



Entscheidinstanz:	Volkswirtschaftsdirektion
Geschäftsnummer:	VD_7/2007/ME
Datum des Entscheids:	26. März 2008
Rechtsgebiet:	Arbeitsrecht – öffentliches
Stichwort:	betrieblicher Geltungsbereich Arbeits- und Ruhezeitvorschriften selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt
verwendete Erlasse:	Art. 1 Arbeitsgesetz Art. 2 Abs. 2 ArG Art. 71 lit. b ArG Art. 7 Abs. 1 Verordnung 1 zum ArG § 13 Gesetz über das Universitätsspital

Zusammenfassung:

Das Universitätsspital Zürich – und das Kantonsspital Winterthur – unterstehen als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes.

Diese Schlussfolgerung ergibt sich einerseits aus der historisch-systematischen (grundsätzliche Anwendbarkeit auf «öffentliche Anstalten», E. 8c–d) und andererseits aus der teleologischen Auslegung (Ausnahme des Geltungsbereichs nur für Zentralverwaltungen und ihnen nahe stehenden Organisationseinheiten, E. 8e).

Wirtschaftspolitische Betrachtungsweise und Wettbewerbsneutralität (E. 9).

Das öffentliche Dienstrecht (des Kantons) geht dem Arbeitsgesetz nur vor, wenn es von diesem «zu Gunsten» der Arbeitnehmer abweicht; Gruppenvergleich nach der abstrakten Methode? Subsidiäre Anwendung der ArG-Vorschriften (E. 11).

Entscheidtext (Auszug):

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Feststellungsverfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit vom 24. Januar 2007 betreffend Geltung der arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen für das Universitätsspital Zürich (USZ) per 1. Januar 2007.
2. [Legitimation, Eintreten]
3. [Ausstandspflicht, rechtliches Gehör]
- 4.a) In der angefochtenen Verfügung wird festgestellt, dass der Rekurrent [Universitätsspital] seit 1. Januar 2007 unter Vorbehalt von Art. 71 lit. b des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes unterstehe. Der Rekurrent bestreitet diese Feststellung zunächst mit dem Argument, dass er nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des ArG gemäss dessen Art. 1 i.V.m. Art. 2 falle.



Art. 7 Abs. 1 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111) sehe vor, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen auf öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit nicht anwendbar seien. Es sei falsch, bei der Frage, ob diese Ausnahmebestimmung auf den Rekurrenten zutreffe, allein auf die Formulierung in § 1 USZG abzustellen, wonach der Rekurrent als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit bezeichnet werde. Die Frage der Anwendbarkeit des ArG, eines Bundesgesetzes, könne nicht durch formalrechtliche Vorgaben kantonaler Gesetze bestimmt werden. Somit sei zunächst eine tatsächliche Auseinandersetzung mit dem Sinngehalt des allein massgeblichen Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 vorzunehmen. Dessen Ratio sei die Sicherstellung eines Arbeitnehmerschutzes, der mindestens dem öffentlichen Standard oder demjenigen des Arbeitsgesetzes entspreche. Es komme einzig auf die Frage an, ob eine Anstalt Autonomie besitze oder nicht. Diese Frage könne jedoch nicht bereits damit beantwortet werden, ob eine Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sei oder nicht, da das Mass der Autonomie einer Anstalt von ihrem rechtlichen Status weitgehend unabhängig sei. Stattdessen sei zu prüfen, ob die fragliche Anstalt gestützt auf die für sie geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen einen ausreichenden, dem Arbeitsgesetz vergleichbaren Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten habe. Bei denjenigen Anstalten, bei welchen der kantonale Gesetzgeber sein Personalrecht für anwendbar erkläre – was auch beim Rekurrenten der Fall sei –, sei ein angemessener Sozialschutz ungeachtet des rechtlichen Status gewährleistet, womit die Unterstellung unter das Arbeitsgesetz gestützt auf Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 entfalle.

- b) Als zusätzliches Argument führt der Rekurrent ins Feld, dass die Rechtsauffassung des Rekursgegners [Amt für Wirtschaft und Arbeit] einen Verstoss gegen das in Art. 8 BV verankerte Diskriminierungsverbot darstelle. Würde eine formal selbständige Anstalt, welcher die Autonomie im Personalrecht gesetzlich abgesprochen werde, dem ArG unterstellt, so würde sie gegenüber einer formal unselbständigen Anstalt, für welche das gleiche Personalrecht gelte oder welche sogar dem öffentlichen Dienstrecht nicht unterstehe, anders behandelt. Hierfür bestehe kein Grund. Sodann seien nach Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 öffentlich-rechtliche Körperschaften dem Arbeitsgesetz grundsätzlich nicht unterworfen. Da laut der Ansicht des Rekurrenten nach der Lehre auch Aktiengesellschaften zu den Körperschaften gezählt würden, hätte dies zur Folge, dass öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften, wie sie im Spitalwesen in zahlreichen Fällen existierten, dem ArG nicht unterstehen würden, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stünde. Demgegenüber wären selbständige Anstalten, welche naturgemäss auf öffentlich-rechtlicher Grundlage viel näher beim Staat angesiedelt seien und über viel weniger gesetzlichen Handlungsspielraum verfügten, dem ArG unterworfen, auch wenn sie dem öffentlichen Dienstrecht unterstünden. Der Rekurrent kommt zum Schluss, dass eine unterschiedliche Behandlung nur dann vor der verfassungsmässigen Rechtsgleichheit standhalten würde, wenn lediglich die mit den privatrechtlichen Freiheiten ausgestatteten öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften dem ArG unterworfen würden.
- c) Der Rekurrent gelangt aufgrund dieser Überlegungen zu folgendem Befund: Zwar werde er in § 1 USZG als Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit bezeichnet. In § 13 Abs. 1 USZG werde ihm jedoch verbindlich vorgegeben, dass er – begründete Aus-



- nahmen vorbehalten – sein Personal öffentlich-rechtlich anzustellen habe. In § 13 Abs. 2 USZG werde die Anwendbarkeit des kantonalen Personalrechts für obligatorisch erklärt, wobei Ausnahmen nur aus zwingenden betrieblichen Gründen zugelassen seien, im Personalreglement vorgesehen sein müssten und damit der Genehmigungspflicht durch den Regierungsrat unterstünden. Dazu zitiert der Rekurrent aus der Weisung des Regierungsrats zum USZG vom 14. Januar 2003 (Vorlage 4041, ABI 2003 S. 126 ff.) und folgert, dass er nach dem USZG obligatorisch den gleichen personalrechtlichen Mindeststandard zu gewähren habe, wie er für das Staatspersonal oder das Personal der unselbständigen Anstalten des Kantons gelte. Demgemäss lasse sich eine Ungleichbehandlung bezüglich der Unterstellung unter das ArG sachlich nicht begründen und sei bei teleologischer Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 auch nicht zulässig. Mithin sei die Ausnahmeregelung dieser Bestimmung auch auf den Rekurrenten anwendbar, womit er dem betrieblichen Geltungsbereich und damit auch den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG nicht unterstehe.
- d) Ergänzend führt der Rekurrent einige Bestimmungen des USZG auf, aufgrund welcher sich seiner Ansicht nach ergebe, dass er lediglich über eine formaljuristische, nicht aber über die unter dem Schutzgesichtspunkt des Art. 2 ArG relevante materielle Selbständigkeit verfüge. Der Rekurrent betont, er sei nicht eigentlich aus der Zentralverwaltung ausgegliedert, sondern unterstehe nach wie vor der Aufsicht des Regierungsrats.
- e) Ferner bringt der Rekurrent vor, falls wider Erwarten festgestellt würde, er falle unter den betrieblichen Geltungsbereich des ArG, wäre die angefochtene Verfügung dennoch nicht haltbar. So behalte Art. 71 lit. b ArG ausdrücklich die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vor. Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts müsse dieser Vorbehalt absolut verstanden werden. Das bedeute, dass das öffentliche Dienstrecht der Kantone das ArG verdränge und dessen Regelungen für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis grundsätzlich nicht anwendbar seien. Somit sei das ArG auch innerhalb seines betrieblichen Geltungsbereichs für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse nur noch in zwei Fällen von Bedeutung: erstens, wenn das öffentliche Dienstrecht für einen bestimmten Problemkreis überhaupt keine Regelung enthalte; zweitens, wenn das öffentliche Dienstrecht in den Bereichen Gesundheitsschutz sowie Arbeits- und Ruhezeit den Schutzstandard des ArG nicht erreiche. Im zweiten Fall würden jedoch die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG nicht pauschal anwendbar, sondern es sei dann Aufgabe des Richters, selektiv den Schutzstandard entsprechend den im betreffenden Dienstrecht bestehenden Defiziten zu erhöhen. Dabei bleibe aber öffentliches Dienstrecht anwendbar; der Richter passe lediglich dessen Inhalt an die qualitativen Forderungen des Bundesrechts an. Deshalb sei der Text der angefochtenen Verfügung, wonach der Rekurrent «den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes untersteht», dogmatisch nicht haltbar.
- f) Der Rekurrent macht weiter geltend, es zeige sich auch aufgrund einer anderen Überlegung, dass nur dieses Verständnis von Art. 71 lit. b ArG das richtige sein könne. Es sei in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass bei arbeitsrechtlichen Mindeststandards des Gesetzes für die Frage, ob eine vom Gesetz abweichende Lösung als zuungunsten des Arbeitnehmers einzustufen sei, der sogenannte Gruppenvergleich nach



einer abstrakten Vergleichsmethode anzuwenden sei. Dazu führt der Rekurrent aus: «Der Richter hätte also zu beurteilen, ob der Schutzstandard hinsichtlich der Arbeits- und Ruhezeiten *insgesamt* mindestens gleichwertig sei.» Somit treffe die Feststellung der angefochtenen Verfügung, dass der Rekurrent den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG unterstellt sei, auch materiell nicht zu, da aufgrund des vorzunehmenden Gruppenvergleichs ganz andere Einzelregelungen resultieren könnten, als sie in den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG enthalten seien.

- g) Abschliessend führt der Rekurrent aus, dass auch die in der Verfügung verwendete Formulierung, der Rekurrent sei «unter Vorbehalt von Art. 71 Bst. b ArG» den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG unterstellt, nicht stimme. Gemäss § 13 Abs. 2 USZG unterstehe der Rekurrent ausdrücklich kantonalem öffentlichem Dienstrecht. Das ArG lege einzig qualitative Mindestanforderungen an dessen Schutzstandard fest.
- 5.a) Der Rekursgegner führt in seiner Vernehmlassung vom 28. März 2007 aus, dass der Rekurrent mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über das Universitätsspital Zürich (USZG) per 1. Januar 2007 zu einem rechtlich selbständigen Betrieb, d.h. einer Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, geworden sei. Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 bezeichne die öffentlichen Anstalten, die gemäss Art. 2 Abs. 2 ArG den Verwaltungen der Kantone gleichzustellen seien und auf die deshalb im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG das Gesetz unter Vorbehalt von Art. 3a ArG über den Gesundheitsschutz nicht anwendbar sei. Gemäss Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 müsse es sich bei den der Verwaltung gleichgestellten Anstalten um Anstalten des öffentlichen Rechts ohne Rechtspersönlichkeit handeln. Anwendbar sei das ArG hingegen auf öffentliche Anstalten mit Rechtspersönlichkeit, weil für sie in Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 keine Ausnahme vorgesehen sei. Soweit in diesen das Personal jedoch öffentlich-rechtlich angestellt sei, gelte gemäss Art. 71 lit. b ArG der Vorbehalt der öffentlichen Dienstvorschriften. Von den arbeitsgesetzlichen Vorschriften über den Gesundheitsschutz und die Arbeits- und Ruhezeit dürften die Dienstvorschriften jedoch nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abweichen. Die diesbezüglichen arbeitsgesetzlichen Vorschriften würden dabei als zwingend einzuhaltender Mindeststandard gelten.
- b) Des Weiteren – so der Rekursgegner – gehe aus der kantonalen, die Abstimmungsvorlage erläuternden Abstimmungszeitung eindeutig hervor, dass dem Rekurrenten der neue Status auch in unternehmerischer Hinsicht mehr Freiheit und bessere Führungsstrukturen bringe. Der Rekurrent als rechtlich selbständige, öffentliche Anstalt könne als juristische Person in eigener Verantwortung Rechtsgeschäfte tätigen. Sodann sei anzumerken, dass auch private Spitäler im Kanton Zürich wesentlich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Gesundheitswesen beitragen würden. Es entspreche somit der *ratio legis*, dass im Sinne der aus Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 fliessenden Regelung der Rekurrent mit seiner neuen Rechtsform hinsichtlich Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes unter Vorbehalt von Art. 71 lit. b. ArG wie die privaten Krankenanstalten behandelt werde. Dies rechtfertige sich auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden und Wettbewerbern, da die privaten Spitäler auch öffentliche Aufgaben erfüllen und ihren Anstellungsverhältnissen mindestens teilweise ebenso die öffentlich-rechtlichen Anstellungsbedingungen zu Grunde legen würden. Damit würden grundsätzlich auch für die Arbeitnehmenden des Rekurrenten die ihnen von Gesetzes wegen zustehenden arbeitsgesetzlichen Mindestvorschriften gelten, die sie vor über-



mässiger zeitlicher Beanspruchung schützen würden. Somit ergebe sich, dass der Rekurrent seit 1. Januar 2007 unter Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG unterworfen sei.

- c) Schliesslich weist der Rekursgegner darauf hin, dass der am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Art. 4a ArGV 1 die zuvor vorgenommene Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 bestätige. Die darin enthaltene Regelung bezwecke, dass Assistenzärztinnen und -ärzte auch dann unter das ArG fallen würden, wenn sie in Spitälern angestellt seien, die im Übrigen vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen seien. Gemäss Art. 4a Abs. 2 ArGV 1 handle es sich bei den besagten Spitälern abschliessend um öffentliche Krankenanstalten und Kliniken der Kantone und Gemeinden, die Bestandteil einer öffentlichen Verwaltung seien oder als öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit oder als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisiert seien. Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit würden auch hier explizit nicht aufgezählt. Diese Einschränkung der Ausnahmeregelung in Art. 4a ArGV 1 stehe im Einklang mit der herrschenden Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1, wonach das ArG mit seinen Arbeitszeitbestimmungen auf Krankenhäuser und Kliniken als Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, wie der Rekurrent, ohnehin anwendbar sei.

- 6.a) Der Mitbeteiligte [Arbeitnehmerverband] hat zusammen mit seiner Stellungnahme ein Gutachten des Kompetenzzentrums für Public Management der Universität Bern, verfasst von Prof. Dr. iur. ANDREAS LIENHARD und Mag. rer. publ. DANIEL KETTIGER, vom 30. Juli 2007 über die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf die verselbständigten Spitälern im Kanton Zürich eingereicht. Er teilt mit, dass er vollumfänglich auf die Ausführungen im Gutachten verweise und diese zum integrierenden Bestandteil seiner Stellungnahme erkläre.

Prozessrechtlich kommt den Gutachten, welche von Verfahrensbeteiligten eingereicht und als sogenannte Parteigutachten bezeichnet werden, keine grössere Bedeutung zu als den übrigen rechtlichen Parteivorbringen (KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, VRG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1999, N 23 zu § 7 VRG).

- b) Der Mitbeteiligte beantragt Abweisung des Rekurses und verweist zur Begründung vorwiegend auf das von ihm eingereichte Gutachten. Zusammengefasst werden in diesem folgende Schlüsse gezogen: Der Begriff «Anstalt», wie er im ArG und der ArGV 1 gebraucht werde, sei gleichbedeutend mit dem Anstaltsbegriff der Staats- und Verwaltungslehre. Auch in den Kantonen und Gemeinden entspreche der Begriff der öffentlich-rechtlichen Anstalten weitgehend der Umschreibung in der Lehre. Eine nach den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre vorgenommene Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 führe insgesamt zum Ergebnis, dass die Grenze des Geltungsbereiches des ArG so gezogen werden müsse, wie es der Wortlaut nahe lege und von der Lehre und Rechtsprechung grossmehrheitlich befürwortet werde. Bei Spitälern in der Form von öffentlichen Anstalten sei das alleinige Abgrenzungskriterium die Rechtspersönlichkeit. Da der Rekurrent über eigene Rechtspersönlichkeit verfüge, falle er grundsätzlich vollumfänglich in den Geltungsbereich des ArG.
- c) Weiter führt der Mitbeteiligte aus, wenn die Frage der Unterstellung unter das ArG entgegen der Lehre vom Autonomiegrad abhängig gemacht würde, wie dies der Rekurrent tue, so komme es aus Gründen der Sachlogik nur auf die Autonomie im Personalbe-



reich und nicht in anderen Gebieten an. Beim Rekurrenten reiche die Autonomie in Personalangelegenheiten weiter als jene von vergleichbaren Kantonsspitalern in der Form von öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit (z.B. Kantonsspital Nidwalden, Kantonsspital Uri, Universitäts-Kinderspital beider Basel). Würde ausgerechnet im Falle des Rekurrenten die Anwendbarkeit des ArG verneint, so müsste konsequenterweise der grösste Teil der öffentlich-rechtlichen Anstalten der Kantone mit eigener Rechtspersönlichkeit vom Geltungsbereich ausgenommen werden, was mit dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 und mit der Absicht des Bundesgesetzgebers im Widerspruch stünde.

- d) Schliesslich gelange man – so der Mitbeteiligte – auch aufgrund einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Betrachtung zur Auffassung, dass der Rekurrent in den Geltungsbereich des ArG falle. Nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität müssten zur Gewährleistung von Chancengleichheit auf dem Markt sämtliche Anbieter vergleichbarer Leistungen gleich behandelt werden. Dieser Grundsatz gelte sowohl für öffentliche und private Unternehmen als auch für unterschiedliche Typen von Verwaltungseinheiten. Würde dieser Grundsatz konsequent auf die Spitäler umgesetzt, müssten zumindest sämtliche rechtlich selbständigen Anstalten oder Körperschaften, die in ähnlicher Weise wie die Privatspitäler am Markt auftreten und damit zu diesen in einem Konkurrenzverhältnis stünden, dem ArG unterstellt werden. In diesem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sinne müsse auch Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 ausgelegt werden.
- e) Nach Ansicht des Mitbeteiligten falle der Rekurrent unter den betrieblichen Geltungsbereich des ArG, wobei für ihn aber der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG zu Gunsten des öffentlichen Dienstrechts gelte. Gemäss § 13 USZG sei das Anstellungsverhältnis des Personals des Rekurrenten grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur, womit die für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen zur Anwendung kämen, welche das ArG verdrängen würden. Somit würden insbesondere auch die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des kantonalen öffentlichen Dienstrechts zur Anwendung gelangen. Die Vorschriften des ArG und seiner Ausführungsverordnungen gälten lediglich subsidiär, wenn entweder das kantonale öffentliche Dienstrecht eine bestimmte Frage nicht regle oder die kantonalen Regelungen über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit für die Arbeitnehmenden weniger vorteilhaft seien als jene des Bundesrechts über den Arbeitnehmerschutz.
- f) Zum vom Rekurrenten vorgebrachten Gruppenvergleich nach abstrakter Vergleichsmethode, welcher bei der Frage der Einhaltung von arbeitsrechtlichen Mindeststandards zur Anwendung gelange (vgl. vorstehend Ziff. 4.f), bringt der Mitbeteiligte sodann vor, diese Ausführungen seien haltlos. So seien in Art. 362 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) zahlreiche Bestimmungen aufgeführt, von denen zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden dürfe. Von Gruppenvergleichen zur Ermittlung der Gleichwertigkeit sei in der Anwendung keine Rede. Solche kämen in einem völlig anderen Bereich des Arbeitsrechts zum Einsatz, nämlich bei der Beurteilung der Frage der Gleichwertigkeit einer Krankentaggeldlösung, die in diversen Ausführungsvarianten vorkommen könne, mit der gesetzlichen Regelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Vorliegend gehe es aber um konkrete Vorschriften von Höchstarbeitszeit, Ausnahmeregelungen sowie konkrete Regelungen



zur Ruhezeit und Kompensation. Diese klaren Bestimmungen des ArG, welche gemäss Vorbehalt vom Rekurrenten einzuhalten seien, würden keinen Spielraum für Interpretationen oder für Gleichwertigkeitsüberlegungen offen lassen.

- g) Damit kommt der Mitbeteiligte zum Schluss, dass für die Mehrheit des Personals, welches öffentlich-rechtlich angestellt sei, das ArG unter dem Vorbehalt vom Art. 71 lit. b ArG gelte. Für denjenigen Teil des Personals, der gemäss § 13 Abs. 1 USZG ausnahmsweise privatrechtlich angestellt sei, gälten das ArG und seine Ausführungsverordnungen umfassend, sofern nicht eine Ausnahme bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs (v.a. Art. 3 lit. d ArG) vorliege.
7. Vorliegend ist zunächst zu bestimmen, ob der Rekurrent unter den betrieblichen Geltungsbereich des ArG fällt. Bejahendenfalls ist weiter abzuklären, wie sich der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG genau auf den Rekurrenten auswirkt.
- a) Gemäss Arbeitsgesetz (Art. 1 Abs. 1 ArG) fallen unter dessen betrieblichen Geltungsbereich alle öffentlichen und privaten Betriebe. In Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG ist als eine von mehreren Ausnahmen festgehalten, dass das Gesetz auf Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden nicht anwendbar ist. Dabei ist Art. 2 Abs. 2 ArG zu beachten, wonach die öffentlichen Anstalten, die den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichzustellen sind, durch Verordnung bezeichnet werden. In Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 werden öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit und Körperschaften des öffentlichen Rechts den Organisationen der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich der Regelung der Arbeits- und Ruhezeit gleichgestellt, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen. Beschäftigt ein Betrieb nach Absatz 1 auch Arbeitnehmer, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen, dann ist auf diese Einzelpersonen das ArG auch bezüglich der Arbeits- und Ruhezeiten anwendbar, soweit das öffentliche Dienstrecht für den Arbeitnehmer nicht günstigere Vorschriften enthält (Art. 7 Abs. 2 ArGV 1).
- b) Der Begriff «öffentlich-rechtliche Anstalt» wird durch die Staats- und Verwaltungsrechtslehre folgendermassen definiert: Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie von einem Gemeinwesen getragen wird sowie technisch-organisatorisch aus der Zentralverwaltung ausgegliedert, mit persönlichen und sachlichen Mitteln ausgestattet, mit einer gewissen Autonomie versehen und zur dauernden Erfüllung einer Aufgabe des Trägergemeinwesens bestimmt ist (TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 7 N 3). Zur Zentralverwaltung grenzt sie sich dadurch ab, dass sie nicht in den hierarchischen Aufbau der öffentlichen Verwaltung eingebunden, sondern organisatorisch ausgegliedert ist. Von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft unterscheidet sie sich aufgrund des Umstandes, dass sie nicht über Mitglieder, sondern nur über einen Kreis von Benützern verfügt, denen grundsätzlich keine aktiven Mitwirkungsrechte zukommen. Die Anstalt ist somit, im Gegensatz zur Körperschaft, kein agierendes Gemeinwesen, sondern bleibt eine Einrichtung des Trägergemeinwesens (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1314 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 8 N 3). Die Anstalten werden sodann in selbständige und unselbständige Anstalten unterteilt bzw. in Anstalten, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, und in solche ohne eigene Rechtspersönlichkeit (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1320 ff.).



Im Gegensatz zu den öffentlichen Anstalten des Bundes (Art. 8 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, RVOV, SR 172.010.1) existiert im kantonalen Recht kein Erlass, der die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit regelt. Dies ist indessen auch nicht erforderlich. Fehlen entsprechende Bestimmungen, richtet sich die Zuordnung nach den soeben geschilderten Kriterien der Lehre. Auch der Rekurrent ist zweifelsohne eine öffentlich-rechtliche Anstalt in diesem Sinne. Wie bereits unter Ziff. 2.b festgehalten, bezeichnet § 1 USZG das Universitätsspital Zürich, d.h. den Rekurrenten, als Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Daneben weist auch er sämtliche für ein solches Gebilde typischen Merkmale auf: Der Regierungsrat wählt das oberste Gremium, den Spitalrat (§ 9 Ziff. 6 USZG). Die Gesundheitsdirektion Kanton Zürich und ein Mitglied des Universitätsrats sind im Spitalrat mit beratender Stimme vertreten und haben das Antragsrecht (§ 10 Abs. 3 USZG). Der Regierungsrat genehmigt das Spitalstatut, das Personalreglement und das Finanzreglement (§ 9 Ziff. 7 USZG). Anordnungen der Spitaldirektion können mit Rekurs beim Spitalrat angefochten werden (§ 11 Abs. 3 Ziff. 13 und § 29 Abs. 1 USZG). Die Arbeitsverhältnisse sind grundsätzlich öffentlich-rechtlich, wobei die für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen gelten (§ 13 Abs. 1 und 2 USZG). Der Regierungsrat legt die Leistungsaufträge fest, auf deren Grundlage Leistungsvereinbarungen abgeschlossen werden (§ 3 und 4 USZG). Die finanziellen Mittel für die Erfüllung der Leistungsaufträge werden in Form eines Globalbudgets bewilligt (§ 17 Abs. 1 USZG). Der Kantonsrat übt die Oberaufsicht aus (§ 8 Ziff. 1 USZG).

- c) Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 spricht von «öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit», auf welche die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG nicht anwendbar sind. Die entscheidende Frage, die es im vorliegenden Fall zu beantworten gilt, ist die, wie der Rekurrent als nach öffentlichem Recht des Kantons Zürich errichtete selbständige Anstalt aus Sicht des Bundesrechts (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1) zu beurteilen ist. Dies ist einerseits durch eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen sowie mit der Rechtsprechung zu diesem Thema zu ermitteln, andererseits ist eine Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 vorzunehmen.
- d) Der überwiegende Teil der Lehre geht davon aus, dass zur Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit des ArG auf öffentlich-rechtliche Anstalten lediglich ausschlaggebend ist, ob diese über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen. Nach dieser Lehrmeinung wird aus einem Umkehrschluss von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 gefolgert, dass das ArG auf öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit grundsätzlich anwendbar ist (REINHARD, Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes (ArG) auf Spitäler und Spitalärzte, in Schweizerische Ärztezeitung, 2005, 86 Nr. 19, S. 1137; LIENHARD/KETTIGER, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Auslagerung von Kantons-spitälern, KPM-Schriftenreihe Nr. 6, Bern 2005, S. 27, 34). Dies wird insbesondere damit begründet, dass «die Herausnahme eines öffentlichen Betriebs aus dem Geltungsbereich des ArG grundsätzlich nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Arbeitnehmer durch das öffentliche Dienstrecht einen ähnlichen Schutz geniessen wie diejenigen durch das Arbeitsrecht. Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit sind aus der Zentralverwaltung ausgenommen und deren öffentlich-rechtlichen Organisation entzogen. Sie organisieren sich häufig privatwirtschaftlich mit privatrechtlichen



Arbeitsverträgen, sodass sie keine genügende Gewähr dafür bieten, ihren Arbeitnehmern einen dem ArG gleichwertigen Schutz zu bieten» (STAEHELIN, Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, ARV 2002, S. 5). Zudem wird ins Feld geführt, dass eine Privilegierung der Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit gegenüber privatwirtschaftlichen Betrieben nicht gerechtfertigt wäre, da diese Anstalten oft keine Verwaltungsaufgaben im eigentlichen Sinne mehr wahrnehmen, in aller Regel privatwirtschaftlich organisiert sind und häufig in Konkurrenz zur Privatwirtschaft stehen (MÜLLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001, N 1 zu Art. 2 Abs. 2 ArG; Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, 1. Teilausgabe, Bern 2001, S. 107-2).

Auch das Bundesgericht hat in einem neueren Urteil festgehalten, dass das Spitalpersonal den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG unterstehe, wenn es für eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit tätig sei (Urteil 2P.99/2002 vom 1. November 2002, E. 4.2.).

- e) Ein kleinerer Teil der Lehre vertritt eine Rechtsauffassung, welche von der vorstehend dargelegten Meinung abweicht. Danach ist im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 nicht auf die Rechtspersönlichkeit der Anstalt, sondern auf die Art der Anstellung abzustellen. Demgemäss sind auch selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts wie Spitäler und Kantonalbanken vom Anwendungsbereich des ArG ausgenommen, sofern die Mehrzahl der durch sie beschäftigten Arbeitnehmer öffentlich-rechtlich angestellt ist (GEISER, in Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 13 ff. zu Art. 2 ArG).

Ferner wird argumentiert, es sei fragwürdig, ob das Merkmal der eigenen Rechtspersönlichkeit mit der effektiven organisatorischen und rechtlichen Selbständigkeit gleichzusetzen sei. Aufgrund des Umstandes, dass eine öffentlich-rechtliche Anstalt über eigene Rechtspersönlichkeit verfüge, dürfe nicht ohne weiteres auf eine umfassende Autonomie der Anstalt geschlossen werden. Der Grad der organisatorischen und juristischen Selbständigkeit hänge vielmehr vom Geltungsbereich der entsprechenden Personalgesetze ab (SENTI, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, ArbR 2005, S. 72 f.).

Überdies wird aus dem Gebot der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 BV gefolgert, dass weder die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit noch diejenigen mit Rechtspersönlichkeit vom Geltungsbereich des ArG mitumfasst seien. Eine andere Auslegung führe zu einer Rechtszersplitterung im öffentlichen Dienstrecht der Kantone und stelle eine verfassungsrechtlich fragwürdige Ungleichbehandlung der Angestellten im öffentlichen Dienst ein und desselben Gemeinwesens dar (vgl. LIENHARD/KETTIGER, a.a.O., S. 37).

- 8.a) Da zur umstrittenen Thematik in der Lehre verschiedene Meinungen existieren, ist nachfolgend eine Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 nach den anerkannten Regeln der juristischen Methodenlehre vorzunehmen.
- b) Ausgangspunkt ist die grammatikalische Auslegung, welche auf den Wortlaut der Norm abstellt (MASTRONARDI, Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003, S. 173). Vom klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der



Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt (HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, N 92 ff.). Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften oder aus ihrem Sinn und Zweck ergeben. Vom Wortlaut kann fern abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (historische, systematische und teleologische), wobei nach dem Bundesgericht ein pragmatischer Methodenpluralismus zu befolgen, d.h. nicht nach einer Prioritätsordnung der Auslegungselemente vorzugehen ist (BGE 124 III 268).

Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 lautet in den drei Sprachfassungen wie folgt:

Art. 7 Öffentliche Anstalten und Körperschaften
(Art. 2 Abs. 2 und 71 Bst. b ArG)

¹ Die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen sind 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.

Art. 7 Etablissements publics et corporations de droit public
(art. 2, al. 2, 71, let. b, LTr)

¹ Les dispositions concernant la durée du travail et du repos ne sont applicables ni aux établissements de droit public dépourvus de la personnalité juridique ni aux corporations de droit public, pour autant que la majorité des travailleurs qu'ils occupent soient liés par des rapports de travail de droit public.

Art. 7 Istituti e enti di diritto pubblico
(art. 2 cpv. 2 e 71 lett. b LL)

¹ Le disposizioni sulla durata del lavoro e del riposo non si applicano agli istituti di diritto pubblico senza personalità giuridica e agli enti di diritto pubblico, purché la maggior parte dei lavoratori da essi impiegata sia vincolata da un rapporto di lavoro di diritto pubblico.

Zwischen den drei Versionen sind keine grammatikalischen Abweichungen ersichtlich, womit sich die nachfolgende Untersuchung auf den deutschen Gesetzestext beschränken kann. Der Randtitel spricht – im Sinne eines Oberbegriffs – von «öffentlichen Anstalten». Damit übernimmt die Marginalie den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 ArG. Nach dieser Bestimmung werden die «öffentlichen Anstalten», die den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG gleichzustellen und somit vom Anwendungsbereich des ArG ausgenommen sind, durch Verordnung bezeichnet. In Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 werden mithin – wie dies Art. 2 Abs. 2 ArG festhält – diejenigen Unter-Arten von «öffentlichen Anstalten» genauer bezeichnet, die – zumindest teilweise – vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind. Gemäss dem



Wortlaut dieser Verordnungsnorm sind die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG auf die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit, in denen die Arbeitnehmer überwiegend öffentlich-rechtlich angestellt sind, nicht anwendbar. Die Norm spricht hingegen nicht davon, dass dies auch für die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit gilt. Massgeblich für die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 ist somit einzig das Kriterium der Rechtspersönlichkeit (*personnalité juridique, personalità giuridica*). Somit ist der Wortlaut aufgrund einer grammatikalischen Betrachtung an sich klar.

- c) Wie zuvor dargelegt (Ziff. 7.e) stellt ein Teil der Lehre nicht allein auf die Rechtspersönlichkeit ab, sondern fokussiert auf andere Umstände wie z.B. die tatsächliche Autonomie oder das Zahlenverhältnis der Angestellten in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zu den privatrechtlich Angestellten.

Die Entstehungsgeschichte von Art. 2 ArG, auf welchen sich die massgebende Verordnungsnorm bezieht, bringt Folgendes zutage: Laut der Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) war vorgesehen, dass die Ausführungsverordnung zum ArG in Bezug auf die Betriebe und Anstalten der Kantone und Gemeinden, auf die das ArG nicht anwendbar ist, «auf das einschlägige kantonale und Gemeinderecht» verweisen solle (BBl 1960 II 941). In Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 wurde indessen ein solcher Verweis unterlassen. Dieser ist jedoch nach dem Gesagten nicht erforderlich, da der Begriff «öffentlich-rechtliche Anstalt» bei Fehlen einer kantonalen rechtlichen Grundlage durch die Kriterien der Lehre genügend umschrieben wird (vgl. vorstehend Ziff. 7.b).

Weiter ist die Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 7 ArGV 1 zu beleuchten. Vorgänger dieser Norm ist Art. 8 der Verordnung 1 zum ArG vom 14. Januar 1966/9. September 1970. Diese Bestimmung erwähnte die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit ausdrücklich und konstatierte, dass sie dem ArG nicht unterstellt seien. Demgegenüber wurden die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit nicht genannt, weshalb ihre Zuordnung unklar war. Meistens wurden sie dem Anwendungsbereich des ArG ebenfalls entzogen, weil sie als Zweig der Zentralverwaltung (STAEHELIN, a.a.O., S. 4) oder als Bestandteil einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft betrachtet wurden (ZWAHLEN, in Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N 12 zu Art. 2 ArG). Im aktuellen Art. 7 Abs. 1 der Verordnung 1 zum ArG vom 10. Mai 2000 werden nun in Umkehrung dieser Regelung die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit explizit genannt und dem Anwendungsbereich des ArG entzogen. Dies deutet darauf hin, dass mit dieser Änderung speziell beabsichtigt wurde, die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit neu dem Geltungsbereich des ArG zu unterstellen. Aus dieser Entwicklungsgeschichte wird ebenfalls deutlich, dass das Kriterium der Rechtspersönlichkeit seit jeher im Zentrum stand.

- d) Eine Betrachtung der systematischen Einbettung der massgebenden Normen in die zugehörigen Rechtserlasse gibt weiteren Aufschluss darüber, wie der Begriff «öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit» zu definieren ist. Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG bestimmt, dass die «Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden» vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ArG können gewisse «öffentliche Anstalten» diesen Verwaltungen «gleichgestellt» werden. Daraus



folgt, dass mit den «Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden» die hierarchisch aufgebaute Zentralverwaltung und mit den «öffentlichen Anstalten» die aus der Zentralverwaltung ausgegliederten Verwaltungseinheiten gemeint sind (STAEHELIN, a.a.O., S. 2).

Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG spricht vom «Vorbehalt von Absatz 2». Dieser ermächtigt den Bundesrat, durch Verordnung folgende zwei Kategorien von öffentlichen Anstalten zu bestimmen: Einerseits kann er diejenigen Unter-Arten von öffentlichen Anstalten bezeichnen, die ebenfalls vom betrieblichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind, und andererseits kann er die Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden aufzählen, auf die das ArG anwendbar ist. Mit Bezug auf die Möglichkeit, durch Verordnung weitere öffentliche Anstalten dem Geltungsbereich des ArG zu entziehen, handelt es sich im Grunde genommen nicht um einen Vorbehalt zu Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG, sondern um eine Ergänzung zu diesem. Das andere Element, wonach gewisse Betriebe des Bundes, der Kantone und Gemeinden dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterstellt werden können, unabhängig davon, ob sie Teil der Verwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG sind, ist hingegen ein Vorbehalt im Sinne einer «Ausnahme von der Ausnahme». Der Bundesrat hat diejenigen Betriebe des Bundes, der Kantone und Gemeinden, auf die das ArG anwendbar ist, in Art. 4 ArGV 1 sowie in Bezug auf öffentliche Krankenanstalten und Kliniken im Rahmen von Arbeitsverhältnissen mit Assistenzärzten in Art. 4a ArGV 1 aufgeführt.

Aus der Systematik des Gesetzestextes lässt sich herauslesen, dass das ArG auf die «öffentlichen Anstalten» grundsätzlich anwendbar ist. Nur diejenigen Unter-Arten der öffentlichen Anstalten, die in der Ausführungsverordnung ausdrücklich genannt sind, sind vom ArG ausgenommen. Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 nimmt die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit vom Anwendungsbereich der Arbeits- und Ruhezeitregelungen ausdrücklich aus, erwähnt aber die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit nicht. Damit unterstehen diese weiterhin dem ArG. Diese Lösung ergibt sich – genau genommen – nicht aufgrund eines Umkehrschlusses, wie von einem Teil der Lehre angenommen (MÜLLER, a.a.O., N 1 zu Art. 2 Abs. 2 ArG; REINHARD, a.a.O., S. 1137; STAEHELIN, a.a.O., S. 5), sondern aufgrund der fehlenden Aufzählung der öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit in Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 als Ergänzung zur Aufzählung in Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG.

Im Rahmen der systematischen Auslegung ist zudem Art. 4a ArGV 1 zu beachten, auf den Art. 7 Abs. 3 ArGV 1 verweist. Art. 4a ArGV 1 wurde durch die am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Gesetzesänderung eingefügt. Mit dieser Revision sollte erreicht werden, dass Assistenzärzte in jedem Fall unter die Vorschriften des Arbeitsgesetzes fallen, unabhängig von der Rechtsform des Arbeitgebers (REINHARD, a.a.O., S. 1138; SENTI, a.a.O., S. 77 f.; BBI 2002 2746). Dazu musste eine Norm geschaffen werden, in welcher diejenigen öffentlichen Anstalten und Kliniken aufgezählt werden, welche nicht unter den betrieblichen Geltungsbereich des ArG fallen, in denen jedoch im Rahmen der Arbeitsverhältnisse mit Assistenzärzten das ArG anwendbar ist. Dies trifft gemäss Art. 4a Abs. 2 ArGV 1 auf diejenigen Krankenanstalten und Kliniken zu, die Bestandteil einer öffentlichen Verwaltung sind oder als öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit oder als öffentlich-rechtliche Körperschaften organisiert sind. Die öffent-



lich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit werden hingegen explizit nicht erwähnt. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass das ArG auf diese ohnehin anwendbar ist.

- e) Sodann ist mittels der teleologischen Auslegung abzuklären, welche Zweckvorstellung mit Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 verbunden ist. Neben dem Zweck, den der historische Gesetzgeber der Norm gegeben hat, ist auch massgeblich, ob bzw. wie sich der Zweck im Laufe der Zeit gewandelt hat (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., N 120 f.).

Es war der klare Wille des Bundesgesetzgebers, mit dem ArG eine abschliessende Ordnung und eine einheitlich für das ganze Land geltende Regelung zu schaffen. Für kantonales Arbeitsschutzrecht sollte kein Raum mehr bleiben. Dazu wurde in der Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 ausgeführt: «Die vorgeschlagene Regelung dürfte im heutigen Zeitpunkt für die Kantone um so eher annehmbar sein, als der wirtschaftliche Wettbewerb je länger je weniger an den Kantonsgrenzen Halt macht» (BBI 1960 II 924). Daraus wird ersichtlich, dass es dem Gesetzgeber auch darum ging, zwischen den Betrieben, welche in der Marktwirtschaft zueinander in Konkurrenz treten, gleich lange Spiesse zu schaffen. Mit anderen Worten sollte vermieden werden, dass sich bestimmte Betriebe aufgrund lascherer Arbeitnehmerschutzbestimmungen einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen können.

Hinsichtlich der Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden, welche vom betrieblichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind, schrieb der Bundesrat, es sei ursprünglich vorgesehen gewesen, nur die Hoheitsverwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom Gesetz auszunehmen und im Übrigen die Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorzubehalten. Es habe sich jedoch gezeigt, dass sich der Begriff der Hoheitsverwaltung als Abgrenzungsmerkmal nicht eigne und zu Auslegungsschwierigkeiten Anlass geben könnte und dass der Vorbehalt der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse praktisch einer fast vollständigen Befreiung der öffentlichen Verwaltungen vom ArG gleichkommen würde. Deshalb sei es im Interesse der Rechtssicherheit zweckmässiger, alle Verwaltungen und Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, die vorwiegend Personen beschäftigten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, auszunehmen. Für sie würden somit nur die öffentlich-rechtlichen Vorschriften dieser Gemeinwesen gelten (BBI 1960 II 940). Aus diesen Erörterungen ist der Wille des Gesetzgebers erkennbar, einzig die Zentralverwaltung vom Geltungsbereich des ArG auszunehmen, wobei hierfür anfänglich der Begriff «Hoheitsverwaltung» vorgesehen war. Die dezentralen Verwaltungseinheiten sollen grundsätzlich dem ArG unterstellt sein mit Ausnahme derjenigen, die in der Verordnung bezeichnet werden. In Bezug auf das Verhältnis zwischen Gesetz und Verordnung hielt der Bundesrat fest: «Gerade auf dem Gebiete des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes muss der Verordnung noch ein verhältnismässig weites Feld überlassen werden, damit die Regelung den ebenso vielgestaltigen wie oft wechselnden Verhältnissen in einem einfachen und raschen Rechtsetzungsverfahren angepasst werden kann» (BBI 1960 II 927). Eine derartige Anpassung wurde mit dem revidierten Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 vom 10. Mai 2000 vorgenommen, wo neu nicht mehr die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit, sondern diejenigen ohne Rechtspersönlichkeit explizit genannt



und von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG ausgenommen werden (vgl. vorstehend Ziff. 8.c).

Diese Anpassung der Verordnung spiegelt auch die Entwicklung des Arbeitsrechts seit Erlass des ArG im Jahre 1960 wider. Die Geltung der ArG-Bestimmungen wurde vermehrt auch in den Verwaltungsbereich hinein ausgedehnt (vgl. Art. 3a, 4a und 71 lit. b ArG). Umgekehrt hat sich das öffentliche Dienstrecht immer mehr der Regelung des OR angenähert (POLEDNA, in Helbling/Poledna, Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 209 ff.). Als Beispiele hierfür sind zu nennen die Abschaffung des Beamtenstatus (vgl. § 3 des kantonalen Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 27. September 1998, Personalgesetz, PG, LS 177.10), die Einführung von Leistungslohn, die Angleichung des Streikrechts, die Einführung von Gesamtarbeitsverträgen (vgl. § 6 PG) und die Abschaffung des Disziplinarrechts (vgl. § 28 ff. PG). Überdies sind im öffentlichen Dienstrecht immer häufiger Verweisungen auf das private Arbeitsrecht zu finden (vgl. § 18 Abs. 2 und 3, § 20 Abs. 1, § 22 Abs. 4 PG).

Das öffentliche Dienstrecht hat sich in den letzten Jahren auch dahingehend verändert, dass es zunehmend geprägt ist von branchenspezifischen Lösungen. Der Bundesgesetzgeber konnte in den 1960er-Jahren noch von einem nahezu einheitlichen öffentlichen Dienstrecht auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene ausgehen. Deshalb konnte er diesen – damals noch klar überblickbaren – Bereich auch getrost vom Geltungsbereich des ArG ausnehmen. Mittlerweile ist die Einheitlichkeit des öffentlichen Dienstrechts zahlreichen differenzierten Regelungen gewichen. Auch das Arbeitnehmerschutzrecht weist branchenspezifische Lösungen auf, was sich beispielsweise in der ArGV 2 oder in Art. 4 und 4a ArGV 1 zeigt. Aufgrund dieser feststellbaren Aufspaltung des öffentlichen Dienstrechts in branchenspezifische Lösungen kann der bei der Einführung des ArG formulierte Wille des Gesetzgebers, eine gesamtschweizerisch einheitliche Regelung des Arbeitsrechts umzusetzen, nicht mehr zweckgemäss erfüllt werden. Demgegenüber stehen die Tendenzen, die Geltung des ArG zunehmend auch auf den Verwaltungsbereich zu erstrecken sowie das öffentliche Dienstrecht vermehrt dem OR anzunähern, mit dem Ziel einer möglichst einheitlichen, umfassenden und abschliessenden Ordnung des Arbeitnehmerschutzes im Einklang.

Zusammengefasst führt die teleologische Auslegung zu folgendem Schluss: Der Gesetzgeber wollte nur die Zentralverwaltung vom Geltungsbereich des ArG ausnehmen. Eine weitergehende Nichtunterstellung von bestimmten dezentralen Verwaltungseinheiten stand in den 1960er-Jahren noch mit dem Ziel des Gesetzgebers einer möglichst einheitlichen Regelung im Einklang, da damals noch ein weitgehend einheitliches Personalrecht galt. Heute müssen indessen das ArG und seine Ausführungsverordnungen so ausgelegt werden, dass diese Regelungen ausserhalb der Zentralverwaltung möglichst frühzeitig Geltung haben. Auf Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 bezogen bedeutet dies, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen – wie ausdrücklich festgehalten – nicht für die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit, die der Zentralverwaltung noch relativ nahe stehen, gelten. Dagegen unterstehen die öffentlich-rechtlichen Anstalten mit Rechtspersönlichkeit, welche von der Zentralverwaltung bereits weiter entfernt sind und sich der Privatwirtschaft angenähert haben, dem Geltungsbereich des ArG. Dass dabei auf das unmissverständliche Abgrenzungskriterium der



Rechtspersönlichkeit abgestellt wird, erscheint aufgrund des Bestrebens nach klaren und eindeutigen Regelungen zweckmässig.

- f) Die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 führt insgesamt zu folgendem Ergebnis: Der Begriff der «öffentlich-rechtlichen Anstalt» ist identisch mit dem Anstaltsbegriff der Staats- und Verwaltungsrechtslehre. Auch im Kanton Zürich entspricht dieser Begriff der Umschreibung in der Lehre (vgl. vorstehend Ziff. 7.b). Bei der Frage der Anwendbarkeit des ArG auf die öffentlich-rechtlichen Anstalten ist, wie es der Wortlaut nahe legt und von der Mehrheit der Lehre sowie von der Praxis befürwortet wird, einzig auf das Abgrenzungskriterium der Rechtspersönlichkeit abzustellen. Öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit fallen somit immer in den Geltungsbereich des ArG, unabhängig davon, ob ihr Personal privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt ist.
9. Ergänzend zur soeben vorgenommenen Auslegung ist nachfolgend auf einige Vorbringen des Rekurrenten speziell einzugehen.
- a) Der Rekurrent macht – im Einklang mit einem Teil der Lehre (SENTI, a.a.O., S. 72 f.) – geltend, die Frage der Unterstellung unter das ArG sei nicht aufgrund des Vorliegens eigener Rechtspersönlichkeit, sondern anhand der tatsächlichen Autonomie zu beantworten (vgl. vorstehend Ziff. 4.a). Dazu ist zunächst zu erwidern, dass es aus Gründen der Sachlogik – wenn überhaupt – nur auf die Autonomie in Personalfragen ankommen kann. Gerade diese Autonomie reicht beim Rekurrenten verhältnismässig weit. Gemäss § 1 Abs. 1 PG unterstehen dem Personalgesetz «das Personal des Staates und seiner unselbständigen Anstalten». Die Generalklausel bezieht sich jedoch nicht auch auf die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten. Die Anwendbarkeit des PG und seiner Ausführungsbestimmungen ergibt sich vielmehr erst aufgrund § 13 Abs. 2 USZG: «Für das öffentlichrechtlich angestellte Personal gelten die für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen.» Dem Wortlaut entsprechend finden primär nur die materiellen personalrechtlichen Bestimmungen, nicht aber auch Zuständigkeitsregelungen und Organisationsnormen der Staatspersonalgesetzgebung auf das Personal des Rekurrenten Anwendung. Nach § 13 Abs. 1 USZG können in Einzelfällen privatrechtliche Arbeitsverträge abgeschlossen werden, um ausserordentlich qualifizierte Fachkräfte zu gewinnen. Des Weiteren kann aus betrieblichen Gründen das Personalreglement von den für das Staatspersonal geltenden Bestimmungen abweichen (§ 13 Abs. 2 USZG). Auch wenn das Personalreglement vom Regierungsrat genehmigt werden muss (§ 9 Ziff. 7 USZG), verfügt der Rekurrent über eine relativ weitreichende Autonomie bei der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse. Personalrechtliche Verfügungen können zunächst «Spital-intern» angefochten werden (§ 29 bis 31 USZG i.V.m. § 33 PG). Anstellungsbehörde ist das vom Spitalrat hierzu bezeichnete Organ (e contrario § 4 der Personalverordnung vom 16. Dezember 1998, LS 177.11, i.V.m. § 31 Abs. 1 USZG). Damit sind sämtliche Einzelfallentscheidungen in Personalfragen dem Einfluss des Regierungsrats entzogen.

Im Zusammenhang mit der Autonomie bringt der Rekurrent vor, dass bei denjenigen Anstalten, bei welchen der kantonale Gesetzgeber sein Personalrecht für anwendbar erkläre, angemessener Sozialschutz ungeachtet des rechtlichen Status gewährleistet sei (vgl. vorstehend Ziff. 4.a). Diesbezüglich ist auf den Bericht und Antrag des Regierungsrats an den Kantonsrat vom 2. Oktober 2002 zur Einzelinitiative KR-Nr. 55/2001



betreffend Arbeitnehmerschutzbestimmungen für das öffentlich-rechtlich angestellte Personal (Vorlage 4011) zu verweisen. Darin äussert sich der Regierungsrat zur Frage, wie umfassend das öffentliche Dienstrecht von den Regelungen im ArG und seinen Ausführungsverordnungen abweicht, und stellt fest: «Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Regelungsdichte des kantonalen Personalrechts im Normenbereich des Arbeitsgesetzes zwar deutlich geringer ist, dass die Arbeitsverhältnisse beim Kanton jedoch in den allermeisten Fällen ohne weiteres die Rahmenbedingungen des Arbeitsgesetzes erfüllen bzw. bedeutend bessere Bedingungen als jene nach Arbeitsgesetz bieten. Es sind im Wesentlichen zwei Bereiche, die bei einer zwingenden Anwendung des Arbeitsgesetzes zu Anpassungen und zu erheblichen Folgekosten führen würden, nämlich die Höchstarbeitszeitvorschriften und die Bestimmungen betreffend den Pikettdienst.» Die erwähnten Höchstarbeitszeitvorschriften von 50 Stunden in nichtindustriellen Betrieben (z.B. also in Spitälern) sind ein Teil der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften, deren Anwendung im vorliegenden Fall gerade strittig ist (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG). Daraus erhellt, dass speziell in diesem Bereich noch nicht von gleichwertigem Sozialschutz des öffentlichen Dienstrechts verglichen mit dem ArG gesprochen werden kann.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass – obwohl die Frage der Autonomie von der Frage der rechtlichen Selbständigkeit zu trennen ist – in jüngerer Zeit vermehrt diejenigen öffentlich-rechtlichen Anstalten, welche über verhältnismässig weitreichende Autonomie verfügen, auch mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet werden (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., N 9 zu § 7).

- b) Der Rekurrent erwähnt ausserdem das Diskriminierungsverbot von Art. 8 BV und führt aus, eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt, welche das öffentliche Personalrecht anwenden müsse, dürfe nicht auch noch den ArG-Bestimmungen unterstellt und damit anders behandelt werden als eine unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Auch gegenüber einer Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts, die eine Körperschaft i.S.v. Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 darstelle und somit dem Anwendungsbereich des ArG entzogen sei, dürfe die selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt nicht diskriminiert werden.

Zum Vergleich mit der Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts kann festgehalten werden, dass der überwiegende Teil der Lehre die spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften der Kantone als öffentlich-rechtliche Organisationsform sui generis betrachtet (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1493 ff.). Demgemäss geht die Praxis denn auch davon aus, dass Spitälern in der Form von öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften dem ArG grundsätzlich unterstehen (LIENHARD/KETTIGER, a.a.O., S. 34 ff.). Was die Gegenüberstellung zwischen öffentlich-rechtlichen Anstalten mit und solchen ohne Rechtspersönlichkeit anbelangt, so kommt man aufgrund einer wirtschaftsverfassungsrechtlichen Auslegung zu einem anderen Ergebnis als der Rekurrent. Eine solche Betrachtung knüpft an den Auswirkungen und nicht an der Organisations- und Rechtsform an (vgl. seco, a.a.O., S. 107-1 f.). Der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verfolgt das Ziel der Chancengleichheit auf dem Markt und besagt, dass zur Erreichung dieses Zwecks sämtliche Anbieter vergleichbarer Leistungen gleich behandelt werden müssen. Würde dieser Grundsatz bei der Frage der Anwendbarkeit des ArG konsequent angewandt, so müssten eigentlich sämtliche Spitälern ungeachtet ihrer Organisations-



und Rechtsform dem ArG unterstehen, da auch zahlreiche Privatspitäler am Markt auftreten und zu den öffentlich-rechtlichen Spitälern in einem Konkurrenzverhältnis stehen. Weil aber in Art. 7 Abs. 1 ArGV 1 die öffentlich-rechtlichen Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit vom Anwendungsbereich der Arbeits- und Ruhezeiten des ArG ausgenommen sind, kann der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität frühestens auf die nächste dezentrale Verwaltungseinheit angewandt werden, nämlich die öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit. Indem man das ArG auf diese anwendbar erklärt, wird die wirtschaftsverfassungsrechtlich gewünschte Gleichbehandlung von Betrieben des Gemeinwesens mit konkurrierenden Privaten bestmöglich erreicht.

10. Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Rekurrent als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit vollumfänglich in den Geltungsbereich des ArG fällt.
- 11.a) Ist in Betrieben, die in den Geltungsbereich des ArG fallen, das Personal öffentlich-rechtlich angestellt, gilt der Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG zu Gunsten des öffentlichen Rechts (MÜLLER, a.a.O., N 3 zur Art. 2 Abs. 2 ArG). Gemäss § 13 USZG sind die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich öffentlich-rechtlich, wobei die für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen gelten. Somit kommt Art. 71 lit. b ArG zur Anwendung, der besagt: «Vorbehalten bleiben insbesondere [...] 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.»
- b) Der Rekurrent bringt eventualiter vor, falls die Anwendung des ArG auf ihn wider Erwarten bejaht würde, so müsse Art. 71 lit. b ArG berücksichtigt werden, wonach das öffentliche Dienstrecht der Kantone das ArG verdränge und dessen Regelungen für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis grundsätzlich nicht anwendbar seien. Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts müsse dieser Vorbehalt absolut verstanden werden (vgl. vorstehend Ziff. 4.e).

Im Anschluss an den Erlass des Art. 71 lit. b ArG stellte sich in der Lehre die Frage, ob dieser Vorbehalt als absolut verstanden werden sollte, d.h. in jedem Falle anwendbar, auch gegen das ArG verstossend, sei es zum Vor- oder Nachteil der Arbeitnehmer, oder als relativ, d.h. nur gültig, sofern das Beamtenrecht für die Arbeitnehmer vorteilhaftere Bestimmungen als das ArG vorschreibt. Nachdem sich die Idee des absoluten Vorbehalts durchgesetzt hatte, erfuhr der besagte Artikel zwei Änderungen und sieht nun in der gültigen Fassung, die seit 1. Januar 2005 in Kraft ist, – entgegen der Auffassung des Rekurrenten – einen relativen Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Personalrechts des Bundes, der Kantone und der Gemeinden vor (SENTI, a.a.O., S. 73 f.; MAHON/BENOÎT, in Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 71 ArG, insbes. N 15 zu Art. 71 ArG). Denn die betroffenen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Körperschaften dürfen vom ArG nur abweichen, sofern die erlassene Regelung für die Arbeitnehmer nicht weniger vorteilhaft ist in den Bereichen des Gesundheitsschutzes sowie der Arbeits- und Ruhezeit. Das ArG gilt damit auch in öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen als Mindestvorschrift für den Arbeitnehmerschutz. Es ist dazu auf die Ausführungen im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 5. April 2001 zur parlamentarischen Initiative betreffend Menschenwürdige Arbeitsbedingungen für Assistenzärzte zu ver-



weisen: „Die Kantone und Gemeinden haben damit weiterhin einen Spielraum für den Erlass von Vorschriften über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis. Sie werden jedoch gezwungen, mindestens einen gleichwertigen Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wie das Arbeitsgesetz zu gewährleisten. Soweit sie von dieser Kompetenz keinen Gebrauch machen, käme subsidiär das Arbeitsgesetz zur Anwendung“ (BBI 2001 3181, S. 3186 f.). Das ArG bleibt sodann anwendbar für die Punkte, welche durch das jeweilige öffentliche Dienstrecht gar nicht geregelt sind (MAHON/BENOÎT, in Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, a.a.O., N 15 zu Art. 71 ArG).

Die vom Rekursgegner in der angefochtenen Verfügung gewählte Formulierung, der Rekurrent sei «unter Vorbehalt von Art. 71 Bst. b ArG» den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG unterstellt, ist demgemäss sowohl in formaljuristischer als auch in dogmatischer Hinsicht korrekt. Das öffentliche Dienstrecht verdrängt das ArG nicht absolut. Deshalb ist der Ansicht des Rekurrenten nicht beizupflichten, dass es in dem Fall, in welchem das öffentliche Dienstrecht den Schutzstandard des ArG nicht erreiche, Sache des Richters sei, das nach wie vor anwendbare öffentliche Dienstrecht selektiv dem Schutzstandard des ArG anzugleichen (vgl. vorstehend Ziff. 4.e). Vielmehr gilt zwar grundsätzlich das öffentliche Dienstrecht. Im Fall einer für die Arbeitnehmer ungünstigeren Regelung bzw. beim Fehlen einer Arbeitnehmerschutzregelung sind jedoch die entsprechenden ArG-Bestimmungen subsidiär anwendbar, weshalb in zutreffender Weise von einem «Vorbehalt» gesprochen werden kann.

- c) Betreffend die Frage, wann eine Abweichung von den ArG-Bestimmungen durch das öffentliche Dienstrecht als «zu Gunsten der Arbeitnehmer» gemäss Art. 71 lit. b ArG gilt, will der Rekurrent den sogenannten Gruppenvergleich nach einer abstrakten Vergleichsmethode anwenden (vgl. vorstehend Ziff. 4.f).

Die Idee, im Zusammenhang mit der Prüfung der Gleichwertigkeit zwischen Arbeitnehmerschutzbestimmungen nach öffentlichem Dienstrecht und nach den Normen des ArG den Gruppenvergleich nach einer abstrakten Methode anzuwenden, wurde in der Lehre bereits aufgeworfen. Dabei wird auf Art. 357 Abs. 2 OR verwiesen, welcher im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen bei der Frage, ob abweichende Abreden für die Arbeitnehmer vorteilhafter sind, den sogenannten Günstigkeitsvergleich zulässt (SENTI, a.a.O., S. 79 ff.). Die abstrakte Methode wird auch bei der Prüfung der Gleichwertigkeit einer vertraglich vereinbarten Lohnfortzahlungspflicht im Verhältnis zu der im Obligationenrecht vorgesehenen Regelung (Art. 324a Abs. 4 OR) angewandt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2006, N 24 zu Art. 324a/b OR).

Hierzu kann vorab erwidert werden, dass selbst wenn die Prüfung der Gleichwertigkeit aufgrund eines Gruppenvergleichs für zulässig erachtet würde, der Wortlaut der angefochtenen Verfügung dennoch zutreffend ist. Es wird explizit der «Vorbehalt von Art. 71 Bst. b ArG» erwähnt. Gemäss dem normalen Sprachgebrauch, der auch hier zum Tragen kommt, relativiert ein Vorbehalt die damit zusammenhängende Aussage. Schon aus diesem Grund leuchtet der Vorwurf des Rekurrenten, die Feststellung in Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sei unzutreffend, nicht ein.

Daneben ist zur Thematik des Gruppenvergleichs der zuvor umschriebene Wille des Gesetzgebers zu erwähnen, mit dem ArG und seinen Ausführungsverordnungen eine



einheitliche, umfassende und abschliessende Ordnung des Arbeitnehmerschutzes zu schaffen (vgl. vorstehend Ziff. 8.e). Die Zulassung von einzelnen öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, bei welchen die Gleichwertigkeit mit den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des ArG nur im Lichte eines Gruppenvergleichs nach der abstrakten Methode bejaht werden kann, steht nicht im Einklang mit diesem Willen. Überdies können die Tatbestände von Art. 324a Abs. 4 OR und Art. 357 Abs. 2 OR nicht ohne weiteres auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt angewandt werden. Vorliegend geht es um konkrete Regelungen der Höchstarbeitszeit und entsprechender Ausnahmebestimmungen sowie der Ruhezeit und entsprechender Kompensation. Jede einzelne dieser klaren Bestimmungen des ArG ist durch das öffentliche Dienstrecht einzuhalten, so wie dies auch beispielsweise Art. 362 OR für die dort aufgezählten Normen vorsieht.

- d) Zusammengefasst hat der Vorbehalt von Art. 71 lit. d ArG auf den Rekurrenten folgende Auswirkungen: Es gelangen grundsätzlich die für das Personal des Kantons Zürich geltenden Bestimmungen zur Anwendung, auch hinsichtlich des Gesundheitsschutzes und der Arbeits- und Ruhezeit. Die Vorschriften des ArG und seiner Ausführungsverordnungen gelangen nur dann subsidiär zur Anwendung, wenn entweder das kantonale öffentliche Dienstrecht eine bestimmte Frage nicht regelt oder wenn die kantonalen Regelungen über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit für die Arbeitnehmer weniger vorteilhaft sind als jene des Bundesrechts über den Arbeitnehmerschutz.
- 12.a) Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden ist. Danach untersteht der Rekurrent seit 1. Januar 2007 unter Vorbehalt von Art. 71 lit. b ArG den Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG. Der Rekurs ist somit abzuweisen.
- b) Der vorliegende Rekursentscheid hat für den Rekurrenten zweifelsohne erhebliche organisatorische Umstrukturierungen zur Folge. Deshalb ist dem Rekurrenten eine Übergangsfrist von 12 Monaten ab Rechtskraft des vorliegenden Entscheides einzuräumen, damit er die notwendigen organisatorischen Anpassungen vornehmen kann.
 - c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Rekurrenten aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 VRG).