

Gutachten zur Überprüfung des Personalrechts des Kantons Solothurn

Inhalt

1.	Ausgangslage und Auftrag	1
1.1.	Ausgangslage	1
1.2.	Auftrag	2
1.3.	Eingesehene Dokumente	3
2.	Rahmenbedingungen für das kantonale Personalrecht	3
2.1.	Einzelarbeitsvertrag	3
2.2.	Gesamtarbeitsvertrag	5
2.3.	Arbeitsmarkt	6
3.	Geltende Ausgestaltung	7
4.	Rechtliche Fragestellungen	8
4.1.	Anzahl der GAV	8
4.2.	Voraussetzungen für die Kündigung des GAV	11
4.3.	Vorgehen bei Kündigung des GAV	11
4.4.	Rechtslage nach Kündigung des GAV	12
4.5.	Rolle der einzelnen Arbeitgeber	13
4.6.	Können Arbeitgeber selbständig aus dem GAV ausscheiden?	14
5.	Rechtsstaatlichkeit bezüglich der Gerichte	14
6.	Folgerungen	15
6.1.	Frage 1:	15
6.2.	Frage 2:	15
6.3.	Frage 3:	16
6.4.	Frage 4:	16
6.5.	Frage 5:	16
6.6.	Frage 6:	17
6.7.	Frage 7:	17
6.8.	Frage 8:	17

1. Ausgangslage und Auftrag

1.1. Ausgangslage

1.1. Das Personalrecht des Kantons Solothurn ist seit über 15 Jahren im Wesentlichen durch das Staatspersonalgesetz¹, diverse Verordnungen und einen GAV geregelt. Dabei handelt es sich um einen einzigen GAV für das gesamte Personal des Kantons. Nur einige wenige Anstellungen

¹ Gesetz über das Staatspersonal vom 27.9. 1992 [BS 126.1].

bzw. Funktionen sind vom Anwendungsbereich ausgenommen. Der GAV gilt nicht nur für die direkt vom Kanton Angestellten, sondern auch für die Mitarbeitenden der Gemeinden im Schulbereich und von gewissen rechtlich verselbständigten Unternehmen des Kantons. Allerdings kennt der GAV für einzelne Bereiche Sonderregeln und differenziert damit sehr wohl je nach den Arbeitgebern.

1.2. Von Seiten gewisser Arbeitgeber und der Politik kam das Begehren zu überprüfen, ob diese Ausgestaltung des Personalrechts sinnvoll ist, bzw. ob Anpassungen notwendig sind. Namentlich wurde die Einheitlichkeit der GAV-Regelung von den Spitälern und Gemeinden in Frage gestellt. Zudem ist fraglich, wer Arbeitgeberseitig Vertragspartei sein soll und wie die GAVKO zusammengesetzt sein soll.

1.3. Das Departement nahm deshalb verschiedene Abklärungen vor, die in einen Bericht von Prof. Kurt Pärli und einen Bericht des Departementes führten.

1.2. Auftrag

1.4. Das Finanzdepartement beauftragte mich in diesem Zusammenhang, in einem Gutachten folgende fünf Fragen zu klären:

1. Ist es im Lichte der heutigen Rechtsgrundlagen zulässig, mehrere Gesamtarbeitsverträge mit einzelnen Sektoren (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) abzuschliessen und welche konkreten Anpassungen der Rechtsgrundlagen wären gegebenenfalls für den Abschluss von mehreren Gesamtarbeitsverträgen in den genannten Sektoren notwendig?
2. Welches sind die Voraussetzungen für eine Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages und wie gestaltet sich das entsprechende Vorgehen (inkl. Rolle und Kompetenzen von KR und RR)?
3. Kann es nach der Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages zu einem vertragslosen Zustand kommen und wie würde sich dieser allgemein auf die Anstellungsbedingungen und die einzelnen Anstellungsverträge auswirken?
4. Wie ist die rechtliche Rolle der einzelnen Arbeitgeber und im Speziellen der soH und der Gemeinden im Kontext des heutigen Gesamtarbeitsvertrages zu beurteilen.
5. Besteht für die einzelnen Arbeitgeber und im Speziellen für die soH heute die Möglichkeit, selbständig aus dem Gesamtarbeitsvertragsverhältnis auszutreten und welche konkreten Rechtsfolgen hätte dies für den Weiterbestand des heutigen Gesamtarbeitsvertrages?

1.5. Zusätzlich sind noch folgende Fragen aufgekommen:

6. Ist der Einschluss der Gerichte in den Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages sowie deren Vertretung in der Gesamtarbeitsvertragskommission in rechtsstaatlicher Hinsicht problematisch?
7. Findet die Voraussetzung der Einstimmigkeit unter den Vertragsparteien nach dem heutigen Vertragswerk auf Vertragsanpassungen im besonderen Teil des Vertragswerkes Anwendung?
8. Welche Rollen bzw. welche Kompetenzen kommen den vom Geltungsbereich des öffentlichen Personalrechts erfassten Körperschaften nach einer Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages zu (insb. soH, AKSO, IVSO, SGV und übrige öffentlich-rechtliche Körperschaften und Stiftungen)?

1.3. Eingesehene Dokumente

1.6. Neben den einschlägigen Rechtsgrundlagen standen mir folgende Dokumente zur Verfügung:

- Kurt Pärli, Studie zum GAV im öffentlichen Personalwesen des Kantons Solothurn vom 24. August 2021;
- Finanzdepartement des Kantons Solothurn, Bericht: „Grundstruktur und Entwicklung des solothurnischen Personalrechts“ vom 30. November 2022.

2. Rahmenbedingungen für das kantonale Personalrecht

2.1. Einzelarbeitsvertrag

2.1. Das Dienstverhältnis des Staatspersonals des Kantons Solothurn untersteht grundsätzlich dem öffentlichen Recht. Allerdings kann der Regierungsrat in begründeten Fällen für einzelne Personen oder ganze Personengruppen Anstellungen beschliessen, die ausschliesslich dem Zivilrecht unterstehen.² Das Dienstverhältnis entsteht durch schriftlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag.³

2.2. Obgleich nicht nur der Staat, sondern alle Personen die Verfassung respektieren müssen, ist dennoch die Bindung des Staates an die Verfassung eine andere als jene der privaten Arbeitgeberinnen. Die Verfassung bestimmt das staatliche Handeln. Wie in der Privatwirtschaft der Eigentümer eines Unternehmens bestimmt, wie dieses zu verwalten ist und wie dessen Organe zu handeln haben, definiert im Staat der Souverän die Handlungsgrundsätze. Das geschieht in einer Demokratie in den dafür festgesetzten Bahnen, d.h. durch den Erlass der Verfassung und der auf diese abgestützten Gesetze und Verordnungen.⁴ Im Kanton Solothurn hat der Gesetzgeber für das Personalwesen zudem die Kompetenz insofern an die Sozialpartner delegiert, als die Regelung durch einen Gesamtarbeitsvertrag erfolgen kann. Das widerspricht der genannten Regel nicht, da der Vertragsabschluss Konsens voraussetzt und damit immer ein staatliches Organ der Vereinbarung zustimmen muss. Aus dem demokratischen Prinzip ergeben sich zwei entscheidende Grundsätze:

- Es gilt das **Legalitätsprinzip**: Jedes staatliche Handeln muss sich auf eine Rechtsnorm abstützen können. Was der Staat darf und was er nicht darf, ergibt sich aus Verfassung, Gesetz und Verordnung.
- Die Gesetze, Verordnungen und weiteren Erlasse müssen sich alle an den Wertentscheidungen der Verfassung orientieren. Richtschnur für das ganze staatliche Handeln sind die Wertungen der Verfassung. Damit besteht auch eine **absolute Grundrechtsbindung** des Staates.

2.3. Diese Grundsätze gelten auch uneingeschränkt für das Personalwesen. Es bedeutet, dass Verfassung, Gesetze und Verordnungen auch massgebend für die Ausgestaltung und Umsetzung der Anstellungen sind, unabhängig davon ob die Anstellung öffentlich- oder privatrechtlich erfolgen. Ein Handeln neben den entsprechenden Normen ist im Bereich des Personals nicht zulässig. Demgemäss darf der Staat dem Arbeitnehmer nur die Arbeitsbedingungen offerieren, die in den entsprechenden Normen enthalten sind. Er muss ihm aber auch diese Arbeitsbedingungen offerieren, sonst verhält er sich nicht nach den Regeln, die sein «Eigentümer» bestimmt hat.⁵

2.4. Stellen die Kantone ihr Personal öffentlich-rechtlich an, sind sie bei der Ausgestaltung der

² § 10 StPG.

³ § 18 Abs. 3 StPG.

⁴ Vgl. Geiser/Müller/Pärli, Rz. 206.

⁵ Vgl. GEISER, Rechtliche Hindernisse, S. 282 f.

Arbeitsverhältnisse nicht an die zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts gebunden. Diese Bestimmungen kommen auch nicht zwingend als subsidiäres Recht zur Anwendung. Subsidiäre Geltung hat das privatrechtliche Arbeitsvertragsrecht nur, wenn das kantonale Recht subsidiär auf das Obligationenrecht verweist, was für das solothurnische Recht zutrifft.⁶

2.5. Demgegenüber ist die Rechtslage bezüglich der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes komplexer. Eine oberflächliche Lektüre von Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG liesse vermuten, das ArG sei nie anwendbar. Das trifft allerdings so nicht zu, wie schon der Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ArG zeigt. Es ist vielmehr in mehrfacher Hinsicht zu unterscheiden:

- Eine Vielzahl von Bestimmungen, sind auch für die Verwaltung von Bund, Kanton und Gemeinde anwendbar, weil gar nicht auf die Umschreibung des Anwendungsbereiches des ArG abgestellt wird.⁷ Nicht aufgeführt in dieser Bestimmung sind jedoch die Regeln über die Arbeitszeiten.
- Für die Frage der Anwendbarkeit der Arbeitszeitbestimmungen des ArG ist - wie noch zu zeigen sein wird - zwischen der Zentralverwaltung und den anderen Teilen der staatlichen Einrichtungen zu unterscheiden.
- Schliesslich ist Art. 71 ArG zu beachten, der öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält und damit allerdings mehr Fragen aufwirft als Klarheit schafft.

2.6. Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG nimmt die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom Anwendungsbereich des ArG grundsätzlich aus. Auf dem Verordnungsweg kann der Bundesrat zudem einerseits öffentliche Anstalten den Verwaltungen gleichstellen und damit auch vom Anwendungsbereich ausnehmen und andererseits das ArG für einzelne Betriebe der Verwaltung anwendbar erklären, auch wenn diese Teil der Zentralverwaltung sind⁸.

2.7. Für die Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG ausserhalb der Zentralverwaltung entscheidend ist, ob es sich bei der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin um eine Körperschaft oder um eine Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt.⁹ Daraus ergibt sich für die Arbeitszeitvorschriften des ArG der Umkehrschluss, dass diese gemäss der Umschreibung des Anwendungsbereiches des ArG auf die Zentralverwaltungen von Kanton und Gemeinden nie anwendbar sind¹⁰, soweit es sich nicht um einen «Betrieb» handelt, auf den der Anwendungsbereich durch Verordnung ausgedehnt worden ist. Das gilt auch dann, wenn die entsprechenden Arbeitnehmer privatrechtlich angestellt sind.

2.8. Handelt es sich demgegenüber um eine andere öffentlich-rechtliche *Körperschaft oder um eine Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit*, ist danach zu differenzieren, ob die Arbeitnehmenden mehrheitlich öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich angestellt sind.¹¹ Sind die Arbeitnehmer mehrheitlich öffentlich-rechtlich angestellt, sind die Arbeitszeitbestimmungen grundsätzlich nicht anwendbar.¹² Auf die Minderheit der privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer ist dann aber das ArG doch anzuwenden, sofern die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitbestimmungen nicht günstiger sind.¹³ Daraus ergibt sich das erstaunliche Ergebnis, dass wohl die Arbeitszeitbestimmungen der Personal-

⁶ § 10 Abs. 1 StPG.

⁷ Vgl. insbesondere Art. 3a ArG.

⁸ Art. 2 Abs. 2 ArG; MÜLLER, ArG, N. Abs. 1 und Abs. 2 zu Art. 2 ArG; GEISER, N. 10 ff. zu Art. 2 ArG.

⁹ Art. 7 ArGV 1.

¹⁰ Eine Ausnahme besteht, wenn – was auf den Kanton Solothurn nicht zutrifft – Spitäler in der Zentralverwaltung eingegliedert sind bezüglich der Assistenzärzte (Art. 4a ArGV 1).

¹¹ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1; vgl. dazu: GEISER, N. 13 zu Art. 2 ArG.; ZWAHLEN, Kommentar-Hug, N. 12 zu Art. 2 ArG; MÜLLER, N. 1 zu Art. 2 Abs. 2 ArG; TSCHUDI, Arbeitnehmerschutz, S. 26; CANNER/SCHOOP, N. 1 zu Art. 2 ArG.

¹² Art. 7 Abs. 1 ArGV 1.

¹³ Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

gesetze von Bund, Kantonen und Gemeinden auch auf die privatrechtlich angestellten Mitarbeiter anwendbar sind, sofern diese Bestimmungen arbeitnehmerfreundlicher sind als das ArG.

2.9. Handelt es sich bei der Arbeitgeberin demgegenüber um eine öffentlich-rechtliche *Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit*, sind die Arbeitszeitbestimmungen des ArG anwendbar, auch wenn die Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt sind. Allerdings ist Art. 71 ArG zu beachten, welcher günstigere öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorbehält. Die Tragweite von Art. 71 ArG in seiner geänderten Fassung ist allerdings wenig geklärt. Es ist unbestritten, dass gemäss Art. 71 Bst. b ArG in allen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften, welche grundsätzlich unter das ArG fallen, die öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen bezüglich der Arbeitszeiten nicht schlechter sein dürfen als jene des Arbeitsgesetzes¹⁴. Das kann vorliegend Bedeutung haben, wenn der GAV sowohl für die Zentralverwaltung wie auch für selbständige Anstalten bzw. Aktiengesellschaften gelten soll.

2.2. Gesamtarbeitsvertrag

2.10. Der GAV ist in den Art. 356 ff. OR geregelt. Diese Bestimmungen gelten aber ausschliesslich für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis. Eine Regelung für öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsverträge gibt es nicht. Hier hilft aber § 10 Abs. 1 StPG weiter, der subsidiär die Regeln des OR als anwendbar erklärt. Es kann folglich auf diese zurückgegriffen werden.

2.11. Der öffentlich-rechtliche GAV gemäss § 45^{bis} StPG weist die Besonderheit auf, dass er nicht nur für die Angestellten des Kantons, sondern in einem gewissen Umfang auch anderer Arbeitgeber gilt, nämlich die Gemeinden und gewissen in eigene Körperschaften ausgegliederte Betrieb. Das Gesetz kennt aber arbeitgeberseitig als Vertragsparteien eines GAV nur einzelne Arbeitgeber oder deren Verbände.¹⁵ Nicht vorgesehen ist demgegenüber, dass eine Arbeitgeberin einen Gesamtarbeitsvertrag abschliesst, der dann auch für andere Arbeitgeberinnen gelten soll. Das Problem besteht allerdings auch im Privatrecht bei Konzernen. Meist schliesst die Konzernmutter den GAV ab, der dann für die Arbeitsverhältnisse bei den Tochtergesellschaften gelten soll. Häufig hat die Konzernmutter zudem selber gar keine Angestellten, sie ist folglich gar nicht Arbeitgeberin.¹⁶ Soll ein GAV mit Geltung für einen gesamten Konzern abgeschlossen werden, kann sich die abhängige Gesellschaft dem GAV zwischen der Gewerkschaft und der herrschenden Gesellschaft anschliessen.¹⁷ Es ist aber auch möglich, dass sich sämtliche Konzerngesellschaften zu einem Arbeitgeberverband zusammenschliessen, welcher als solcher dann mit der Gewerkschaft einen Vertrag abschliesst.¹⁸ Bei einem öffentlich-rechtlichen GAV hat das entsprechende Gemeinwesen auf Grund seiner Organisationshoheit die Möglichkeit die Gültigkeit des GAV auch ohne eine Rechtsgrundlage im Privatrecht auf weitere zu diesem Gemeinwesen gehörende Institutionen auszudehnen.

2.12. Wegen des Legalitätsprinzips besteht allerdings ein grundsätzlicher Unterschied zwischen einem GAV in der Privatwirtschaft und einem GAV für einen Staatsbetrieb. Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR können die Parteien des Einzelarbeitsvertrages in jedem Fall von den Bestimmungen des GAV zu Gunsten des Arbeitnehmers abweichende Vereinbarungen treffen. Das *Günstigkeitsprinzip* hat zur Folge, dass ein GAV nur die minimalen Arbeitsbedingungen aufstellen kann und eine Besserstellung im Einzelarbeitsvertrag immer möglich ist¹⁹. Da es sich beim Günstigkeitsvergleich um einen sogenannten Gruppenvergleich handelt,²⁰ bleibt eine grosse Flexibilität und Vertragsfreiheit. Die im Ein-

¹⁴ MAHON, N. 10 zu Art. 71 ArG.

¹⁵ Art. 356 Abs. 1 OR.

¹⁶ Vgl. zum Ganzen GEISER/UHLIG, S. 1 ff.

¹⁷ Art. 356b Abs. 1 OR.

¹⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 799a.

¹⁹ PORTMANN/RUDOLPH, Art. 357 OR N. 41.

²⁰ Vgl. WYLER/HEINZER, S. 1091.

zularbeitsvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen können den Bedürfnissen des Arbeitsmarktes ohne weiteres angepasst werden. Das ist auf Grund des Legalitätsprinzips bei der öffentlichen Hand nicht möglich. Jede staatliche Leistung bedarf einer Grundlage in einer Rechtsnorm. Der staatliche Arbeitgeber darf folglich einem Arbeitnehmer nur jene Arbeitsbedingungen offerieren, die in den einschlägigen staatlichen Normen vorgesehen sind. Zu diesen staatlichen Normen gehört auch ein öffentlich-rechtlicher GAV. Dieser hat auf Grund dieser Rechtslage aber nicht die Funktion, Mindestarbeitsbedingungen festzulegen. Er legt vielmehr wie ein Personalgesetz oder eine Personalverordnung die genauen Arbeitsbedingungen fest. Weder ein Abweichen nach unten noch nach oben ist zulässig. Die Parteien des Einzelarbeitsvertrages können dann auch nicht eine gleichwertige andere Regelung vereinbaren.

2.13. M.E. kann der öffentlich-rechtliche GAV allerdings auch eine Delegation an die staatlichen Arbeitgeber enthalten, in einem gewissen Umfang abweichende Regelungen zu treffen. Eine solche Delegation ist allerdings nicht zu vermuten. Sie müsste sich klar aus den Formulierungen des GAV ergeben. Zudem muss auch hier das Legalitätsprinzip beachtet werden. Ein Abweichen im Einzelfall wäre äusserst problematisch. Vielmehr müsste wohl die Delegation an ein staatliches Organ erfolgen, dass dann ein entsprechendes vom GAV abweichendes Reglement aufstellen kann. Möglich wäre auch die Aufstellung abweichender Regelungen an eine Betriebskommission zu delegieren oder betriebliche GAV vorzubehalten.

2.14. Allerdings ist der entsprechende staatliche Arbeitgeber dann nicht vollständig frei, mit welcher Organisation bzw. Verband er einen entsprechenden GAV vereinbaren will. Art. 28 Abs. 1 BV garantiert die Koalitionsfreiheit nicht nur als individuelles Grundrecht, sondern auch als kollektives Freiheitsrecht.²¹ Dieses garantiert den Gewerkschaften die Möglichkeit, als solche zu existieren und zu handeln, d.h. die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Die Garantie umfasst insbesondere auch das Recht, an Tarifverhandlungen teilzunehmen und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen.²² Diese Ansprüche bestehen nicht nur bezüglich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse, sondern auch im öffentlichen Dienst. Soweit allerdings die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse durch Gesetz und Verordnung geregelt werden, beschränkt die Souveränität des Staates dieses Recht insofern, als nur ein Anhörungsrecht garantiert ist, nicht aber ein Anspruch auf Abschluss eines GAV.²³ Werden demgegenüber auch diese Arbeitsverhältnisse durch Gesamtarbeitsverträge geregelt oder durch privatrechtliche Einzelarbeitsverträge, besteht das Recht auch gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin uneingeschränkt.²⁴ Um Anspruch auf Verhandlungen eines GAV zu haben, muss die Gewerkschaft allerdings vier Voraussetzungen erfüllen: Die Organisation muss tariffähig, örtlich und sachlich zuständig und repräsentativ sein und sie muss sich durch ein loyales Verhalten auszeichnen.²⁵

2.3. Arbeitsmarkt

2.15. Heute stehen die staatlichen Arbeitgeber praktisch für alle Arbeitsstellen in direktem Wett-

²¹ VALLENDER/HETTICH, Art. 28 BV N. 19 ff.

²² BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022 E. 6.1; BGE 143 I 403 E. 6.1; BGE 140 I 257 E. 5.1.

²³ BGE 140 I 257 E. 5.1.1; BGE 129 I 113 E. 3.4.

²⁴ BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022; BGE 140 I 257 E. 5; BGE 129 I 113 E. 1.3.

²⁵ BGE 141 III 418 E. 4.2; BGE 140 I 257 E. 5.2; BGer 2C_118/2014 vom 22. März 2015 E. 4.1; BGer 2C_868/2021 vom 24. August 2022.

bewerb mit den privaten Arbeitgeberinnen. Qualifizierte Mitarbeitende sind folglich nur zu gewinnen, wenn die Arbeitsbedingungen beim Staat zwar nicht gleich, wohl aber gleichwertig sind wie jene in der Privatindustrie.

2.16. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Staat sehr unterschiedliche Stellen anzubieten hat. Er muss seine Mitarbeitenden folglich auf den unterschiedlichsten Arbeitsmärkten suchen. Das bedeutet aber auch, dass unterschiedliche Anforderungen an die staatlichen Arbeitsbedingungen bestehen. Will der Staat auch je nach Tätigkeitsgebiet unterschiedliche Arbeitsbedingungen offerieren, steht dies im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot, dem der Staat von der Verfassung her untersteht. Das gebietet aber nur Gleiches gleich zu behandeln. Unterschiedliches kann und muss aber sehr wohl auch unterschiedlich behandelt werden. Es ist folglich sehr genau zu analysieren, welche tatsächlichen Unterschiede auch beim Staat unterschiedliche Anstellungsbedingungen rechtfertigen und gebieten und gegebenenfalls in welchem Ausmass und in welcher Weise. Das macht die Sache nicht einfacher.

3. Geltende Ausgestaltung

3.1. Das geltende Gesetz über das Staatspersonal des Kantons Solothurn stellt die Grundnorm des Personalrechts des Kanton Solothurn dar. Neben einigen wenigen Bestimmungen bezüglich der einzelnen Arbeitsverhältnisse, der Regelung der Anstellung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hält das Gesetz fest, dass das Staatspersonal grundsätzlich dem öffentlichen Recht untersteht. Es delegiert sodann die Festsetzung der Gehälter und Nebenlistungen, die Arbeitszeiten sowie einige andere Regelungsgegenstände an den Regierungsrat.²⁶

3.2. § 45^{bis} StPG sieht sodann vor, dass der Regierungsrat, statt selber in einer Verordnung die entsprechenden Fragen zu regeln, mit den Personalverbänden für das Staatspersonal einen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen kann. Der GAV gilt dann grundsätzlich für das gesamte Staatspersonal. Der Regierungsrat kann allerdings gewisse Funktionen davon ausnehmen. Für diese muss er dann selber die entsprechenden Regelungen treffen. § 45^{bis} Abs. 3 GAV schreibt sodann ein Schiedsgericht für Vollzugsstreitigkeiten vor, soweit sie nicht Lohnveränderungen betreffen. Festgehalten ist auch, dass der GAV Solidaritätsbeiträge vorsehen muss.²⁷ Im weiteren regelt das StPG, wie vorzugehen ist, wenn sich die Parteien nicht einigen können und regelt die Folgen der Kündigung des GAV. Diesfalls weist das Gesetz wesentliche Kompetenzen dem Kantonsrat zu.

3.3. Entsprechend diesen Vorgaben hat der Kanton Solothurn - vertreten durch den Regierungsrat – mit diversen Arbeitnehmerverbänden einen umfangreichen GAV abgeschlossen. Dieser regelt im schuldrechtlichen Teil insbesondere eine paritätische Kommission (GAVKO) zur Überwachung der Anwendung des GAV, zur Klärung von Auslegungs- und Anwendungsfragen des GAV sowie zu dessen Weiterentwicklung.²⁸ Zudem sieht er ein Schlichtungsverfahren mit einer paritätischen Schlichtungskommission für den Fall vor, dass nach der Kündigung des GAV sich die Parteien nicht auf einen neuen einigen können.²⁹

3.4. Schliesslich hat der Regierungsrat auch noch eine Personalverordnung erlassen.³⁰ Diese regelt im Wesentlichen administrative Abläufe. Daneben bestehen in einzelnen Gesetzen und Verordnungen noch einzelne Bestimmungen für besondere Bereiche, welche das StPG vorbehält.³¹

²⁶ Art. 45 StPG.

²⁷ § 45^{bis} Abs. 4 StPG.

²⁸ § 9 f. GAV.

²⁹ § 23 GAV.

³⁰ Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung; PRV) vom 25. Juni 2007 [BS 126.31].

³¹ § 2 Abs. 2 ff. StPG.

4. Rechtliche Fragestellungen

4.1. Anzahl der GAV

4.1. Der Kanton ist in den verschiedensten Bereichen tätig und hat folglich auch sehr unterschiedliche Arbeitsbereiche. Es liegt auf der Hand, dass entsprechend auch die Bedürfnisse für die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse sehr unterschiedlich sein können. Entsprechend ist die Frage aufgetaucht, ob es nur einen einzigen Gesamtarbeitsvertrag für das gesamte Personal geben darf oder ob es nach geltendem Recht auch zulässig ist, mehrere Gesamtarbeitsverträge mit einzelnen Sektoren (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) abzuschliessen. Dabei sind mehrere Varianten zu unterscheiden:

1. Kann der Kanton für einzelne Bereiche unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge abschliessen?
2. Können neben dem Kanton auch andere Arbeitgeberinnen der öffentlichen Hand (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) für ihren jeweiligen Bereich eigene Gesamtarbeitsverträge abschliessen?
3. Kann der vom Kanton abgeschlossene einheitliche Gesamtarbeitsvertrag vorsehen, dass einzelne Arbeitgeberinnen der öffentlichen Hand (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) für einzelne Fragen eigene Gesamtarbeitsverträge abschliessen?

a. Mehrere Gesamtarbeitsverträge des Kantons

4.2. Ein Gesetz ist in erster Linie auf Grund seines Wortlautes auszulegen. § 45^{bis} Abs. 1 und 2 StPG lauten:

¹Der Regierungsrat beziehungsweise das zuständige Organ nach § 2^{bis} kann mit den Personalverbänden für das Staatspersonal einen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) abschliessen. Die Personalverbände können die Aufnahme von Verhandlungen beantragen. Die beim Abschluss des GAV geltenden minimalen Grundbesoldungen nach den kantonsrätlichen Besoldungsverordnungen dürfen im GAV nicht unterschritten werden.

²Der GAV gilt grundsätzlich für sämtliches Personal. Der Regierungsrat kann Funktionen oder Personen vom Gesamtarbeitsvertrag ausnehmen.

4.3. Der Wortlaut handelt von einem Gesamtarbeitsvertrag, nicht von mehreren. Allerdings ist der Text insofern nicht klar, als er zwei unterschiedliche Staatsorgane mit dem Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages beauftragt. Das liesse auf zwei Gesamtarbeitsverträge schliessen. Der Gesetzestext verwendet dann allerdings für die Tätigkeit nicht den Plural («können») sondern den Singular («kann»). Von daher ist nicht klar, ob das nun ein oder zwei Gesamtarbeitsverträge sein sollen. Mit Blick darauf, dass es sich bei der Pensionskasse um eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt handelt,³² wäre grundsätzlich ein eigener GAV mit der Pensionskasse als arbeitgeberseitige Vertragspartei vorstellbar. §2^{bis} StPG schafft diesbezüglich kaum Klarheit. Wohl wird in dieser Bestimmung das oberste Organ der PKSO in Bezug auf das Dienstverhältnis zu ihrem Personal für den Vollzug des StPG als zuständig erklärt. Das PKG schränkt aber die Regelungskompetenz der PKSO ein, indem sich die Entlohnung ihrer Mitarbeitenden nach den für Kantonsangestellte geltenden Grundsätzen richten und namentlich die für das Kantonspersonal geltenden Lohnklassen, einschliess-

³²

§2 Abs. 1 Gesetz über die Pensionskasse Kanton Solothurn (PKG) Vom 28. September 2014 [BS 126.581].

lich deren Höchstgrenzen, für die PKSO verbindlich sind.³³ Damit ist die Zuständigkeit für eine Regelung des wesentlichsten Teils eines GAV, nämlich der Löhne, nicht gegeben.

4.4. Die wenn auch wenig klare, so doch ausdrückliche Erwähnung des zuständigen Organs der PKSO als möglich Verhandlungspartnerin eines GAV neben dem Regierungsrat zeigt aber m.E. doch, dass der Gesetzgeber von einem einzigen GAV ausgegangen ist, jedenfalls soweit es nicht um das Personal der Pensionskasse geht. Der Regierungsrat hat folglich keine Möglichkeit mehrere Gesamtarbeitsverträge zu vereinbaren.³⁴

4.5. Im Falle von mehreren Gesamtarbeitsverträgen wäre zudem das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot für die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse zu beachten. Die verschiedenen Gesamtarbeitsverträge müssten folglich über weite Strecken die gleichen Regeln treffen und dürften nur unterschiedliche Regelungen aufweisen, soweit tatsächliche Unterschiede dies rechtfertigen. Werden mehrere Gesamtarbeitsverträge mit unterschiedlichen Verhandlungsdelegationen oder gar unterschiedlichen Parteien auf der Arbeitnehmerseite verhandelt, wird es äusserst schwierig über weite Strecken die identischen Verhandlungsergebnisse zu erzielen. Von daher sind mehrere öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsverträge für das gleiche Gemeinwesen wohl nur möglich, wenn daran arbeitgeber- und arbeitnehmerseitig nicht nur die gleichen Parteien beteiligt sind, sondern auch die Verhandlungen von den gleichen Delegationen geführt werden. Dann ist aber nicht mehr zu sehen, was der Vorteil mehrerer Gesamtarbeitsverträge gegenüber einem einheitlichen GAV mit Unterkapiteln für verschiedene Bereiche sein soll, wie ihn das geltende Recht kennt.

4.6. Wollte man vorsehen, dass der Kanton mehrere Gesamtarbeitsverträge abschliessen kann, müsste dies wohl in §45^{bis} StPG klargestellt werden, indem der Plural verwendet wird. Damit würde – wie ausgeführt – die Rechtslage aber eher komplexer und die Verhandlungen würden schwieriger.

b. Mehrere Gesamtarbeitsverträge mit unterschiedlichen Vertragspartnern

4.7. Können für den Kanton nicht mehrere Parallele Gesamtarbeitsverträge abgeschlossen werden, weil das Gesetz von einem einzigen Gesamtarbeitsvertrag ausgeht, ist es auch nicht möglich, dass einzelne Arbeitgeberinnen des Kantons einen neben dem vom Regierungsrat abgeschlossenen allgemeinen GAV noch weitere Gesamtarbeitsverträge abschliessen. Das gilt unabhängig davon, ob die entsprechende Dienststellen Teil der kantonalen Zentralverwaltung bilden oder als selbständige Anstalten oder juristische Personen des Privatrechts ausgestaltet sind. Das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot gelten unabhängig von der organisatorischen Ausgestaltung, d.h. auch wenn Staatsaufgaben aus der Zentralverwaltung ausgegliedert werden.

4.8. Zudem fehlt es im StPG an einer Delegationsnorm für den Abschluss eines GAV durch andere Organe als den Regierungsrat bzw. das oberste Organ PKSO. Folglich müsste der Regierungsrat für eine selbständige Anstalt bzw. eine privatrechtlich organisierte juristische Person handeln. Dafür wäre aber wohl eine ausdrückliche Vollmacht dieser selbständigen juristischen Person nötig. Damit gelangt man in Konstruktionen, die mit einer übersichtlichen Staatsführung kaum mehr vereinbar sind.

4.9. Weniger weitgehend ist zu prüfen, ob selbständige Körperschaften Anstalten und juristische Personen des Privatrechts (soH, Gemeindeverband, einzelne Gemeinden etc.) statt sich nur dem

³³ § 19^{bis} PKS. § 2 Abs 2 StPG schafft eine gewisse zusätzliche Verwirrung, indem er vorsieht, dass «die Kompetenz (...) von diesem im Rahmen des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982) delegiert werden» kann. Das BVG regelt aber weder die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeitenden einer Vorsorgeeinrichtung noch bestimmt es, wer innerhalb der Vorsorgeeinrichtung dafür zuständig ist. Diese Einschränkung der Delegationskompetenz ist folglich gegenstandslos.

³⁴ Vgl. aber hinten Rz. 4.28.

GAV anzuschliessen auch Vertragspartei des kantonalen GAV werden können. Das lässt sich nicht von vornherein ausschliessen. Es bleibt bei einem einzigen vom Regierungsrat für den Kanton abgeschlossenen GAV. Es sind nur arbeitgeberseitig weitere juristische Personen Partei. Allerdings dürfte dies kaum praktikabel sein. Die Vertretungen dieser weiteren Beteiligten müssten dann in die Verhandlungen einbezogen werden. Die Arbeitgeberseite träte nicht mehr mit einer Stimme auf. Damit würde ihre Verhandlungsmacht geschwächt und die Verhandlungen würden wohl auch aufwändiger. Von daher ist es erheblich sinnvoller, wenn die entsprechenden Unternehmen sich dem GAV nur anschliessen.³⁵ Ihre Anliegen sollten sie im Vorfeld der Verhandlungen beim Regierungsrat einbringen können.

4.10. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist zu schliessen, dass neben dem Kanton andere Arbeitgeberinnen der öffentlichen Hand (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) für ihren jeweiligen Bereich keine eigenen Gesamtarbeitsverträge abschliessen können. Dafür bräuchte es im StPG eine entsprechende Ermächtigung, die de lege lata fehlt.

c. Delegation im GAV für einzelne Fragen

4.11. Es bleibt zu prüfen, ob der vom Kanton abgeschlossenen GAV an einzelne Arbeitgeberinnen der öffentlichen Hand, insbesondere an selbständige Anstalten und Körperschaften die Kompetenz delegieren kann, einzelne Fragen abweichend vom allgemeinen GAV in separaten Gesamtarbeitsverträgen oder in einer vereinbarten Betriebsordnung zu regeln. In Frage kommen allerdings dafür nur Fragen, die besondere Sachverhalte betreffen. Sie müssen sich in tatsächlicher Hinsicht von den entsprechenden Gegebenheiten in der allgemeinen Verwaltung derart unterscheiden, dass ihre unterschiedliche Regelung das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen. Für die Fragen, die Sachverhalte betreffen, die in gleicher Weise in der Zentralverwaltung auftreten, ist eine solche Delegation nicht möglich, weil dadurch das Gleichbehandlungsgebot verletzt würde.

4.12. Ein solcher Unterschied kann bezüglich der Regelung der Arbeitszeiten bestehen. Die Arbeitszeitregeln des ArG sind auf die Zentralverwaltung des Kantons nicht anwendbar. Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalten, gewisse Betriebe der Zentralverwaltung und unter Umständen auch öffentlich-rechtliche Körperschaften unterstehen aber sehr wohl diesen Regeln. Dies könnte ein Grund für unterschiedliche Arbeitszeitregelungen sein, so dass eine entsprechende Delegation der Arbeitszeitregelung auf Betriebsebene nicht als unzulässig anzusehen wäre.

4.13. Fraglich ist, ob unterschiedliche Verhältnisse auf dem für ein bestimmtes staatliches Unternehmen massgeblichen Arbeitsmarkt auch eine solche Sonderregelung rechtfertigen können. Haben diese Unterschiede eine erhebliche Auswirkung auf die Rekrutierungsmöglichkeiten für qualifizierte Personal, ist die Frage m.E. zu bejahen.³⁶

4.14. Einer solchen Delegation widerspricht m.E. auch §45^{bis} StPG nicht. Rechtliche Basis für die Vereinbarung auf betrieblicher Ebene bildet der vom Regierungsrat vereinbarte einheitliche GAV. Die Delegation ist allerdings nur im engen Rahmen möglich, weil in den meisten Bereichen der Gleichbehandlungsgrundsatz eine einheitliche Regelung verlangt.

4.15. Eine solche Delegation führt allerdings wohl kaum zu anderen Regelungen als der geltende Rechtszustand, bei dem im besonderen Teil des GAV für die einzelnen Gebiete der staatlichen Tätigkeiten unterschiedliche Regelungen getroffen worden sind. Sie hätte aber den Vorteil, dass die

³⁵ Art. 356b Abs. 1 OR.

³⁶ Vgl. zur Frage, ob unterschiedliche Verhältnisse auf Arbeitsmärkten Lohnunterschiede zwischen Mann und Frau rechtfertigen können: THOMAS GEISER, Die „objektiven“ Rechtfertigungsgründe für eine Lohndiskriminierung und ihr Beweis, in: Dunand/Lempen/Mahon (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt – 1996-2016: 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, 2016, S. 159 ff.

einzelnen Arbeitgeberinnen ihre Anliegen direkter einbringen könnten. Sie würden auch mehr in die direkte Verantwortung genommen. Andererseits ist aber zu beachten, dass dadurch die Organisation komplexer wird und auch mehr Verhandlungen notwendig werden, was den Aufwand nicht unbeachtlich vergrössert.

4.2. Voraussetzungen für die Kündigung des GAV

4.16. Ist der Gesamtarbeitsvertrag nicht auf bestimmte Zeit abgeschlossen und sieht er nichts anderes vor, so kann er von jeder Vertragspartei nach Ablauf eines Jahres jederzeit auf sechs Monate gekündigt werden.³⁷ Der GAV des Kantons ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.³⁸ Er kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist auf Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden.³⁹ Allerdings schränkt er das „jeder Vertragspartei“ insofern ein, als die Personalverbände nur alle gemeinsam den GAV künden können.⁴⁰ Sie bilden insofern gemeinsam eine Partei.

4.17. Eines besonderen Grundes für die Kündigung bedarf es nicht. Vielmehr gilt auch für die Kündigung der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Vorbehalten bleibt selbstverständlich der Rechtsmissbrauch. Bezüglich der Kündigung durch den Kanton ist zusätzlich die Bindung jeglichen staatlichen Handelns an die Verfassung zu beachten. Die Kündigung darf folglich nicht willkürlich sein. Allerdings ist nicht zu sehen, inwiefern eine Kündigung rechtsmissbräuchlich oder willkürlich sein soll. Kündigt der Kanton, weil er Arbeitsbedingungen oder Mitwirkungsrechte ändern oder von einem System mit GAV zu einem System mit einem Personalgesetz bzw. mit Personalverordnungen übergehen will, sind dies zweifellos legitime Gründe. Es ist weder Rechtsmissbrauch noch Willkür gegeben.

4.3. Vorgehen bei Kündigung des GAV

4.18. Weder der GAV noch das StPG regeln die Kündigungsmodalitäten ausdrücklich. Mangels ausdrücklicher Regelung im kantonalen Recht, ist auf jene des OR für den privatrechtlichen GAV zurückzugreifen. Eine Vertragskündigung ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Gemäss Art. 356c Abs. 1 OR bedarf die Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages der Schriftform. Die Kündigung muss folglich die Unterschriften jener Personen tragen, welche berechtigt sind, den Kanton Solothurn rechtsgeschäftlich zu vertreten. Damit eine solche Vertretung rechtsgültig ist, bedarf es wohl eines Beschlusses des Regierungsrates. Damit die Kündigung auf Ende eines Jahres wirksam ist, muss das entsprechende Schreiben spätestens am 30. Juni bei den arbeitnehmerseitigen Vertragspartnerinnen eingegangen sein. Aus dem Umstand, dass alle arbeitnehmerseitigen Vertragsparteien nur gemeinsam künden können,⁴¹ muss wohl auch der Umkehrschluss gezogen werden, dass der Kanton nur allen beteiligten Gewerkschaften gemeinsam künden kann.

4.19. Abschluss und Kündigung des GAV fallen in die Kompetenz des Regierungsrates. Für die Kündigung bedarf es keines Parlamentsbeschlusses. Andererseits kann aber auch das Parlament den GAV nicht künden. Es bleibt ihm allerdings unbenommen, gemäss den nach dem solothurnischen Recht geltenden – aber hier nicht weiter zu erörternden – Bestimmungen, den Regierungsrat damit zu beauftragen, die Kündigung auszusprechen. Zudem kann es jederzeit das StPG dahin gehend ändern,

³⁷ Art. 256c Abs. 2 OR.

³⁸ § 21 GAV.

³⁹ § 22 Abs. 1 GAV.

⁴⁰ § 21 Abs. 2 GAV.

⁴¹ § 21 Abs. 2 GAV.

dass das Parlament die Kündigung aussprechen kann.

4.20. Arbeitgeberseitig ist ausschliesslich der Kanton Solothurn Vertragspartei. Dem GAV unterstellt sind aber «das gesamte voll- und teilzeitlich beschäftigte Personal der kantonalen Verwaltung, der Gerichte, der kantonalen Schulen, der kantonalen Anstalten und des kantonalen Polizeikorps, für das Personal der im Kanton Solothurn gelegenen und von ihm massgeblich subventionierten oder rechtlich oder wirtschaftlich kontrollierten Spitäler, für das Personal der Zentralbibliothek Solothurn sowie für die Lehrpersonen der Volksschule.»⁴² Er gilt damit arbeitgeberseitig nicht nur für den Kanton Solothurn sondern auch für weitere öffentlich-rechtliche oder gar privatrechtliche juristische Personen. Das ist grundsätzlich nur möglich, soweit der Kanton auf Grund eines Gesetzes oder Vollmachten ermächtigt ist, für diese selbstständigen juristischen Personen zu handeln. Wie weit diese Voraussetzung gegeben ist, bildet nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Weil aber nur der Kanton arbeitgeberseitig Vertragspartei ist, kann auch nur er den GAV kündigen. Den einzelnen auf Grund von § 5 GAV miterfassten selbständigen Einheiten steht keine Möglichkeit offen, den GAV zu kündigen.

4.4. Rechtslage nach Kündigung des GAV

a. Bezüglich GAV

4.21. Sowohl das StPG wie auch der GAV sehen vor,⁴³ dass die normativen und die schuldrechtlichen Bestimmungen des GAV (mit Ausnahme der Friedenspflicht) nach Ablauf der Kündigungsfrist noch während eines Jahres weitergelten, wenn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist kein neuer GAV zustande gekommen ist. Die Bestimmungen sind wohl dahin zu interpretieren, dass der GAV, auch wenn ein neuer GAV zustande gekommen ist, bis zum Inkrafttreten des neuen Vertrages weiter gilt, maximal während eines Jahres. Einen vertragslosen Zustand anzunehmen, bloss weil der neue GAV erst im letzten Moment zustande gekommen ist und folglich noch nicht umgesetzt werden kann, macht keinen Sinn. Entsprechend kommt es für die Weitergeltung nicht darauf an, ob sich die Parteien innerhalb der Kündigungsfrist auf einen neuen GAV geeinigt haben, sondern ob dieser nahtlos nach Ablauf der Kündigungsfrist den alten Vertrag ersetzen kann oder nicht.

4.22. Sowohl das StPG wie auch der GAV gehen davon aus, dass sich die Parteien innerhalb der Kündigungsfrist auf einen neuen Vertrag einigen sollten. Ist dies nicht möglich, haben sie – wie aufgezeigt – für weitere Verhandlungen eine einjährige Nachfrist. Gleichzeitig können sie bezüglich der strittigen Fragen eine von den Parteien vereinbarte Schlichtungskommission anrufen.⁴⁴ Das Gesetz zeigt deutlicher als der GAV, dass bei Uneinigkeit eine Pflicht zur Anrufung der Schlichtungskommission besteht. Die Verhandlungen dürfen nicht wegen der Differenzen abgebrochen werden, ohne dass das Schlichtungsverfahren stattgefunden hat. Weder das Gesetz noch der GAV regeln, ab welchem Zeitpunkt das Schlichtungsverfahren eingeleitet werden muss. Mit Blick darauf, dass die Verlängerung der Geltungsdauer gemäss Wortlaut des Gesetzes und des GAV eintritt, wenn die Parteien sich bis Ende der Kündigungsfrist auf keinen neuen GAV geeinigt haben, darf geschlossen werden, dass das Schiedsverfahren spätestens in diesem Zeitpunkt eingeleitet werden muss, wenn sich die Parteien in wesentlichen Punkten noch nicht geeinigt haben.

4.23. Die Schlichtungskommission kann nur Lösungsvorschläge unterbreiten. Sie kann nicht entscheiden.⁴⁵ Deshalb und weil ein Schlichtungsverfahren andauern kann, räumt das Gesetz dem Kantonsrat die Möglichkeit ein, die Fortdauer des bisherigen GAV um höchstens zwei Jahre zu verlän-

⁴² § 5 Abs. 1 GAV. Es werden sodann einzelne Personen vom Geltungsbereich ausgenommen.

⁴³ § 45^{bis} Abs. 6 StPG; § 22 Abs. 3 GAV.

⁴⁴ § 45^{bis} Abs. 5 StPG; § 23 Abs. 1 GAV.

⁴⁵ § 45^{bis} Abs. 5 StPG; § 23 Abs 1 GAV

gern. Er kann den Regierungsrat aber auch ermächtigen, das Dienstrecht im Rahmen der gesetzlichen Kompetenzen durch Verordnung zu regeln. Verweigert er diese Ermächtigung, kann er die an den Regierungsrat delegierten Kompetenzen wieder an sich ziehen.⁴⁶

4.24. Soweit der Kantonsrat das StPG nicht ändert, ergibt sich aus dieser Regelung, dass er frühestens 1 ½ Jahre nach der Kündigung das Personalrecht dahingehend umgestalten kann, dass kein GAV mehr besteht. Er kann entweder dem Regierungsrat die Kompetenz einräumen, das Personalrecht auf Verordnungsstufe zu regeln, oder er kann dieses selber regeln. Das muss spätestens 3 ½ Jahre nach der Kündigung geschehen sein, weil das StPG für die Zeit danach keine Regeln enthält.

4.25. Es liegt auf der Hand, dass es wenig sachgerecht wäre, einen solchen Beschluss erst 3 ½ Jahre nach Aussprechen der Kündigung zu treffen. Der Erlass einer Personalverordnung - durch den Regierungsrat oder das Parlament - bedarf einer gewissen Zeit. Der Beschluss müsste folglich so rechtzeitig gefasst werden, dass bis zum Ablauf der verlängerten Geltungsdauer des GAV der entsprechende Erlass in Kraft treten kann. Ist dies nicht möglich, gilt wohl der GAV mangels anderer Normen über die gesetzlich vorgesehene Zeit weiter.

b. Bezüglich der einzelnen Vertragsverhältnisse

4.26. Das einzelne Anstellungsverhältnis entsteht durch einen schriftlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag, nicht durch eine Verfügung.⁴⁷ Ein Vertrag setzt einen gegenseitigen übereinstimmenden Willen voraus. Entsprechend sind auch Änderungen nur im gegenseitigen Einverständnis möglich. Endet die Gültigkeit des GAV ändern sich folglich die Anstellungsbedingungen der einzelnen Arbeitsverhältnisse nicht. Der überwiegende Teil der Lehre geht von einer Nachwirkung der Normativbestimmungen entweder gestützt auf die Übung oder als Ausdruck des präsumtiven Parteiwillens aus. Die während der Gültigkeitsdauer des GAV bestehenden oder neu geschlossenen Einzelarbeitsverträge stehen inhaltlich auf seiner Grundlage, weshalb die normativen Bestimmungen auch nach Ablauf gelten. Mit Beendigung des GAV werden die normativen Bestimmungen jedoch zum vereinbarten Inhalt des Einzelarbeitsvertrages und können damit im gegenseitigen Einverständnis der Parteien abgeändert werden.⁴⁸

4.27. Sieht ein neuer GAV für den Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen vor als der bisherige Einzelarbeitsvertrag, finden diese besseren Arbeitsbedingungen sofort Anwendung, ohne dass es einer vertraglichen Änderung des Einzelarbeitsvertrages bedürfte. Die normativen Bestimmungen des GAV sind einseitig zwingendes Recht und gehen somit dem im Einzelarbeitsvertrag Vereinbarten vor, wenn sie für den Arbeitnehmer günstiger sind.

4.5. Rolle der einzelnen Arbeitgeber

4.28. Arbeitgeberseitig ist ausschliesslich der Kanton Solothurn Vertragspartei. Der GAV gilt aber nicht nur für den Kanton. Er gilt vielmehr auch für das Personal «der kantonalen Anstalten (...), für das Personal der im Kanton Solothurn gelegenen und von ihm massgeblich subventionierten oder rechtlich oder wirtschaftlich kontrollierten Spitäler, für das Personal der Zentralbibliothek Solothurn sowie für die Lehrpersonen der Volksschule⁴⁹ und damit auch für Arbeitnehmende der Gemeinden.

4.29. Das § 45^{bis} Abs. 2 StPG sieht diese Ausdehnung allerdings nicht zwingend vor. Diese Bestimmung liesse es somit zu, dass die rechtlich selbständigen, d.h. mit eigener Rechtspersönlichkeit

⁴⁶ § 45^{bis} Abs. 6 StPG.

⁴⁷ § 38 Abs. 1 GAV.

⁴⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 836; VISCHER/ALBRECHT, Art. 356c OR, N 45; VISCHER/MÜLLER, 492 f.; BGE 130 III 19, E. 3.1.2.2.

⁴⁹ § 5 Abs. 1 GAV.

ausgestatteten Anstalten und Körperschaften einschliesslich der Gemeinden nicht dem GAV unterstehen. Da aber das öffentliche Personalrecht gemäss dem StPG durch Gesamtarbeitsvertrag geregelt wird und – wie aufgezeigt⁵⁰ - der Kanton nur einen GAV abschliessen kann, müssten dann diese Anstalten und Körperschaften das Personal mangels eines auf ihre Anstellungsverhältnisse anwendbaren öffentlich-rechtlichen Personalrechts privatrechtlich anstellen. Nur bezüglich der Gemeinden wäre eine öffentlich-rechtliche Anstellung gemäss dem Gemeinderecht möglich.

4.30. Der GAV regelt das interne Verhältnis der verschiedenen arbeitgeberseitig betroffenen Einheiten, Körperschaften und Anstalten nicht. Immerhin hält er fest, dass «die Arbeitgeber und die vertragsschliessenden Personalverbände (...) regelmässig Informationen über ihre Ziele und Absichten» austauschen und «die vertragsschliessenden Personalverbände und die Arbeitnehmenden rechtzeitig über Veränderungen und Neuerungen sowie über geplante strategische und operative Entscheide, die Stellenaufhebungen zur Folge haben können oder Änderungen der Arbeitsbedingungen bzw. der Arbeitsorganisation bewirken», informieren.⁵¹ Der GAV verwendet dabei den Plural «Arbeitgeber». Anspruch auf Informationen von den Personalverbänden hat folglich nicht nur der Regierungsrat als für den Kanton handelndes Organ, sondern auch die einzelnen Arbeitgeberinnen die eigene Rechtspersönlichkeiten sind. Diese sind andererseits auch verpflichtet, die Personalverbände zu informieren und mit ihnen den Austausch zu pflegen.

4.31. Im GAV nicht geregelt, ist aber die Mitwirkung dieser selbständigen Organisationen beim Abschluss des GAV. Dies ist vielmehr die Frage der internen Organisation des Kantons. Ebenfalls im GAV nicht geregelt ist die Mitwirkung der verschiedenen Arbeitgeberinnen in der GAVKO und deren Einbezug bei der Weiterentwicklung des GAV. Auch dies ist eine Frage der internen Organisation auf Arbeitgeberseite, welche richtiger Weise nicht im GAV festgelegt wird. Die Arbeitgeberseite muss frei bleiben, wie sie sich organisieren will.

4.6. Können Arbeitgeber selbständig aus dem GAV ausscheiden?

4.31. Da das Gesetz und der GAV dessen Anwendungsbereich (abschliessend) umschreiben, können einzelne unter den Anwendungsbereich des GAV fallende Arbeitgeberinnen nicht aus dem GAV ausscheiden. Dies wäre nur auf Grund einer Änderung von § 5 Abs. 1 GAV möglich. Diese Bestimmung umschreibt den Anwendungsbereich verbindlich. Dass diese selbständigen juristischen Personen den GAV auch nicht selber kündigen können, wurde bereits dargelegt.⁵²

4.32. Ein Ausscheiden aus dem GAV auf Grund einer Änderung dieser Bestimmung hätte die Frage zur Folge, welche Normen dann die entsprechenden Arbeitsverhältnisse regeln. Eine Regelung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses durch den Kanton ist auf Grund der Regelung in § 45^{bis} StPG so lange nicht möglich, wie sich die Vertragsparteien auf einen GAV geeinigt haben. Eine Anstellung wäre folglich nur privatrechtlich möglich oder für die Gemeinden auf Grund eines von der Gemeinde erlassenen Personalgesetzes.

5. Rechtsstaatlichkeit bezüglich der Gerichte

5.1. In den Anwendungsbereich des GAV fallen auch die Gerichte. Es fragt sich, ob dies rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt. Dabei sind zwei Fragen zu unterscheiden: Zum einen geht es um die Unabhängigkeit der Gerichte und zu andern um die Unvoreingenommenheit.

⁵⁰ Vorn Rz. 4.7. ff.

⁵¹ § 8 Abs. 1 und 2 GAV

⁵² Vorn Rz. 4.20.

5.2. Die Gerichte müssen in erster Linie von den Parteien im Einzelfall unabhängig sein. Es ist nicht zu sehen, wie die Regelung der Arbeitsverhältnisse durch einen Gesamtarbeitsvertrag diese Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte. Dass einzelne Gerichtspersonen Mitglied einer Gewerkschaft sein können, besteht nicht nur, wenn ihre Arbeitsverhältnisse durch einen GAV geregelt sind. Ist in einem Prozess eine Gewerkschaft Partei, sollten Gerichtspersonen, die Mitglied dieser Gewerkschaft sind in den Ausstand. Das ist aber nicht anders, wenn eine politische Partei Prozesspartei ist. Dann sollten auch die Mitglieder dieser Partei nicht als Richter amten.

5.3. Die Gewaltenteilung verlangt zusätzlich, dass die Gerichte auch vom Parlament und der Exekutive unabhängig sind. Dieses Erfordernis wird durch die Regelung der Arbeitsverhältnisse in einem GAV und nicht durch Gesetz oder Verordnung aber eher verstärkt als abgeschwächt. Die Arbeitsbedingungen der an den Gerichten Tätigen wird wegen des GAV politikferner bestimmt, als wenn das Parlament oder die Exekutive die entsprechenden Normen selber erlassen.

5.4. Ob die Unabhängigkeit gewahrt ist, hängt allerdings letztlich nicht davon ab, wer die Arbeitsbedingungen für die Gerichte festlegt, sondern wie diese inhaltlich ausgestaltet sind. Es kommt folglich darauf an, was im GAV für die Gerichte für Arbeitsbedingungen festgelegt werden.

5.5. Gerichte müssen auch unvoreingenommen sein. Ein Richter oder eine Richterin darf nicht in der gleichen Sache bereits einmal entschieden haben, wenn die Sache neu zur Entscheidung kommt. Es geht folglich sicher nicht an, dass eine Gerichtsperson in der paritätischen Schlichtungskommission oder im Schiedsgericht Einsitz hat und, nachdem diese Gremien eine Frage entschieden haben, die gleiche Frage auch in einem Prozess vor Gericht behandelt. Das lässt sich aber ohne weiteres durch organisatorische Massnahmen bei der Besetzung des Gerichts im Einzelfall verhindern.

6. Folgerungen

6.1. Die acht im Auftrag gestellten Fragen können auf Grund der vorstehenden Ausführungen folgendermassen beantwortet werden:

6.1. Frage 1:

«Ist es im Lichte der heutigen Rechtsgrundlagen zulässig, mehrere Gesamtarbeitsverträge mit einzelnen Sektoren (soH, Volksschule und selbständige öff.-rechtl. Anstalten) abzuschliessen und welche konkreten der Rechtsgrundlagen wären gegebenenfalls für den Abschluss von mehreren Gesamtarbeitsverträgen in den genannten Sektoren notwendig?»

6.2. § 45^{bis} StPG handelt nur von *einem* GAV. Damit mehrere GAV auf gleicher Stufe abgeschlossen werden könnten, müsste folglich das Gesetz geändert werden. Möglich wäre es demgegenüber m.E. dass der Kanton *einen* GAV abschliesst, der aber für bestimmte Fragen Vereinbarungen auf Ebene der einzelnen Sektoren vorbehält.

6.2. Frage 2:

«Welches sind die Voraussetzungen für eine Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages und wie gestaltet sich das entsprechende Vorgehen (inkl. Rolle und Kompetenzen von KR und RR)?»

6.3. Wie dargelegt, kann *der Regierungsrat* den GAV kündigen. Mit den üblichen parlamentarischen Instrumenten kann das Parlament auf ihn entsprechend einwirken. Kommt bis ein Jahr nach Ablauf der Kündigungsfrist kein neuer GAV zustande, kann das Parlament gemäss StPG die Frist

verlängern oder entweder dem Regierungsrat die Verordnungskompetenz übertragen oder selber eine Regelung der Arbeitsverhältnisse treffen.

6.3. Frage 3:

«Kann es nach der Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages zu einem vertragslosen Zustand kommen und wie würde sich dieser allgemein auf die Anstellungsbedingungen und die einzelnen Anstellungsverträge auswirken.»

6.4. Ein vertragsloser Zustand tritt ein, wenn sich die Parteien in den 1 ½ Jahren nach Kündigung nicht einigen können und das Parlament die Frist nicht verlängert oder wenn sich die Parteien auch in einer verlängerten Frist nicht einigen können. Hat das Parlament oder der Regierungsrat auf diesen Zeitpunkt das Personalrecht durch Verordnung oder Gesetz geregelt, gilt dann dieses. Insofern sollte kein ungeregelter Zustand auftreten.

6.5. Zu beachten ist allerdings, dass die Arbeitsverhältnisse im Kanton Solothurn durch öffentlich-rechtlichen Vertrag und nicht durch Verfügung begründet werden. Auch wenn der GAV entfällt und nunmehr die Regelung der Arbeitsverhältnisse durch Gesetz oder Verordnung erfolgt sein wird, gelten die bisherigen Arbeitsverträge mit den entsprechenden sich aus dem inzwischen ausgelaufenen GAV ergebenden Arbeitsbedingungen weiter, bis sich die Parteien des Einzelarbeitsvertrages auf neue Bedingungen geeinigt haben.

6.4. Frage 4:

«Wie ist die rechtliche Rolle der einzelnen Arbeitgeber und im Speziellen der soH und der Gemeinden im Kontext des heutigen Gesamtarbeitsvertrages zu beurteilen.»

6.6. Die einzelnen Arbeitgeberinnen sind nicht Vertragspartei des GAV. Dieser ist aber auf Grund der Umschreibung des Anwendungsbereiches auf sie anwendbar. Das ist rechtlich grundsätzlich möglich, weil der Kanton seinen eigenen Einheiten hoheitliche Vorschriften machen kann. Heikel ist dies allenfalls bezüglich der im Kanton Solothurn gelegenen und von ihm massgeblich subventionierten oder rechtlich oder wirtschaftlich kontrollierten Spitäler, soweit diese keine öffentlich-rechtlichen Einrichtungen sind, sondern selbständige privatrechtliche juristische Personen, die auch privatrechtlich auftreten. Allerdings ist es m.E. nicht möglich, dass diese einen selbständigen öffentlich-rechtlichen GAV abschliessen. Es bestünde nur die Möglichkeit, dass diese ihr Personal vollständig privatrechtlich anstellen und entsprechend auch einen privatrechtlichen GAV abschliessen, der in keiner Weise dem kantonalen Recht unterstünde.

6.5. Frage 5:

«Besteht für die einzelnen Arbeitgeber und im Speziellen für die soH heute die Möglichkeit, selbständig aus dem Gesamtarbeitsvertragsverhältnis auszutreten und welche konkreten Rechtsfolgen hätte dies für den Weiterbestand des heutigen Gesamtarbeitsvertrages?»

6.7. Die einzelnen Arbeitgeberinnen und insbesondere die soH kann nicht aus dem Gesamtarbeitsvertrag austreten, weil sie nicht Vertragspartei sind und über die Umschreibung des Anwendungsbereichs in den GAV einbezogen sind. Es wäre demgegenüber möglich, dass der Kanton Solothurn, vertreten durch den Regierungsrat, und die Personalverbände den GAV dahin abändern, dass die Spitäler aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen werden. Ohne Änderung von § 45^{bis} StPG hat der Kanton Solothurn dann aber nicht die Möglichkeit, diese Arbeitsverhältnisse zu regeln.

Vielmehr müssten die Anstellungen in diesen Einheiten dann privatrechtlich erfolgen. Allerdings würden die bestehenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsverträge unverändert weitergelten, bis diese durch die Parteien des Einzelarbeitsvertrages einverständlich den neuen Arbeitsbedingungen angepasst würden.

6.6. Frage 6:

«Ist der Einschluss der Gerichte in den Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages sowie deren Vertretung in der Gesamtarbeitsvertragskommission in rechtsstaatlicher Hinsicht problematisch?»

6.8. Wie vorn dargelegt, ist der Einschluss der Gerichte in den Geltungsbereich des GAV grundsätzlich nicht bedenklich. Allerdings müssen unter Umständen besondere Bestimmungen für die Arbeitsverhältnisse an den Gerichten im GAV aufgestellt werden, um die richterliche Unabhängigkeit zu wahren. Zudem müssen die Gerichte bei der Fallzuteilung darauf achten, dass nicht Personen im Einzelfall mitwirken, die bereits in der Schlichtungskommission oder im Schiedsgericht die sich stellende Frage behandelt haben.

6.7. Frage 7

«Findet die Voraussetzung der Einstimmigkeit unter den Vertragsparteien nach dem heutigen Vertragswerk auf Vertragsanpassungen im besonderen Teil des Vertragswerkes Anwendung?»

6.9. Als Vertrag setzt der GAV und damit auch die Bestimmungen des besonderen Teils voraus, dass sie sowohl arbeitgeber- wie auch arbeitnehmerseitig akzeptiert worden sind. Insofern besteht auf Grund der rechtlichen Natur des GAV der Grundsatz der Einstimmigkeit.

6.10. Weil der GAV vom Regierungsrat im Namen des Kantons abgeschlossen wird, setzt jede Änderung auch voraus, dass der Regierungsrat damit einverstanden ist. Grundsätzlich zählt arbeitgeberseitig letztlich nur seine Meinung. Sinnvoller Weise werden aber beim Inhalt des besonderen Teils das Fachwissen und die Wünsche der einzelnen dem GAV unterstellten Arbeitgeber, Betriebe und Einheiten gefragt sein. Wie diese Anliegen in die Entscheidungsfindung des Regierungsrates einfließen, ist aber nicht im GV geregelt.

6.11. Wie aufgezeigt wäre es aber ohne weiteres möglich, im GAV die Kompetenz für gewisse Regelungen an die Sozialpartner der einzelnen Einheiten zu delegieren, so dass diese innerhalb des Rahmens des GAV für ihren Bereich mit den Sozialpartnern Sonderregelungen treffen könnten. Dafür müsste aber der GAV angepasst werden. Im geltenden GAV ist dies nicht vorgesehen.

6.8. Frage 8:

«Welche Rollen bzw. welche Kompetenzen kommen den vom Geltungsbereich des öffentlichen Personalrechts erfassten Körperschaften nach einer Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages zu (insb. soH, AKSO, IVSO, SGV und übrige öffentlich-rechtliche Körperschaften und Stiftungen) zu?»

6.12 Gemäss dem StPG schliesst der Regierungsrat im Namen des Kantons den GAV ab. Folglich organisiert auch er die Verhandlungen mit den Arbeitnehmerverbänden, sobald der GAV gekündigt ist. Die GAVKO hat unter Anderem die Aufgabe der Weiterentwicklung des GAV. In § 10 GAV wird ihr aber nicht die Aufgabe der Neuverhandlung nach einer Kündigung übertragen. Insofern ist der Regierungsrat frei, wie er den Einbezug der verschiedenen Arbeitgeber und Institutionen in die Verhandlungen organisieren will. Können sich die Sozialpartner nicht auf einen neuen GAV einigen,

muss eine Schlichtungskommission angerufen werden.⁵³ Diese besteht dann aus drei Mitgliedern, wobei arbeitgeberseitig nur der Kanton ein Mitglied benennt.⁵⁴ Die anderen Arbeitgeberinnen sind somit nicht direkt beteiligt. Wenn das Schlichtungsverfahren ergebnislos endet, ist das Parlament bzw. der Regierungsrat am Zuge. Die übrigen Arbeitgeberinnen und Institutionen haben folglich keine direkte, garantierte Mitwirkung, soweit das Gesetzgebungsverfahren nichts anderes vorsieht. Es bleibt bei der grundsätzlichen Einheitlichkeit des Personalrechts gemäss § 2 StPG.

*

Minusio, 29.2.2024

Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser

Literatur:

THOMAS GEISER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrs.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;

THOMAS GEISER, Rechtliche Hinderenisse zur Einführung einere vereinheitlichten Regelung der Arbeitsverhältnisse, in: Dunand/Mahon/Perrenoud (Hrsg.) Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Genève/Zurich/Bâle 2016 S. 279 ff. ;

THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 2010, S. 1 ff.;

THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019;

PASCAL MAHON, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;

ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, Zürich 2001;

WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar OR Bd. I, 2020,

FRANK VISCHER/ANDREAS C. ALBRECHT, Zürcher Kommentar OR, 2006;

FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014;

KLAUS VALLENDER/PETER HETTICH, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, Zürich/St. Gallen 2023:

HENRY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, Bern 2019 ;

HENRI ZWAHLEN, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971.

⁵³ § 45^{bis} Abs. 5 StPG.

⁵⁴ § 23 Abs. 2 GAV.