

# **BL\_GERICHTE 810 2018 178 vom 11. September 2019**

BL Gerichte, 2019-09-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_810\\_2018\\_178](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_2018_178)

FR: BL\_GERICHTE 810 2018 178 du 11 septembre 2019

IT: BL\_GERICHTE 810 2018 178 del 11 settembre 2019

## **Regeste**

Anspruch auf Ausrichtung des variablen Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung während der Freistellungsdauer

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Mit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde können gemäss § 45 Abs. 1 lit. a und b VPO Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung, Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden. Die Beurteilung der Angemessenheit des angefochtenen Rechtsaktes ist dem Kantonsgericht dagegen – abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen – verwehrt (§ 45 Abs. 1 lit. c VPO e contrario).

### **E. 3**

Strittig ist, ob die Beschwerdeführer während der Dauer der Freistellung einen Anspruch auf Ausrichtung des variablen Lohnanteils im geltend gemachten Umfang haben.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführer machen zusammengefasst geltend, gemäss Ziff. 4.1 des Lohnreglements für die Kaderärztinnen und Kaderärzte des Kantonsspitals Baselland (Kaderarztlohnreglement) vom 1. April 2018 beinhalte der Lohn der Kaderärzte unter anderem einen variablen Lohnanteil für die privatärztliche Leistungserbringung. Dieser werde nach einem vorgegebenen Verteilschlüssel zwischen den berechtigten Ärzten und der Beschwerdegegnerin aufgeteilt und den berechtigten Ärzten jeweils vierteljährlich über die Lohnbuchhaltung ausbezahlt und auf dem Lohnausweis ausgewiesen. Zur Bezahlung des variablen Lohnanteils während einer Freistellung enthielten die Allgemeinen Anstellungsbedingungen keine Regelung, weshalb aufgrund des Verweises in Ziff. 1 Abs. 2 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts gelten würden. Danach werde die Freistellung überwiegend als Anwendungsfall eines Annahmeverzugs des Arbeitgebers qualifiziert und der Lohn müsse während der Freistellung in der bisherigen Höhe weiterbezahlt werden (Art. 324 Abs. 1 OR). Da es sich beim strittigen variablen Lohnanteil für die privatärztliche Leistungserbringung um einen Lohnanteil und nicht um eine freiwillige Gratifikation handle, sei dieser auch während der Freistellung geschuldet.

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet zusammengefasst, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Beschwerdeführern und der Beschwerdegegnerin gewissermassen zweigeteilt gewesen sei. Einerseits seien die Beschwerdeführer als klassische angestellte Kaderärzte tätig

gewesen und für diese Tätigkeit mit einem Grundlohn (fester Lohnanteil) sowie einem variablen Lohnanteil (Leistungskomponente) entschädigt worden. Andererseits hätten sie die Möglichkeit gehabt, durch privatärztliche Leistungserbringung selbständig zusätzliche Honorare zu erzielen. Die Honorare für die privatärztliche Leistungserbringung seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 ff. OR zu qualifizieren, sondern stellten selbständig erzieltes Honorar dar. Auf dieses Honorar hätten die Beschwerdeführer nur dann Anspruch, wenn sie die ärztliche Leistung persönlich erbracht hätten. So bestehe gemäss der Regelung in den Allgemeinen Anstellungsbedingungen und im Kaderarztlohnreglement bei Arbeitsverhinderung, Ferien, Urlaub oder sonstiger verschuldeter oder unverschuldeter Abwesenheit kein Anspruch auf (anteilmässige) Vergütung aus privatärztlichen Honoraren und Erlösen. Vorliegend hätten die Beschwerdeführer während der Dauer der Freistellung unbestrittenermassen keine persönliche privatärztliche Leistung erbracht. Sie hätten bereits aus diesem Grund keinen Anspruch auf einen fiktiven Honoraranteil. Darüber hinaus hätten die Beschwerdeführer ihre Freistellung durch schwerwiegende Verletzungen ihrer Treuepflicht (aggressives Abwerben von Patienten und Mitarbeitern, aktive Konkurrenzierung der Beschwerdegegnerin) selbst verschuldet. Wenn bereits bei unverschuldeter Abwesenheit kein Anspruch auf Ausrichtung eines fiktiven Honoraranteils bestehe, müsse dies erst recht gelten, wenn die betroffenen Kaderärzte ihre durch die Freistellung bedingte Abwesenheit mit ihrem treu- und vertragswidrigen Verhalten selbst verschuldet hätten.

#### **E. 4**

Strittig ist vorab, ob die Vergütung der Beschwerdeführer für die privatärztliche Tätigkeit als Honorar aus selbständiger Erwerbstätigkeit oder als massgeblicher Lohn zu qualifizieren ist. Für die Beurteilung dieser Frage bzw. der Frage, ob die privatärztliche Tätigkeit der Beschwerdeführer öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur war, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in erster Linie die Bestimmungen des kantonalen Rechts massgebend (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.158/1997, 2P.159/1997 vom 11. August 1998 = Pra 88 (1999) Nr. 3 E. 3b/cc).

##### **E. 4.1**

Das Kantonsspital Baselland und die Psychiatrie Baselland sind öffentlichrechtliche Anstalten ("Unternehmen") mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 8 Abs. 1 und 2 Spitalgesetz). In Bezug auf die Anstellungsverhältnisse regelt § 11 des Spitalgesetzes, dass die Verwaltungsräte der beiden Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen und im Einvernehmen mit der Arbeitsgemeinschaft Basellandschaftlicher Personalverbände einen gemeinsamen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) abschliessen. Solange kein Gesamtarbeitsvertrag abgeschlossen ist, jedoch längstens bis 4 Jahre ab Inkrafttreten dieses Gesetzes, richten sich die Anstellungsbedingungen inhaltlich nach der basellandschaftlichen Personalgesetzgebung (§ 26 Abs. 3 Spitalgesetz). Für die privatärztliche Leistungserbringung gelten gemäss § 27 Abs. 1 des Spitalgesetzes bis 12 Monate ab Inkrafttreten dieses Gesetzes die §§ 10a und 10b des Spitalgesetzes vom 24. Juni 1976 weiter. Nach Ablauf dieser Frist beschliessen die Verwaltungsräte über die privatärztliche Leistungserbringung sowie deren Vergütung (§ 27 Abs. 2 Spitalgesetz). Im Weiteren regelt § 22 Abs. 2 lit. c des Spitalgesetzes, dass der Verwaltungsrat des KSBL die notwendigen Reglemente erlässt.

##### **E. 4.2**

Am 1. Juli 2015 haben die Sozialpartner den GAV Kantonsspital Baselland / Psychiatrie Baselland beschlossen, welcher per 1. Januar 2016 in Kraft getreten ist. Vom Geltungsbereich des GAV ausgenommen sind unter anderem die leitenden Ärzte und die Chefärzte (Ziff. 5 Abs. 2 und 3 GAV). In Bezug auf die Arbeitsverhältnisse der Kaderärzte hat der Verwaltungsrat des KSBL gestützt auf § 22 Abs. 2 lit. c und § 27 Abs. 2 des Spitalgesetzes per 1. April 2018 die Allgemeinen Anstellungsbedingungen angepasst und das Kaderarztlohnreglement sowie das Kaderarztfondsreglement erlassen. Die fraglichen Reglemente sind öffentlichrechtlicher Natur und stellen generellabstrakte Erlasse des KSBL als dezentralem Verwaltungsträger dar (vgl. Urteil des Kantonsgerichts, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht [KGE VV], vom 12. Dezember 2018 [810 17 245-246, 810 17 250-252] E. 4.1; Tschannen / Zimmerli / Müller, a.a.O., S. 111 ff.; BGE 118 Ia 245 E. 3e). Die Arbeitsverhältnisse der Beschwerdeführer richten sich mithin seit dem 1. April 2018 nach den auf diesen Zeitpunkt in Kraft gesetzten Reglementen der Beschwerdegegnerin.

#### **E. 4.3**

Gemäss Ziffer 6.1 Abs. 3 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen in der am 1. April 2018 in Kraft gesetzten Fassung gelten für Chefärztinnen bzw. Chefärzte, Institutsleiterinnen bzw. Institutsleiter, Co-Chefärztinnen bzw. Co-Chefärzte sowie Leitende Ärztinnen bzw. Leitende Ärzte die Bestimmungen des Kaderarztlohnreglements. Das Kaderarztlohnreglement enthält sowohl Bestimmungen über den Lohn bzw. die Vergütung der Kaderärzte (Ziff. 4 ff.) als auch Bestimmungen über deren allgemeine Rechtsstellung (Ziff. 2 f.). 4.4.1 Für die Frage, ob es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um Lohn handelt, ist von Ziff. 4.1 des Kaderarztlohnreglements auszugehen, welche unter dem Titel "Aufbau des Lohns" folgende Regelung enthält: Die Vergütung der Kaderärztinnen und -ärzte setzt sich wie folgt zusammen aus a. einem festen Lohnanteil b. einem variablen Lohnanteil für die privatärztliche Leistungserbringung (Leistungsumfangkomponente) c. einem variablen Lohnanteil abhängig vom finanziellen Erfolg des Kantonsspitals (Leistungskomponente) 4.4.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Qualifikation des privatärztlichen Honorars als "variabler Lohnanteil" durch die Beschwerdeführer unzutreffend sei (Beschwerdeantwort, Rz. 52). Das Honorar für die privatärztliche Leistungserbringung sei gerade kein Lohnbestandteil; vielmehr handle es sich dabei um selbständig erzielt Honorar (Beschwerdeantwort, Rz. 31). Der Lohn der Beschwerdeführer habe sich aus einem Grundlohn (fester Lohnanteil) gemäss Ziff. 5 des Kaderarztlohnreglements sowie einem variablen Lohnanteil (Leistungs-komponente) nach Ziff. 7 des Kaderarztlohnreglements zusammengesetzt. Ausserdem hätten die Beschwerdeführer die Möglichkeit gehabt, durch privatärztliche Leistungserbringung selbständig zusätzliche Honorare zu erzielen (Ziff. 6 Kaderarztlohnreglement; Beschwerdeantwort, Rz. 14). 4.4.3 Mit ihren Ausführungen setzt sich die Beschwerdegegnerin in Widerspruch zur Regelung von Ziff. 4.1 lit. b des Kaderarztlohnreglements, welche wie aufgezeigt (E. 4.4.1 hiervor) explizit statuiert, dass es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung (sog. Leistungsumfangkomponente) um einen variablen Lohnanteil handelt. Die Beschwerdegegnerin nimmt im kantonsgerichtlichen Verfahren keinen Bezug auf Ziff. 4.1 lit. b des Kaderarztlohnreglements und macht namentlich nicht geltend, dass diese Bestimmung gegen ihren Wortlaut auszulegen sei. Damit ist festzustellen, dass die Vergütung für die privatärztliche Tätigkeit gemäss dem anstaltseigenen Kaderarztlohnreglement des KSBL als Lohn und damit als Einkommen aus unselbständiger

Erwerbstätigkeit gilt. 4.5.1 Die Vergütung der Beschwerdeführer für die privatärztliche Leistungserbringung ist auch gestützt auf die weiteren Bestimmungen des Kaderarztlohnreglements bzw. inhaltlich als Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. 4.5.2 Gemäss Ziff. 2.2 und Ziff. 3.2 des Kaderarztlohnreglements sind die Chefärztinnen und Chefärzte, die Co-Chefärztinnen und Co-Chefärzte sowie die Leitenden Ärztinnen und Leitenden Ärzte in ihrem Aufgabenbereich verantwortlich für die fachgerechte ärztliche Untersuchung, Behandlung und Betreuung der Patientinnen und Patienten, ungeachtet der Pflegeklasse. Die Kaderärzte sind im Rahmen ihres öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrags mithin auch für ihre privatärztliche Tätigkeit gegenüber der Beschwerdegegnerin (abschliessend) verantwortlich. Dies stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein gewichtiges Indiz für unselbständige Erwerbstätigkeit dar (vgl. BGE 122 V 281 E. 5b/aa). Dasselbe gilt hinsichtlich der Regelung von Ziff. 2.10 des Kaderarztlohnreglements, wonach die Haftpflichtversicherung des Kantonsspitals die privatärztliche Leistungserbringung einschliesst (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.158/1997, 2P.159/1997 vom 11. August 1998 = Pra 88 (1999) Nr. 3 E. 3c/cc). In Bezug auf die privatärztliche Leistungserbringung der Kaderärzte besteht sodann gemäss Ziff. 6.1 des Kaderarztlohnreglements lediglich eine "Vergütungsberechtigung" aus Honoraren oder Erlösen. Bei den entsprechenden Einnahmen aus der privatärztlichen Leistungserbringung, welche im Kaderarztlohnreglement uneinheitlich als "Arzthonorare" (Ziff. 6.3 Abs. 1), "Erlöse" (Ziff. 6.4 Abs. 1) oder "Honorare" (Ziff. 6.5) bezeichnet werden, handelt es sich gemäss den genannten Bestimmungen ausdrücklich um "Einnahmen des Kantonsspitals". Auch daraus erhellt, dass es sich bei der Vergütung der Kaderärzte nicht um Honorare aus selbständiger Erwerbstätigkeit handeln kann. Dem Gesagten entspricht, dass die privatärztliche Tätigkeit der Kaderärzte im Rahmen des öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem KSBL und den Patienten erfolgt und damit in den Bereich des öffentlichen Rechts fällt. Die Behandlung sämtlicher Patienten einschliesslich der Privat- und Halbprivatpatienten erfolgt mithin im Namen und auf Rechnung des KSBL und nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung der Kaderärzte. Letzteres wäre jedoch Voraussetzung für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wie sie von der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der privatärztlichen Leistungserbringung der Kaderärzte behauptet wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.158/1997, 2P.159/1997 vom 11. August 1998 = Pra 88 (1999) Nr. 3 E. 3c/aa und bb). 4.5.3 Die Beschwerdegegnerin verweist für ihre Argumentation, dass es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um selbständig erzielt Honorar handle, auf Ziff. 4.2 (recte: Ziff. 4.3) des Kaderarztlohnreglements, wonach der Lohnanspruch auf den festen Lohn beschränkt sei, soweit bei Arbeitsverhinderung oder Urlaub ein Lohnanspruch bestehe. Im Weiteren hält sie fest, dass gemäss Ziff. 4.2 des Kaderarztlohnreglements nur der feste Lohn als massgeblicher Lohn für die berufliche Vorsorge gelte, nicht aber das privatärztlich erzielte Honorar. Schliesslich würden gemäss Ziff. 6.7 des Kaderarztlohnreglements Einkommensreduktionen aufgrund tariflicher Änderungen oder aufgrund von Änderungen im Bereich der Zusatzversicherten (beispielsweise Anzahl Patientinnen und Patienten) nicht ausgeglichen (Beschwerdeantwort, Rz. 31). Die von der Beschwerdegegnerin angeführten Bestimmungen des Kaderarztlohnreglements führen entgegen ihrer Auffassung nicht zum Schluss, dass es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um selbständig erzielt Honorar handelt. Die entsprechenden Regelungen ergeben vielmehr nur dann einen Sinn, wenn es sich dabei um Lohn bzw. um einen variablen Lohnanteil handelt. Für die obgenannten Bestimmungen bestünde jedenfalls kein sachlicher Grund,

soweit es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um selbständig erzielt Honorar handelte. 4.5.4 Im Rahmen der Duplik verweist die Beschwerdegegnerin überdies auf die Regelungen von Ziff. 6.3 und Ziff. 6.5 des Kaderarztlohnreglements, wonach die wegen Uneinbringlichkeit von Arzthonoraren oder Erlösen oder Gutachten entstehenden Verluste aus der vergütungsberechtigten Nebentätigkeit geteilt würden. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Beschwerdeführer damit das Inkasso- und Delkredererisiko im prozentualen Umfang ihres Honoraranspruchs getragen hätten, weshalb definitionsgemäss nicht Lohn vorliege (Duplik, Rz. 30). Der Auffassung der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden. Namentlich kann allein aus dem Umstand, dass das Risiko der Uneinbringlichkeit von Arzthonoraren bzw. Erlösen anteilmässig von den Kaderärzten und dem KSBL getragen wird, kein Unternehmerrisiko erblickt werden, welches für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen würde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.98/2005 vom 27. September 2005 E. 3.4; BGE 122 V 281 E. 5b/bb).

4.6.1 Die Beschwerdegegnerin macht schliesslich geltend, das Bundesgericht sei in einem gegen die Beschwerdeführer ergangenen Entscheid davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführer zweigeteilt gewesen sei und aus einer öffentlichrechtlichen, mit dem ordentlichen Lohn abgegoltenen Tätigkeit der Kaderärzte einerseits und deren privatrechtlichen Nebentätigkeiten andererseits bestanden habe. Diese Zweiteilung entspreche der spezifischen, gesetzlich vorgesehenen und höchstrichterlich anerkannten Differenzierung der Vergütungen von Leistungen von Chef- und Kaderärzten im Kanton Basel-Landschaft (Duplik, Rz. 17 f.).

4.6.2 Das von der Beschwerdegegnerin angeführte Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2018 (9C\_891/2017) bezog sich auf die Rechtslage unter der Geltung der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Chefärztinnen und Chefärzte und der Leitenden Ärztinnen und Ärzte der Kantonsspitäler und der Kantonalen Psychiatrischen Dienste mit vergütungsberechtigter Nebentätigkeit (Kaderarztverordnung) vom 18. Dezember 2007. Die Arbeitsverhältnisse der Beschwerdeführer richten sich jedoch wie dargelegt (E. 4.2 hiervor) seit dem 1. April 2018 nicht mehr nach den Bestimmungen der kantonalen Personalgesetzgebung bzw. der altrechtlichen Kaderarztverordnung, sondern nach den zwischenzeitlich erlassenen Reglementen der Beschwerdegegnerin. In Bezug auf die Frage, ob es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um Lohn handelt, sind mithin die Bestimmungen des Kaderarztlohnreglements massgebend. Soweit die Beschwerdegegnerin ausführt, dass diesbezüglich im Rahmen des Kaderarztlohnreglements keine Änderung erfolgt sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Namentlich statuiert das Kaderarztlohnreglement in Ziff. 4.1 lit. b nunmehr explizit, dass es sich bei der Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung um einen variablen Lohnanteil handelt. Aus dem von ihr angeführten Urteil des Bundesgerichts kann die Beschwerdegegnerin somit von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten. Hinzu kommt, dass das fragliche Urteil nicht die vorliegend strittige Qualifikation der Vergütung der Kaderärzte für die privatärztliche Leistungserbringung zum Gegenstand hatte, sondern die Frage, ob die den Beschwerdeführern in den Jahren 2013 und 2014 ausgerichteten Funktionszulagen vorsorge-rechtlich massgeblichen Verdienst darstellten. Dem Urteil des Bundesgerichts kann auch aus diesem Grund für den vorliegenden Fall keine präjudizierende Wirkung zukommen.

#### **E. 4.7**

Nach dem Gesagten ist die Vergütung der Kaderärzte für die privatärztliche Leistungserbringung als massgeblicher Lohn zu qualifizieren. Soweit der variable Lohnanteil für die privatärztliche Tätigkeit wie im vorliegenden Fall von der Anzahl der

durchgeführten Behandlungen bzw. erbrachten Leistungen abhängt, ist er einem Leistungslohn mit Gewinnbeteiligung gleichzusetzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.158/1997, 2P.159/1997 vom 11. August 1998 = Pra 1999 Nr. 3 E. 3c/cc).

## **E. 5**

Zu beurteilen ist im Weiteren, ob die Beschwerdeführer einen Anspruch darauf haben, dass ihnen während der Dauer der Freistellung der variable Lohnanteil für die privatärztliche Leistungserbringung ausgerichtet wird.

### **E. 5.1**

Vorab ist zu prüfen, ob die Allgemeinen Anstellungsbedingungen oder das Kaderarztlohnreglement hinsichtlich dieser Frage eine Regelung enthalten. Gemäss Ziff. 4.6 Abs. 4 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen ist bei einer Freistellung von der Arbeit während der Kündigungsfrist ein noch bestehender Ferienanspruch in der Regel abgegolten. Abgesehen von dieser Bestimmung, welche für den vorliegenden Fall keine weiteren Erkenntnisse bringt, lässt sich weder den Allgemeinen Anstellungsbedingungen noch dem Kaderarztlohnreglement eine explizite Regelung in Bezug auf die Frage des Lohnanspruchs während der Dauer einer Freistellung entnehmen.

#### **E. 5.1.1**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, gemäss Ziff. 4.3 des Kaderarztlohnreglements bestehe bei Arbeitsverhinderung, Ferien, Urlaub oder sonstiger verschuldeter oder unverschuldeter Abwesenheit kein Anspruch auf Vergütung aus privatärztlichen Honoraren und Erlösen. Zudem bestehe ein Anspruch auf Honorar gemäss Ziff. 6.2 Abs. 1 des Kaderarztlohnreglements nur bei persönlicher Leistungserbringung durch den vergütungsberechtigten Kader-arzt. Die Beschwerdeführer hätten daher während der Freistellungsdauer keinen Anspruch auf Ausrichtung eines fiktiven Honoraranteils (Beschwerdeantwort, Rz. 31 ff.).

#### **E. 5.1.2**

Entgegen der Argumentation der Beschwerdegegnerin hält Ziff. 4.3 des Kaderarztlohnreglements einzig fest, dass, soweit "bei Arbeitsverhinderung oder Urlaub" ein Lohnanspruch bestehe, dieser lediglich den festen Lohn umfasse. Die von der Beschwerdegegnerin angeführten Fälle "sonstiger verschuldeter oder unverschuldeter Abwesenheit" werden in der fraglichen Bestimmung demgegenüber nicht erwähnt. Mit den Beschwerdeführern ist festzustellen, dass sich die "Arbeitsverhinderung" im Sinne von Ziff. 4.3 des Kaderarztlohnreglements auf krankheits- und andere in der Person des Arbeitnehmers liegende Verhinderungsgründe bezieht, was sich aus dem Zusammenhang dieser Bestimmung mit Ziff. 7 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen ergibt. Die Beschwerdegegnerin weist denn auch selbst auf diesen Zusammenhang hin (Beschwerdeantwort, Rz. 31). Die "Arbeitsverhinderung" im Sinne von Ziff. 4.3 des Kaderarztlohnreglements umfasst demnach die in Ziff. 7 ff. der Allgemeinen Anstellungsbedingungen geregelten Fälle der krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsverhinderung von Mitarbeitenden, nicht jedoch den Fall der Freistellung, in welchem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer freiwillig von seiner Arbeitspflicht entbindet und sich dadurch in Annahmeverzug versetzt (E. 5.3.1 hiernach). Soweit die Beschwerdegegnerin – über den Wortlaut von Ziff. 4.3 des Kaderarztlohnreglements hinausgehend – argumentiert, diese Bestimmung umfasse auch den Fall der Freistellung, kann ihr daher nicht gefolgt werden.

### **E. 5.1.3**

Ebenfalls unbehelflich ist der Verweis der Beschwerdegegnerin auf Ziff. 6.2 Abs. 1 des Kaderarztlohnreglements, wonach ein Anspruch auf Vergütung nur bestehe, wenn die entsprechende ärztliche Leistung persönlich durch die vergütungsberechtigte Ärztin bzw. den vergütungsberechtigten Arzt erbracht werde. Die fragliche Bestimmung hält als (selbstverständlichen) Grundsatz fest, dass der Anspruch auf Vergütung für die privatärztliche Leistungserbringung die persönliche Erbringung dieser Leistung durch den vergütungsberechtigten Arzt voraussetzt. Sie ist in Zusammenhang mit Ziff. 6.2 Abs. 2 und 3 des Kaderarztlohnreglements zu verstehen, welche regeln, unter welchen Voraussetzungen eine Leistung als persönlich erbracht gilt bzw. eine Delegation ohne Verlust der Vergütungsberechtigung zulässig ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin äussert sich Ziff. 6.2 Abs. 1 des Kaderarztlohnreglements nicht zur Frage, ob sich der Lohnfortzahlungsanspruch im Fall einer Freistellung auf den Lohnanteil für die privatärztliche Leistungserbringung erstreckt.

### **E. 5.2**

Können dem individuellen Arbeitsvertrag und den Allgemeinen Anstellungsbedingungen keine Vorschriften entnommen werden, so gelten gemäss Ziff. 1 Abs. 2 der Allgemeinen Anstellungsbedingungen sinngemäss die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts. Da im vorliegenden Fall weder den Arbeitsverträgen der Beschwerdeführer noch – wie aufgezeigt (E. 5.1 ff. hiervor) – den Allgemeinen Anstellungsbedingungen und dem Kaderarztlohnreglement eine Regelung hinsichtlich der Frage der Lohnfortzahlung des variablen Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung während der Dauer der Freistellung entnommen werden kann, sind diesbezüglich die Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR]) vom 30. März 1911 massgebend. 5.3.1 Die Freistellung ist im OR nicht explizit geregelt und deren juristische Qualifikation war bisweilen uneinheitlich. In seiner jüngeren Rechtsprechung qualifiziert das Bundesgericht die Freistellung als Annahmeverzug des Arbeitgebers (vgl. BGE 137 III 303 E. 2.1.2 = Pra 100 (2011) Nr. 127; Urteile des Bundesgerichts 4A\_362/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 5.2; 4A\_89/2011 vom 27. April 2011 E. 6). Auch nach der herrschenden Lehre handelt es sich jedenfalls bei der einseitigen, durch eine Weisung des Arbeitgebers angeordneten Freistellung um einen Annahmeverzug gemäss Art. 324 Abs. 1 OR (vgl. Wolfgang Portmann / Roger Rudolph, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 6. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 324 OR; Manfred Reh binder / Jean - Fritz Stöckli, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N 15 zu Art. 324 OR). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Freistellung auf einer (einseitigen) Anordnung der Beschwerdegegnerin beruhte (Beschwerdebegründung, Rz. 11 f.; Beschwerdeantwort, Rz. 21 f.). Damit ist im Lichte der vorstehenden Erwägungen festzustellen, dass hinsichtlich der Freistellung der Beschwerdeführer ein Annahmeverzug der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR vorliegt. 5.3.2 Rechtsfolge des Annahmeverzugs nach Art. 324 Abs. 1 OR ist die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung. Während der Freistellung hat der Arbeitnehmer vorbehaltlich der Anrechnungspflicht von Dritteinkommen Anspruch auf den vollen Lohn, d.h. er ist so zu stellen, wie wenn er arbeiten würde (vgl. Portmann / Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 324 OR; Ullin Streiff / ADRIAN VON Kaenel / Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N 13 zu Art. 324 OR; Reh binder / Stöckli, a.a.O., N 16 zu Art. 324 OR; Alfred Blesi, Die

Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl. 2010, Rz. 278). 5.3.3 Der Grundsatz, wonach der Freigestellte in Bezug auf seinen Lohn so zu stellen ist, wie wenn er arbeiten würde, gilt ohne Einschränkung auch für variablen Lohn oder für variable Lohnbestandteile. Dass der freigestellte Arbeitnehmer nicht mehr mit seiner Arbeitsleistung zum Geschäftsergebnis beitragen kann, ändert daran nichts. Der Arbeitgeber verhindert durch die Freistellung des Arbeitnehmers selbst, dass dieser seine Leistung unter Beweis stellen kann (vgl. Blesi, a.a.O., Rz. 281 f.). Entsprechend besteht die Lohnzahlungspflicht der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Fall ungeachtet der Tatsache, dass die Beschwerdeführer aufgrund ihrer Freistellung keine Einnahmen aus privatärztlicher Leistungserbringung generieren konnten.

5.3.4 Soweit die Beschwerdegegnerin geltend macht, die Beschwerdeführer hätten ihre Freistellung schuldhaft verursacht, kann sie daraus in Bezug auf die Lohnzahlungspflicht während der Dauer der Freistellung nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Möglichkeiten, den Lohn eines freigestellten Arbeitnehmers zu kürzen, unterscheiden sich nicht von denjenigen, die für den arbeitenden Arbeitnehmer gelten. Eine ungenügende Arbeitsleistung mag ein Grund für eine Freistellung sein, sie berechtigt den Arbeitgeber aber genauso wenig zur Lohnkürzung wie bei Weiterarbeit. Auch wenn ein Arbeitnehmer wegen mangelhafter Leistung oder schlechten Verhaltens freigestellt wird, behält er einen uneingeschränkten Lohnanspruch (vgl. Blesi, a.a.O., Rz. 290 f.). Die Frage, welches die Gründe für die Freistellung der Beschwerdeführer waren, ist demzufolge nicht massgebend für die Frage der Lohnzahlungspflicht. Hinzu kommt, dass den Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 25. April 2018, in welchen die Freistellung gegenüber den Beschwerdeführern bestätigt wurde, hinsichtlich der Gründe für die Freistellung nichts entnommen werden kann. Namentlich geht daraus nicht hervor, dass die Beschwerdeführer die Freistellung durch ihr Verhalten schuldhaft verursacht hätten. Die Beschwerdegegnerin hat auch kein Protokoll über das Gespräch vom 25. April 2018 eingereicht, aus welchem ein entsprechender Vorwurf ersichtlich wäre. Vielmehr hielt sie gegenüber den Beschwerdeführern ausdrücklich fest, dass sich der Inhalt des Gesprächs im Wesentlichen aus den beiden Freistellungsschreiben vom 25. April 2018 ergebe (Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 17. April 2019). Wenn sie sich im vorliegenden Verfahren bzw. nach Geltendmachung der strittigen Lohnforderung der Beschwerdeführer nunmehr auf eine selbstverschuldete Freistellung der Beschwerdeführer beruft, so erscheint dies mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999) nicht vereinbar und die Beschwerdegegnerin kann mit ihren diesbezüglichen Ausführungen nicht gehört werden.

5.3.5 Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer während der Dauer ihrer Freistellung Anspruch haben auf Ausrichtung des variablen Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung (vgl. in diesem Sinne auch Urteil des Kantonsgerichts Graubünden [U 06 117] vom 21. August 2007 E. 1.b).

5.4.1 Was die Berechnung des während der Freistellung geschuldeten Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung anbelangt, so wird bei schwankender Lohnhöhe in der Regel auf eine repräsentative Referenzperiode in der Vergangenheit abgestellt (vgl. Blesi, a.a.O., Rz. 278). Die Beschwerdeführer machen geltend, es seien diesbezüglich die letzten zwölf Monate vor der Freistellung als Referenzperiode zu berücksichtigen (Beschwerdebegründung, Rz. 31 ff.). Die Beschwerdegegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, als Referenzperiode sei die Periode von Mai bis Juni bzw. August aus den Vorjahren massgebend. Die Honorareinnahmen der Beschwerdeführer aus der privatärztlichen Leistungserbringung würden stark schwanken und nur so könne ein auch nur annähernd korrekter Referenzwert

ermittelt werden (Beschwerdeantwort, Rz. 77). 5.4.2 In der Praxis werden üblicherweise die letzten sechs bis zwölf Monate als Referenzperiode berücksichtigt, wobei im Allgemeinen eine Referenzperiode von zwölf Monaten favorisiert wird. Eine kürzere Referenzperiode ergibt sich zwingend bei unterjährigen Arbeitsverhältnissen. Je nachdem kann sich auch bei überjährigen Arbeitsverhältnissen das Abstellen auf eine kürzere Referenzperiode aufdrängen, sei dies infolge saisonaler Schwankungen, einer Lohnerhöhung, einer Umstellung des Vergütungssystems, Vertragsänderungen in Bezug auf die Funktion oder aus anderen Gründen (vgl. Christoph Senti, Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2015 S. 695, 704 f.; Blesi, a.a.O., Rz. 278 ff.; BGE 129 III 664 = Pra 93 (2004) Nr. 67 E. 7.3; BGE 125 III 14 E. 2b). Wie die Beschwerdeführer nachvollziehbar darlegen und von der Beschwerdegegnerin nicht substantiiert bestritten wird, war die Höhe des Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung von der Auslastung des KSBL abhängig. Zur Berechnung des entsprechenden (hypothetischen) Lohnanteils während der Freistellungsdauer ist daher – wie von den Beschwerdeführern geltend gemacht (Replik, Rz. 133) – auf eine Referenzperiode möglichst nahe am Zeitraum der Freistellung und nicht auf weiter zurückliegende Vorjahre abzustellen. Die Beschwerdeführer zeigen sodann im Einzelnen auf, dass die Berechnung anhand einer Referenzperiode von Mai bis Juni bzw. August bei Zugrundelegung der Vergütungen des Vorjahres zu einem im Wesentlichen identischen bzw. im Fall des Beschwerdeführers 2 gar leicht höheren Betrag führen würde wie die Berechnung anhand einer die letzten zwölf Monate umfassenden Referenzperiode (Replik, Rz. 131). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend zur Berechnung des variablen Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung entsprechend der Argumentation der Beschwerdeführer auf die von der Lehre und Rechtsprechung favorisierten letzten zwölf Monate vor der Freistellung als Referenzperiode abzustellen.

5.5.1 Gemäss Art. 324 Abs. 2 OR muss sich der Arbeitnehmer auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Mithin besteht für die Dauer der Lohnfortzahlung eine Anrechnungspflicht für anderweitiges Erwerbseinkommen, wobei der freigestellte Arbeitnehmer diesbezüglich im Rahmen von Treu und Glauben zur Offenlegung bzw. zur Darlegung des Sachverhalts verpflichtet ist (vgl. Portmann / Rudolph, a.a.O., N 10 zu Art. 324 OR).

5.5.2 Die Beschwerdeführer wurden in den Freistellungsschreiben vom 25. April 2018 ausdrücklich auf ihre Pflicht hingewiesen, der Beschwerdegegnerin den während der Freistellung anderweitig erzielten Verdienst zwecks Anrechnung mitzuteilen, weshalb insofern von einer Anrechnungspflicht im Sinne von Art. 324 Abs. 2 OR auszugehen ist. Die Beschwerdegegnerin stellt den Verfahrens Antrag, die Beschwerdeführer seien zu verpflichten, sämtliche von ihnen bis Ende August bzw. Juni 2018 generierten Einnahmen der D. AG bzw. der Praxen "F." und "C." offenzulegen. Sie macht geltend, die Beschwerdeführer hätten während der Dauer ihres Arbeitsverhältnisses mit dem KSBL die von der D. AG betriebenen Praxen "F." und "C." aufgebaut und aktiv betrieben (Beschwerdeantwort, Rz. 10 ff.). Die Beschwerdeführer führen demgegenüber aus, dass sie während der Dauer ihrer Arbeitsverhältnisse weder die Praxis "F." noch die Praxis "C." aktiv betrieben hätten und deshalb auch keine Einnahmen erzielt hätten, welche sie offenlegen könnten (Replik, Rz. 66 f.). Allerdings reichten die Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang keinerlei Unterlagen bzw. Belege ein, weshalb der Sachverhalt diesbezüglich nicht hinreichend erstellt ist. Die entsprechenden Abklärungen sind nicht durch das Kantonsgericht, sondern die erstinstanzlich zuständige Beschwerdegegnerin

vorzunehmen. Die Angelegenheit ist in diesem Punkt zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

## **E. 6**

Nach dem Gesagten sind die Beschwerden gutzuheissen und die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. Juni 2018 ist aufzuheben. Die Angelegenheit ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese den Lohn der Beschwerdeführer für die Dauer der Freistellung unter Einschluss des variablen Lohnanteils für die privatärztliche Leistungserbringung sowie Anrechnung eines allfälligen anderweitigen Erwerbseinkommens im Sinne der vorstehenden Erwägungen neu festsetzt. Von Beweismassnahmen ist abzusehen und die von den Parteien gestellten Beweisanträge werden abgewiesen, zumal nicht ersichtlich ist, welche zusätzlichen entscheiderelevanten Erkenntnisse diese zeitigen könnten. 7.1 Es bleibt über die Kosten zu befinden. Gemäss § 20 Abs. 1 VPO ist das Verfahren vor dem Kantonsgericht kostenpflichtig. Die Verfahrenskosten umfassen die Gerichtsgebühren und die Beweiskosten und werden in der Regel der unterliegenden Partei in angemessenem Ausmass auferlegt (§ 20 Abs. 3 VPO). Im vorliegenden Fall sind die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. 7.2 Nach § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Bei-zug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Den Beschwerdeführern ist ausgangsgemäss eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdegegnerin zuzusprechen. Angesichts der Komplexität der Streitsache erscheint der in den Honorarnoten vom 2. Mai 2019 ausgewiesene Aufwand von insgesamt 86 Stunden für das vorliegende Verfahren als angemessen. Der geltend gemachte Aufwand ist praxismässig zu einem Ansatz von Fr. 250.-- pro Stunde zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern demnach eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 24'241.35 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST) auszurichten. Demgemäss wird e r k a n n t : 1. In Gutheissung der Beschwerden wird die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 21. Juni 2018 aufgehoben und die Angelegenheit wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen. 2. Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'500.-- wird den Beschwerdeführern zurückerstattet. 3. Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 24'241.35 (inkl. Auslagen und 7.7% MWST) auszurichten. Vizepräsident Gerichtsschreiber

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.