

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser
c/o Institut für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis IRP-HSG Bodanstrasse 4
CH-9000 St. Gallen Tel: +41 71 224 28 23
Mobil: +41 78 686 20 35
E-Mail: thomas.geiser@unisg.ch

Gutachten zur Funktion des Personalamtes im Bereich der Spitäler des Kantons Solothurn

Inhalt

1.	Ausgangslage und Auftrag	2
1.1.	Ausgangslage	2
1.2.	Auftrag	2
2.	Auslegung der Funktionszulage (§ 140 GAV)	3
2.1.	Auslegungsregeln	3
2.2.	Text	4
2.3.	Grammatikalische Auslegung	4
2.4.	Weitere Auslegungsmethoden	5
2.4.1.	Systematische Auslegung	5
2.4.2.	Historische Auslegung	6
2.4.3.	Teleologische Auslegung	6
2.5.	Folgerung	6
2.5.1.	Geltung des GAV	6
2.5.2.	Wirkung des GAV	7
3.	Aufsichts- und Weisungsrechts des Personalamtes	7
3.1.	Rechtsgrundlagen	7
3.2.	Aufsichtsrecht	10
3.2.1.	Text	10
3.2.2.	Grammatikalische Auslegung	11
3.2.3.	Systematische Auslegung	12
3.2.4.	Historische Auslegung	13
3.2.5.	Teleologische Auslegung	14
3.2.6.	Selbständigkeit der soH AG	14
3.2.7.	Folgerung	15
3.3.	Weisungsrecht	15
3.3.1.	Regeln des kantonalen Personalrechts	15
3.3.2.	Selbständigkeit der soH AG	16
3.4.	Good Governance	17
4.	Folgerungen	19

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. Diese Rechtsnormen gelten nicht nur für die direkt vom Kanton Angestellten, sondern auch für die Mitarbeitenden der Gemeinden im Schulbereich und von gewissen rechtlich verselbständigen Unternehmen des Kantons, namentlich gelten sie auch für die Solothurner Spitäler AG (soH AG). Allerdings enthalten diese Erlasse für die Spitäler gewisse Sonderregeln.

1.2. Offenbar besteht eine Unsicherheit, ob in der soH AG die personalrechtlichen Normen immer eingehalten worden sind und der Verwaltungsrat der soH AG leitete eine Untersuchung ein. Auf Grund des entsprechenden Berichts beauftragte der Regierungsrat mit Beschluss vom 12. November 2024 das Personalamt mit diversen Prüfungshandlungen und Abklärungen sowie ein Aufsichtskonzept ausarbeiten zu lassen.

1.2. Auftrag

1.4. Das Finanzdepartement beauftragte mich in diesem Zusammenhang, zu folgenden Punkten ein Gutachten zu verfassen:

1. *Auslegung Funktionszulage: Die rechtliche Auslegung der Anwendung von Funktionszulagen gemäss § 140 GAV auf «höhere Funktionen» ist vorzunehmen und deren eindeutige Anwendung in der Praxis festzulegen. Bei Bedarf ist die Gesamtarbeitsvertragskommission im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäss § 10 GAV beizuziehen.*

§ 140 Abs. 1 GAV beinhaltet die Umschreibung «höhere Funktion». Um die Bedeutung dieser Umschreibung ermitteln zu können, ist diese grammatikalisch, systematisch, historisch und teleologisch auszulegen.

2. *Auslegung PRV und RVOG: Gemäss § 16^{bis} PRV hat das Personalamt zur Gewährleistung der einheitlichen Anwendung der personalrechtlichen Bestimmungen gegenüber den dezentralen Anstellungsbehörden und den Ämtern ein Aufsichts- und Weisungsrecht.*

- a. *In § 26 Abs. 3 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und Verwaltung (RVOG, BGS 122.111) ist die Aufsicht des Regierungsrates über die mittelbare Verwaltung, zu der die soH gehört, geregelt. Die Verantwortlichkeiten, Kompetenzen, Aufgaben und Abläufe zur Umsetzung dieser Bestimmungen sollen in einem Konzept neu festgelegt werden.*

- b. *Die Bedeutung von § 16^{bis} PRV ist nach den vier Methoden der Auslegung zu bestimmen. Dabei sind namentlich folgende Fragestellung zu beantworten: Wie kam es zu der Bestimmung in § 16^{bis} PRV? Wie müsste diese Bestimmung korrekt umgesetzt werden? Welche Rollen, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten ergeben sich daraus? Wie ist diese Umsetzung unter den Gesichtspunkten einer Good Governance und im Vergleich zu Best Practice Beispielen anderer öffentlicher Arbeitgeber aus heutiger Sicht zu beurteilen? Werden aus heutiger Sicht Anpassungen an der Bestimmung empfohlen?*

- c. *Die Bedeutung von § 26 Abs. 3 und § 27 Abs. 2, 3 und 3^{bis} RVOG sind nach den vier Methoden der Auslegung zu bestimmen. Dabei sind namentlich folgende Fragestellung zu beantworten: Wie müsste diese Bestimmung korrekt gemäss Wortlaut umge-*

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

setzt werden? Welche Rollen, Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten ergeben sich daraus? Wie ist diese Umsetzung unter den Gesichtspunkten einer Good Governance und im Vergleich zu Best Practice Beispielen anderer öffentlicher Arbeitgeber aus heutiger Sicht zu beurteilen? Werden aus heutiger Sicht Anpassungen an den Bestimmungen empfohlen?

2. Auslegung der Funktionszulage (§ 140 GAV)

2.1. Auslegungsregeln

2.1. Für die Auslegung eines GAV ist danach zu unterscheiden, ob es sich um schuldrechtliche, indirekt-schuldrechtliche oder normative Bestimmungen handelt.² Schuldrechtliche Bestimmungen werden nach den Regeln zur Vertragsauslegung beurteilt: Primär ist der Wortlaut massgebend, sekundär der subjektive Wille der Vertragsparteien und die Umstände des Vertragsabschlusses; zudem gilt die Unklarheitsregel, wonach die Bestimmung im Zweifelsfall zu Lasten derjenigen Partei auszu-legen ist, welche die Bestimmung formuliert hat. Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen werden wie normative Bestimmungen ausgelegt.³ Normative Bestimmungen werden nach den Regeln zur Gesetzesauslegung beurteilt: Soweit die übrigen Auslegungsmethoden zu keinem Ergebnis führen, so dass auf den tatsächlichen historischen Willen des Gesetzgebers abzustellen ist, gilt es den Willen der Vertragsparteien zu ermitteln; allerdings muss der Vertragswille auch einer objektiven Auslegung nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Ratio standhalten.⁴

2.2. Vorliegend geht es um eine normative Bestimmung des Gesamtarbeitsvertrages. Sie ist folglich nach den für Gesetze geltenden Regeln auszulegen.

2.3. Das Bundesgericht wendet bei der Gesetzesauslegung einen Methodenpluralismus an.⁵ Dennoch geht das Bundesgericht vom Wortlaut einer Bestimmung aus. Grundsätzlich nur wenn der Text nicht klar ist, bzw. verschiedene Interpretationen möglich sind, ist auf weitere Auslegungsmethoden zurückzugreifen. Es ist nach der wahren Tragweite der Bestimmung unter Berücksichtigung aller Auslegungselementen zu suchen. Namentlich sind der Zweck der Norm und die dem Text zugrunde liegenden rechtspolitischen Wertungen zu ergründen. Dabei darf man nicht am Wortlaut kleben. Von einem klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf aber nur aus triftigen Gründen abgewichen werden. Der Sinn der Norm, der sich aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergibt, kann ein wichtiger Hinweis darauf sein, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.⁶ Solche Hinweise kann auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung liefern. Bei der Auslegung neuerer Gesetze kommt deshalb den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen als bei älteren Gesetzen.⁷ Das setzt allerdings voraus, dass es solche in zugänglicher Form überhaupt gibt. Zudem ist deren statischer Charakter zu beachten. Der Wortlaut eines Gesetzes kann geändert werden, jener der Materialien nicht. Allerdings schränkt das Bundesgericht die Abweichung vom Wortlaut selbst bei der objektiv-zeitgemässen Auslegung insofern ein, als einer Gesetzesbestimmung nur dann ein vom Willen des historischen Gesetzgebers abweichender Sinn beigelegt wer-

² Vgl. STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 356 OR N. 15; ausführlich RUDOLPH, Richterliche Rechtsfindung, Rz. 240 ff.

³ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Art. 356 OR N. 15 mit der Begründung, dass sie die Pflichten am Vertrag nicht beteiligter Dritter festlegen.

⁴ vgl. BGE 136 III 283 E. 2.3.1; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 858a.

⁵ EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N. 194 ff.

⁶ BGE 138 II 107 f. E. 5.2; BGE 138 III 168 E. 3.2; BGE 138 III 361 E. 6.2.; BGE 139 III 100 E. 3.1.

⁷ BGE 140 III 214 S. E. 3.5.4; BGE 140 II 292 E. 3.2, BGE 140 II 131 E. 3.2; BGE 140 II 87 E. 2.5.3; BGE 139 III 100 E. 3.1; BGE 139 V 68 E. 2.2; BGE 138 II 453 E. 13; BGE 138 V 94 E. 5.1; BGE 133 III 499 E. 4.1.

den darf, wenn dieser infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und diese Auslegung noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar erscheint.⁸ Von mehreren möglichen Auslegungen ist jene zu wählen, welche die verfassungsmässigen Vorgaben am besten berücksichtigt.⁹ Die Verfassung gibt die von allen staatlichen Organen zu beachtende rechtspolitische Wertung vor.

2.2. Text

2.4. § 140 GAV lautet in der Fassung vom 8. Juni 2010:

«§ 140. Funktionszulage

1 Arbeitnehmende, die vorübergehend, aber während mehr als zwei Monaten ununterbrochen Aufgaben einer höheren Funktion ausüben müssen, haben Anspruch auf eine Funktionszulage. Sie bemisst sich nach dem Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben.

2 Das Personalamt setzt auf Antrag des zuständigen Departementes die Funktionszulage fest. Für das Spitalpersonal ist der Spitaldirektor oder die Spitaldirektorin zuständig.»

2.5. Die Bestimmung steht innerhalb der Normativen Bestimmungen im Kapitel D. zum Inhalt des Anstellungsverhältnisses unter «2. Rechte des Arbeitnehmenden», «c. Lohn, Kinderzulage, Spesenentschädigung und Treuprmie», «1. Lohn», «1.3. Funktionszulage».

2.3. Grammatikalische Auslegung

2.6. Für die Gewährung einer Funktionszulage sieht § 140 GAV SO vier Voraussetzungen vor, die kumulativ erfüllt sein müssen:

- Es müssen zusätzlich oder an Stelle der bisherigen Arbeiten Aufgaben übernommen werden, die nicht den bisherigen Pflichten des Arbeitnehmers entsprechen.
- Diese Veränderung der Tätigkeit darf nur vorübergehend sein, d.h. es muss die Absicht bestehen, dass sich der Arbeitnehmer nach einer gewissen Zeit auf seine bisherige Tätigkeit beschränkt, d.h. diese Arbeiten wieder abgeben kann.
- Diese Aufgaben müssen aber während mehr als zwei Monaten ununterbrochen ausgeübt werden.
- Es muss sich dabei um Aufgaben einer höheren Funktion handeln.

2.7. Das letzte Erfordernis bereitet offenbar Auslegungsschwierigkeiten. Die Bestimmung handelt von «einer höheren Funktion» damit verwendet sie einen Komparativ. Es ist somit zu klären, womit verglichen wird. Das Wort «höher» kommt im GAV SO 32-mal vor:

- § 43, § 70 § 139 Abs. 4 und § 200 Abs. 3 GAV SO handeln vom «nächst höheren Vorgesetzten» (und der entsprechenden weiblichen Form);
- § 109 GAV SO handelt von «höherer Gewalt»;
- § 132 GAV SO erlaubt ausnahmsweise die Einstufung in einer tieferen Einstiegsklasse, wenn «eine wesentlich höher eingereihte Funktion mit anfänglich beschränkter Verantwortung übernommen wird»¹⁰;
- § 205 GAV SO regelt die Beteiligung des Arbeitgebers an der Finanzierung der AHV-

⁸ BGE 141 II 272 f. E. 4.2; BGE 137 II 172 ff. E. 4.4; BGE 125 II 213 E. 4d/bb.

⁹ BGE 141 II 273 E. 4.2.; BGE 137 II 170 f. E. 4.1; BGE 136 II 154 E. 3; vgl. auch: **WIEDERKEHR/RICHLI**, S. 327 ff. Rz. 936 ff.

¹⁰ § 132 Bst. d GAV SO.

Ersatzrente und erlaubt diese nur wenn der Lohn «vor dem Altersrücktritt nicht höher war als der Maximallohn in der Lohnklasse 12». Der Paragraph enthält dann noch weitere entsprechende Beschränkungen;

- Das Wort kommt im Weiteren im Anhang 1 im Zusammenhang mit dem Grundlohn und Einreihungsplan (§ 128 GAV) sowie in § 453, § 464, § 498 und § 506 GAV SO vor, wo es regelmässige um «höhere Fachhochschulen» geht.
- § 242 GAV SO handelt von der «nächst höheren Lohnklasse»;
- In § 383^{bis}, 440^{bis} und § 496^{bis} GAV SO geht es sodann um die «Höhereinreihungen nach neuem Recht» im Rahmen der Übergangsbestimmungen;
- Einen Bezug zur Funktion eines Mitarbeitenden findet das Wort in § 499 GAV SO, der von der Einreihung der Lehrbeauftragten handelt. Dort heisst es in Absatz 2: «Lehrbeauftragte aus einem anderen Schulbereich, welche ihre Funktion während mindestens fünf Jahren ausgeübt haben, übernehmen die der bisherigen Funktion entsprechende Lohnklasse, sofern diese höher liegt als die Einreihung nach Absatz 1.»

2.8. Von der höheren Gewalt und den höheren Fachhochschulen abgesehen, geht es folglich immer entweder um den «nächst höheren Vorgesetzten», um die Einstufung in einer höheren Lohnklasse als der eigentlich massgeblichen oder um eine höhere Funktion als die bisherige oder neue. Es geht folglich immer um eine anspruchsvollere Funktion als die vorher oder neu gegebene.

2.9. Der Ausdruck «höher» ist im Sinne einer höheren Funktions- bzw. Lohnstufe als jener zu verstehen, *die für die Basisarbeit* gilt. Es besteht keinerlei Hinweis darauf, dass im GAV das Wort «höher» im Sinne von einer höheren Belastung oder gar nur einer grösseren Arbeitsleistung zu verstehen wäre. Dies wird auch durch den Umstand bestärkt, dass das Wort «höher» zusammen mit «Funktion» steht.

2.10. Aus dem Zusammenhang der beiden Wörter «Funktion» und «höher» ergibt sich auch schon sprachlich, dass die Übernahme von weiteren Aufgaben einer Funktion, die auf gleicher Stufe ist, nicht Anspruch auf eine entsprechende Zulage geben kann. Andernfalls wäre das Wort «höher» überflüssig.

2.4. Weitere Auslegungsmethoden

2.11. Ist der Wortlaut klar und bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass er den wahren Sinn der Regelung nicht wiedergäbe, besteht grundsätzlich kein Anlass zu weiteren Auslegungsmethoden zu greifen. Dennoch wird im Folgenden kurz darauf eingegangen.

2.4.1. Systematische Auslegung

2.12. Die Bestimmung steht systematisch im Zusammenhang mit der Regelung der Löhne. Es geht folglich darum, den innerhalb des Lohnsystems richtigen Lohn festzusetzen. Das zu regelnde Problem besteht darin, dass jemand eine Arbeit ausführt, für die eine höhere Entlohnung vorgesehen ist, als jene, welche der betreffende Arbeitnehmer gemäss seiner Einstufung bekommt. Da diese Arbeit nur vorübergehend ausgeführt wird, ist keine Neueinstufung der Stelle vorgesehen, sondern nur eine ebenso temporäre Zusatzvergütung. Das setzt aber voraus, dass die nun vorübergehend ausgeführte Tätigkeit eigentlich von einer Person auszuführen wäre, die höher eingestuft ist als die sie nun ausführende.

2.13. Diese systematischen Überlegungen bestätigen die sich aus der grammatikalischen Interpretation ergebenden Folgerung. Ein Anspruch auf die Zulage besteht nur, wenn die nunmehr übernommenen Arbeiten die Aufgaben eines in einer höheren Klasse eingeordneten Mitarbeiters sind und nun

von jemandem übernommen werden, der tiefer eingestuft ist. Es kann sich nicht um Aufgaben handeln, die gewöhnlich von jemandem auf gleicher Stufe ausgeübt werden.

2.4.2. Historische Auslegung

2.14. ffentlich zugängliche Materialien zur Entstehung dieser Bestimmung im GAV gibt es nicht. Damit können allfällige abweichende Überlegungen der Sozialpartner auch keine Bedeutung für die Auslegung haben, insbesondere wenn sie sich in keiner Weise im Wortlaut der Bestimmung niedergeschlagen haben. Massgeblich ist immer der nach rechtsstaatlichen Grundsätzen erlassene Normtext, nicht geheime Vorstellungen der normsetzenden Personen.

2.4.3 Teleologische Auslegung

2.15. Wie bereits im Rahmen der systematischen Auslegung dargelegt, geht es bei dieser Bestimmung um die Einpassung einer vorübergehenden Funktionsänderung einer Person in das Lohnsystem. Erfasst werden die veränderten Aufgaben, nicht eine Mehrarbeit bzw. eine Mehrbelastung. Mit der zeitlichen Mehrbelastung befassen sich die § 350, 412^{bis} und 463^{bis} GAV SO.¹¹ Zudem sieht § 55^{bis} GAV SO vor, in welchem Umfang eine Änderung des Anstellungsgrades angenommen werden muss.

2.16. Um besonderen Belastungen innerhalb der zugewiesenen Funktion Rechnung zu tragen, kennt der GAV andere Instrumente als die Funktionszulage. Besonderen Belastungen kann mit einem Leistungsbonus Rechnung getragen werden.¹² Zudem sehen die § 141 ff. GAV SO Zuschläge für inkonveniente Dienste vor. Es entspricht folglich nicht dem Zweck von § 140 GAV SO die Übernahme von zusätzlichen Aufgaben auf gleicher oder gar tieferer Funktionsstufe zu vergüten.

2.5. Folgerung

2.17. Es ergibt sich folglich, dass Anspruch auf eine Funktionszulage nur haben kann, wer vorübergehend Funktionen wahrnimmt, die ordentlicherweise von einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin ausgeübt werden, die höher eingestuft ist, als der Ansprecher.

2.18. Zu Prüfen ist aber schliesslich, ob der vom Regierungsrat im Namen des Kantons abgeschlossene GAV SO überhaupt auf die privatrechtlich organisierte soH AG anwendbar ist und was dies konkret bedeutet.

2.5.1. Geltung des GAV

2.19. Partei eines privatrechtlichen GAV sind nach Art. 356 Abs. 1 OR «Arbeitgeber oder deren Verbnde». Gemäss Art. 356b OR können sich einzelne Arbeitgeberinnen mit Zustimmung der Vertragsparteien dem Gesamtarbeitsvertrag anschliessen und gelten dann als Beteiligte. Im Gesetz nicht vorgesehen ist, dass eine Muttergesellschaft eines Konzerns einen GAV abschliesst, der dann auch für die Arbeitsverhältnisse der Tochtergesellschaften gelten soll. Eine Geltung für die Tochtergesellschaften kommt nur zu Stande, wenn die Tochtergesellschaften sich dem GAV gemäss Art. 356b OR anschliessen. In der Praxis kommen Konzern-GAV allerdings häufig vor.¹³

2.20. Es liegt nun allerdings nicht ein privatrechtlicher GAV vor, sondern ein öffentlich-rechtlicher

¹¹ Vgl. dazu auch § 78 und § 251 GAV SO.

¹² § 134 GAV SO.

¹³ Vgl. zum Ganzen: GEISER/UHLIG, ZBJV 2010, S. 1 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356 OR N. 2; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 799a.

gemäss dem kantonalen Recht. Vorgesehen ist dieser in § 45^{bis} StPG. Die Bestimmung des OR und damit auch die Art. 356 ff. OR kommen nur subsidiär zur Anwendung, soweit das kantonale Recht bezüglich des GAV keine anderen Regeln enthält. Eine solche Sonderregelung enthält § 45^{bis} StPG indem der GAV nach dieser Bestimmung nicht nur für die Angestellten des Kantons, sondern in einem gewissen Umfang auch anderer Arbeitgeber gilt, nämlich die Gemeinden und gewisse in eigene Körperschaften ausgegliederte Betriebe, insbesondere die soH AG. Darf und muss die Anstellung in der soH AG öffentlich-rechtlich erfolgen, kommt auch diese Ausdehnungsbestimmung bezüglich der Wirkung des GAV zur Anwendung. Diese Regelung ist nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer, sondern sehr wohl auch im Interesse der Arbeitgeberin. Nach Art. 346 Abs. 1 OR gilt nämlich ein privatrechtlicher GAV solange er nicht allgemeinverbindlich erklärt worden ist, nur für die «beteiligten» Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer. D.h. auch wenn die Arbeitgeberin dem GAV untersteht, gelten seine normativen Bestimmungen nur für die Arbeitnehmer, die ihrerseits Mitglied eines am GAV beteiligten Verbandes sind oder sich individuell freiwillig dem GAV angeschlossen haben. Für Mitarbeitende, die nicht auch Gewerkschaftsmitglied sind, gilt er nicht.¹⁴

2.21. Vorliegend geht es indessen um einen öffentlich-rechtlichen GAV, der die Bestimmungen enthält, die in anderen Kantonen im Personalgesetz und den entsprechenden Verordnungen enthalten sind. Gemäss § 45^{bis} Abs. 2 StPG gilt der GAV «grundsätzlich für sämtliches Personal». Aus dem Zusammenhang unter «Personal» alle jene Personen zu zählen, die in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis im Sinne des StPG stehen, somit auch das Personal der soH AG. In Abweichung zu den privatrechtlichen Bestimmungen über den GAV gelten diese Personen als «beteiligte», obgleich weder ihre Arbeitgeberin, die soH AG Vertragspartei des GAV ist, noch der einzelne Mitarbeiter einer am GAV beteiligten Gewerkschaft angehört. Kann der Kanton eine ihm zu 100% gehörende und eine öffentliche Aufgabe erfüllende privatrechtliche Aktiengesellschaft berechtigen, ihre Mitarbeitenden nach dem kantonalen öffentlichen Recht anzustellen, muss er auch eine entsprechende Regelung für den GAV gültig aufstellen können.

2.5.2. Wirkung des GAV

2.22. Privatrechtliche Arbeitsverträge können nur einseitig zwingende Bestimmung aufstellen. Gemäss Art. 357 Abs. 2 OR sind abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer immer möglich. Das Günstigkeitsprinzip ist zwingend.¹⁵ Handelt es sich um einen Staatsbetrieb ist jedoch das Legalitätsprinzip zu beachten. 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. Insofern enthält er nicht nur Mindestbedingungen, sondern die für das Arbeitsverhältnis geltenden Regeln. Damit darf die soH AG ihren Arbeitnehmern keine Funktionszulagen ausrichten, wenn die im GAV festgelegten Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind. Es handelt sich zwar um eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung. Es fehlt aber die Rechtsgrundlage für die Ausrichtung. Eine entsprechende Leistung verstiesse gegen das Legalitätsprinzip.

3. Aufsichts- und Weisungsrechts des Personalamtes

3.1. Rechtsgrundlagen

3.1. Grundlage für die Organisation der Exekutive des Kantons Solothurn ist das «Gesetz über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Regierungs- und Verwaltungsorganisations-

¹⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 837 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356 OR N. 2.

¹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 356 OR N. 7 und Art. 357 OR N. 3.

gesetz RVOG) Vom 7. Februar 1999».¹⁶ Dieses unterscheidet zwischen der Zentralverwaltung,¹⁷ der Amteiverwaltung¹⁸ und der mittelbaren Verwaltung,¹⁹ bei der grundsätzlich nur die Aufsicht geregelt ist. Die Solothurner Spitäler AG gehört zur mittelbaren Verwaltung. Für die Arbeitsverhältnisse bildet das «Gesetz über das Staatspersonal vom 27. September 1992»²⁰ namentlich dessen § 45 bezüglich der Besoldung, die Rechtsgrundlage. Zu beachten ist im vorliegenden Zusammenhang zudem die «Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung; PRV) vom 25. Juni 2007»²¹, welche die Zuständigkeiten im Personalwesen regelt.²²

3.2. Die Arbeitsverhältnisse der soH AG unterstehen dem Gesetz über das Staatspersonal.²³ Allerdings sind die Spitäler ermächtigt, mit den Chefärzten und Chefärztinnen sowie den leitenden Ärzten und Ärztinnen zusätzlich vertragliche Regelungen zu treffen.²⁴ Das bedeutet, dass diese Vereinbarungen von den Regeln des Staatspersonalgesetzes abweichen können. Andernfalls hätte die Bestimmung keinen Sinn. Ob diese Vereinbarungen dann immer noch dem kantonalen öffentlichen Recht oder dem Bundesprivatrecht unterstehen, braucht hier nicht geprüft zu werden.

3.3. Die Anstellungsbefugnis kann der Regierungsrat an die Spitäler AG delegieren,²⁵ was auch erfolgt ist.²⁶ Welche Kompetenzen damit an die Spital AG gehen, wird in § 19 Abs. 2 PRV allerdings nicht abschliessend umschrieben. Eine wesentliche Kompetenzabgrenzung findet sich jedoch in § 21 PRV. Gemäss dieser Bestimmung ist für die zusätzlichen vertraglichen Regelungen mit dem oder der CEO und den ärztlichen Direktoren oder Direktorinnen der Regierungsrat zuständig, während die entsprechenden Vereinbarungen mit den Chefärzten und Chefärztinnen sowie den leitenden Ärzten und Ärztinnen von der Spital AG selber abgeschlossen werden können.

3.4. Vorliegend ist schliesslich zu beachten, dass es sich bei der soH AG um eine eigene Rechtspersönlichkeit in der Form einer privatrechtlichen AG handelt, die allerdings zu 100% im Eigentum der öffentlichen Hand steht und öffentliche Aufgaben erfüllt. Das steht einer öffentlich-rechtlichen Anstellung allerdings nicht entgegen.²⁷ Gestaltet der Kanton für seine Aufgaben eine Einheit als selbständige privatrechtliche AG aus, kann er sehr wohl diese berechtigen bzw. verpflichten, das Personal öffentlich-rechtlich anzustellen. Allerdings bedarf es dafür einer gesetzlichen Grundlage. Zudem muss es sich um eine der öffentlichen Hand zuzurechnende Organisation handeln. Das setzt eine Beherrschung durch den Staat voraus und, dass die entsprechende privatrechtliche Organisation eine Tätigkeit ausübt, welche zu den Aufgaben des entsprechenden Gemeinwesens gehört. Das trifft vorliegend zu, da die soH AG zu 100% im Eigentum des Kantons Solothurn steht und das Spitalwesen eine kantonale Kompetenz ist.²⁸

3.5. Allerdings müssen auch die Regeln des Aktienrechts berücksichtigt werden. Dieses enthält eine teilweise zwingende Kompetenzordnung²⁹. Die kantonale Gesetzgebung kann die im Bundesprivatrecht festgelegte Kompetenzordnung und Regelung der Verantwortlichkeiten, soweit sie zwin-

¹⁶ BGS 122.111.

¹⁷ § 16 f. RVOG.

¹⁸ § 19 ff. RVOG.

¹⁹ § 26 f. RVOG.

²⁰ BGS 226.1.

²¹ BGS 126.31.

²² § 15 ff. PRV.

²³ § 2 Abs. 1 SPG; § 18 Abs. 1 PRV; § 19 Abs. 3 SpitG.

²⁴ § 2 Abs. 3 SPG.

²⁵ § 19 Abs. 3 SPG.

²⁶ § 19 Abs. 1 PRV.

²⁷ Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 201, FN 375.

²⁸ Art. 117a BV; vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSHE/TAG, Rz. 22.

²⁹ Vgl. insb. Art. 716, Art. 716a Abs. 1 und Art. 716b Abs. 1 OR.

gend ist, nicht abändern. Das Bundesrecht geht dem kantonalen Recht vor.³⁰ Allerdings behält das Bundesrecht durchaus Abweichungsmöglichkeiten vor. So erlaubt die Art. 716 Abs. 2 OR es dem Verwaltungsrat, die Geschäftsführung zu übertragen. Die Übertragung kann ganz oder teilweise an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an Dritte erfolgen.³¹ Für börsenkotierte Aktiengesellschaften lässt das Gesetz sogar ausdrücklich die Übertragung auf eine selbständige juristische Person zu.³²

3.6. Das Bundesprivatrecht hindert nicht, dass die Eigentümerin unter gewissen Voraussetzungen namentlich mit Bezug auf die Arbeitsverhältnisse Einfluss nimmt. Die Sach- und Rechtslage ist keine andere als bei Konzernstrukturen, wenn die Konzernmutter für einheitliche Verhältnisse in den Konzerntöchter sorgt.³³ Dass mehrere selbständige Aktiengesellschaften unter einer *einheitlichen* Leitung stehen können, ergab sich bis zur Revision des Aktienrechts ausdrücklich aus der gesetzlichen Definition des Konzerns.³⁴ Mit der Revision wurde für die Verpflichtung zu einer Konzernrechnung die Definition in Richtung Kontrolle verschoben.³⁵ Das hat aber nichts daran geändert, dass sich der Konzern durch die Unterordnung von einer oder mehreren juristisch selbständigen Unternehmen unter ein leitendes Unternehmen definiert.³⁶ Zentrale Eigenschaft eines Konzerns ist, dass die Tochtergesellschaften auf Grund der Beherrschung durch die Konzernmutter nur eine beschränkte u.U. nur minimale Autonomie haben.³⁷ Diese beschränkt auch die Handlungsmöglichkeiten des Verwaltungsrates der Tochtergesellschaft in mehr oder weniger grossem Ausmass. Das ist nicht unbedenklich, aber unbestrittener Massen rechtlich zulässig.³⁸

3.7. Bei einer Konzernierung von Unternehmen ist allerdings bezüglich des Handelns der Tochtergesellschaften und ihrer Organe zwischen dem Können und dem Dürfen zu unterscheiden. Weil es sich um selbständige juristische Personen handelt, *können* ihre Organe gemäss dem für sie geltenden Bundesprivatrecht rechtsverbindlich handeln. Soweit sie nicht der Muttergesellschaft entsprechende Vollmachten ausgestellt haben, können auch nur die Organe der Töchter und nicht jene der beherrschenden Mutter für die Tochtergesellschaft rechtsverbindlich handeln. Die Konzernmutter kann aber mit den Mitgliedern der Organe der Konzerntochter vereinbaren, dass diese Personen gemäss den Weisungen der Konzernmutter zu handeln haben. Mit ihren eigenen Handlungen verstossen die Organe der Tochtergesellschaft dann möglicherweise gegen die Weisungen der Muttergesellschaft, d.h. gegen ihr *Dürfen*. Die entsprechenden Rechtsgeschäfte sind dennoch zwischen der Tochter und den Dritten gültig. Die Muttergesellschaft kann die Organe der Tochtergesellschaft, die weisungswidrig gehandelt haben, sanktionieren, sofern sie sich solche Möglichkeiten mit den Mitgliedern der Organe vertraglich gesichert hat. Selbstverständlich hat die Muttergesellschaft auch die Möglichkeit auf Grund von ihren Aktionärsrechten den Verwaltungsrat abzuberufen und loyale Personen zu wählen. Entsprechend ist es auch immer zentral, wer formelle Arbeitgeberin der Organpersonen der Tochtergesellschaft ist.³⁹ Nur ihr stehen die Rechte aus dem Arbeitsvertrag zu. Das gilt grundsätzlich auch, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstellung handelt, soweit das Personalrecht nichts anderes bestimmt.

3.8. Handelt es sich bei der Mutter um die öffentliche Hand, kann eine solche Absicherung statt durch Vertrag zwischen der Konzernmutter und den einzelnen Mitgliedern der Organe der Tochter

³⁰ Art. 49 Abs. 1 BV.

³¹ Art. 716b OR.

³² Art. 716b Abs. 2 OR.

³³ Zum Konzernarbeitsrecht vgl. GEISER/UHLIG, ZBJV 2003, S. 757ff. GEISER, AJP 12/2020, S. 1512 ff.

³⁴ aArt. 663e Abs. 1 OR; NEUHAUS/BLÄTTLER, Art. 663e OR N. 8 ff.; BAUDENBACHER, vor Art. 620 OR, N. 19 ff.; DRUEY/JUST/GLANZMANN, § 1, N. 82 ff.

³⁵ Art. 963 OR.

³⁶ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Rz. 9.7.

³⁷ MÜLLER, Rz. 3.4.

³⁸ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Rz. 9.7.

³⁹ Vgl. WINDBICHLER, S. 67 ff.; SCHILDKNECHT, S. 31; MÜLLER, Rz. 3.6. ff.

auch durch ein kantonales Gesetz oder eine Verordnung erfolgen. Das ist vorliegend geschehen. Entsprechend hält § 26 Abs. 2 RVOG bezüglich dem Verhältnis zwischen den Mitgliedern der Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung fest: «Einzelheiten regelt das von der Wahlbehörde erlassene Pflichtenheft.» Daraus ist zu schliessen, dass ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem Kanton als Eigner und den in den rechtlich selbständigen Einheiten eingesetzten Organpersonen besteht. Zur Durchsetzung der Weisungen sieht der gleiche Paragraph vor, dass «der Regierungsrat deren Entscheide aufheben und allenfalls einen neuen Entscheid verlangen» kann.⁴⁰ Da es sich bei der soH AG um eine juristische Person des Bundesprivatrechts handelt und im Bundesrecht die Kompetenzen der Organe festgelegt sind, kann das kantonale Recht die organisatorischen Regeln des Aktienrechts nicht ändern. Das gilt insbesondere für die Zuständigkeitsordnung. Entsprechend kann auf Grund des Bundesrechts der Regierungsrat entgegen § 26 Abs. 3 RVOG einen Weisungswidrig erfolgten Entscheid der Organe der soH AG nicht aufheben. Er ist vielmehr gültig, namentlich gegenüber Dritten. Das Bundesrecht verbietet es dem Kanton das Können der Organe einer privaten Aktiengesellschaft in Abweichung zur bundesrechtlichen Kompetenzordnung einzuschränken. Das Bundesrecht verbietet demgegenüber aber nicht, das Dürfen der Organe der soH AG einzuschränken. Entsprechend ist der letzte Teil von § 26 Abs. 3 RVOG sehr wohl bundesrechtskonform. Der Regierungsrat kann von den Organen der soH AG durchaus verlangen, dass sie den von ihnen Weisungswidrig getroffenen Entscheid aufheben und durch einen neuen weisungskonformen ersetzen – sofern dies vom Sachverhalt her noch möglich ist.

3.2. Aufsichtsrecht

3.9. Während sich bezüglich der Zentralverwaltung im RVOG keine Regeln zur Aufsicht finden, ist die Aufsicht über die Amtschreibereien dem Obergericht zugewiesen⁴¹ und die Aufsicht über Einheiten der mittelbaren Verwaltung in § 26 RVOG ausdrücklich geregelt. Inhalt und Umfang dieser Aufsichten sind nicht zwingend identisch. Vorliegend geht es ausschliesslich um die Aufsicht gemäss § 26 RVOG.

3.2.1. Text

3.10. Der Text der einschlägigen Bestimmung des RVOG und der PRV lautet:

§ 26 RVOG Leitungs- und Aufsichtsorgane

«¹Die Mitglieder der Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung werden von der jeweiligen Wahlbehörde gestützt auf ein von ihr festgelegtes Anforderungsprofil gewählt.

²Die Mitglieder setzen sich für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, für eine wirksame Aufgabenerfüllung sowie für eine sparsame und wirtschaftliche Betriebsführung ein. Einzelheiten regelt das von der Wahlbehörde erlassene Pflichtenheft. Wenn sie die Aufgaben mangelhaft erfüllen, insbesondere wenn sie Weisungen des Regierungsrates (Absatz 3) nicht beachten, können sie von der jeweiligen Wahlbehörde jederzeit abberufen werden.

³Der Regierungsrat beaufsichtigt die Arbeit der Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung. Er ist befugt, Auskunft zu verlangen, in Geschäfte Einsicht zu nehmen und Akten heraus zu verlangen. Er kann ihnen bezüglich Wahrnehmung von Aufgaben nach Absatz 2 Weisungen erteilen, wenn wesentliche Interessen des Staates oder der Öffentlichkeit bedroht sind. Werden solche Weisungen nicht beachtet, kann der Regierungsrat deren Ent-

⁴⁰ § 26 Abs. 3, am Ende RVOG.

⁴¹ § 22 RVOG.

scheide aufheben und allenfalls einen neuen Entscheid verlangen.

⁴*Der Regierungsrat orientiert den Kantonsrat im Rahmen des Rechenschaftsberichtes über seine Aufsichtstätigkeit und deren Ergebnisse.*

^{4bis}*Die Absätze 2 und 3 finden auf die Pensionskasse Kanton Solothurn keine Anwendung.»*

§ 16 ^{bis} PRV Aufsichts- und Weisungsrecht

¹*‘Zur Gewährleistung der einheitlichen Anwendung der personalrechtlichen Bestimmungen hat das Personalamt gegenüber den dezentralen Anstellungsbehörden und den Ämtern ein Aufsichts- und Weisungsrecht.*

²*Das Personalamt hört die Solothurner Spitäler AG vor dem Erlass von Weisungen an.»*

3.2.2 Grammatikalische Auslegung

3.2.2.1. § 26 RVOG

3.11. § 26 RVOG verwendet das Wort «Aufsicht» in zwei verschiedenen Kombinationen und damit auch mit zwei verschiedenen Bedeutungen. Zum einen geht es um «Aufsichtsorgane» der mittelbaren Verwaltungseinheiten. Zum anderen um die «Beaufsichtigung» dieser Organe. Was Aufsichtsorgan ist, definiert das Gesetz nicht, weil sich dies aus den auf die jeweiligen mittelbaren Verwaltungseinheiten anwendbaren Rechtsnormen ergeben muss. In Bezug auf die Spitäler sind diesbezüglich die Bestimmungen des Aktienrechts anwendbar. Das Aktienrecht kennt den Begriff des «Aufsichtsorgans» allerdings nicht. Aufsichtsfunktionen kommen aber dem Verwaltungsrat⁴² und der Revisionsstelle⁴³ zu. Die «Oberaufsicht» gehört sogar zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates.⁴⁴

3.12. Vorliegend geht es indessen in erster Linie nicht um die Frage, wer zu beaufsichtigen ist, sondern was die Aufsicht beinhaltet. Beaufsichtigen bedeutet, jemanden aufmerksam beobachten und kontrollieren, um sicherzustellen, dass alles ordnungsgemäss abläuft. Da eine Aufsicht nur Sinn macht, wenn damit auch irgendwelche Handlungskonsequenzen verbunden sind, ist mit der Aufsicht immer auch die Übernahme einer gewissen Verantwortung für die Handlungen der Beaufsichtigten Person verbunden. Die mit der Aufsicht verbundene Übernahme einer gewissen Verantwortung bedeutet allerdings keine Entlastung der beaufsichtigten Instanz bezüglich ihrer eigenen Verantwortung. Wie weit diese Verantwortung geht, hängt von der konkreten Ausgestaltung der Aufsicht ab. Das Wort «Aufsicht» selber gibt dafür nichts her.

3.13. Hier hilft der weitere Text § 26 RVOG weiter. Abs 3 dieses Paragraphen führt aus, dass der Regierungsrat umfassend Auskunft verlangen, Einsicht in Geschäfte nehmen und Akten herausverlangen kann. In Verbindung mit der Umschreibung der Beaufsichtigten beschränkt der Gesetzestext diese Befugnisse allerdings auf Geschäfte, Akten etc. der Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung. Eine Aufsicht über die einzelnen Angestellten der beaufsichtigten Organisationen ist vom Wortlaut her nicht gedeckt.⁴⁵

3.14. Der Gegenstand der Aufsicht ergibt sich aus § 26 Abs. 2 RVOG. Wie bei einem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft⁴⁶ geht es zum einen bei der Aufsicht um die Feststellung allfälliger Abweichungen des Istzustandes vom Sollzustand, d.h. ob die operative Führung und Überwachung der Verwaltungseinheit durch die Leitungs- und Aufsichtsorgane mit den rechtlichen Regeln und den

⁴² Art. 707 ff. OR.

⁴³ Art. 727 ff. OR.

⁴⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

⁴⁵ Sie aber hinten Rz. 25 f.

⁴⁶ Vgl. WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a OR N. 24.

Weisungen des Regierungsrates übereinstimmt. Insoweit handelt es sich um die Kontrolle der Compliance im weiten Sinne. Zum andern geht es aber auch um betriebswirtschaftliche Aspekte, nämlich darum, ob sich die Mitglieder der Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung «für eine wirksame Aufgabenerfüllung sowie für eine sparsame und wirtschaftliche Betriebsführung»⁴⁷ einsetzen. Inhaltlich ist es somit eine umfassende Aufsichtskompetenz. Sie findet ihre Beschränkung aber im Gegenstand der Aufsicht, nämlich dem Handeln der Leitungs- und Aufsichtsorgane.

3.15. § 26 RVOG hält auch die Handlungskonsequenzen fest, die der Regierungsrat aufgrund der aus der Aufsicht erworbenen Kenntnis ergreifen kann. Er kann Weisungen erteilen. Er kann indessen nicht selber an Stelle der beaufsichtigten Organe der mittelbaren Verwaltung entscheiden, sondern nur von den Beaufsichtigten einen neuen Entscheid verlangen.⁴⁸ Im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht bedeutet das wohl, dass er bestimmen kann, wie dieser Entscheid auszusehen hat. Gemäss dem Wortlaut der Bestimmung muss er aber formell von der beaufsichtigten Stelle getroffen werden. Wie dargelegt,⁴⁹ kann der Regierungsrat allerdings die Entscheide des Verwaltungsrates der soH AG entgegen dem Wortlaut von § 26 Abs. 3 RVOG nicht selber aufheben. Dem steht das Bundeszivilrecht entgegen. Er kann nur eine entsprechende Weisung an die Mitglieder des Verwaltungsrates erteilen.

3.2.2.2. § 16 bis PRV

3.16. Für das Personalwesen delegiert § 16 PRV die Aufsicht an das Personalamt und konkretisiert sie. Der Zweck der Aufsicht wird auf die «Gewährleistung der einheitlichen Anwendung der personalrechtlichen Bestimmungen» bezogen. Dass sich die Aufsicht auch auf die Solothurner Spitäler AG bezieht, ergibt sich eindeutig aus § 16 Abs. 2 PRV.

3.17. Ansprechpartner für die Aufsicht des Personalamtes sind indessen nicht die Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung, sondern die dezentralen Anstellungsbehörden.⁵⁰ Gemäss § 19 Abs 3 SPG kann der Regierungsrat die Anstellungskompetenz an die Solothurner Spitäler AG delegieren, was geschehen ist und sich wohl schon aus dem Bundesrecht ergibt. Wer innerhalb der Solothurner Spitäler AG für die Anstellungen zuständig ist (Anstellungsbehörde) richtet sich nach Recht dieser AG. Nach dem Wortlaut der Verordnung richtet sich die Aufsicht auf die formelle «Anstellungsbehörde», wer dies auch immer innerhalb der Solothurner Spitäler AG ist. Allerdings wird es sich dabei regelmässig um ein Organ handeln, dass auf die Vorbereitung der Geschäfte und Umsetzung der Entscheidungen sowie die gesamte Durchführung des Personalwesens durch die Personalabteilung der Solothurner Spitäler AG angewiesen ist. Von daher hat das Personalamt mittelbar die Aufsicht über die Personalabteilung der Spitäler AG.

3.2.3. Systematische Auslegung

3.18. Was die grammatikalische Auslegung ergeben hat, lässt sich durch die systematische bestätigen. Die Zuweisung der Aufsichtskompetenz an das Personalamt reiht sich problemlos in die im RVOG vorgegebenen Verwaltungsorganisationsregeln ein. Dass der Regierungsrat nicht in allen Bereichen selber die Aufsicht ausüben kann, diese vielmehr an untere Verwaltungsstellen delegieren muss, liegt in der Natur der Sache. Damit kann er allerdings nicht auch seine Verantwortlichkeit abschieben, was aber auch nicht vorgesehen ist. Der Umfang der im SPG und der PRV dem Personalamt zugewiesenen Aufsicht, fügt sich systematisch ohne weiteres in die Regelung der RVOG ein.

⁴⁷ § 26 Abs. 2 RVOG.

⁴⁸ § 26 Abs. 3 RVOG.

⁴⁹ Vorn Rz. 3.8.

⁵⁰ § 16 Abs. 1 PRV.

3.19. Diese Erweiterung der Aufsicht auf eine tiefere Ebene innerhalb der soH AG lässt sich auch mit dem Bundesprivatrecht vereinbaren. Allerdings setzt sie voraus, dass die zuständigen Organe der soH AG, d.h. ihr Verwaltungsrat, der direkten Kontrolle der Personalabteilung durch das Personalamt zugestimmt hat, was selbstverständlich auch stillschweigend geschehen kann. Eine solche Zustimmung kann ohne weiteres darin gesehen werden, dass der Verwaltungsrat nicht beschlossen hat, sich einer § 16^{bis} PRV entsprechenden Aufsicht zu widersetzen. Allerdings bleibt der Verwaltungsrat für die Handlungen der Personalabteilung der soH AG trotz dieser Aufsicht durch den Kanton verantwortlich. Es entspricht deshalb einer korrekten Handhabung dieser Aufsicht, dass der Verwaltungsrat bezüglich der Ausübung der Aufsicht und den entsprechenden Ergebnissen orientiert wird.

3.2.4. Historische Auslegung

3.20. In der Botschaft und dem Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung und der Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal vom 4. Juli 2000⁵¹ legt der Regierungsrat ausführlich dar, warum eine generelle Ausgliederung des Personalrechts der Spitäler aus seiner Sicht nicht in Frage kommt.⁵² Ob diese Ausführungen aus heutiger Sicht noch immer überzeugen, braucht hier nicht weiter untersucht zu werden. Die Ausführungen zeigen jedenfalls, dass der Regierungsrat eine solche Ausgliederung im damaligen Zeitpunkt nicht wollte. Er behielt allerdings eine neue Prüfung dieser Frage für den Fall einer Reorganisation der Spitäler ausdrücklich vor.⁵³

3.21. Diese Reorganisation fand dann auch statt. Ziel war es insbesondere der soH AG den nötigen Freiraum für eine effektive, betriebswirtschaftliche Spitalfhrung zu gewähren. Es wurde betont, dass die strategische und operative Führung bei den Organen der soH AG liege.⁵⁴ Die Regelung der Aufgabenausscheidung zwischen der kantonalen Verwaltung und der soH AG sollte aber auch die berechtigten Interessen des Kantons an ausreichenden Steuerungsinstrumenten befriedigen.⁵⁵ Bei der Verselbständigung der Spitäler in einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft wurde betont, dass es sich nicht um eine Privatisierung der Spitäler handle.⁵⁶ Entsprechend fand die Verselbständigung und privatrechtliche Ausgestaltung genau im Personalbereich nicht statt. Wie dargestellt sind die das Spital betreffenden Rechtsnormen im Personalbereich klar. Es blieb bei den öffentlich-rechtlichen Anstellungen und damit bei der Anwendung des auf die Verwaltung anwendbaren Personalnormen. Die logische Folge, ist, dass der Kanton auch die Einhaltung dieser Normen überwachen und entsprechende Weisungen erteilen kann. Den Materialien ist nichts zu entnehmen, was darauf deuten könnte, es habe ein anderer gesetzgeberischer Wille bestanden als der im Normtext niedergelegte. Es erfolgte eben keine Privatisierung.

3.22. Das sich der Regierungsrat sehr wohl der besonderen Bedürfnisse der soH AG auf dem Arbeitsmarkt bewusst war, aber dennoch eine Unterordnung unter die für den Umgang mit dem Personal geltenden Weisungen wollte, zeigen die Ausführungen des Regierungsrates im Beschluss zur Ergänzung des 16^{bis} PRV, mit der die Verpflichtung des Personalamtes festgehalten wurde, vor Erlass entsprechender Weisungen die soH AG anzuhören. Dass sachdienliche Weisungen nur erteilt werden können, wenn die für die Ausführung der Weisung zuständige Organisation vorher angehört wird, ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Entsprechen hielt der Regierungsrat in seinem Be-

⁵¹ RRB 2000/1435.

⁵² RRB 2000/1435, S. 29.

⁵³ RRB 2000/1435, S. 29, am Ende.

⁵⁴ Vgl. RRB Nr. 2003/1275, S. 5 f. und S. 19 f.

⁵⁵ RRB 2005/2713, S. 1.

⁵⁶ RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 Botschaft und Entwurf des Regierungsrates betreffend Spitalgesetz, S. 6 und 22.

schluss auch fest, dass dies schon der bisherigen Praxis entsprach.⁵⁷

3.23. Ein Vergleich mit der weitergehenden Autonomie der PKSO und den vom Regierungsrat in seiner Botschaft zu deren Verselbständigung dargelegten Überlegungen,⁵⁸ lassen sich nicht auf die soH AG übertragen. Während der Kanton einziger Eigentümer der soH AG ist, steht die PKSO nicht in seinem Eigentum. Vielmehr ist es die Eigenschaft einer Pensionskasse, dass sie grade nicht im Eigentum einer anderen juristischen Person steht und auch die sie errichtende Arbeitgeberin ausdrücklich kein umfassendes Leitungsrecht haben kann, weil die Pensionskassen zwingend paritätisch verwaltet wird. Das schliesst ein Weisungsrecht der Arbeitgeberin aus, soweit nicht das Bundesrecht eine Ausnahme vorsieht.⁵⁹

3.2.5. Teleologische Auslegung

3.24. Ausgangspunkt bildet der Zweck, eine möglichst einheitliche und gleichmässige Behandlung des Personals der öffentlichen Verwaltung im weiten Sinne zu garantieren, wobei durchaus den besonderen Bedürfnissen und Besonderheiten der einzelnen Verwaltungsbereichen Rechnung getragen werden soll. Die Unterscheidung zwischen der Zentralverwaltung, der Amteiverwaltung und der mittelbaren Verwaltung zeigt, dass der Kanton zwischen verschiedenen Verwaltungskreisen unterscheiden will. Die einzelnen Kreise unterscheiden sich durch eine unterschiedlich enge Bindung an eine einheitliche Führung. Die zur mittelbaren Verwaltung gehörenden Einheiten sollen eine grössere Autonomie und damit auch Eigenverantwortung tragen als die Einheiten der Zentralverwaltung. Das bedeutet aber auch, dass sie mehr eigene Gestaltungsmöglichkeiten haben müssen und ein selbstndigeres Geschäftsgebaren aufweisen. Das schgt sich auch im Ausmass der Überwachung, d.h. der Aufsicht, nieder.

3.25. Vom Wortlaut von § 26 Abs. 3 RVOG her, kann der Regierungsrat nur direkt von den Leitungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltung Auskunft, Dokumente etc. verlangen, nicht aber von den tieferen Hierarchiestufen. Er beaufsichtigt unmittelbar nur diese Organe, nicht die gesamte Organisation. Das ist mit dem Begriff der mittelbaren Verwaltung kohärent und entspricht dem Sinn der Norm. Zweck der Aufsicht ist es aber dennoch, das richtige Funktionieren der ganzen Einheit und nicht nur der genannten Gremien sicher zu stellen. Von daher fordert eine effiziente Aufsicht aber auch, in Einzelfällen Sachverhalte auf einer tieferen Ebene zu untersuchen. Es muss folglich vom Zweck der Norm her dem Regierungsrat möglich sein, Abklärungen auch auf tieferen Stufen der beaufsichtigten mittelbaren Verwaltung vorzunehmen. Vom Sinn der Regelung her – nämlich eine mittelbare und nicht zentrale Verwaltung zu haben – müssen sich solche Abklärungen immer auf Grund des konkreten Einzelfalls rechtfertigen und mit den Leitungs- und Aufsichtsorganen abgesprochen sein, sofern eine solche Absprache nicht dem Zweck der Untersuchung entgegensteht.

3.2.6. Selbständigkeit der soH AG

3.26. Die Selbständigkeit der soH AG steht einer Aufsicht nicht entgegen. Wohl ist auch im Konzern der Arbeitnehmer grundsätzlich an die arbeitsvertragliche Geheimhaltungspflicht gebunden.⁶⁰ Weil diese dispositiver Natur ist, können die Parteien im Arbeitsvertrag sehr wohl diese im Verhältnis zur Konzernmutter wegbedingen. Eine solche Vereinbarung ist im Privatrecht an keine Form

⁵⁷ Regierungsratsbeschluss vom 5. Juli 2016 Nr. 2016/1265 (Änderung der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV), S. 1.

⁵⁸ Verselbständigung der Pensionskasse Kanton Solothurn und Erweiterung des Kreises der Versicherten Botschaft und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 21. Februar 2017, RRB Nr. 2017/273.

⁵⁹ Art. 50 Abs. 2 BVG.

⁶⁰ Art. 321a Abs. 4 OR.

gebunden. Sie kann auch konkludent erfolgen.⁶¹ Untersteht das Arbeitsverhältnis dem öffentlichen Recht, genügt dafür auch eine entsprechende Norm im Verwaltungs- oder Personalrecht. Entsprechend kann der Regierungsrat als Organ des Kantons, der 100% Eigentümer (Konzernmutter) der soH AG ist, durchaus von den einzelnen Bereichen der Spitalverwaltung im gleichen Ausmass wie bei der (unmittelbaren) Verwaltung Auskünfte und Unterlagen verlangen, um seine Aufsicht auszuüben. Allerdings kann der Kanton diesen Anspruch nicht unmittelbar durchsetzen, wenn ihm die Auskunft verweigert wird. Weil die einzelnen Arbeitnehmenden nicht Kantonsangestellte sind, sondern in einem (öffentlich-rechtlichen) Arbeitsverhältnis zur selbständigen soH AG stehen, muss bei einer Auskunftsverweigerung die soH AG Massnahmen ergreifen und nötigenfalls müssen die Auskünfte vom Verwaltungsrat erteilt werden. Auch das Aktienrecht verbietet in keiner Weise, dass die Eigentümerin Auskunft über Interna der Aktiengesellschaft erhält. Gegenüber einer 100%igen Eigentümerin besteht insofern kein Geschäftsgeheimnis.

3.2.7. Folgerung

3.27. Die vom RVOG vorgesehene Aufsicht der Verwaltung durch den Regierungsrat muss dieser sinnvollerweise in einzelnen Bereichen an untergeordnete Verwaltungseinheiten delegieren. Das ist bezüglich des Personalwesens geschehen, in dem die Aufsicht bezüglich der Personalbelange in der mittelbaren Verwaltung an das Personalamt delegiert worden ist.

3.28. Es handelt sich aber um mittelbare Verwaltung und weder das SPG noch die PRV sehen andere Adressaten der Aufsicht als die Leitungs- und Aufsichtsorgane der Einheiten der mittelbaren Verwaltung vor. Von daher sind diese und nicht tiefere Verwaltungseinheiten innerhalb der einzelnen Organisationen der mittelbaren Verwaltung vom Personalamt zu beaufsichtigen. Die Leitungs- und Aufsichtsorgane der einzelnen Organisationen der mittelbaren Verwaltung können aber sehr wohl auch tiefere eigene Einheiten als Adressaten der Aufsicht bezeichnen. Konkret: die Leitungs- und Aufsichtsorgane der soH AG können das Personalamt ermächtigen, die Personalabteilung des Spitals direkt zu beaufsichtigen. Geschieht dies nicht, muss das Personalamt über die Leitungs- und Aufsichtsgremien der Solothurner Spital AG die Aufsicht über die Personalabteilung der AG ausüben. Das wäre aber administrativ wenig effizient und kaum sinnvoll. Es ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat der soH AG konkludent einer solchen direkten Beaufsichtigung zugestimmt hat.

3.3. Weisungsrecht

3.3.1. Regeln des kantonalen Personalrechts

3.29. Sowohl das Weisungsrecht des Regierungsrates wie auch jenes des Personalamtes ist direkt mit dem Aufsichtsrecht verknüpft.⁶² Folglich gelten die dargelegten Ausführungen auch hier. Adressaten der Weisungen sind die Leistungs- und Aufsichtsorgane der mittelbaren Verwaltungseinheiten. Das Recht dieser kann selbstverständlich vorsehen, dass die Weisungen direkt an die untergeordnete Stelle gehen können, die die Weisungen auszuführen hat. Sinnvollerweise sollte allerdings in der Regel jedenfalls das Leistungsorgan über den Inhalt der Weisung informiert sein. Die Weisungen können Einfluss auf weitere Bereiche der Verwaltungseinheit haben.

3.30. Sowohl § 26 Abs. 3 RVOG wie auch § 16 Abs. 1 PRV verknüpfen das Weisungsrecht unmittelbar mit der Beaufsichtigung. In aller Regel werden Weisungen erst erfolgen, wenn die Aufsicht ergeben hat, dass gewisse Dinge nicht dem Sollzustand entsprechen. Sinnvollerweise müssen aber

⁶¹ MÜLLER, Rz. 3.30. mit Verweis auf HEIZ, S. 99 f.

⁶² § 26 Abs. 3 RVOG und § 16 Abs. 1 PRV.

Weisungen auch erteilt werden können, bevor der Istzustand vom Sollzustand abweicht. Insofern darf die Regelung nicht zu eng verstanden werden. Grundsätzlich können entsprechende Weisungen bereits in einem Leistungsauftrag bzw. im Pflichtenheft enthalten sein. Häufig wird aber der Gegenstand, der einer Weisung bedarf, erst im Laufe der Tätigkeit der mittelbaren Verwaltungseinheit erkannt werden und damit nicht schon im Leistungsauftrag bzw. im Pflichtenheft geregelt sein. Solche Anpassungen müssen durch Weisungen möglich sein.

3.31. Bezüglich des wesentlichen Inhalts der Anstellungsverträge hält § 25 PRV dies sogar ausdrücklich fest. Richtigerweise führt diese Bestimmung auch aus, dass vor Erlass einer solchen allgemeinen Weisung die soH AG anzuhören ist. Gemeint ist damit die Anhörung der Leitungs- oder Aufsichtsorgane der AG. Selbstverständlich können diese das Äusserungsrecht an die Personalabteilung der soH AG delegieren, so dass diese und das Personalamt direkt miteinander kommunizieren können.

3.32. Es gibt allgemeine Weisungen und konkrete Weisungen im Einzelfall. Weder das RVOG, noch das StPG, halten fest, welche Art von Weisungen gemeint sind. § 25 PRV bestimmt immerhin, dass das Personalamt Weisungen über den wesentlichen Inhalt der Anstellungsverträge im Sinne von § 38 Abs. 3 GAV auch gegenüber den Spitälern erlassen kann. Dabei handelt es sich um allgemeine Weisungen. Da das Weisungsrecht aber sowohl im RVOG wie auch im StPG eng mit der Aufsicht verknüpft ist, muss es sich auch um Weisungen im konkreten Einzelfall handeln. Wird bei der Aufsicht eine Unstimmigkeit entdeckt, muss es möglich sein, die entsprechende Einheit anzuweisen, diese Unstimmigkeit zu beseitigen und festzulegen, wie dies konkret zu erfolgen hat. Das ist aber unweigerlich eine Weisung im konkreten Einzelfall. Es sind folglich sowohl allgemeine wie auch konkrete Weisungen im Einzelfall möglich.

3.3.2. Selbständigkeit der soH AG

3.33. Das arbeitsvertragliche Weisungsrecht⁶³ steht grundsätzlich der formellen Arbeitgeberin zu.⁶⁴ Die Ausübung dieses Rechts kann aber auch ganz oder teilweise an einen Dritten delegiert werden.⁶⁵ In einem Arbeitsvertrag mit einer Konzerntochter erfolgt eine solche Delegation häufig an die Muttergesellschaft. Ist eine solche Delegation erfolgt, muss der Arbeitnehmer die Weisung der Konzernmutter wie eine Weisung seiner Arbeitgeberin befolgen. Solche Delegationen des Weisungsrechts sind nicht nur in Konzernen üblich. Sie bilden vielmehr auch Gegenstand jedes Leiharbeitsverhältnisses.

3.34. Es muss indessen nicht nur geprüft werden, wer Weisungsberechtigt ist, sondern auch, wie das Weisungsrecht durchgesetzt werden kann. Wer hat gegenüber dem Angestellten einen Anspruch auf Einhaltung der Weisung? Ist der Weisungsempfänger bei der Tochtergesellschaft angestellt, hat diese einen vertraglichen Anspruch auf Befolgung der Weisung. Der Arbeitsvertrag kann aber auch als echter Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestaltet sein, so dass die weisungsberechtigte Muttergesellschaft einen eigenen Anspruch auf Erfüllung gegenüber dem Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft hat. Zudem ist zu prüfen, welche Sanktionsmöglichkeiten bestehen, wenn der Arbeitnehmer sich weisungswidrig verhält. Da das Vertragsverhältnis nur zur Tochtergesellschaft besteht, kann auch gegebenenfalls nur diese eine Kündigung aussprechen. Fehlt es an einer Delegation des Weisungsrechts an die Konzernmutter, kann die Nichtbefolgung einer Weisung der Konzernmutter aber keinen Grund für eine fristlose Entlassung durch die Tochtergesellschaft darstellen.⁶⁶

⁶³ Art. 321d Abs. 1 OR.

⁶⁴ GEISER, AJP 12/2020, S. 1512 ff., Rz. 1.4.; MÜLLER, Rz. 3.20.

⁶⁵ MÜLLER, Rz. 3.21. GEISER/UHLIG, ZBJV 2003, S. 757 ff., Rz. 3.57.; STAEHELIN; Art. 321d OR N. 13.

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002.

3.35. Geht es um Weisungen gegenüber den Verwaltungsräten der Tochtergesellschaft, ist zusätzlich deren Organstellung zu beachten. Als Organe der Tochtergesellschaft haben sie deren Interessen zu wahren und tragen die Verantwortung bezüglich der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben.⁶⁷ Die Verwaltungsräte der Tochtergesellschaft können damit in einen Interessenkonflikt geraten. Das nimmt aber die Praxis und das Gesetz mit der Anerkennung der Konzerngesellschaften seit Jahren in Kauf. In aller Regel verpflichtet sich die Konzernmutter gegenüber den Weisungsgebundenen Verwaltungsräten in den Konzerntöchter im Falle einer Haftung wegen der Befolgung einer Weisung den Schaden zu decken.⁶⁸ Zudem können die Konzernmutter bzw. deren Organpersonen zu faktischen Organen der Konzerntochter werden und damit der Konzerntochter und Dritten gegenüber aus Organhaftung schadenersatzpflichtig werden.

3.36. Mit Bezug auf die Angestellten der soH AG liegt auf Grund der § 26 Abs. 3 RVOG wie auch § 16 Abs. 1 PRV eine Delegation des Weisungsrechts vor. Wie beim Auskunftsrecht kann aber der Kanton ein Nichtbefolgen einer Weisung nicht direkt sanktionieren. Vielmehr muss er die zuständigen Organe der soH AG anweisen, die notwendigen Sanktionen und Massnahmen zu ergreifen. Eine Weisung des Kantons kann auch den Entscheid der Organe der soH AG nicht ersetzen. Vielmehr muss die Weisung regelmässig durch einen Entscheid der zuständigen Organe der soH AG umgesetzt werden. Das hat praktische Konsequenzen: Erteilt der Kanton der soH AG die Weisung in Arbeitsverträgen bestimmte Regelungen zu treffen und schliesst die soH AG mit einem Arbeitnehmer einen diese Weisung verletzenden Arbeitsvertrag ab, so kann sich der Arbeitnehmer grundstzlich⁶⁹ auf die mit der soH AG vereinbarte Regelung berufen und es gilt nicht der Weisungsgemsse Vertragsinhalt.

3.37. Die Weisungen des Regierungsrates bzw. des Personalamtes an die zuständigen Organe der soH AG können dazu führen, dass die weisungserteilenden Personen gemäss dem Aktienrecht zu sogenannten faktischen Organen werden. Mit Blick darauf, dass es sich bei der soH AG um eine privatrechtliche juristische Person handelt, ist es durchaus vorstellbar, dass die Personen, welche die Weisungen erteilt haben, dann gegebenenfalls gegenüber der soH AG und gegebenenfalls auch gegenüber Dritten nach den Regeln des Aktienrechts und nicht nach den für die Staatshaftung geltenden Grundsätzen haften.

3.4. Good Governance

3.38. Die Regeln für eine Good Governance sind nicht ausschliesslich rechtlicher Natur. Es ist selbstverständlich, dass eine Good Governance rechtmässig sein muss. Innerhalb des rechtlich Abgesteckten Rahmens besteht aber in jeder Rechtsordnung - und in ganz besonderem Ausmass in einer liberalen - eine Vielzahl von möglichen Ausgestaltungsweisen. Was sinnvoll ist und was unterlassen werden sollte, sind in erster Linie betriebswirtschaftliche Fragen. Es geht um die Effizienz einer Organisation und um die Qualitätssicherung im jeweils gewünschten Ausmass. Was effizient ist hängt vom konkreten Gegenstand des Unternehmens, dem Kundenkreis und den Rahmenbedingungen ab. Handelt es sich um ein Unternehmen der öffentlichen Hand oder um ein Unternehmen mit starkem Bezug zum Staat, sind immer auch politische Gegebenheiten einzubeziehen. Aus diesen Gründen kann das Recht keine Antwort auf die Frage geben, was die Good Governance im vorliegenden Zusammenhang ist. Allerdings sind gewisse Hinweise möglich, die in eine betriebswirtschaftliche Analyse einzubeziehen sind.

⁶⁷ Art. 716a OR.

⁶⁸ Sogenannte Freizeichnungsvereinbarung.

⁶⁹ Im Einzelfall kann es Argumente geben, warum die Vereinbarung nicht gelten soll (Treu und Glauben, Vertragsauslegung etc.).

3.39. Eine Mischung von Privatrecht und öffentlichem Recht schafft immer Probleme. Die beiden Rechtgebiete kennen unterschiedliche Grundsätze und gehen von einer unterschiedlichen Interessenlage aus. Sie ist aber in einem gewissen Masse unumgänglich. Die öffentliche Hand muss am privaten Wirtschaftsleben teilnehmen, weil sie nicht alles, was sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht, selber produzieren kann. Das zeigt sich am deutlichsten beim öffentlichen Beschaffungswesen. Eine Flucht ausschliesslich ins Privatrecht ist aber insofern auch nicht möglich, als der Staat auch wenn er privatrechtlich handelt, an die Verfassung gebunden bleibt.⁷⁰ Das ist nichts Besonderes. Als Eigentümer eines Unternehmens bestimmt der Staat, nach welchen Grundsätzen dieses zu handeln hat und die wichtigsten Grundsätze, die dieser Staat als Eigentümer aufgestellt hat, finden sich in der Verfassung.

3.40. Die Anwendung sowohl von Privatrecht wie auch von öffentlichem Recht im gleichen Zusammenhang kommt immer wieder vor. Ohne diesbezüglich eine gesicherte Statistik zu haben, scheint es, dass in den letzten Jahren solche Konstruktionen häufiger geworden sind. Der Ausbau des Leistungsstaates führt zu einem häufigeren Zusammenwirken zwischen dem Staat und Privaten. Gewisse Aufgaben werden von beiden unternommen. Das zeigt sich insbesondere im Gesundheitswesen. Zudem haben Grundsätze aus der Marktwirtschaft für die staatliche Organisation an Bedeutung gewonnen. Insofern kann man bei einem solchen Nebeneinander von privatem und öffentlichem Recht beim Staat nicht von einer Verletzung einer Good Governance sprechen. Wichtig sind allerdings zwei Dinge:

- Es muss klar sein, wann welche Normen gelten und
- der Staat muss nicht nur sein eigenes öffentliches Recht einhalten – einschliesslich der Verfassung –, sondern auch die privatrechtlichen Regeln. Dabei besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Bund und den Kantonen. Während das öffentliche Organisationsrecht des Bundes, soweit es sich um Gesetz und nicht bloss um Verordnungen handelt, auf gleicher Hierarchiestufe wie das Bundesprivatrecht steht, ist das kantonale öffentliche Recht dem Bundesprivatrecht untergeordnet.⁷¹

3.41. Wie aufgezeigt geht das Privatrecht bezüglich einer Konzernstruktur davon aus, dass die Konzernmutter die Töchter *kontrolliert*.⁷² Dem entsprechen die § 26 und 27 RVOG. Teilweise problematisch ist der letzte Satzteil in § 26 Abs. 3 RVOG, weil der Regierungsrat den Entscheid des Verwaltungsrates einer privatrechtlich organisierten Aktiengesellschaft nicht aufheben kann. Er kann von seinen Vertretern im Verwaltungsrat nur verlangen, dass sie den Entscheid (soweit das faktisch möglich ist) aufheben und einen neuen Entscheid fällen. Halten sie sich dann nicht an diese Weisung, kann sie der Regierungsrat sanktionieren. Er kann insbesondere eine Universalversammlung verlangen, in der er diese Vertreter abwählt und neue wählt. Eine ähnliche Problematik liegt bei § 16bis PRV vor. Eine solche direkte Kontrolle der «Anstellungsbehörde» innerhalb der selbständigen AG durch das Personalamt setzt voraus, dass die gemäss Privatrecht zuständigen Organe der AG intern die Weisung gegeben haben, mit dem Personalamt zusammen zu arbeiten und dessen Weisungen zu befolgen. Auf Grund von § 26 Abs. 3 RVOG kann der Regierungsrat aber von seinen Vertretern im Verwaltungsrat verlangen, dass sie eine entsprechende Anordnung treffen. Es steht auch dieser Regelung vom rechtlichen her nichts entgegen und es entspricht einer Good Governance eine solche direkte Kontrolle einzurichten, sofern eine einheitliche Anwendung des Personalrechts gewünscht ist. Letzteres ist dann nicht mehr eine rechtliche, sondern eine politische Frage.

3.42. Wie aufgezeigt sind diese Regelungen im Zusammenhang mit einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, die zu 100% im Eigentum des Kantons steht, mit Ausnahme der Regelung, dass der

⁷⁰ Vgl. im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis TANQUEREL, S. 69; DÉFAGO GAUDIN, S. 272.

⁷¹ Art. 49 Abs. 1 BV.

⁷² Art. 963 OR.

Regierungsrat einen Entscheid des Verwaltungsrates aufheben können soll, nicht zu beanstanden. Es fragt sich, ob bezuglich des letzten Punkts eine Gesetzesänderung notwendig ist und die Regelungen auch noch detaillierter abgefasst werden sollten. Diese knappe gesetzliche Regelung gilt aber wohl nicht nur für die soH AG, sondern auch für andere Unternehmen der mittelbaren Verwaltung. Diese können andere öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsformen haben. Für diese gelten dann unter Umständen auch andere Besonderheiten. Von daher ist eine allgemeingehaltene Regelung sinnvoll. Dass einzelne Normen auf Grund höherrangigen Rechts nicht immer wörtlich eingehalten werden können, bedeutet nicht, dass sie angepasst werden müssen. Eine Anpassung würde eine detaillierte Regelung voraussetzen, die dann unter Umständen auch nicht alle Fälle erfassen kann und damit mehr Unklarheit als Klarheit schafft. Dass in jedem Fall höherrangiges Recht vorbehalten ist, versteht sich von selbst und braucht nicht im Gesetz ausdrücklich festgehalten zu werden. Insofern ist m.E. eine Gesetzesrevision nicht nötig, sofern man inhaltlich nichts ändern will.

4. Folgerungen

4.1. Anspruch auf eine Funktionszulage kann gemäss dem GAV nur haben, wer vorübergehend Funktionen wahrnimmt, die ordentlicherweise von einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin ausgeübt werden, die höher eingestuft ist als der Ansprechler. Die Übernahme von zusätzlichen Aufgaben, die normalerweise von jemandem auf gleicher oder sogar tieferer Stufe ausgeübt werden, rechtfertigt keine Funktionszulage. Führt die Übernahme dieser Aufgaben zu einer Mehrarbeit, ist gegebenenfalls der Beschäftigungsgrad des Mitarbeiters zu erhöhen oder es sind Überstunden zu entschädigen.

4.2. Das kantonale Recht sieht eine Aufsicht des Regierungsrates über die Tätigkeit der soH AG vor, die über die blossen Aktionärsrechte hinausgehen. Solche Regelungen sind aktienrechtlich im Verhältnis zwischen einer 100%igen Mutter- und ihrer 100%igen Tochtergesellschaft zulässig. Grundsätzlich ist die Aufsicht gemäss den einschlägigen kantonalen Normen durch den Regierungsrat auszuüben und Objekt der Aufsicht ist die Tätigkeit des Verwaltungsrates der soH AG. Sowohl kantonsseitig wie auch soH AG seitig, ist aber eine Delegation möglich und auch erfolgt. Entsprechend kann das Personalamt direkt die Personalabteilung der SoH AG beaufsichtigen.

4.3. Auf Grund des einschlägigen kantonalen Rechts ist das Weisungsrecht namentlich gegenüber den Mitarbeitenden des HR der soH AG (nicht exklusiv) an das Personalamt des Kantons delegiert worden. Entsprechend kann das Personalamt der soH AG und namentlich deren HR-Abteilung Weisungen bezuglich der Personalpolitik der soH AG erteilen, die dann auch befolgt werden müssen. Die Durchsetzung dieser Weisungen hat dann allerdings durch die Organe der soH AG zu erfolgen. Weder das Personalamt noch der Regierungsrat können Entscheide der Organe der soH AG aufheben. Verhalten sich die Angewiesenen weisungswidrig, kann der Regierungsrat bzw. das Personalamt nicht an ihrer Stelle handeln. Eine Ersatzvornahme ist nicht möglich. Sie können nur den Mitgliedern dieser Organe die Weisung erteilen, entsprechende Entscheide zu fllen. Die Weisungen können zur Folge haben, dass der Kanton bzw. dessen Personalamt zum faktischen Organ der soH AG wird, was namentlich haftungsrechtliche Konsequenzen haben kann.

4.4. Eine solche Delegation des Weisungsrechts an den 100%igen Eigentümer einer (privatrechtlichen) AG ist durchaus zulässig und in jedem Konzern auch gesetzlich vorgesehen. Sie ändert indessen nichts daran, dass die Verwaltungsräte der beherrschten Tochtergesellschaft die volle Verantwortung tragen und mit der Befolgung von Weisungen, die die Interessen der beherrschten Gesellschaft verletzen u.U. persönlich haften. Befolgen sie die Weisungen nicht, können sie der beherrschenden Gesellschaft gegenüber haften. In dieser Zwickmühle befindet sich jedes Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft in einem Konzern. Dass sich daraus Spannungen und Konflikte ergeben können, ist jeder Konzernstruktur inhrent und unvermeidlich. Insofern muss sich jedes grössere Unternehmen und auch das Gemeinwesen überlegen, ob eine solche Struktur im konkreten

Fall sinnvoll ist. Seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts sind aber solche Strukturen in der Wirtschaft weit verbreitet und haben sich trotz der genannten Problematik offenbar bewährt.

4.5. Vorliegend liegt zweifellos eine zusätzliche Problematik in der Kombination von öffentlichem Recht und Privatrecht. Diese ergibt sich daraus, dass der Kanton eine staatliche Aufgabe (das Spitalwesen) an eine privatrechtliche juristische Person ausgegliedert – nicht aber delegiert – hat, die zu 100% in seinem Eigentum steht. Eine solche Konstruktion ist ohne weiteres zulässig, führt aber zu zusätzlichen Rechtsfragen, namentlich im Bereich der Verantwortlichkeiten. Es stellen sich aber auch weitere Fragen,⁷³ die allerdings nicht Gegenstand dieses Gutachtens sind. Der kantonale Gesetzgeber hat bewusst diese Konstruktion gewählt, weil die Spitäler einer autonomen Organisation bedurften und gleichzeitig eine Privatisierung ausdrücklich nicht gewollt war. Mit der Ausgestaltung als öffentlich-rechtliche Anstalt wäre ein grosser Teil dieser Fragen entfallen. Andererseits wäre es auch möglich gewesen, sich vollständig ins Privatrecht zu begeben. Die öffentliche Aufgabe des Kantons hätte dann mit einem Leistungsauftrag erfüllt werden können. Allerdings bliebe eine solche Konstruktion so lange ein Zwitter, wie der Kanton alleiniger Eigentümer der privatrechtlichen juristischen Person ist, die das Spital betreibt. Die öffentliche Hand kann sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht ihrer verfassungsrechtlichen Schranken (Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Verhältnismässigkeit, Legalitätsprinzip) durch das Schaffen einer privatrechtlichen juristischen Person entziehen.

*

St. Gallen, 11. 5. 2025

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

Literatur:

- REGINA AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSHE/BRIGITTE TAG**, Arztrecht, Bern 2024;
- CARL BAUDENBACHER**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, OR Bd. II, 2012;
- VALÈRIE DÉFAGO GAUDIN**, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in : Dunand/Mahon/Perenoud (Hrsg.), Genf/Zürich/Basel, S. 259 ff. ;
- JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN**, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2021;
- SUSAN EMMENEGGER/ALEX TSCHENTSHER**, Berner Kommentar, 2012 ;
- THOMAS GEISER**, Arbeitsrecht im Konzern, Neuere Tendenzen in Rechtsprechung und Praxis, AJP 12/2020, S. 1512 ff.;
- THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI**, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2024;
- THOMAS GEISER/ KAI-PETER UHLIG**, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 2003, S. 757 ff.
- THOMAS GEISER/ KAI-PETER UHLIG**, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 2010, S. 1 ff.;
- ROMAN HEIZ**, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss, Bern 2005;
- ROLAND MÜLLER**, Arbeit im Konzern, in: Von Kaenel/Rudolph, Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2024, S. 53 ff.;
- ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS**, Der Verwaltungsrat, Bd. I., Zürich 2021;
- MARKUS R. NEUHAUS/JÖRG BLÄTTLER**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, OR Bd. II, 2012;
- ROGER RUDOLPH**, Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht. Zürich/Basel/Genf 2021;
- RETO SCHILDKNECHT**, Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997;
- ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 2013;
- ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH**, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR. 7. Aufl., Zürich 2012;
- THIERRY TANQUEREL**, Droit public et droit privé : unité et diversité du statut de la fonction publique, in Tranquerel/Bellanger (Hrsg.), Les réformes de la fonction publique, Zürich 2012, S. 49 ff.
- ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA**, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, OR Bd. II, 2012;
- RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI**, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012;
- CHRISTINE WINDBICHLER**, Arbeitsrecht im Konzern, München 1989.

⁷³ Z.B. die Frage des Rechtswegs bei Streitigkeiten.