

Kapitel 2: Begründung des Anstellungsverhältnisses

§1 Stellenausschreibung

A. Inhalt

I. Diskriminierungsfreie Ausschreibung

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

II. Weiteres

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

B. Verfahren: Öffentliche Ausschreibung

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

¹⁰⁸ Art. 8 Abs. 2 BV.

¹⁰⁹ Art. 8 Abs. 2 und 3 BV.

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

¹¹¹ § 11 Abs. 2 Satz 2 VVO ZH.

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

¹¹³ Art. 8 Abs. 1 BV.

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

lich gerechtfertigt sind, mithin den Anforderungen des Rechtsgleichheitsgebots¹¹⁵ genügen.

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

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

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

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

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

¹¹⁵ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹¹⁶ § 11 Abs. 3 VVO ZH.

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

¹¹⁸ Vgl. auch § 7 Abs. 2 PLV AG.

C. Q&A

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

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

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

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

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

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

¹¹⁹ Art. 22 Abs. 1 BPV.

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

§2 Anstellungsvoraussetzungen

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

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

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

Die wichtigsten Beispiele von besonderen Anstellungsvoraussetzungen sind wie folgt:

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

¹²¹ Vgl. z.B. § 11 Abs. 1 PG ZH.

¹²² Vgl. Art. 23 Abs. 3 BPV.

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

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

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

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

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

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

§3 Begründungsformen

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

A. Öffentlich-rechtlicher Arbeitsvertrag

I. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume

1. Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

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

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

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

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

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

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

2. Inhalt: Zwingende Vertragspunkte

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

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

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

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

3. Inhalt: Weitere Vertragspunkte

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

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

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

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

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

¹³² § 12 Abs. 2 PG ZH.

¹³³ Art. 18 Abs. 1 und 2 PG BE.

II. Schriftform und Unterschrift

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

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

B. Mitwirkungsbedürftige Verfügung

I. Rechtliche Ausgangslage und Gestaltungsspielräume

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

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

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

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

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

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

¹³⁸ § 12 Abs. 1 PG ZH.

¹³⁹ Art. 14 Abs. 2 lit. a BPG.

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

II. Form

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

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

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

¹⁴¹ Vgl. für den Bund Art. 38 VwVG.

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

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

¹⁴⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. b VeÜ-VwV.

¹⁴⁵ Art. 2 lit. d ZertES.

¹⁴⁶ Art. 2 lit. e ZertES.

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

¹⁴⁸ Art. 9 Abs. 1 VeÜ-VwV.

C. Der privatrechtliche Vertrag

I. Rechtliche Ausgangslage und Voraussetzungen

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

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

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

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

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

II. Überblick über privatrechtliche Anstellungen

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

¹⁴⁹ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 460.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁴ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 453.

¹⁵⁵ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 457.

¹⁵⁶ Vgl. GRIFFEL, Anstellungen, S. 454.

¹⁵⁷ Vgl. auch Art. 5 Rahmenverordnung BPG.

¹⁵⁸ Vgl. zu den Arbeitgebern Art. 3 BPG.

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

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

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

¹⁶² Vgl. § 70 KV AG.

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

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

III. Konsequenzen der privatrechtlichen Anstellung

Die wichtigsten Konsequenzen der privatrechtlichen Anstellung sind wie folgt:

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

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

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

¹⁶⁵ Art. 8 Abs. 1 BV.

¹⁶⁶ Art. 9 BV.

¹⁶⁷ Art. 9 BV.

¹⁶⁸ Art. 29 Abs. 2 BV.

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

¹⁷⁰ Vgl. auch BGE 142 II 154, E. 5.

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

D. Sonderfälle

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

E. Q & A

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

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

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

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

F. Muster und Checklisten: Checkliste Anstellung

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

¹⁷² § 3 Abs. 1 und Abs. 3 PersG AG.

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

§4 Dauer Arbeitsverhältnis: Unbefristet oder befristet

A. Zulässigkeit und Voraussetzungen

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

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

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

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

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

¹⁷⁶ § 13 Abs. 2 PG ZH.

¹⁷⁷ § 3 Abs. 1 PersG AG.

¹⁷⁸ Art. 16a Abs. 2 PG BE.

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

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

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

¹⁷⁹ Art. 9 BPG.

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

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

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

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

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

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

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

B. Checkliste Zulässigkeit einer befristeten Anstellung

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

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

§5 Beginn und Probezeit

A. Überblick

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

B. Beginn und Dauer der Probezeit

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

¹⁸⁷ Vgl. z.B. § 14 Abs. 1 PG ZH.

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

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

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

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

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

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

¹⁹⁰ BGE 144 III 152, E. 4.

¹⁹¹ BGE 148 III 126, E. 5.2.4–5.2.9.

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

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

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

¹⁹⁵ Art. 27 Abs. 3 BPV.

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

C. Q & A

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

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

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

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

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

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

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