

Stellungnahme / Expertenmeinung

**zur Frage der Einhaltung personalrechtlicher Vorgaben bei
Kaderangehörigen der Solothurner Spitäler AG (soH AG) in
den vergangenen 5 Jahren**

zuhanden des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Solothurner Spitäler AG

erstattet von
Prof. (FH) Dr. iur. Ralph Trümpler

Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG
Josefstrasse 59
8005 Zürich
www.rudincantieni.ch

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	3
1.1	Auftragserteilung und Gegenstand der Stellungnahme	3
1.2	Hinweise zur Stellungnahme und zum Vorgehen	4
2	soH AG als öffentliches Unternehmen und öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin	6
2.1	Einleitung	6
2.2	Legalitäts- und Spezialitätsprinzip	12
2.3	Massgebender rechtlicher Rahmen für Handlungsspielräume der soH AG	12
3	Überblick über den Einsatz personalrechtlicher Instrumente bei der soH AG	14
3.1	Vorbemerkungen	14
3.2	Zu den einzelnen Instrumenten	15
4	Beurteilung und Stellungnahme	23
4.1	Keine Praxis zu Abgangsentschädigungen	23
4.2	Genutzte Handlungsspielräume bei Kündigungen, Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen und Freistellungen	23
4.3	Kritische Kompetenzausübung bei Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV	25
4.4	Kritische Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen bei Funktionszulagen	26
4.5	Kritische Verknüpfung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV und Funktions- und Marktzulagen sui generis	27
5	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	29

1 Ausgangslage

1.1 Auftragserteilung und Gegenstand der Stellungnahme

- 1 Verwaltungsrat und Geschäftsleitung der Solothurner Spitäler AG (soH AG) gelangten am 2. August 2024 an Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG. Es wurde um rechtliche Begutachtung und Abgabe einer unabhängigen Expertenmeinung zur Frage der Einhaltung personalrechtlicher Vorgaben bei Kaderangehörigen der soH AG in den letzten fünf Jahren gebeten. Hintergrund bildete dabei ein Schreiben des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 2. Juli 2024. Mit diesem wurde die soH AG zur Einholung einer entsprechenden Stellungnahme aufgefordert. Konkret wurden Darlegungen zu folgenden Punkten verlangt:
 - Welche besonderen personalrechtlichen Ereignisse haben bestanden?
 - Wurden die personalrechtlichen Vorschriften eingehalten?
 - Wie wird aktuell und künftig die Einhaltung der personalrechtlichen Vorschriften und die Transparenz gegenüber dem Regierungsrat, dem Parlament und der Öffentlichkeit sichergestellt?
- 2 Der Regierungsrat hat die soH AG aufgefordert, diese Punkte bis Ende September 2024 in einem Bericht zuhanden der Vorsteherin des Departements des Innern zu behandeln. Dabei ist auch das Einholen einer unabhängigen Expertenmeinung zum bisherigen Umgang insbesondere mit folgenden personalrechtlichen Instrumenten (bei Kaderangehörigen in den vergangenen 5 Jahren) vorgesehen worden:
 - Freistellungen (§ 24 StPG),
 - Kündigungen (§ 26-28 StPG),
 - Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen (§ 29 StPG),
 - Abgangsentschädigungen (§ 33 StPG)
 - Ausrichtungen von Funktionszulagen (§ 140 Abs. 2 GAV).
- 3 Dieser Auftrag wurde von Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG übernommen und wird mit vorliegendem Bericht erledigt. Mit einem zweiten Schreiben vom 2. August 2024 wurde Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG vom Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung der soH AG um eine weitere Einschätzung gebeten. Die subsidiär zur ersten Beauftragung zu beantwortete «erweiterte Fragestellung» betrifft die Frage der Einschränkung des Handlungsspielraums der Spitalleitung bzw. der

Handlungsfähigkeit des Verwaltungsrates durch die Anwendung kantonaler Bestimmungen (u.a. im Bereich des Personalrechts). Diese Fragestellung wird in einem separaten (Kurz-)Gutachten noch eingehender behandelt als in der vorliegenden Stellungnahme. Sie bildet nicht Teil der vorliegenden Berichterstattung.

1.2 Hinweise zur Stellungnahme und zum Vorgehen

- 4 Mit Abgabe der vorliegenden Stellungnahme bzw. Expertenmeinung kann nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Fragen zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche vorliegend als zutreffend bezeichnet werden. Bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter rechtlicher Fragen werden im Bewusstsein dessen bestmöglich benannt. Die Abkürzungen werden gemäss den Gepflogenheiten des Bundesgerichts verwendet. Die für die Erstattung der Stellungnahme verwendete Literatur, Judikatur, Erlasse oder Materialien werden im Text oder in den Fussnoten näher aufgeführt.
- 5 Im Rahmen der zur Verfügung stehenden Ressourcen und der aufzuwendenden Zeit wurden nicht sämtliche Personalrechtsfälle im Detail aufgerollt oder Untersuchungshandlungen wie Befragungen durchgeführt. Vielmehr beschränkt sich die Stellungnahme darauf, die anwendbaren rechtlichen Grundlagen und die dazugehörige Praxis der Verantwortlichen bei der soH AG im Hinblick auf verschiedene in der Fragestellung erwähnte personalrechtliche Instrumente zu beleuchten. Die daraus folgenden Einschätzungen zur Rechtmässigkeit der Praxis bei der soH AG ergingen sodann im Hinblick auf verschiedene besondere Personalfälle bei Kaderangehörigen in den vergangenen 5 Jahren, zu welchen von Rudin Cantieni Rechtsanwälte AG verschiedene Akten (wie Arbeitsverträge, Aufhebungsvereinbarungen, Gesuche und Beschlüsse zu Funktions- oder Marktzulagen etc.) von der soH AG beigezogen hat.
- 6 Bei der Erarbeitung der Stellungnahme wurden unter anderem folgende Erlasse und Materialien berücksichtigt:

Bund:

- Bundesverfassung (BV; 101)
- Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10)

Kanton:

- Verfassung des Kantons Solothurn (BGS 111.1)

- Gesetz über das Staatspersonal (StPG; BSG 126.1)
- Gesetz über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WoV-G; BGS 115.1)
- Verordnung zum Gesetz über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WoV-VO; BGS 115.11)
- Spitalgesetz (SpiG; BGS 817.11)
- Personalrechtsverordnung (PRV; BGS 126.3) – ersetzte einst die Verordnung über den Vollzug des Personalrechts durch die Solothurner Spitäler AG vom 20. Dezember 2005 (BGS 817.113)
- Gesamtarbeitsvertrag zwischen dem Kanton Solothurn und dem Solothurnischen Staatspersonal-Verband, dem Verband Lehrerinnen und Lehrer Solothurn, dem Schweizerischen Verband des Personals der öffentlichen Dienste, dem Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen und -ärzte Sektion Solothurn und dem Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner Sektion Aargau / Solothurn (SBK) (GAV: BGS 126.3)
- Statuten Solothurner Spitäler AG (BGS 817.112)
- Eignerstrategie betreffend die Solothurner Spitäler AG vom 22. September 2015
- RRB Nr. 1991/1047 vom 26. März 1991 zur Totalrevision des Gesetzes über das Staatspersonal
- RRB Nr. 2000/1435 vom 4. Juli 2000 betreffend Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung / Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal (Aufhebung des Beamtenstatus)
- RRB Nr. 2003/396 vom 4. März 2003 betreffend Wirkungsorientierte Verwaltungsführung; Änderungen der Kantonsverfassung und Änderung des Gesetzes über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates
- RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates
- RRB Nr. 2005/1441 vom 4. Juli 2005 betreffend Projekt «Verselbständigung der Spitäler und Gründung der Solothurner Spitäler AG» inkl. Entwurf Sozialplan
- RRB Nr. 2005/2713 vom 20. Dezember 2005 betreffend «Projekt Verselbständigung der Spitäler: Aufgabenausscheidung Kanton – Solothurner Spitäler AG»

- RRB Nr. 2006/2148 vom 26. November 2006 betreffend Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal im Zusammenhang mit: 1. dem Dienstverhältnis der Mitglieder des Regierungsrates / 2. der Gründung der Solothurner Spitäler AG; Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat
- RRB Nr. 2007/1104 vom 25. Juni 2007 betreffend Änderungen der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV)
- RRB Nr. 2011/1553 vom 28. Juni 2011 betreffend Änderung der Verordnung über das Personalrecht (inkl. GS 2011, 33)

Weiteres:

- Organisationsreglement der Solothurner Spitäler AG, zuletzt vom 29. Oktober 2020
- Funktionendiagramm der Solothurner Spitäler AG, zuletzt vom 29. Oktober 2020 (auch als «Corporate Governance-Reglement» bezeichnet)
- Übersichten, Dokumente, Vereinbarungen, Urteile etc. zu Austritten aus dem oberen und mittleren Kader der soH AG sowie zur Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen insbesondere in den Jahren 2019 bis 2024

2 soH AG als öffentliches Unternehmen und öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin

2.1 Einleitung

- 7 Die soH AG ist gemäss § 16 SpiG eine gemeinnützige Aktiengesellschaft, die sich im vollständigen Besitz des Kantons Solothurn befindet. Mit der Errichtung der soH AG gingen das Kantonsspital Olten, das Bürgerspital Solothurn, das Spital Grenchen, das Spital Dornach, die solothurnische Höhenklinik Allerheiligenberg und die psychiatrischen Dienste des Kantons Solothurn in diese Aktiengesellschaft über.
- 8 Die soH AG wurde als Aktiengesellschaft nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) errichtet und hat gemäss § 2 Abs. 1 ihrer Statuten und ihrem Handelsregistereintrag vom 7. Dezember 2005 eine gemeinnützige Zweckbestimmung im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR. Die Führung von Betrieben hat unter Beachtung des Spitalgesetzes des Kantons Solothurn und unter Beachtung der mit dem Kanton Solothurn geschlossenen Leistungsvereinbarung zu geschehen. Mit den erzielten Gewinnen kann die Generalversammlung – neben den gesetzlichen Reserven – ausserordentliche Reserven bilden, welche dann «für die nachhaltige Sicherstellung des Betriebs» dienen sollen

(vgl. § 27 Abs. 1 und 2 der Statuten der soH AG). Im Hinblick auf die Eignerstrategie vom 22. September 2015 hat die soH AG für den Kanton Solothurn sowohl versorgungspolitische als auch finanzpolitische Ziele zu verfolgen. In Ziff. 3.3 und Ziff. 4 der Eignerstrategie wird festgehalten, dass die Aktiengesellschaft ihre Zahlungsbereitschaft jederzeit sicherzustellen hat, sie sich selbst am Markt finanziert und die finanzielle Verflechtung mit dem Kanton auf die Abgeltung von Leistungen beschränkt. Die Leistungen im Bereich ihrer Haupttätigkeiten müssen durch die soH AG selbst erbracht werden. Die Leistungserbringung könne lediglich in einem untergeordneten Rahmen durch Dritte erfolgen, sofern dies wirtschaftlich und sachgerecht sei, wobei sich dann die Aktiengesellschaft (zur Absicherung der Leistungserbringung) an Dritten beteiligen könne.

- 9 Die Materialien zum Spitalgesetz und zum Projekt «Verselbstständigung der Spitäler» bezeichnen die Rechts- bzw. Organisationsform der Aktiengesellschaft als bewährt für grössere Unternehmen. Sie sei auch für solche Unternehmen geeignet, welche keinen wirtschaftlichen, sondern einen gemeinnützigen Zweck verfolgen würden. Die Form der Aktiengesellschaft erlaube eine rasche und flexible Anpassung an künftige Entwicklungen (im Spitalbereich). Insbesondere seien auch Kooperationen mit anderen Institutionen des Gesundheitswesens über die Kantons Grenzen hinaus weit aus einfacher möglich als dies bei der Rechtsform der Anstalt der Fall wäre. Ferner wurde angeführt, dass man Flexibilisierungen nicht bloss über das Gesetz über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WoV-G) bewirken möchte, sondern «noch einen Schritt weiter» gehen wolle, in dem man die öffentlichen Spitäler auch rechtlich von der kantonalen Verwaltung abtrennt und als eigenständige juristische Person organisiert¹. Erwähnt wurde in den Materialien in diesem Kontext Folgendes:

«Die Spitäler haben Aufgaben zu erfüllen, die sich in starkem Masse von den klassischen Aufgaben einer Verwaltung unterscheiden. Öffentliche Spitäler sind keine Behörden mit hoheitlichen Aufgaben, sondern komplexe Unternehmen mit hochqualifizierten Fachpersonen. Sie stehen zudem vermehrt in direkter Konkurrenz zu privaten Unternehmen, welche die gleichen Aufgaben erfüllen. Die öffentlichen Spitäler müssen deshalb auch als

¹ RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 5 f.

Unternehmen geführt werden. Eine wichtige Voraussetzung dafür ist ihre juristische Eigenständigkeit»².

- 10 In diesem Zusammenhang wurde sodann festgehalten, dass der Kanton sich künftig auf die Rolle des Auftraggebers und Bestellers von Leistungen beschränken wolle, während die Ausführung des Auftrages und das Erbringen der Leistungen der soH AG übertragen sei. Die soH AG wurde mithin bewusst als eigenständiges öffentliches Unternehmen konzipiert³ und sollte eine weitreichende Selbstständigkeit haben⁴. Daraus resultierte eine Aufgabenausscheidung zwischen Kanton und soH AG. Diese sollte insbesondere sicherstellen, «dass einerseits die AG den nötigen Freiraum für eine effektive, betriebswirtschaftliche Spitalführung erhält, und dass andererseits die berechtigten Interessen des Kantons an ausreichenden Steuerungsinstrumenten befriedigt werden können»⁵. Aus den Materialien ergibt sich folglich, dass im Kanton Solothurn mit der damaligen Ausgliederung der öffentlichen Aufgabe der Spitalversorgung zugleich die soH AG als marktfähige wirtschaftliche Aufgabenträger ausgestaltet worden ist.
- 11 Mit der Ausgliederung der öffentlichen Aufgaben auf eine Aktiengesellschaft und der Flexibilisierung der Rechtsregeln zugunsten der neu gegründeten öffentlichen Unternehmung «Solothurner Spitäler AG» (welche gemäss den Vorgaben des Eigners in wirtschaftlicher Selbstständigkeit am Markt bestehen und sich als marktfähig beweisen muss), stellte sich auch die Frage, welcher rechtliche Rahmen für die Rechtsbeziehungen der soH AG zu ihrem Personal gelten sollten, zumal die neue Aktiengesellschaft die zahlreichen Anstellungsverhältnisse der verschiedenen eingebrachten öffentlichen Institutionen übernehmen respektive weiterführen musste (vgl. dazu die Übergangs- und Schlussbestimmung von § 20 SpiG)⁶.

² RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 19 f.

³ RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 20.

⁴ RRB Nr. 2005/2713 vom 20. Dezember 2005 betreffend «Projekt Verselbständigung der Spitäler: Aufgabenausscheidung Kanton – Solothurner Spitäler AG», dort Ziff. 1 Abs. 1.

⁵ RRB Nr. 2005/2713 vom 20. Dezember 2005 betreffend «Projekt Verselbständigung der Spitäler: Aufgabenausscheidung Kanton – Solothurner Spitäler AG», dort Ziff. 2 Abs. 1.

⁶ Für die Kündigung, die aufgrund der Neuorganisation im Rahmen des Projekts «Verselbständigung der Spitäler» und Gründung der soH AG ergehen mussten, wurde ein Sozialplan erstellt; vgl. dazu RRB Nr. 2005/1441 vom 4. Juli 2005 betreffend Projekt «Verselbständigung der Spitäler und Gründung der Solothurner Spitäler AG» inkl. Entwurf Sozialplan.

Aus den Materialien zum Spitalgesetz ergibt sich – wie bereits erwähnt –, dass die Flexibilisierungen für das neugegründete öffentliche Unternehmen soH AG über jene des Gesetzes über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung (WoV-G) hinausgehen (bzw. «noch einen Schritt weiter» gehen) sollten⁷. Dies zeigte sich auch in Bezug auf den Umgang mit den Anstellungsverhältnissen. Die Anstellungsverhältnisse des Kantons sollten mit der Einführung des WoV-G nur punktuell mittels einzelner Ausnahmen von der Staatspersonalgesetzgebung flexibilisiert werden, um etwa die Unabhängigkeit von einigen Amtsstellen bzw. Behörden zu stärken. Wie das damalige Beispiel der Finanzkontrolle zeigt, bestanden solche Flexibilisierungen im Wesentlichen darin, dass nicht das Personalamt oder der Regierungsrat die Anstellungen vornehmen sollte, sondern der Chef oder die Chefin der Behörde die Auswahl treffen durfte. Die Kompetenz zur Auswahl und Anstellung umfasste dabei das Festlegen der Anzahl der anzustellenden Personen (unter Einhaltung der bewilligten Kredite) und die Definition des Anstellungsprofils (berufliche Qualifikation). Die Lohnfestsetzung und Weiteres blieb aber Sache des Personalamtes, womit beim Kanton im Personalbereich offensichtlich nur eine geringe Flexibilisierung durch die Gesetzgebung über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung bewirkt wurde⁸. Bei der Ausgliederung im Spitalbereich wollte der Regierungsrat aber einen deutlich flexibleren Umgang mit dem Personalrecht und mehr Freiheiten für das neugegründete Unternehmen vorsehen. Anlässlich der Verselbständigung der Spitäler schlug er deshalb auch vor, dass das private Arbeitsvertragsrecht (OR) für das Personal der soH AG zur Anwendung gebracht werden soll. Dies hätte es den öffentlichen Spitälern ermöglicht, ihre Arbeitsbedingungen eigenständig und im Wesentlichen ausserhalb von kantonalen Vorgaben festzulegen. Der Regierungsrat befürwortete diese sehr weitgehende Flexibilisierung, weil er die Spitäler in erster Linie als Unternehmenswelten sah. Die Spitäler hätten nicht die gleichen Aufgaben wie öffentliche Verwaltungen, und sie stünden in Konkurrenz mit privaten Spitälern. Des Weiteren wurde in dieser Phase die Einführung des Instruments des Gesamtarbeitsvertrages (GAV) u.a. für Anstellungen im Spitalbereich vorgeschlagen⁹.

⁷ RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 5 f.

⁸ RRB Nr. 2003/396 vom 4. März 2003 betreffend Wirkungsorientierte Verwaltungsführung: Änderungen der Kantonsverfassung und Änderung des Gesetzes über die wirkungsorientierte Verwaltungsführung; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 95; vgl. heute § 64 Abs. 2 WoV-G.

⁹ RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 28.

- 13 Der Vorschlag der Anwendung von privatem Arbeitsrecht fand zum einen keine genügende politische Unterstützung. Zum anderen war zuvor schon in den Materialien zum neuen StPG darauf hingewiesen worden, dass es «keine Ausgliederungsmöglichkeit für das Personalrecht der Spitäler aus der kantonalen Verwaltung [gebe], solange die Spitäler eine öffentliche Aufgabe als staatliche Organisationseinheiten erfüll[t]en»¹⁰. Hingegen wurde auch anlässlich der Revision des StPG auf die Möglichkeit der Schaffung von gesetzlichen Grundlagen für den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen (für das Spitalpersonal) hingewiesen¹¹.
- 14 Zusammengefasst kann gesagt werden, dass historisch betrachtet die Frage, «ob das Personalrecht der Spitäler aus Gründen der grösseren Flexibilität von jenem der Verwaltung losgelöst werden kann»¹² sowohl im Rahmen der Revision des StPG als auch des SpiG grundsätzlich verneint wurde, hingegen gleichzeitig eine Überzeugung bestand, dass die Anwendung des (üblichen) kantonalen Dienstrechts nicht den Bedürfnissen der soH AG entsprechen werde bzw. mit der Anwendung des StPG «die Autonomie eines rechtlich selbständigen Spitals in einem wesentlichen Bereich erheblich» eingeschränkt sein würde¹³.
- 15 Im Hinblick auf die Entwicklung des Personalrechts im kantonalen Spital und die Möglichkeiten einer Flexibilisierung wurde in diesem Kontext darauf hingewiesen, dass die Personalverbände das Recht haben würden, mit dem kantonalen Spital einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen und sich auch aus dem StPG «eine gewisse Flexibilität in der Ausgestaltung der Anstellungsbedingungen» ergeben solle (hingewiesen wurde dabei darauf, dass für Chefärzte und Chefärztinnen sowie leitende Ärzte und Ärztinnen zusätzlich vertragliche Regelungen abgeschlossen werden können [vgl. § 2 Abs. 3 StPG] und der Regierungsrat Funktionen oder Personen vom GAV ausnehmen dürfe [§ 45^{bis} Abs. 2 StPG]).

¹⁰ RRB Nr. 2000/1435 vom 4. Juli 2000 betreffend Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung / Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal (Aufhebung des Beamtenstatus), dort Ziff. 6.

¹¹ RRB Nr. 2000/1435 vom 4. Juli 2000 betreffend Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung / Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal (Aufhebung des Beamtenstatus), dort Ziff. 5.3.

¹² Vgl. RRB Nr. 2000/1435 vom 4. Juli 2000 betreffend Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung / Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal (Aufhebung des Beamtenstatus), dort Ziff. 2.2 und Ziff. 6.

¹³ Vgl. RRB Nr. 2003/1275 vom 1. Juli 2003 betreffend Spitalgesetz; Botschaft und Entwurf des Regierungsrates, S. 28.

16 Flexibilisierungen waren und sind damit für die soH AG im Personalbereich möglich und gewünscht worden. Zwar richtet sich das Personalrecht für die Spitäler grundsätzlich und bis heute nach dem StPG, jedoch wurden durch die Gesetzgebung durchaus Spielräume eröffnet. Zunächst wurde gestützt auf das revidierte StPG¹⁴ ein Gesamtarbeitsvertrag ermöglicht. Ein solcher wurde in der Folge mit verschiedenen Personalverbänden ausgehandelt und per 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt. Der GAV ist öffentlich-rechtlicher Natur und gilt auch für das Personal der im Kanton Solothurn gelegenen und von ihm massgeblich subventionierten oder rechtlich oder wirtschaftlich kontrollierten Spitäler¹⁵. Die Allgemeine Bestimmungen des GAV relativieren die Bestimmungen des StPG und werden zudem in einem «Besonderen Teil der Normativen Bestimmungen (NB BT)» des GAVs spezifische Abweichungen von einzelnen Bestimmungen des Allgemeinen Teils oder Ergänzungen dazu vorgesehen, welche nur für das Personal der Spitäler gelten (vgl. §§ 246 GAV betreffend «NB BT Spitäler»). Der GAV führt sodann die Möglichkeit im Sinne von § 2 Abs. 3 StPG aus, wonach das kantonale Spital mit den Chefärzten oder den Chefärztinnen sowie den leitenden Ärzten oder den leitenden Ärztinnen zusätzlich vertragliche Regelungen treffen kann. Diese Möglichkeit von vertraglich vereinbarten besonderen Anstellungsbedingungen wurde im Jahr 2011 mit in einer Revision der Personalrechtsverordnung (PRV) von den Chefärzten/Chefärztinnen sowie leitenden Ärzten/Ärztinnen auf den ärztlichen Direktoren bzw. die ärztliche Direktorin und den «Direktionspräsidenten» bzw. die «Direktionspräsidentin» ausgedehnt¹⁶. Die PRV, welche die Zuständigkeitsbestimmungen zum GAV u.a. für die soH AG seit dem Jahr 2007 ausführt¹⁷, wurde in § 21 angepasst¹⁸. Die entsprechenden Kompetenzen zum Abschluss von zusätzlich vertraglichen Regelungen werden so dann seit dem Jahr 2017 auch in § 5 Abs. 4 und 4^{bis} GAV aufgeführt (der Regierungsrat kann «zusätzlich vertragliche Regelungen für den oder die CEO und für den ärztlichen Direktor oder die ärztliche Direktorin in Abweichung vom GAV auf Vorschlag der Solothurner Spitäler AG» beschliessen bzw. kann die soH AG «mit den Chefärzten oder den Chefärztinnen sowie den Leitenden Ärzten oder den Leitenden Ärztinnen zusätzlich vertragliche Regelungen treffen»). Hierzu gilt es ergänzend

¹⁴ Vgl. § 45^{bis} StPG.

¹⁵ Vgl. § 3 GAV und § 5 Abs. 1 GAV.

¹⁶ Vgl. RRB Nr. 2011/1553 vom 28. Juni 2011 betreffend Änderung der Verordnung über das Personalrecht (inkl. GS 2011, 33).

¹⁷ Vgl. RRB Nr. 2007/1104 vom 25. Juni 2007 betreffend Änderungen der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV).

¹⁸ Vgl. RRB Nr. 2011/1553 vom 28. Juni 2011 betreffend Änderung der Verordnung über das Personalrecht (inkl. GS 2011, 33).

zu erwähnen, dass es dem Regierungsrat bereits aufgrund § 45^{bis} Abs. 2 StPG erlaubt ist, Funktionen oder Personen (wie beispielsweise höhere Kadermitarbeitende in Spitälern) vom Gesamtarbeitsvertrag auszunehmen. Der Vollständigkeit halber ist auch zu erwähnen, dass der Regierungsrat gemäss § 19 Abs. 3 StPG¹⁹ (i.V.m. § 13 Abs. 4 PRV) Anstellungen an die soH AG delegieren kann.

2.2 Legalitäts- und Spezialitätsprinzip

- 17 Für die soH AG als öffentliches Unternehmen und als öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin gilt das Legalitäts- und Spezialitätsprinzip. Das bedeutet, dass das Unternehmen an jene Grenzen gebunden ist, die das geschriebene Recht ihm setzt (Legalitätsprinzip) und es grundsätzlich nur in jenen Bereichen Handlungs- und Entfaltungsspielräume hat, in welchen der Kanton als Eigner dem Unternehmen Handlungsspielräume einräumt (Spezialitätsprinzip). Die betreffenden Prinzipien finden in der Regel Erwähnung in Zusammenhang mit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit von öffentlichen Unternehmen²⁰, gelten aber auch – als rechtsstaatliche Grundsätze²¹, die sie sind – im Hinblick auf die Frage nach Art der Flexibilisierung und Umfang von Handlungs- und Entfaltungsspielräumen von öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberinnen.

2.3 Massgebender rechtlicher Rahmen für Handlungsspielräume der soH AG

- 18 Vor dem oben genannten Hintergrund, dass es sich bei der soH AG sowohl um ein öffentliches Unternehmen als auch um eine staatliche Arbeitgeberin handelt, bei welcher der (Handlungs-)Spielraum sowohl durch das Legalitäts- als auch das Spezialitätsprinzip definiert wird, stellt sich die Frage, welchen Rechtsrahmen bzw. welcher Rechtsrahmen die soH AG im Bereich des Personalrechts insbesondere bei Kaderangestellten zu achten hat und welche Flexibilität dem Unternehmen bei der Anwendung des Personalrechts zugestanden worden ist. Dies zu eruieren, ist für eine Einschätzung der Einhaltung der «personalrechtlichen Vorschriften» notwendig, wenn nicht gar essenziell.

¹⁹ Vgl. RRB Nr. 2006/2148 vom 26. November 2006 betreffend Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal im Zusammenhang mit: 1. dem Dienstverhältnis der Mitglieder des Regierungsrates / 2. der Gründung der Solothurner Spitäler AG; Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat.

²⁰ Dazu grundlegend René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 18 Rz. 112; ferner auch BGE 138 I 378, E. 7.2; vgl. in Zusammenhang mit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit von öffentlichen Spitälern Ralph Trümpler/Iris Herzog-Zwitter, Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen, in: AJP 4/2021, S. 466 ff., S. 473.

²¹ Vgl. u.a. Art. 5 Abs. 1 BV.

19 Vorab gilt es zu erwähnen, dass der Gesetzgeber «die Aktiengesellschaft» und mithin die Geschäftsleitung sowie die Organe der soH AG in verschiedenen Bestimmungen direkt anspricht, wenn es um die personalrechtlichen Regelungen und Zuständigkeiten geht. Konkret wird in § 20 Abs. 1 SpiG festgehalten, dass die Anstellungsverhältnisse *von der Aktiengesellschaft* übernommen worden sind und dass diese gemäss § 19 Abs. 3 SpiG ein Gesamtarbeitsvertrag mit den Verbänden des im Spital tätigen Personal abschliessen kann. Für die nachfolgend zu klärende Frage, ob sich die soH AG an die vom Gesetzgeber gewährten Handlungsspielräume im Bereich des öffentlichen Personalrechts bei Kaderangehörigen in den vergangenen 5 Jahren gehalten hat, sind im Hinblick auf die Beachtung des Legalitäts- und Spezialitätsprinzips insbesondere folgende Regelungen zu berücksichtigen:

- § 19 Abs. 3 SpiG
- Regelungen des StPG im Kontext der Geltung des GAV²²
- Regelungen des Organisationsreglements, des Funktionendiagramms der soH AG («Corporate Governance-Reglement») und der Statuten der soH AG
- § 4 PRV (betreffend Zuständigkeit der Einreihung des Spitalpersonals [liegt beim Personalamt] und der Einstufung des Spitalpersonals [liegt bei der soH AG])²³
- § 19 Abs. 3 StPG²⁴ (wonach Anstellungen an die soH AG delegierbar sind) in Verbindung mit § 13 Abs. 4 PRV (wonach die Anstellungskompetenz bei der soH AG liegt)²⁵
- § 18 ff. PRV (betreffend Vollzug und Zuständigkeiten der soH AG)
 - insbes. § 19 PRV, wonach die soH AG das Personalrecht (unter Vorbehalt der §§ 20-25 PRV) selbständig vollzieht und ihr grundlegend alle Befugnisse zustehen, welche die Personalgesetzgebung der Anstellungsbehörde zuweist.

²² Nach § 2 Abs. 1 StPG sind Rechtsbeziehungen zwischen der Solothurner Spitäler AG und ihren Angestellten zwar der Gesetzgebung über das Staatspersonal unterstellt, doch steht die Anwendung dieses Staatspersonalrecht «unter Vorbehalt eines abweichenden Gesamtarbeitsvertrages» (vgl. § 2 Abs. 1 StPG). Insofern beziehen sich auch die ausführenden Regelungen von § 18 ff. PRV im Wesentlichen auf Regelungen des GAV.

²³ Vgl. RRB Nr. 2007/1104 vom 25. Juni 2007 betreffend Änderungen der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV), dort Ziff. 2.1

²⁴ Vgl. RRB Nr. 2006/2148 vom 26. November 2006 betreffend Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal im Zusammenhang mit: 1. dem Dienstverhältnis der Mitglieder des Regierungsrates / 2. der Gründung der Solothurner Spitäler AG; Botschaft und Entwurf an den Kantonsrat.

²⁵ Vgl. RRB Nr. 2007/1104 vom 25. Juni 2007 betreffend Änderungen der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung, PRV), dort Ziff. 2.2.

- insbes. § 19 Abs. 2 PRV betreffend einzelne explizit der soH AG (und nicht etwa dem Regierungsrat) zustehende Befugnisse beim Vollzug des Personalrechts, z.B. (lit. a) bei fristloser Auflösung des Anstellungsverhältnisses aus wichtigen Gründen, (lit. f) beim Entscheid über die Höhe des Leistungsbonus bei Differenzen zwischen Vorgesetzten und Arbeitnehmenden nach § 139 Abs. 4 GAV; (lit. k) bei der ausnahmsweisen Erhöhung des Grundlohnes um höchstens 20 Prozent gemäss § 240 Bst. b GAV, (lit. l) bei der Ausrichtung einer Funktionszulage nach § 140 Abs. 2 GAV etc.
- insbes. § 20 PRV, wonach Abgangsentschädigungen bei der soH AG durch den Regierungsrat festgelegt werden.
- § 45^{bis} Abs. 2 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4 GAV i.V.m. § 21 Abs. 1 PRV und (Abschluss vertraglicher Regelungen in Abweichung des GAV durch den Regierungsrat für den CEO und für den ärztlichen Direktor oder die ärztliche Direktorin der soH AG auf Vorschlag der soH AG).
- § 2 Abs. 3 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4bis GAV i.V.m. § 21 Abs. 2 PRV und (Abschluss von zusätzlich vertraglichen Regelungen des kantonalen Spitals mit den Chefärzten oder den Chefärztinnen sowie den leitenden Ärzten oder den leitenden Ärztinnen).

20 Beim Vollzug der oben erwähnten personalrechtlichen Regelungen kommt der soH AG laut den §§ 18 ff. PRV grundsätzlich Autonomie zu, wobei die internen Zuständigkeiten gemäss § 19 Abs. 3 PRV in einem Reglement zu regeln sind. Einige Entscheidungen etwa von finanzieller Tragweite (Abgangsentschädigungen; vgl. § 20 PRV) oder bei speziellen vertraglichen Regelungen zugunsten von CEO und/oder ärztlichem Direktorium (vgl. § 45^{bis} Abs. 2 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4 GAV i.V.m. § 21 Abs. 1 PRV) bleibt indessen der Regierungsrat zuständig. Darauf ist bei der nachstehenden Analyse zurückzukommen.

3 Überblick über den Einsatz personalrechtlicher Instrumente bei der soH AG

3.1 Vorbemerkungen

21 Die vorliegende Expertenmeinung zum bisherigen personalrechtlichen Umgang der soH AG mit Kaderangehörigen in den vergangenen fünf Jahren hat sich gemäss Auftrag auf besondere Personalfälle und folgende Instrumente zu konzentrieren: Freistellungen (§ 24 StPG), Kündigungen (§ 26-28 StPG), Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen (§ 29 StPG), Abgangsentschädigungen (§ 33 StPG), Ausrichtungen von Funktionszulagen (§ 140 Abs. 2 GAV).

22 Nachstehend soll ein Überblick über diese Instrumente gegeben werden, wobei im Rahmen der Ausführungen zu den Funktionszulagen nach § 140 GAV auch kurz zu Marktzulagen nach § 240 GAV Stellung genommen wird. Im Kontext der verschiedenen Instrumente soll auch ausgeführt werden, ob und wie es in den letzten fünf Jahren zu deren Einsatz beim oberen Kader der soH AG gekommen ist. Nicht weiter eingegangen wird auf die Vorgänge der Lohneinreihung und -einstufung – lediglich der Vollständigkeit halber sei dazu erwähnt, dass im Hinblick auf die Lohneinreihung zwar das Personalamt handelt, dass aber der soH AG ein Recht zum Vorschlag für die Einreihung zukommt (vgl. § 4 Abs. 1 PRV), die soH AG über die Einstufung entscheidet (vgl. § 4 Abs. 2 PRV) und es (auch) der soH AG überlassen ist (über von ihr bezeichnete Personen, vgl. § 139 Abs. 3 und 4 GAV und § 19 Abs. 2 lit. f PRV) einen Leistungslohn unter den Voraussetzungen von § 134 und § 139 GAV und in Anlehnung an die individuellen Mitarbeitendenbeurteilungen festzulegen.

3.2 Zu den einzelnen Instrumenten

23 **Freistellung:** Es gilt zwischen jenen Freistellungen aus wichtigen öffentlichen oder betrieblichen Interessen nach § 24 StPG und § 51 GAV einerseits und Freistellungen infolge einer (vereinbarten) Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 47 Abs. 2 GAV) andererseits zu unterscheiden. Die erstere Variante wird zwar als Freistellung bezeichnet, stellt aber eine sog. Einstellung im Amt dar. Diese Form der Freistellung bedeutet, dass die Anstellungsbehörde einen arbeitnehmende Person während laufendem Anstellungsverhältnis mit oder ohne Entzug der Besoldung vorsorglich freistellen kann, wenn gewichtige öffentliche oder betriebliche Interessen dies rechtfertigen. Diese Voraussetzungen für eine Einstellung im Amt sind gegeben, wenn etwa «genügend Hinweise für eine fristlose Auflösung des Anstellungsverhältnisses bestehen»²⁶.

24 Bei der soH AG kam die Einstellung im Amt bzw. die Freistellung gemäss § 51 GAV als personalrechtliches Instrument in den letzten fünf Jahren beim oberen Kader lediglich in zwei Fällen zum Zug. In einem Fall anlässlich einer ordentlichen Kündigung nach § 42 Abs. 4 lit. b GAV (betrifft die mangelnde Eignung, ungenügende Leistung oder fehlbares Verhalten des Arbeitnehmenden) und in einem weiteren Fall, welcher nach der Freistellung dann zu einer fristlosen Entlassung führte.

²⁶ RRB Nr. 2000/1435 vom 4. Juli 2000 betreffend Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zur Änderung der Kantonsverfassung / Änderung des Gesetzes über das Staatspersonal (Aufhebung des Beamtenstatus), dort S. 21 f. (Ziff. 4.5) und S. 33.

- 25 Die zweite Variante der Freistellung kann bei einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus sachlichen Gründen erwogen werden. Der Arbeitgeber und die arbeitnehmende Person vereinbaren einvernehmlich, dass auf die Arbeitsleistung der ausscheidenden arbeitnehmenden Person verzichtet wird. Bei dieser Variante der besoldeten Freistellung ist «das Restferien-, Überstunden- sowie ein allfälliges Dienstaltersguthaben abgegolten, sofern die Parteien dies vereinbart haben» (vgl. § 29 StPG und § 47 Abs. 2 GAV).
- 26 Bei der soH AG kam es in den letzten fünf Jahren zu 16 einvernehmlichen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen mit oberen Kaderleuten. In 4 Fällen wurden keine Freistellungen vereinbart. In 8 Fällen wurden kurze besoldete Freistellungen von 1 bis 3 Monaten vereinbart, wobei bei all diesen Freistellungen die Restferien-, Überstunden- sowie allfälliges Dienstaltersguthaben als abgegolten galten. In 4 Fällen kam es zu längeren besoldeten Freistellungen von 7 Monaten, 10 Monaten, 10 ½ Monaten und in einem Fall zu einer Freistellung für die Dauer bis zum Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches. Die Restferien-, Überstunden- sowie allfälligen Dienstaltersguthaben galten auch in diesen Fällen als abgegolten respektive wurde keine Auszahlung der solchen vereinbart.
- 27 **Kündigung:** Das anwendbare Personalrecht unterscheidet zwischen der ordentlichen Kündigung und der fristlosen Auflösung aus wichtigen Gründen. Zuständig ist in beiden Fällen die Anstellungsinstanz. Die wesentlichen Regelungen sind in § 26-28 StPG respektive in §§ 40 ff. GAV enthalten. Nach § 43^{bis} GAV gelten für das obere Kader (ab Lohnklasse 24) spezielle Bestimmungen betreffend ein vereinfachtes ordentliche Kündigungsverfahren. Diese Bestimmung kommt auch für Kaderangehörige der soH AG zur Anwendung und erlaubt es, dass auf eine Bewährungsfrist verzichtet wird, wenn Kündigungsgründe nach § 42 Abs. 4 lit. b GAV (mangelnde Eignung, ungenügende Leistung oder fehlbares Verhalten) oder andere wichtige Gründe zu einer irreparablen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Angestellten und Vorgesetzten geführt haben.
- 28 In den letzten fünf Jahren kam es beim oberen Kader der soH AG zu vier Kündigungen durch die Arbeitgeberin. Eine weitere Kündigung wurde im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs durch eine einvernehmliche Auflösung des Anstellungsverhältnisses ersetzt. Diesem Vergleich stimmte auch der Regierungsrat des Kantons Solothurn zu.
- 29 Zwei Arbeitsverhältnisse der erwähnten vier wurden während der Probezeit beendet. Bei einem weiteren wurde eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. Bei allen drei Kündigungen wurden – soweit ersichtlich – die Kündigungsfristen eingehalten, wurde die Beendigung mittels anfechtbarer

Verfügung mitgeteilt und waren in den Kündigungsverfügungen die relevanten rechtlichen Grundlagen, (teilweise ausführliche) Begründungen, Rechtsmittelbelehrungen etc. angeführt. Der vierten Kündigung ging eine Freistellung im Sinne von § 51 GAV voraus, und es kam danach zu einer fristlosen Beendigung seitens der Arbeitgeberin (vgl. dazu auch vorne Rz. 24). Nach Weiterzug dieses Beschlusses bis vor Verwaltungsgericht hielt dieses als zweite Beschwerdeinstanz fest, dass es der soH AG nach seiner Ansicht des Gerichts nicht gelungen sei, die für die fristlose Kündigung geltend gemachten Gründe rechtsgenügend nachzuweisen. Die Kündigung wurde deshalb von der zweiten Instanz als missbräuchlich erkannt und aufgehoben. Indessen wurde keine «Abgangsentschädigung» im Sinne von § 52 GAV zugesprochen. Die Parteien einigten sich im Nachgang des Gerichtsurteils auf eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (mit einer besoldeten Freistellung von 10 ½ Monaten).

30 **Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen:** Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist in § 29 StPG und § 47 GAV vorgesehen. Damit können bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen die Interessen der Arbeitgeberin wie auch des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin mit massgeschneiderten Lösungen berücksichtigt werden, indem etwa Freistellungen mit oder ohne Abgeltung der Restferien-, Überstunden- sowie ein allfälliges Dienstaltersguthaben (vgl. § 47 Abs. 2 GAV) oder Abgangsentschädigungen (vgl. § 47 Abs. 3 GAV) vereinbart werden. Von dieser Möglichkeit wurde in den letzten fünf Jahren beim oberen Kader der soH AG in 16 Fällen Gebrauch gemacht. Zu erwähnen ist dabei, dass eine der einvernehmlichen Auflösungen über einen gerichtlichen Vergleich zustande kam und in zwei weiteren Fällen Vereinbarungen im Hinblick auf anstehende Pensionierungen einvernehmlich ausgehandelt worden sind (weil für die ausscheidenden Personen bereits vor Ablauf der Anstellungen Nachfolgelösung gefunden werden konnten). Bei keiner der ausgehandelten, einvernehmlichen Auflösungen der Arbeitsverhältnisse wurden Abgangsentschädigungen vereinbart. Lediglich bei der einvernehmlichen Auflösung, die im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zustande kam, wurde eine Abgangsentschädigung vorgesehen, der auch der Regierungsrat zustimmte.

31 **Abgangsentschädigungen:** Infolge missbräuchlicher Kündigungen können Abgangsentschädigungen im Sinne von § 52 GAV anfallen. Das Gesetz nennt neben diesen auch noch andere Formen von Abgangsentschädigungen, die indessen nur unter spezifischen Voraussetzungen in Frage kommen, etwa wenn es zu einer Stellenaufhebung und Nichterneuerung des Beamtenverhältnisses kommt (vgl. § 53 GAV und § 33 StPG) oder es sich um ausscheidende arbeitnehmende Personen

handelt, deren Bruttojahreseinkommen das BVG-Minimum nicht erreicht (vgl. (§ 53^{bis} GAV). Nach der Regelung von § 43^{bis} GAV betreffend das vereinfachte Kündigungsverfahren bei Kaderpersonen, kommen Abgangsentschädigung von mindestens sechs Monatslöhnen in Frage, wenn eine Kündigung eines Kadermitglieds aus anderen wichtigen Gründen ausgesprochen werden muss.

32 Des Weiteren können Abgangsentschädigungen Bestandteil einer Auflösungsvereinbarung sein, wenn das Anstellungsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen beendet wird. Solche Abgangsentschädigungen kommen gemäss Gesetzeswortlaut nur «ausnahmsweise und soweit es im Interesse des Arbeitgebers liegt» in Frage (§ 29 StPG i.V.m. § 47 Abs. 3 GAV).

33 Im Falle der soH AG ist für die entsprechende Rechtsanwendung der Regierungsrat zuständig (vgl. § 20 PRV). Dieser hat im Einzelfall zu beurteilen, ob die Voraussetzungen gegeben sind, welche allfälligen Nachteile mit einer Abgangsentschädigung abgegolten werden sollen oder ob die Ausrichtung einer Abgangsentschädigung im Interesse des Arbeitgebers liegt und wenn ja, in welcher Höhe eine solche in Frage steht (die Höhe dürfte sich grundsätzlich an der Dauer des Anstellungsverhältnisses, dem Alter und der sozialen Lage [insbesondere familiäre Situation, Haushaltsbudget, Gesundheitskosten] des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin ausrichten). Bei der soH AG wurden in den letzten fünf Jahren beim oberen Kader – soweit ersichtlich – keine Abgangsentschädigungen vom Regierungsrat festgelegt (abgesehen von der bereits erwähnten Abgangsentschädigung, die anlässlich eines gerichtlichen Vergleichs zustande kam und welcher der Regierungsrat im Rahmen dessen zustimmte).

34 **Funktionszulagen nach § 140 GAV und Funktionszulagen sui generis / Marktzulagen nach § 240 GAV und Marktzulagen sui generis:** Ein Anspruch auf Funktionszulagen entsteht nach § 140 GAV, wenn Arbeitnehmende «vorübergehend, aber während mehr als zwei Monaten ununterbrochen Aufgaben einer höheren Funktion ausüben müssen». Die Funktionszulage bemisst sich dann nach dem Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben. Grammatikalisch klar erscheint die erste Voraussetzung von § 140 Abs. 1 GAV: Arbeitnehmende haben einen Anspruch auf Funktionszulage, wenn sie «vorübergehend, aber während mehr als zwei Monaten ununterbrochen Aufgaben» übernehmen. Dass Aufgaben während einer gewissen (Mindest-)Dauer ausserhalb einer angestammten, allenfalls mittels Stellenbeschreibung oder Pflichtenheft definierten Tätigkeit ausgeübt werden, rechtfertigt allerdings allein noch nicht das Ausrichten der Funktionszulage. Gemäss der zweiten Voraussetzung ist es notwendig, dass die temporär übernommenen Aufgaben

«einer höheren Funktion» zugeordnet werden können. Grammatikalisch ist diese Voraussetzung nicht eindeutig. Sie kann verschieden verstanden und ausgelegt werden, was kurz illustriert werden soll:

- Es kann mit der zweiten Voraussetzung gemeint sein, dass Angestellte bei der Übernahme von weiteren Aufgaben nur dann eine Funktionszulage erhalten sollen, wenn diese damit temporär ganz oder teilweise **eine höhere Funktion als die eigene** ausüben. Die Aufgaben der eigenen, angestammten Funktion/Tätigkeit werden bei einer solchen Sichtweise in einem gewissen Sinn zurückgedrängt bzw. werden Verantwortlichkeiten übernommen, die nicht der eigenen Funktion oder Stufe, sondern eben einer höheren Stufe oder Funktion entsprechen. Die Höhe der vorübergehend gewährten Funktionszulage entspricht bei einer solchen Sichtweise der Differenz zwischen dem bisherigen Lohn einer Person, welche sie in ihrer angestammten Funktion/Tätigkeit erhält, und dem Lohn der Person, welche diese erhielte, wenn sie die übernommene höhere Funktion/Tätigkeit permanent in einem entsprechenden Umfang für die Arbeitgeberin ausüben würde. Die Ratio für die Ausrichtung der Funktionszulage dürfte bei einer solchen Sichtweise im Umstand begründet liegen, dass eine angestellte Person temporär eine Verantwortung einer höheren als der eigenen Stufe bzw. Funktion übernimmt und sie deshalb temporär auch anderen Anforderungen gerecht werden muss als gewöhnlich. Gemäss § 140 Abs. 1 letzter Satz GAV bemisst sich die Funktionszulage «nach dem Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben». Zusätzlich übernommene Verantwortung ist indessen nicht explizit erwähnt.
- Die Voraussetzung des Ausübens von Aufgaben «einer höheren Funktion» kann grammatikalisch auch so verstanden werden, dass angestellte Personen zusätzlich bzw. parallel zu ihrer angestammten Tätigkeit Aufgaben übernehmen, die einer Kaderstufe zugehören («Aufgaben einer höheren Funktion»). Eine solche Auslegung würde nicht ausschliessen, dass eine zur Funktionszulage berechnete Person bisher schon dem Kader angehört bzw. sie in ihrer angestammten Tätigkeit Aufgaben einer höheren Funktion wahrnimmt. Bei dieser Sichtweise rechtfertigt sich das Ausrichten einer Funktionszulage (bei gegebenen Voraussetzungen) auch an Kaderangehörige deshalb, weil diese während einer gewissen Zeit – etwa zur Entlastung von anderen Kadern oder bei personellen Engpässen oder Übergängen – zusätzliche Aufgaben von anderen Kadern (bzw. «höheren Funktionen») übernehmen, für die sie an sich nicht verantwortlich wären. Gemäss § 140 Abs. 1 letzter Satz GAV bemisst

sich die Funktionszulage auch bei einer solchen Sichtweise «nach dem Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben», was passend erscheint.

35 Funktionszulagen nach § 140 GAV wurden in den letzten Jahren bei der soH AG grundsätzlich auf allen Funktions- bzw. Anstellungsstufen gewährt. Aufgrund der zur Verfügung gestellten Dokumente und beigebrachten Beispiele aus der Praxis der soH AG zur Ausrichtung von Funktionszulagen, erscheint die Auslegung der zweiten Voraussetzung von § 140 Abs. 1 GAV sowohl in der Anwendung bei Kaderangehörigen als auch bei der Anwendung auf weitere Spitalangestellte nicht einheitlich. Einerseits kamen auch für die Stufe des CEO der soH AG, für die Geschäftsleitungsmitglieder als auch für weitere höhere Kader bei Übernahme weiterer Funktionen bzw. Aufgaben entsprechende Zulagen in Frage. Andererseits gab es auch beim weiteren Spitalpersonal (wie etwa bei Personen in Gesundheits- oder Assistenzberufen) Funktionszulagen für temporär übernommene Aufgaben, die nicht zwingend mit der Übernahme von Verantwortung einer höheren Funktion zusammenhingen. Bei den Funktionszulagen des weiteren Spitalpersonals finden sich etwa das Beispiele, wonach bei Angestellten die Lehrlingsbetreuung zu einer Funktionszulage berechtigt oder wurde eine Pflegeassistentin für ihre Aushilfe im Sachbearbeiterbereich (Sozialdienst) mit einer Funktionszulage entschädigt. Beim Kaderpersonal wurden zusätzliche Belastungen, die mit der Übernahme von weiteren Führungs- bzw. Leitungsfunktionen (ad interim) bzw. mit temporären Übernahmen von Co-Leitungen etc. zusammenhingen mit Funktionszulagen entschädigt. Vereinzelt wurden mit Funktionszulagen auch temporär erhöhte Arbeitsbelastungen abgegolten, wenn diese nicht als Aufgabe oder Teil der normalen Stellenbeschreibung/Verantwortung angesehen wurden (z.B. Verantwortungsübernahme bei «Translation», Vorsitz in Arbeitsgemeinschaften oder allenfalls auch «zusätzliche Übernahme von Rechtsfällen im Personalbereich»).

36 Im Hinblick auf die Frage *der Zuständigkeit* zur Ausrichtung von Funktionszulagen durch die soH AG gilt es sodann auf § 140 Abs. 2 Satz 2 GAV hinzuweisen. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Festsetzung von Funktionszulagen (nach § 140 Abs. 1 GAV) und lautet wie folgt: «Für das Spitalpersonal ist der Spitaldirektor oder die Spitaldirektorin zuständig» (vgl. auch § 45 Abs. 2 lit. c StPG i.V.m. § 19 Abs. 1 lit. I PRV). Wie der Term «Spitaldirektor» bzw. «Spitaldirektorin» zu verstehen ist, ist im Falle der soH AG auch aufgrund der Praxis unklar. Die soH AG verfügt über einen bzw. eine CEO und zugleich über verschiedene Standortleitungen, die sich ebenfalls als Direktorinnen bzw. Direktoren bezeichnen, sowie über solche Direktorinnen und Direktoren, die den Bereichen Pflege,

Finanzen, HRM und Informatik vorstehen. Funktionszulagen, die bei den obersten Kadern wie Leiterinnen und Leiter von Diensten, Direktoren oder Direktorinnen bzw. Geschäftsleitungsmitgliedern ansiedeln, wurden in der Praxis – soweit ersichtlich – regelmässig vom CEO bzw. der CEO bewilligt. Funktionszulagen von Personen, die in Gesundheits- oder Assistenzberufen tätig sind und nicht dem Kader angehören, wurden indessen zumeist vom HR auf Antrag von Direktorinnen oder Direktoren der verschiedenen Standorte bzw. Bereiche bewilligt.

- 37 Unter den Term «Spitalpersonal» können sodann nach der hier vertretenen Auffassung lediglich Angestellte bis und mit mittleres bzw. oberes Kader verstanden werden (also auch Chefärztinnen und Chefarzte oder leitende Ärztinnen und leitende Ärzte). Indessen erscheint die Bezeichnung für die Ebene der Spitalführung bzw. des Spitalmanagements (CEO, Mitglieder der Geschäftsleitung, ärztliches Direktorium) unpassend. Würde auch diese Ebene als «Spitalpersonal» verstanden, so wäre die Zusprache von Entschädigungen (wie Funktions- oder auch Marktzulagen) vom CEO bzw. von der CEO an sich selbst möglich. Dies, wie auch dass entsprechende Entschädigungen an Geschäftsleitungskolleginnen und -kollegen und an das eigene ärztliche Direktorium festgelegt werden können, ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht mit einer korrekten Corporate Governance eines Unternehmens zu vereinen (dies gilt auch dann, wenn der CEO gleichzeitig etwa als Chefarzt bzw. Chefärztin in einer Doppelfunktion tätig ist). Wie sich sinnigerweise aus Ziff. 3.5 des Organisationsreglements der soH AG sowie dem zugehörigen Funktionendiagramm (dort in der Rubrik «Personal») ergibt, entscheidet über die «Festlegung der Löhne und Entschädigungen» bei den obersten Kadern (CEO, Mitglieder der Geschäftsleitung und dem ärztlichen Direktorium) das Verwaltungsratspräsidium und nicht der Spitaldirektor oder die Spitaldirektorin. Die entsprechenden Regelungen (wie auch die Anwendung und Auslegung dieser Regelungen) haben gemäss § 21 Abs. 3 der Statuten der soH AG «allgemein anerkannten Standards» im Bereich der Corporate Governance Rechnung zu tragen.
- 38 Unabhängig von der vorstehend dargelegten Auslegungsproblematik im Zusammenhang mit den Zuständigkeitsregelungen können die vorgenannten Kompetenzen der Spitaldirektion und des Verwaltungsratspräsidiums zur Gewährung von Funktionszulagen dann übersteuert werden, wenn gemäss § 45^{bis} Abs. 2 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4 GAV i.V.m. § 21 Abs. 1 PRV der Regierungsrat zusätzliche vertragliche Regelungen für den oder die CEO und für den Ärztlichen Direktor oder die Ärztliche Direktorin in Abweichung vom GAV auf Vorschlag der soH AG beschliesst. Die Gewährung einer Funktionszulage für die Ebene des Spitalmanagements ist mit anderen Worten auch über einen

solchen Beschluss des Regierungsrates möglich, wozu es dafür dann eben nicht die Kompetenz des Verwaltungsratspräsidiums braucht. Entsprechend ausgerichtete Funktionszulagen werden hier zur Abgrenzung von den aufgrund von § 140 GAV vom Spitaldirektor/der Spitaldirektorin oder dem Verwaltungsratspräsidium gewährten Funktionszulagen als «Funktionszulagen sui generis» bezeichnet.

39 Neben Funktionszulagen können Marktzulagen zu Beginn oder während laufender Anstellung beschlossen werden. Diese stellen gemäss § 240 GAV ausnahmsweise Erhöhungen des Grundlohnes um höchstens 20 Prozent dar. Sie werden gewährt, um qualifizierte Arbeitnehmende zu gewinnen oder zu behalten. Zuständig ist nach der Regelung im GAV der Regierungsrat, wobei mit § 45 Abs. 2 lit. c StPG i.V.m. § 19 Abs. 2 lit. k PRV eine Delegation dieser Kompetenz an die soH AG vorgesehen ist. Neben dem Ausrichten einer Funktionszulage (§ 140 Abs. 2 GAV) entscheidet diese demnach auch darüber, ob Marktzulagen (bis 20 % des Grundlohnes) an Angestellte ausgerichtet werden. Was oben hinsichtlich der Zuständigkeiten der soH AG bei Funktionszulagen ausgeführt wurde, gilt grundsätzlich auch für das Ausrichten von Marktzulagen. Indessen besteht offenbar die Praxis, dass Anträge auf eine Ausrichtung einer Marktzulage bis 10 % des Grundlohnes durch die Direktion HRM und solche über 10 % des Grundlohnes durch den oder die CEO der soH AG unterzeichnet werden. Die entsprechenden Formulare der soH AG sind so ausgestaltet und teilweise so signiert worden. Für Marktzulagen bis 20 % des Grundlohnes beim obersten Kader (CEO, Mitglieder der Geschäftsleitung und dem ärztlichen Direktorium) müsste nach der hier vertretenen Auffassung gemäss Ziff. 3.5 des Organisationsreglements sowie dem zugehörigen Funktionendiagramm (dort in der Rubrik «Personal») wiederum das Verwaltungsratspräsidium der soH AG zuständig sein. Eine Gewährung von Marktzulagen über die zulässige Höhe von 20 % des Grundlohnes durch das Verwaltungsratspräsidium, die Spitaldirektorin oder den Spitaldirektor oder weitere Personen (wie die Direktion HRM) ist nach § 240 GAV nicht möglich. Hierfür müsste in Abweichung vom GAV gehandelt werden können, was nur dem Regierungsrat zusteht (vgl. sogleich).

40 Nach den Bestimmungen von § 2 Abs. 3 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4bis GAV i.V.m. § 21 Abs. 2 PRV ist der Abschluss von zusätzlich vertraglichen Regelungen des kantonalen Spitals mit den Chefärzten oder den Chefärztinnen sowie den leitenden Ärzten oder den leitenden Ärztinnen möglich, womit es über solche speziellen vertraglichen Vereinbarungen grundsätzlich auch zur Ausrichtung von Marktzulagen (ohne Überschreitung der maximalen Höhe von 20% des Grundlohnes) kommen

kann. Über § 45^{bis} Abs. 2 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4 GAV i.V.m. § 21 Abs. 1 PRV ist es zudem dem Regierungsrat unbenommen über zusätzliche vertragliche Regelungen dem bzw. der CEO oder dem Ärztlichen Direktor oder der Ärztlichen Direktorin in Abweichung vom GAV und auf Vorschlag der soH AG eine weitere bzw. höhere Marktzulage als 20% des Grundlohnes auszurichten. Die über regierungsrätliche Beschlüsse ausgerichteten Marktzulagen werden hier als «Marktzulagen sui generis» bezeichnet.

4 Beurteilung und Stellungnahme

41 Nachdem einleitend die soH AG als öffentliches Unternehmen und öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin beschrieben (vgl. Rz. 7 ff.), der massgebende rechtliche Rahmen dargelegt (vgl. Rz. 18 ff.) und die personalrechtlichen Instrumente ausgelegt wurden (vgl. Rz. 23 ff.), kann nun eine Beurteilung der Praxis der soH AG gemacht werden. Die Stellungnahme bezieht sich auf die Handhabung der Instrumente «Abgangsentschädigungen» (Rz. 42), «Kündigungen, Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen und Freistellungen» (Rz. 43 ff.) sowie Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV und sui generis (vgl. Rz. 47 ff., Rz. 50 und Rz. 51 ff.) in den letzten Jahren beim obersten Kader der soH AG.

4.1 Keine Praxis zu Abgangsentschädigungen

42 Wie oben in Rz. 31 ff. ausgeführt, stünde es dem Regierungsrat gemäss § 20 PRV zu, unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen Abgangsentschädigungen zu beschliessen. Insbesondere können Abgangsentschädigungen im Rahmen von Auflösungsvereinbarungen vereinbart werden, u.a. wenn dies «im Interesse des Arbeitgebers liegt» (§ 29 StPG i.V.m. § 47 Abs. 3 GAV). Im Falle der soH AG wurden in den letzten fünf Jahren beim oberen Kader keine Abgangsentschädigungen vom Regierungsrat beschlossen – eine Ausnahme bildete die Zustimmung des Regierungsrates zu einer Abgangsentschädigung, die im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zustande kam.

4.2 Genutzte Handlungsspielräume bei Kündigungen, Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen und Freistellungen

43 Im Hinblick auf die in den letzten fünf Jahren ausgesprochenen Kündigungen ergibt sich, dass seitens der soH AG bei zwei während der Probezeit beendeten Arbeitsverhältnissen und bei einer ordentlich ausgesprochenen Kündigung die formellen Vorgaben und Prozedere (wie Kündigungsfristen, Erlass einer anfechtbaren Verfügung mit Begründung, Rechtsmittelbelehrung etc.) – soweit

ersichtlich – eingehalten worden sind. Hingegen kam es bei einer fristlosen Kündigung, der eine Freistellung vorausgegangen war, zu einem Rechtsstreit. Nachdem der Regierungsrat als erste Beschwerdeinstanz das Vorgehen der soH AG noch geschützt hatte, erachtete das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn als zweite beurteilende Instanz, dass es der soH AG nicht gelungen sei, die für die fristlose Kündigung geltend gemachten Gründe rechtsgenügend nachzuweisen. Im Nachgang dieser Feststellung des Gerichtes kam es nicht zu einem Weiterzug des Urteils, sondern konnten sich die Streitparteien einvernehmlich auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses einigen. Neben dieser Vereinbarung im Nachgang eines Rechtsstreits erging eine weitere einvernehmliche Auflösung in ähnlichem Rahmen, da diese durch einen *gerichtlichen Vergleich* zustande kam. Die weiteren einvernehmlichen Beendigungen wurden ohne vorgängige Rechtsstreitigkeit vereinbart. Es kann bei diesen Vereinbarungen erwähnt werden, dass zwei der einvernehmlichen Auflösungen deshalb zustande kamen, weil die betroffenen Kadermitglieder infolge Pensionierung alsbald aus dem Betrieb ausscheiden mussten und für sie zum Auflösungszeitpunkt bereits Nachfolgelösungen gefunden bzw. installiert werden konnten. Die betreffenden Personen traten mithin im gegenseitigen Einvernehmen frühzeitig von ihren Funktionen bei der soH AG zurück. In Beachtung von Kündigungsfristen und zum Wohle eines geordneten Geschäftsfortgangs bei einer gefundenen Nachfolgelösung erscheinen auch solche einvernehmlichen Beendigungen wie auch vorgesehene Freistellungen (bis zur Pensionierung der zurücktretenden Personen) nachvollziehbar bzw. liegen sachliche Gründe für ein entsprechendes Vorgehen nach § 29 StPG und § 47 GAV vor (vgl. dazu auch vorne Rz. 30).

- 44 Im Hinblick auf die durchgeführten Kündigungsverfahren und die verschiedenen ausgehandelten, einvernehmlichen Auflösungen von Arbeitsverhältnissen bei bzw. mit Kadern der soH AG sind in den letzten fünf Jahren keine Verfehlungen ersichtlich. Bei den einvernehmlichen Beendigungen hat die Arbeitgeberin im Wesentlichen den ihr vom Gesetzgeber zugestandenen Handlungsspielraum genutzt und – nach der hier vertretenen Auffassung – im Rahmen des Zulässigen individuelle Lösungen ausgehandelt. Bei keiner der vereinbarten Auflösungen wurden Entschädigungszahlungen oder Abgangsentschädigungen vorgesehen und waren die Restferien-, Überstunden- sowie ein allfälliges Dienstaltersguthaben mit den vereinbarten Freistellungen abgegolten (vgl. dazu vorne Rz. 26).

- 45 Was die im Rahmen von vereinbarten Beendigungen von Arbeitsverhältnissen beschlossenen Freistellungen anbelangt, wurden in den einzelnen Fällen offensichtlich verschiedene Abwägungen getroffen. In vier Fällen wurden keine Freistellung vereinbart und in acht Fällen kam es zu nur kurzen besoldeten Freistellungen von 1 bis 3 Monaten. Jene Fälle, bei welchen längere besoldete Freistellungen vereinbart wurden, erscheinen sodann nachvollziehbar. Es handelte sich um Freistellungen von etwas längerer Dauer, die etwa im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs (dem der Regierungsrat zustimmte) oder im Nachgang zu einer vom Verwaltungsgericht aufgehobenen (fristlosen) Kündigung vereinbart wurden. In einem weiteren Fall kam es zu einer Freistellung von ca. 10 Monaten bei einer anstehenden Pensionierung einer Person, welche zugunsten einer bereits gefundenen Nachfolgelösung vorzeitig und einvernehmlich von ihrer Funktion zurücktrat und bei der darüber hinaus im Kündigungsfall eine Kündigungsfrist von sechs Monaten hätte berücksichtigt werden müssen.
- 46 Insgesamt ist festzuhalten, dass die soH AG nach der hier vertretenen Ansicht ihre Handlungsspielräume korrekt genutzt hat. Es ist weder bei Kündigungen, bei einvernehmlichen Beendigungen von Arbeitsverhältnissen noch bei (vereinbarten) besoldeten Freistellungen von einer grundsätzlich rechtswidrigen Praxis oder einer unangemessenen Handhabung der personalrechtlichen Vorschriften auszugehen.

4.3 Kritische Kompetenzausübung bei Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV

- 47 Was die Praxis der soH AG im Hinblick auf die Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen bei Personen des Spitalmanagements (d.h. an CEO, Geschäftsleitungsmitglieder und ärztliches Direktorium) in den letzten fünf Jahren anbelangt, stellt sich die Frage nach der korrekten Handhabung der Kompetenzen in diesem Bereich. Aus einzelnen übermittelten Unterlagen der soH AG ist ersichtlich, dass generell etwa mittels zu visierenden Antragstellungen, mit unterschriebenen Bestätigungsschreiben etc. interne Abläufe für die Gewährung von zusätzlichen Entschädigungen geschaffen worden sind. Ob die formellen Abläufe bei der Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen für Personen des Spitalmanagements überall korrekt gehandhabt wurden, kann nicht abschliessend beantwortet werden, jedoch ist hinsichtlich der Kompetenzausübung festzustellen, dass die entsprechenden Zulagen zwar überwiegenden, aber auch nicht immer durch den bzw. die CEO der soH AG bewilligt worden sind. Funktionszulagen, welche dem CEO der soH AG im Jahr 2019 bewilligt

worden sind, lag gemäss Vermerken in den zur Verfügung gestellten Unterlagen ein Verwaltungsratsbeschluss (vom 30. Oktober 2019) zugrunde (in früheren Jahren wurden Funktionszulagen für den CEO durch die Präsidentin des Verwaltungsrates der soH AG genehmigt).

- 48 Die Kompetenzausübung richtet sich nach dem anwendbaren Personalrecht und der von der soH AG gemäss § 19 Abs. 3 PRV in einem Reglement festgesetzten internen Zuständigkeitsordnung. Wie oben ausgeführt, entscheidet gemäss § 140 GAV bei Funktionszulagen für das Spitalpersonal der Spitaldirektor oder die Spitaldirektorin. Die Spitalmanagementebene soll sodann nach der internen Zuständigkeitsregelung im Organisationsreglement und im Funktionendiagramm, welches auch als «Corporate Governance-Reglement» bezeichnet ist, nicht über eigene Löhne und Entschädigungen befinden können. Die «Festlegung der Löhne und Entschädigungen» bei den obersten Kadern (CEO, Mitglieder der Geschäftsleitung und dem ärztlichen Direktorium) steht dem Verwaltungsratspräsidium zu (vgl. dazu ausführlich Rz. 36 f. und Rz. 39). Aufgrund dieser Bestimmungen und der Ratio einer korrekten Corporate Governance, ist die bisherige Praxis der Kompetenzausübung bei Ausrichtung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV für die oberste Spitalführungsebene kritisch zu beurteilen.
- 49 Dass sich die betreffende Zuständigkeitsregelung im Organisationsreglement und im Funktionendiagramm in Bezug auf das Spitalmanagement einzig auf die ausgeübten Funktionen «CEO», «Geschäftsleitungsmitglied» oder «ärztliche Direktorin bzw. ärztlicher Direktor» bezieht und nicht auch auf die allfälligen weiteren Rollen dieser Personen etwa als Fachverantwortliche oder als Direktorin bzw. Direktor für Standorte oder Bereiche, ergibt sich nicht aus der Regelung. Selbst wenn dies aber so verstanden würde, dann wäre dies mit Blick auf eine korrekte Corporate Governance des Unternehmens kritisch zu beurteilen.

4.4 Kritische Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen bei Funktionszulagen

- 50 Die soH AG hat nach den vorstehenden Feststellungen eine uneinheitliche Praxis zur Anwendung von § 140 GAV. Insbesondere bei Kaderangehörigen wird das Ausrichten einer Funktionszulage in der Praxis dadurch gerechtfertigt, dass Personen zusätzlich bzw. parallel zu ihrer angestammten höheren Funktion weitere Aufgaben (meist interimsmässig) einer anderen höheren Funktion übernehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt der Wortlaut von § 140 Abs. 1 GAV grundsätzlich eine solche Praxis zu. Indessen müsste – gerade, wenn es um entsprechend hohe Lohnklassen

geht – zwingend sichergestellt sein, dass die Rechtsanwendung kompetenzgemäss und ohne Konflikt mit Corporate Governance-Regeln erfolgt (dazu vorne Rz. 47 ff.) und müsste die Funktionszulage in ihrer Höhe und Dauer nachvollziehbar bestimmt werden. In den vorhandenen Unterlagen der soH AG war nicht ersichtlich, wie in den einzelnen Fällen insbesondere die Höhe der Funktionszulagen bestimmt wurde. Für die Rechtsanwendung gilt indessen die Regel nach § 140 Abs. 1 letzter Satz GAV, wonach sich die Funktionszulage «nach dem Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben» bemisst, was eine Herleitung der Höhe einer Funktionszulage in der Rechtsanwendung erforderlich macht. Dass sich weder Antragstellung noch Bestätigungsschreiben hierzu äussern, ist nicht nachvollziehbar.

4.5 Kritische Verknüpfung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV und Funktions- und Marktzulagen sui generis

- 51 Was die Praxis der soH AG hinsichtlich der Ausrichtung von Funktionszulagen und Marktzulagen bei den obersten Kadern anbelangt, ist des Weiteren folgende Kritik anzubringen: nach den Regeln des anwendbaren Personalrechts sind Marktzulagen gemäss § 240 GAV lediglich im Umfang von 20 % des Grundlohnes zulässig und Funktionszulagen sind gemäss § 140 GAV für die temporäre Übernahme von zusätzlichen Aufgaben einer höheren Funktion in konkret zu bestimmenden Fällen möglich, wobei sie dann einen finanziellen Anspruch lediglich in Relation zum Umfang und den Anforderungen der übernommenen Aufgaben auslösen können.
- 52 In der Praxis wurden dem Regierungsrat im Hinblick auf die Besetzung der Positionen des oder der CEO sowie des ärztlichen Direktors bzw. der ärztlichen Direktorin seitens des Verwaltungsrats der soH AG jeweils Vorschläge für einen erhöhten «Vertragslohn» für die entsprechenden Positionen gemacht. Begründet wurde dies insbesondere damit, dass geeignete Persönlichkeit für die entsprechenden Funktion nur dann gewonnen werden könnten, wenn die Einkommen den Marktgegebenheiten entsprechen würden. Die notwendigen Marktanalysen und Vergleiche mit anderen Spitälern wurden vorgenommen und dem Regierungsrat zur Verfügung gestellt. Der jeweils vorgeschlagene und danach vom Regierungsrat genehmigte «Vertragslohn» dieser Personen setzte sich aus einem (regulären) Grundlohn (Stufe LK 31 und Erfahrungsstufe 16) und der Festsetzung von Funktionszulagen sui generis und/oder Marktzulagen sui generis zusammen, was teilweise im regierungsrätlichen Beschluss auch als besondere Anstellungsbedingungen definiert worden ist. Mithin kam es in

Anwendung von § 45^{bis} Abs. 2 StPG i.V.m. § 5 Abs. 4 GAV i.V.m. § 21 Abs. 1 PRV etwa zu folgenden zusätzlichen vertraglichen Festlegungen in Abweichung des GAV durch den Regierungsrat:

- «Marktlohnzulagen von 20 % auf dem Grundlohn» und «Funktionszulage als ärztlicher Direktor von Fr. 90'000.00 p.a.»²⁷
- «maximal Markt- und Funktionszulage von 42,24 % [=] CHF 95'035.00» und «max. Bruttolohn inkl. Teuerungszulage CHF 320'000.00»²⁸
- Genehmigung von «besonderen Anstellungsbedingungen für die künftige Ärztliche Direktorin, den künftigen Ärztlichen Direktor der Solothurner Spitäler AG mit einem Gehaltsrahmen von 400'000 bis 500'000 Franken»²⁹ und nachträgliche Antragsgenehmigung am 3. März 2021 mit Blick auf die Ausrichtung einer «Marktlohnzulage bis zu 10 %» von «CHF 9'445.05 pro Monat (gem. Arbeitsvertrag)»
- «Maximale Marktzulage von 62.6 % [=] Fr. 144'377.00» und «Max. Bruttolohn inkl. Teuerungszulage Fr. 375'000.00»³⁰

53 Die vom Regierungsrat festgelegten finanziellen Bedingungen in Abweichungen zum GAV wurden unter anderem als «Vertragslohn» dieser Personen bezeichnet, welcher «in 13 Monatslöhnen [...] auszahlbar» sei³¹. Wie anhand von Arbeitsverträgen ersichtlich ist, wurden diese Bedingungen dann als «Fixlohn» bezeichnet (z.B. bei einem ärztlichen Direktor: «Fixlohn 1 – Lohnklasse 31, Erfahrungsstufe E 20» und «Fixlohn 2 [Marktlohnzulage von 20 % und Funktionszulage]»). In der Praxis kam es dann dazu, dass trotz der Gewährung von solchen besonderen Anstellungsbedingungen bzw. zusätzlich vertraglichen Regelungen durch den Regierungsrat weitere Funktionszulagen nach Personalrecht (d.h. nach § 140 GAV) gewährt wurden, bei denen weder der Regierungsrat zustimmte noch er davon Kenntnis gehabt haben dürfte. Es handelte sich um Entschädigungen in Form von Funktionszulagen, die etwa dem CEO vom Verwaltungsratspräsidium oder später dann (gemäss Vermerken auf den zur Verfügung gestellten Unterlagen) vom Verwaltungsrat als Ganzes gewährt

²⁷ RRB Nr. 2015/193 vom 17. Februar 2015.

²⁸ RRB Nr. 2013/749 vom 23. April 2013.

²⁹ RRB Nr. 2020/1768 vom 7. Dezember 2020.

³⁰ RRB Nr. 2023/1753 vom 24. Oktober 2023.

³¹ Vgl. etwa RRB Nr. 2013/749 vom 23. April 2013 und RRB Nr. 2023/1753 vom 24. Oktober 2023.

worden sind. Im Falle der Gewährung von weiteren Funktionszulage bei einem ärztlichen Direktor wurden diese vom CEO der soH AG bewilligt.

- 54 Mithin kann aufgrund der gesichteten Unterlagen nicht ausgeschlossen werden, dass die oberste Spitalmanagementebene einerseits von regierungsrätlich festgelegten besonderen Anstellungsbedingungen profitiert hat, welche zu ihren Gunsten und in Abweichung des GAV etwa maximale Markt- und Funktionszulagen (sui generis) festhielten. Andererseits aber auch in Anwendung des GAV wiederum Markt- und Funktionszulagen zugesprochen worden sind, über welche womöglich der Regierungsrat nicht informiert war. Um die hier thematisierte kritische Verknüpfung der Praxis von Funktions- und Marktzulagen sui generis mit Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV korrekt erfassen zu können, wäre eine (gegebenenfalls nur auf diesen Aspekt eingeschränkte) Untersuchung der Finanzkontrolle oder eine Administrativuntersuchung zu empfehlen. Allenfalls könnten zu diesem Thema Vertreter des Regierungsrates eine Klausur mit dem Verwaltungsratspräsidium und der aktuellen und dem zurückgetretenen CEO durchführen. Als Gefäss könnten die in Ziff. 6.1 der Eigentümerstrategie vorgesehenen «Führungsgespräche» bzw. «Informationsgespräche» dienen.

5 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

- 55 Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die anlässlich der Verselbständigung der Spitäler im Kanton Solothurn gegründete soH AG (auch) im Personalbereich von Flexibilisierungen profitieren sollte. Zwar richtet sich das Personalrecht für die Spitäler grundsätzlich und bis heute nach dem StPG, jedoch wurden über den Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrages und das Vorsehen von spezifischen Kompetenzen der soH AG und des Regierungsrates (Abschluss von zusätzlich vertraglichen Regelungen) Handlungsspielräume eröffnet (zum Ganzen Rz. 7 ff.).
- 56 Massgebend für den Einsatz der verschiedenen personalrechtlichen Instrumente bei der soH AG ist das Legalitäts- und Spezialitätsprinzip (vgl. Rz. 17). Die soH AG ist mit Blick auf ihre Handlungsspielräume an den rechtlichen Rahmen gebunden (vgl. Rz. 18 ff.).
- 57 Betrachtet man die verschiedenen personalrechtlichen Instrumente, so ergeben sich Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen vornehmlich in Bezug auf Funktionszulagen (nach § 140 GAV; vgl. Rz. 23 ff., insbesondere Rz. 34 ff.). Die vorliegende Stellungnahme kommt denn auch zum Schluss, dass die Handhabung der Instrumente «Abgangsentschädigungen» (Rz. 42) und «Kündigungen,

Beendigungen im gegenseitigen Einvernehmen und Freistellungen» (Rz. 43 ff.) in den letzten Jahren beim obersten Kader der soH AG grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, aber aufgrund der zur Verfügung gestellten Unterlagen indessen das Ausrichten von Funktions- und Marktzulagen (nach § 140 bzw. § 240 GAV und sui generis) nicht als unkritisch beurteilt werden kann. Insbesondere stellen sich hier Fragen der korrekten Kompetenzausübung und zur in der Praxis vorkommenden Verknüpfung von Funktions- und Marktzulagen nach § 140 bzw. § 240 GAV und Funktions- und Marktzulagen sui generis (vgl. Rz. 47 ff. und Rz. 51 ff.). Werden weiterhin Funktionszulagen an obere Kader bzw. die Ebene des Spitalmanagements ausgerichtet, ist die Klärung der erwähnten Auslegungs- und Rechtsanwendungsfragen nötig (vgl. Rz. 50). Um sodann die bisherige Praxis bei diesen Instrumenten in der Retrospektive korrekt einordnen zu können, wären eine (nur auf diese Aspekte eingeschränkte) Untersuchung der Finanzkontrolle oder eine Administrativuntersuchung möglich oder könnten sich Vertreter des Regierungsrates in einer Klausur mit dem Verwaltungsratspräsidium und der aktuellen und dem zurückgetretenen CEO der soH AG mit diesem Thema auseinandersetzen (vgl. Rz. 54).

Zürich, den 16. September 2024

Prof. (FH) Dr. iur. Ralph Trümpler, Rechtsanwalt