



Fall-Nr.: K 2013/3
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 23.08.2016
Entscheiddatum: 23.08.2016

Entscheid Verwaltungsgericht, 23.08.2016

Personalrecht, Verweisung, Diskriminierungsverbot, Arbeitszeit, Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV, Art. 2, Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 5 Abs. 1 lit. d sowie Art. 6 GlG, Art. 9 lit. a VStD und Art. 27 Abs. 1 PersV. Anhaltspunkte für einen dynamischen Verweis, d.h. für die automatische Übernahme des jeweils gültigen Lohnsystems des Kantons auf kommunaler Stufe, sind keine ersichtlich (E. 3.1). Das Lohnniveau der Beklagten weicht von demjenigen des Kantons ab. Mit dem Verweis auf das Gehalt der vom Kanton und nicht von der Beklagten angestellten Polizisten vermag die Klägerin eine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung nicht glaubhaft zu machen (E. 3.3). Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes verneint (E. 4.1). Die Beklagte war gestützt auf Art. 2 Abs. 1 des kommunalen Dienst- und Besoldungsreglements befugt, mit der Klägerin vertraglich eine von der Normalarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche abweichende Arbeitszeit zu vereinbaren (E. 4.4). Aus der mindestens 15-monatigen Übung lässt sich schliessen, dass die Parteien anstelle der wöchentlichen Normalarbeitszeit bei einem Beschäftigungsgrad von 70 % und einem Nachtzeitzuschlag von 16.66 % sowie der der Klägerin zustehenden Ferien- und Feiertage eine Arbeitszeit von 28.9 Stunden netto pro Woche vereinbart haben. Der Klägerin steht deshalb kein Anspruch auf Nachzahlung nicht vergüteter Arbeitszeit zu (E. 4.6), (Verwaltungsgericht, K 2013/3). Entscheid vom 23. August 2016

Besetzung

Präsident Eugster; Verwaltungsrichter Linder, Heer, Bietenharder; Ersatzrichterin Gmünder; Gerichtsschreiber Bischofberger



St.Galler Gerichte

Verfahrensbeteiligte

X.Y.,

Klägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Andreas Petrik, St. Leonhard-Strasse 45,
Postfach 1637, 9001 St. Gallen,

gegen

Politische Gemeinde A., Gemeinderat,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Christoph Senti, Advokaturbüro Frei Steger Senti,
Kriessernstrasse 40, 9450 Altstätten,

Gegenstand

Forderung aus Dienstverhältnis

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Mit Beschluss vom 13. Juli 2010 wurde X.Y. vom Gemeinderat A. per 1. November 2010 als Pflegefachfrau im Nachtdienst am Altersheim Q., einer stationären Einrichtung zur Betreuung und Pflege von Betagten der Politischen Gemeinde A. (vgl. Art. 28 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes, sGS 381.1, SHG), mit einem Beschäftigungsgrad von 70 % zu einem Bruttojahreslohn von CHF 52'601.60, monatlich CHF 4046.30, gewählt. Dabei wurde sie in die Besoldungsklasse 12, Stufe 8, eingestuft. Am 19. Juli 2010 erklärte sie



St.Galler Gerichte

sich unterschriftlich mit den Anstellungsbedingungen einverstanden (act. 2/4). Im Jahr 2011 verdiente sie nach eigenen Angaben brutto CHF 52'971.10, d.h. CHF 4074.70 monatlich (act. 1, S. 2 Ziff. III/5). Am 6. Dezember 2011 (act. 30/11) gewährte ihr der damalige Gemeindepräsident von A. eine individuelle Lohnerhöhung per 1. Januar 2012 auf CHF 53'981.20 brutto pro Jahr, CHF 4152.40 monatlich (Klasse 13, Stufe 7). Auf den 1. Januar 2013 erhielt sie keine Lohnerhöhung (act. 2/6).

B.

Am 10. Oktober 2012 machte X.Y. gegenüber dem Leiter des Altersheims Q. sowie dem Gemeindeschreiber und dem damaligen Gemeindepräsidenten von A. einen Fehler bei der Arbeitszeitberechnung geltend (act. 2/9). Am 17. Oktober 2012 überwies der Gemeinderat A. die Sache zuständigkeitshalber an die Altersheimkommission (act. 2/10). Am 19. November 2012 führte die Altersheimkommission offenbar ein Schlichtungsgespräch durch, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte (nicht aktenkundig, unbestritten). Am 27. November 2012 kündigte X.Y. das Dienstverhältnis per 28. Februar 2013 (nicht aktenkundig, unbestritten). Mit Schreiben vom 30. Januar 2013 machte X.Y. durch ihren Rechtsvertreter gegenüber dem Gemeinderat der Politischen Gemeinde A. eine Lohnnachforderung in der Höhe von CHF 50'000 geltend (act. 2/2). Mit Schreiben vom 4. März 2013 lehnte der Gemeinderat den geltend gemachten Anspruch ab (act. 2/3).

C.

Am 12. August 2013 liess X.Y. (Klägerin) durch ihren Rechtsvertreter Klage beim Verwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren erheben, die Politische Gemeinde A. (Beklagte) sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu verpflichten, ihr CHF 33'140.25 zuzüglich Zins von 5 % seit mittlerem Verfall zu bezahlen (act. 1). Mit Klageantwort ihres Rechtsvertreters vom 6. September 2013 beantragte die Beklagte, die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Überdies sei das Verfahren vorderhand auf die Prüfung der



Sachurteilsvoraussetzungen zu beschränken und ihr, falls auf die Klage einzutreten sei, eine Nachfrist zur Einreichung einer materiellen Klageantwort anzusetzen (act. 7). Zu den Verfahrensanhörungen der Beklagten nahm die Klägerin am 27. September 2013 Stellung (act. 10). Daraufhin liess sich die Beklagte am 24. Juni 2014 vernehmen (act. 15). Mit Teilentscheid vom 28. April 2015 trat das Verwaltungsgericht auf die Klage ein und setzte der Beklagten eine Frist von 20 Tagen an, um ihre Klageantwort mit einer materiellen Begründung zu ergänzen (act. 17, www.gerichte.sg.ch). Am 18. August 2015 ergänzte die Beklagte ihre Klageantwort mit einer materiellen Begründung (act. 22). Mit Replik vom 13. Oktober 2015 bestätigte die Klägerin ihre Anträge und Ausführungen (act. 29). Am 23. November 2015 duplizierte die Beklagte unter Festhalten an ihren Anträgen (act. 34).

Auf die Ausführungen der Klägerin und der Beklagten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1.

Über die Sachurteilsvoraussetzungen hat das Verwaltungsgericht bereits am 28. April 2015 (act. 17, www.gerichte.sg.ch) entschieden. Auf die Klage ist einzutreten.

2.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör als Teilgehalt des allgemeinen Grundsatzes des fairen Verfahrens von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, EMRK) und Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, BV), welcher auch durch Art. 29 Abs. 2 BV geschützt und im kantonalen Verfahrensrecht garantiert wird (vgl. Art. 15 VRP), umfasst unter anderem das Recht des Einzelnen, seine Argumente dem Gericht mündlich in einer öffentlichen Sitzung vorzutragen. Die Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung setzt allerdings einen klaren Parteiantrag voraus. Blosser Beweisabnahmeanträge, wie die Durchführung einer



persönlichen Befragung, reichen nicht aus (vgl. BGE 134 I 140 E. 5.2). Weder die Klägerin noch die Beklagte haben ausdrücklich einen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung gestellt (vgl. hierzu Ziff. III/5 der Klageantwort vom 6. September 2013, act. 7, S. 3). Die Beklagte hat lediglich im Sinne eines Beweisantrags um persönliche Befragung resp. Zeugeneinvernahme bzw. Durchführung eines Augenscheins ersucht. Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat daher im vorliegenden Zusammenhang keine über Art. 29 Abs. 2 BV hinausgehende Bedeutung (vgl. BGer 8C_515/2015 vom 16. November 2015 E. 1.2 mit Hinweisen). Das Recht der betroffenen Person auf Äusserung gemäss Art. 29 Abs. 2 BV schliesst keinen Anspruch auf mündliche Anhörung ein. Auch lässt sich daraus keine allgemeine Pflicht der Behörde zur Abnahme aller angebotenen Beweise ableiten. So kann ein Beweisantrag abgelehnt werden, wenn die Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde sich ihre Meinung aufgrund zuvor erhobener Beweise bereits bilden konnte und sie ohne Willkür in vorweggenommener, antizipierter Beweiswürdigung annehmen darf, die gewonnene Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (vgl. BGer 2C_564/2014 vom 20. April 2015 E. 3.1 mit Hinweisen).

Der Sachverhalt ist umfassend der schriftlichen Darstellung zugänglich. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht weiter dargetan, welche neuen entscheiderelevanten Erkenntnisse, die sich nicht bereits aus den Akten ergeben, durch eine persönliche Befragung ihrer Angestellten (vgl. act. 22, S. 2 Ziff. II./4, act. 34, S. 2), durch Zeugeneinvernahmen (vgl. act. 22, S. 4-7, act. 34, S. 8), eventualiter durch die Durchführung eines Augenscheins (act. 22, S. 6) oder durch das Einholen eines Gutachtens zur Frage des effektiven Arbeitsaufwands während des Nachtdienstes (act. 34, S. 8) gewonnen werden könnten. Auf die von der Beklagten beantragte Beweiserhebung ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

3.

Dem Leistungsbegehren der Klägerin auf Lohnnachzahlung in der Höhe von CHF 33'140.25 liegen die ihrer Ansicht nach rechtsungleiche Einstufung aufgrund ihres Geschlechts, der angeblich dynamische Verweis des kommunalen auf das kantonale Recht sowie die von der Beklagten gemäss der Annahme der Klägerin nicht vergütete Arbeitszeit zu Grunde. Zu untersuchen ist zunächst, ob der Klägerin gestützt auf die



Verweisung in Art. 14 des Dienst- und Besoldungsreglements der Politischen Gemeinde A. vom 1. Dezember 1997 (DBR, act. 8/2) ein Anspruch auf Lohnnachzahlung zusteht und ob sie von der Beklagten hinsichtlich der Entlöhnung geschlechtsspezifisch diskriminiert wurde. Hierzu bringt die Klägerin vor, aus dem Schreiben des Gemeindepräsidenten vom 6. Dezember 2011 (act. 30/11) gehe hervor, dass es sich bei der Verweisung in Art. 14 DBR nicht um einen starren, sondern einen dynamischen Verweis handle. Der Verweis auf das Lohnsystem des Kantons mache nur dann Sinn, wenn damit auch die Grundsätze der konkreten Einreihung gemeint seien. Nur so könne die Gemeinde eine Gleichbehandlung der Angestellten gewährleisten. Dies ergebe sich auch daraus, dass sich der Verweis auf die Besoldungsverordnung als solche und nicht etwa lediglich auf die Besoldungstabelle erstrecke. Gleich wie der Kanton müsse auch die Beklagte gestützt auf den Entscheid BGer 8C_78/2009 vom 31. August 2010 (auszugsweise publiziert in BGE 136 II 393) die Einstufung aller diplomierten Pflegefachfrauen erhöhen. Selbst wenn keine Diskriminierung vorliege, habe sie aufgrund des dynamischen Verweises Anspruch auf die Differenz des ausbezahlten Lohnes zum Lohn, der ihr gemäss rückwirkender kantonalerlohneinstufung per 1. Januar 2012 zugestanden sei. Im Weiteren sei die Beklagte zu einer Übernahme der Anpassung des Lohnsystems durch den Kanton verpflichtet, weil sie ansonsten selbst gegen das Gleichbehandlungsgebot verstosse. Da das Gehalt des Gemeindepolizisten der Beklagten zumindest indirekt durch diese bezahlt werde, liege in dieser Hinsicht eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Ohne das Vorhandensein und die Umsetzung von verbindlichen Richtlinien hinsichtlich der Einstufung könne die Beklagte dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot nicht gerecht werden. Vom Kanton sei die Besoldung aller diplomierten Pflegefachfrauen um eine Lohnklasse und eine Stufe angehoben worden. Sie hätte daher im Jahr 2012 in die Lohnklasse 14, Stufe 7, eingestuft werden müssen, da sie Anfang 2012 bereits über fünf Jahre Berufserfahrung verfügt habe. Die Differenz zwischen dem im Jahr 2012 ausbezahlten Lohn (CHF 53'981.20) und dem Lohn gemäss Lohnklasse 14, Stufe 7 (CHF 55'941.15), belaufe sich auf CHF 1961.95. Im Jahr 2013 hätte sie in die Lohnklasse 14, Stufe 8, eingestuft werden müssen, woraus sich für zwei Monate ein Differenzbetrag von CHF 583 ergebe. Insgesamt habe sie aufgrund der nicht korrekten Einstufung CHF 2544.95 zu wenig verdient.

3.1.



Wird in einem Gesetz nicht auf ein bestimmtes Normenwerk, sondern im Sinne einer Generalklausel auf einen "Standard" (z. B. "Regeln der Technik") oder auf bestimmte Normenwerke verwiesen, die aber nur beispielhaft als Ausdruck des Standards erwähnt werden, handelt es sich um eine indirekte (mittelbare) Verweisung. Wird ausdrücklich auf ein bestimmtes Normenwerk verwiesen, handelt es sich um eine direkte (unmittelbare) Verweisung. Die direkte Verweisung wird wiederum in statische und dynamische Verweisungen unterteilt. Eine statisch-direkte Verweisung liegt vor, wenn das Verweisungsobjekt eine bestehende Regelung ist, die in einer ganz bestimmten Form Anwendung finden soll. Das verweisende Organ kennt den Inhalt der Norm, auf die verwiesen wird, und dieser verändert sich nicht ohne Zustimmung des für die Verweisung zuständigen Organs. Dynamisch-direkt ist dagegen die Verweisung, wenn Normen nicht in einer bestimmten, sondern in der jeweils geltenden Fassung als anwendbar erklärt werden. Das bedeutet, dass sich die Norm, auf die verwiesen wird, ohne Zutun des verweisenden Organs ändern kann. Ob eine statisch-direkte oder dynamisch-direkte Verweisung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. VerwGE B 2014/18 vom 24. März 2015 E. 2.4 unter anderem mit Hinweis auf BGE 136 I 316 E. 2.4.1, www.gerichte.sg.ch).

Das DBR trat per 1. Januar 1998 in Kraft (vgl. Art. 40 DBR). In Art. 14 Abs. 1 DBR wird sachgemäss auf Art. 23, 25, 33 bis 37 und 39 bis 53 der Verordnung über den Staatsdienst vom 5. März 1996 (nGS 31-29, aVStD; aufgehoben am 1. Juni 2012 resp. am 1. Januar 2013, vgl. Art. 166 der Personalverordnung vom 13. Dezember 2011, sGS 143.11, PersV) und die Besoldungsverordnung vom 27. Februar 1996 (nGS 31-91, aBesV; aufgehoben am 1. Juni 2012 resp. am 1. Januar 2013, vgl. Art. 165 PersV) verwiesen. Anhaltspunkte für einen dynamischen Verweis, d.h. für die automatische Übernahme des jeweils gültigen Lohnsystems des Kantons auf kommunaler Stufe, sind keine ersichtlich. Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung handelt es sich unzweifelhaft um einen direkten statischen Verweis auf Art. 23, 25, 33 bis 37 und 39 bis 53 aVStD und die aBesV. Damit sind für die Beklagte insbesondere die Klassenordnungen für Ärzte, pflegerisches Fach- und Hilfspersonal gemäss Anhang B aBesV (vgl. hierzu auch Art. 3 bis 5 aBesV) verbindlich. Demzufolge war sie gestützt auf Art. 14 Abs. 1 DBR nicht verpflichtet, die im Rahmen des III. Nachtrags zur Besoldungsverordnung vom 20. August 2002 umgesetzten Anpassungen der Anhänge A, B und C aBesV (www.ratsinfo.sg.ch) oder die vom Kantonsrat am 27. September



2011 beschlossene Anhebung der Besoldung der diplomierten Pflegefachpersonen und Hebammen (vgl. E. 3.3 hiernach) auf kommunaler Ebene zu übernehmen, zumal Anhang B der Besoldungsverordnung in der Fassung vom 1. März 2008 (nGS 43-1, BesV) durch Letztere nicht geändert wurde und eine entsprechende Anpassung der Einreihungen für diplomierte Pflegefachpersonen erst durch den Erlass von Anhang I lit. B PersV erfolgte. Der beiläufig angebrachte Hinweis der Klägerin (act. 29, Ziff. III/B/28) auf den Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 10. März 2004 (ZR 104/2005, S. 141-147) vermag daran nichts zu ändern. Grundlage für diesen Entscheid bildete ein Verweis in einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag, dessen Wortlaut mit demjenigen von Art. 14 Abs. 1 DBR nicht vergleichbar ist (vgl. E. 3.3 lit. a des zitierten Entscheids). Im Weiteren wird die Verweisung auf das kantonale Recht in Art. 14 Abs. 1 DBR durch den Begriff „sachgemäss“ relativiert. Danach verbleibt der Beklagten im Rahmen der Bestimmungen des DBR mitsamt Anhang (act. 23/3) sowie des im Jahr 1996 gültigen Lohnsystems des Kantons gestützt auf die Gemeindeautonomie (vgl. Art. 50 Abs. 1 BV, Art. 89 Abs. 1 der Verfassung des Kantons St. Gallen, sGS 111.1, KV) hinsichtlich der konkreten Einreihung (vgl. Art. 5 aBesV) und damit bezüglich des Lohnniveaus ein erheblicher Ermessensspielraum (vgl. hierzu BGE 139 I 161 E. 5.3.1 mit Hinweis auf BGE 125 II 385 E. 5b). Mit anderen Worten ist danach die konkrete Einreihung von Personen mit vergleichbarer Tätigkeit und Ausbildung durch den Kanton gestützt auf das im Jahr 1996 gültige kantonale Lohnsystem für die Beklagte nicht verbindlich. In diesem Sinne ist auch die von Art. 14 Abs. 1 DBR mitumfasste Verweisung auf Art. 21 Abs. 1 und 2 aBesV zu verstehen, wonach die Regierung die Änderung der Jahresbesoldungen sowie Entschädigungen und Zulagen nach Art. 10 aBesV durch Verordnung jährlich neu festlegt (vgl. Regierungsbeschluss über die Besoldungsansätze für das Staatspersonal im Jahr 2010, 2011 bzw. 2012, nGS 44-101, nGS 45-85 resp. nGS 46-102, sowie Verordnung über die Bemessung des Lohns des Staatspersonals im Jahr 2013, nGS 47-111, siehe auch die Besoldungstabellen des Personalamtes des Kantons St. Gallen für das Jahr 2011 resp. 2012 act. 23/8 f. sowie die Lohntabelle für das Jahr 2013, act. 23/10). Dementsprechend wird im Schreiben des ehemaligen Gemeindepräsidenten von A. vom 6. Dezember 2011 (act. 30/11), auf welches sich die Klägerin beruft, festgehalten, dass sich die kommunale Lohnskala grundsätzlich nach den kantonalen Bestimmungen richte und die Gemeinde in Einklang mit dem Kanton auf einen



Teuerungsausgleich oder eine generelle Lohnerhöhung im Jahr 2012 verzichte. Aufgrund des starren Verweises und des Begriffs „sachgemäss“ in Art. 14 Abs. 1 DBR steht der Klägerin demnach daraus kein Anspruch auf Lohnnachzahlung zu. Zu entscheiden ist weiter, ob eine geschlechtsspezifische Diskriminierung vorliegt.

3.2.

Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Im Rahmen dieser unmittelbar auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anwendbaren Verfassungsbestimmung ist sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung, insbesondere bezüglich der Entlohnung, verboten, was in Art. 3 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz; SR 151.1, GlG) ausdrücklich festgehalten wird. Das Diskriminierungsverbot gilt für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 2 GlG) und damit auch für das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten. Eine besoldungsmässige Diskriminierung kann sich sowohl aus der generellen Einstufung bestimmter Funktionen als auch aus der konkreten Entlohnung einer bestimmten Person im Vergleich mit Personen des anderen Geschlechts ergeben. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.1 mit Hinweisen). Demgemäss liegt eine besoldungsmässige Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen. Eine Lohndiskriminierung entfällt, wenn die Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist (vgl. BGer 4A_585/2015 vom 11. April 2016 E. 3). Die geschlechtsspezifische Identifizierung der benachteiligten Funktion ist Tatbestandsvoraussetzung, damit eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung in Frage kommt. Sie grenzt den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV bzw. Art. 3



Abs. 1 und 2 GIG von demjenigen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV ab (vgl. BGE 141 II 411 E. 6.1.3 mit Hinweisen).

Art. 6 GIG sieht eine Beweislast erleichterung zugunsten der klagenden Partei vor. Eine Lohndiskriminierung wird vermutet, wenn sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.2 mit Hinweisen). Ein Unterschied in der Entlohnung zwischen irgendwelchen Mitarbeitern vermag eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht glaubhaft zu machen. Wenn demgegenüber Mitarbeiter verschiedenen Geschlechts innerhalb des Unternehmens eine vergleichbare Stellung mit einem vergleichbaren Pflichtenheft innehaben und dabei unterschiedlich entlohnt werden, wird vermutet, dass die unterschiedliche Entlohnung geschlechtsdiskriminierender Natur ist (vgl. BGE 127 III 207 E. 3a mit Hinweisen). Die Festlegung des vergleichbaren Wertes der verschiedenen Tätigkeiten muss bei ein und demselben Arbeitgeber gemacht werden, weil man – von besonderen Umständen abgesehen – nicht verschiedene Unternehmen, Gemeinden oder Kantone miteinander vergleichen kann, die alle ihre ganz individuellen Lohnsysteme haben (vgl. BGE 130 III 145 E. 3.1.2 unter anderem mit Hinweis auf K. Klett, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, in: AJP 11/2001, S. 1293 ff., S. 1296 Ziff. 2).

Wer Opfer einer Diskriminierung ist, kann dem Gericht unter anderem beantragen, die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG). Dieser Anspruch besteht – soweit er nicht verjährt ist – auch rückwirkend (vgl. BGE 131 II 393 E. 8.4 mit Hinweis auf BGE 124 II 436 E. 10k). Mangels einer Spezialregelung im GIG sind sowohl für öffentlich- als auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse die Verjährungsvorschriften des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220, OR) analog anzuwenden (vgl. BGE 124 II 436 E. 10k mit Hinweis auf Art. 128 Ziff. 3 OR, welcher eine Verjährungsfrist von fünf Jahren



vorsieht). Demnach ist die Forderung der Klägerin aus dem vom 1. November 2010 bis 28. Februar 2013 dauernden Arbeitsverhältnis offensichtlich nicht verjährt. Die Klageerhebung erfolgte am 12. August 2013 (vgl. Art. 135 Ziff. 2 OR analog).

3.3.

Am 16. August 2011 stimmte die Regierung und am 27. September 2011 der Kantonsrat einem Vergleich mit den betroffenen Berufsverbänden zu, welcher im Wesentlichen vorsah, die Besoldung der diplomierten Pflegefachpersonen und Hebammen rückwirkend auf den 1. Januar 2011 um eine Besoldungsklasse und ab dem 1. Januar 2012 zusätzlich um eine Stufe neben dem ordentlichen Stufenanstieg anzuheben (vgl. Botschaft zum Kantonsratsbeschluss über den Nachtragskredit betreffend Besoldung von diplomierten Pflegefachpersonen und Hebammen im Jahr 2011, S. 4 Ziff. 2.2, www.ratsinfo.sg.ch). Ausgelöst wurde dieser Vergleich durch den Entscheid BGE 136 II 393 E. 11, gemäss welchem die Berufsgruppen der Krankenschwestern DN2 und der Hebammen im Vergleich mit den Polizisten lohnmässig vom Kanton St. Gallen zu tief eingestuft waren und diese Schlechterbesoldung ihren Grund im Geschlecht hatte (siehe hierzu auch BGer 8G_3/2010 vom 14. Dezember 2010 und BGer 8C_1012/2010 vom 31. März 2011). Das Bundesgericht stützte sich dabei auf das auf Grundlage einer Vereinfachten Funktionsanalyse (VFA, vgl. hierzu BGE 131 II 393 E. 6.1 mit Hinweisen) erstellte arbeitswissenschaftliche Gutachten von PD Dr. R.O. vom 8. August 2007, mittels welchem die Berufe der Krankenschwestern/Krankenpfleger DN2 sowie Hebammen/Entbindungspfleger mit demjenigen der Polizisten/Polizistinnen verglichen wurden. Dabei wurden im Sinne eines Quervergleichs auch die Berufe der Rettungssanitäter und der Rettungssanitäterinnen IVR mit Weiterbildung sowie der (Diät-)Köchinnen und Köche herangezogen (K 2003/7-16, act. 104, S. 17-21). Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob das zitierte Gutachten und das gestützt darauf ergangene Urteil des Bundesgerichtes BGer 8C_78/2009 vom 31. August 2010 (auszugsweise publiziert in: BGE 136 II 393) analog auf das Lohnsystem der Beklagten übertragen werden kann, auch wenn deren Lohnniveau wegen der starren Verweisung und dem Ausdruck „sachgemäss“ in Art. 14 Abs. 1 DBR mit Blick auf die Gemeindeautonomie von demjenigen des Kantons abweicht (vgl. E. 3.1 hiervor).



Nach Art. 26 Abs. 1 des Polizeigesetzes (sGS 451.1, PG) erfüllt die Kantonspolizei die gemeindepolizeilichen Aufgaben nach Art. 13 PG, soweit die Gemeinde keine Polizeikräfte unterhält. Mit Ausnahme der Stadt St. Gallen, die nach Art. 24 PG ein eigenes Polizeikorps führt, ist dies heute in allen st. gallischen Gemeinden der Fall, sofern die in einzelnen Gemeinden tätigen, vorwiegend zur Überwachung des ruhenden Verkehrs eingesetzten Kontrollorgane ausser Betracht bleiben (vgl. Bericht der Regierung vom 13. Januar 2009 zur Inneren Sicherheit im Kanton St. Gallen, und zum VI. Nachtrag zum Polizeigesetz sowie zum V. Nachtrag zum Ergänzungsleistungsgesetz, ABI 2009 S. 305 ff., S. 322, und Art. 12 lit. a und b des Reglements über das Parkieren auf öffentlichem Grund der Politischen Gemeinde A., Parkierungsreglement, www.ch). Demzufolge unterhält die Beklagte keine eigenen Polizeikräfte und hat dafür auch kein Reglement erlassen (vgl. Art. 23 PG). Vielmehr haben die Politischen Gemeinden A., B. und C. mit dem Kanton gestützt auf Art. 27 Abs. 3 PG eine Vereinbarung abgeschlossen, gemäss welcher die Kantonspolizei den Gemeinden gegen Vergütung zusammen zwei Stellen für die Gemeindepolizei zur Verfügung stellt (ABI 2009 S. 322 f.). Angestellt sind die Polizisten vom Kanton und nicht von den Gemeinden, namentlich nicht von der Beklagten. Demzufolge wird die Polizei im Organigramm der Gemeinde A. aus dem Jahr 2015 (act. 23/12) auch mit „Kantonspolizei“ bezeichnet, wobei die Gemeinde, d.h. gemäss dem Organigramm die zuständige Gemeinderätin/Schulpräsidentin, für die aus dem Kreis der Mitarbeitenden der Kantonspolizei speziell bezeichneten Gemeindepolizeikräfte ein „Auftragsrecht“ hat, obschon diese der Kantonspolizei zugehören und grundsätzlich dem Chef der jeweiligen Polizeistation unterstehen (vgl. ABI 2009, S. 322). Bereits aus diesem Grund kann das arbeitswissenschaftliche Gutachten vom 8. August 2007, mittels welchem die Einreihung der vom Kanton angestellten diplomierten Pflegefachpersonen mit derjenigen von Kantonspolizisten verglichen wurde, nicht analog auf das Lohnsystem der Beklagten übertragen werden. Dementsprechend kann offen bleiben, ob die Beklagte, wie von ihr geltend gemacht, keine Rettungssanitäter und Diätköche angestellt hat (vgl. act. 2/3, S. 4, und act. 22, S. 12). Weiter fällt bei dieser Sachlage ein Einzelvergleich zwischen der Klägerin und den vom Kanton angestellten „Gemeindepolizisten“ anhand der effektiv bezahlten Löhne ausser Betracht. Unter diesen Umständen vermag die Klägerin mit Verweis auf das arbeitswissenschaftliche Gutachten vom 8. August 2007, auf welches sich die bundesgerichtliche Beurteilung im



Entscheid BGE 136 II 393 E. 11 stützte, sowie auf das Gehalt der vom Kanton angestellten Gemeindepolizeikräfte eine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung durch die Beklagte nicht glaubhaft zu machen. Weitere Anhaltspunkte für eine Lohndiskriminierung sind nicht ersichtlich und werden von der Klägerin auch nicht geltend gemacht. Insbesondere verkennt die Klägerin, dass von der Beklagten mit dem DBR mitsamt Anhang (act. 8/2 und act. 23/3) verbindliche Richtlinien hinsichtlich der Einreihung erlassen wurden (vgl. hierzu BGE 128 I 113 E. 3 und BGer 2P.369/1998 vom 21. März 2000 E. 3e je mit Hinweisen). Die blosser Behauptung der Klägerin, die Beklagte beschäftige irgendwelche Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit, welche besser entlohnt würden als sie selbst, indiziert keine geschlechtsbezogene Diskriminierung.

4.

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung steht die Frage, ob die Beklagte die Arbeitszeit der Klägerin falsch berechnet hat. Die Klägerin vertritt die Ansicht, die Beklagte vergüte den Dauernachtwachen ohne entsprechende gesetzliche oder vertragliche Grundlage lediglich 8.4 Stunden pro Nacht, obwohl die Arbeitszeit 11 Stunden betragen habe. Die Beklagte gehe unter Berücksichtigung der Ferien- und Feiertage (176.4 Stunden) bei einem Teilpensum von 70 % von einer jährlichen Arbeitszeit von 1683.4 Stunden aus. Die gesetzliche Arbeitszeit pro Woche betrage jedoch lediglich 42 Stunden. Bei einem Pensum von 70 % ergebe sich eine Arbeitszeit von 1533.20 Stunden pro Jahr. Unter Berücksichtigung des von der Beklagten gewährten Zeitzuschlags von 16.6 % resultiere eine jährlich tatsächlich zu leistende Arbeitszeit von 1278.7 Stunden. Die jährliche Differenz zwischen geleisteter und vergüteter Arbeitszeit belaufe sich demnach auf 404.7 Stunden, die monatliche Differenz auf 33.725 Stunden. Insgesamt habe sie vom 1. November 2010 bis 28. Februar 2013 944.3 Stunden geleistet, die ihr von der Beklagten nicht vergütet worden seien, was einer Summe von CHF 29'968 entspreche. Eine im Vergleich zu den übrigen Gemeindeangestellten erhöhte Arbeitszeit sei zwischen ihr und dem Gemeinderat nicht vereinbart worden. Sie sei nicht zur expliziten Ablehnung einer von der Beklagten behaupteten stillschweigenden Vereinbarung verpflichtet gewesen. Das Zustandekommen der behaupteten Vereinbarung durch Stillschweigen könne ausgeschlossen werden. Der Arbeitsvertrag äussere sich gemäss Wortlaut – „Beschäftigungsgrad 70 % Nachtdienst“ – nur zum



Beschäftigungsgrad und nicht etwa zur wöchentlichen Sollarbeitszeit. Überdies mangle es an einer Willenserklärung der Beklagten bezüglich einer vom DBR abweichenden wöchentlichen Arbeitszeit. Ein Akzept ihrerseits hätte vorausgesetzt, dass bekannt gewesen wäre, welche Vereinbarung die Beklagte abschliessen wollte. Aus dem Umstand, dass die Nachtwachen, welche aufgrund ihrer Treuepflicht zur Leistung von Überstunden verpflichtet gewesen seien, ihre Dienste so organisiert hätten, dass alle Nächte abgedeckt gewesen seien, lasse sich keinesfalls eine Zustimmung zu einer höheren Arbeitszeit ableiten. Auch während der Präsenzzeit habe sie der Beklagten Arbeitszeit zur Verfügung gestellt. Selbst wenn sie während einzelnen Nächten nicht während der gesamten Arbeitszeit Einsätze habe leisten müssen, sei eine Erholung wegen den regelmässigen, über die ganze Nacht verteilten Einsätzen nicht möglich gewesen. Die Liste „Arbeiten Nachtdienst“ vom Juni 2012 (act. 23/4) sei erst erstellt worden, nachdem sie darauf aufmerksam gemacht habe, dass keine vollständige Abgeltung der geleisteten Arbeit erfolge. Ausserdem sei diese Liste nicht vollständig. Als Nachtwache habe sie nicht nur die Erfüllung der darin aufgelisteten Aufgaben geschuldet. Vielmehr habe ihre Aufgabe auch darin bestanden, sich jederzeit verfügbar zu halten.

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt (act. 22, S. 6 f., Ziff. 5e und 6), gestützt auf die Ausnahmeregelung gemäss Art. 2 Abs. 1 DBR sei im Arbeitsvertrag eine von der im DBR vorgesehenen wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden abweichende Einsatzzeit gültig vereinbart, gelebt und über all die Jahre auch widerspruchslos abgerechnet worden. Im Arbeitsvertrag werde für das Arbeitspensum auf die Einsätze und nicht auf die Zeiten mit effektiver Arbeitsleistung abgestellt. Damit werde das in diesem Bereich generell bestehende Problem gelöst, dass sich während der Nachtwache nicht genau zwischen effektiver Arbeit, Pause und/oder Pikettdienst unterscheiden lasse. Auf diesem System beruhe auch die gesamte Einsatzplanung. Von den Einsatzplänen erfasst würden nur die Nachteinsätze und nicht die effektive Arbeitszeit. Sowohl die Arbeits- als auch die Präsenz- resp. Pikettzeit sei als Ganzes als Einsatzzeit vergütet worden (act. 34, S. 7 Ziff. 14).

4.1.



Vorab ist festzuhalten, dass das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11, ArG) im konkreten Fall nicht anwendbar ist (vgl. act. 1 Ziff. IV 21, act. 22 Ziff. IV 8, act. 29 Ziff. III 22). Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG nimmt die öffentlichen Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden, worunter auch das Altersheim Q. fällt (vgl. Art. 1 und Art. 4 bis 7 des Reglements für das Altersheim Q., Altersheim-Reglement, und Art. 45 e contrario der Gemeindeordnung der Politischen Gemeinde A., www.ch), generell vom Geltungsbereich aus. Anwendbar wären einzig die arbeitsrechtlichen Bestimmungen über den Gesundheitsschutz (Art. 3a lit. a ArG). Etwas Gegenteiliges lässt sich auch aus Art. 71 lit. b ArG nicht ableiten. Die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen müssen nur für die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse in den Betrieben beachtet werden, die dem ArG unterstellt sind. Sie gelten nur für die Betriebe, die nicht direkt einer Verwaltung angegliedert sind oder die der Definition von Art. 7 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111, ArGV 1) nicht entsprechen (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2016, S. 071-1 f., www.seco.admin.ch, und Mahon/Benoit, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 71 N 11).

4.2.

Weiter ist nicht umstritten, dass der Wahlbeschluss der Beklagten vom 13. Juli 2010 und die unterschriebene Erklärung der Klägerin vom 19. Juli 2010 (act. 2/4), mit den Anstellungsbedingungen einverstanden zu sein, als öffentlich-rechtlicher Dienstvertrag zu qualifizieren ist (vgl. zur Abgrenzung von der Verfügung: Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, S. 344). Massgebend für die Beurteilung der vermögensrechtlichen Ansprüche der Klägerin aus dem vom 1. November 2010 bis 28. Februar 2013 dauernden Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ist somit der Arbeitsvertrag vom 13./19. Juli 2010 (act. 2/4), welcher sich nach dem DBR mitsamt Anhang (vgl. Art. 1 DBR) richtet. Ist nichts anderes bestimmt, sind sodann für den Zeitraum vom 1. November 2010 bis 31. Mai 2012 nach Art. 95 Abs. 2 Satz 2 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2, GG) in der Fassung vom 1. Januar 2010 (nGS 44-102) die Art. 67-94 des Staatsverwaltungsgesetzes (sGS 140.1, StVG) in der Fassung vom 1. Oktober 2008 (nGS 43-110, aStVG) sowie die BesV und die Verordnung über den Staatsdienst in der Fassung vom 1. März 2008 (nGS 43-3, VStD) anwendbar. Für den



Zeitraum vom 1. Juni 2012 bis 28. Februar 2013 ist subsidiär gemäss Art. 95 Abs. 2 Satz 2 GG in der Fassung vom 1. Juli 2012 (nGS 47-64) auf das Personalgesetz (sGS 143.1, PersG) und die zugehörige PersV (vgl. Art. 34 PersG) abzustellen. Damit sind gestützt auf Art. 8 PersG für den Zeitraum vom 1. Juni 2012 bis 28. Februar 2013 auch das Einzelarbeitsvertragsrecht nach Art. 319 ff. OR und der Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (SR 221.215.328.4, NAV-P) sachgemäss subsidiär als öffentliches Recht der Beklagten anwendbar.

4.3.

Fest steht sodann, dass der Klägerin bei einem Arbeitspensum von 70 % 14 Ferien- und 7 Ruhetage zustehen (vgl. Ziff. 4 und 7 Anhang DBR, vgl. act. 1, Ziff. IV/14 und act. 22, S. 3 Ziff. IV lit. A2aa) und sie vom 1. November 2010 bis 28. Februar 2013 jeweils von 20 Uhr bis 7 Uhr, d.h. während 11 Stunden pro Nacht, an 137 Nächten pro Jahr Nachtdienst geleistet hat (vgl. Dienstpläne, act. 2/7 und 8, Einsatzplan, act. 23/6, sowie Liste Arbeiten Nachtdienst, act. 23/4). Ebenso ist unbestritten (act. 22, S. 3 f. Ziff. IV lit. A2bb), dass sie mit der Beklagten anstelle einer Inkonvenienzzulage einen Nachtzeitausgleich, welcher zum tatsächlich geleisteten Nachtdienst hinzuzurechnen ist, von 16.66 % vereinbart hat (vgl. hierzu Art. 14 Abs. 1 DBR in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 aVStD, Art. 14 Abs. 2 DBR in Verbindung mit Anhang DBR, welcher hinsichtlich der Inkonvenienzzulagen keine Regelung enthält, sowie Art. 39 Abs. 2 PersV). Auch anerkennt die Beklagte, dass die Klägerin gestützt auf Ziff. 1.3 Anhang DBR befugt war, pro Nacht – während der Arbeitszeit – insgesamt eine Stunde Pause zu machen (vgl. act. 22, S. 8, Ziff. 7d). Sodann ist der von der Klägerin während der Nachtzeit gemäss Art. 8 VStD sowie Art. 24 Abs. 2 PersV und Art. 25 lit. b PersV geleistete Nachtdienst, auch soweit es sich dabei gemäss der Darstellung der Beklagten (act. 22, S. 6 f. Ziff. 5e-6) um Präsenzzeit, Pikett- oder Bereitschaftsdienst handelte, als Arbeitszeit zu qualifizieren (vgl. M. Kull, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, in: ARV 2015 S. 112 ff., S. 113 mit zahlreichen Hinweisen, sowie Art. 10 Abs. 2 NAV-P analog, allerdings nur für den Zeitraum vom 1. Juni 2012 bis 28. Februar 2013). Wie die Klägerin überzeugend dargetan hat, musste sie sich während der inaktiven Zeit des Nachtdienstes jederzeit für die Betreuung der Bewohner bereithalten (act. 1 Ziff. 24, act. 29 Ziff. 14 f.), da sie jeweils alleine für 53 Bewohner zuständig war (act. 2/9, act. 1 Ziff. III/6 mit Hinweis auf act. 2/7 f., act. 23/6, und Anhang Nr. 5.01 des



Regierungsbeschlusses über die Pflegeheimliste, sGS 381.181). Die Beklagte bestreitet denn auch nicht, dass sie die gesamte von der Klägerin geleistete Arbeitszeit zu entschädigen hat (act. 34, S. 7 Ziff. 14, S. 10 Ziff. 22), auch wenn sie sie fälschlicherweise als „Einsatzzeit“ bezeichnet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Präsenzzeit oder der Pikett- oder Bereitschaftsdienst gleich hoch zu entlönnen ist wie die effektive Arbeitsleistung (vgl. JAR 2014 S. 474 ff., S. 486, mit Hinweis auf C. Senti, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, in: ZBJV 2006 S. 645 ff., S. 669 f.). Dementsprechend wehrt sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auch nicht gegen die Höhe der Entlohnung pro Stunde, sondern einzig gegen die von der Beklagten nach Meinung der Klägerin nicht vergüteten Arbeitsstunden (vgl. act. 1 Ziff. 22 und zur stärkeren Betonung der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime im verwaltungsrechtlichen Klageverfahren: T. Jaag, in: A. Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, N 20 ff. der Vorbemerkungen zu §§ 81-86). Zu prüfen ist, wie viele Arbeitsstunden die Klägerin zu leisten hatte und ihr entschädigt wurden bzw. zu entschädigen waren.

4.4.

Das Altersheim Q. ist organisatorisch Bestandteil der Gemeindeverwaltung (vgl. Art. 1 und Art. 4 bis 7 Altersheim-Reglement und Organigramme des Altersheim Q. und der Beklagten, act. 23/11 f.). Art. 1, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR enthalten keine besondere Regelung für Angestellte des Altersheims Q. Laut Art. 27 DBR in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR beträgt die wöchentliche Arbeitszeit für das Gemeindepersonal (allgemeine Verwaltung, Technische Betriebe) im Jahresdurchschnitt 42 Stunden (vgl. hierzu auch Art. 95 Abs. 1 GG, welcher von Verwaltungspersonal spricht). Selbst wenn gemäss der Darstellung der Beklagten (act. 22, S. 4 Ziff. 4b) davon ausgegangen würde, dass die Regelung von Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR vorliegend nicht anwendbar wäre, da darin explizit nur die „allgemeine Verwaltung“ und die „Technische Betriebe“ erwähnt sind, kämen die Regelungen von Art. 9 lit. a VStD und Art. 27 Abs. 1 PersV, welche grundsätzlich für sämtliche (Staats-)Angestellten gelten, für die Angestellten des Altersheims und damit für die Klägerin subsidiär zur Anwendung. Diese sehen ebenfalls eine Normalarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche vor, weshalb die Klägerin bei einem Arbeitspensum von 70 % unter Berücksichtigung des Nachtzeitzuschlags von 16.66 %



grundsätzlich wöchentlich während 25.2 Stunden brutto Arbeit zu leisten hatte. Entgegen anderslautender Ansicht der Klägerin (act. 1 Ziff. 23) war der Gemeinderat der Beklagten indessen gestützt auf Art. 2 Abs. 1 DBR befugt, mit der Klägerin im Arbeitsvertrag vom 13./19. Juli 2010 (act. 2/4) eine von Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR resp. Art. 9 lit. a VStD und Art. 27 Abs. 1 PersV abweichende vertragliche Regelung hinsichtlich der zu leistenden Arbeitszeit zu treffen (vgl. hierzu Art. 86 Abs. 1 aStVG, BGE 129 I 161 E. 2.4 und A. Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005, S. 383 N 52).

4.5.

Nach Art. 3 PersV – aStVG und VStD enthalten diesbezüglich keine Regelungen – nennt der Arbeitsvertrag die Vertragsparteien und regelt wenigstens das Eintrittsdatum, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Funktion und den Aufgabenbereich, den Beschäftigungsgrad, die LohnEinstufung und den Anfangslohn sowie den Dienort. Die Arbeitszeit muss danach – entgegen der Annahme der Klägerin (act. 29 Ziff. 18) – nicht schriftlich festgelegt sein (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR analog). War für den Arbeitnehmer die zum Versehen der betreffenden Stelle erforderliche Dauer der Arbeitszeit vor oder bei Vertragsschluss erkennbar, so wird diese zum Vertragsinhalt. Ergibt sich aus dem Vertrag nichts, so ist in dieser Reihenfolge die betrieblich übliche, die in der Branche oder lokal übliche Arbeitszeit massgebend. Die Arbeitszeit kann sich sodann auch aus dem für die Erfüllung der übernommenen Funktion und Aufgabe erforderlichen Zeitaufwand ergeben (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 320 N 2 sowie Art. 321 N 9).

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR analog). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Nachträgliches Partieverhalten kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGer 4C.103/2005



vom 1. Juni 2005 E. 3.2.2.2 mit Hinweisen, in: JAR 2006, S. 253 ff., S. 257, sowie BGer 4A_528/2008 vom 27. Februar 2009 E. 1.2 mit Hinweisen, in: JAR 2010, S. 209 ff.).

4.6.

Die Parteivereinbarung vom 13./19. Juli 2010 (act. 2/4) zwischen dem Gemeinderat der Beklagten und der Klägerin bestimmt, soweit hier von Interesse:

Lohn	100 % = Jahreslohn Fr. 75'145.20
	Klasse 12 / Stufe 8 = Fr. 5'780.40 pro Monat (mal 13)
	70 % = Jahreslohn Fr. 52'601.60
	Klasse 12 / Stufe 8 = Fr. 4'046.30 pro Monat (mal 13)
Beschäftigungsgrad	70 % Nachtdienst
Arbeitseinsatz	1. Gemäss Dienstplan der Heimleitung/Pflegedienstleitung.
	2. Wochenenddienste sind möglich.

Über die genauen Arbeitszeiten der Klägerin schweigt sich der Arbeitsvertrag aus und spricht nur davon, dass sie „70 % Nachtdienst“ und „Arbeitseinsatz gemäss Dienstplan der Heimleitung/Pflegedienstleitung“ zu leisten habe. Allenfalls deutet eine solche Vereinbarung auf eine von Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR abweichende Arbeitszeit hin (act. 22, S. 4 f. Ziff. 4c). Der Wortlaut des Vertrages liefert jedoch keine eindeutige Antwort darauf. Dagegen sprechen die in sich widersprüchlichen Aussagen der Beklagten (vgl. act. 22, S. 3 f. Ziff. IV lit. A2 f.), wonach mit der Klägerin das massgebende Pensum (137 Nächte à 11 Stunden oder 1507 Stunden netto pro Jahr) – erst – bei Stellenantritt besprochen und vereinbart worden sei, ihr aber dieses Pensum „von Beginn weg“ bekannt gewesen sei. Es erscheint daher fraglich, ob der Klägerin



vor oder bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 13./19. Juli 2010 dieses Pensum bekannt gewesen war. Die Klägerin hat sich indes bei Stellenantritt nicht unverzüglich gegen ein solches Pensum gewehrt und auch die ihr von der Beklagten dafür ausgerechnete Entlöhnung widerspruchslos entgegengenommen, obschon dieses Pensum von demjenigen nach Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR von insgesamt 1150.8 Stunden (137 x 8.4 Stunden oder 104.62 x 11 Stunden) netto pro Jahr erheblich, d.h. um rund 32 Nächte oder 356.2 Stunden pro Jahr, abwich (vgl. zum Zeitpunkt der Geltendmachung BGer 4A_40/2008 vom 19. August 2008 E. 4.3.1, in: JAR 2009 S. 330 ff., allerdings in Bezug auf überstundenansprüche). Vielmehr hat sie seit Antritt der Stelle den Nachtdienst unbestrittenermassen während 137 Nächten pro Jahr immer von 20 Uhr bis 7 Uhr versehen. Erst im Verlauf des Jahres 2012 (vgl. noch das Protokoll des Mitarbeitergesprächs vom 10. Februar 2012, act. 35/13, welches allerdings von der Klägerin nicht unterzeichnet wurde) wandte sie sich an den Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK, um die Frage der Nachtdienstdauer zu klären (vgl. hierzu act. 23/7). Aus dieser mindestens 15-monatigen Übung, welche weder durch die Klägerin noch die Beklagte in Frage gestellt wurde, lässt sich erkennen, wie die Parteien ihre Erklärungen seinerzeit tatsächlich verstanden hatten. Daraus lässt sich schliessen, dass sie in Abweichung von Art. 27 in Verbindung mit Ziff. 1.1 Anhang DBR für das 70 %-Pensum der Klägerin unter Berücksichtigung des Nachtzeitzuschlags von 16.66 % und der der Klägerin zustehenden 21 Ferien- und Feiertage anstelle der wöchentlichen Normalarbeitszeit von 22.07 Stunden netto (1150.8 Stunden:52.15) eine Arbeitszeit von 28.9 Stunden (1507 Stunden:52.15) netto pro Woche vereinbart hatten. Die nach Angaben der Klägerin von der Beklagten berechneten, nach Abzug der von der Klägerin geltend gemachten 176.4 Stunden Ferien- und Ruhetage verbleibenden 1507 Stunden (52.15 x 28.9 Stunden) netto pro Jahr (act. 1 Ziff. IV/14) sind daher nicht zu beanstanden. Folglich hat die Klägerin keinen Anspruch auf Nachzahlung nicht vergüteter Arbeitszeit. Soweit sich die Klägerin überhaupt darauf beruft, kann unter diesen Umständen auch nicht davon ausgegangen werden, sie habe Überstunden nicht kompensieren können resp. ihr seien diese nicht vergütet worden (vgl. hierzu Art. 32 DBR und BGE 129 III 171 E. 2.2 ff.). Die Klage ist abzuweisen.

5.



Obschon sich der Streitwert im konkreten Fall auf CHF 33'140.25 beläuft und Art. 82 Abs. 2 PersG in Verbindung mit Art. 114 lit. c der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung; SR 272, ZPO, vgl. hierzu den veralteten Verweis in Art. 97^{bis} Abs. 1 lit. b VRP auf den mittlerweile aufgehobenen Art. 343 Abs. 3 OR und BBI 2006 S. 7221, S. 7299 f.) damit nicht einschlägig ist, sind für das vorliegende Klageverfahren keine amtlichen Kosten zu erheben. Die Klägerin stützte ihre Forderung unter anderem auf das GIG. Eine bös- oder mutwillige Prozessführung liegt nicht vor (vgl. Art. 13 Abs. 5 Satz 1 GIG und Art. 114 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 115 ZPO sowie BGer 2C_686/2012 vom 13. Juni 2013 E. 6.1 mit Hinweisen, allerdings in Bezug auf Art. 114 lit. b ZPO). Der Klägerin ist der nach Ziff. 3 des Erkenntnisses des Teilentscheids vom 28. April 2015 (act. 17, www.gerichte.sg.ch) verbleibende Teil des Kostenvorschuss im Betrag von CHF 1600 zurückzuerstatten.

Das Verwaltungsgericht hat im öffentlich-rechtlichen Klageverfahren einen Ausnahmefall vom Grundsatz des generellen Ausschlusses eines Kostenersatzes für das Gemeinwesen anerkannt. Ausschlaggebend war dabei, dass das Klageverfahren wie der Zivilprozess ein Verfahren mit Parteien ist, wobei dem Gemeinwesen – anders als im Anfechtungsverfahren – in der Regel keine wesentlich vorteilhaftere Ausgangslage als der Gegenpartei zukommt (vgl. VerwGE K 2014/3 vom 27. April 2016 E. 4, VerwGE K 2014/2 vom 25. Februar 2016 E. 4 und VerwGE B 2011/207 vom 16. April 2014 E. 8.2 je mit Hinweis auf VerwGE K 2011/7 vom 23. August 2012 E. 6.2, www.gerichte.sg.ch). Unter Berücksichtigung des Kostenspruchs des Teilentscheids vom 28. April 2015 (act. 17) hat die in der Sache vollumfänglich unterlegene Klägerin die Beklagte für das Klageverfahren ausseramtlich mit CHF 3000 zuzüglich vier Prozent pauschale Barauslagen und Mehrwertsteuer zu entschädigen (Art. 80 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} f. VRP in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3, Art. 96 und Art. 105 Abs. 2 ZPO, Art. 6, Art. 19, Art. 22 Abs. 1 lit. b, Art. 28^{bis} Abs. 1 und Art. 29 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, HonO).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:

1.



Die Klage wird abgewiesen.

2.

Es werden keine amtlichen Kosten erhoben. Der Klägerin wird der ihr nach dem Teilentscheid vom 28. April 2015 verbleibende Teil des Kostenvorschusses im Betrag von CHF 1600 zurückerstattet.

3.

Die Klägerin hat die Beklagte ausseramtlich mit CHF 3000 zuzüglich 4 % Barauslagen und Mehrwertsteuer zu entschädigen.

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Eugster

Bischofberger