

Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern

Von Dr. iur. Christoph Senti, RA, Lehrbeauftragter HSG

Inhaltsverzeichnis

1	Vorbemerkungen	69
2	Arbeitsgesetz.....	70
2.1	Betrieblicher Geltungsbereich.....	70
2.1.1	(Klassische) Verwaltung.....	70
2.1.2	Öffentlich-rechtliche Körperschaften	70
2.1.3	Unselbständige Anstalten	71
2.1.4	Selbständige Anstalten	72
2.1.5	Art. 71 ArG: Vorbehalt zum betrieblichen Geltungsbereich	73
2.1.5.1	Absoluter oder relativer Vorbehalt?	73
2.1.5.2	Gesetzesänderungen und ausgedehnter Geltungsbereich?	74
2.2	Persönlicher Geltungsbereich.....	76
2.2.1	Vorbemerkungen	76
2.2.2	Höhere leitende Angestellte.....	76
2.2.3	Assistenzärzte	77
2.3	Anwendbare Vorschriften bezüglich Arbeits- und Ruhezeit.....	78
2.4	Abweichungen zum Vorteil der Angestellten	79
2.4.1	Was ist vorteilhaft?.....	79
2.4.2	Günstigkeitsprinzip nach Art. 357 OR	81
2.4.3	Anwendbarkeit für das Arbeitsgesetz?	82
3	Weitere Rechtsgrundlagen.....	84
3.1	Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Anstellung? ..	84
		67

3.2	Öffentliches Personalrecht	85
3.3	Einzelarbeitsvertragsrecht	85
3.4	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende im Hausdienst (NAV-H).....	86
3.5	Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (NAV-P) ...	86
3.5.1	Inhalt und Geltungsbereich.....	86
3.5.2	Exkurs 1: Abweichungen nur zugunsten der Angestellten?	87
3.5.3	Exkurs 2: Normalarbeitszeit nach NAV-P	88
4	Vorgehen bei der Prüfung der relevanten Rechtsgrundlagen....	89

1 Vorbemerkungen¹

Das wohl komplexeste Regelwerk im Arbeitsrecht ist das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel. Dessen jüngste Änderung erfolgte per 1. Januar 2005, als neu auch Assistenzärzte den Vorschriften des Arbeitsgesetzes unterstellt wurden². Mit dieser Änderung verkomplizierte sich der bereits früher schon sehr vielfältige Anwendungsbereich dieses Gesetzes zusätzlich. Zu diesem Gesetz hinzu kommen weitere Vorschriften, namentlich Normal- oder Gesamtarbeitsverträge und das öffentliche Dienstrecht, oder – im Falle privatrechtlicher Anstellungen – die Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts.

Öffentliche Spitäler sind in der Schweiz sehr unterschiedlich organisiert. Möglich ist die Eingliederung eines Spitals in die (Gesamt-)Verwaltung des Kantons oder in eine öffentliche Körperschaft³. Häufig werden solche Organisationen ausgegliedert und in Form einer selbständigen oder unselbständigen Anstalt geführt. Denkbar und in der Praxis anzutreffen sind allerdings auch weitere Organisationsformen, wie beispielsweise Stiftungen⁴ oder Aktiengesellschaften⁵.

Das Pflegepersonal eines öffentlichen Spitals kann sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlich angestellt werden. Die privatrechtliche Anstellung richtet sich nach den Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 319 ff. OR) und den für das betreffende Personal anwendbaren Normal- oder Gesamtarbeitsverträgen. Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse richten sich nach dem öffentlichen Dienstrecht des jeweiligen Kantons. Eine Zwitterstellung nehmen die Vorschriften des Arbeitsgesetzes und der dazugehörigen Verordnungen ein. Je nach Anstellungsverhältnis sind entweder das gesamte Gesetz, oder nur einzelne Vorschriften (bspw. Gesundheitsschutz) anwendbar.

¹ Vorliegende Publikation ist ein thematischer Auszug aus dem Referat vom 5. Juli 2005 an der Universität Zürich, organisiert vom Institut für schweizerisches Arbeitsrecht.

² Änderung vom 22. März 2002.

³ Bspw. Orts- oder Bürgergemeinde.

⁴ Inselspital Bern: <http://www.insel.ch/organisation.html>; Bezirksspital Brugg; Bürgerspital Solothurn.

⁵ Kantonsspital Aarau AG.

2 **Arbeitsgesetz**

2.1 *Betrieblicher Geltungsbereich*

In einem ersten Schritt zu prüfen ist, in welcher Form das Spital organisiert ist. Je nach Organisationsform beurteilt sich die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes unterschiedlich. Beim Arbeitsgesetz sind folgende Organisationsformen der öffentlichen Hand zu unterscheiden:

2.1.1 (Klassische) Verwaltung

Für die (klassische) Verwaltung von Bund, Kanton oder Gemeinden ist – mit Ausnahme der Vorschriften über den Gesundheitsschutz⁶ – das Arbeitsgesetz nicht anwendbar⁷. Es handelt sich dabei um Teile der Gebietskörperschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit⁸. STAEHELIN umschreibt diese als Zentralverwaltung im Sinne einer „staatlichen Organisation mit öffentlich-rechtlich angestellten Arbeitnehmern“⁹.

2.1.2 Öffentlich-rechtliche Körperschaften

Eine weitere Organisationseinheit sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften. „Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind mitgliederschaftlich verfasste, auf dem öffentlichen Recht beruhende und mit Hoheitsgewalt ausgestattete Verwaltungsträger, die selbständig öffentliche Aufgaben erfüllen“¹⁰.

Bezüglich der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf öffentlich-rechtliche Körperschaften ist auf Art. 2 Abs. 2 ArG zu verweisen: Dieser sieht vor, dass die Verordnung diejenigen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Betriebe bestimmt, auf die – in Abweichung vom Grundsatz der fehlenden Anwendbarkeit auf die Verwaltung – das Arbeitsgesetz anzuwenden ist. Die diesbezüglichen Regelungen finden sich in Art. 4 bis 7 ArGV 1.

⁶ Art. 3a ArG.

⁷ Art. 2 Abs. 1 ArG.

⁸ ArG-GEISER, Art. 2 N 11.

⁹ STAEHELIN, S. 2.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER, Rz 1288.

Zum einen erwähnenswert ist Art. 4a ArGV 1: Laut dieser Bestimmung ist das Gesetz auf alle öffentlichen Krankenanstalten und Kliniken anwendbar, soweit es Arbeitsverhältnisse mit Assistenzärzten betrifft¹¹. Meines Erachtens wurde hier ein Problem des persönlichen mit Hilfe des betrieblichen Anwendungsbereiches ‘gelöst’, indem einfach alle Arbeitgeber dem Arbeitsgesetz unterstellt werden, die Assistenzärzte beschäftigen.

Die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz erklärt die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen für all diejenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften als *nicht* anwendbar, bei welchen die Mehrheit der Angestellten einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis unterstehen¹². Wird die Mehrheit der Arbeitnehmenden privatrechtlich angestellt, so sind die Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten für das gesamte (also auch öffentlich-rechtlich angestellte) Personal anwendbar¹³. Zu erwähnen bleibt, dass für die in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft privatrechtlich angestellten Arbeitnehmenden immer die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über Arbeits- und Ruhezeiten einzuhalten sind, soweit das öffentliche Dienstrecht keine günstigeren Vorschriften vorsieht¹⁴.

2.1.3 Unselbständige Anstalten

Bei öffentlich-rechtlichen Anstalten ist zu unterscheiden zwischen solchen mit und solchen ohne eigene Rechtspersönlichkeit¹⁵. Die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf *öffentlich-rechtliche Anstalten ohne eigene Rechtspersönlichkeit* (unselbständige Anstalten) deckt sich mit derjenigen für öffentlich-rechtliche Körperschaften: Das Arbeitsgesetz gilt für Assistenzärzte als Arbeitnehmende unselbständiger Anstalten¹⁶. Weiter sind die Arbeits- und Ruhezeiten des Arbeitsgesetzes nicht anwendbar, sofern die Mehrheit der Angestellten öffentlichem Dienstrecht untersteht¹⁷. Im umgekehrten Fall gelten diese Vorschriften für sämtliche Angestellte und in jedem Fall auch für privatrechtlich Angestellte¹⁸.

¹¹ Art. 4a ArGV 1.

¹² Art. 7 Abs. 1 ArGV 1.

¹³ ARG-GEISER, Art. 2 N 13.

¹⁴ Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

¹⁵ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER, Rz 1314 ff.

¹⁶ Art. 4a ArGV 1.

¹⁷ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1.

¹⁸ Art. 7 Abs. 1 und 2 ArGV 1.

2.1.4 Selbständige Anstalten

Die alte Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz erwähnte die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit juristischer Persönlichkeit ausdrücklich und unterstellte diese *nicht* dem Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes¹⁹. In der aktuell gültigen Verordnung findet sich diesbezüglich kein ausdrücklicher Hinweis²⁰.

Nach Ansicht verschiedener Autoren sind für öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (selbständige Anstalten) die Vorschriften des Arbeitsgesetzes integral und vollumfänglich anwendbar²¹. Diese Schlussfolgerung ergibt sich für STAEHELIN aus dem Umkehrschluss von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1²². Zudem entspreche dies auch der Grundidee des Gesetzes, da selbständige Anstalten oft der öffentlich-rechtlichen Organisation entzogen und privatwirtschaftlich organisiert sind. Entsprechend bestehe keine genügende Gewähr für einen angemessenen Sozialschutz²³. GEISER scheint die Auffassung zu vertreten, dass für selbständige Anstalten dieselben Bedingungen bezüglich Beschäftigungsstruktur gelten müssen wie für unselbständige Anstalten oder öffentlich-rechtliche Körperschaften²⁴. Dem ist allerdings in Übereinstimmung mit STAEHELIN entgegen zu halten, dass die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten gerade *nicht* in der Aufzählung von Art. 7 ArGV 1 enthalten sind²⁵.

Selbständige und unselbständige Anstalten unterscheiden sich durch das Merkmal der eigenen Rechtspersönlichkeit²⁶. Ob dieses Kriterium gleichzusetzen ist mit der effektiven organisatorischen und rechtlichen Selbständigkeit ist meines Erachtens fraglich und wäre zu prüfen. Meines Erachtens darf aufgrund des Merkmals der eigenen Rechtspersönlichkeit nicht ohne weiteres auf eine umfassende Autonomie der Anstalt geschlossen werden. Der Grad der (organisatorischen und juristischen) Selbständigkeit hängt vielmehr vom Geltungsbereich der entsprechenden (Personal-)

¹⁹ Art. 8 Abs. 1 aArGV 1 (Fassung vom 14.01.1966); STAEHELIN, S. 4.

²⁰ Vgl. Art. 4a und Art. 7 ArGV 1.

²¹ STAEHELIN, S. 5; REINHARD, S. 1139; SECO, Wegleitung, S. 107-2.

²² STAEHELIN, S. 5, m. V. a. MÜLLER, Art. 2 Abs. 2; REINHARD, S. 11379.

²³ STAEHELIN, S. 5, m. V. a. MÜLLER, Art. 2 Abs. 2.

²⁴ ArG-Geiser, Art. 2 N 16; D.h. sobald die Mehrheit der Angestellten privatrechtlich beschäftigt wird, gelten die Vorschriften bezüglich Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 7 ArGV 1).

²⁵ STAEHELIN, S. 5.

²⁶ HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 1320.

Gesetze ab²⁷. Hinzu kommt, dass nach Art. 7 Abs. 2 ArGV 1 die Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit für privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende ohnehin gelten. Im Falle einer Gleichbehandlung von selbständigen und unselbständigen Anstalten wäre der Sozialschutz also auch dann gewährleistet, wenn erstere ihre Belegschaft privatrechtlich beschäftigt, womit es nicht notwendig wäre, selbständige Anstalten nur darum dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes zu unterwerfen, weil diese ihr Personal mit privatrechtlichen Arbeitsverträgen beschäftigen.

2.1.5 Art. 71 ArG: Vorbehalt zum betrieblichen Geltungsbereich

In Art. 71 ArG findet sich die Schlussbestimmung, wonach die Vorschriften von Bund, Kantonen und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbehalten bleiben. Über die Vorschriften bezüglich Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Ruhezeit darf jedoch nur zu Gunsten der Angestellten abgewichen werden.

2.1.5.1 *Absoluter oder relativer Vorbehalt?*

Die genaue Bedeutung dieser Vorschrift ist schwierig abzuschätzen, insbesondere bei Berücksichtigung der Entwicklungsgeschichte. In der ursprünglichen Fassung aus dem Jahre 1964 galten die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentliche Dienstrecht als vorbehalten²⁸. Im Anschluss an den Erlass stellte sich in der Lehre die Frage, ob dieser Vorbehalt absolut oder nur relativ gelte. Ein absoluter Vorbehalt wäre es, wenn das öffentliche Dienstrecht dem Arbeitsgesetz vorgehe, unabhängig ob ersteres bessere oder schlechtere Arbeitsbedingungen für die Angestellten enthält. Die Anhänger des relativen Vorbehalts vertraten die Meinung, dass der Vorbehalt in Art. 71 aArG nur dann gültig sei, wenn das öffentliche Dienstrecht eine im Verhältnis zum Arbeitsgesetz

²⁷ Erklärt der kantonale Gesetzgeber das öffentliche Dienstrecht auch für selbständige Anstalten und Betriebe als anwendbar, ist ein angemessener Sozialschutz gewährleistet.

²⁸ Vgl. Art. 71 aArG, AS 1966, S. 83:

Art. 71:

Vorbehalten bleiben insbesondere:

b. Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis.

für die Angestellten günstigere Regelung enthalte²⁹. Durchgesetzt hat sich schliesslich die Idee des absoluten Vorbehaltes³⁰, d.h. Bund, Kantone und Gemeinden konnten in ihren Vorschriften zum öffentlichen Dienstrecht sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten der Angestellten von den Vorschriften des Arbeitsgesetzes abweichen.

2.1.5.2 *Gesetzesänderungen und ausgedehnter Geltungsbereich?*

Art. 71 lit. b ArG in der derzeit gültigen Fassung erfuhr seit 1964 zwei Änderungen³¹: Erstens fügte der Gesetzgeber im Jahre 1998 eine Ergänzung bezüglich der Anwendbarkeit der Gesundheitsvorschriften hinzu³². Die Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden wurden nicht mehr vollständig vom Geltungsbereich ausgenommen, sondern nur noch unter dem Vorbehalt der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gesundheitsschutz³³. Entsprechend kam es zu einer Änderung der Schlussbestimmung, damit diese mit der Änderung in Art. 2 ArG korrelierte³⁴. Andernfalls hätte Art. 2 ArG die Anwendung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz vorgeschrieben, welche durch den Vorbehalt in Art. 71 lit. b aArG wieder aufgehoben worden wären.

Die zweite Änderung von Art. 71 ArG erfolgte erst kürzlich im Zusammenhang mit der Unterstellung der Assistenzärzte unter die Vorschriften des Arbeitsgesetzes³⁵. In jener Reform wurden die Assistenzärzte aus dem Ausnahmekatalog des persönlichen Geltungsbereiches herausgenommen³⁶. Ziel war es, dass die Schutzvorschriften über Arbeits- und Ruhezeit für sämtliche Assistenzärzte gültig sein sollten. Mit der Revision des persönlichen Geltungsbereiches war es jedoch nicht getan, weil Assistenzärzte auch in Unternehmen arbeiten, die vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind³⁷. Es war daher notwendig, – in Bezug auf Assistenzärzte – auch denjenigen öffentlichen Verwaltungen von

²⁹ Vgl. dazu ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 10.

³⁰ ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 11.

³¹ ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 13 f.

³² ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 13.

³³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 ArG: „(...) unter Vorbehalt von Artikel 3a, nicht anwendbar.“

³⁴ ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 13.

³⁵ AS 2002 2547; ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 14.

³⁶ Art. 3 lit. e ArG.

³⁷ Art. 2 ArG; ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 14.

Bund, Kantonen oder Gemeinden die Einhaltung von Arbeits- und Ruhezeitvorschriften vorzuschreiben, die nicht vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes erfasst sind³⁸. Art. 71 ArG wurde neu formuliert³⁹:

Art. 71 ArG:

Vorbehalten bleiben insbesondere:

a.

b. Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis; *von den Vorschriften* über den Gesundheitsschutz und *über die Arbeits- und Ruhezeit* darf dabei jedoch *nur zu Gunsten der Arbeitnehmer* abgewichen werden;

c. ...

Das Ergebnis dieser Regelung ist meines Erachtens völlig unbefriedigend, weil sie über das Ziel hinaus schießt: „Die Änderung von Art. 71 Bst. b ArG, so wie sie formuliert wurde, betrifft (...) nicht nur die Assistenzärzte, sondern ebenfalls jegliches Personal, welches im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis steht. Der Handlungsspielraum, der dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden durch den Vorbehalt – als absoluten Vorbehalt verstanden – von Art. 71 Bst. b ArG gegeben war, ist somit stark verringert worden.“⁴⁰

Stellt man auf den *Wortlaut und die Systematik* von Art. 71 lit. b i.V.m. Art. 2 ArG ab, so gelten die Vorschriften des Arbeitsgesetzes zum Gesundheitsschutz, sowie der Arbeits- und Ruhezeit als Minimalstandard für *sämtliche* öffentlich-rechtlich Angestellten und nicht nur für Assistenzärzte. Dem ist entgegen zu halten, dass eine solche umfassende Anwendbarkeit nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprach⁴¹ und vor allem auch Art. 2 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 widerspricht. Zudem läuft eine solche Auslegung meines Erachtens auch dem neu geschaffenen Art. 4a ArGV 1 zuwider: Diese Bestimmung konkretisiert Art. 71 lit. b ArG, wonach das Gesetz auf alle öffentlichen Krankenanstalten und Kliniken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen mit Assistenzärztinnen und Assistenz-

³⁸ ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 14.

³⁹ Im Original nicht kursiv.

⁴⁰ ArG-MAHON/BENOIT, Art. 71 N 14.

⁴¹ Vgl. dazu die Mitteilung des SECO vom 7. April 2004 an die kantonalen Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes und die Gesundheitsdirektionen und -departemente der Kantone, S. 2.

ärzten anwendbar ist. Art. 4a ArGV 1 wäre weitestgehend überflüssig, da bei einer wörtlichen Auslegung von Art. 71 lit. b ArG die Vorschriften bezüglich Gesundheitsschutz und Arbeits- und Ruhezeit als Minimalstandard für sämtliches öffentlichrechtliches Personal einzuhalten sind⁴². Meines Erachtens ist Art. 71 lit. b ArG in einem äusserst engen Sinn und vor allem unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 auszulegen bzw. anzuwenden.

2.2 *Persönlicher Geltungsbereich*

2.2.1 Vorbemerkungen

Die Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich⁴³ sind nur dann von Bedeutung, wenn die Vorschriften des Arbeitsgesetzes auf den Betrieb (als Arbeitgeber) anwendbar sind. Fällt der gesamte Betrieb nicht unter den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes, ist dieses auch für diejenigen Angestellten nicht anwendbar, die nicht im Ausnahmekatalog von Art. 3 ArG enthalten sind⁴⁴. Von dieser Regel ausgenommen sind die Assistenzärzte, auf welche das Arbeitsgesetz *immer* anzuwenden ist⁴⁵.

2.2.2 Höhere leitende Angestellte

Auf höhere leitende Angestellte sind die Vorschriften des Arbeitsgesetzes – mit Ausnahme derjenigen über den Gesundheitsschutz – nicht anwendbar⁴⁶. Auch wenn die Verordnung die höhere leitende Tätigkeit näher umschreibt⁴⁷, bleibt dieser Rechtsbegriff in hohem Masse unklar. Einigkeit besteht dahingehend, als nicht auf die formelle Bezeichnung, sondern auf den effektiven Entscheidungs- und Verantwortungsbereich abzustellen

⁴² Der einzige Unterschied liegt darin, dass Art. 4a ArGV 1 von der Anwendung des Gesetzes spricht, während sich Art. 71 lit. b auf den Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Ruhezeitvorschriften beschränkt. Dieser Unterschied hat meines Erachtens aber keine selbständige Bedeutung.

⁴³ Art. 3 ArG.

⁴⁴ ARG-GEISER, Art. 3 N 4.

⁴⁵ Art. 4a ArGV 1; REINHARD, S. 1139.

⁴⁶ Art. 3 lit. d i.V.m. Art. 3a lit. b ArG.

⁴⁷ Vgl. Art. 9 ArGV 1.

ist⁴⁸. Ob ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin als höhere(r) leitende(r) Angestellte(r) zu qualifizieren ist, beurteilt sich insbesondere nach folgenden Kriterien⁴⁹:

- Vertrauensposition und/oder hierarchische Stellung in der Unternehmung
- Unterschriftsberechtigung
- Budgetkompetenzen
- Umfang des Weisungsrechts gegenüber Angestellten
- Umfang der Verantwortung über eine Abteilung oder einen Betriebsteil
- Kompetenz zur Einstellung oder Kündigung von Personal
- Höhe des Lohnes

Anhand solcher Kriterien wird sich entscheiden, ob bspw. Chef-, Oberärzte oder Pflegedienstleiter als höhere leitende Angestellte zu beurteilen sind. Dabei ist es durchaus denkbar, dass bspw. Oberärzte in verschiedenen organisierten Spitälern unterschiedlich beurteilt werden. REINHARD neigt dazu, Chefärzte als höhere leitende Angestellte zu qualifizieren und Oberärzte dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes zu unterstellen⁵⁰.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch der persönliche Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes unter dem Vorbehalt von Art. 3a ArG steht und damit die Vorschriften über den Gesundheitsschutz auch auf höhere leitende Angestellte anwendbar sind⁵¹. In Bezug auf die Arbeitszeit ist dies insofern von Bedeutung, als das Bundesgericht in einem Leiturteil feststellte, dass Arbeitszeiten von 100 Stunden pro Woche gegen die Vorschriften des Gesundheitsschutzes verstossen⁵².

2.2.3 Assistenzärzte

Wie bereits erwähnt, fallen Assistenzärztinnen und Assistenzärzte in jedem Fall unter die Vorschriften des Arbeitsgesetzes, unabhängig ob es sich

⁴⁸ ArG-Geiser, Art. 3 N 21; BGE 98 Ib 348; BGE 126 III 340 f.; REINHARD, S. 1138.

⁴⁹ ArG-Geiser, Art. 3 N 21, m.w.V.

⁵⁰ REINHARD, S. 1138 f.

⁵¹ Das Gesetz erwähnt ausdrücklich Art. 6, Art. 35 und Art. 36a ArG.

⁵² BGE 2P.251/2001 und 2A.407/2001, vom 14. Juni 2002, E. 5.3.

beim Arbeitgeber bzw. Betrieb um eine Verwaltung, Körperschaft oder Anstalt handelt⁵³. Meines Erachtens erwähnenswert ist, dass die Verordnung 1 in Art. 4a das *Gesetz* als anwendbar erklärt, also vollumfänglich und – im Unterschied zu den Regelungen in Art. 7 ArGV 1 – nicht nur die Vorschriften bezüglich Arbeits- und Ruhezeit.

2.3 Anwendbare Vorschriften bezüglich Arbeits- und Ruhezeit

Im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes sind regelmässig die Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit von näherem Interesse⁵⁴. Materiellrechtliche Regelungen zur Arbeitszeit finden sich aber auch in den Sonderschutzvorschriften des Arbeitsgesetzes, namentlich für schwangere Frauen und stillende Mütter⁵⁵. Hier ist allerdings wieder scharf auf den Anwendungsbereich zu achten: Das Arbeitsgesetz erklärt für die Verwaltung von Bund, Kantonen und Gemeinden nur einzelne, konkret aufgezählte Bestimmungen des Gesundheitsschutzes für anwendbar⁵⁶. Diese Aufzählung⁵⁷ enthält im Unterschied zu anderen Sonderschutzvorschriften⁵⁸ keine Arbeitszeitvorschriften und ist *abschliessend*⁵⁹. Mit anderen Worten gelten die Arbeitszeiteinschränkungen gemäss Sonderschutzvorschriften⁶⁰ nicht für schwangere Frauen und stillende Mütter der öffentlichen Verwaltung von Bund Kantonen und Gemeinden⁶¹. Deren Berücksichtigung wäre einzig dahingehend möglich, als man diese als ‘Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen’ qualifiziert, welche – je nach Beschäftigungsstruktur – gestützt auf Art. 4a und Art. 7 ArGV 1 anzuwenden sind.

⁵³ Art. 4a ArGV 1.

⁵⁴ Art. 9–28 ArG.

⁵⁵ Art. 35 ff. ArG.

⁵⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3a Abs. 1 lit. a ArG.

⁵⁷ Vgl. Art. 3a ArG: Art. 6, 35 und 36a ArG.

⁵⁸ Art. 35a Abs. 3 und 4 ArG, Art. 35b ArG, Art. 36 ArG.

⁵⁹ ArG-GEISER, Art. 3a N 3, mit Verweis auf MÜLLER, Art. 3 N 4.

⁶⁰ Art. 35a, Art. 35b und Art. 36 ArG.

⁶¹ Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3a Abs. 1 lit. a ArG.

2.4 *Abweichungen zum Vorteil der Angestellten*

2.4.1 Was ist vorteilhaft?

Das Arbeitsgesetz enthält verschiedene Bestimmungen, die eine anders lautende Regelung zulassen, sofern dies zum Vorteil der Angestellten ist:

- Art. 71 lit. b ArG erklärt ein Abweichen von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Ruhezeit als zulässig, sofern dies *zu Gunsten der Arbeitnehmer* geschieht.
- Art. 7 Abs. 2 ArGV 1 verpflichtet den öffentlichen Arbeitgeber zur Einhaltung der Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit in Bezug auf sämtliche privatrechtlich Angestellten. Das öffentliche Dienstrecht geht allerdings vor, falls dieses für die privatrechtlich Angestellten *günstigere Bestimmungen* vorsieht. Von Bedeutung ist diese Vorschrift bspw. für privatrechtlich Angestellte einer unselbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt. Untersteht die Mehrheit der Angestellten öffentlichem Dienstrecht, so gelten die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes nur für die privatrechtlich Angestellten⁶².

Wann ist das öffentliche Dienstrecht oder die privatrechtliche Vereinbarung zum Vorteil der oder des Angestellten? Eine Beantwortung dieser Frage bedingt den Vergleich der beiden Systeme, wobei das Gesetz allerdings keinerlei Hinweise bietet, was genau zu vergleichen ist:

- a) Gesamtes Dienstrecht, einzelne Bereiche oder einzelne
 Vorschrift?

Art. 71 ArG sieht vor, dass von den Vorschriften über den Gesundheitsschutz *und* über die Arbeits- und Ruhezeit nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf. Sind diese einzelnen Bereiche (Gesundheit bzw. Arbeits- und Ruhezeit) isoliert zu betrachten, oder kann bspw. mit grosszügigen Vorschriften zum Gesundheitsschutz eine schlechtere Arbeitszeitregelung kompensiert werden?

Unterstellt man, dass der Minimalstandard innerhalb eines einzelnen Bereiches gewährleistet sein muss (bspw. Arbeitszeit), so stellt sich die Frage, ob dieser Bereich als Ganzes vorteilhafter sein muss, oder einzelne The-

⁶² Art. 7 Abs. 1 und 2 ArGV 1.

menbereiche der Arbeitszeit⁶³ den Minimalstandard erfüllen müssen: Darf ein im Vergleich zum Arbeitsgesetz 'schlechterer' Pikettdienst mit einem späteren Arbeitsbeginn oder einer tieferen wöchentlichen Arbeitszeit kompensiert werden?

Verfolgt man diesen Gedankengang weiter, wäre es sogar denkbar, dass die Vorschriften des Arbeitsgesetzes in Bezug auf jeden einzelnen Aspekt jeder einzelnen Gesetzesvorschrift erfüllt sein müssen.

b) Ganze Belegschaft oder nur einzelne(r) Angestellte(r)?

Ist eine Arbeitszeitregelung im Vergleich zum Arbeitsgesetz für die gesamte Belegschaft oder eine bestimmte Gruppe von Angestellten⁶⁴ vorteilhaft, kann dies durchaus bedeuten, dass ein oder eine bestimmte Angestellte im konkreten Einzelfall trotzdem unter den Mindeststandard des Arbeitsgesetzes fällt: Genügt es, wenn das öffentliche Dienstrecht für die gesamte Belegschaft oder einen Teil davon den Minimalstandard des Arbeitsgesetzes erfüllt, oder muss dieser Standard für jeden einzelnen Angestellten gewährleistet sein?

c) Konkrete oder abstrakte Beurteilung?

Die im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses gültigen Vorschriften kommen in der Regel nie alle zur Anwendung. Wird eine Krankenschwester niemals schwanger, profitiert sie auch nicht von den Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes. Eine Teilzeitangestellte wird womöglich nie das maximal zulässige Ausmass an Pikettdienst leisten. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit zwei verschiedener Regelungen ist danach zu fragen, ob von einem abstrakten oder konkreten Ansatz auszugehen ist: Erklärt man ein mit der Angestellten vereinbartes bzw. für sie gültiges öffentlich-rechtliches Arbeitszeitmodell als dem Arbeitsgesetz ebenbürtig, kann es sein, dass die Angestellte in einem ganz konkreten Einzelfall trotzdem einen schlechteren Schutz genießt, weil sie von Bestimmungen, die dieses Defizit kompensieren, nicht profitiert. Im Falle einer abstrakten Betrachtung

⁶³ Bspw. die Regelung bezüglich Sonntagsarbeit oder Pikettdienst

⁶⁴ Bspw. Pflegepersonal.

tungsweise wäre dies zulässig, im Falle eines konkreten Vergleiches aber würde der Mindeststandard des Arbeitsgesetzes unterschritten⁶⁵.

d) Berücksichtigung von Leistungen ausserhalb des Arbeitsgesetzes?

Die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes enthalten mit wenigen Ausnahmen⁶⁶ keine Regelung bezüglich Entlöhnung der Angestellten. Insbesondere nicht geregelt ist die Entschädigung des Pikettdienstes. Auch macht das Arbeitsgesetz keine Vorschriften bezüglich des minimalen Ferienanspruches der Angestellten. Darf eine im Verhältnis zum Arbeitsgesetz schlechtere Arbeitszeitregelung bspw. mit höheren Lohnzuschlägen oder grösserem Ferienanspruch kompensiert werden?

Die Frage nach der für den oder die Angestellte vorteilhafte Regelung ist nicht leicht zu beantworten. Wichtig dabei ist, in einem ersten Schritt zu bestimmen, was denn genau verglichen werden soll. Je nachdem kann das Ergebnis völlig unterschiedlich ausfallen.

2.4.2 Günstigkeitsprinzip nach Art. 357 OR

Im GAV-Recht findet sich in Art. 357 Abs. 2 OR der Grundsatz des Günstigkeitsprinzips⁶⁷:

Abreden zwischen beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die gegen die unabdingbaren Bestimmungen verstossen, sind nichtig und werden durch die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages ersetzt; jedoch können abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmer getroffen werden.

Die Methodik und Praxis zum so genannten Günstigkeitsvergleich bietet meines Erachtens eine wertvolle Hilfestellung bei der Beurteilung, ob die vom Arbeitsgesetz abweichende Regelung eine „günstigere Bestim-

⁶⁵ Dieselbe Frage stellt sich bei der Prüfung der Gleichwertigkeit einer vertraglich vereinbarten Lohnfortzahlungspflicht im Verhältnis zu der im Obligationenrecht vorgesehenen Regelung (Art. 324a OR). Im Privatrecht wird auf eine abstrakte Betrachtungsweise abgestellt (vgl. dazu VISCHER, S. 133).

⁶⁶ Dies sind die im Gesetz vorgesehenen Lohnzuschläge für Überzeit-, Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 13, 17b und 19 ArG).

⁶⁷ BK-REHBINDER, Art. 357 N 30.

mung⁶⁸ darstellt bzw. eine Abweichung „zu Gunsten der Arbeitnehmer“⁶⁹ stattgefunden hat. Beim Günstigkeitsvergleich ist von einem objektiven Massstab auszugehen⁷⁰, „(...) also danach, was ein vernünftiger Arbeitnehmer in dieser Position als günstiger betrachten würde, selbst wenn im Einzelfall der Vorteil nicht gegeben ist“⁷¹. Weiter ist nicht jeder einzelne Aspekt isoliert für sich zu betrachten, sondern ein Gruppenvergleich vorzunehmen⁷². Für die Prüfung einer gleichwertigen Lösung sind die (rechtlich und sachlich) eng zusammengehörigen Bestimmungen insgesamt miteinander zu vergleichen, was in der Regel zu besseren Ergebnissen führt, als eine isolierte Betrachtung jeder einzelnen Norm⁷³. Als unzulässig qualifiziert wird allerdings ein Gesamtvergleich, d.h. der Vergleich des (gesamten) Arbeitsvertrages mit dem Gesamtarbeitsvertrag⁷⁴. Die Schwierigkeit dieses Ansatzes liegt natürlich darin, die richtige ‘Gruppe’ von thematisch und sachlich eng zusammenhängenden Regelungen zu bestimmen, die miteinander verglichen werden können⁷⁵. Trotzdem aber scheint auch mir ein solches Vorgehen im Ergebnis sinnvoller, als die isolierte Betrachtung einzelner Normen.

2.4.3 Anwendbarkeit für das Arbeitsgesetz?

Wie bereits erwähnt⁷⁶, ist das Arbeitsgesetz insofern unvollständig, als wesentliche Bereiche, wie namentlich die Entlohnung, nicht oder nur marginal geregelt werden. Meines Erachtens stellt das Arbeitsgesetz trotzdem aber einen sachlich und thematisch abgerundeten und vollständigen Erlass dar. Ausgehend von dieser Prämisse ergibt sich für einen Gruppenvergleich damit die Schlussfolgerung, dass beim Vergleich solche Aspekte bzw. Regelungen miteinander verglichen werden dürfen, die auch im Ar-

⁶⁸ Art. 7 Abs. 7 ArGV 1.

⁶⁹ Art. 71 lit. b ArG.

⁷⁰ BK-REHBINDER, Art. 357 N 38; ZK-STAEHELIN, Art. 357 N 23; BGE 116 II 155.

⁷¹ STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3.

⁷² BK-REHBINDER, Art. 357 N 39; ZK-STAEHELIN, Art. 357 N 24; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3; VISCHER, S. 348, m.V.a. BGE 116 II 153 E. 2a und b.

⁷³ BK-REHBINDER, Art. 357 N 39; ZK-STAEHELIN, Art. 357 N 24; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3.

⁷⁴ BK-REHBINDER, Art. 357 N 39; ZK-STAEHELIN, Art. 357 N 24; STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3.

⁷⁵ Vgl. dazu ausführlich: BK-REHBINDER, Art. 357 N 39.

⁷⁶ Vgl. oben, Ziff. 2. 4 lit. a).

beitsgesetz geregelt sind. Dies schliesst bspw. aus, eine tiefere Mindestruhezeit⁷⁷ mit einem höheren Lohn kompensieren zu wollen, weil die Höhe des Lohnes (thematisch) nicht im Arbeitsgesetz geregelt ist.

Verwendet man auch bei der Anwendung von Art. 71 lit. b ArG die Methode des Gruppenvergleiches, liesse sich womöglich gar die Meinung vertreten, das Gesetz selbst definiere die für einen Vergleich relevante Gruppe, wenn von „Vorschriften über den Gesundheitsschutz“ bzw. „Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit“ die Rede ist.

Weiter hilfreich ist der Vergleich des Wortlautes in Art. 357 Abs. 2 OR mit der zu dieser Bestimmung herrschenden Gerichtspraxis⁷⁸ und Lehrmeinung: Dass der Gesetzestext eine „abweichende Abrede zugunsten des Arbeitnehmers“ ermöglicht, führt nicht zu einem isolierten Vergleich einzelner Normen. Meines Erachtens ist eine solche, nicht streng wörtliche Auslegung insofern auch beim Arbeitsgesetz und der Verordnung sinnvoll, als unterstellt wird, die im Arbeitsgesetz und der Verordnung 1 enthaltenen Verweise wie „Gesetz“⁷⁹ oder „Vorschriften“⁸⁰ beziehen sich auf das Arbeitsgesetz und die dazugehörigen Verordnungen.

Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass der Gruppenvergleich sich immer auf eine oder einen konkreten Angestellte(n) bezieht. Ein Vergleich mehrerer Angestellter miteinander ist meines Erachtens eher abzulehnen und entspricht nicht der Methodik des Gruppenvergleiches⁸¹. Der Wortlaut in Art. 7 Abs. 2 ArGV 1 spricht von einer günstigeren Bestimmung für den oder die Arbeitnehmer(in). Demgegenüber findet sich in Art. 71 lit. b ArG die Formulierung, dass nur „zu Gunsten der Arbeitnehmer“ von den Vorschriften des Arbeitsgesetzes abgewichen werden darf. Aus dieser Formulierung im Plural jedoch ableiten zu wollen, dass nicht nur ein einzelner Angestellter, sondern das Dienstverhältnis einer Gruppe von Personen miteinander verglichen werden darf, ist meines Erachtens heikel. Dies insbesondere

⁷⁷ Art. 15a ArG.

⁷⁸ BGE 116 II 153 ff.

⁷⁹ Art. 7 Abs. 2 ArGV1: „... und Arbeitnehmerinnen das *Gesetz* auch (...) nicht günstigere *Bestimmungen* vorsieht.“

⁸⁰ Art. 71 lit. b ArG: „... von den *Vorschriften* über den ...“.

⁸¹ BK-REHBINDER, Art. 357 N 39; ZK-STAEHELIN, Art. 357 N 24; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 357 N 3, welche immer nur den Vergleich für einen einzelnen Angestellten erwähnen.

wenn man in Betracht zieht, dass auch Art. 357 Abs. 2 OR in der Mehrzahl formuliert ist⁸².

Übernimmt man die Methodik des Gruppenvergleiches nach Art. 357 OR in das Arbeitsgesetz, ergeben sich bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 ArGV 1 und Art. 71 lit. b ArG folgende, meines Erachtens sinnvollen, Grundsätze:

- a) Zu vergleichen sind weder einzelne, isolierte Vorschriften noch das gesamte Arbeits- oder Dienstrecht. Vielmehr ergibt sich die Gleichwertigkeit aus der Betrachtung einer sachlich und thematisch zusammengehörenden Gruppe von Vorschriften.
- b) Die Betrachtung hat sich auf eine(n) einzelne(n) Angestellte(n) zu beschränken. Die Schlechterstellung eines einzelnen Arbeitnehmers lässt sich nicht mit der Besserstellung der übrigen Gruppe von Angestellten rechtfertigen.
- c) Die Beurteilung hat gestützt auf einen objektiven Massstab zu erfolgen, „(...) also danach, was ein vernünftiger Arbeitnehmer in dieser Position als günstiger betrachten würde, selbst wenn im Einzelfall der Vorteil nicht gegeben ist“⁸³.
- d) Ausgehend von der Annahme, das Arbeitsgesetz sei ein thematisch abgeschlossener und vollständiger Erlass, ergibt sich die Schlussfolgerung, dass sich eine Schlechterstellung nicht mit Leistungen rechtfertigen lässt, die im Arbeitsgesetz selbst nicht geregelt sind.

3 Weitere Rechtsgrundlagen

3.1 *Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Anstellung?*

Während das Arbeitsgesetz sowohl für öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich angestelltes Pflegepersonal anwendbar sein kann, ist diese Unterscheidung für das übrige Arbeitsrecht von grosser Bedeutung. Öffentlich-rechtlich angestellte Mitarbeiter unterliegen nicht den Vorschriften des Einzelarbeitsvertragsrechts (OR). Im Grundsatz sind sowohl der Bund als auch die Kantone frei, das Personalrecht im Rahmen eines eigenständigen

⁸² Vgl. dort: „(...) abweichende Abreden zugunsten *der Arbeitnehmer* (...)“.

⁸³ STREIFF/VON KAENEL, Art. 357 N 3.

Erlasses nach ihren eigenen Bedürfnissen zu regeln. Vorbehalten bleibt dabei einzig das zwingende Bundesrecht⁸⁴. Ob ein öffentliches Spital be-
fugt ist, Pflegepersonal nach den Vorschriften des Privatrechts anzustellen,
ergibt sich aus den, für dieses Spital relevanten öffentlich-rechtlichen Vor-
schriften.

3.2 *Öffentliches Personalrecht*

Gemäss der Spitalorganisationsverordnung des Kantons St. Gallen⁸⁵ richtet
sich die Anstellung des Spitalpersonals nach der Gesetzgebung über den
Staatsdienst⁸⁶. Eine eigenständige Regelung enthält die Spitalorganisati-
onsverordnung nur für (leitende) Ärzte oder Institutsleiter, wissenschaftli-
che Praktikanten, Mitarbeiter und andere⁸⁷. Die Anstellung des Pflegeper-
sonals richtet sich nach den Vorschriften über den Staatsdienst. Von Be-
deutung sind in diesem Zusammenhang:

- die Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996⁸⁸;
- die Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996⁸⁹;
- die Arbeitszeitverordnung vom 27. Mai 1997⁹⁰.

3.3 *Einzelarbeitsvertragsrecht*

Soweit das zuständige Recht den öffentlichen Spitälern erlaubt, ihr Pflege-
personal nach den Vorschriften des Privatrechts anzustellen, kommen die
Vorschriften des Obligationenrechts, namentlich Art. 319 ff. OR, zur An-
wendung.

⁸⁴ Insbesondere natürlich die Vorschriften des Arbeitsgesetzes.

⁸⁵ VO über die medizinische und betriebliche Organisation der kantonalen Spitäler,
psychiatrischen Kliniken und Laboratorien, vom 17. Juni 1980; sGS 321.11.

⁸⁶ Art. 79 Spitalorganisationsverordnung.

⁸⁷ Vgl. Art. 80 ff. Spitalorganisationsverordnung.

⁸⁸ sGS 143.20.

⁸⁹ sGS 143.2.

⁹⁰ sGS 143.22.

3.4 *Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende im Hausdienst (NAV-H)*

Der Erlass eines Normalarbeitsvertrages für ‘Arbeitnehmer im Hausdienst’ wird durch das Obligationenrecht vorgeschrieben⁹¹. Am 25. Februar 1986 erliess der Regierungsrat des Kantons St. Gallen den kantonalen Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (NAV-H)⁹². Dieser gilt für voll- oder teilzeitlich tätige Arbeitnehmende, die in Kollektivhaushalten wie Heimen, Pensionen, Anstalten oder Spitälern hauswirtschaftliche Arbeit verrichten⁹³. Im Normalarbeitsvertrag finden sich diverse Vorschriften bezüglich Arbeits- und Freizeit⁹⁴, von welchen jedoch im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung auch zu Lasten der oder des Angestellten abgewichen werden kann⁹⁵. Andere Kantone haben ebenfalls einen entsprechenden Normalarbeitsvertrag erlassen⁹⁶.

Die Vorschriften der Normalarbeitsverträge kommen nur bei privatrechtlichen Anstellungen und selbst dort nur teilweise zum Tragen: Der NAV-H des Kantons St. Gallen erklärt, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften vorbehalten bleiben⁹⁷, während derjenige des Kantons Zürich alle Angestellten vom Geltungsbereich ausnimmt, die dem öffentlichen Recht des Bundes, der Kantone oder Gemeinden oder einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt sind⁹⁸.

3.5 *Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (NAV-P)*

3.5.1 Inhalt und Geltungsbereich

Der Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal⁹⁹ gilt für das gesamte Pflegepersonal in Anstalten, Krankenhäusern

⁹¹ Art. 359 Abs. 2 OR.

⁹² sGS 513.1.

⁹³ Art. 1 NAV-H.

⁹⁴ Vgl. Art. 13 ff. NAV-H.

⁹⁵ Art. 3 Abs. 2 lit. a NAV-H.

⁹⁶ Vgl. bspw. Zürich: Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerr vom 29. Mai 1991.

⁹⁷ Art. 3 Abs. 2 lit. c NAV-H SG.

⁹⁸ Art. 1 Abs. 3 lit. b NAV-H ZH.

⁹⁹ Vom 23. Dezember 1971, SR 221.215.328.4.

und Heimen der ganzen Schweiz¹⁰⁰. Dieser überalterte und meines Erachtens mangelhaft an das neuere Recht angepasste Erlass fügt sich schlecht in das zur Zeit gültige Arbeitsrecht ein.

Beim Geltungsbereich unterscheidet der NAV-P nicht zwischen öffentlichen oder privaten Arbeitgebern¹⁰¹. Der Normalarbeitsvertrag gilt allerdings nur für privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende, öffentliches Recht bleibt ausdrücklich vorbehalten¹⁰². Entsprechend sind die Vorschriften des NAV-P nur auf das privatrechtlich angestellte Pflegepersonal anwendbar¹⁰³. Materiellrechtlich interessant, und deshalb im Rahmen eines kurzen Exkurses erwähnt, sind im vorliegenden Zusammenhang Art. 3 NAV-P (Vorbehalt günstigerer Abreden) und die Vorschriften bezüglich Arbeits- und Ruhezeit (Art. 9 f. NAV-P).

3.5.2 Exkurs 1: Abweichungen nur zugunsten der Angestellten?

Aus dem Umkehrschluss von Art. 3 NAV-P lässt sich ein Verbot anderslautender vertraglicher Abreden zu Lasten der oder des Angestellten ableiten. Das Obligationenrecht, welches auch auf die vom Bundesrat erlassenen Normalarbeitsverträge anzuwenden ist¹⁰⁴, unterstellt, dass es sich beim Normalarbeitsvertrag um *dispositives* Recht handelt, von welchem nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten der Angestellten abgewichen werden kann¹⁰⁵. Diese Regelung geht – als zwingendes Bundesrecht – dem Normalarbeitsvertrag vor und ein Verbot des Abweichens zu Lasten der Angestellten, welches sich aus dem Umkehrschluss von Art. 3 NAV-P ergibt, ist meines Erachtens bundesrechtswidrig und daher nichtig¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Art. 1 NAV-P.

¹⁰¹ Art. 1 Abs. 2 NAV-P.

¹⁰² Art. 20 Abs. 2 NAV-P.

¹⁰³ Dies ergibt sich sinngemäss auch aus Art. 20 Abs. 1 NAV-P, wo ausdrücklich auf die Vorschriften des Obligationenrechts verwiesen wird.

¹⁰⁴ Vgl. bspw. Art. 359a OR.

¹⁰⁵ BK-REHBINDER, Art. 360 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 360 N 4 ff.; VISCHER, S. 373 f.; Davon ausgenommen ist Art. 360a OR (Mindestlohnvorschriften) (vgl. Art. 360d OR).

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch BK-REHBINDER, Art. 360, N 2 f. und ZK-STAEHELIN, Art. 360 N 7.

3.5.3 Exkurs 2: Normalarbeitszeit nach NAV-P

Wird das Pflegepersonal eines öffentlich-rechtlichen Spitals privatrechtlich angestellt, so gilt bezüglich der Normalarbeitszeit die vertragliche Vereinbarung. Fehlt eine solche Vereinbarung, so erklärt der NAV-P die Normalarbeitszeit der nächstliegenden öffentlichen Krankenanstalt als anwendbar¹⁰⁷. Zusätzlich erklärt er aber noch Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 2 zum Arbeitsgesetz als vorbehalten, und zwar in der Fassung vom 14. Januar 1966¹⁰⁸. Dieser Vorbehalt betrifft Regelungen bezüglich wöchentlicher Höchstarbeitszeit, Überzeitarbeit, Ruhezeit, Nacht- und Sonntagsarbeit.

Aus dem Gesetzestext geht meines Erachtens nicht klar hervor, ob der Vorbehalt in Art. 9 NAV-P nur für den Fall der fehlenden privatrechtlichen Arbeitszeitregelung gilt, wo die Normalarbeitszeit der nächstliegenden öffentlichen Krankenanstalt zum Zuge kommt, oder ob der Vorbehalt auch dann gilt, wenn die Parteien vertraglich eine maximale Arbeitszeit und/oder gar ein konkretes Arbeitszeitmodell vereinbarten. Da es sich bei den Vorschriften gemäss Art. 1 bis 6 aArGV 2 um öffentliches und nach heutiger Auffassung zwingendes Recht handelt, darf meines Erachtens von einem grundsätzlichen Vorbehalt auch für private Vereinbarungen ausgegangen werden.

Da auf privatrechtlich angestellte Personen die Vorschriften des Arbeitsgesetzes bezüglich Arbeits- und Ruhezeit anwendbar sind, gelten die für Krankenanstalten und Kliniken anwendbaren Bestimmungen der Verordnung 2 bezüglich Arbeits- und Ruhezeit ohnehin¹⁰⁹. Insofern ist nicht näher zu prüfen, ob der Verweis in Art. 9 NAV-P auf die Vorschriften der ArGV 2 darum eine selbständige Bedeutung hat, weil auf die privatrechtlichen Angestellten eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers die Vorschriften des Arbeitsgesetzes nicht anwendbar sind.

Trotz verschiedener Revisionen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen wurde Art. 9 NAV-P nicht angepasst. Der Verweis auf die Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 2 zum Arbeitsgesetz hat aber meines Erachtens keinerlei praktische Bedeutung mehr, weil die Vorschriften des Arbeitsgesetzes bezüglich Arbeits- und Ruhezeit auf privatrechtliche Angestellte ohnehin

¹⁰⁷ Art. 9 NAV-P.

¹⁰⁸ Art. 9 NAV-P, letzter Satz.

¹⁰⁹ vgl. Art. 15 ArGV 2 i.V.m. Art. 27 ArG, welcher Art. 4, Art. 5, Art. 8 Abs. 2, Art. 9, Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 ArGV 2 als anwendbar erklärt.

anwendbar sind¹¹⁰. Insofern kann offen bleiben, ob – aufgrund des nicht geänderten Art. 9 NAV-P – die alten oder neuen Vorschriften der Verordnung Nr. 2 zum Arbeitsgesetz gelten.

4 *Vorgehen bei der Prüfung der relevanten Rechtsgrundlagen*

Gilt es herauszufinden, welche arbeitsrechtlichen Erlasse im konkreten Einzelfall anwendbar sind, ist aus zwei Gründen vorweg zu klären, wie das öffentliche Spital organisiert ist. Erstens weil die Organisationsform entscheidend sein kann für die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes, und zweitens weil damit auch geklärt wird, welches (materielle) Personalrecht für die Belegschaft zur Anwendung gelangt.

Die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes ist in jedem Einzelfall zu prüfen. Dies hängt zwar hauptsächlich von der Organisationsform des öffentlichen Spitals ab, es können jedoch auch andere Faktoren von entscheidender Bedeutung sein. Zu erwähnen ist vor allem die Regelung in Art. 7 Abs. 1 ArGV 1, wonach die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über Arbeits- und Ruhezeit für öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit und Körperschaften des öffentlichen Rechts nur dann nicht anwendbar sind, wenn die Mehrzahl der Beschäftigten nach öffentlichem Recht angestellt sind.

Verneint das öffentliche Personalrecht dessen Anwendbarkeit auf die Belegschaft des öffentlichen Spitals, so gilt privates Arbeitsrecht, namentlich das Einzelarbeitsvertragsrecht und die entsprechenden Normalarbeitsverträge. Bei Anwendbarkeit des (kantonalen) öffentlichen Personalrechts ist im Grundsatz davon auszugehen, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Anstellung handelt. Trotzdem aber besteht auch in diesem Fall die Möglichkeit einer privatrechtlichen Anstellung, sofern das öffentliche Personalrecht privatrechtliche Verträge zulässt oder gar vorschreibt.

Ob und wieweit allfällige Gesamtarbeitsverträge anwendbar sind, lässt sich ebenfalls nicht allgemein beantworten. Im Grundsatz handelt es sich bei Gesamtarbeitsverträgen um eine privatrechtliche Vorschrift¹¹¹. Trotzdem

¹¹⁰ Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 ArGV 1.

¹¹¹ Art. 356 ff. OR.

ist nicht auszuschliessen, dass auch öffentlich-rechtliches Personalrecht die Möglichkeit der Vereinbarung eines Gesamtarbeitsvertrages offen lässt¹¹².

¹¹² Vgl. bspw. Art. 38 Bundespersonalgesetz.

Literaturverzeichnis

ArG-VERFASSER:

GEISER / VON KAENEL / WYLER (Hrsg): Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz; Bern 2005.

HÄFELIN, U; MÜLLER G.:

Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002.

MÜLLER, R.:

Kommentar zum ArG, 6. Auflage, Zürich 2001

REHBINDER, M. (zit. BK-REHBINDER):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 3. Abschnitt; Kommentar zu den Art. 356–360 OR; Bern 1999.

REINHARD, U.:

Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes (ArG) auf Spitäler und Spitalärzte; Schweizerische Ärztezeitung; 2005 (86), Nr. 19, S. 1137 ff.

STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (zit. SECO, Wegleitung):

Arbeitsgesetz; Wegleitung zum Gesetz und zu den Verordnungen 1 und 2; Ab April 2001.

STAEHELIN, A. (zit.: ZK-STAEHELIN):

Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Band V, Teilband V 2c, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319-362 OR, 3. völlig neu bearb. Auflage, Zürich 1996.

STAEHELIN, A.:

Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, ARV 2002, S. 1 ff.

STREIFF, U.; VON KAENEL, A.:

Leitfaden zum Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992.

VISCHER, F.:

Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005.