Verwaltungsgericht

KANTON solothurn

Urteil vom 23. Juli 2014

Es wirken mit:

Präsident Stöckli
Oberrichterin Scherrer Reber
Ersatzrichter Junker
Gerichtsschreiber Schaad

In Sachen

, vertreten durch Dr. Pirmin Bischof, Rechtsanwalt, St. Niklausstrasse 1, Postfach 261, 4500 Solothurn

Kläger

gegen

Solothurner Spitäler AG, Rechtsdienst, Schöngrünstrasse 36a, 4500 Solothurn,

Beklagte

betreffend **Forderung (Nachtarbeit)**

Unser Zeichen: **VWKLA.2011.15**

01226963.doc

zieht das Verwaltungsgericht in **Erwägung**:

1. Das Bürgerspital Solothurn stellte , der bereits seit 1983 als diplomierter Krankenpfleger im Dienste des Bürgerspitals stand, am 23. Juni 1993 als diplomierten Krankenpfleger AKP und Rettungssanitäter im Rettungsdienst an.

Das Bürgerspital Solothurn wurde auf den 1. Januar 2006 in die Solothurner Spitäler AG eingebracht (§ 16 Abs. 1 des Spitalgesetzes [SpiG] vom 12. Mai 2004; BGS 817.11), welche die bestehenden Anstellungsverhältnisse übernahm (§ 20 Abs. 1 SpiG).

2. erhob am 23. Dezember 2011 beim Verwaltungsgericht Klage gegen die Solothurner Spitäler AG mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 99'559.15 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 4'453.55 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens sowie einen Betrag von Fr. 10'924.85 [nebst Zins zu] 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
3. Es sei eine mündliche Hauptverhandlung mit Parteibefragung durchzuführen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

. machte geltend, er habe für die in den Jahren 2005 bis 2009 geleisteten Nachtschichten zu wenig Lohn erhalten.

3. Die Solothurner Spitäler AG beantragte in ihrer Klageantwort vom 14. Februar 2012, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

4. In der Replik vom 16. April 2012 reduzierte . (nachfolgend: Kläger) seine Rechtsbegehren wie folgt:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 72'842.70 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 2'643.10 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens sowie einen Betrag von Fr. 8'059.20 nebst Zins zu 5% seit wann rechtens zu bezahlen.

5. Die Solothurner Spitäler AG (fortan Beklagte genannt) hielt in ihrer Duplik vom 7. Mai 2012 an den in der Klageantwort gestellten Rechtsbegehren fest und beantragte zusätzlich, das Verfahren sei vorerst auf die Fragen der Zuständigkeit und der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes zu beschränken.

6. An der Instruktionsverhandlung vor Verwaltungsgericht vom 8. März 2013 schlossen die Parteien einen Vergleich, den der Kläger jedoch am 11. April 2013 innert dafür eingeräumten Frist verwarf. Zugleich verzichtete er auf die Durchfüh-

rung einer mündlichen Hauptverhandlung und reichte eine Studie zu arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantonsspitälern ein.

Die Beklagte reichte am 16. Juli 2013 weitere Urkunden und der Vertreter des Klägers am 28. Oktober 2013 seine Kostennote ein.

7. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Im Übrigen wird auf die Akten verwiesen.

II.

1. Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige Instanz vermögensrechtliche Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Anstellungsverträgen (§ 48 Abs. 1 lit. b Gerichtsorganisationsgesetz [GO; BGS 125.12], § 238 des Gesamtarbeitsvertrags vom 25. Oktober 2004 [GAV; BGS 126.3]).

Die Rechtsbeziehungen der Beklagten zum Personal richten sich nach dem Gesetz über das Staatspersonal (§ 19 Abs. 3 des Spitalgesetzes vom 12. Mai 2004 [SpiG; BGS 817.11]) und dem Gesamtarbeitsvertrag (§ 1 der Verordnung über den Vollzug des Personalrechts durch die Solothurner Spitäler AG vom 20. Dezember 2005, GS 100, S. 310; § 5 Abs. 1 GAV). Es handelt sich somit um eine Streitigkeit aus öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis, welche nicht der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110), sondern der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG unterliegt, in deren Bereich das Prinzip des doppelten Instanzenzugs nicht gilt, so dass sich die von der Beklagten aufgeworfene Frage der «double instance» nicht stellt.

Die Beklagte begründet ihren Nichteintretensantrag ausserdem damit, bei der Beurteilung des vom Kläger erhobenen Anspruchs auf Vergütung inkonvenienter Dienste handle es sich um einen Entscheid mit bloss indirekten finanziellen Auswirkungen, wie dies beispielsweise auch bei Streitigkeiten in Bezug auf die Einreihung in eine bestimmte Lohnklasse zutreffe. Die Klage richtet sich auf Zahlung einer Geldsumme als zusätzliche Entschädigung für geleistete Nachtarbeit. Dabei handelt es sich um einen unmittelbar vermögensrechtlichen Anspruch, der vom Verwaltungsgericht im Klageverfahren zu beurteilen ist. Im Übrigen gelten nach neuester Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts auch personalrechtliche Streitigkeiten betreffend Einreihung bzw. Einstufung als vermögensrechtliche Streitigkeiten im Sinne von § 48 Abs. 1 lit. b GO (Urteil vom 22. Januar 2013, VWBES.2011.381 wird publiziert als SOG 2013 Nr. 16); die in SOG 1988 Nr. 33 publizierte Rechtsprechung, auf welche die Beklagte sich beruft, ist insoweit überholt.

Auf die Klage ist somit einzutreten.

2. Die Beklagte macht geltend, die Forderungen des Klägers, welche die Zeit vor dem 23. Dezember 2006 betreffen, seien verjährt.

Die Verjährung von Forderungen aus dem Dienstverhältnis richtet sich nach den Artikeln 127 und 128 OR (§ 45quater Staatspersonalgesetz, StPG; BGS 126.1). Danach beträgt die ordentliche Verjährungsfrist zehn Jahre (Art. 127 OR), wogegen unter anderem die Forderungen für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen mit Ablauf von fünf Jahren verjähren (Art. 128 Ziff. 1 OR). Die hier strittigen Lohn- beziehungsweise Zulagenforderungen für geleistete Nachtarbeit stellen solche periodischen Leistungen dar, welche nach fünf Jahren verjähren.

Im öffentlichen Recht kann die Verjährung einfacher unterbrochen werden als im Zivilrecht. Insbesondere ist es nicht notwendig, dass der Gläubiger eine der in Art. 135 OR vorgesehenen Rechtshandlungen (Schuldbetreibung oder Klage) vornimmt. Vielmehr wird im Verwaltungsrecht die Verjährung durch jede Handlung unterbrochen, mit der die Forderung in geeigneter Weise beim Schuldner geltend gemacht wird. So wirken schon blosse Mitteilungen einer Forderung und formlose Mahnungen verjährungsunterbrechend (BGE 133 V 579 E. 4.3.1 mit zahlreichen Hinweisen; René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz 707; so auch schon Max Imboden/René Rhinow: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. Basel 1976, Band I, und René Rhinow/Beat Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, je a.a.O., Nr. 34 B. IVc; André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. II, p. 666; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 300).

Der Kläger hat die Beklagte am 31. Januar 2011 aufgefordert, ihm für die in den Jahren 2005 bis 2009 geleisteten Nachtdienste je vier zusätzliche Arbeitsstunden und den darauf entfallenden Zeitzuschlag von 20 % zu vergüten (Urkunde 87). Mit diesem Schreiben hat der Kläger die Verjährung unterbrochen; verjährt sind damit – wie von ihm zugestanden – die Lohnforderungen für das Jahr 2005 und den Monat Januar 2006.

3. Der Kläger ist als Rettungssanitäter im Bürgerspital Solothurn bei der Beklagten angestellt. In dieser Funktion hatte er in den Jahren 2006 bis 2009 regelmässig Nachtdienste zu leisten. Diese dauerten jeweils von 17.00 Uhr bis um 07.00 Uhr des folgenden Tages. Nach den Angaben der Beklagten war lediglich die Zeit von 17.00 Uhr bis 22.00 Uhr eigentliche Arbeitszeit. Bei der restlichen Zeit habe es sich um einen Präsenzdienst gehandelt, während dem sich der Kläger am Arbeitsort zwar für einen allfälligen Rettungseinsatz bereit halten musste, im Übrigen aber sich im Pikettzimmer ausruhen oder im Aufenthaltsraum lesen oder im Internet surfen konnte. Gemäss den insoweit übereinstimmenden Angaben der Parteien wurde die Zeit bis 03.00 Uhr als Arbeitszeit abgerechnet und vergütet. Für den Bereitschaftsdienst in der Zeit von 03.00 Uhr bis 07.00 Uhr wurde dem Kläger eine Zulage von 6 Franken pro Stunde ausgerichtet. Ausserdem wurde ihm für Einsätze aus dem Präsenzdienst ein pauschaler Zeitzuschlag von 15 Minuten gewährt. So-

dann wurden ab dem Jahr 2008 die Einsätze zwischen 03.00 Uhr und 07.00 Uhr als Arbeitszeit erfasst und zuzüglich Zulagen für Nachtarbeit vergütet.

Der Kläger macht geltend, als privatrechtliche Aktiengesellschaft unterstehe die Beklagte vollumfänglich dem Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) und der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArgV 1; SR 822.111). Danach stelle, wenn der Pikettdienst im Betrieb geleistet werden müsse, die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar, und sei entsprechend zu entlöhnen. Nach Ansicht der Beklagten ist dagegen das Arbeitsgesetz auf das Anstellungsverhältnis des Klägers nicht anwendbar.

3.1 Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar (Art. 1 Abs. 1 ArG). Vom betrieblichen Geltungsbereich ausgenommen sind - mit Ausnahme der Vorschriften über den Gesundheitsschutz - unter anderem die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG), wobei die Verordnung einerseits die öffentlichen Anstalten, die den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichzustellen sind, andererseits die Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, auf die das Gesetz anwendbar ist, bezeichnet (Art. 2 Abs. 2 ArG).

Die Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, auf welche das Arbeitsgesetz anwendbar ist, sind in Art. 4 ArgV 1 aufgezählt; Spitäler fallen nicht darunter. Hingegen ist das Gesetz seit dem 1. Januar 2005 anwendbar auf öffentliche Krankenanstalten und Kliniken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen mit Assistenzärztinnen und Assistenzärzten (Art. 4a Abs. 1 ArGV 1). Als öffentliche Krankenanstalten und Kliniken gelten Krankenanstalten und Kliniken der Kantone und der Gemeinden, die Bestandteil einer öffentlichen Verwaltung sind oder als öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit oder als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisiert sind (Art. 4a Abs. 2 ArGV 1).

Nach Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 sind die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen nicht anwendbar auf öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit sowie Körperschaften des öffentlichen Rechts, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen.

3.2 Vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen sind also (mit Ausnahme der Arbeitsverhältnisse der Assistenzärztinnen und -ärzte) Spitäler und Betriebe der Krankenpflege, die Teil der Zentralverwaltung eines Gemeinwesens sind. Spitäler, die als eigene Körperschaft (z.B. als Zweckverband mehrerer Gemeinden) organisiert sind oder eine Anstalt ohne eigene Rechtspersönlichkeit bilden, sind den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes nur dann nicht unterworfen, wenn die Mehrzahl des Personals in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis steht.

Umstritten ist, ob Spitäler, die als öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert sind, vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen sind (pro: Thomas Geiser, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler: Handkommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 16 zu Art. 2; contra: Andreas Lienhard/Daniel Kettiger: Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantonsspitälern, Bern 2005, S. 26 f.; Bundesgerichtsurteil 2P.99/2002 vom 1. November 2002, E. 4.2, Bundesgerichtsurteil 2P.251/2A.407/2001 vom 14. Juni 2002; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich PB.2010.00048 vom 24. August 2011, E. 2.1). Auf Spitalbetriebe in privatrechtlicher Form findet das Arbeitsgesetz integral Anwendung (BGer-Urteil 2C_308/2008 vom 5. März 2009 E. 2 mit Hinweis). Dies gilt auch, wenn diese öffentliche Aufgaben erfüllen und gänzlich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen (Lienhard/Kettiger: Arbeitsrechtliche Fragen, S. 27; Andreas Lienhard/Daniel Kettiger, Zur Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf die verselbständigten Spitäler im Kanton Zürich, ArbR 2007, S. 162).

Der Kanton betreibt das kantonale Spital in der Form einer Aktiengesellschaft nach Artikel 620 Absatz 3 des Obligationenrechts mit einem gemeinnützigen Zweck im Sinne der Steuergesetzgebung des Bundes (gemeinnützige Aktiengesellschaft, § 7 Abs. 1 SpiG. Die Beklagte ist somit eine privatrechtliche Aktiengesellschaft im Sinne der Art. 620 ff. OR und nicht eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft im Sinne von Art. 763 OR (vgl. Botschaft und Entwurf des Regierungsrates zum Spitalgesetz vom 1. Juli 2003, RRB 2003/1275, Ziffern 4.3.1 und 4.3.3, S. 21 und 22 f.). Sie untersteht damit vollumfänglich dem Arbeitsgesetz und den Ausführungsverordnungen dazu. Dass der Kläger vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes nicht ausgenommen ist (Art. 3 ArG), ist offensichtlich und unbestritten.

3.3 Für ihre gegenteilige Auffassung stützt sich die Beklagte auf eine Auskunft des kantonalen Personalamtes und macht geltend, diese sei für sie verbindlich und es dürften ihr aus dem Vertrauen in deren Richtigkeit keine Nachteile erwachsen. Diese Auffassung geht in jeder Hinsicht fehl:

Bei der angesprochenen Auskunft handelt es sich um einen Mailverkehr zwischen der kantonalen Finanzkontrolle und dem kantonalen Personalamt vom Januar 2012, in welchem es um die von der Beklagten geplante Neuregelung der Überzeitauszahlung ging (Urkunde 77). Zwar hat das Personalamt darin ohne vertiefte Prüfung das Arbeitsgesetz nur für Assistenzärztinnen und -ärzte der Beklagten, nicht aber für deren übriges Personal als anwendbar erachtet. Es handelte sich aber um eine an einen Dritten (die Finanzkontrolle) gerichtete Auskunft, nicht um eine förmliche Weisung im Sinne von § 16bis der Verordnung über das Personalrecht (Personalrechtsverordnung; PRV; BGS 126.31). Fraglich wäre zudem, ob dem Personalamt gegenüber der Beklagten überhaupt ein Weisungsrecht zusteht, da diese wohl kaum den in dieser Norm genannten Ämtern und dezentralen Anstellungsbehörden zuzurechnen ist. Vertrauensbegründend konnte diese Auskunft auch deshalb nicht sein, weil dem Personalamt keine Entscheidkompetenz über die Anwendung des Arbeitsgesetzes zusteht. Ferner konnte die im Januar 2012

erteilte Auskunft für die Praxis der Beklagten in den Jahren 2006 bis 2009 nicht kausal gewesen sein. Und schliesslich wäre ein allfälliger Vertrauensschaden der Beklagten nicht dem Kläger anzulasten.

4. Die Rechtsbeziehungen der Beklagten zum Personal richten sich nach dem Gesetz über das Staatspersonal und dem Gesamtarbeitsvertrag und sind grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur (für Ausnahmen vgl. § 5 Abs. 3 GAV). Aufgrund des Vorbehalts von Art. 71 lit. b ArG kommt damit in erster Linie das öffentliche Dienstrecht zur Anwendung; die Vorschriften des Arbeitsgesetzes und seiner Ausführungsverordnungen gelangen nur subsidiär zur Anwendung, wenn entweder das öffentliche Dienstrecht eine Frage nicht regelt oder wenn die Regelungen der Arbeitsgesetzgebung über den Gesundheitsschutz und die Arbeits- und Ruhezeit für die Arbeitnehmenden vorteilhafter sind als jene des öffentlichen Dienstrechts (Pascal Mahon/Anne Benoît, Handkommentar Arbeitsgesetz, N 15 zu Art. 71).

4.1 Als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; der Weg zu und von der Arbeit gilt nicht als Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 1 der Verordnung zum Arbeitsgesetz 1, ArgV 1, SR 822.111). Beim Pikettdienst hält sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse (Art. 14 Abs. 1 ArgV 1). Wird der Pikettdienst im Betrieb geleistet, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Wird der Pikettdienst dagegen ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen (Art. 15 Abs. 2 ArgV 1).

Für Krankenanstalten und Kliniken gelten jedoch bezüglich Arbeits- und Ruhezeit bestimmte Sondervorschriften (Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG; Art. 15 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz [ArgV 2; SR 822.112]). Bezüglich Pikettdienst bestanden im hier interessierenden Zeitraum indes keine solchen besonderen Vorschriften (vgl. heute den am 1. Januar 2010 in Kraft getretenen Art. 8a ArgV 2, der den im Betrieb geleisteten Pikettdienst ebenfalls als Arbeitszeit behandelt).

Als Nachtarbeit gilt die in der Zeit zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr verrichtete Arbeit (Art. 10 Abs. 1 ArG e contrario). Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf eine Kompensation von 10 Prozent der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben (Art. 17b Abs. 2 ArG).

4.2 Der Gesamtarbeitsvertrag definiert Arbeitszeit als die Zeit, während der sich die Arbeitnehmenden zur Erfüllung der ihnen vom Arbeitgeber zugewiesenen Aufgaben notwendigerweise zur Verfügung halten (§ 69 GAV). Für die Pflicht der Arbeitnehmenden, sich auf dienstliche Anordnung hin ausserhalb der ordentlichen Arbeitszeit für einen allfälligen Einsatz bereithalten, verwendet der Gesamt-

arbeitsvertrag den Begriff Bereitschaftsdienst (§ 93 Abs. 1 GAV). Solche Bereitschaftsdienste können in Form von Präsenzdiensten oder von Pikettdiensten geleistet werden (§ 93 Abs. 2 GAV). Beim Präsenzdienst hält sich der Arbeitnehmende am Arbeitsort respektive so zur Verfügung, dass er in sehr kurzer Zeit am Arbeitsort sein kann (§ 94 GAV), wogegen er beim Pikettdienst in der Regel mindestens 30 Minuten Zeit hat, bis er am Arbeitsort eintreffen muss (§ 95 GAV; vgl. Art. 8a ARGV 2).

Für den Präsenzdienst wird eine Zulage von 6 Franken pro Stunde, für den Pikettdienst von 2.50 Franken pro Stunde ausgerichtet (§ 145 GAV). Einsätze aus Bereitschaftsdiensten gelten als Arbeitszeit und zwar bei Präsenzdiensten ab dem Zeitpunkt des Abrufs bis zur Beendigung des Einsatzes (§ 146 Abs. 1 GAV). Für Einsätze zwischen 19.00 Uhr und 07.00 Uhr sowie am Samstag, Sonntag oder an Feiertagen wird ein Geldzuschlag von 6 Franken und für Einsätze zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr zusätzlich ein Zeitzuschlag von 20 % gewährt (§ 146 Abs. 2 GAV i.V.m. §§ 143 f. GAV).

4.3 Es ist unbestritten, dass der Kläger während des ganzen Nachtdienstes von 17.00 Uhr bis 07.00 Uhr im Betrieb anwesend sein musste. Nach Arbeitsgesetz zählt somit die ganze Zeit als Arbeitszeit, also auch die Zeit von 22.00 Uhr bis 07.00 Uhr, während welcher sich der Kläger lediglich zur Arbeitsleistung bereit zu halten hatte. Der Präsenzdienst stellt aber entgegen der Auffassung des Klägers keine Arbeitszeit im Sinne von § 69 GAV dar: Der Arbeitnehmer muss sich während dieses Dienstes lediglich für einen möglichen Einsatz, in der Arbeitszeit dagegen für die Erfüllung einer ihm zugewiesenen Aufgabe zur Verfügung halten. Diese Auslegung drängt sich auch aus systematischer Sicht auf und sie entspricht der Auffassung der Vertragsparteien, wonach der Präsenzdienst aus finanziellen Gründen beibehalten werden musste und nicht mit dem vollen Lohn, sondern nur einer Pauschale als Zulage zum vereinbarten (Monats-)Lohn entschädigt wird (vgl. Urkunde 84: Auszug aus der Botschaft zur Urabstimmung über den GAV des Solothurnischen Staatspersonals der Volksschullehrer, S. XIII).

4.4 Dass der Präsenzdienst Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ist, bedeutet entgegen der Ansicht des Klägers nicht, dass er gleich hoch zu entlöhnen ist wie eine effektive Arbeitsleistung. Die Entlöhnung des Bereitschaftsdienstes einerseits und dessen Berücksichtigung bei der Berechnung der maximal zulässigen Arbeitszeit andererseits sind auseinander zu halten (Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, in: AJP 2011, S. 244). Das Arbeitsgesetz regelt in den Art. 9 ff. die Arbeits- und Ruhezeit. Zählt der Präsenzdienst zur Arbeitszeit, wirkt sich dies auf die anschliessend zu gewährende Ruhezeit und die Einhaltung der Höchstarbeitszeit aus. Das Arbeitsgesetz enthält aber keine Vorschriften zur Entlöhnung, insbesondere keine zu einer allfälligen Mindestlohnhöhe (von Kaenel, Handkommentar Arbeitsgesetz, N 13 zu Art. 9). Nur für Überzeitarbeit sieht das Arbeitsgesetz zwingend einen Lohnzuschlag von 25 % vor, soweit diese nicht im Einverständnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer innert eines angemessenen Zeitraums durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (Art. 13 ArG). Der Kläger beruft sich nicht darauf, Überzeit geleistet zu haben, sondern begründet sei-

nen Anspruch auf zusätzliche Entlöhnung der von ihm geleisteten Präsenzdienste damit, dass diese Dienste gemäss Arbeitsgesetz Arbeitszeit darstellen. Das Arbeitsgesetz verschafft ihm diesbezüglich indes keinen Lohnanspruch (ebenso: Kantonsgericht Luzern, Urteil V 12 22_1 vom 14. November 2013 E. 11).

4.5 Bereitschaftsdienst ist nicht zwingend zum vollen Lohn zu entschädigen (Christoph Senti, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, in: ZBJV 142/2006 S. 670). Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass die blosse Arbeitsbereitschaft den Arbeitnehmer nicht in gleichem Mass in der Verfügung über seine Zeit einschränkt wie eine Arbeitsleistung. So durfte der Kläger während des Präsenzdienstes zwar den Arbeitsort nicht verlassen, doch konnte er sich während dieser Zeit entweder im Pikettzimmer ausruhen oder im Aufenthaltsraum einer frei gewählten Tätigkeit nachgehen.

Die Entschädigung des Präsenzdienstes mit einer Zulage von 6 Franken pro Stunde mag zwar niedrig erscheinen, doch entspricht sie dem Willen der Parteien des Gesamtarbeitsvertrages (vgl. Urkunde 84). Der Kläger kannte und akzeptierte diese Regelung. Die Regelung des GAV, wonach Präsenzdienst nicht wie Arbeitszeit entlöhnt, sondern mit einer Zulage entschädigt wird, ist zulässig und widerspricht höherrangigem Recht, insbesondere dem Arbeitsgesetz, nicht. Sie wurde zudem in einer für den Kläger günstigen Weise gehandhabt, indem die Zeit bis 03.00 Uhr als bezahlte Arbeitszeit galt, obwohl er bereits ab 22 Uhr ausser Notfalleinsätzen keine anderen Arbeiten mehr leisten musste (vgl. Beweissatz [BS] 29 und 55), sodass der Kläger im Ergebnis für die Präsenzzeit ab 22 Uhr bis 7 Uhr mit mehr als der Hälfte des Stundenansatzes seines ordentlichen Lohnes pro Stunde entschädigt wurde.

4.6 Die Klage erweist sich somit als unbegründet, soweit damit gefordert wird, die zwischen 03.00 und 07.00 Uhr geleisteten Präsenzdienste seien als Arbeitszeit zu entlöhnen.

5. Der Kläger macht weiter geltend, nach § 143 GAV hätte er für jede Nachtschicht Anspruch auf einen Zeitzuschlag von 20 %, mithin 1 Stunde und 24 Minuten, gehabt. Gewährt worden sei ihm lediglich ein pauschaler Zeitzuschlag von 15 Minuten pro Nachtdienst. Im Umfang der Differenz von 1 Stunde 9 Minuten sei ihm Lohn auszurichten. Zumindest habe die Beklagte für den als Arbeitszeit anerkannten Zeitraum zwischen 23.00 Uhr und 03.00 Uhr den Zeitzuschlag von 20 % abzüglich der Pauschale von 15 Minuten, mithin 33 Minuten pro Nachtdienst, zu vergüten. Für die in den Jahren 2006 bis 2009 insgesamt geleisteten 324 Nachtdienste ergebe dies, berechnet mit den in den jeweiligen Jahren geltenden Stundenansätzen, den Betrag von CHF 8'059.20.

5.1 Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben nach Arbeitsgesetz Anspruch auf eine Kompensation von 10 Prozent der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben (Art. 17b Abs. 2 ArG). Keine Ausgleichsruhezeit muss unter anderem dann gewährt werden, wenn den Arbeitnehmern durch Gesamtarbeitsvertrag oder die analoge Anwendung öffentlich-

rechtlicher Vorschriften andere gleichwertige Ausgleichsruhezeiten innerhalb eines Jahres gewährt werden (Art. 17b Abs. 3 lit. c ArG); diese Ausgleichsregelung muss dem Bundesamt zur Beurteilung vorgelegt werden, welches die Gleichwertigkeit mit der gesetzlichen Ausgleichsruhezeit feststellt (Art. 17b Abs. 4 ArG). Die Überprüfung durch das Staatssekretariat für Wirtschaft ist Gültigkeitserfordernis; eine nicht überprüfte Ausnahmeregelung gilt nicht (Jean-Fritz Stöckli/Daniel Soltermann: Handkommentar Arbeitsgesetz, N 6 zu Art. 17b). Regelungen der Ausgleichsruhezeit in Gesamtarbeitsverträgen und öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind gleichwertig, wenn darin den Arbeitnehmenden speziell für die geleistete Nachtarbeit zusätzliche Freizeit eingeräumt wird und diese in ihrem Umfang insgesamt dem Zeitzuschlag von 10 Prozent gleichwertig ist (Art. 32 Abs. 3 ArGV 1).

5.2 Der Gesamtarbeitsvertrag sieht für zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr geleistete Arbeit einen Zeitzuschlag von 20 % vor (§ 143 GAV). Dieser Zuschlag wird jedoch ausdrücklich nur für effektiv geleistete Arbeit, nicht aber für Bereitschaftsdienste gewährt. Der Kläger hatte jeweils ab 22 Uhr nur mehr Notfalleinsätzen zu leisten. Auch wenn die Zeit bis 03.00 Uhr als bezahlte Arbeitszeit galt, handelte es sich um einen Präsenzdienst. Der Kläger kann den Zeitzuschlag von 20 % nach § 143 GAV deshalb nur für die von 23.00 Uhr bis 06.00 Uhr effektiv geleisteten Einsätze beanspruchen.

Da der vom Kläger geleistete Präsenzdienst vom Arbeitsgesetz zur Arbeitszeit zählt und damit zu einem Zeitzuschlag nach Art. 17b ArG berechtigt, ist die Regelung des Arbeitsgesetzes für die Arbeitnehmenden günstiger, solange – wie dies in den fraglichen Jahren offensichtlich zutraf - nicht mindestens während der Hälfte der Präsenzzeit in der Nacht Notfalleinsätze geleistet werden müssen. Einer Anwendung des Gesamtarbeitsvertrages steht zudem entgegen, dass die dort vorgesehene Regelung dem Staatssekretariat für Wirtschaft nicht zur Beurteilung unterbreitet wurde, wohl weil die Beklagte, welche das Arbeitsgesetz nicht als anwendbar erachtete, dazu auch keinen Anlass hatte.

5.3 Der Zeitzuschlag ist demnach nach dem Arbeitsgesetz zu berechnen. Dem Kläger stehen deshalb für jeden Nachtdienst 42 Minuten (10 % der sieben Stunden zwischen 23.00 Uhr und 06.00 Uhr) Ausgleichsruhezeit zu. Für jeden dieser Dienste wurde ihm eine pauschale Zeitgutschrift von je 15 Minuten gewährt (Urkunde 63). Pro Nachtdienst verbleibt ein Anspruch auf zusätzliche 27 Minuten Ruhezeit. Über die Zahl der vom Kläger in den Jahren 2006 bis 2009 geleisteten Nachtdienste sind sich die Parteien einig (BS 58 der Replik und BS 72 der Duplik). Für die einzelnen Jahre ergeben sich somit grundsätzlich folgende Ansprüche:

Für die 2006 geleisteten 78 Nachtdienste 35 Stunden und 6 Minuten und für die 69 Nachtschichten im Jahr 2007 31 Stunden und 3 Minuten.

Im Jahre 2008 leistete der Kläger 84 Nachtdienste. Dafür wurde ihm wiederum eine pauschale Zeitgutschrift von je 15 Minuten und zusätzlich eine solche von 20 % auf den in der Zeit von 03.00 Uhr bis 06.00 Uhr effektiv geleisteten Einsätzen,

ausmachend 2 Stunden und 57 Minuten (Urkunde 70), gewährt. Damit verbleibt ein Anspruch auf 34 Stunden und 51 Minuten Ruhezeit.

Gleichermassen erhielt der Kläger für die 2009 geleisteten 93 Nachtdienste pauschale Zeitgutschriften von 15 Minuten und für die Einsätze zwischen 03.00 Uhr und 06.00 Uhr zusätzlich solche von 4 Stunden und 53 Minuten (Urkunde 71). Damit verbleiben 36 Stunden und 58 Minuten.

Insgesamt hat der Kläger somit für die Jahre 2006 bis 2009 noch Anspruch auf 137 Stunden und 58 Minuten Ersatzruhezeit für geleistete Nachtdienste, soweit diese nicht bereits gewährt wurde oder verfallen ist.

5.4 Das Arbeitsgesetz verbietet die Abgeltung von vorgeschriebenen Ruhezeiten, ausser bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 22 ArG). Von diesem Verbot erfasst sind auch die Ausgleichsruhezeiten für geleistete Nachtarbeit (Wolfgang Portmann/Christine Petrovic: Handkommentar Arbeitsgesetz, N 5 zu Art. 22). Da die gesetzlichen Ruhezeiten der Erholung der Arbeitnehmer dienen sollen, müssen sie grundsätzlich in natura gewährt und bezogen werden (Portmann/Petrovic, a.a.O., N 7 zu Art. 22). Die Abgeltung gesetzlich vorgeschriebener Ruhezeiten ist deshalb nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zulässig; eine während der Dauer des Arbeitsverhältnisses geleistete Abgeltung beruht nicht auf einem gültigen Rechtsgrund, selbst wenn der Arbeitnehmer der verfrühten Abgeltung zugestimmt hat (Portmann/Petrovic, a.a.O., N 11 zu Art. 22).

Nach den Ausführungen der Parteien besteht zwischen ihnen nach wie vor ein Anstellungsverhältnis (BS 4 der Klage, BS 21 der Klageantwort). Die Auszahlung eines Ruhezeitguthabens des Klägers wäre damit ohnehin ausgeschlossen. Im Übrigen sieht auch der Gesamtarbeitsvertrag keine Umwandlung der Zeitgutschriften in eine Geldzulage vor.

6. Eventualiter macht der Kläger geltend, es seien ihm für die Einsätze, welche er zwischen Februar 2006 und Dezember 2007 in der Zeit zwischen 03.00 Uhr und 07.00 Uhr geleistet habe, CHF 2'643.10 zu vergüten. Die Beklagte ist der Auffassung, mit dem für den Präsenzdienst von 22.00 Uhr bis 03.00 Uhr ausgerichteten Lohn seien die in der Zeit von 03.00 Uhr bis 07.00 Uhr geleisteten Einsätze pauschal entschädigt.

Gemäss § 146 Abs.1 lit. a GAV gelten bei Präsenzdiensten Einsätze ab dem Zeitpunkt des Abrufs bis zur Beendigung des Einsatzes als Arbeitszeit. Sie sind folglich auch entsprechend zu entlöhnen, wie dies die Beklagte ab dem Jahr 2008 auch tat. Eine pauschale Abgeltung durch für andere Zeitperioden ausgerichtete Entschädigungen sieht der Gesamtarbeitsvertrag nicht vor.

Der Kläger hat (ohne Zeitgutschriften) im Jahre 2006 (ab Februar) während 27 Stunden und 47 Minuten und im Jahre 2007 während 26 Stunden Einsätze zwischen 03.00 und 07.00 Uhr geleistet (Urkunden 75 und 76). Multipliziert mit den in diesen Jahren geltenden Stundenansätzen von CHF 43.69 und CHF 44.60 (die Zula-

ge für Nachtarbeit ist durch die Präsenzzeitzulage in gleicher Höhe bereits abgegolten) resultiert für 2006 eine Lohnnachzahlung von CHF 1'213.85 und für 2007 eine solche von 1'159.60.

7. Die Klage ist damit im Betrag von CHF 2'373.45 gutzuheissen. Von diesem Betrag abzuziehen sind die gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Sozialversicherungsbeiträge.

Der Kläger hat die Beklagte am 31. Januar 2011 aufgefordert, ihm die zusätzlichen Nachtarbeitsstunden für die 2005 bis 2009 zu vergüten und ihm die entsprechenden Lohnabrechnungen bis zum 25. Februar 2011 zuzustellen (Urkunde 87). Dieses Schreiben stellt eine Mahnung dar, so dass die Beklagte nach Ablauf der darin eingeräumten Zahlungsfrist, mithin ab 26. Februar 2011 Verzugszins zu 5 % schuldet.

7. Der Kläger obsiegt im Verhältnis zum ursprünglich eingeklagten Betrag zu rund 2 %. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass er in Bezug auf die hauptsächlich strittige Frage - Anwendung des Arbeitsgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse der Beklagten - obsiegt hat, die Verjährung von Forderungen Privater auch im öffentlichen Recht nur auf Einrede hin berücksichtigt wird und die Beklagte sich erst in der Klageantwort auf die Verjährung berufen hat. Es ist damit gerechtfertigt, der Beklagten einen Zehntel und dem Kläger neun Zehntel der Gerichtskosten, welche auf CHF 2'000.00 festgelegt werden (§ 166 Abs. 1 des Gebührentarifs, GT; BGS 615.11), aufzuerlegen. Entsprechend hat die Beklagte dem Kläger eine stark reduzierte Parteientschädigung von CHF 500.00 auszurichten (§ 181 i.V.m. § 179 Abs. 1 GT) auszurichten. Die nicht anwaltlich vertretene Beklagte kann keine Parteientschädigung beanspruchen.

Demnach wird **erkannt**:

1. Die Beklagte hat dem Kläger den Betrag von CHF 2'373.45 abzüglich der gesetzlichen und gesamtarbeitsvertraglichen Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 26. Februar 2011 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 500.00 zu bezahlen.
4. An die Verfahrenskosten von CHF 2'000.00 haben der Kläger CHF 1'800.00 und die Beklagte CHF 200.00 zu bezahlen. Der Anteil des Klägers wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Dieser Entscheid ist schriftlich zu eröffnen an:
Pirmin Bischof, St. Niklausstrasse 1, 4500 Solothurn, Empfangsbescheinigung A-Post
Solothurner Spitäler AG, Schöngrünstrasse 36a, 4500 Solothurn, Empfangsbescheinigung A-Post

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident	Der Gerichtsschreiber
Stöckli	Schaad