



Entscheidinstanz:	Volkswirtschaftsdirektion
Geschäftsnummer:	VD_R 2000/012
Datum des Entscheids:	20. Januar 2003
Rechtsgebiet:	Arbeitsrecht
Stichwort:	Höhere leitende Tätigkeit nach Arbeitsgesetz
verwendete Erlasse:	Art. 3 lit. d Arbeitsgesetz Art. 9 Verordnung 1 zum ArbG

Zusammenfassung:

Spitalärztinnen und -ärzte in den Funktionen als Ober- oder leitende Ärztinnen bzw. -ärzte üben nur dann eine höhere leitende Tätigkeit nach Arbeitsgesetz aus, wenn ihnen neben der medizinischen Führungsverantwortung auch entscheidende Kompetenzen in betrieblicher Hinsicht (Planungs-, Budget-, Personal- und Entwicklungsverantwortung bzw. allgemeine Organisationsverantwortung) wahrnehmen und damit den Geschäftsgang des Spitals nachhaltig beeinflussen können.

Anonymisierter Entscheidtext:

Sachverhalt:

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit erliess am 25. Februar 2000 auf Veranlassung zweier Ärztereinigungen eine Verfügung über die Nichtanwendung der arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen auf die Ärzteschaft der privaten subventionierten Spitäler. Die Ärztereinigungen rekurrirten gegen den Entscheid bei der Volkswirtschaftsdirektion und zogen deren Entscheid vom 23. März 2001 ans Verwaltungsgericht weiter. Dieses hiess die Beschwerde mit Urteil vom 4. Juli 2001 teilweise gut und wies die Sache an die Volkswirtschaftsdirektion zurück zur Klärung der persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes für verschiedene Arztkategorien.

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArbG) vom 13. März 1964 (SR 822.11) findet laut Art. 1 Abs. 1 unter Vorbehalt von Art. 2 – 4 Anwendung auf alle öffentlichen und privaten Betriebe. Das Gesetz ist unter Vorbehalt von Art. 3a ArbG in persönlicher Beziehung gemäss Art. 3 lit. d ArbG u.a. nicht



anwendbar auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben.

Eine höhere leitende Tätigkeit nach Art. 3 lit. d ArG übt gemäss Art. 9 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000 (SR 822.111) aus, wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.

2. Das Verwaltungsgericht stellte in seinem Entscheid vom 4. Juli 2001 (VB.2001.00200) fest, dass die arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen grundsätzlich für die subventionierten privaten Krankenanstalten gelten. In Bezug auf die Ausnahme von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen hielt es fest, dass eine höhere leitende Tätigkeit für die Chefärztinnen und -ärzte von der einhelligen Lehre befürwortet werde, sich die Kontroverse nur um die Leitenden sowie die Oberärztinnen und -ärzte drehe (S. 14, Erw. 3 a. bb). Eine höhere leitende Tätigkeit dürfe nur mit Zurückhaltung angenommen werden.

Das Verwaltungsgericht stützte sich dabei auf die vom Bundesgericht entwickelte restriktive Praxis (vgl. BGE 126 III 340f.). Diese ist allerdings nicht direkt umsetzbar, da Spitäler sehr komplexe, in die Gesundheitspolitik eingebundene und von ihrer Struktur her zumeist nicht mit Firmen der Privatwirtschaft vergleichbare Gebilde sind.

Höhere leitende Tätigkeit lässt sich nicht an den verliehenen Titel oder der nach aussen eingeräumten Vertretungsmacht beurteilen, sondern nur an der tatsächlichen Natur der übertragenen Tätigkeit, gemessen an der Grösse des Unternehmens (Manfred Reh binder, Arbeitsgesetz, 4. Aufl., 1987, Art. 3 FN 7). Leitender Angestellter ist, wer über das wesentliche Betriebsgeschehen selbständig entscheidet, auch wenn dies hinsichtlich seiner Vertretungsmacht nach aussen oder in der Bezeichnung seiner Position nicht zum Ausdruck kommt (M. Reh binder, a.a.O., Art. 3 FN 7).

Gemäss den Stellungnahmen der Verwaltungsdirektionen der Spitäler gibt es vier Kategorien von Ärztinnen und Ärzten:

- Chefärzte: Chefärztinnen und -ärzte, Co-Chefärztinnen und -ärzte und Stellvertretende Chefärztinnen und -ärzte
- Leitende Ärzte: Leitende Ärztinnen und Ärzte und Teamleiterinnen und -leiter
- Oberärzte: Oberärztinnen und -ärzte, Team-/Rotationsoberärztinnen und -ärzte, Spezialistische Oberärztinnen und -ärzte, Klinische Oberärztinnen und -ärzte, Oberärztinnen und -ärzte i.V., Oberassistentinnen und -assistenten
- Assistenzärzte: Assistenzärztinnen und -ärzte und Assistenzärztinnen und -ärzte mit abgeschlossener FMH-Ausbildung.

Auf die verschiedenen Kategorien ist nachfolgend einzeln einzugehen. Zu prüfen ist, ob es sich um Ärztinnen und Ärzte handelt, die eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Gesetzes ausüben. Unterscheidungskriterium ist dabei die Funktion bzw. die Aufgaben und Verantwortung, welche die einzelne Arztkategorie wahrnimmt.

Nicht entscheidend ist der Titel eines Arztes, da die Bezeichnungen uneinheitlich sind. Dies ergibt sich einerseits aus der Auflistung der verschiedenen Bezeichnungen für



Oberärzte in der Stellungnahme der Verwaltungsdirektionen vom 25. Februar 2002 und andererseits aus der Auskunft des ärztlichen Direktors eines der Spitäler, wonach der Unterschied zwischen einem leitenden Arzt und einem Teamleiter in seinem Spital nur darin besteht, dass ersterer habilitiert ist und letzterer nicht. Es ist deshalb auf die Funktion bzw. die Aufgaben und Verantwortung abzustellen.

- 2.a) Laut den Ausführungen der Spitäler sind die Chefärztinnen und -ärzte vollumfänglich verantwortlich für den ärztlichen Betrieb und die medizinische Qualität ihrer Abteilung. Es handelt sich bei ihnen, den Co-Chefärztinnen und -ärzten und den Stellvertretenden Chefärztinnen und -ärzten in Übereinstimmung mit der geltenden Lehre um leitende Angestellte im Sinne des Arbeitsgesetzes (vgl. dazu auch den Aufsatz von Prof. Dr. Adrian Staehelin: Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV DTA 1/2002, Ziffer 6), was sich auch aus den nachstehenden Erwägungen unter Ziffer 2.b) ergibt. Als höhere leitende Angestellte sind sie gemäss Art. 3 lit. d ArG in Verbindung mit Art. 9 ArGV 1 von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes ausgenommen.
- b) Überprüft werden muss die Frage der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz bei den Leitenden Ärztinnen und Ärzten, den sogenannten Teamleitern.

Aus der Stellenbeschreibung für Teamleiter eines der Spitäler, welche die Grundaufgaben des Teamleiters bezeichnet, geht hervor, dass der Teamleiter:

- ein Abklärungs- und Behandlungsteam (Ärzte und Sekretärinnen) führt,
- für die qualitativen und quantitativen Leistungen seines Teams in Bezug auf Dienstleistung, Lehre und Forschung sowie dessen Integration in die Gesamtklinik medizinisch und betriebswirtschaftlich verantwortlich ist.

Das bedeutet konkret, dass der Teamleiter die Verantwortung hat für:

- die medizinische Leitung des Teams (fachliche Kompetenz)
- die Ausbildung/Weiterbildung der Ärzte im Team
- das Führen der Sprechstunde in der Poliklinik (inkl. Planung)
- die Planung der Operationen seines Teams
- die Forschung/Innovation im eigenen Fachgebiet
- das Erreichen der Leistungszahlen (neue Patienten, Anzahl der Eingriffe und Konsultationen) gemäss Zielvereinbarung resp. Budget
- die Mitarbeiterbeurteilung (Ärzte/Sekretärinnen) und das Rekrutieren von Sekretärinnen.

Zu diesen Hauptaufgaben und Verantwortlichkeiten können zusätzliche Aufgaben kommen, wie z.B. die Chefarzt-Stellvertretung. Auch der Chefarzt und der ärztliche Direktor sind Teamleiter. Die Teamleiterinnen und -leiter treten nach aussen auf.

Diese Ausführungen zeigen, dass die Teamleiterinnen und -leiter, so wie sie das betreffende Spital definiert, nicht nur medizinisch Verantwortung tragen, sondern auch betriebswirtschaftlich. Sie sind für das gute Funktionieren ihres Betriebes verantwortlich.

Die Verantwortung der Teamleiterinnen und -leiter geht weit über das hinaus, was die Spitäler allen Oberärztinnen und -ärzten zugestehen. Der hohe Lohn, die Unterschriftenberechtigung, das Recht, Weisungen zu erteilen, die selbständige Entscheidungsbefug-



nis im Zusammenhang mit der Behandlung der Patienten, die den Oberärzten zugestanden wird, sowie die Schwierigkeit, die Arbeitszeit der Oberärzte zu kontrollieren, sind Attribute, die zu einer höheren leitenden Tätigkeit gehören. Entgegen der Ansicht der Spitäler reichen sie jedoch nicht aus, um die Ausnahme von der Unterstellung unter das Arbeitsgesetz zu rechtfertigen (vgl. unten Ziffer 2.c.aa). Es bedarf weiterer Voraussetzungen für die Annahme einer höheren leitenden Tätigkeit. Die Teamleiterinnen und -leiter, um die es hier geht, tragen denn auch zusätzlich eine betriebswirtschaftliche Verantwortung, die sich in der Verantwortung für die Zielerreichung bzw. für das Budget zeigt. Sie verfügen über Kompetenzen im Personalbereich (Rekrutierung von Personal, Mitarbeiterbeurteilung). Sie sind organisatorisch für das Planen der Abläufe in ihrem Betrieb zuständig. Sie haben einen entscheidenden Einfluss auf die nachhaltige Entwicklung des Spitals. Wegen ihrer Führungsbefugnisse innerhalb ihres Fachbereiches sind sie auch für das Image und das Wohlergehen des Gesamtbetriebes verantwortlich. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass sie höhere leitende Angestellte sind. Daran vermag auch das von den Rekurrenten zu den Akten gegebene Schreiben des seco vom 3. April 2002 nichts zu ändern. Dieses Schreiben erwähnt die Leitenden Ärztinnen und Ärzte mit keinem Wort. Es äussert sich nur zu den Oberärztinnen und -ärzten und hält diesbezüglich lediglich fest, dass Oberärzte, allein wegen ihrer Bezeichnung als Kaderleute, wegen ihrer Einreihung in die entsprechenden Lohnklassen, wegen des selbständigen Entscheidens im Zusammenhang mit der Behandlung ihrer Patienten oder der Schwierigkeit, die Arbeit der Oberärzte zu kontrollieren, noch keine höhere leitende Tätigkeit ausüben. Dieser Ansicht des seco kann durchaus gefolgt werden, nicht jedoch der summarischen Schlussfolgerung aus den Ausführungen zu den Oberärztinnen und -ärzten, dass das Arbeitsgesetz auf alle Arztkategorien mit Ausnahme der Assistenzärztinnen und -ärzte und Chefärztinnen und -ärzte anwendbar sei. Diese summarischen Schlussfolgerungen des seco übersehen, dass die Teamleiterinnen und -leiter eine erheblich weitergehende Verantwortung tragen als Oberärztinnen und -ärzte und den Geschäftsgang und die Entwicklung in ihrem Fachbereich massgeblich und nachhaltig beeinflussen.

Nachdem sich aus der Bezeichnung eines Arztes nichts Allgemeingültiges ableiten lässt, ist auf die vorstehend aufgelisteten Kriterien zu den Grundaufgaben und zur Verantwortung der Teamleiterinnen und -leiter abzustellen. Dementsprechend sind alle Ärztinnen und Ärzte, welche mindestens die vorstehend aufgelisteten Aufgaben wahrnehmen und die entsprechende Verantwortung tragen, als höhere leitende Angestellte einzustufen. Sie unterstehen demzufolge gemäss Art. 3 lit. d ArG in Verbindung mit Art. 9 ArGV1 den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes nicht.

- c.aa. Die Kategorie der Oberärzte umfasst wiederum Ärztinnen und Ärzte mit den unterschiedlichsten Bezeichnungen. Nicht unter diese Kategorie fallen Ärztinnen und Ärzte, welche die unter Ziffer 2.b. aufgelisteten Funktionen wahrnehmen und die entsprechende Verantwortung tragen, auch wenn sie als Oberärztinnen oder -ärzte bezeichnet werden. Sie gelten als höhere leitende Angestellte. Vorliegend geht es um alle andern Oberärztinnen und -ärzte.

Für die Frage, ob die Oberärztinnen und -ärzte höhere leitende Angestellte sind, muss grundsätzlich geklärt werden, wie hoch ihre Verantwortung ist und wie weit ihre Kompetenzen gehen in Bezug auf das Spital und seinen Geschäftsgang bzw. seine Ent-



wicklung. Den Spitälern ist dabei zuzustimmen, dass ein subventionierter Spitalbetrieb wegen seiner komplexen Strukturen und seinem Eingebundensein in die staatliche Gesundheitspolitik nicht ohne weiteres mit einem Industriebetrieb, einer Bank oder Versicherung zu vergleichen ist. Dementsprechend sind Anpassungen nötig, ohne dass allerdings jeder Oberarzt unbesehen seiner Aufgaben und Verantwortung als höherer leitender Angestellter betrachtet werden kann.

Die Oberärztinnen und -ärzte sind gemäss den Ausführungen der Spitäler «selbständig in fachlichen Entscheidungen entsprechend ihrer individuellen Erfahrung. Sie haben in dieser Funktion die entsprechenden Entscheidungsbefugnisse und sind unterschrifts- und honorarberechtigt». «Sie erledigen die innere Führung des Betriebs und sind in die Ausbildung von Assistenten miteinbezogen». Sie führen die Forschungsprojekte in ihrem Fachbereich selbständig und eigenverantwortlich. Sie sind «wissenschaftlich tätig und publizieren nachweisbar, um sich wissens- und karrieremässig zu verbessern». «Sie behandeln grund- und zusatzversicherte Patienten frei und eigenverantwortlich. Sie legen die Art und Weise der Behandlungen fest. Kraft ihrer fachlichen Autorität und Verantwortung stehen sie der behandelnden Crew von Assistenzärzten, Pflegepersonen und medizinisch-technischen Mitarbeitern vor. Indem Oberärzte als ausgebildete Spezialisten die Behandlung nach ihren medizinischen Kenntnissen anordnen, nehmen sie direkten Einfluss auf den Einsatz finanzieller Mittel und Ressourcen». All dies steht für Selbständigkeit und grosse Eigenverantwortung.

Die Selbständigkeit in fachlichen Entscheidungen gehört in akademischen Berufen bei vielen Berufsleuten mit Praxis zum Alltag, und das eigenverantwortliche Handeln kann in allen Berufen grosse finanzielle Auswirkungen haben, beides sagt aber noch nichts aus über den konkreten Einfluss auf den eigentlichen Betrieb. Die Entscheidungsbefugnis der Oberärztinnen und -ärzte wird im Übrigen durch die Spitäler mit dem Hinweis auf die individuelle Erfahrung relativiert. Etwas konkreter formuliert ein Spital in seiner Stellungnahme vom 12. Oktober 2001 diese Relativierung, indem es schreibt: «Oberärzte (abgeschlossene Ausbildung als Facharzt) sind teilweise selbständig in fachlichen Entscheidungen, dies entsprechend der individuellen Erfahrung». Die fachliche Entscheidungsbefugnis kann zwar auf den einzelnen Patienten wesentliche Auswirkungen haben und haftpflicht- oder strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, sagt aber für sich allein genommen nichts aus über die Frage, inwieweit die Oberärztinnen und -ärzte über weitreichende Entscheidungsbefugnis verfügen oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen können.

Eben so wenig ist die Unterschriftsberechtigung ein entscheidendes Kriterium für eine höhere leitende Tätigkeit. Auch wenn die Unterschriftsberechtigung angesichts der Komplexität der Strukturen der Spitäler, der Anlehnung an das öffentliche Recht und des Einflusses der Politik nicht ausschliesslich im Sinne des Gesellschaftsrechts verstanden werden darf, wovon die Rekurrenten mit Hinweis auf die Handelsregisterauszüge offenbar ausgehen, reicht die den Oberärzten zustehende Unterschriftsberechtigung für sich allein nicht zur Annahme einer höheren leitenden Tätigkeit.

Die Honorarberechtigung hängt von den persönlichen Fähigkeiten (und den betrieblichen Möglichkeiten) ab, was bedeutet, dass die honorarberechtigten Ärztinnen und Ärzte bereits über erhebliche individuelle Erfahrungen verfügen. Trotzdem ist die Honorarberechtigung als solche, so wie sie im Kanton Zürich ausgestaltet ist, zur Zeit kein



allein entscheidendes Kriterium für eine höhere leitende Tätigkeit. Die Honorarberechtigung wird von den Chefärzten erteilt. In den von den Spitälern eingereichten Unterlagen findet sich kein Hinweis, dass mit der Erteilung dieser Berechtigung irgend eine leitende Funktion verknüpft sein muss. Aus einer Aufstellung der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich über die Oberärzte und die Honorarberechtigung (Stellenprozente in den diversen Spitälern, Stand Januar 2000) geht zudem hervor, dass in zwei der betroffenen Spitäler damals sämtliche Oberärztinnen und -ärzte honorarberechtigt waren. Dies bedeutet, dass die beiden Spitäler nur hochqualifizierte Oberärztinnen und -ärzte beschäftigen, aber auch, dass die Honorarberechtigung als solche keine Aussage über eine höhere leitende Tätigkeit zulässt, denn auch wenn ein Spital nicht mit einem Industrie- oder Dienstleistungsbetrieb vergleichbar ist, können nicht alle voll ausgebildeten Ärztinnen und Ärzte höhere leitende Angestellte sein. Auch der Hinweis auf den direkten Einfluss der Oberärztinnen und -ärzte beim Einsetzen finanzieller Mittel und Ressourcen oder die Beeinflussung von Entwicklung und Geschäftsgang einer Klinik durch die Akquisition und Behandlung von zusatzversicherten Patienten ändert nichts daran. In vielen Berufen beeinflussen hochqualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit ihrer Tätigkeit den Erfolg einer Firma, z.B. die Bankspezialisten im Bereich Private Banking, die im Vergleich zu andern Teilen des Unternehmens viel an den Unternehmensgewinn beitragen und trotzdem nicht zu den höheren leitenden Angestellten im Sinne des Arbeitsgesetzes zählen.

Möchte man die Honorarberechtigung als allein entscheidendes Kriterium betrachten, müsste sie im Kanton Zürich *de lege ferenda* anders ausgestaltet sein. Zwei mögliche Wege bieten sich an. Im einen Fall müssten sich die Oberärzte mit Honorarberechtigung deutlich von ihren Kollegen im Ärzteteam abheben, indem sie mit ihrer privatärztlichen Tätigkeit einen substanziellen Beitrag erwirtschaften und mehr Selbständigkeit eingeräumt erhalten. Im zweiten Fall wäre die Arbeit als Oberarzt im Spital von der privatärztlichen Tätigkeit klar zu trennen und den Oberärztinnen und -ärzten damit eine Nebentätigkeit als Selbständigerwerbende einzuräumen. Mit den Oberärztinnen und -ärzten wäre ein separater Vertrag über die privatärztliche Tätigkeit (als Belegärzte) zu schliessen. Beide Varianten werden in andern Kantonen praktiziert.

Die Spitäler machen weiter geltend, die Oberärztinnen und -ärzte würden während etwa 60 % der wöchentlichen Betriebszeit die medizinische Verantwortung tragen. Auch wenn Oberärztinnen und -ärzte diese Verantwortung während der Abwesenheit der Chefärztinnen und -ärzte und der Teamleiterinnen und -leiter übernehmen, haben sie damit noch keinen nachhaltigen Einfluss auf den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebsteiles. Daran ändert auch der Hinweis auf die hochstehende Ausbildung nichts. Diese ist sehr wichtig für die Arbeit, hat aber keinen Einfluss auf die Frage, ob eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Gesetzes vorliege oder nicht. Sie ist lediglich eine Vorbedingung hiezu. Die Arbeit mit den Assistenzärztinnen und -ärzten kann zwar als Führungsaufgabe betrachtet werden, doch ist dies für sich allein kein Kriterium für eine höhere leitende Tätigkeit. Den Oberärztinnen und -ärzten fehlt eine betriebswirtschaftliche Verantwortung. Sie sind nicht verantwortlich für das Erreichen der Leistungszahlen gemäss Zielvereinbarung oder die Einhaltung des Budgets. Ebenso mangelt es ihnen an weitgehenden personellen Kompetenzen (Anstellen von Personal, Mitarbeiterbeurteilung).



Zusammenfassend ergibt sich, dass die Oberärztinnen und -ärzte, soweit sie nicht Teamleiterinnen und -leiter im Sinne von Ziffer 2.b) sind, keine höhere leitende Tätigkeit ausüben, da sie trotz grosser medizinischer Verantwortung zu wenig Kompetenzen inne haben, um den Geschäftsgang des Spitals nachhaltig zu beeinflussen.

Zu prüfen bleibt, ob die Oberärztinnen und -ärzte eine wissenschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG ausüben. Unbestritten ist, dass die Oberärztinnen und -ärzte während eines Teils ihrer Tätigkeit im Spital wissenschaftlich tätig sind. Den grösseren Teil ihrer Arbeitszeit wenden sie allerdings für die ärztlichen Verrichtungen auf. Aus einem Forschungsbericht des Instituts für Aus-, Weiter- und Fortbildung IAWF der Universität Bern (Lehre, Forschung und Dienstleistung am Inselspital, eine empirische Erhebung des zeitlichen Arbeitsaufwandes von Ärztinnen und Ärzten und wissenschaftlichem Personal, R. Bloch, D. Hofer, J.-C. Spichiger, S. Disteli, 1997/1) geht hervor, dass Oberärztinnen und -ärzte rund 30 % ihrer Arbeitszeit mit Lehre und Forschung verbringen (S. 9), wovon nur der kleinere Teil auf die Forschung entfällt. Der grössere Teil entfällt auf die eigene Weiterbildung und die Lehrtätigkeit. Geht man von den im Bericht ermittelten rund 12 % Forschungstätigkeit aus, rechtfertigt es sich nicht, die Oberärztinnen und -ärzte als in erster Linie wissenschaftlich tätige Angestellte gemäss Art. 3 lit. d ArG zu qualifizieren und damit von der Unterstellung unter die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes auszunehmen.

Die Oberärztinnen und -ärzte unterstehen demzufolge dem Arbeitsgesetz, soweit sie nicht die Funktion von Teamleiterinnen und -leitern ausüben.