

Art. 8 Abs. 1 BV; Art. 2 lit. b PG. Ferienentschädigung einer vom Gemeinwesen privatrechtlich angestellten Aushilfskraft (OGE 41/2004/8 vom 25. Februar 2005)

Veröffentlichung im Amtsbericht.

Es ist zwar zulässig, für Aushilfskräfte und nebenberufliches Personal ohne öffentlichrechtliche Funktionen privatrechtliche Arbeitsverhältnisse vorzusehen. Doch ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, dass privatrechtlich angestelltes Teilzeitpersonal nicht denselben Anspruch auf Ferien bzw. Ferienentschädigung haben soll wie öffentlichrechtlich angestelltes Teilzeitpersonal.

Aus den Erwägungen:

2.– Die Beschwerdeführerin beanstandet ..., dass ihr die Vorinstanz keine Ferienentschädigung zugesprochen hat. Dabei sieht sie das angefochtene Urteil mit dem Nichtigkeitsgrund von Art. 365 Ziff. 10 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) behaftet, weil die Einzelrichterin das Arbeitsverhältnis nicht dem Personalgesetz unterstellt habe. Zudem sei auch bei einer Unterstellung unter das Obligationenrecht derselbe Nichtigkeitsgrund erfüllt, bestünden doch keine vernünftigen Gründe, die Angestellten der Verwaltung bezüglich Ferienentschädigung verschieden zu behandeln. Damit habe die Vorinstanz das Gleichbehandlungsprinzip von Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), mithin klares Recht, verletzt.

a) *Klares Recht* liegt vor, wenn eine im Rahmen bewährter Auslegung sich bewegende Interpretation den Sinn eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffs deutlich ergibt. Auch wenn die genaue Bedeutung einer Gesetzesbestimmung dem Wortlaut nicht entnommen werden kann, kann sie doch klar sein im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Überlieferung beigelegt wird (*Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 158, Anm. 15). Als massgebliches materielles Recht kommt jede Norm des objektiven Rechts in Frage. Andererseits gibt es auch klare Rechtsgrundsätze, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus dem Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung oder aus bewährter Lehre und Überlieferung ergeben (*Frank/Sträuli/Messmer*, Kommen-

tar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 281 N. 48 und 51, S. 915 f., mit Hinweisen).

b) Gemäss Art. 51 der Verfassung der Einwohnergemeinde Schaffhausen vom 4. August 1918/13. Dezember 1970 finden die Bestimmungen des Gesetzes über die Dienstverhältnisse des Staatspersonals vom 26. Oktober 1970 (Personalgesetz, PG, SHR 180.100) auf das Dienstverhältnis des städtischen Personals sinngemäss Anwendung. Art. 2 lit. b PG bestimmt, dass diesem Gesetz unter anderem Aushilfskräfte sowie nebenberufliches Personal *ohne öffentliche Funktionen* nicht unterstellt sind. Deren Belange werden nach Massgabe des Schweizerischen Obligationenrechts geregelt.

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin ... im Stundenlohn bei der Beschwerdegegnerin angestellt war. Sie kontrollierte im Stadttheater die Billette und wies den Theaterbesuchern die Plätze zu. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass es sich hierbei – insbesondere auch angesichts der umstrittenen Kleidervorschrift – eindeutig um "öffentliche Funktionen" i.S.v. Art. 2 lit. b PG handle, womit die Unterstellung unter das Obligationenrecht ausgeschlossen sei. Die Beschwerdeführerin ist offenbar der Meinung, dass mit diesem in Art. 2 lit. b PG verwendeten Kriterium das Auftreten im öffentlichen Raum gemeint ist. Für eine solche Auslegung bestehen jedoch keinerlei Hinweise und es werden solche von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht. Auszugehen ist vielmehr davon, dass das Personal eines Gemeinwesens grundsätzlich dem öffentlichrechtlichen Dienstrecht unterstehen soll, wie dies Art. 1 PG zum Ausdruck bringt. Eine Ausnahme besteht nach Art. 2 lit. b PG einerseits für das in Ausbildung stehende Personal (insbesondere für Lehrlinge) und andererseits für Aushilfskräfte und nebenberufliches Personal ohne öffentliche Funktionen, deren Arbeitsverhältnis dem Obligationenrecht unterstehen soll. Diese Ausnahme ist nicht unproblematisch, da für die Tätigkeit des Personals von Gemeinwesen regelmässig auch öffentlichrechtliche Vorschriften zu beachten sind und eine einheitliche Beurteilung von Streitigkeiten durch Verwaltungsrechtspflegeinstanzen ermöglicht werden sollte. Eine Unterstellung des Dienstverhältnisses von öffentlichem Personal unter das Obligationenrecht erscheint daher nur dann aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage ausnahmsweise zulässig, wenn keine öffentlichen Funktionen nach aussen ausgeübt werden, wobei damit öffentlichrechtlich geregelte Aufgaben gemeint sind (vgl. in diesem Sinn *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Band II, Nr. 147 B I, S. 1079; *Rhinow/Krähenmann*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 147 B I, S. 468 f., je mit weiteren Hinweisen). Auf diese damals herrschenden Lehrmeinungen hat sich der Schaffhauser Gesetzgeber bei der Schaffung der Ausnahmeregelung von Art. 2 lit. b PG offensichtlich gestützt.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine entsprechende, öffentlichrechtlich geregelte Aufgabe erfüllt habe. Dies ist klarerweise zu verneinen. Zwar bildet der Betrieb eines Theaters eine öffentliche Aufgabe der Stadt Schaffhausen, doch ist diese Aufgabe bzw. deren Erfüllung im wesentlichen nicht öffentlichrechtlich geregelt. Vielmehr gehört der Betrieb eines Theaters zu den typischen Aufgabenbereichen eines Gemeinwesens, in welchen dieses grundsätzlich privatrechtlich handelt. Dazu gehören namentlich die sogenannte administrative Hilfstätigkeit, die Verwaltung des Finanzvermögens und die sogenannte fiskalische Wettbewerbswirtschaft (wirtschaftliche Tätigkeit in Konkurrenz zu Privaten), zu welchem letzterem Bereich auch ein Theaterbetrieb zu zählen ist (vgl. *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 279 ff., S. 58). Für diesen Bereich werden denn auch privatrechtliche Dienstverhältnisse bei öffentlichen Gemeinwesen als vertretbar betrachtet (vgl. dazu *Tobias Jaag*, Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen, ZBl 1994, S. 440 f.; *Felix Hafner*, Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse, in: Helbling/Poledna [Hrsg.], Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 197 ff., insbesondere S. 204). Die Vorinstanz ging daher zu Recht davon aus, dass gestützt auf den erwähnten Art. 2 lit. b PG das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nach dem Schweizerischen Obligationenrecht zu beurteilen ist. Dass sie damit klares Recht verletzt haben soll, ist nicht ersichtlich.

c) Gemäss Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Eine Regelung verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist insbesondere verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 127 I 192 E. 5). Unter diesen Gesichtspunkten stellt sich die Frage, ob es zulässig sei, dass den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern desselben Gemeinwesens unterschiedlich lange Ferien bzw. unterschiedlich hohe Ferienentschädigungen gewährt werden darf, je nachdem ob sie in einem privatrechtlichen oder einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis stehen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Gemeinwesen alle seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unabhängig von der Rechtsnatur des Dienstverhältnisses gleich behandeln muss. Im Unterschied zu einem privaten Arbeitgeber, für welchen lediglich die eingeschränkten Grundsätze des sich aus Art. 328 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ergebenden arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots gelten, ist das Gemeinwesen auch als privatrechtlicher Arbeitgeber an die strengen

Grundsätze von Art. 8 Abs. 1 BV gebunden (vgl. dazu *Jaag*, S. 439, und *Hafner*, S. 206).

So erscheint es zwar zulässig, für Aushilfskräfte und nebenberufliches Personal ohne öffentlichrechtliche Funktionen privatrechtliche Arbeitsverhältnisse vorzusehen, um damit hinsichtlich der Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses mehr Flexibilität zu erhalten, was auch unterschiedliche Besoldungssysteme ermöglicht. Der Unterschied zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass die privatrechtlichen Anstellungsbedingungen grundsätzlich schlechter sein dürfen als die öffentlichrechtlichen (vgl. auch *Jaag*, S. 440). So ist nicht ersichtlich, weshalb privatrechtlich angestelltes Teilzeitpersonal nicht denselben Anspruch auf Ferien bzw. Ferienentschädigung haben soll wie öffentlichrechtlich angestelltes Teilzeitpersonal. Ein sachlicher Grund für einen entsprechenden Unterschied ist nicht ersichtlich und kann auch nicht mit dem unterschiedlichen Besoldungssystem erklärt werden. Dieser Auffassung hat sich im übrigen zumindest im Ergebnis auch der Stadtrat Schaffhausen angeschlossen, in dem er ab 2000 eine einheitliche Ferienentschädigung von 14.04 % für das städtische Teilzeitpersonal festgesetzt hat. Im übrigen ist offenbar dem wohl ebenfalls privatrechtlich angestellten Reinigungspersonal bereits früher eine Ferienentschädigung von 14.04 % statt lediglich von 8.33 % wie der Beschwerdeführerin ausbezahlt worden. Durch die abweichende Behandlung des Teilzeitpersonals des Stadttheaters ist der Gleichbehandlungsgrundsatz somit auch innerhalb des privatrechtlich angestellten Teilzeitpersonals der Stadt Schaffhausen verletzt worden, zumal die Ferienentschädigung nicht – wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht – mit anderen Entschädigungen (Flaschen-, Trinkgeld etc.) verrechnet werden darf.

Die von der Beschwerdeführerin gerügte Gewährung einer Ferienentschädigung von 8.33 % statt von 14.04 % verletzt somit den Grundsatz der Rechtsgleichheit, mithin klares Recht.