnisses*, Bern 1996).

¹⁵ Vgl. z.B. BBl 1996 III 1314 und 1339; Amtl. Bull. NR 1996 2353/2354 (alle betreffend Postorganisationsgesetz und Telekommunikationsunternehmungsgesetz); BBl 1997 I 945; Amtl. Bull. StR 1997 869 (alle betreffend Schweizerische Bundesbahnen); BBl 1997 III 798 ff.; Amtl. Bull. NR 1997 1411; Amtl. Bull. StR 1997 812 (alle betreffend Rüstungsunternehmungen des Bundes); Amtl. Bull. NR 1996 2286; Amtl. Bull. NR 1997 374; Amtl. Bull. StR 1997 331 (alle betreffend Fernmeldegesetz).

Cliché weiter – brauchen nicht viel zu leisten, weil sie praktisch unkündbar sind, während privatrechtlich angestellte Arbeitnehmer unter dem Damoklesschwert der jederzeit möglichen Kündigung stehen und daher mit grossem Einsatzwillen, kundenorientiert und stets freundlich ihre Leistungen bis zum Umfallen erbringen. Für die Benutzer öffentlicher Betriebe müsste daher die Privatisierung nur schon deshalb Vorteile bringen, weil sie von privatrechtlich angestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bessere Leistungen erwarten können.

Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob mit der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse tatsächlich ein derart grosses Mass an Flexibilisierung verbunden ist. Im weiteren wird es darum gehen zu skizzieren, worin allenfalls – unter Beachtung übergeordneter rechtlicher Gesichtspunkte – die Grenzen einer derartigen Flexibilisierung liegen können¹⁶.

3. Der Aufbau des vorliegenden Beitrages

Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist in zweifacher Hinsicht interessant. Dieser Vorgang betrifft zunächst und zur Hauptsache das *Arbeitsverhältnis selbst*. Daneben hat die Privatisierung von Arbeitsverhältnissen unter Umständen auch Auswirkungen auf das *Berufsvorsorgerecht*. Diese beiden Problemkreise werden nachfolgend getrennt behandelt.

II. Die Privatisierung von Arbeitsverhältnissen

1. Der Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Arbeitsverhältnisse unterscheiden sich in verschiedener Hinsicht. Vorliegend von Interesse sind nun allerdings nicht Einzelheiten, sondern Grundzüge. Diese möchte ich im folgenden kurz skizzieren.

¹⁶ Auch in der Privatwirtschaft selbst wird als Auswirkung des durch die Globalisierung verursachten *Kostendrucks* in immer stärkerem Masse versucht, die Arbeitsverhältnisse zu flexibilisieren. Zu den sich dabei stellenden Rechtsfragen siehe etwa «Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht?» (Freiburger Sozialrechtstag 1996), hrsg. von ERWIN MURER, Bern 1996, sowie RAPHAEL LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, AJP 1997 1463 ff.

a) *Idealtypische Charakterisierung des öffentlichen Dienstverhältnisses*

Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse sind geprägt von einem spezifischen *Über- bzw. Unterordnungsverhältnis* zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Staat (oder die öffentliche Institution) als Dienstherr einerseits und die einzelnen Mitarbeiter andererseits treten sich *nicht als formal gleichgestellt gedachte Rechtssubjekte* gegenüber, welche miteinander einen Vertrag schliessen, abwickeln und auflösen¹⁷. Wohl bedarf die Begründung des öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisses¹⁸ der Zustimmung des Arbeitnehmers, doch richten sich im übrigen die Begründung, der Inhalt und die Auflösung eines öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisses – welches auch als *besonderes Rechtsverhältnis* bezeichnet wird – nach vom Staat *einseitig* und *hoheitlich* erlassenen generell-abstrakten Normen in Form von Gesetzen, Verordnungen, Reglementen, Dienstsanweisungen usw. Ein Verhandlungsspielraum bei der Ausgestaltung des öffentlichen Arbeitsverhältnisses steht den Beteiligten im allgemeinen nicht oder nur in sehr beschränktem Ausmass zu. Aufgrund dieses zwischen dem Staat und dem Mitarbeiter bestehenden ausgeprägten *Subordinationsverhältnisses* befände sich der Arbeitnehmer in einer rechtlich prekären Situation, wenn die Rechtsordnung nicht zu seinen Gunsten *Schutzvorschriften* aufstellen würde. Solche Schutzvorschriften finden sich in den zahlreichen Normen des öffentlichen Personalrechts. Zudem haben die Gerichte – allen voran das Bundesgericht – im Verlauf der Jahrzehnte eine verhältnismässig reichhaltige Rechtsprechung zum Schutz öffentlichrechtlicher Arbeitnehmer entwickelt. Eine besondere Bedeutung haben in diesem Zusammenhang verschiedene *verfassungsmässige Rechte* erlangt, in deren Genuss öffentlichrechtlich beschäftigte Mitarbeiter gegenüber ihrem Arbeitgeber gelangen. Eine wichtige Stellung nehmen dabei die aus Art. 4 BV abgeleiteten Ansprüche ein, so das Gebot des staatlichen Handelns nach *Treu und Glauben*, das *Rechtsgleichheitsprinzip*, das *Willkürverbot* und das *Verhältnismässigkeitsprinzip*¹⁹. Von etwas geringerer Bedeutung geblieben sind andere verfassungsmässige Rechte wie z.B. die *Niederlassungsfreiheit*, die das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem in zahlreichen kantonalen und kommunalen Personalrechten verankerten

¹⁷ Ausnahmsweise können allerdings zwischen öffentlichrechtlichen Körperschaften oder Anstalten einerseits und Arbeitnehmern andererseits privatrechtliche Arbeitsverträge geschlossen werden (vgl. dazu neuerdings etwa Art. 15 Abs. 2 POG [AS 1997 2467] sowie Art. 14 Abs. 3 E SBBG [BBl 1997 I 988]).

¹⁸ Auf welche kein Anspruch besteht (vgl. z.B. BGE 119 Ib 102 E. 2a aa; 118 Ib 290/291 E. 2a).

¹⁹ Vgl. dazu nebst den bereits in Fn. 4 erwähnten Urteilen BGE 123 I 1 ff., 121 I 49 ff. und 102 ff. auch etwa 120 Ia 203 ff.

Wohnsitzzwang beschäftigt hat²⁰. Insgesamt präsentiert sich so das öffentliche Personalrecht als Materie, die – rechtssoziologisch betrachtet – von einer ausserordentlich *hohen Verrechtlichung* gekennzeichnet ist. Verstärkt wird diese Situation noch durch den Umstand, dass im öffentlichen Dienstrecht im allgemeinen ausgebaute *Beschwerde- und Klagerechte* bestehen. In der Diskussion um die Privatisierung oder um die Einführung des New Public Management wird diese ausserordentlich hohe Verrechtlichung des öffentlichen Arbeitsrechts oft als Haupthindernis für die gewünschte und als notwendig erachtete Flexibilisierung (sowie für die daraus erhoffte Effizienzsteigerung) betrachtet²¹.

b) *Idealtypische Charakterisierung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses*

Grundsätzlich anders präsentiert sich auf den ersten Blick die *idealtypische* Lage beim privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Arbeitgeber und Arbeitnehmer treten sich als einander *formal gleichgeordnete Rechtssubjekte* gegenüber und schliessen im Rahmen der Privatautonomie gestützt auf gegenseitige übereinstimmende Willensäusserungen einen Arbeitsvertrag. Begründung, Inhalt und Beendigung des Arbeitsverhältnisses richten sich nach vertraglichen Prinzipien. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind *gleichberechtigte Marktteilnehmer*, die nicht – wie im öffentlichen Dienst – kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses miteinander verbunden sind. Normiert wird der Inhalt des Arbeitsverhältnisses nicht durch hoheitlich erlassene gesetzliche Regeln, sondern durch parteiautonom ausgehandelte Bestimmungen. Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt das Prinzip der *Kündigungsfreiheit* im Sinne der sogenannten *Motivfreiheit*²². Beide Parteien können daher den Arbeitsvertrag unter Einhaltung vertraglicher oder gesetzlicher Fristen und Termine aus einem beliebigen Grund durch einseitige Erklärung auflösen. Willkürschutz besteht dabei ebensowenig wie z.B. ein Anspruch des Arbeitnehmers auf rechtsgleiche Behandlung im Verhältnis zu andern Mitarbeitern. *Vertragsschluss-, Vertragsinhalts- und Kündigungsfreiheit* stellen nach diesem idealtypischen Bild die Grundpfeiler des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses dar. Beschwerde- und Klagerechte bestehen nur wenige²³. Dergestalt präsentiert sich das private Arbeitsrecht

²⁰ Vgl. z.B. BGE 118 Ia 410 ff., m. w. Nw.

²¹ Vgl. dazu etwa RICHLI (Fn. 14), passim.

²² Vgl. dazu etwa THOMAS KOLLER, Ordentliche, fristlose und missbräuchliche Kündigung des Arbeitsvertrages, AJP 1995 1251 ff., spez. 1252.

²³ Vgl. als Ausnahme neuerdings etwa die im Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; GIG; SR 151) vom 24. 3. 1995 vorgesehenen

als Gebiet mit scheinbar *geringer Verrechtlichung*, weshalb es aus der Sicht der Protagonisten der Privatisierung den Anforderungen der heutigen Zeit an die Flexibilität recht gut entspricht.

c) *Relativierung des Unterschieds zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen*

Die Unterschiede zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsrecht wurden vorstehend nur grob und *bewusst überhöht* skizziert. Es liegt auf der Hand, dass insbesondere das dargelegte idealtypische Bild des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses der heutigen Realität in mannigfacher Hinsicht nicht entspricht²⁴. So ist (und war schon immer) auch das private Arbeitsverhältnis durch ein sowohl ökonomisches als auch rechtliches Subordinationsverhältnis gekennzeichnet. Speziell in Zeiten schwacher Konjunktur erweist sich die Gleichstellung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Vertragsparteien als bloss *formal*. Ebenso wie der öffentlichrechtliche Arbeitnehmer zum Staat als Dienstherr in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, ist der privatrechtliche Arbeitnehmer im Regelfall über weite Strecken von seinem Arbeitgeber ökonomisch abhängig. Im weitern wird in der Realität genauso wie im öffentlichen Dienstrecht häufig auch der Inhalt des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses durch einseitige Anordnungen des Arbeitgebers (Betriebsreglemente, Hausordnungen, Einzelanweisungen usw.) ausserordentlich stark geprägt. Im Gegenzug und als bewusster Ausgleich für das zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestehende *Machtgefälle* kennt aber auch das private Arbeitsrecht (ebenso wie das öffentliche Dienstrecht) zahlreiche *Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer*. Zu denken ist dabei zunächst an die vielen zwingenden Normen des Arbeitsvertragsrechts und an die Schutzbestimmungen im Arbeitsgesetz²⁵, in den dazugehörigen Verordnungen und im Unfallverhütungsrecht²⁶. Zunehmend wichtiger geworden sind in den letzten Jahren sodann die Bestimmungen

Verfahrensrechte im Falle einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (spez. Art. 5 ff. und Art. 8 ff. GIG; siehe dazu statt aller MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/CLAUDIA KAUFMANN [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel und Frankfurt a. M. 1997) sowie die Verfahrensrechte des Arbeitnehmers für den Fall, dass der Arbeitgeber gestützt auf Art. 38 Abs. 1 ArbG und eine Betriebsordnung eine Ordnungsstrafe ausfällt (BK-REHBINDER, Art. 321d OR N 45).

²⁴ Vgl. dazu auch THOMAS KOLLER, Die sozial sensiblen Bereiche des Vertragsrechts in der schweizerischen Zivilrechtskodifikation, zur Publikation bestimmter Beitrag für einen in Prag im Jahre 1998 erscheinenden Sammelband.

²⁵ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. 3. 1964 (SR 822.11).

²⁶ Vgl. dazu die zahlreichen Erlasse unter SR 823.3 ff.

über den *Kündigungsschutz*, die letztlich unerlässlich sind, wenn der Zweck der materiellen Schutznormen zugunsten der Arbeitnehmer effektiv erreicht werden soll²⁷. Rein schon vom äusseren Erscheinungsbild her haben sich daher das öffentliche Dienstrecht und das private Arbeitsrecht im Verlauf der letzten Jahrzehnte einander angenähert²⁸. Von den Protagonisten der Privatisierung öffentlicher Aufgaben wird dies bisweilen wohl etwas zu wenig beachtet.

2. Der Bestandesschutz bei öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen

a) Der Bestandesschutz im öffentlichen Dienstrecht

Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse sind im allgemeinen gekennzeichnet durch einen *relativ hohen Bestandesschutz*. Zwar ist im schweizerischen Recht die berühmte – und Anlass zu mancher Karikatur bietende – Institution des Beamten auf Lebenszeit, wie ihn etwa das deutsche Recht kennt, unbekannt. Lange Zeit üblich war dagegen, dass Beamte auf *feste Amtszeit* gewählt wurden und nur ersetzt werden konnten, wenn qualifizierte Voraussetzungen erfüllt waren, so z.B. bei der Begehung strafbarer Handlungen im Rahmen der Amtsausübung oder bei schweren disziplinarischen Verstössen²⁹. In der Literatur wurde daher etwa ausgeführt, das Prinzip der festen Amtsdauer sei *für das schweizerische Beamtenrecht geradezu charakteristisch*³⁰. Darüber hinaus genossen bzw. geniessen die Beamten im öffentlichen Dienstrecht aber auch einen hohen *Schutz gegen die Nichtwiederwahl* nach Ablauf der Amtsperiode. Dies trifft schon in faktischer Hinsicht zu, bildet doch – wie JAAG zu Recht festgestellt hat – die Wiederwahl die Regel, die Nichtwiederwahl die Ausnahme³¹. Ein rechtlicher Anspruch auf Wiederwahl besteht zwar nicht. Eine Nichtwiederwahl ist aber im allgemeinen nur dann zulässig, wenn dafür sachliche Gründe vorliegen³². Das Ermessen der Wahlbehörden geht bei der Wiederwahl somit deutlich weniger weit als bei

²⁷ Vgl. dazu einlässlich etwa TH. KOLLER, Kündigung (Fn. 22), 1251 ff., m. w. N.

²⁸ Auch in inhaltlicher Hinsicht hat im übrigen allgemein eine gewisse Annäherung zwischen privatem und öffentlichem Arbeitsrecht stattgefunden (siehe dazu auch den zur Publikation in der VPB bestimmten Entscheid der Eidgen. Personalrekurskommission vom 17. 12. 1996 i. S. K. A. gegen Generaldirektion der SBB E. 4e sowie ZK-STÄHELIN, Art. 342 OR N 3).

²⁹ RICHLI (Fn. 14), 24.

³⁰ RICHLI (Fn. 14), 23.

³¹ TOBIAS JAAG, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 1994 433 ff., spez. 461; RICHLI (Fn. 14), 24.

³² JAAG (Fn. 31), 462; RICHLI (Fn. 14), 24.

der erstmaligen Einstellung. Zudem ist die Nichtwiederwahl in die Form der anfechtbaren Verfügung zu kleiden³³, und es sind dabei in der Regel gewisse Verfahrensgarantien zu beachten³⁴ (was faktisch ebenfalls als Bestandesschutz wirkt). Insgesamt geniessen daher Beamte, wie es JAAG ausgedrückt hat, «... eine gefestigte Position, die man als bedingten Anspruch auf Wiederwahl bezeichnen könnte»³⁵. Die Rechtsprechung zu dieser Problematik ist relativ umfangreich³⁶.

Weniger weit geht im allgemeinen der Bestandesschutz öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse ausserhalb des Beamtenstatus. Das Dienstverhältnis *öffentlichrechtlicher Angestellter* kann normalerweise vom Staat jederzeit unter Einhaltung von bestimmten Kündigungsfristen beendet werden, wobei die Beendigung ebenfalls in der Form einer *Verfügung* auszusprechen ist³⁷. Immerhin kennt das öffentliche Dienstrecht auch für diesen Bereich bestimmte materielle Kündigungsschutzvorschriften, die z. T. den Regeln des privaten Arbeitsrechts nachgeformt wurden³⁸. So enthält z.B. Art. 22b des bernischen Gesetzes über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz) vom 5. 11. 1992 eine Bestimmung über die Kündigung zur Unzeit, der Art. 336c OR als Vorbild gedient hat³⁹. Demgemäss sind Kündigungen gegenüber öffentlichrechtlichen Angestellten z.B. nichtig, wenn sie ausgesprochen werden, während die Angestellten schweizerischen obligatorischen Militärdienst leisten sowie, sofern die Dienstleistung mehr als 12 Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher. Den gleichen Schutz wie im Arbeitsvertragsrecht geniessen im bernischen öffentlichen Angestelltenverhältnis sodann weibliche Angestellte während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Geburt⁴⁰. Die Kündigungsfrist

³³ Vgl. z.B. BGE 119 Ib 101 E. 1a, m. w. Nw.

³⁴ Deren Verletzung (allerdings unter einschränkenden Voraussetzungen) den Betroffenen zur Erhebung einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert, sofern eine kantonale Nichtwiederwahlverfügung vorliegt (BGE 120 Ia 110 ff., spez. 112 in fine).

³⁵ JAAG (Fn. 31), 462.

³⁶ Vgl. dazu nur etwa die Nw. bei JAAG (Fn. 31), 462 Anm. 219.

³⁷ Vgl. dazu für das bernische Personalrecht THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLI-MANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungspflege des Kantons Bern (VRPG; BSG 155.21), Bern 1997, Art. 78 N 7.

³⁸ RICHLI (Fn. 14), 24.

³⁹ Vgl. dazu den Vortrag der Finanzdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates betreffend Teilrevision des Gesetzes vom 5. November 1992 über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz), Beilage 12 zum Tagblatt des Grossen Rates des Kantons Bern, Jahrgang 1995, 6, sowie die diversen Voten in der Beratung dieses Geschäfts im Grossen Rat vom 24. 1. 1995 (Tagblatt 1995, 136/137).

⁴⁰ Art. 22 Abs. 2 des Gesetzes über das öffentliche Dienstrecht (Personalgesetz) vom 5. 11. 1992 i. d. F. vom 8. 5. 1995, i. K. seit 1. 1. 1996.

beläuft sich im bernischen Personalrecht, das die feste Amtsdauer (von wenigen Ausnahmen abgesehen) seit 1. 1. 1996 nicht mehr kennt, bei einer Dienstdauer von weniger als drei Jahren auf drei Monate und bei einer Dienstdauer von mehr als drei Jahren auf sechs Monate⁴¹.

In der Regel ist der Bestandesschutz bei öffentlichrechtlichen Angestelltenverhältnissen – jedenfalls auf den ersten Blick⁴² – immer noch weiter ausgebaut als derjenige im Privatrecht. So verlangt z.B. das Personalgesetz des Kantons Bern (gestützt auf einen Vorschlag von PETER SALADIN⁴³), dass die Behörde für die Auflösung triftige Gründe anzugeben hat. Triftige Gründe liegen gemäss Gesetz insbesondere dann vor, wenn die angestellte Person ungenügende Leistungen erbringt und eine gehaltmässige Rückstufung nicht zweckmässig erscheint, wenn sie Weisungen der Vorgesetzten wiederholt missachtet hat oder durch ihr Verhalten während der Arbeitszeit das Arbeitsklima in der betroffenen Dienststelle nachhaltig stört⁴⁴. Dieser (wenn auch beschränkte) sachliche Kündigungsschutz wirkt als eine Art *Willkürschutz*, eventuell sogar als qualifizierter Willkürschutz⁴⁵. Weniger ausgebaut ist im bernischen Dienstverhältnis der Schutz des öffentlichrechtlichen Angestellten, wenn eine Stelle aufgehoben wird. Diesfalls kann die Ernennungsbehörde die Auflösung des Dienstverhältnisses verfügen, wenn die oder der Angestellte nicht innerhalb der Kantonsverwaltung versetzt werden kann⁴⁶. Gegen ungerechtfertigte Entlassungen kann sich die betroffene Person auf dem Verwaltungsrechtsweg (inkl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde) zur Wehr setzen⁴⁷ und so bei Obsiegen erwirken, dass die Entlassung aufgehoben wird.

b) Der Bestandesschutz im privaten Arbeitsrecht

Wesentlich weniger stark ist – jedenfalls prima facie⁴⁸ – der Bestandesschutz des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht war und ist seit je geprägt vom Prinzip der Kündigungsfreiheit.

⁴¹ Art. 22 Abs. 2 Personalgesetz i. d. F. vom 8. 5. 1995.

⁴² Vgl. dazu allerdings BGE 124 II 53 ff., der eindrücklich belegt, dass öffentlichrechtlich angestellte Personen unter Umständen auch weniger gut geschützt sein können als privatrechtliche Arbeitnehmer (dazu auch unten II. 2.).

⁴³ Vortrag (Fn. 39), 5; Tagblatt (Fn. 39), 134 (Votum Tanner).

⁴⁴ Art. 22 Abs. 3 Personalgesetz i. d. F. vom 8. 5. 1995.

⁴⁵ Vgl. dazu allgemein Vortrag (Fn. 39), 5/6; Tagblatt (Fn. 39), 133 ff.; zum (eventuell) erhöhten Schutz Tagblatt (Fn. 39), 135 (Votum Lauri).

⁴⁶ Art. 22a Abs. 1 Personalgesetz i. d. F. vom 8. 5. 1995.

⁴⁷ Art. 52 Personalgesetz; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG (Fn. 37), Art. 78 VRPG N 17.

⁴⁸ Vgl. dazu aber vorne II. 1. c) sowie Fn. 42.

Den Parteien des Arbeitsvertrages steht es daher an sich frei, ihre Beziehung zu irgendeinem Zeitpunkt – selbstverständlich unter Einhaltung vertraglicher Abmachungen (z.B. über die Kündigungsfrist) – einseitig und aus beliebigen Motiven zu beenden. Es versteht sich nun allerdings von selbst, dass diese Kündigungsfreiheit nicht schrankenlos sein kann. Aus diesem Grunde kennt das Obligationenrecht gewisse Beschränkungen des Kündigungsrechts in zeitlicher und sachlicher Hinsicht. Zudem sieht es für Kündigungen, die zur Unzeit oder aus bestimmten verpönten Motiven erfolgen, gewisse Sanktionen vor. Diese Beschränkungen und Sanktionen sind letztlich von grösserem praktischem Interesse als der für sich genommen konturenlose Grundsatz der Kündigungsfreiheit⁴⁹.

Vorliegend von Bedeutung sind nun nebst den bereits im Zusammenhang mit den öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen erwähnten Bestimmungen über die Kündigung zur Unzeit die Regeln über die sogenannte *missbräuchliche Kündigung*, die der Gesetzgeber auf den 1. 1. 1989 in das Obligationenrecht eingefügt hat⁵⁰. Nach diesen Normen ist z.B. die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, die der andern Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Missbräuchlich ist auch eine Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht oder weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Die *Rechtsfolgen* einer missbräuchlichen Kündigung wurden vom Gesetzgeber ebenfalls geregelt. So hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der andern Partei eine *Entschädigung* auszurichten. Die Höhe der Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind (selbstverständlich) vorbehalten⁵¹. Abweichend vom allgemeinen Prinzip, wonach missbräuchliche Handlungen grundsätzlich nichtig sind, sind missbräuchliche Kündigungen somit gültig. Sie lösen nur – aber immerhin – *finanzielle Sanktionsfolgen* aus. Die Wirksamkeit dieser *privatrechtlichen Rechtsverletzungen*

⁴⁹ Vgl. dazu und zum folgenden einlässlich etwa TH. KOLLER, Kündigung (Fn. 22), 1252, m. z. Nw.

⁵⁰ Art. 336 ff. OR i. d. F. vom 18. 3. 1988, i. K. seit 1. 1. 1989.

⁵¹ Art. 336a Abs. 1 und 2 OR.

bussen⁵² dürfte allerdings ausserordentlich beschränkt sein, da die gesetzliche Obergrenze von sechs Monatslöhnen (welche von der Gerichtspraxis in der Regel auch bei schweren Fällen nicht annähernd ausgeschöpft wird⁵³) sehr restriktiv ist. REHBINDER hat in diesem Zusammenhang vielleicht etwas pointiert, aber im Kern wohl zutreffend davon gesprochen, dass zahlreiche Unternehmungen solche Pönalsanktionen aus der Portokasse begleichen können⁵⁴.

c) *Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Bestandesschutz*

Aus verständlichen Gründen – auch hier wirkt sich die «Berufungssperre» der Streitwertgrenze von Fr. 8000.–⁵⁵ ungünstig aus – existiert zurzeit noch keine besonders reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den missbräuchlichen Kündigungen. Art. 336 OR als bewusst offen formulierte Norm ist ähnlich *konkretisierungsbedürftig* wie z.B. Art. 22 Abs. 3 des bernischen Personalgesetzes, in welchem die triftigen Gründe für die Auflösung eines Dienstverhältnisses beispielhaft aufgezählt sind. Zwar ist der Ausgangspunkt der beiden sachlichen Kündigungsschutzbestimmungen entgegengesetzt. Das bernische Personalgesetz geht – wie andere öffentliche Dienstrechte – im wesentlichen davon aus, dass eine Kündigung nur beim Vorliegen triftiger Gründe zulässig ist, während das private Arbeitsvertragsrecht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit beherrscht wird, der unter gewissen Bedingungen eine Schranke im Rechtsmissbrauch findet. Das braucht indessen nicht zu bedeuten, dass die beiden Kündigungsschutzbestimmungen *inhaltlich* weit auseinanderliegen. Die Zukunft wird weisen müssen, ob und inwieweit die Rechtsprechung im Privatrecht bereit sein wird, im Rahmen der Konkretisierung von Art. 336 OR bei der Festsetzung dessen, was als missbräuchlich zu gelten hat, insbesondere in den von der Privatisierung betroffenen Bereichen des bisherigen öffentlichen Rechts Anleihen im öffentlichen Dienstrecht zu machen und z.B. auf die Umschreibung triftiger Gründe in öffentlichrechtlichen Personalgesetzen zurückzugreifen. Im Sinne einer gewissen *Konvergenz der rechtlichen Wertungen im*

⁵² Zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung dieser Rechtsverletzungsbussen siehe BGE 123 V 5 ff. und meine Besprechung dazu in AJP 1997 892 ff.

⁵³ Vgl. dazu etwa den problematischen BGE 119 II 157 ff., wo das Bundesgericht eine Sanktion von bloss vier Monatslöhnen als angemessen erachtete, obwohl m. E. ein krasser Fall vorlag.

⁵⁴ BK-REHBINDER, Art. 336a OR N 3. Immerhin können Rechtsverletzungsbussen wegen missbräuchlicher Kündigung oder ungerechtfertigter fristloser Entlassung den Arbeitgeber relativ hart treffen, wenn er mehreren Arbeitnehmern in unzulässiger Weise kündigt (vgl. dazu etwa BGE 123 III 391 ff.).

⁵⁵ Art. 46 OG.

Personalrecht wäre ein solches Vorgehen unter Umständen durchaus sinnvoll.

Die II. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hatte erst kürzlich Gelegenheit, sich zum unterschiedlichen Bestandesschutz im öffentlichen und im privaten Arbeitsrecht zu äussern. So wurde ausgeführt, der Grundsatz der Kündigungsfreiheit werde im Privatrecht einzig insofern eingeschränkt, als die Kündigung nicht missbräuchlich sein (Art. 336 OR) und nicht zur Unzeit erfolgen dürfe (Art. 336c OR). Das öffentliche Dienstverhältnis – im vorliegenden Fall ging es um einen SBB-Angestellten – könne demgegenüber nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes aufgelöst werden. Bereits daraus ergebe sich, dass der öffentlichrechtliche Kündigungsschutz besser sei als der privatrechtliche. Überdies gelte im öffentlichen Dienstrecht anders als im privaten Arbeitsrecht eine weitreichende Lohnfortzahlungspflicht. Diese Besserstellung der öffentlichrechtlichen Angestellten lässt es nach Auffassung des Bundesgerichts als sachlich vertretbar erscheinen, dass einem SBB-Angestellten auch während einer Krankheit gekündigt werden darf, sofern der Angestellte aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeit nicht wieder aufnehmen können. Anders als im privaten Arbeitsrecht besteht eine Sperrfrist bei Krankheit (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) diesfalls also nicht⁵⁶.

Obwohl das Bundesgericht den öffentlichrechtlichen Kündigungsschutz als besser bezeichnet als den privatrechtlichen, weil das öffentliche Dienstrecht für eine Kündigung triftige Gründe verlangt, wäre im vorliegenden Fall der Bestandesschutz im Privatrecht weiter gegangen, da eine während der Sperrfrist von Art. 336c OR ausgesprochene Kündigung nichtig ist.

Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen darauf schliessen, dass eine generelle Angleichung von privat- und öffentlichrechtlichem Kündigungsschutz durch die Rechtsprechung (vorerst?) nicht zu erwarten ist. Ob dies allerdings auch auf öffentliche Aufgaben erfüllende privatisierte, jedoch mit einem Monopol ausgestattete Betriebe zutrifft, ist eine andere Frage.

Über einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Bestandesschutz im öffentlichen Recht einerseits und im Privatrecht andererseits darf man indessen nicht hinwegsehen. Wie bereits dargelegt, sind die Rechtsfolgen im Falle einer missbräuchlichen Kündigung für den Arbeitgeber im Privatrecht relativ harmlos. Dies mag im Zweifelsfall Anlass dafür bieten, einem missliebigen Angestellten zu kündigen und das Risiko in Kauf zu nehmen, zwei oder drei Monatslöhne als Rechtsverletzungsbusse bezahlen zu müssen. Im öffentlichen Personalrecht dagegen wird die Entlassung in der Regel rückgängig gemacht, wenn kein triftiger Grund vorliegt⁵⁷. Meines Erachtens sollte der Bundesgesetzgeber im privaten Arbeitsrecht die Rechtsfolgen einer missbräuchlichen – und im übrigen auch einer ungerechtfertigten fristlosen – Entlassung neu regeln. Denkbar wäre es z.B., missbräuchliche Kündigungen einem *Anfechtungsverfahren* zu unterwerfen, wie dies heute

⁵⁶ BGE 124 II 53 ff. Vgl. dazu auch das zur Veröffentlichung in der VPB bestimmte Urteil der Eidgen. Personalrekurskommission vom 17. 12. 1996 (= vorinstanzlicher Entscheid zu BGE 124 II 53 ff.), welches eine wesentlich umfassendere Begründung enthält.

⁵⁷ Vgl. dazu vorne II. 2. a).

schon im Gleichstellungsgesetz für den Fall einer Entlassung während eines von der Arbeitnehmerin anhängig gemachten Verfahrens über eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vorgesehen ist⁵⁸. Allenfalls wären bei einer solchen Revision des Arbeitsvertragsrechts auch unterschiedliche Regelungen für kleinere Betriebe einerseits – denen eine zwangsweise Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern weniger leicht zugemutet werden kann – und für grössere Unternehmungen andererseits ins Auge zu fassen.

3. Der Anspruch der Arbeitnehmer auf rechtsgleiche Behandlung

a) Im öffentlichen Dienstrecht

Das öffentliche Dienstrecht ist – wie bereits skizziert – besonders geprägt von der Wirksamkeit verfassungsmässiger Rechte zugunsten der Arbeitnehmer. Im Vordergrund des Interesses steht dabei der *Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung gemäss Art. 4 BV*. Bei der Besetzung öffentlicher Stellen kommt zwar diesem Anspruch bloss eine untergeordnete Bedeutung zu⁵⁹. Ist ein öffentliches Arbeitsverhältnis aber einmal begründet, so steht dem Beamten bzw. öffentlichrechtlich Angestellten ein weitgehender Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung mit anderen öffentlichen Arbeitnehmern zu. Eine ganz besondere Tragweite besitzt dieser Grundsatz bei der Ausgestaltung des *Besoldungssystems* und – was im Hinblick auf die zur Zeit weitherum leeren Staatskassen von besonderer Aktualität ist – bei *Besoldungskürzungen*⁶⁰. Von Exponenten des New Public Management wird – wie RICHLI⁶¹ ausführt – dieses Gleichbehandlungsgebot nach Art. 4 Abs. 1 BV (insbesondere im Besoldungswesen) als eigentliche Barriere gegen die Leistungsorientierung betrachtet.

b) Im privaten Arbeitsrecht

Im privaten Arbeitsrecht gilt grundsätzlich das Gegenteil. Vielfach wird – etwas pointiert – das Vertragsrecht als Bereich der «erlaubten Willkür»

⁵⁸ Art. 10 GIG.

⁵⁹ Vgl. dazu einlässlich etwa STEFAN MÜLLER, Bedeutung von Art. 4 BV bei der Besetzung öffentlicher Stellen, Diss. Bern 1981; summarischer JAAG (Fn. 31), 442 ff., m. w. Nw.

⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich etwa VINCENT MARTENET, L'égalité de rémunération dans la fonction publique, *Réflexions à partir de quelques arrêts récents du Tribunal fédéral*, AJP 1997 825 ff., und MARKUS MÜLLER, Lineare Lohnkürzungen im öffentlichen Dienstrecht als Problem der Rechtsgleichheit, Ein Diskussionsbeitrag, AJP 1997 841 ff., je m. w. Nw. insbesondere auf die reichhaltige Rechtsprechung des Bundesgerichts.

⁶¹ RICHLI (Fn. 14), 34.

bezeichnet⁶². Im Rahmen des Grundsatzes der *Vertragsfreiheit*, der als Ausfluss der verfassungsmässig garantierten Handels- und Gewerbefreiheit⁶³ zu betrachten ist, steht es jedem Privatrechtssubjekt frei, seine vertraglichen Beziehungen zu anderen Privaten nach Belieben auszugestalten. Dieser Grundsatz ermöglicht es an sich, einen *Vertragsabschluss* aus beliebigen Motiven zu *verweigern* – hingewiesen sei nur etwa auf den berühmten Fall Seelig⁶⁴. Darüber hinaus steht es Marktteilnehmern, welche einem breiteren Kreis von Interessenten einen Vertragsabschluss anbieten, prinzipiell auch frei, *mit jedem einzelnen Betroffenen unterschiedliche Bedingungen auszuhandeln*.

Auch das private Arbeitsrecht wird von diesen Prinzipien beherrscht. Daher ist an sich kein Arbeitgeber gezwungen, die verschiedenen Mitarbeiter in seinem Betrieb gleich zu behandeln. Eine *Ausnahme* gilt kraft ausdrücklicher Verfassungsbestimmung hinsichtlich der *Lohnleichheit von Mann und Frau*⁶⁵; auch privaten Arbeitgebern ist es nicht gestattet, Männern und Frauen für die gleiche oder gleichwertige Arbeit unterschiedliche Löhne auszurichten⁶⁶. Ebenso ist dem Arbeitgeber seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes *jede andere geschlechtsbezogene* Diskriminierung seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter untersagt⁶⁷. Eine weitere Ausnahme ist sodann selbstverständlich möglich, wenn ein Arbeitgeber den Arbeitnehmern *vertraglich* einen Anspruch auf Gleichbehandlung (z.B. in Lohnfragen) einräumt⁶⁸, was etwa in *Gesamtarbeitsverträgen* geschieht. Zudem hat die Rechtsprechung einen Anspruch auf Gleichbehandlung der Arbeitnehmer in *Nebengebieten* anerkannt, so etwa bei *Weisungen* und bei der *Ausrichtung von Gratifikationen*⁶⁹.

Zur Frage, ob im privaten Arbeitsvertragsrecht unter gewissen Voraussetzungen allenfalls darüber hinausgehende Ansprüche auf rechtsgleiche

⁶² So ähnlich etwa URS CH. NEF, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Schweizerischen Arbeitsrecht, SJZ 1976 17 ff., spez. 18.

⁶³ Art. 31 BV.

⁶⁴ BGE 80 II 26 ff.; zu den als Ausnahmen geltenden Fällen eines Kontrahierungszwangs vgl. z.B. BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 93 ff.

⁶⁵ Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV.

⁶⁶ Vgl. dazu eindrücklich etwa BGE 113 Ia 107 ff.

⁶⁷ Art. 3 GIG (vgl. dazu die Kommentierung von ELISABETH FREIVOGEL im Kommentar zum Gleichstellungsgesetz [Fn. 23]).

⁶⁸ Vgl. dazu auch NEF (Fn. 62), 18 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu etwa einlässlich DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1976, 209 ff. und 262 ff., sowie ADRIAN STAEHELIN, Die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im schweizerischen Arbeitsrecht, BJM 1982 57 ff., spez. 65 ff.; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Aufl. Bern 1997, 92/93; SPR-VISCHER, 134/135; bzgl. Gratifikationen auch ZK-SCHÖNENBERGER/STÄHELIN, Art. 322d N 13.

Behandlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehen, lassen sich in *Gesetzgebung und Rechtsprechung* zur Zeit noch keine Antworten ausmachen. Demgegenüber wird in der arbeitsrechtlichen *Literatur* dieses Problem zum Teil einlässlich diskutiert⁷⁰. Dabei wird in der Regel allgemein anerkannt, dass zwischen dem Prinzip der Vertragsfreiheit einerseits und einem allfälligen Anspruch des Arbeitnehmers auf rechtsgleiche Behandlung im Vergleich zu den Mitarbeitern andererseits eine *Wertantinomie* besteht⁷¹. Auch wer, wie zum Beispiel REHBINDER, die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer desselben Betriebes als unzulässig erachtet, vertritt in der Regel die Auffassung, *der Grundsatz der Vertragsfreiheit gehe vor*⁷². Vereinzelt wird in der Literatur die Frage des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht sehr differenziert und bis in die äussersten Verästelungen der Dogmatik hinaus bearbeitet⁷³. Daneben finden sich aber auch Aussagen, wonach dem schweizerischen Recht ein allgemeines Prinzip der Gleichbehandlung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber unbekannt sei⁷⁴. Weitgehend einig ist sich die Lehre darin, dass die *praktische Relevanz* des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht – wenn und soweit er überhaupt anerkannt wird – sehr gering ist⁷⁵.

Für Lösungen im Sinne einer *Konvergenz der Wertungen* zwischen öffentlichem und privatem Arbeitsrecht fehlen in diesem Fragenkreis somit momentan noch genügend konkrete Leitlinien und Anhaltspunkte. Sieht man von den erwähnten Nebenpunkten (Weisungen; Gratifikation), vom verfassungsmässigen Anspruch von Mann und Frau auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit sowie vom im Gleichstellungsgesetz festgelegten Verbot der Geschlechterdiskriminierung⁷⁶ schlechthin ab, so entfallen daher – jedenfalls auf den ersten Blick – mit der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse für den Arbeitgeber zahlreiche Schranken, die ihn bei der Ausgestaltung der Arbeitsbeziehung behindern. Mithin kann durch eine Privatisierung der arbeitsrechtlichen Beziehungen hinsichtlich der *inhaltlichen Ausgestaltung* ein beträchtliches Mass an Flexibilität gewonnen werden, sofern nicht im Sinne eines Korrektivs gewisse Nachwirkungen des öffentlichen Rechts auf privatisierte Betriebe angenommen werden.

⁷⁰ Vgl. dazu etwa MEYER (Fn. 69); NEF (Fn. 62); STAEHELIN (Fn. 69); REHBINDER (Fn. 69), 92/93; CLAUDIA CAMASTRAL, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1996, 62 ff.

⁷¹ So etwa NEF (Fn. 62), 18.

⁷² REHBINDER (Fn. 69), 92/93; ebenso CAMASTRAL (Fn. 70), 69.

⁷³ Vgl. dazu eindrücklich etwa MEYER (Fn. 69).

⁷⁴ NEF (Fn. 62), 23; STAEHELIN (Fn. 69), 77.

⁷⁵ REHBINDER (Fn. 69), 93; CAMASTRAL (Fn. 70), 69/70.

⁷⁶ Art. 3 GlG (vgl. dazu die Kommentierung von ELISABETH FREIVOGEL im Kommentar zum Gleichstellungsgesetz [Fn. 23]).

4. Sonderrecht für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse von Betrieben, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen?

a) Problemlage

Die vorstehenden Ausführungen über den Bestandesschutz einerseits und die Frage der rechtsgleichen Behandlung der Arbeitnehmer andererseits haben gezeigt, dass sich mit der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse der Gestaltungsspielraum für den Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern vergrössert. Wie gross die Zunahme des Freiraums des Arbeitgebers dadurch wird, lässt sich zur Zeit im einzelnen noch nicht abschätzen. Gezeigt hat sich nur, dass der «Gewinn» an Flexibilität nicht in allen Bereichen gleich gross ist. Dies wirft nun sofort die Frage auf, ob bzw. inwiefern dem mit dieser Flexibilisierung verbundenen Abbau an Rechten der Arbeitnehmer allenfalls Schranken gesetzt werden sollten.

b) Korrektur durch den Gesetzgeber

In erster Linie ist es Aufgabe des *Gesetzgebers*, entsprechende Schutzvorkehrungen einzuführen, sofern solche politisch als erwünscht und notwendig erachtet werden. Dies könnte z.B. durch die Schaffung von generell-abstrakten Normen auf Bundesebene, etwa durch Einfügen von Sonderbestimmungen im Obligationenrecht, geschehen. Denkbar wäre aber auch, dass die einzelnen Gemeinwesen, welche bestimmte von ihnen wahrgenommene öffentliche Aufgaben privatisieren wollen, im Rahmen des Privatisierungsvorgangs Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer für den konkreten Betrieb vorsehen.

Solche Schutzvorkehrungen des Gesetzgebers zugunsten der Arbeitnehmer lassen sich in der gegenwärtigen Privatisierungswelle verschiedentlich ausmachen. So ist etwa im vom Stadtrat genehmigten Anstaltsreglement der Städtischen Verkehrsbetriebe Bern, die in eine öffentlichrechtliche Anstalt umgewandelt werden, vorgesehen, dass das gesamte Personal nach Ablauf einer Übergangsfrist von zwei Jahren privatrechtlich anzustellen ist. Gleichzeitig hält das Anstaltsreglement fest, dass die Anstellungen aufgrund eines *Firmengesamtarbeitsvertrags* zu erfolgen haben. Im weiteren findet sich im Anstaltsreglement eine Bestimmung über die Konfliktregelung im Falle eines sogenannten «vertragslosen» Zustandes nach einem allfälligen Auslaufen des Firmengesamtarbeitsvertrags⁷⁷. Sodann wird im Anstaltsreglement festgehalten, dass sich die Städtischen Verkehrsbetriebe zur *Gewährleistung der beruflichen Vorsorge* ihres Personals der Personalvorsorgekasse

⁷⁷ Art. 16 des Anstaltsreglements der Städtischen Verkehrsbetriebe Bern (SVB), i. K. ab 1. 1. 1998.

der Stadt Bern anschliessen. Die Errichtung einer eigenen oder der Wechsel zu einer anderen Vorsorgeeinrichtung ist möglich, bedarf aber der Zustimmung des Gemeinderats der Stadt Bern, und das Personal ist vor einem Wechsel anzuhören⁷⁸. Änderungen des Anstaltsreglements betreffend Anstellungsverhältnisse und berufliche Vorsorge fallen in die Zuständigkeit des Stadtrats⁷⁹. In ähnlichem Sinne legifizierte der Bundesgesetzgeber in bezug auf die Swisscom, hat er doch die Telekommunikationsunternehmung des Bundes zum Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages mit den Personalverbänden verpflichtet⁸⁰. Die privatisierten Rüstungsunternehmungen des Bundes dagegen erhalten keine derartige Auflage⁸¹.

Eine derartige Anbindung des vom Gemeinwesen abgespaltenen und verselbständigten Betriebs an gewisse Regelungen, welche vom Unternehmen als Arbeitgeber nicht ohne weiteres eigenständig abgeändert werden können, verschafft den Arbeitnehmern einen grösseren Schutz als das «gewöhnliche» zivile Arbeitsvertragsrecht. Im Rahmen einer echten Privatisierung, bei welcher nicht nur die Arbeitsverhältnisse ins Privatrecht überführt werden, sondern auch das bisher öffentliche Unternehmen selbst in eine Rechtsform des Privatrechts (vornehmlich des Handelsrechts) gekleidet wird, dürften solche Begrenzungen des Freiraums des Arbeitgebers (soweit sie nicht durch ein Bundesgesetz erfolgen) indessen nur in beschränktem Masse möglich und zulässig sein⁸². So ist es z.B. fraglich, ob den Kantonen oder Gemeinden die Kompetenz zustünde, vollständig in das Privatrecht

⁷⁸ Art. 17 des Anstaltsreglements der SVB.

⁷⁹ Art. 26 Abs. 2 des Anstaltsreglements der SVB.

⁸⁰ Art. 16 Abs. 2 und 3 TUG. Die *Botschaft* zum TUG führt zahlreiche Punkte auf, welche in einem solchen Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden sollen (BBl 1996 III 1340). Wer sich – in Konkurrenz zur Swisscom – ebenfalls um eine Fernmeldekonzession bewirbt, muss keinen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen, sondern bloss die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten (Art. 6 Abs. 1 lit. c und Art. 15 lit. d FMG). Das letztere Kriterium hat in den parlamentarischen Beratungen zu etlichen Diskussionen Anlass gegeben (Amtl. Bull. NR 1996 2301/2302; Amtl. Bull. StR 1997 83 ff.; Amtl. Bull. NR 1997 373 ff.; Amtl. Bull. StR 1997 331/332).

⁸¹ Art. 6 Abs. 1 BGRB; BBl 1997 III 799. Anträge auf Einführung einer Pflicht zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen wurden in beiden Räten abgelehnt (Amtl. Bull. NR 1997 1424 ff.; Amtl. Bull. StR 1997 816 ff.). Immerhin hat der Bundesrat in Aussicht gestellt, über die Interessenvertretung des Bundes in der Beteiligungsgesellschaft darauf hinzuwirken, dass Verhandlungen über gesamtarbeitsvertragliche Regelungen geführt werden (BBl 1997 III 799).

⁸² Im übrigen dürfte bei privatisierten Betrieben, die sich dem Markt stellen müssen, eine allzu starke Abweichung von den Regeln des Arbeitsvertragsrechts auch nicht sinnvoll sein.

überführte Betriebe *gesetzlich* zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen zu verpflichten. Denn mit einer solchen Bestimmung würde wohl in unzulässiger Weise in das in ausschliesslicher Bundeskompetenz stehende Privatrecht eingegriffen⁸³. Daher bleibt nichts anderes übrig, als dem zu privatisierenden Betrieb gegebenenfalls in einem mit dem Gemeinwesen abzuschliessenden *Vertrag* eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen⁸⁴. Dabei könnte allerdings auf Dauer die *Schranke des Persönlichkeitsrechts* des Arbeitgebers nach Art. 27 Abs. 2 ZGB, welche selbst vertragliche Bindungen juristischer Personen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht unbegrenzt zulässt⁸⁵, Probleme bieten.

c) *Korrektur durch die Gerichte*

Da das politische Ziel der Privatisierung von öffentlichen Unternehmungen im Schaffen von grösserer Marktstärke und Effizienz besteht, die man durch höhere Flexibilität u. a. im Personalbereich zu erreichen hofft⁸⁶, wird der Gesetzgeber – selbst soweit er dazu die rechtliche Möglichkeit hätte – vielfach keine solchen Schutzvorkehrungen zugunsten der Arbeitnehmer vorsehen. Diesfalls stellt sich die Frage, ob und allenfalls in welchem Ausmass die bereits *bestehenden Rechtsnormen im Rahmen der Rechtsanwendung* herangezogen werden könnten, um bis zu einem gewissen Grad eine *Verlängerung der Schutzwirkung des öffentlichen Dienstrechts auf die privatisierten Betriebe zu bewirken*. Eine derartige arbeitsrechtliche Sonderstellung von privatisierten Betrieben, welche öffentliche Aufgaben wahrnehmen, liesse sich zum Beispiel wie folgt begründen:

aa) Die Monopolstellung gewisser privatisierter Betriebe im Verhältnis zu den Kunden bzw. Benützern

Oft werden entsprechende privatisierte Betriebe in ihrem Bereich über eine rechtliche oder zumindest faktische *Monopolstellung* verfügen⁸⁷. Wer die in Frage stehende öffentliche Dienstleistung in Anspruch nehmen will oder

⁸³ Art. 64 BV, Art. 5 ZGB e contrario und Art. 6 ZGB. Vgl. dazu auch hinten II. 5. a) bb).

⁸⁴ Zur Zulässigkeit des Vertragsschlusses zwischen einem Gemeinwesen und einem Betrieb vor dessen Privatisierung auf den Zeitpunkt der Umwandlung hin siehe hinten II. 5. b) aa).

⁸⁵ Vgl. dazu etwa BGE 114 II 159 ff. sowie BK-BUCHER, Art. 27 ZGB N 503 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu vorne I. 2.

⁸⁷ Das trifft z.B. ab 1. 1. 1998 für die Inhaberin der Grundversorgungskonzession im Fernmeldebereich zu (Art. 14 ff. FMG). Dieses Monopol ist allerdings nicht «gefestigt», da die Grundversorgungskonzession befristet ist und periodisch neu ausgeschrieben werden muss (Art. 14 Abs. 2 und 3 FMG).

muss, ist daher im allgemeinen gezwungen, sich an den zuständigen privatisierten Betrieb zu wenden. Wer also zum Beispiel ein neues Nummernschild für sein Auto benötigt, seinen Kehricht beseitigt haben will, mit dem Tram durch die Stadt zu fahren beabsichtigt oder eine Gefängnisstrafe absitzen muss, wird sich auch nach der Privatisierung solcher Dienstleistungsbereiche genauso wie bis anhin, wo diese Leistungen (noch) von der öffentlichen Hand angeboten werden, den Vertragspartner nicht aussuchen können. Derartige Monopolstellungen von Leistungsanbietern werden zur Folge haben, dass den entsprechenden Betrieben im Rahmen der Privatisierung ein *Kontrahierungszwang* gegenüber den Benützern auferlegt werden muss⁸⁸. Dementsprechend darf diesen Betrieben, insoweit als *Kundenbeziehungen* in Frage stehen, weder die *Vertragsabschlussfreiheit* noch die *Vertragsinhaltsfreiheit* zustehen.

Bereits im bisherigen Recht kannten bzw. kennen wir einen wirtschaftlich wichtigen Bereich, für den ein solcher Kontrahierungszwang gilt. Gemäss Transportgesetz haben Transportunternehmungen des Bundes oder Transportunternehmungen mit einer eidgenössischen Konzession (mit Ausnahme von Luftseilbahnen) unter bestimmten Voraussetzungen, welche im Gesetz näher umschrieben sind, eine Transportpflicht⁸⁹. Eidgenössisch konzessionierte Transportunternehmungen sind mithin verpflichtet, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen jede beliebige Person und ihr Gepäck zu befördern. Weder dürfen sie – von im Gesetz geregelten Ausnahmen abgesehen – den Abschluss eines zivilrechtlichen⁹⁰ Transportvertrages mit einem Kunden verweigern, noch sind sie befugt, einem Kunden einen Vertragsinhalt zuzudiktieren, der von den massgebenden gesetzlichen, reglementarischen und tariflichen Bestimmungen abweicht. Dieser Kontrahierungszwang ist ein unerlässliches *Korrektiv für die Monopolstellung*, welche eidgenössisch konzessionierte Transportunternehmungen in ihrem Bereich innehaben⁹¹.

bb) Reflexwirkungen einer allfälligen Monopolstellung auf das Personalrecht?

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob ein Kunde, der einen privatisierten Betrieb mit Monopolstellung für eine bestimmte

⁸⁸ Vgl. dazu z.B. Art. 16 FMG sowie Art. 20 FMV (betr. Grundversorgungskonzessionärin im Fernmeldebereich).

⁸⁹ Art. 3 i. V. m. Art. 2 lit. c TG.

⁹⁰ Vgl. Art. 50 Abs. 1 TG, demzufolge vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen dem Kunden und der Unternehmung vom Zivilrichter zu beurteilen sind (siehe dazu auch vorne Fn. 9).

⁹¹ Vgl. zum Kontrahierungszwang als Korrektiv zu einer Monopolstellung auch BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 110, m. w. Nw.

Dienstleistung in Anspruch nehmen muss, bloss Anspruch auf eine Vertragsgestaltung gemäss Gesetzen, Reglementen, Tarifen usw. – und damit natürlich Anspruch auf *rechtsgleiche Behandlung mit anderen Kunden des Betriebes* – hat oder ob der Benützer aus der Monopolstellung des privatisierten Betriebs quasi *reflexweise* zusätzlich verlangen kann, dass das Dienstleistungsunternehmen bei der Ausgestaltung seiner Beziehungen zu den Arbeitnehmern einen gewissen *sozialen Minimalstandard* nicht unterschreitet.

Anhand eines Beispiels soll verdeutlicht werden, was damit gemeint ist. Behandelt ein gewöhnliches privatwirtschaftliches Unternehmen seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schlecht, so riskiert es, dass darunter *sein Ruf bei den potentiellen Kundinnen und Kunden leidet und ihm daher Geschäftsabschlüsse entgehen*. Ein privatisierter Betrieb, der öffentliche Aufgaben wahrnimmt und dabei eine Monopolstellung innehat, muss dies dagegen nicht befürchten. Dadurch entfällt ein wichtiger Verhaltensanreiz zur korrekten Behandlung des Personals. Als z.B. ein Bébébedarfsgeschäft einer schwangeren Verkäuferin (vor 1989) kündigte⁹², hatten es die (werdenden) Mütter als Kundinnen in der Hand zu entscheiden, ob sie dieses Geschäft weiterhin berücksichtigen wollten (weil es z.B. in der Lage ist, über tiefe Lohnkosten günstige Verkaufspreise zu offerieren) oder ob sie ihre allfällige Missbilligung dieses Verhaltens dadurch zum Ausdruck brachten, dass sie künftig bei der Konkurrenz einkauften. Demgegenüber kann z.B. ein zu einer unbedingten Freiheitsstrafe Verurteilter wohl kaum die Verlegung in eine andere Strafanstalt mit der Begründung verlangen, in demjenigen privatisierten Gefängnis, in welchem er seine Strafe absitzen müsse, werde das Personal schlecht bezahlt, von den Vorgesetzten schikaniert usw., weshalb es ihm nicht zumutbar sei, diesen Betrieb als Kunde zu benützen. Als Kompensation für die fehlende Möglichkeit des Strafgefangenen, seiner (allfälligen) Missbilligung der Arbeitsvertragspolitik des privatisierten Gefängnisses durch die Berücksichtigung eines Konkurrenzunternehmens Ausdruck zu verleihen, könnte daher durchaus ein reflexweiser Anspruch auf Einhaltung eines gewissen sozialen Minimalstandards des Gefängnisunternehmens gegenüber dem Personal angenommen werden⁹³. Ein solcher

⁹² Erst seit 1. 1. 1989 sind vom Arbeitgeber während der ganzen Schwangerschaft der Arbeitnehmerin ausgesprochene Kündigungen nichtig (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR).

⁹³ Von diesem (möglichen) Recht des Strafgefangenen auf Beachtung eines gewissen sozialen Minimalstandards des privaten Gefängnisbetriebes gegenüber dem Personal zu unterscheiden wäre dann das Recht des Insassen, sich gegen allfällige schlechte Behandlung durch das Gefängnispersonal beschwerdeweise zu wehren. Es liegt allerdings auf der Hand, dass zwischen beiden Bereichen ein gewisser Zusammenhang besteht.

Anspruch würde diesfalls die Marktkräfte ersetzen, welche in der freien Wirtschaft den Betrieben eine allzu rigorose Personalpolitik aus Imagegründen (vielleicht) verbieten.

In einem nächsten Schritt wäre dann zu prüfen, ob gestützt auf einen solchen reflexweisen Anspruch des Kunden des privatisierten Betriebs den einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein *eigenständiger Anspruch* auf Beachtung eines sozialen Mindeststandards oder gar auf Beachtung verfassungsmässiger Rechte durch den Arbeitgeber zusteht. Schwierigkeiten verursacht in diesem Zusammenhang allerdings der Umstand, dass nicht alle potentiellen Kundinnen und Kunden eines Monopolbetriebes dieselben Interessen in bezug auf dessen Personal- und Sozialpolitik haben. Dem müsste bei der Rechtsanwendung durch eine gewisse Zurückhaltung Rechnung getragen werden.

cc) Eigene Ansicht

Nach meinem Dafürhalten muss in Zukunft bei der *Beurteilung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten* zwischen privatisierten Betrieben und ihren Arbeitnehmern dem allfälligen Umstand Rechnung getragen werden, dass das Unternehmen gegenüber den Kunden eine Monopolstellung einnimmt und diese daher keine Möglichkeit haben, beim Vertragsschluss einer Missbilligung der vom Betrieb verfolgten Arbeitnehmer- bzw. Sozialpolitik Ausdruck zu verleihen. Daraus lässt sich durchaus ein eigenständiger justizialer Anspruch der Arbeitnehmer auf Einhaltung minimaler Regeln durch den privatisierten Betrieb als Arbeitgeber ableiten.

Dogmatische Anknüpfungspunkte für eine Berücksichtigung dieses Umstandes sind im geltenden Recht etliche vorhanden. So finden sich im Arbeitsrecht zahlreiche *Bestimmungen von generalklauselartigem Charakter*, die in hohem Masse *wertausfüllungsbedürftig* sind. Exemplarisch erwähnt sei als arbeitsrechtliche Grundnorm nur etwa Art. 328 OR, der den Arbeitgeber zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verpflichtet⁹⁴.

Darüber hinaus ist in solchen Fällen stets zu prüfen, ob eine bestimmte Verhaltensweise des privatisierten Betriebes in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber allenfalls gegen die *öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR verstösst*. Dieses bisher an sich weitgehend funktionslos gebliebene *Kontrollkriterium der Vertragsinhaltsfreiheit*⁹⁵ könnte vor allem dann

⁹⁴ Art. 328 OR wird in der Literatur verschiedentlich als Aufhänger für das Gleichbehandlungsgebot angeführt (vgl. z.B. CAMASTRAL [Fn. 70], 62/63).

⁹⁵ Abweichend BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 151 ff., der dem Kriterium der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR eine selbständige Auffangfunktion zuweist. In gleichem

zum Tragen kommen, wenn die Frage der rechtsgleichen Behandlung von Arbeitnehmern zur Diskussion steht. Nach KRAMER kann die Generalklausel der öffentlichen Ordnung in Art. 19 Abs. 2 OR als Aufhänger dienen, um *verfassungsrechtliche Wertungen* in die Kontrolle des Vertragsinhalts einfließen zu lassen, und zwar namentlich im Sinne einer «mittelbaren» *Drittwirkung von Grundrechten*⁹⁶. KRAMER befürwortet dies insbesondere in Konstellationen, bei denen *staatlicher Macht analoge gesellschaftliche Machtstrukturen* auszugleichen sind⁹⁷. Über diese Generalklausel könne Art. 4 Abs. 1 BV auch auf *arbeitsvertragliche Ungleichbehandlungen* bezogen werden⁹⁸. Diese Überlegungen KRAMERS können für die hier interessierende Fragestellung fruchtbar gemacht werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben öffentlichrechtliche Körperschaften auch dort, wo sie privatrechtlich auftreten, die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten⁹⁹. Werden entsprechende Aufgaben einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt auf ein Privatrechtssubjekt übertragen, so ändert sich im Regelfall an der Machtstruktur nichts; der privatrechtliche Betrieb verfügt – immer bezogen auf seinen Aufgabenbereich – über eine Stellung, die sich mit der staatlichen Machtstellung vergleichen lässt. Warum unter diesen Umständen ein privatisierter Betrieb nicht ebenso an gewisse verfassungsmässige Grundrechte gebunden sein soll wie ein privatrechtlich handelndes Gemeinwesen oder eine öffentlichrechtliche Anstalt, wäre unter diesen Umständen nicht einzusehen¹⁰⁰. Daher bietet das Kriterium der öffentlichen Ordnung gemäss Art. 19 Abs. 2 OR durchaus die Möglichkeit, das Verhalten privatisierter Betriebe mit Monopolstellung gegenüber ihren Arbeitnehmern einer strengeren Beurteilung zu unterziehen als das Verhalten eines «gewöhnlichen» Arbeitgebers.

Um beim vorne erwähnten Beispiel anzuknüpfen: Das Bébébedarfsgeschäft mag seinen Verkäuferinnen für die gleiche Arbeit unterschiedliche Löhne ausrichten, solange es nur die Verkäuferinnen nicht gegenüber männlichen Verkäufern benachteiligt¹⁰¹, während man dem Direktor eines privatisierten Gefängnisses oder einer privatisierten Motorfahrzeugkontrolle diese Freiheit nicht in gleichem Masse zugestehen kann. Anders verhält es

Sinne, aber bloss in bezug auf die Inhaltskontrolle von AGB, jetzt auch OR-HUGUENIN JACOBS, Art. 19/20 N 24 ff.

⁹⁶ BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 163.

⁹⁷ A. a. O.

⁹⁸ BK-KRAMER, Art. 19/20 OR N 164.

⁹⁹ BGE 109 Ib 155 E. 4; vgl. auch BK-REHBINDER, Art. 342 OR N 3.

¹⁰⁰ Kritisch allerdings zur Machtstellung des Arbeitgebers als Basis für die Rechtfertigung des Anspruchs von Arbeitnehmern auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht im Sinne einer «Machtträgerpflicht» MEYER (Fn. 69), 134 ff.

¹⁰¹ Art. 4 Abs. 2 Satz 3 BV.

sich selbstredend mit privatisierten Betrieben, welche eine Aufgabe wahrnehmen, die in Konkurrenz dazu auch von «echten» Privatunternehmungen erfüllt werden. Es versteht sich von selbst, dass der vom Staat in die wirtschaftliche Freiheit entlassene EDV-Betrieb in bezug auf die Ausgestaltung seiner Arbeitsverhältnisse mit den Mitarbeitern nicht strenger beurteilt werden darf als ein seit je in privater Form tätiger Konkurrenzbetrieb. Alles andere würde offenkundig gegen das Prinzip der gleich langen Spiesse verstossen¹⁰².

Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben wird in den nächsten Jahren auf allen staatlichen Ebenen in grossem Ausmass erfolgen. Die Zukunft wird weisen müssen, ob – soweit dies nicht der Gesetzgeber tut oder er dazu nicht zuständig ist – in der Folge die Gerichte bereit sein werden, den hier skizzierten Gedanken zu folgen und den privatisierten Betrieben eine erhöhte soziale Verantwortung bei der Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse zuzuweisen¹⁰³.

5. Die Art und Weise der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Mit der Überführung eines öffentlichrechtlichen in ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis ist für die Arbeitnehmer ein *erheblicher Wechsel in qualitativer Hinsicht* verbunden. Dies wirft die Frage auf, in welcher Weise diese Überführung rechtstechnisch stattzufinden hat.

a) Die direkte «Übertragung» der Arbeitsverhältnisse

Zu prüfen ist zunächst, ob eine direkte «Übertragung» von Arbeitsverhältnissen ohne Auflösung und Neubegründung möglich ist.

aa) Die Nichtanwendbarkeit von Art. 333 und Art. 333a OR

Das private Arbeitsvertragsrecht sieht in Art. 333 OR vor, dass im Falle einer Betriebsübertragung alle Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverträgen mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergehen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt¹⁰⁴. Eine derartige

¹⁰² Vgl. in diesem Sinne etwa die *Botschaft* und die parlamentarischen Debatten zur Privatisierung der Rüstungsunternehmungen des Bundes (BB1 1997 III 798 ff.; Amtl. Bull. NR 1997 1424 ff.; Amtl. Bull. StR 1997 816 ff.).

¹⁰³ Bedauerlicherweise hat das Bundesgericht solche Überlegungen im «Stadtbus-Chauffeur-Fall» (BGE 119 II 157 ff.) nicht angestellt.

¹⁰⁴ Umstritten ist, ob diese Bestimmung nur auf Singularsukzessionen anwendbar ist (so z.B. JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl. Bern usw. 1996,

Betriebsübertragung hat rechtlich zur Folge, dass die bestehenden Arbeitsverträge nicht vom Veräusserer durch Kündigung aufgelöst und vom Erwerber durch neue Arbeitsverträge ersetzt werden müssen; vielmehr gehen dabei sämtliche Arbeitsverträge in dem Zustand auf den Erwerber über, in dem sie sich zum Zeitpunkt der Betriebsnachfolge befinden. Es gelten die Grundsätze der *Identität* und der *Kontinuität*¹⁰⁵. Die Verträge erfahren keine inhaltliche Änderung, sämtliche Einreden und Einwendungen bleiben wechselseitig erhalten usw. Im Arbeitsrecht von grösster Bedeutung ist dabei der Umstand, dass jedem Arbeitnehmer die bisherige Vertragsdauer weiterhin angerechnet wird; daher wahren die Arbeitnehmer ihren Besitzstand hinsichtlich dienstdauerabhängiger Ansprüche (z.B. bei der Bemessung der Kündigungsfrist, der Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches im Falle einer Krankheit oder bei der Bemessung einer Abgangschädigung)¹⁰⁶. Art. 333 OR regelt einen der wenigen Fälle der *gesetzlichen Vertragsübernahme* in unserer Privatrechtsordnung.

Am 17. 12. 1993 haben die eidgenössischen Räte Art. 333 OR an die Betriebsübergangsrichtlinie der EG vom 14. 2. 1977¹⁰⁷ angepasst. Gemäss der neuen, am 1. 5. 1994 in Kraft getretenen Fassung dieser Bestimmung gehen bei einer Betriebsübernahme die Arbeitsverhältnisse neu *ex lege* auf den Erwerber über; einer rechtsgeschäftlichen Abrede zwischen Veräusserer und Übernehmer bedarf es – anders als vorher¹⁰⁸ – nicht mehr¹⁰⁹. Zudem

Art. 333 N 1 in fine; BK-REHBINDER, Art. 333 OR N 3), oder auch – wie z.B. im Falle einer Fusion – auf Universalsukzessionen (so etwa SPR-VISCHER, 156; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl. Zürich 1993, Art. 333 OR N 7; Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern [Fusionsgesetz] vom November 1997, 11 und 13).

¹⁰⁵ Vgl. dazu etwa HELMUT PIEPER, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, Köln und Berlin 1963, 107 ff.; KNUT WOLFGANG NÖRR, Die Vertragsübernahme: eine neue Rechtsfigur, in: Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft, Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin 1989, 869 ff., spez. 870 (jedenfalls sinngemäss).

¹⁰⁶ BK-REHBINDER, Art. 333 OR N 1 und N 7; BRÜHWILER (Fn. 104), Art. 333 OR N 1.

¹⁰⁷ Richtlinie des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (77/187/EWG), ABI Nr. L 61/26 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Art. 333 Abs. 1 OR in der bis Ende April 1994 geltenden Fassung.

¹⁰⁹ Vgl. dazu etwa BRÜHWILER (Fn. 104), Art. 333 OR N 1; ZK-STÄHELIN, Art. 333 OR N 1 ff.; ROLAND A. MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über den Betriebsübergang, AJP 1996 149 ff.; GABRIEL AUBERT, La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transferts d'entreprises, in: Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1995, 87 ff., spez. 108 ff.

In BGE 123 III 466 ff. hat sich das Bundesgericht erstmals zu Art. 333 OR in der seit 1. 5. 1994 geltenden Fassung geäußert.

hat der Arbeitgeber seit 1. 5. 1994 die Arbeitnehmer rechtzeitig über verschiedene Aspekte des Übergangs zu informieren¹¹⁰.

Auf die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist Art. 333 OR nun allerdings – trotz seines nunmehr zwingenden Charakters¹¹¹ – nicht (direkt) anwendbar. In formeller Hinsicht geht dies schon daraus hervor, dass es sich dabei um eine *reine Privatrechtsnorm* handelt, welche das öffentliche Dienstrecht nicht betrifft¹¹². Aber auch aus materiellen Gründen fällt diese Bestimmung hier ausser Betracht. Es ist nicht ohne weiteres möglich, öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse – nach den Prinzipien der Identität und der Kontinuität – in demjenigen Zustand auf einen privatrechtlichen Betrieb zu übertragen, in welchem sie sich im Zeitpunkt der Privatisierung befinden. Ein solcher Übergang würde bedeuten, dass der neue privatrechtliche Arbeitgeber als Dienstherr in öffentlichrechtliche Dienstverhältnisse mit all ihren Schutzbezügen, Verfahrensgarantien usw. eintreten müsste. Dies wäre im Rahmen des geltenden Rechts nicht angängig. Im übrigen würde ein derartiger Übergang von Arbeitsverhältnissen in vielen Fällen wohl auch dem mit der Privatisierung angestrebten Zweck der Flexibilisierung zuwiderlaufen, weshalb er vom zu privatisierenden Betrieb häufig selbst nicht gewünscht wird.

bb) Die Regelung in Spezialgesetzen

Bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben des Bundes hat es der *Bundgesetzgeber* in der Hand, die rechtstechnischen Modalitäten der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch Spezialgesetze zu regeln. Im Rahmen der gegenwärtigen Privatisierungswelle hat er dies denn auch punktuell und in unterschiedlicher Weise getan.

Die Swisscom als Telekommunikationsunternehmung des Bundes in Form einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft¹¹³ hat auf den 1. 1. 1998 ihre Tätigkeit aufgenommen und muss ihr Personal fortan privatrechtlich

Vgl. zu diesem Urteil etwa BEAT DENZLER, Zur Tragweite von Art. 333 OR, recht 1998 66 ff.

¹¹⁰ Art. 333a OR.

¹¹¹ Zwar wird Art. 333 OR als Ganzes in den Art. 361 und 362 OR nicht aufgeführt (erwähnt ist bloss Art. 333 Abs. 3 OR in Art. 362 OR), doch ergibt sich dessen Charakter als zwingende Norm aus dem Schutzzweck dieser Bestimmung (AUBERT [Fn. 109], 111 ff.; SPR-VISCHER, 155; BRÜHWILER [Fn. 104], Art. 333 OR N 1). In der Literatur wird dies z. T. allerdings bestritten (ZK-STÄHELIN, Art. 333 OR N 12).

¹¹² Art. 342 Abs. 1 lit. a OR; vgl. dazu auch ZK-STÄHELIN, Art. 342 OR N 2 ff.; BRÜHWILER (Fn. 104), Art. 342 OR N 1.

¹¹³ Art. 2 TUG.

anstellen¹¹⁴. In den Übergangs- und Schlussbestimmungen des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes vom 30. 4. 1997 (TUG) ist allerdings festgehalten, dass die Unternehmung als Arbeitgeberin die bestehenden Arbeitsverhältnisse weiterführt und dass bis zum Ablauf der Amtsperiode 1997–2000 für das Personal die Gesetzgebung über das Bundespersonal weiter gilt¹¹⁵. Erst auf den 1. 1. 2001 werden die Anstellungsverhältnisse auf der Grundlage des Arbeitsvertragsrechts neu geregelt, wobei die Swisscom in begründeten Fällen bereits vorher Bedienstete nach dem Obligationenrecht anstellen kann¹¹⁶. Zur rechtlichen Tragweite dieser Übergangsbestimmungen lässt sich den Materialien nichts entnehmen¹¹⁷. Insbesondere geht weder aus dem Gesetzestext noch aus den Materialien hervor, ob für die Übergangszeit von drei Jahren die Beziehung zwischen der privatrechtlich tätigen Swisscom und ihrem Personal weiterhin eine öffentlichrechtliche sein soll oder ob das Dienstrecht des Bundes zwar *inhaltlich* weiter gilt, aber bereits Privatrecht darstellt¹¹⁸.

In Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Rüstungsunternehmen des Bundes (BGRB) wird festgehalten, dass die öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse des Personals bestehender Rüstungsbetriebe der Gruppe Rüstung auf den Zeitpunkt der Überführung der Betriebe in Aktiengesellschaften *in privatrechtliche Anstellungsverhältnisse umgewandelt* werden. Der Bundesrat wird beauftragt, nach Anhörung der Personalverbände eine Übergangsregelung zu erlassen, die längstens bis zum Ende der laufenden Amtsdauer gilt¹¹⁹. Wie diese Überführung im einzelnen geplant ist, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Immerhin hat der Bundesrat in Aussicht gestellt, den sozialpolitischen Anliegen der Bediensteten in angemessener Weise Rechnung zu tragen¹²⁰.

Ob Kantone und Gemeinden ebenfalls befugt wären, ähnliche Vorschriften zu erlassen, ist fraglich. Einem in die Form des Privatrechts überführten Betrieb könnten Kantone und Gemeinden wohl selbst für eine kurze Übergangsfrist die Anwendung (bzw. Weitergeltung) des öffentlichen Dienstrechtes gesetzlich nicht aufzwingen. Auch hier wirkt sich die eingangs skizzierte Schnittstellenproblematik öffentliches Recht/Privatrecht – ebenso wie bei der Frage, ob Kantone und Gemeinden den privatisierten Betrieben

¹¹⁴ Art. 16 Abs. 1 TUG.

¹¹⁵ Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 TUG.

¹¹⁶ Art. 25 Abs. 3 und Abs. 4 TUG.

¹¹⁷ BBl 1996 III 1346; Amtl. Bull. NR 1996 2357; Amtl. Bull. StR 1997 132.

¹¹⁸ In der *Botschaft* zum TUG wird einzig festgehalten, dass allfällige Streitigkeiten über die Festlegung neuer Arbeitsbedingungen ab 1. 1. 2001 auf dem zivilrechtlichen Weg ausgetragen werden müssen (BBl 1996 III 1346).

¹¹⁹ Art. 6 Abs. 2 BGRB.

¹²⁰ BBl 1997 III 800.

die Beachtung verfassungsmässiger Prinzipien im Arbeitsrecht aufzwingen können¹²¹ – einschneidend aus. Zum Erlass von zivilrechtlichen Normen ist *ausschliesslich* der Bund befugt¹²², während die Kompetenz zum Erlass öffentlichen Rechts sowohl dem Bund als auch den Kantonen zusteht¹²³. 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» können¹²⁴.

cc) Der Erlass einer allgemeinen bundesrechtlichen Regelung?

Der Bundesgesetzgeber hätte es selbstredend in der Hand, allgemeine gesetzliche Regeln über die rechtstechnischen Modalitäten der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zu erlassen. Soweit ersichtlich besteht zur Zeit indessen ein solches Gesetzgebungsvorhaben nicht.

Zwar hat der Bundesrat im November 1997 einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Fusion, Spaltung und Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) samt Begleitbericht in die Vernehmlassung geschickt. Gemäss Art. 85 dieses Vorentwurfs (VE-Fusionsgesetz) soll es künftig möglich sein, dass ein Institut des öffentlichen Rechts sein Vermögen durch Fusion auf eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung übertragen oder sich direkt in eine Kapitalgesellschaft, eine Genossenschaft, einen Verein oder eine Stiftung umwandeln kann. Mit dieser Bestimmung sollen die *privatrechtlichen Aspekte* der Beteiligung von Instituten des öffentlichen Rechts an Fusionen und Umwandlungen geregelt werden¹²⁵. Auf die Fusion von privatrechtlichen Rechtsträgern mit Instituten des öffentlichen Rechts und auf die Umwandlung solcher Institute in Rechtsträger des Privatrechts sollen die Vorschriften des Fusionsgesetzes sinngemäss Anwendung finden¹²⁶. Was damit im einzelnen gemeint ist, ist momentan noch unklar¹²⁷. Insbesondere besteht keine Klarheit dar-

¹²¹ Vgl. vorne II. 4. b).

¹²² Art. 64 BV; Art. 5 Abs. 1 ZGB e contrario und Art. 6 ZGB; Art. 51 Schlusstitel ZGB; BLAISE KNAPP, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Zürich/Bern, Art. 64 N 28 ff.

¹²³ Art. 3 BV.

¹²⁴ Anders verhält es sich mit der Möglichkeit einer vertraglichen Regelung (vgl. dazu hinten II. 5. b).

¹²⁵ Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997, 61.

¹²⁶ Art. 86 Abs. 1 VE-Fusionsgesetz.

¹²⁷ Vgl. dazu die wenig aussagekräftigen Ausführungen auf S. 63 des Begleitberichts (Fn. 125).

über, welche Auswirkungen Art. 86 VE-Fusionsgesetz auf die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse haben könnte. Der Begleitbericht geht davon aus, dass bei Fusionen von privatrechtlichen Rechtsträgern sowie bei Spaltungen Art. 333 OR Anwendung findet¹²⁸. Ohne ausdrückliche entsprechende Regelung im Fusionsgesetz dürfte dies aber für die Überführung von öffentlichrechtlichen in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse kaum gelten¹²⁹.

Das geplante Fusionsgesetz würde meines Erachtens eine einmalige Gelegenheit bieten, privatrechtliche Regeln über die rechtstechnische Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zu erlassen, von denen die privatisierungswilligen Gemeinwesen in ihren öffentlichrechtlichen Privatisierungsbeschlüssen Gebrauch machen könnten, *sofern sie dies wünschen*. Zu prüfen wäre m. E. sogar, ob für die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Verhältnisse Bestimmungen erlassen werden sollten, welche ähnlich wie Art. 333 OR – wenn auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die aus dem rechtsgebietsübergreifenden Übergang von Dienstverhältnissen resultieren – den Arbeitnehmern *zwingend* einen gewissen Schutz beim Übergang ihres «Betriebes» vom öffentlichen ins private Recht gewähren würden. Im privaten Arbeitsrecht sind die Arbeitnehmer im Falle eines Betriebsüberganges seit der Revision von Art. 333 OR per 1. 5. 1994¹³⁰ relativ stark geschützt, wie BGE 123 III 466 ff. eindrücklich illustriert¹³¹. Daher wäre es im Grunde naheliegend, auch den öffentlichrechtlichen Dienstnehmern für den Fall einer Privatisierung der Arbeitsverhältnisse einen vergleichbaren Anspruch auf Wahrung ihrer erworbenen Rechte einzuräumen. Dass im Vorentwurf zum Fusionsgesetz keine Regelung dieses ganzen Fragenkreises vorgesehen ist, ist bedauerlich.

b) *Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse durch Auflösung und Neubegründung der Dienstverhältnisse*

Unter diesen Umständen ist die Privatisierung von Dienstverhältnissen de lege lata nur möglich, indem die bisherigen öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnisse zwischen dem Staat und den Dienstnehmern aufgelöst und

¹²⁸ Begleitbericht (Fn. 125), 11 und 13.

¹²⁹ Der Begleitbericht (Fn. 125), 61 ff., enthält denn auch keine Ausführungen zum rechtlichen Schicksal öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse bei der Fusion und Umwandlung von Instituten des öffentlichen Rechts.

¹³⁰ Vgl. dazu vorne II. 5. a) aa).

¹³¹ Vgl. dazu auch oben Fn. 109.

durch neue privatrechtliche Arbeitsverträge zwischen dem privatisierten Betrieb und den Arbeitnehmern ersetzt werden.

Diese Vorgehensweise hat nun allerdings ein gewisses Schutzdefizit zu Lasten der Arbeitnehmer zur Folge. Zum einen besteht für sie keine Gewähr dafür, dass (und zu welchen Bedingungen) ihnen der privatisierte Betrieb den Abschluss von Arbeitsverträgen anbieten wird (dazu nachfolgend aa). Zum andern stellt sich die Frage, ob sich die Arbeitnehmer eine sofortige Privatisierung bieten lassen müssen oder ob sie Anspruch auf Wahrung einer Übergangsfrist haben (dazu nachfolgend bb).

- aa) Die Möglichkeit einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem privatisierungswilligen Gemeinwesen und dem zu privatisierenden Betrieb

Das erste Problem lässt sich – solange entsprechende bundesrechtliche Bestimmungen für den direkten Übergang öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse nicht bestehen – nur durch eine *vertragliche Regelung zwischen dem privatisierungswilligen Gemeinwesen und dem privaten Betrieb* (im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter) lösen. Einen Rechtsanspruch auf Abschluss eines solchen Vertrages zu ihren Gunsten durch das Gemeinwesen haben die Dienstnehmer indessen nicht. In einem derartigen Vertrag kann festgehalten werden, welche Arbeitnehmer zu welchen Bedingungen vom privatisierten Betrieb zu übernehmen sind. Insbesondere lässt sich so regeln, inwieweit der privatisierte Betrieb bisherige Dienstzeiten (z.B. bei der Berechnung von Ferienansprüchen, Kündigungsfristen usw.) der Arbeitnehmer künftig zu berücksichtigen habe. Kein Hindernis für den Abschluss eines solchen Vertrages bildet meines Erachtens der Umstand, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der zu privatisierende Betrieb in der Regel *noch keine eigene Rechtspersönlichkeit* besitzt. Verträge für den erst zu schaffenden Betrieb müssen die künftig verantwortlichen Organe aus praktischen Gründen schon im Vorfeld der Privatisierung auf den Zeitpunkt des Entstehens des privaten Rechtsträgers hin abschließen können¹³². Dem künftigen privaten Betrieb käme dabei gleichsam die Stellung eines *nasciturus* zu. Ob die Rechtspraxis diese Auffassung teilen wird, ist allerdings nicht sicher. Daher wäre es wünschbar, dass der Bundesgesetzgeber auch diese wichtige Frage – z.B. im geplanten Fusionsgesetz – ausdrücklich regelt¹³³.

¹³² Vgl. zur ähnlichen Problematik bei der Gründung einer AG Art. 645 OR.

¹³³ Vgl. dazu bereits II. 5. a) cc).

bb) Die Beachtung von Übergangsfristen

Rechtlich ebenso interessant ist die zweite Frage, der im folgenden detaillierter nachzugehen ist. Ausgangspunkt der Betrachtungen sind dabei die *Schranken der (einseitigen) Abänderbarkeit von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen*, da diese Schranken bei der Privatisierung unter Umständen Reflexwirkungen auf die Änderung bzw. Auflösung öffentlichrechtlicher Dienstverhältnisse haben können.

Für die *Abänderung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse* hat das Bundesgericht vor kurzem einen grundlegenden Entscheid gefällt. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse können durch *gegenseitige Übereinkunft* jederzeit, gegebenenfalls auch mit sofortiger Wirkung, abgeändert werden. Eine *einseitige Änderung* des Arbeitsvertrages ist demgegenüber nur auf dem Weg der sogenannten *Änderungskündigung* möglich. Ist eine Partei mit der vom Vertragspartner gewünschten Änderung nicht einverstanden, so muss der Änderungswillige den Arbeitsvertrag unter Einhaltung von Fristen und Terminen kündigen. Gleichzeitig kann er der Gegenpartei auf den Vertragsauflösungszeitpunkt hin den Abschluss eines neuen Vertrages mit geändertem Inhalt anbieten. Wesentlich sind nun zwei Gesichtspunkte. Zum einen hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine solche Änderungskündigung *an sich* nicht missbräuchlich ist. Missbräuchlich verhält sich jedoch ein Arbeitgeber, welcher vom Arbeitnehmer die Zustimmung zur *sofortigen Vertragsänderung* verlangt und im Weigerungsfall den Arbeitsvertrag auflöst¹³⁴. Zum andern ist es denkbar, dass eine Änderungskündigung ausnahmsweise selbst dann missbräuchlich ist, wenn die Kündigungsfrist eingehalten wird, sofern die angebotene Änderung als *unbillig bezeichnet werden muss*¹³⁵. Allerdings hat das Bundesgericht den Sinn und die Zulässigkeit einer derartigen inhaltlichen Überprüfung einer Änderungskündigung in Zweifel gezogen¹³⁶. Im weitern hat es aber ausgeführt, dass Missbräuchlichkeit jedenfalls dann vorliege, wenn *ohne sachlich schutzwürdigen Grund* die Kündigung ausgesprochen wird, z.B. wenn für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe bestehen¹³⁷.

Diese Überlegungen für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis finden eine interessante Parallele im öffentlichen Dienstrecht. In der Literatur

¹³⁴ BGE 123 III 246 ff. (vgl. auch das Urteil der Vorinstanz in ZBJV 1997 582 ff. sowie THOMAS KOLLER, AJP 1997 1565 ff.).

¹³⁵ In diesem Sinne andeutungsweise BGE 118 II 165/166 E. 4b bb (betreffend Subordinationsfranchising).

¹³⁶ BGE 123 III 249/250 E. 3a, m. Hw. auf die Literatur.

¹³⁷ BGE 123 III 250/251 E. 3b.

wurde verschiedentlich geltend gemacht, aus dem *Gebot von Treu und Glauben* folge, dass Rechtsänderungen unter gewissen Voraussetzungen nur mit einer bestimmten Übergangsfrist zulässig sind¹³⁸. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zum öffentlichen Dienstrecht verschiedentlich die Notwendigkeit und die Ausgestaltung von *Übergangsbestimmungen* geprüft, und zwar in erster Linie *nach den Grundsätzen der rechtsgleichen Behandlung* und *des Willkürverbots* sowie *des Verhältnismässigkeitsprinzips*. Dabei hat es dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer sachgerechten Übergangsregelung ein weites Ermessen eingeräumt¹³⁹. In einer Entscheidung vom 3. 4. 1996 hat die II. öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgerichts dazu ausgeführt, bei Änderungen des öffentlichen Dienstrechts sei das Interesse des Arbeitnehmers am Vertrauensschutz abzuwägen gegenüber dem öffentlichen Interesse daran, dass Gesetzesänderungen aufgrund des Legalitätsprinzips grundsätzlich ohne Verzug in Kraft gesetzt werden müssten, wenn keine besonderen Gründe dagegen sprechen¹⁴⁰.

Die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse kann nun ohne weiteres mit dem Fall der privatrechtlichen Änderungskündigung verglichen werden. *Ein öffentliches Interesse an einer zeitverzugslosen Privatisierung dürfte im allgemeinen nicht vorhanden sein*, weshalb dem Prinzip des Vertrauensschutzes des öffentlichrechtlichen Dienstnehmers in der Regel ein starkes Gewicht zukommen wird. Aus diesem Grunde wird man vom Gemeinwesen – in Analogie zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – erwarten dürfen, dass es bei der Privatisierung der Arbeitsverhältnisse die Kündigungsfristen einhält. Dies gilt vorbehaltlos jedenfalls dort, wo nicht Beamtenverhältnisse mit fester Amtsdauer in Frage stehen. Dem Staat ist es also ohne weiteres zumutbar, eine z.B. drei- oder sechsmonatige Kündigungsfrist gemäss dem einschlägigen Personalrecht einzuhalten. Heikler kann die Frage bei Beamtenverhältnissen mit einer festen Amtsdauer sein. So mag es je nach den Umständen fraglich sein, ob der Staat z.B. mit der Privatisierung eines Betriebes drei Jahre zuwarten muss, wenn die restliche Amtsperiode der Beamten noch so lange dauert. Immerhin wird man in solchen Fällen zugunsten der betroffenen Beamten anführen können, dass Privatisierungsentscheide nicht von heute auf morgen gefällt werden und dass daher zumindest bei der Wiederwahl ein entsprechender Vorbehalt hätte gemacht werden sollen. So ging zum Beispiel der Kanton Bern, der

¹³⁸ Vgl. dazu die Hinweise in einem BGE vom 3. 4. 1996 E. 4b (ZBl 1997 65 ff., spez. 69).

¹³⁹ Vgl. dazu beispielsweise a. a. O.

¹⁴⁰ A. a. O., S. 70 E. 4b.

auf den 1. 1. 1996 hin die Amtsdauer abgeschafft hat, bei der Wiederwahl der Beamten per 1. 1. 1995 vor¹⁴¹.

Bei der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse sind die betroffenen Arbeitnehmer sodann rechtzeitig, d. h. unter Wahrung der entsprechenden Kündigungsfristen des öffentlichen Rechts, *über die notwendigen (rechtstechnischen) Einzelheiten des Wechsels zu informieren*. Das öffentliche Dienstverhältnis ist *formgerecht aufzulösen*, und den Arbeitnehmern ist – soweit der privatisierte Betrieb an einer Weiterbeschäftigung interessiert ist – der Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags anzubieten. Darüber hinaus empfiehlt es sich, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über die wichtigsten materiellen Punkte der Änderung einlässlich zu orientieren. Das bloss Unterbreiten eines schriftlichen Vertragstextes dürfte in der Regel nicht genügen, da die wenigsten Betroffenen über juristische Kenntnisse verfügen werden. Insoweit trifft den zu privatisierenden Betrieb – wiederum im Sinne einer Art nasciturus¹⁴² und (noch) handelnd durch das privatisierungswillige Gemeinwesen – nach meinem Dafürhalten eine vorvertragliche *Aufklärungspflicht*, deren Verletzung ihn schadenersatzpflichtig machen kann¹⁴³.

III. Die Auswirkungen der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen auf die Berufsvorsorgeverhältnisse

1. Allgemeines

Dem Berufsvorsorgerecht kommt in unserer heutigen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung eine ausserordentlich grosse Bedeutung zu. Dieser Rechtsbereich, der sich im Verlauf der letzten Jahre zu einer eigentlichen Spezialmaterie entwickelt hat, ist mit dem Arbeitsrecht eng verknüpft. Zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen können daher nicht sinnvoll behandelt werden, wenn dabei das Berufsvorsorgerecht ausser acht gelassen wird¹⁴⁴. Wie anschliessend zu zeigen sein wird, kann die Privatisierung von Arbeits-

¹⁴¹ Dasselbe tat z.B. der Bund bei der Wiederwahl der Beamtinnen und Beamten der Rüstungsunternehmungen für die Amtsdauer 1997 bis 2000 (BBJ 1997 III 800).

¹⁴² Vgl. dazu bereits vorne II. 5. b) aa).

¹⁴³ Problematisch war in dieser Hinsicht z.B. die Überführung der Beamtenverhältnisse in öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse per 1. 1. 1996 im Kanton Bern, die «ohne weiteres» (vgl. Ziff. 1 der Übergangsbestimmungen des Personalgesetzes) und insbesondere ohne «Anzeige» erfolgte (vgl. dazu noch Vortrag [Fn. 39], 8, wo eine «Anzeigepflicht» ausdrücklich verneint wurde).

¹⁴⁴ So etwa im Zusammenhang mit fristlosen Entlassungen (siehe dazu z.B. TH. KOLLER, Kündigung [Fn. 22], 1266/1267).

verhältnissen Auswirkungen auf die berufsvorsorgerechtliche Stellung der betroffenen Arbeitnehmer haben¹⁴⁵.

2. Das Berufsvorsorgerecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

a) Die Rechtsbeziehungen unter den beteiligten Personen

Im Berufsvorsorgerecht bestehen zwischen den verschiedenen Beteiligten (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Destinatär, Personalvorsorgeeinrichtung, allenfalls Versicherungsgesellschaft und Rückversicherungsgesellschaft) *vielfältige Rechtsbeziehungen*¹⁴⁶, die für in dieser Materie nicht bewanderte Juristinnen und Juristen oft nur schwer durchschaubar sind. Aus der Sicht des Arbeitnehmers von zentraler Bedeutung ist dabei, dass zwischen seiner Beziehung zum Arbeitgeber einerseits und zur Vorsorgeeinrichtung andererseits klar unterschieden werden muss¹⁴⁷. Das Vorsorgeverhältnis darf nicht mit dem Arbeitsverhältnis verwechselt oder gar als dessen Bestandteil angesehen werden. Die Unterscheidung zwischen beiden Rechtsbeziehungen erweist sich – wie das EVG zu Recht festgehalten hat – nicht nur aus inhaltlichen Gründen als notwendig, sondern ist auch deshalb unumgänglich, weil an beiden Rechtsverhältnissen je unterschiedliche Parteien beteiligt sind. Im Arbeitsverhältnis sind dies Arbeitnehmer und Arbeitgeber, im Berufsvorsorgeverhältnis die Vorsorgeeinrichtung und der Arbeitnehmer in seiner Funktion als Vorsorgenehmer¹⁴⁸.

Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen, müssen die Rechtsform einer *Stiftung* oder einer *Genossenschaft* haben oder eine *Einrichtung des öffentlichen Rechts* sein¹⁴⁹. Unabhängig von der Art der Vorsorgeeinrichtung besteht zwischen Arbeitnehmer und Vorsorgeeinrichtung im *Obligatoriumsbereich* eine besondere Art gesetzlicher Beziehung¹⁵⁰. Grundsätzlich anders verhält es sich

¹⁴⁵ Nicht behandelt wird hier die Umwandlung öffentlichrechtlicher Vorsorgeeinrichtungen in Genossenschaften oder Stiftungen (vgl. dazu Art. 86 Abs. 2 VE-Fusionsgesetz sowie Begleitbericht [Fn. 125], 63).

¹⁴⁶ Vgl. dazu etwa HANS MICHAEL RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, 96 ff. (insb. das Schema auf S. 97); JÜRGEN BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989, 439 ff.; BGE 122 V 142 ff.

¹⁴⁷ BGE 122 V 144/145 E. 4a; vgl. für die Zeit vor Inkrafttreten des BVG bereits BGE 112 II 249 E. b und 101 Ib 238 E. 3c.

¹⁴⁸ BGE 122 V 145 E. 4a, m. w. Nw.

¹⁴⁹ Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BVG.

¹⁵⁰ BGE 115 V 98/99 E. 3b; RIEMER (Fn. 146), 99 ff.; STEFANO BEROS, Die Stellung des Arbeitnehmers im BVG (Obligatorium und freiwillige berufliche Vorsorge), Diss. Zürich 1993, 44 ff.

demgegenüber nach herrschender Lehre und Rechtsprechung im sogenannten *Überobligatoriumsbereich*. Zwischen einem *öffentlichrechtlichen Träger* der beruflichen Vorsorge und dem Vorsorgenehmer besteht in diesem Bereich ein *öffentlichrechtliches Verhältnis*, welches unmittelbar auf den einschlägigen Gesetzen – z.B. des kantonalen oder kommunalen Rechts – beruht¹⁵¹. Zwischen einer *privatrechtlichen* Vorsorgeeinrichtung und den Vorsorgenehmern dagegen wird das Rechtsverhältnis begründet durch den *Vorsorgevertrag*, der sich als Innominatkontrakt qualifiziert¹⁵². Der Vorsorgevertrag gilt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als privatrechtliche Rechtsbeziehung, die unter anderem den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts untersteht¹⁵³.

b) *Öffentliches und privates Vorsorgerecht*

Das Berufsvorsorgerecht nimmt in unserer von der Dichotomie öffentliches Recht/Privatrecht gekennzeichneten Rechtsordnung eine eigentümliche Stellung ein. Es enthält sowohl Elemente des öffentlichen Rechts als auch Elemente des Privatrechts. Streitigkeiten aus dem Vorsorgerecht, insbesondere Streitigkeiten aus Vorsorgeverhältnissen, sind unabhängig davon, ob eine privatrechtliche oder eine öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtung beteiligt ist, in letzter kantonalen Instanz vom *gleichen Gericht* zu beurteilen, und die entsprechenden Entscheide können, auch wenn eine privatrechtliche Vorsorgeeinrichtung in Frage steht, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das EVG weitergezogen werden¹⁵⁴. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Streitigkeiten werden somit im Berufsvorsorgerecht von den gleichen Instanzen entschieden. Daher überspannt das Berufsvorsorgerecht gleichsam in einem einzigen Brückenbogen sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht den Graben zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Leider widerspiegelt sich diese Brückenfunktion des Berufsvorsorgerechts in verschiedenen Urteilen des EVG nicht deutlich genug. In ständiger Rechtsprechung hat das höchste Sozialversicherungsgericht betont, dass privatrechtliche Vorsorgeverträge nach den Regeln des Obligationenrechts auszulegen sind. Reglementen und Statuten kommt demgemäss die Bedeutung *Allgemeiner Geschäftsbedingungen* zu¹⁵⁵. Nähme man das EVG beim

¹⁵¹ BGE 119 V 144 E. 5b, m. w. NW.

¹⁵² BGE 122 V 145 E. 4b; RIEMER (Fn. 146), 101 ff.; BEROS (Fn. 150), 69 ff.

¹⁵³ BGE 122 V 145 E. 4b.

¹⁵⁴ Art. 73 BVG.

¹⁵⁵ BGE 122 V 145 E. 4b, m. w. NW.

Wort, müssten zudem privatrechtliche Vorsorgeverträge nach dem *Vertrauensprinzip*, d. h. letztlich intersubjektiv und nicht objektiv ausgelegt werden. Da die Auslegung von Verträgen – sachlich zu Recht – von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist, wäre es daher möglich, dass der Inhalt der verschiedenen Vorsorgebeziehungen zwischen ein- und derselben privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung einerseits und ihren verschiedenen Vorsorgenehmern andererseits höchst unterschiedlich ermittelt werden könnte. Grundlegend anders verhält es sich bei öffentlichrechtlichen Vorsorgebeziehungen. Deren Auslegung richtet sich nicht nach den Prinzipien der Vertragsinterpretation, sondern nach denjenigen der *Gesetzesinterpretation*, welche auf individuelle Besonderheiten des konkreten Falles keine Rücksicht nimmt, sondern ausschliesslich auf *objektive Sinnermittlung* ausgerichtet ist¹⁵⁶.

Aus dieser Unterscheidung resultiert zwischen privatrechtlichen Vorsorgeverhältnissen einerseits und öffentlichrechtlichen Vorsorgeverhältnissen andererseits ein eigenartiges Spannungsverhältnis. Die berufliche Vorsorge zeichnet sich auch im überobligatorischen Bereich dadurch aus, dass sie generell gewissen Prinzipien zu folgen hat. So beruht die 2. Säule auf den Grundsätzen der *Kollektivität (Solidarität)*, der *Planmässigkeit* und der *Angemessenheit*¹⁵⁷. Daher gelten für die Vorsorgeeinrichtungen die Grundsätze der *Gleichbehandlung der Destinatäre*¹⁵⁸ sowie des *Willkürverbots* und der *Verhältnismässigkeit*¹⁵⁹. An diese Grundsätze haben sich die privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen ebenso zu halten wie die öffentlichrechtlichen. Sie liessen sich indessen nur schwer verwirklichen, wenn privatrechtliche Vorsorgeverträge effektiv derart *individuell ausgelegt* werden müssten, wie das EVG dies in seinen Urteilen betont. Allerdings lässt sich feststellen, dass unsere höchste Sozialversicherungsgerichtsinstanz in der Regel *im Ergebnis* auch bei der Beurteilung privatrechtlicher Vorsorgeverhältnisse zu Resultaten gelangt, die verallgemeinerungsfähig sind, so dass sich die Unterschiede zwischen Vertrags- und Gesetzesauslegung letztlich nicht stark auswirken¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Vgl. dazu auch THOMAS KOLLER, Das Obligationenrecht als Prokrustesbett des Berufsvorsorgerechts – oder: Die I. Kammer des EVG als III. Zivilabteilung des Bundesgerichts?, Besprechung von BGE 122 V 142 ff., AJP 1996 1276 ff., spez. 1280.

¹⁵⁷ BGE 120 Ib 202 ff. E. 3c und d; ähnlich bereits BGE 113 Ib 13 ff.

¹⁵⁸ Vgl. dazu etwa BGE 118 V 236/237 E. 6c cc.

¹⁵⁹ BGE 119 V 283/284; 115 V 109 E. 4b; TH. KOLLER, Prokrustesbett (Fn. 156), 1280.

¹⁶⁰ Vgl. dazu auch bereits TH. KOLLER, Prokrustesbett (Fn. 156), 1280/1281.

3. Die Auswirkungen der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse auf das Vorsorgerecht im besondern

Wie dargelegt, ist zwischen dem Arbeitsverhältnis einerseits und dem Vorsorgeverhältnis andererseits klar zu unterscheiden. Die Privatisierung eines Arbeitsverhältnisses muss daher *nicht zwangsläufig* eine *Privatisierung des Vorsorgeverhältnisses* zur Folge haben. Es ist ohne weiteres denkbar, dass die Arbeitnehmer privatisierter Betriebe weiterhin bei einer öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung versichert bleiben. So sieht z.B. Art. 17 Abs. 1 TUG vor, dass das (privatrechtlich angestellte) Personal der Swisscom bei der Pensionskasse des Bundes versichert wird. Die Swisscom ist allerdings befugt, mit Zustimmung des Bundesrates eigene Pensionskassen zu führen oder sich anderen Vorsorgeeinrichtungen anzuschliessen¹⁶¹. Auch den künftig privatisierten Rüstungsunternehmen des Bundes soll die Möglichkeit geboten werden, entweder bei der Pensionskasse des Bundes zu verbleiben oder zu einer anderen Vorsorgeeinrichtung zu wechseln¹⁶². Ähnliche Regelungen finden sich bei Betrieben, welche nicht privatisiert, aber öffentlichrechtlich verselbständigt werden¹⁶³. Im Regelfall werden wohl aber bei künftigen Privatisierungen nicht nur die Arbeitsverhältnisse, sondern auch die Vorsorgeverhältnisse ins Privatrecht überführt. Aus der Sicht der Betriebe wird eine derartige Privatisierung der beruflichen Vorsorge zum Teil geradezu gewünscht, da sich die verantwortlichen Organe bei einer privaten Vorsorgeeinrichtung eine bessere «Performance» dank günstigerer Anlagepolitik versprechen¹⁶⁴.

Ein derartiger Wechsel ist im wesentlichen mit drei Auswirkungen verbunden:

a) Gleichbehandlungsgebot und Leistungsabbau

Im *Obligatoriumsbereich* der beruflichen Vorsorge ändert sich für die Betroffenen wenig, da insoweit die Minimalvorschriften des BVG sowohl für öffentlichrechtliche als auch für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen gelten. Anders verhält es sich demgegenüber im *Überobligatoriumsbereich*.

¹⁶¹ Art. 17 Abs. 2 TUG. Der Bundesrat hat bereits das Eidgen. Finanzdepartement beauftragt, bis Sommer 1998 Vorschläge für die Ausgliederung der beruflichen Vorsorge des Swisscom-Personals aus der Pensionskasse des Bundes auszuarbeiten (NZZ Nr. 11 vom 15. 1. 1998, 14).

¹⁶² BBl 1997 III 801; Amtl. Bull. NR 1997 1424 ff.; Amtl. Bull. StR 1997 816 ff.

¹⁶³ Art. 15 Abs. 1 POG; Art. 17 des Anstaltsreglements der Städtischen Verkehrsbetriebe Bern.

¹⁶⁴ Vgl. in diesem Sinne auch BBl 1997 III 801.

Nach einer allfälligen Privatisierung der Vorsorgeverhältnisse finden in diesem Bereich nicht mehr die einschlägigen eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Gesetze, Statuten usw. Anwendung, sondern privatrechtliche Reglemente bzw. Statuten der Vorsorgeeinrichtungen, die im Sinne von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestandteil des Vorsorgevertrags werden. In grundsätzlicher Hinsicht scheint sich dadurch für die Vorsorgenehmer *vordergründig* zwar nichts zu ändern, denn sowohl bei öffentlichrechtlichen als auch bei privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen gilt für einen Stellenbewerber, der an einem Arbeitsplatz interessiert ist, das faktische Prinzip des «take it or leave it»: Wer eine ihn interessierende Stelle erhalten will, muss das vom Arbeitsverhältnis zwar rechtlich unabhängige, in Wirklichkeit aber mit ihm eng verbundene Vorsorgeverhältnis so akzeptieren, wie es ihm von der Vorsorgeeinrichtung angeboten wird. *Ein Gestaltungsspielraum besteht für den Vorsorgenehmer insoweit praktisch nicht.* Von Vertragsinhaltsfreiheit kann daher bei privatrechtlichen (ebenso wie bei öffentlichrechtlichen) Vorsorgeverhältnissen – immer aus der Sicht des Vorsorgenehmers – kaum die Rede sein¹⁶⁵. Anders präsentiert sich die Sachlage aus der Sicht der Vorsorgeeinrichtungen. Diesen steht sehr wohl ein beträchtlicher Autonomiebereich bei der Ausgestaltung der Statuten, Reglemente usw. zu. Der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen einerseits und privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen andererseits besteht nun darin, dass die reglementarische Basis öffentlichrechtlicher Einrichtungen auf vom Staat erlassenen generell-abstrakten Normen beruht, demokratisch legitimiert ist und einer gewissen *sozialen Kontrolle* unterliegt, während privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen der gesetzlichen Schranken im Überobligatoriumsbereich autonom und losgelöst von öffentlicher Kontrolle bestimmen können, welche Leistungen sie erbringen wollen. Die mit der Privatisierung von Arbeitsverhältnissen im Regelfall verbundene Privatisierung der Vorsorgeverhältnisse kann daher für die Vorsorgenehmer eine deutliche Verschlechterung der Situation zur Folge haben. Im Gegenzug ist es allerdings auch möglich, dass die Versicherten als Folge einer besseren «Performance» der privaten bzw. privatisierten Vorsorgeeinrichtung nach der Überführung der Versicherungsverhältnisse mittel- oder langfristige (z.B. durch niedrigere Beitragsätze) bessergestellt werden.

Gemildert wird der Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorsorgeverhältnissen immerhin durch den Umstand, dass für die letzteren – wie bereits erwähnt – verschiedene Prinzipien ebenso gelten, so z.B. die Grundsätze der Kollektivität, Planmässigkeit und Ange-

¹⁶⁵ So schon TH. KOLLER, Prokrustesbett (Fn. 156), 1279, m. w. Nw.

messenheit sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Destinatäre und der Verhältnismässigkeit und nicht zuletzt auch das Willkürverbot. Die Geltung solcher Prinzipien ist für privatrechtliche Vertragsbeziehungen atypisch. Insbesondere der Rechtsgleichheitssatz gemäss Art. 4 Abs. 1 BV widerspricht – wie NEF zu Recht festgehalten hat – dem das Obligationenrecht prägenden Grundsatz der Vertragsfreiheit¹⁶⁶. Im Unterschied zur Privatisierung der Arbeitsverhältnisse ist daher zumindest bei der Privatisierung von Vorsorgeverhältnissen eines klar: *Auch nach der Privatisierung gilt im Vorsorgeverhältnis mit Sicherheit der Rechtsgleichheitsgrundsatz*. Damit sind dem Autonomiebereich privatrechtlicher Vorsorgeeinrichtungen bereits de lege lata wichtige Schranken gesetzt. Schutz gegen einen allfälligen generellen Leistungsabbau bieten die dargelegten Prinzipien allerdings nicht, sofern dieser nur in rechtsgleicher Weise erfolgt.

b) *Keine weitergehende Drittwirkung von Grundrechten?*

Sieht man von den dargelegten Grundsätzen ab, so besteht zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen ein grundlegender Unterschied. Das EVG hat es in seiner Rechtsprechung abgelehnt, auf privatrechtliche Vorsorgeverhältnisse andere verfassungsmässige Rechte – im Sinne der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte – tel quel anzuwenden. So war das EVG insbesondere nicht bereit, einer privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BV die Pflicht aufzuerlegen, dem Ehemann einer verstorbenen Vorsorgenehmerin eine *Witwerrente* auszurichten¹⁶⁷, während es einer öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung eine entsprechende generelle Pflicht in einem Fall zudiktierte, in dem das massgebende Reglement nur unter einschränkenden Voraussetzungen eine Witwerrente vorsah¹⁶⁸. Der erwähnte, privatrechtliche Pensionskassen betreffende Entscheid ist in verschiedener Hinsicht ausserordentlich problematisch¹⁶⁹. Sollte das EVG an der Ungleichbehandlung zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen in bezug auf verfassungsmässige Rechte der Vorsorgenehmer – soweit nicht das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot betroffen sind – auch

¹⁶⁶ URS CH. NEF, Zum Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Sozialversicherung, in: Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, 133 ff., spez. 142. Vgl. zum ähnlichen Problem beim privaten Arbeitsrecht einlässlich vorne II. 3. und 4.

¹⁶⁷ BGE 120 V 312 ff.; vgl. dazu auch TH. KOLLER, Witwerrente und Geschlechtergleichbehandlungsgebot – Zur Tragweite von Art. 4 Abs. 2 BV für privatrechtlich organisierte Vorsorgeeinrichtungen, AJP 1995 784 ff.

¹⁶⁸ BGE 116 V 198 ff.

¹⁶⁹ Vgl. dazu ausführlich meine in Fn. 167 erwähnte Besprechung in AJP 1995 784 ff.

künftig festhalten, so hätte die Privatisierung von Vorsorgeverhältnissen für die Vorsorgenehmer insoweit eine deutliche Verschlechterung der Rechtsposition zur Folge.

c) *Die Behandlung von allfälligen Deckungslücken¹⁷⁰ in der bisherigen öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung*

Zahlreiche öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtungen, die während Jahrzehnten ganz oder teilweise nach dem *Umlageverfahren* finanziert wurden, verfügen nicht über ein genügendes versicherungstechnisches Deckungskapital¹⁷¹. Solche Fehlbeträge sind bei öffentlichrechtlichen Pensionskassen unter gewissen Voraussetzungen rechtlich zulässig¹⁷², weil für diese das Prinzip der *Perennität* gilt¹⁷³, künftige Versicherungsleistungen also – soweit das Deckungskapital nicht ausreicht – durch Beiträge neuer Versicherter und vor allem des Gemeinwesens abgedeckt werden können. Privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen können demgegenüber auf die Dauer Deckungslücken nicht hinnehmen, da keine Gewähr dafür besteht, dass später die Arbeitgeberfirma noch existiert und so der Kasse dauernd aktive Versicherte angeschlossen bleiben¹⁷⁴. *Private Pensionskassen* sind daher grundsätzlich zur *Bilanzierung in geschlossener Kasse* verpflichtet^{175, 176}. Allfällige Deckungslücken müssen privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen selbst beheben¹⁷⁷, und zwar durch planmässige Neubeschaffung von Einnahmen, z.B. durch zusätzliche Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge¹⁷⁸.

Bei der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Vorsorgeverhältnisse haben der zu privatisierende Betrieb und dessen Arbeitnehmer ein eminentes Interesse daran, keine (anteilmässige) Deckungslücke aus der

¹⁷⁰ Vgl. zur Problematik der Deckungslücken insgesamt z.B. CARL HELBLING, *Personalvorsorge und BVG*, 6. Aufl. Bern usw. 1995, 309 ff.

¹⁷¹ So weist z.B. die Pensions- und Hilfskasse der SBB zur Zeit einen Fehlbetrag von ca. 5 Milliarden Franken auf (BBl 1997 I 945). Der auf die Rüstungsbetriebe des Bundes entfallende Anteil an der Deckungslücke der Pensionskasse des Bundes beläuft sich auf ca. 200 Millionen Franken (BBl 1997 III 804/805); derjenige der Swisscom macht rund 2,1 Milliarden Franken aus (BBl 1996 III 1341).

¹⁷² Vgl. Art. 69 Abs. 2 BVG; Art. 45 BVV 2; HELBLING (Fn. 170), 309.

¹⁷³ Vgl. zu diesem Begriff ALFRED MAURER, *Bundessozialversicherungsrecht*, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a. M. 1994, 65 und 230.

¹⁷⁴ MAURER (Fn. 173), 230.

¹⁷⁵ Art. 69 Abs. 1 BVG.

¹⁷⁶ Von diesem Grundsatz soll z.B. die Pensionskasse der künftig halb privatisierten SBB befreit werden, weil der Bund eine Leistungsgarantie übernimmt (Art. 15 Abs. 3 E SBBG).

¹⁷⁷ Art. 44 BVV 2; HELBLING (Fn. 170), 320.

¹⁷⁸ Vgl. dazu allerdings die relativ lange Frist von 10 Jahren gemäss Art. 27 FZG.

öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung «mitnehmen» zu müssen. Denn damit würde die neue Unternehmung gegenüber Konkurrenten benachteiligt, da zur Beseitigung der Fehlbeträge (unter anderem) finanzielle Mittel des Betriebs benötigt würden¹⁷⁹. Zur *Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen*¹⁸⁰ (d. h. zur Senkung künftiger Personalkosten) – in parlamentarischen Beratungen fiel in diesem Zusammenhang auch schon das Wort «Altlasten»¹⁸¹ – verpflichten sich Gemeinwesen bei Privatisierungen zum Teil ausdrücklich, entsprechende Fehlbeträge zu übernehmen, oder sie stellen eine solche Übernahme mindestens in Aussicht¹⁸². Eine solche Pflicht ergibt sich indessen *gegenüber den Versicherten* bereits aus Art. 19 FZG. Nach dieser Bestimmung dürfen Vorsorgeeinrichtungen von öffentlichrechtlichen Körperschaften, die mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde vom Grundsatz der Bilanzierung in geschlossener Kasse abweichen, bei der Berechnung von Austrittsleistungen versicherungstechnische Fehlbeträge nicht berücksichtigen, und zwar anders als private Vorsorgeeinrichtungen – wie sich aus dem zweiten Satz von Art. 19 FZG e contrario sowie aus Art. 23 Abs. 3 FZG ergibt – nicht einmal im Fall einer Teil- oder Gesamtliquidation¹⁸³. Eine öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtung, die im Rahmen einer umfassenden Privatisierung staatlicher Aufgaben einen erheblichen Teil ihrer Versicherten an eine privatrechtliche Pensionskasse abgeben muss, hat daher – auch wenn sie insgesamt eine beträchtliche Deckungslücke aufweist – jedem Versicherten die volle Austrittsleistung gemäss Freizügigkeitsgesetz mitzugeben.

Ein solches Ergebnis lässt sich nur verhindern, wenn die Vorsorgeverhältnisse nicht privatisiert werden, die Arbeitnehmer des zu privatisierenden Betriebes mithin der öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen bleiben. Dazu kann m. E. allerdings ein Gemeinwesen (mit Ausnahme des Bundes) den zu privatisierenden Betrieb nicht mit gesetzlichen

¹⁷⁹ Vgl. für die SBB z.B. BBl 1997 I 945/946.

¹⁸⁰ Darf der zu privatisierende Betrieb der öffentlichrechtlichen Kasse angeschlossen bleiben und würde ihm gestattet, durch zu geringe Beiträge auch in Zukunft bei der Vorsorgeeinrichtung einen Deckungsgrad von weniger als 100% weiterzuführen, so würde daraus gar ein (nicht sinnvoller) *Wettbewerbsvorteil* resultieren (vgl. dazu z.B. BBl 1996 III 1341).

¹⁸¹ Amtl. Bull. StR 1997 864 (Votum StR Kächler), 885/886 (Votum StR Maissen).

¹⁸² So z.B. der Bund gegenüber der Swisscom (Art. 26 TUG; vgl. dazu auch BBl 1996 III 1347) und gegenüber den SBB (Art. 15 Abs. 4 E SBBG; vgl. dazu auch BBl 1997 I 961).

¹⁸³ Gl. M. FELIX SCHÖBI, Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge – ein Überblick, AJP 1994 1499 ff., spez. 1503/1504, ARMIN STRUB, Zur Teilliquidation nach Art. 23 FZG, AJP 1994 1519 ff., spez. 1525 Anm. 51, und BRUNO LANG, in: Personalvorsorge und BVG (Fn. 170), 500. Vgl. dazu im übrigen auch BBl 1992 III 595.

Mitteln zwingen. Im Gegenzug ist es allerdings möglich, dass das Gemeinwesen im *Überführungsbeschluss* die Deckungslücke als *Schuld des zu privatisierenden Betriebes* gegenüber der öffentlichrechtlichen Vorsorgeeinrichtung bezeichnet, die entsprechend als Passivum in die Eröffnungsbilanz aufzunehmen und in der Folge abzutragen ist¹⁸⁴. Ob bzw. inwieweit ein solches Vorgehen sinnvoll ist, hängt weitgehend davon ab, welchen Wettbewerbsverhältnissen sich das zu privatisierende Unternehmen wird stellen müssen¹⁸⁵.

IV. Schluss

Die Privatisierung von Arbeitsverhältnissen verfolgt das Ziel, die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu flexibilisieren. Das öffentliche Dienstrecht mit seinen materiellen und formellen Rahmenbedingungen, d. h. mit der es recht eigentlich charakterisierenden Verrechtlichung, wird zunehmend als Korsett empfunden, aus dem es sich zu befreien gilt. Durch die Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse können sowohl in materieller als auch in prozessualer Hinsicht für die Arbeitgeber einige Freiräume gewonnen werden. Die künftige Entwicklung wird zeigen müssen, wo die *Schranken dieser neuen Freiräume liegen*. Da es kaum angeht, privaten Betrieben, welche öffentliche Funktionen wahrzunehmen haben, denselben Autonomiebereich bei der Ausgestaltung ihrer Beziehungen zu den Arbeitnehmern einzuräumen wie gewöhnlichen Privatrechtssubjekten, werden *Korrektive unerlässlich* sein. Ob derartige Korrektive vom *Gesetzgeber* erlassen werden oder ob es Aufgabe der Gerichte sein wird, im Rahmen der *Rechtsanwendung* bei der Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten der besonderen Stellung privatisierter Betriebe Rechnung zu tragen, wird sich weisen müssen. Zwischen dem Prinzip der Vertragsfreiheit einerseits und Gerechtigkeitswertungen aus dem öffentlichen Recht andererseits öffnet sich hier unter Umständen ein beträchtliches Spannungsfeld. Für uns Rechtswissenschaftler dürfte es spannend werden, diese Entwicklung zu verfolgen. Darüber sollten wir indessen die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht vergessen, für die der mit der Überführung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Arbeitsverhältnisse verbundene Wechsel alles andere ist denn ein wissenschaftliches Spiel.

¹⁸⁴ Dies ist z.B. bei den Rüstungsunternehmen des Bundes vorgesehen (BB1 1997 III 801, 804/805).

¹⁸⁵ Vgl. dazu z.B. die ausführliche Debatte zur Bahnreform im Ständerat (Amtl. Bull. StR 1997 885 ff.) sowie im Nationalrat (NZZ Nr. 16 vom 21. 1. 1998, 17).