

Rechtsgutachten „Zulässigkeit wiederholter befristeter Verträge von Assistenz- und Oberärzten/innen“

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität
Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel

im Auftrag

Verband Schweizerischer Assistenz- und Oberärztinnen –und ärzte (VSAO),
Bahnhofplatz 10A, Postfach, 3001 Bern

Bern und Basel, 09. Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	2
I) AUSGANGSLAGE, FRAGESTELLUNG UND METHODISCHES VORGEHEN	3
1) Ausgangslage	3
2) Fragestellung	4
II) ZULÄSSIGKEIT BEFRISTETER VERTRÄGE UND WIEDERHOLT BEFRISTETER ANSTELLUNG	4
1 Privatrechtliche Anstellungen	4
1.1. Unbefristete und befristete Anstellungen	4
1.2. Fortsetzung der befristeten Anstellungen bzw. Neuanstellung	6
1.3. Erfordernis des Sachgrundes für befristete Verträge	7
1.4. Befristete Verträge und Unternehmerrisiko	7
2 Befristete Anstellungen im öffentlichen Dienstrecht	9
3 Befristete Anstellungen im Lichte des Gleichstellungsgesetzes	10
4 Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse als Verletzung der EMRK	11
III) DIE SITUATION VON ASSISTENZ- UND OBERÄRZTEN/INNEN	12
1 Praxisprobleme	12
2 Würdigung	13
2.1. Ausbildung als Sachgrund für die Befristung	13
2.2. Schwangerschaft/Mutterschaft und Befristung	15
2.3. Weitere Überlegungen	15
IV) ZUSAMMENFASSENDE BEANTWORTUNG DER GUTACHTERFRAGEN	15

I) Ausgangslage, Fragestellung und methodisches Vorgehen

1) Ausgangslage

- 1 Nach Abschluss des universitären Medizinstudiums wird die Ausbildung von Ärzten/innen durch Weiterbildung im Rahmen der Beschäftigung als Assistenzarzt/Assistenzärztin weitergeführt¹. Weiterbildungsziel ist die Erlangung eines Facharztstitels. Je nach Fachgebiet dauern die Weiterbildungen zwischen fünf und sechs Jahren. Die einschlägige praktische Erfahrung muss dabei in verschiedenen Spitälern gesammelt werden². Oberärzte/innen haben in der Regel einen Facharzttitel erworben und befinden sich somit nicht mehr in Weiterbildung. Es kommt vor, dass Oberärzte/innen einen zweiten Facharzttitel erwerben. In diesem Fall befinden sie sich noch in der Weiterbildung.
- 2 Assistenzärzte/innen werden durch ihre Arbeitgeber regelmässig befristet angestellt, wobei die befristete Anstellung sehr oft mit einer Probezeit und einer Kündigungsmöglichkeit innerhalb der Befristung kombiniert wird³. Zum Teil erfolgen beim gleichen Arbeitgeber mehrere befristete Anstellungen hintereinander. Auch Oberärzte/innen werden zum Teil lediglich befristet angestellt⁴.
- 3 Auf die fraglichen Arbeitsverhältnisse sind je nach Spital ausschliesslich das einschlägige öffentliche Personalrecht⁵, ergänzend ein öffentlich-rechtlicher Gesamtarbeitsvertrag⁶, ausschliesslich die Bestimmungen zum privatrechtlichen Arbeitsvertrag des Obligationenrechts (OR)⁷ oder ergänzend ein privatrechtlicher Gesamtarbeitsvertrag⁸ anwendbar. Die Zulässigkeit befristeter Anstellungen ist im Lichte der jeweiligen rechtlichen Grundlage zu prüfen. Es gilt indes **grundlegende Schranken** zu beachten, die für **alle Anstellungsformen** – ungeachtet der jeweiligen rechtlichen Grundlagen - Gültigkeit haben.

¹ Siehe Art. 17 Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG), SR. 811.11; zu den Voraussetzungen des Erwerbs des Facharztstitels siehe Art. 12 der Weiterbildungsordnung (WBO) des Schweiz. Instituts für ärztliche Weiter- und Fortbildung (<http://www.siwf.ch>).

² Siehe Art. 30 ff. WBO (Fn 1) und die Reglemente für die verschiedenen Facharztausbildungen.

³ ERTL, ALEXANDER J.P., Das befristete Arbeitsverhältnis in Theorie & Praxis. Unterberücksichtigung des Arbeitsvermittlungsgesetzes, Zürich, Sankt Gallen 2015, S. 181 ff. und S. 202 (Rz 701).

⁴ In der Untersuchung von ERTL (Fn 3) gaben ein Teil der Befragten an, auch als Oberärzte/innen befristet angestellt worden zu sein, die ebenfalls angefragten Spitäler verneinten dies. In einigen Kantonen ist in den einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen die befristete Anstellung von Oberärzten/innen ausdrücklich vorgesehen.

⁵ Z.B. gilt für die Arbeitsverhältnisse im Luzerner Kantonsspital das Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PG), siehe <https://personal.lu.ch/-/media/Personal/Dokumente/Personalrecht/Personalhandbuch.pdf>.

⁶ Z.B. Gesamtarbeitsvertrag für Assistenzärztinnen und – ärzte vom 10. Dezember 2004 / 19. Januar 2005 zwischen dem Kanton Zürich und dem Verband Zürcher SpitalärztInnen VSAO (VSAO), 811.12.

⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

⁸ Z.B. Gesamtarbeitsvertrag Berner Spitäler und Kliniken zwischen dem Arbeitgeberverband „diespitäler.be“ und verschiedenen Arbeitnehmerverbänden, <https://vsao-bern.ch/de/downloads/themen/gav18/gav18.pdf>.

2) Fragestellung

- 4 Der VSAO unterbreitet dem Gutachter mit Schreiben vom 18.09.2017 folgende Problemstellung:

Insbesondere Oberärztinnen und -ärzte haben teilweise noch immer befristete Verträge und oft für einen Anstellungszeitraum von zweimal 3 Jahren. Teilweise werden auch zwei/drei Verträge über jeweils nur 1 Jahr abgeschlossen. Nun stellt sich die Frage, ob dies überhaupt rechtlich zulässig ist, da grundsätzlich im Arbeitsrecht Kettenarbeitsverträge verboten sind. Die Argumentation der Spitäler beruht einerseits darauf, dass sich ein Oberarzt auch noch in Weiterbildung befinde, denn man könne nicht sein ganzes Berufsleben lang Oberarzt bleiben. Dieses Argument wird seitens der VSAO-Sektionsjuristinnen und -juristen teilweise in Frage gestellt. Andererseits beruft sich das Spital z.B. in Baselstadt auf eine nicht mehr gültige Gesetzesgrundlage (Verordnung), welche eine maximale Anstellungsdauer von 7 Jahren für Oberärzte vorsieht. Die Befristung sei also dadurch gerechtfertigt.

Eine weitere Frage bezieht sich auf die 1-Jahresverträge von Assistenzärztinnen und -ärzten. Natürlich kommt hier das Argument der Aus- bzw. Weiterbildung ins Spiel. Doch meistens ist es von Beginn an klar, dass die Ausbildung am gleichen Spital für mehrere Jahre geplant ist. Müsste man in diesem Fall nicht wenigstens Verträge bis zum Abschluss der Ausbildung am betreffenden Spital anbieten.

- 5 Dem Gutachter wurden von der Auftraggeberin zudem weitere Problemkonstellationen aus der Praxis zur Kenntnis gebracht.

II) Zulässigkeit befristeter Verträge und wiederholt befristeter Anstellung

1 *Privatrechtliche Anstellungen*

1.1. Unbefristete und befristete Anstellungen

- 6 Arbeitsverhältnisse können befristet oder unbefristet eingegangen werden. Ob ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis vorliegt, ist insbesondere für die Anwendbarkeit der Kündigungsfristen und des Kündigungsschutzes bedeutsam. Darüber hinaus wirkt sich die Frage, wann und wie ein Arbeitsverhältnis endet, auch sozialversicherungsrechtlich aus⁹.
- 7 Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Zu beachten sind aber einerseits die gesetzlichen bzw. vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen (im Allgemeinen, Art. 335a OR, während der Probezeit, Art. 335b OR, nach Ablauf der Probezeit, Art. 335 c OR) und andererseits die Bestimmungen zum Kündigungsschutz (Art. 336 OR, missbräuchliche Kündigung, Art. 336c OR, Kündigung zur Unzeit).
- 8 Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung (Art. 334 Abs. 1 OR). Eine vorzeitige Auflösung eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist durch gegenseitige Übereinkommen (Aufhebungsvertrag) möglich. Auch kann ein befristeter Arbeitsvertrag fristlos gekündigt werden, sofern die kündigende Partei einen wichtigen Grund geltend machen kann, der eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als nicht mehr zumutbar erscheinen lässt (Art. 337 OR).

⁹ STREIFF, ULLIN/VON KAENAL ADRIAN/RUDOLPH, ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, Zürich, 2012, Art. 334, N 2, mit Hinweisen.

- 9 In der Lehre wird die Frage, ob befristete Verträge überhaupt zulässig sind, entweder gar nicht aufgeworfen oder dann klar bejaht. In seiner Dissertation weist ALEXANDER J.P. ERTL indes zu Recht darauf hin, dass auch schon die **einmalige Befristung** eines Arbeitsvertrages **missbräuchlich** sein kann. Dies sei dann der Fall, wenn die Befristung der Umgehung gesetzlicher Ansprüche dient¹⁰. Die Befristung der Anstellung mit dem (einzigen) Ziel, dadurch die Entstehung von Schutzansprüchen wie beispielsweise bei Schwangerschaft und Niederkunft zu verhindern, sollte keinen Rechtsschutz finden.
- 10 Möglich ist auch der Abschluss von **Arbeitsverträgen** mit einer **bestimmten Mindestdauer**¹¹. Vor dem vereinbarten Zeitpunkt kann der Vertrag nicht gekündigt werden, danach schon. Ohne Kündigung läuft der Vertrag nach Ende der vereinbarten Mindestdauer als unbefristeter Vertrag weiter.
- 11 Nach Lehre und Praxis ist es weiter zulässig, im Rahmen eines befristeten Vertrages eine **Probezeit** und auch eine **Kündigungsmöglichkeit** vor Ablauf der Befristung vorzusehen¹². Genau genommen liegt in dieser Situation ein **unbefristeter Vertrag** mit einer zum vorneher ein definierten **maximalen Dauer** vor. Nach Ablauf dieser Maximalfrist endet das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung, ungeachtet des Vorhandenseins eines allfälligen Sperrfristengrundes im Sinne von Art. 336c OR. Krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit oder eine Schwangerschaft ändern daran also nichts¹³.
- 12 Anwendung finden die Kündigungsfristen und die Kündigungsschutzbestimmungen in dieser Konstellation, wenn das Arbeitsverhältnis innerhalb der Maximalfrist gekündigt wird. Die Sperrfristen nach Art. 336c OR gelten jedoch längstens bis zum Ende der vertraglichen vereinbarten Dauer des Vertrages. Das folgende Beispiel zeigt die Auswirkungen: Ein Arbeitsvertrag wird mit Kündigungsfrist von einem Monat und einer Maximaldauer von zwei Jahren (1.1.2017 – 31.12.2018) abgeschlossen. Am 31.10.2018 möchte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30.11.2018 künden; es liegt jedoch ein Sperrfristengrund, z.B. eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, vor. Die Mitarbeiterin befindet sich im zweiten Dienstjahr geniesst folglich während 90 Tagen Sperrfristenschutz (Art. 336c Abs. 1 lit. c OR). Trotz des Sperrfristenschutzes von 90 Tagen endet dieses Arbeitsverhältnis am 31.12.2018. Gleiches gilt, wenn am 31.10.2018 eine Schwangerschaft vorliegt und die Mitarbeiterin deshalb bis 16 Wochen nach der Niederkunft Sperrfristenschutz geniessen würde.
- 13 An sich können durch einen **befristeten Arbeitsvertrag mit Probezeit und Kündigungsoption** für beide Parteien **Flexibilität** (Kündigungsmöglichkeit) und Sicherheit (feste Vertragsdauer) kombiniert werden. Wie gezeigt wurde, erweist sich ein solches Konstrukt für den **Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin als nachteilig**, wenn im Zeitpunkt des Ablaufs der Befristung ein besonderes **Schutzbedürfnis** besteht.
- 14 Dieses Schutzbedürfnis betrifft insbesondere **Arbeitnehmerinnen im gebärfähigen Alter**, denn befristete Arbeitsverträge haben je nach Zeitpunkt der Schwangerschaft regelmässig den **Verlust des Sperrfristenschutzes** zur Folge. Die Auswirkungen sind gravierend, da Arbeit-

¹⁰ ERTL (Fn 3), Rz 560 – 563.

¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9), Art. 334, N 5.

¹² BRÜHWILER, JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Basel, 2014, Art. 334, N 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9), Art. 334 OR, N 4; BGE 114 II 349, E. 2a, Bger 4C.62/2001, E. 2a.

¹³ ERTL (Fn 3), Rz 79.

nehmerinnen haben während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft umfangreiche Schutzrechte¹⁴. Diesen stehen spiegelbildlich entsprechende Verpflichtungen der Arbeitgeberin gegenüber. Bei Arbeitnehmerinnen dienen befristete Verträge somit eher den Arbeitgeberinnen. Die Befristung von Arbeitsverträgen hat also auch eine **Gleichstellungsdimension**. Auf diese wird noch zurückzukommen sein¹⁵.

1.2. Fortsetzung der befristeten Anstellungen bzw. Neuanstellung

- 15 Nach Art. 334 Abs. 2 OR gilt ein befristetes Arbeitsverhältnis, das nach Ablauf der vereinbarten Dauer **stillschweigend** fortgesetzt wird, als **unbefristetes Arbeitsverhältnis**. Diese Fortsetzung beruht auf einer vermuteten Umwandlung des bisher befristeten Arbeitsverhältnisses in ein solches unbefristeter Natur. Es handelt sich hier nicht um einen Neuabschluss des Vertrages. Dies hat zur Folge, dass für die Frage der Anrechenbarkeit von Dienstjahren – relevant bei Kündigungsfristen nach Art. 335c OR, bei der Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR und beim Schutz vor Kündigung zur Unzeit nach Art. 336c OR – auf den Beginn des (zuvor) befristeten Arbeitsverhältnisses abzustützen ist¹⁶.
- 16 Wird ein **befristetes Arbeitsverhältnis** nach Ablauf der vereinbarten Frist für eine **bestimmte Zeit verlängert**, so dauert es bis zum Ende der neu vereinbarten Frist. Es handelt sich auch hier **nicht** um einen **Neuabschluss** eines Arbeitsvertrages, sondern um die befristete Verlängerung eines befristeten Vertrages. Weiterhin liegt aber ein befristeter Vertrag vor, so dass die Kündigungsschutzbestimmungen bei Ablauf der Frist keine Geltung haben. Auch in dieser Situation ist nach dem Grund für die lediglich befristete Verlängerung des Vertrages zu fragen. Nur wenn die erneute Befristung nicht der Gesetzesumgehung dient, ist sie zulässig.
- 17 Ein befristetes Arbeitsverhältnis kann mit oder ohne kürzeren oder längeren Unterbruch auch im Rahmen eines erneuten Abschlusses eines befristeten Arbeitsvertrages verlängert werden. Fraglich ist dann, ob es sich um ein einheitlich zusammenhängendes oder um ein neues Arbeitsverhältnis handelt. Die Beantwortung dieser Frage ist relevant für die auf Dienstjahren basierenden Ansprüche.
- 18 Sich ablösende, aneinandergereihte befristete Arbeitsverträge (durch Verlängerung oder Neuabschluss) werden als „**Kettenarbeitsverträge**“ bezeichnet¹⁷. Solche Vereinbarungen sind – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB) – sowohl im privaten als auch im öffentlichen Recht **grundsätzlich** zulässig¹⁸.

¹⁴ Siehe Art. 35a und 35b des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) und die Mutterschaftsverordnung (SR 822.11.52).

¹⁵ Siehe unten, Rz 35 ff.

¹⁶ BRÜHWILER (Fn 12), Art. 334, N 5.

¹⁷ VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. erweiterte Auflage, Basel, 2014, S. 302.

¹⁸ BGer vom 28.06.2007, 2P.26/2007, E. 3.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.05.2015, A-7021/2014, E. 4.1.3.

1.3. Erfordernis des Sachgrundes für befristete Verträge

- 19 Eine **unzulässige Befristung** liegt dann vor, wenn die Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen der **Gesetzesumgehung** dient. Wie bereits erwähnt, kann auch schon eine erst- und einmalige Befristung diesen Tatbestand erfüllen¹⁹.
- 20 Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse zulässig, wenn für die Befristung ein **sachlicher Grund** vorliegt²⁰. Fehlt es an einem solchen, ist die Befristung unbeachtlich und das Arbeitsverhältnis gilt als unbefristet. Auch diese Regeln gelten grundsätzlich sowohl für private als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse²¹.
- 21 Als sachliche Gründe für eine Aneinanderreihung mehrerer befristeter Arbeitsverträge erkennen Lehre und Rechtsprechung **Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses** oder spezifische betriebliche Umstände an, wie z.B. beim Bühnenengagement (Schauspieler, Künstler), beim Einsatz in einem Saisonbetrieb oder bei der **Ausbildung** des Nachwuchses (Lehrkräfte mit Semester- oder Schuljahrstellungen) sowie die wirtschaftliche Situation eines Unternehmens²² oder die fehlende fachliche Qualifikation des Arbeitnehmers²³.
- 22 In einem das öffentliche Personalrecht betreffenden Fall hat das Verwaltungsgericht Zürich am 12.01.2011 entschieden, dass Dienstverhältnisse mit Oberärzten/innen Ausbildungscharakter hätten und deshalb die Befristungen über ein Jahr hinaus zulässig seien²⁴. In einem anderen Fall entschied das gleiche Gericht, eine Fortsetzung der befristeten Anstellung einer Lehrperson nach einem ebenfalls befristeten Ausbildungsverhältnis stelle keinen unzulässigen Kettenarbeitsvertrag dar²⁵.

1.4. Befristete Verträge und Unternehmerrisiko

- 23 Bis jetzt wurden in Lehre und Praxis kaum thematisiert, ob die Aneinanderreihung befristeter Arbeitsträge nicht gegen den Grundsatz verstossen könnte, wonach das **Unternehmerrisiko** grundsätzlich von der **Arbeitgeberin** zu tragen ist.

¹⁹ Siehe oben, Rz 9.

²⁰ BGer vom 28.06.2007, 2P.26/2007, E. 3.5 ff., BGer vom 13.09.2007, 4A_216/2007, E. 1.3, BGE 129 III 618, E. 6.2, BGer vom 26.02.2012, 4A_609/2012, E. 4.1; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.01.2012, A-3434/2011, E. 5.3; vom 05.03.2015, A-6990/2014, E. 3.3; vom 17.06.2015, A-634/2015, E. 4.2; PETER HELBLING, Kommentar zu Art. 9 BPG, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BPG, Bern 2013, Rz 55; BBl 1984 II 551, S. 594, siehe auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9), Art. 334 OR N 7.

²¹ BGer vom 28.06.2007, 2P.26/2007, E. 3.5 und 3.6.

²² BGer vom 28.06.2007, 2P.26/2007, E. 3.7, REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner-Kommentar, Art. 334 OR N 13; REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, Rz 299, siehe auch BRÜHWILER, Art. 334 OR N 6, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9), Art. 334 OR, N 7. Eine Schranke der zulässigen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens bildet die unzulässige Übertragung des Unternehmerrisikos, siehe dazu unten, Rz 23 ff.

²³ BGer vom 26.03.2008, 1C_100/2007, E. 3.3.2.

²⁴ Verwaltungsgericht Zürich, Urteil vom 12.01.2011, PB.2010.00005, E. 4. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung folgt hinten, Rz 52.

²⁵ Verwaltungsgericht Zürich, Urteil vom 15.12.2011, VB.2011.00680, E. 3.2 – 3.4.

- 24 Dass die Arbeitgeberin das Unternehmerrisiko zu tragen hat, ist eine spezifische Ausprägung des Schutzes der schwächeren Vertragspartei²⁶. Diese Last bildet die Kehrseite zur Freiheit, einen allfälligen Unternehmensgewinn nicht mit den Arbeitnehmenden teilen zu müssen, sofern nichts anderes vertraglich abgemacht ist²⁷.
- 25 Die Last zur Übernahme der wirtschaftlichen und betrieblichen Risiken durch den Arbeitgeber ist für bestimmte Fragen ausdrücklich gesetzlich verankert²⁸. So sieht Art. 324 OR vor, dass der Arbeitgeber, der verschuldet oder unverschuldet die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verhindert, den Lohn dennoch ausrichten muss. Zu den vom Arbeitgeber in der Regel nicht verschuldeten Gründen zählen betriebliche wie und wirtschaftliche Risiken, die zur Risikosphäre der Arbeitgeberin gehören²⁹.
- 26 Das Bundesgericht musste in BGE 125 III 65 die Frage entscheiden, ob auch bei einem Vertrag über Arbeit auf Abruf die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten ist³⁰. Streitig war dabei, ob die Arbeitgeberin berechtigt war, während der Kündigungsfrist den Arbeitsumfang massiv zu verringern. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, der Arbeitnehmer hätte in die Arbeit auf Abruf nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers vertraglich eingewilligt³¹. Das Bundesgericht erinnerte demgegenüber an den in Art. 324 OR verankerten Grundsatz des von der Arbeitgeberin zu tragenden Unternehmerrisikos, von dem auch bei der Arbeit auf Abruf nicht abzuweichen sei³². Wenn ein Vertrag auf Abruf es erlaube, die übliche Arbeitsmenge plötzlich massiv herabzusetzen, so verliere der mit der Kündigungsfrist verbundene Schutz seine Substanz, worin eine offensichtliche Verletzung von Art. 335c OR liege³³. Im Lichte des von der Lehre³⁴ wohlwollend aufgenommenen BGE 125 III 65 ist davon auszugehen, dass **Art. 324 OR über den Arbeitgeberverzug hinaus eine grundlegende Bedeutung hat**.
- 27 Für die vorliegende Thematik bedeutet dies: Wenn das Motiv einer Arbeitgeberin für eine befristete Anstellung an sich und/oder für die Aneinanderreihung mehrerer befristeter Anstellungen hintereinander darin besteht, letztendlich das **normale Betriebsrisiko** (z.B. Schwankungen in der Auftragslage, unklare Verhältnisse hinsichtlich politischer Rahmenbedingungen u.ä.) auf die **Arbeitnehmenden zu übertragen**, so stellt dies **keinen ausreichenden Sachgrund für eine Befristung** dar³⁵.

²⁶ PORTMANN, DOMINIQUE, Mitarbeiterbeteiligung, Bern 2005, N 201, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9), N 5 zu Art. 324 OR, VISCHER/MÜLLER (Fn 17), S. 121; BGE 124 III 346, E.2a, BGE 114 II 274 E.4.

²⁷ Bezirksgericht Arlesheim im Entscheid vom 31. Januar 2012 (150 11 1966 IV), E. 6.6.2.

²⁸ Näheres dazu bei KURT PÄRLI, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, Jusletter vom 11. Mai 2015.

²⁹ VISCHER/MÜLLER (Fn 17), N 1, S. 149 f., STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 9) N 5 zu Art. 324 OR, BRÜHWILER (Fn 12), N 2; BGE 124 III 336, E. 2a.

³⁰ BGE 125 III 65, siehe auch Pra 88 (1999), Nr. 111.

³¹ Kantonsgerichts FR i.S. A c. B (4P.25/1998).

³² BGE 125 III 65, E.5.

³³ BGE 125 III 65, E. 4b)aa.

³⁴ REHBINDER/STÖCKLI (Fn 22), Art. 324 OR, N 42, WIEGAND, WOLFGANG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, in: ZBJV 137/2001 S. 93, SENTI, CHRISTOPH, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pickettdienst, in: ZBJV 142/2006 S. 645 (676).

³⁵ So auch ERTL (Fn 3), Rz 551.

2 *Befristete Anstellungen im öffentlichen Dienstrecht*

- 28 In welchem Ausmass befristete Anstellungen im öffentlichen Dienstrecht zulässig sind, beurteilt sich nach **Massgabe des anwendbaren Personalrechts**.
- 29 Zu beachten ist allerdings, dass **aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge** nach der Lehre und im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis auch im **öffentlichen Dienstrecht** nur zulässig sind, wenn es für die **Befristung sachliche Gründe** gibt³⁶.
- 30 Es liegt auf der Hand, dass gerade der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber (öffentlich-rechtliche Anstalten, öffentlich-rechtliche Körperschaften) befristete Arbeitsverhältnisse nicht abschliessen darf, um dadurch den Arbeitnehmenden ihnen zustehende Ansprüche zu vereiteln. Angesichts des im öffentlichen Personalrecht stärker ausgebauten Kündigungsschutzes (namentlich das Erfordernis eines sachlichen Grundes für eine Kündigung sowie Gehörsansprüche und Verfahrensvorschriften) hat indes auch der öffentliche Arbeitgeber aus betrieblicher Perspektive zwar naheliegende **aber nicht legitime** Interessen, durch **befristete Verträge die Geltung von (strengen) Kündigungsschutzvorschriften zu vermeiden**.
- 31 Auf Bundesebene ist nach Art. 9 Abs. 1 Bundespersonalgesetz (BPG) eine Befristung grundsätzlich nur für maximal drei Jahre zulässig. Bei längerer Dauer wandelt sich das befristete Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes um. Dasselbe gilt für den Fall, dass ein Arbeitsverhältnis nach Ablauf einer unter drei Jahren liegenden vereinbarten Befristung stillschweigend fortgesetzt wird³⁷.
- 32 In zahlreichen anderen Kantonen finden sich im Personalrecht Vorschriften zu befristeten Anstellungen. Eine systematische Analyse aller Erlasse kann im Rahmen dieses kurzen Gutachtens nicht vorgenommen werden. Exemplarisch wird nachfolgend lediglich auf die Rechtslage für die Spitäler in Basel-Land und Basel-Stadt verwiesen.
- 33 Das Personalrecht des Kantons Basel-Land definiert auf Verordnungsstufe Voraussetzungen und Schranken befristeter Verträge. § 6 der Verordnung zum Personalgesetz Basel-Land³⁸ erlaubt den Abschluss befristeter Arbeitsverträge für Anstellungen, die aufgrund ihrer Aufgabenstellung befristet sind, namentlich für den befristeten Einsatz in einer Stellvertretungsfunktion, für Anstellungen von Lehrpersonen, wenn die Ausbildung unvollständig ist. Weiter hält die Bestimmung fest, dass die Gesamtdauer aller befristeter Verträge in der Regel nicht mehr als 48 Monate dauern soll und dass normalerweise maximal drei Befristungen zulässig sind.
- 34 Der öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsvertrag³⁹ Kantonsspital Basel-Land und Psychiatrie Basel-Land sieht demgegenüber vor, dass Befristungen bis fünf Jahre möglich sind. Die Anstellung von Assistenzärzten/innen erfolge zudem stets befristet; jene von Oberärzten/innen dürfen „im Rahmen der Karriereplanung“ auf zwei Jahre befristet werden, wobei in Ausnahmefällen auch hier eine Verlängerung der Befristung möglich ist⁴⁰. Nach dem (ebenfalls öffentlich-rechtlichen) Gesamtarbeitsvertrag für das Universitätsspital Basel sind befristete Anstellungen

³⁶ ERLT (Fn 3), Rz 448.

³⁷ Bundesverwaltungsgerichts vom 28.08.2014, A-4099/2014, E. 2.3.1 und vom 09.07.2014, A-2082/2014, E. 2.1.2.

³⁸ Verordnung zum Personalgesetz (Personalverordnung), SR 150.11.

³⁹ Siehe dazu oben, Rz 3.

⁴⁰ Art. 10.2 GAV Kantonsspital Basel-Land / Psychiatrie Basel-Land, in Kraft seit dem 1.1.2016.

zulässig, sofern und soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich oder angezeigt ist. Bei Assistenzärztinnen und -ärzten und Oberärztinnen und -ärzten ist das Anstellungsverhältnis grundsätzlich befristet, wobei in der Regel bei Erstanstellung ein Einjahresvertrag abgeschlossen wird. Nach dessen Ablauf ist in Berücksichtigung der Personalplanung eine mehrjährige Verlängerung vorzusehen⁴¹.

3 *Befristete Anstellungen im Lichte des Gleichstellungsgesetzes*

- 35 Das Gleichstellungsgesetz (GIG)⁴² verbietet die direkte und indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Art. 3 GIG). Das Verbot gilt dabei für den gesamten Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses (Bewerbung, Anstellung, Beschäftigungsdauer, Beendigung).
- 36 Besondere Aufmerksamkeit erfordert im vorliegenden Zusammenhang die Rechtsfigur der **indirekten Diskriminierung**. Eine solche liegt vor, wenn für eine ungleiche Behandlung vordergründig an ein neutrales Merkmal angeknüpft wird, die Auswirkungen dieser Anknüpfung aber das eine Geschlecht überproportional benachteiligen, ohne dass dafür eine sachliche Begründung vorliegt⁴³.
- 37 Sowohl Assistenzärzte als auch Assistenzärztinnen werden durch Spitäler regelmässig nur befristet angestellt. Wird eine **einjährige Befristung** zudem mit einer nach Gesetz zulässigen **Probezeit von drei Monaten** kombiniert, bedeutet dies im Ergebnis, dass eine **schwangere Ärztin** nach der Niederkunft nicht in den Genuss der Schutzvorschriften von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR und der Mutterschaftsschutzvorschriften des ArG kommen kann⁴⁴.
- 38 Wird nämlich die **Schwangerschaft** noch in der **Probezeit** bekannt, gilt der absolute **Kündigungsschutz** nach Art. 336c Abs. 1 lit. c OR gerade nicht. Eine solche Kündigung aufgrund der Schwangerschaft wäre zwar **diskriminierend** und würde zu einer Entschädigung nach Art. 5 Abs. 4 GIG führen. Die Kündigung wäre **aber gültig**.
- 39 Wenn die Schwangerschaft erst nach **Ablauf der Probezeit** auftritt, so ist in einem befristeten Vertrag die Kündigung nicht erforderlich, da das Arbeitsverhältnis ohne Kündigung endet. Die **Niederkunft** fällt in dieser Konstellation auf jeden Fall auf einen **Zeitpunkt nach dem Ende des Vertrages**, der im ArG vorgesehene **Mutterschaftsschutz fällt somit dahin**⁴⁵.
- 40 Es zeigt sich also, dass befristete Verträge mit Ärzten/innen eine **Gefahr für geschlechtsspezifische Diskriminierungen** beinhalten. An einer entsprechenden Gerichtspraxis fehlt es bis heute jedoch weitgehend. Immerhin ist auf folgende Entscheidung des Zürcher Verwaltungsgerichts hinzuweisen: Eine Tierärztin war seit 1. Juli 2011 als Assistenzärztin in einem dreijährigen Spezialisierungsprogramm auf der Basis eines auf ein Jahr befristeten Arbeitsvertrages

⁴¹ Art. 2.1.2 GAV Universitätsspital Basel, in Kraft seit dem 1.1.2016.

⁴² Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), SR 151.11.

⁴³ Botschaft GIG, S. 1295 f.

⁴⁴ So auch ERTL, S. 15 f.

⁴⁵ Möglich ist auch, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis erst nach der Niederkunft aber vor Ablauf des Mutterschaftsurlaubes endet. In dieser Situation hat zwar die Mutter für die verbleibende Dauer des Mutterschaftsurlaubes Anspruch auf Taggelder der EO, diese sind aber regelmässiger tiefer als der noch während der Befristung bezogene Lohn.

angestellt. Nach Ablauf des ersten Jahres wurde ihre Anstellung nicht verlängert. Die Klägerin erachtete die Nichtverlängerung als geschlechtsdiskriminierend motiviert und verlangte gestützt auf Art. 10 GIG die Weiterbeschäftigung während zwei Jahren. Das Verwaltungsgericht lehnte die Klage ab, u.a. mit der Begründung, dass die Klägerin nicht deutlich genug darlegt hätte, dass und inwieweit die Nichtverlängerung der Anstellung geschlechtsspezifische Gründe hätte⁴⁶. In einem anderen Fall musste eine kantonale Schlichtungsstelle beurteilen, ob die Nichtverlängerung einer befristeten Anstellung einer Biologin nach ihrer Bekanntgabe der Schwangerschaft eine nach GIG verbotene Diskriminierung darstelle. Die Schlichtungsstelle erachtete die Diskriminierung als glaubhaft und die Parteien einigten sich auf eine Entschädigung⁴⁷.

- 41 Das Gleichstellungsgesetz beinhaltet im Zusammenhang mit den Anstellungsbedingungen von Assistenz- und Oberärzten/innen durchaus **Potenzial für entsprechende Klagen**. Zu ergänzen ist, dass befristete Verträge sich über die gerade genannten Aspekte hinaus für Ärztinnen **und Ärzte** ganz generell als **nachteilig für die Organisation des Familienlebens** auswirken können. Diesem Umstand ist sinnvollerweise auch bei künftigen GAV-Verhandlungen Rechnung zu tragen.

4 Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse als Verletzung der EMRK

- 42 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in schöpferischer Rechtsprechung aus Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der und Menschenrechte Grundfreiheiten (EMRK)⁴⁸ auch ein **Recht auf Arbeit** abgeleitet, dass Schutz vor Kündigungen aus Gründen der Wahrnehmung von in der EMRK verankerten Rechten und Schutz vor **unrechtmässiger Nichtverlängerung** eines Arbeitsverhältnisses beinhaltet⁴⁹. Die Nichtverlängerung eines befristeten Anstellungsverhältnisses aus geschlechtsspezifischen Gründen könnte als Verletzung von Art. 8 EMRK (Schutz des Privatlebens bzw. Schutz des Familienlebens) in Verbindung mit Art. 14 EMRK (akzessorisches Diskriminierungsverbot) gerügt werden⁵⁰.
- 43 Aus der Rechtsprechung des EGMR ergeben sich für die Staaten umfangreiche positive Pflichten zum Schutze der Konventionsrechte in öffentlich-rechtlichen und privaten Arbeitsverhältnissen. Zwar können nur Staaten in Strassburg wegen Verletzung von EMRK-Rechten eingeklagt werden⁵¹. Gegen ein letztinstanzliches Urteil eines nationalen Gerichts kann jedoch un-

⁴⁶ Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 6.3.2013, VB.2012.00612.

⁴⁷ Kantonale Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen Basel-Stadt/Geschäftskontrolle Nr. 250/2016.

⁴⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

⁴⁹ Siehe zum Ganzen PÄRLI, KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, S. 1671-1701. Für den Kündigungsschutz gestützt auf Art. 8 EMRK siehe EGMR vom 23.09.2010, App. No. 1620/03, Schüth gegen Deutschland. Nach EGMR vom 12.06.2014, App. No. 56030/07, Martinez gegen Spanien, Rz. 109 ff., insbes. Rz. 113, fällt auch die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK.

⁵⁰ Siehe EGMR v. 19.02.2013, Appl. No. 38285/09, Garcia Mateos ./.. Spanien, hier ging es allerdings um eine Verletzung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 14 EMRK. Der Entscheid zeigt aber, dass ein ungenügender Rechtsschutz gegen geschlechtsspezifische Diskriminierung eine Verletzung der EMRK darstellen kann.

⁵¹ Das ergibt sich aus Art. 1 EMRK (Die Hohen Vertragsparteien sichern ...) in Verbindung mit Art. 34 EMRK und dem Zusatzprotokoll über das Individualbeschwerdeverfahren. Private sind für das Verfahren in Strassburg nicht passivlegitimiert.

geachtet der zivil- oder öffentlichrechtlichen Natur der Streitigkeit in Strassburg Beschwerde eingelegt werden.

- 44 Die konkrete Bedeutung der hier nur bruchstückhaft dargestellten arbeitsrechtlichen Dimension der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für die vorliegenden Fragen liegt darin, dass einerseits vor den schweizerischen Gerichten die **Nichtverlängerung** einer befristeten Anstellung bzw. die mehrfache Aneinanderreihung befristeter Anstellungen (auch) **als Verletzung der EMRK** gerügt werden könnte. Andererseits kann gegen eine letztinstanzliche nationale Gerichtsentscheidung vor dem EGMR Beschwerde geführt werden.

III) Die Situation von Assistenz- und Oberärzten/innen

1 Praxisprobleme

- 45 Die Verbreitung und Ausprägung befristeter Verträge von Assistenz- und Oberärzten/innen werden in der Untersuchung von ERTL anschaulich beschrieben⁵². Die Erkenntnisse aus dieser Untersuchung werden durch Einzelfälle bestätigt, die dem Gutachter zugetragen werden.
- 46 Zum Erlangen eines Facharztstitels sind zum Teil zweijährige Erfahrungen erforderlich. Dennoch werden für solche Arbeitsverhältnisse lediglich auf ein Jahr befristete Arbeitsverträge angeboten. Der grundsätzlich zulässige Sachgrund für die Befristung – die Weiterbildung - würde gerade für eine zweijährige Befristung sprechen. Werden solche **befristeten Verträge** überdies mit **Probezeit und Kündigungsmöglichkeiten** während der Befristung ergänzt, so hat die Arbeitgeberin buchstäblich „**den Fünfer und das Weggli**“. Das Spital kann auf die Verlängerung nach einem Jahr verzichten, ohne dass es dafür eine ggf. begründungsbedürftige Kündigung bedarf. Die betroffenen Ärzte/innen ihrerseits sind auf die zweijährige Ausbildung aus Ausbildungsgründen angewiesen und sind so gerade nicht die Nutzniesser der Freiheit, die eine lediglich einjährige Befristung theoretisch beiden Parteien bietet. Dazu kommen die Vorteile für die Arbeitgeberin einer lediglich einjährigen Befristung im Falle einer Schwangerschaft/Mutterschaft⁵³.
- 47 Es kommt in der Praxis häufig vor, dass mehr als drei aneinander gereihte befristete Anstellungen vereinbart werden. Nach Angaben der von ERTL befragten Ärzte/innen ist dies sogar die Regel. Aber auch die befragten Spitäler bestätigen, dass wiederholte Befristungen üblich sind, zum Teil bis zu sieben Jahresbefristungen⁵⁴.
- 48 Gemäss Angaben des VSAO wissen die betroffenen Assistenz- und Oberärzten/innen häufig bis kurz vor Ablauf des befristeten Vertrages nicht, ob sie einen neuen (regelmässig erneut befristeten) Vertrag erhalten. Gestützt auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht ist indes die Arbeitgeberin verpflichtet, das wirtschaftliche Fortkommen der Arbeitnehmer/innen zu fördern. Auch aus der spezifischen Verpflichtung zum Persönlichkeitsschutz (Art. 328 OR für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, vergleichbare Bestimmungen im öffentlichen Personalrecht soweit nicht ohnehin im öffentlichen Personalrecht auf Art. 328 OR verwiesen wird) lässt sich eine Pflicht der Arbeitgeberin ableiten, die Assistenzärzte/innen und Oberärzte/innen möglichst frühzeitig über eine Vertragsverlängerung zu informieren.

⁵² ERTL (Fn 3), S. 181 ff.

⁵³ Siehe dazu oben, Rz 14.

⁵⁴ Ertl (Fn 3), S. 188 und 189.

2 Würdigung

2.1. Ausbildung als Sachgrund für die Befristung

- 49 Als Sachgrund für eine lediglich befristete Anstellung wird in der Praxis regelmässig der Ausbildungszweck der Anstellung ins Feld geführt. Diese Argumentation findet in zahlreichen personalrechtlichen Erlassen grundsätzlich eine Stütze⁵⁵. Die **Befristung** ist indes nur dann und nur **soweit zulässig**, als sie durch den **Ausbildungszweck erforderlich** ist. Wenn mit der Befristung gleichzeitig auch – von der Arbeitgeberin gewollt oder nicht – bewirkt wird, dass Arbeitnehmenden Anspruch auf arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen verloren gehen, ist zu prüfen, ob Alternativen zur Befristung bestehen bzw. ob die **Befristung hinsichtlich Anzahl und Dauer beschränkt** werden muss.
- 50 Besonders **problematisch** sind **befristete Verträge zu Ausbildungszwecken** dann, wenn sie mit **Probezeit und Kündigungsfrist** kombiniert werden. Der an sich zulässige Sachgrund für eine Befristung, die Ausbildung, kann so durch die eine oder andere Partei auf dem Wege einer **Kündigung vereitelt** werden. Angesichts des strukturellen **Machtungleichgewichts** zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden erweist sich die **Kündigungsoption** primär als ein **Vorteil für die Arbeitgeberin**.
- 51 Statt einer befristeten Anstellung mit Probezeit und Kündigungsoption (eigentlich unbefristeter Vertrag mit Maximalfrist)⁵⁶ sind **befristete Verträge mit minimaler Dauer**⁵⁷ sinnvoller. Ein solcher Vertrag würde mindestens so lange dauern, wie dies der Ausbildungszweck erfordert (z.B. ein oder zwei Jahre); **danach wäre der Vertrag von beiden Parteien kündbar**. Diese Lösung wäre sachgerecht (Sicherung des Ausbildungszweckes) und würde den berechtigten Interessen sowohl der Arbeitgebenden und als auch der Arbeitnehmenden Rechnung tragen.
- 52 Bei befristeten Verträgen mit einer minimalen Dauer und anschliessender Kündigungsmöglichkeit stellt sich Frage, wie umzugehen ist, wenn während der minimalen Dauer des Vertrages Konflikte auftauchen und die eine und/oder die andere Partei eine vorzeitige Auflösung des Vertrages wünscht. In dieser Konstellation bietet sich das auch in der Praxis bewährte Modell des **Aufhebungsvertrages** auf. Ein solcher setzt einen Konsens zwischen den Vertragsparteien voraus und ist gültig, sofern und soweit der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht auf ihr nach Gesetz zustehende zwingende Ansprüche verzichtet.
- 53 Sollte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Arbeitgeberin oder den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin innerhalb der Befristung nicht mehr zumutbar sein, besteht überdies die Möglichkeit der fristlosen Kündigung (Art. 337 OR für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, ähnliche Regelungen im öffentlichen Personalrecht).
- 54 Nach Ende der minimalen Dauer kann der Vertrag von beiden Parteien ordentlich gekündigt werden. Besonders bei den in Spitälern zunehmend verbreiteten **privatrechtlichen Anstellungen** ist ein Arbeitsverhältnis auch ohne grosse Formalitäten und ohne Notwendigkeit des Vorliegens eines sachlichen Grundes kündbar (Grundsatz der Kündigungsfreiheit). Wenn jedoch **besondere Schutzbedürfnisse** bestehen, namentlich bei Schwangerschaft/Mutterschaft oder bei Krankheit, bieten die in Art. 336c OR verankerten Sperrfristen den **betroffenen Ar-**

⁵⁵ Siehe oben, Rz 38 f.

⁵⁶ Siehe dazu oben, Rz 11.

⁵⁷ Siehe dazu oben, Rz 10.

beitnehmenden einen zeitlich beschränkten Schutz. So gehen insbesondere den Ärztinnen die ihnen im Falle einer Schwangerschaft/Mutterschaft zustehenden Rechte nicht als Folge der befristeten Verträge verloren.

- 55 Es fragt sich weiter, ob und wann **befristete Verträge auch mit Oberärzten/innen** zulässig sind. Das Verwaltungsgericht Zürich äusserte sich dazu in einem Entscheid vom 12.01.2011⁵⁸. Im Kanton Zürich sind nach § 13 Abs. 1 und 2 des Personalgesetzes (PG)⁵⁹ befristete Verträge in der Regel nur für längstens ein Jahr zulässig. Bei entsprechender spezialgesetzlicher Regelung lässt indes § 13 Abs. 2 Satz 3 PG zu, dass bei Anstellungsverhältnissen mit Ausbildungscharakter auch längere Befristungen möglich sind. Die regierungsrätliche Weisung zum Personalgesetz zählt die Anstellungsverhältnisse der Oberärzte ausdrücklich zu diesen Anstellungsverhältnissen⁶⁰. Weiter hielt § 31 Abs. 2 für den Sachverhalt relevante, aber zwischenzeitlich aufgehobene Verordnung über die kantonalen Krankenhäuser fest, dass die Anstellung der Oberärzte in der Regel sieben Jahre nicht überschreiten solle. Das Verwaltungsgericht Zürich kam zum Schluss, die genannten Regelungen würden eine spezialgesetzliche Grundlage für die Zulässigkeit auch mehrerer Befristungen darstellen. Das treffe auch auf die neue gesetzliche Regelung zu (§ 6 des Personalreglements des Universitätsspitals Zürich (PR-USZ))⁶¹.
- 56 Das Verwaltungsgericht hielt zudem fest, die Anstellungsbehörde habe beim Entscheid, ob und wie lange Anstellungen befristet würden, einen **Ermessensspielraum**. Im konkreten Fall erweise sich die **zweimalige Befristung** mit einer **Gesamtdauer von vier Jahren** als zulässig, ein unzulässiger Kettenarbeitsvertrag liege nicht vor⁶².
- 57 Aus dem Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts darf **nicht der Schluss** gezogen werden, dass bei Oberärzten/innen **generell die Ausbildung als Sachgrund für eine befristete Anstellung zulässig** ist. Vielmehr ist zu fragen, ob die Oberärztin bzw. der Oberarzt einen zusätzlichen Facharztstitel erwerben will oder nicht. Im ersten Fall kann die entsprechende Ausbildungszeit einen zulässigen Sachgrund für eine Befristung darstellen. Wenn es sich jedoch um eine Fortbildung und nicht um eine Ausbildung handelt, fällt „Ausbildung“ als Rechtfertigung der befristeten Anstellung ausser Betracht.
- 58 **Zusammenfassend** lässt sich festhalten: Der Abschluss eines befristeten Vertrages ist durch den Sachgrund „Ausbildung“ gerechtfertigt. Als Ausbildung ist nur die Aus- bzw. Weiterbildung zum Facharzt bzw. zur Fachärztin anzuerkennen. **Nicht zulässig** ist indes die **Kombination einer befristeten Anstellung mit einer Probezeit und Kündigungsmöglichkeit innerhalb**

⁵⁸ Urteil des Verwaltungsgericht Zürich vom 12.01.2011, PB.2010.0005.

⁵⁹ Kanton Zürich, Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG), SR 177.10.

⁶⁰ Weisung zum Personalgesetz vom 22. Mai 1996, ABI 1996, 1131 ff.

⁶¹ Urteil des Verwaltungsgericht Zürich vom 12.01.2011, PB.2010.0005, E. 4.3.4. § 6 PR-USZ sieht weitgehende Befristungen vor. Ob diese Regelung höherrangigem Recht standhält, kann im Rahmen dieses Kurzgutachtens nicht beurteilt werden. Die Verlängerung auf insgesamt sieben Jahre mit der Option einer nochmaligen Verlängerung auf total zehn Jahre (§ 6 Abs. 3 PR-USZ) erscheint aber sehr lang und von daher nicht unproblematisch. Nicht vorgesehen sind übrigens befristete Arbeitsverträge mit Probezeit und Kündigungsoption. Lediglich unbefristete Arbeitsverträge können gekündigt werden (§ 6 Abs. 1 PR-USZ).

⁶² Urteil des Verwaltungsgericht Zürich vom 12.01.2011, PB.2010.0005, E. 4.3.3. Das Verwaltungsgericht verweist darauf, dass bei bloss zwei aufeinanderfolgenden Befristungen ohnehin eine Gesetzesumgehung ausgeschlossen sei. Dies ist jedoch nach der vorliegend vertretenen Position falsch. Bereits eine erstmalige Befristung ist missbräuchlich, wenn der Zweck der Befristung einzig darin besteht, die Entstehung von Schutzansprüchen des Arbeitnehmers zu verhindern oder unzulässigerweise das Unternehmerisiko auf den Arbeitnehmenden zu überwälzen. Siehe dazu oben, Rz 9.

der Befristung. Das mit der Befristung verfolgte legitime Ziel (nicht Kündbarkeit der Anstellung während der Ausbildungszeit) wird so vereitelt. **Zulässig** ist demgegenüber die **Vereinbarung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Mindestdauer und anschliessender Kündigungsmöglichkeit.** Diese Lösung trägt dem Sachgrund „Ausbildung“ Rechnung und berücksichtigt je die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen angemessen⁶³.

2.2. Schwangerschaft/Mutterschaft und Befristung

59 Wie bereits an mehreren Stellen in diesem Gutachten ausgeführt wurde, sind befristete Anstellungen von Assistenzärztinnen (und Oberärztinnen) im Lichte des Gleichstellungsgesetzes problematisch⁶⁴. Das ist besonders dann der Fall, wenn lediglich einjährige Befristungen mit einer Probezeit von drei Monaten und einer Kündigungsfrist kombiniert werden⁶⁵. Da solche **Verträge** faktisch zum gänzlichen Wegfall der Schwangerschafts- und Mutterschaftsschutzvorschriften führen, sind sie **indirekt geschlechtsdiskriminierend** (Art. 3 GIG) und somit **unzulässig**.

2.3. Weitere Überlegungen

60 ERLT weist in seiner Dissertation unter Bezugnahme auf eine Studie des schweizerischen Gesundheitsobservatorium (OBSAN)⁶⁶ auf einen historischen Zusammenhang zwischen der Häufung befristeter Anstellungen von Assistenz- und Oberärzten/innen und den ausländerrechtlichen Regelungen hin. Bis zum Jahre 2007 wurden für (auch für EU/EFTA) ausländische Ärzte/innen Kurzaufenthaltsbewilligungen bis zu einem Jahr erteilt, die bei Bedarf erneuert werden konnten. Vor diesem Hintergrund bestand damals ein (weiterer) Sachgrund für die jährliche Befristung. Dieser Grund ist jedoch in Bezug auf EU/EFTA-Ausländer/innen weggefallen, denn diese profitieren nun von der vollen Freizügigkeit. Ein Sachgrund „befristete Bewilligung“ fällt somit ausser Betracht. ERTL vermutet, dass diese Praxis der kurzen Befristungen dennoch durch die Spitäler weitergeführt wird⁶⁷.

61 Daraus ergibt sich: Ein Sachgrund „ausländerrechtliche Bewilligungshürden“ ist zumindest für die EU/EFTA-ausländischen Ärzte/innen nicht gegeben.

IV) Zusammenfassende Beantwortung der Gutachterfragen

62 Die VSAO will erstens wissen, ob insbesondere für Oberärztinnen und –ärzte wiederholte befristete Verträge wie z.B. für einen Anstellungszeitraum von zweimal drei Jahren oder zwei bis drei Verträge über ein Jahr zulässig sind.

- Nach den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen werden solche befristeten Verträge überdies regelmässig mit Probezeit und Kündigungsfrist kombiniert. Die so beidseitig erhöhte Flexibilität erweist sich in der Praxis regelmässig für die Arbeitnehmenden als nachteilig⁶⁸.

⁶³ Siehe dazu Rz 10 und Rz 52 bis 54.

⁶⁴ Siehe Rz 14, 35 ff., 59.

⁶⁵ Siehe Rz 14.

⁶⁶ Obsan, Ausländisches Gesundheitspersonal in der Schweiz, Obsan-Bericht 39, 2010.

⁶⁷ ERTL (Fn 3), S. 32.

⁶⁸ Siehe Rz 13.

- Im Lichte der Ausführungen in diesem Gutachten ist eine solche Befristung nur soweit zulässig, als dass sie mit dem Argument „Ausbildung“ gerechtfertigt werden kann. Eine Ausbildung eines Oberarztes bzw. einer Oberärztin liegt vor, wenn ein zusätzlicher Facharzttitel erworben wird und aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis für die fragliche Zeitspanne befristet wird⁶⁹. Wiederholte befristete Anstellungen mit Oberärzten/innen ohne Vorliegen des Sachgrundes „Aus- bzw. Weiterbildung“ sind unzulässig.
 - Keine zulässigen Befristungsgründe stellen betriebswirtschaftliche Aspekte dar, denn das Unternehmerrisiko darf nicht auf die Arbeitnehmenden überwältigt werden⁷⁰.
 - Die Argumentation der Spitäler, wonach man nicht ein ganzes Berufsleben lang Oberarzt bleiben könne, geht insofern fehl, als dadurch befristete Verträge gerechtfertigt werden. Das Merkmal unbefristeter Verträge besteht gerade darin, dass sie gekündigt werden können. Das bedeutet konsequenterweise auch, dass die im konkreten Fall anwendbaren Kündigungsschutzbestimmungen Anwendung finden.
- 63 Die zweite Frage des VSOA bezieht sich auf die einjährigen Verträge von Assistenzärztinnen und – ärzten, die ebenfalls mit dem Argument der Aus- bzw. Weiterbildung gerechtfertigt werden.
- Wenn für den angestrebten Facharzttitel eine zweijährige Ausbildungsphase in einem bestimmten Gebiet erforderlich ist, so bedarf es für eine lediglich einjährige Anstellungsdauer einer besonders stichhaltigen Begründung. Diese Begründung muss im Zusammenhang mit der Ausbildung stehen⁷¹.
 - Einjährige befristete Anstellungen mit Probezeit und Kündigungsfrist erweisen sich insbesondere für Assistenzärztinnen im Falle einer Schwangerschaft/Mutterschaft als äussert nachteilig⁷². Angesichts der tatsächlichen Nachteile für die betroffenen Frauen ist diese Form der Befristung indirekt geschlechtsdiskriminierend und folglich unzulässig⁷³.
- 64 Aus den gesamten Ausführungen in diesem Gutachten lässt sich zudem die folgende Erkenntnis (für Assistenz- und Oberärzte/innen) gewinnen:
- Ausbildung bzw. Weiterbildung (Facharzt/Fachärztin) ist ein anzuerkennender Sachgrund für eine Befristung. Wird jedoch die Befristung mit Probezeit und Kündigungsfrist kombiniert, benachteiligt dies den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin übermässig. Der Ausbildungszweck kann auch mit einem nach Ablauf einer bestimmten Mindestdauer kündbaren Vertrag realisiert werden. Diese Lösung berücksichtigt sowohl Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen angemessen und ist deshalb der Variante „Befristung mit Probezeit und Kündigungsfrist“ vorzuziehen⁷⁴.

⁶⁹ Siehe Rz 46f. 55.

⁷⁰ Siehe Rz 23 ff.

⁷¹ Siehe Rz 21 ff., 46 ff.

⁷² Siehe Rz 14.

⁷³ Siehe Rz

⁷⁴ Siehe Rz 10, 52 bis 54 und 58.