

Rechtsgutachten «Übersicht über in der Schweiz vorhandene  
Regelungen (GAV, kantonales Recht, OR, ArG) zu ausge-  
wählten Aspekten in Arbeitsverhältnissen von in der Pflege  
tätigen Personen»

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern  
Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

im Auftrag

**Bundesamt für Gesundheit (BAG), Direktionsbereich Prävention und  
Gesundheitsversorgung, Abteilung Gesundheitsberufe, Schwarzen-  
burgstrasse 157, 3003 Bern**

Bern, 15. Oktober 2023

<b>I) EINLEITUNG .....</b>	<b>4</b>
<b>1 Ausgangslage und Auftrag.....</b>	<b>4</b>
<b>2 Methodisches Vorgehen .....</b>	<b>6</b>
<b>II) BUNDESKOMPETENZEN FÜR DEN ERLASS (SPEZIFISCHER) ARBEITSRECHTLICHER BESTIMMUNGEN IM PFLEGEBEREICH .....</b>	<b>6</b>
<b>1 Die verfassungsrechtliche Ausgangslage.....</b>	<b>6</b>
<b>2 Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen als Bestandteil der Pflegequalität .....</b>	<b>9</b>
2.1 Kompetenzverteilung in der Gesundheitsversorgung.....	9
2.2 Inhalt und Tragweite von Art. 117 BV.....	9
2.3 Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen als Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsmerkmal.....	11
a) Ausgangslage und Fragestellung .....	11
b) Kantonale Befugnisse für Mindestarbeitsbedingungen .....	11
c) Bundeskompetenzen für den Erlass von Arbeitsbedingungen.....	13
2.4 Notwendigkeit der Schaffung einer Evaluationsklausel im APG.....	13
<b>3 Erstes Zwischenergebnis .....</b>	<b>14</b>
<b>III). INHALTLICHE AUSGESTALTUNG DER ANFORDERUNGSGERECHTEN ARBEITSBEDINGUNGEN .....</b>	<b>14</b>
<b>1 Verlängerung der Ankündigungsfrist für Dienstpläne: mindestens 4 Wochen im Voraus ....</b>	<b>14</b>
1.1 Die Regelung im Arbeitsgesetz .....	14
a) Unregelmässige Arbeit und Gesundheitsschutz/Schutz des Sozial- und Familienlebens.....	14
b) Geltungsbereich von Art. 47 ArG und Art. 69 ArGV 1 im Pflegebereich.....	16
1.2 Im Arbeitsvertragsrecht nach OR .....	17
1.3 Regelungen in ausgewählten GAV .....	18
1.4 Würdigung des Vorschlages «Ankündigungsfrist vier Wochen» .....	19
<b>2 Minimalvorgaben für Lohnzuschläge (evtl. in Form von pauschalisierten Entschädigungen und/oder Zeitboni) für kurzfristige Arbeitseinsätze .....</b>	<b>19</b>
2.1 Ausgangslage .....	19
2.2 Regelung(en) in GAV.....	20
2.3 Würdigung des Vorschlages «Lohnzuschlag/Zeitgutschrift für kurzfristige Einsätze» .....	20

<b>3</b>	<b>Vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von höchstens 40 Stunden pro Woche .....</b>	<b>21</b>
3.1	Status Quo zur Höchstarbeitszeit nach OR und ArG.....	21
3.2	Wöchentliche Arbeitszeiten im öffentlichen Personalrecht.....	22
3.3	Höchstarbeitszeiten in ausgewählten GAV.....	22
3.4	Würdigung des Vorschlages «40-Stundenwoche» im APG .....	23
a)	Ausgangslage .....	23
b)	Begründungsoptionen für die 40-Stundenwoche .....	23
<b>4</b>	<b>Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal .....</b>	<b>24</b>
4.1	Überstunden und Überzeit im OR, ArG und öffentlichem Personalrecht .....	24
4.2	Regelungen zu maximalen Überstunden in GAV.....	26
4.3	Würdigung des Vorschlages zur Beschränkung der zulässigen Anzahl Überstunden pro Quartal .....	26
<b>5</b>	<b>Minimalvorgaben für Entschädigungen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit .....</b>	<b>27</b>
5.1	Die Regelungen im OR und ArG.....	27
a)	Vorschriften zur Entschädigung der Nachtarbeit .....	27
b)	Vorschriften zur Entschädigung Wochenendarbeit.....	28
c)	Vorschriften zur Entschädigung von Feiertagen.....	28
5.2	Regelungen in GAV .....	29
5.3	Würdigung des Vorschlages «Minimalvorgaben» .....	29
<b>6</b>	<b>Arbeitszeit im Rahmen von Pikettdienst oder von anderen Formen der Bereitschaft .....</b>	<b>30</b>
6.1	Die Regelungen im OR und ArG.....	30
6.2	Regelungen zu Pikett und Bereitschaftsdienst in GAV .....	32
6.3	Würdigung der Einführung einer «Bereitschaftsdienst-Entschädigungsregelung» im APG .....	32
<b>7</b>	<b>Minimalvorgaben für bezahlte Pausen .....</b>	<b>33</b>
7.1	Die Regelungen im OR und im ArG.....	33
7.2	Regelungen zu bezahlten Pausen in GAV .....	34
7.3	Würdigung der Einführung einer Regelung zu bezahlten Pausen im APG .....	34
<b>8</b>	<b>Minimalvorgaben für Bezahlung der Umkleidezeit .....</b>	<b>35</b>
8.1	(Keine) Regelung im OR und ArG .....	35
8.2	Regelungen zur Umkleidezeit in GAV .....	35
8.3	Würdigung der Einführung einer Regelung zu Umkleidezeit im APG .....	36
<b>9</b>	<b>Minimalvorgaben für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall .....</b>	<b>36</b>
9.1	Vorbemerkungen.....	36

9.2	Würdigung der Verankerung einer Regelung zur Lohnfortzahlung im APG .....	37
<b>10</b>	<b>Recht auf unbezahlten Urlaub und auf (vorübergehende) Reduktion des Arbeitspensums</b>	
	<b>37</b>	
10.1	Vorbemerkungen.....	37
10.2	Die Rechtslage im OR.....	38
10.3	Regelungen in GAV .....	39
10.4	Würdigung der Einführung des Rechts auf unbezahlten Urlaub und Pensenreduktion im APG .....	39
<b>IV)</b>	<b>AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUM VOLLZUG DES APG .....</b>	<b>40</b>
<b>1</b>	<b>Vorbemerkungen.....</b>	<b>40</b>
<b>2</b>	<b>Individualrechtliche Durchsetzbarkeit der APG-Arbeitsbedingungen .....</b>	<b>41</b>
<b>3</b>	<b>Kollektive Durchsetzung.....</b>	<b>42</b>
3.1	Im Rahmen von GAV.....	42
3.2	Feststellungsanspruch der Verbände .....	43
3.3	Zwischenfazit .....	43
<b>4</b>	<b>Staatliche Durchsetzung.....</b>	<b>44</b>
4.1	Sanktionen als Durchsetzungsinstrument .....	44
a)	Sanktionen im ArG, EntsG und Postgesetz .....	44
b)	Sanktionen im Zusammenhang mit der Spitalliste .....	45
4.2	Zuständige Behörden.....	46
4.3	Abschliessende Überlegungen.....	47
<b>V)</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>48</b>
<b>I)</b>	<b>Einleitung</b>	
<b>1</b>	<b>Ausgangslage und Auftrag</b>	
1	Die Umsetzung der Pflegeinitiative erfolgt in zwei Etappen. In der zweiten Etappe will der Bundesrat die Forderungen der Pflegeinitiative nach anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen und besseren beruflichen Entwicklungsmöglichkeiten umsetzen. Kernstück der zweiten Etappe bildet der Erlass eines neuen Bundesgesetzes, das Vorgaben machen soll zu den Arbeitsbedingungen in der Pflege (nachfolgend als «Bundesgesetz über anforderungsrechte Arbeitsbedingungen in der Pflege», APG, genannt). Der Bundesrat erachtet es als	

wichtig, bestimmte Aspekte der Arbeitsbedingungen und deren Absicherung direkt im APG zu verankern (Verlängerung der Ankündigungsfristen von Dienstplänen, Lohnzuschläge für kurzzeitige Arbeitseinsätze, Regelung einer GAV-Verhandlungspflicht, Organisation und Koordination des Vollzugs des APG).<sup>1</sup>

- 2 Im Rahmen der Ausarbeitung des Vorentwurfs zum APG zeigte sich bei den betroffenen Verwaltungsstellen der Bedarf, zusätzlich zu den zwei vom Bundesrat vorgesehenen Mindeststandards (Ankündigungsfrist, Lohnzuschläge) neun weitere Vorgaben vertieft zu prüfen. Der Geltungsbereich des APG soll zudem in betrieblicher Hinsicht umfassend sein, sich also sowohl an privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber richten. Erwogen wird, ob Pflegepersonal in höheren Kaderpositionen vom Geltungsbereich des APG ausgeschlossen werden soll. Eine weitere Klärung des persönlichen Anwendungsbereichs bildet nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
- 3 Ausgehend von diesen Überlegungen beauftragte das BAG den Unterzeichnenden mit der Erarbeitung eines Rechtsgutachtens. Dieses soll auf der Grundlage des Rechtsgutachtens der ZHAW und einer BAG-Dokumentation zu verschiedenen GAV<sup>2</sup> einen Überblick geben zu folgenden 11 Arbeitsbedingungen, die in einem neuen Bundesgesetz festzulegen wären:
  - Verlängerung der Ankündigungsfrist für Dienstpläne: mindestens 4 Wochen im Voraus
  - Minimalvorgaben für Lohnzuschläge (evtl. in Form von pauschalisierten Entschädigungen und/oder Zeitboni) für kurzfristige Arbeitseinsätze
  - Vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von höchstens 40 Stunden pro Woche
  - Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal
  - Minimalvorgaben für Entschädigungen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit
  - Arbeitszeit im Rahmen von Pickettdienst oder von anderen Formen der Bereitschaft
  - Minimalvorgaben für bezahlte Pausen
  - Minimalvorgaben für Bezahlung der Umkleidezeit
  - Minimalvorgaben für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
  - Recht auf unbezahlten Urlaub
  - Recht auf (vorübergehende) Reduktion des Arbeitspensums
- 4 Das Gutachten soll weiter die Bundeskompetenzen in Bezug auf die Festlegung dieser Vorgaben sowohl für privatrechtlich als auch für öffentlich-rechtlich angestellte Personen beurteilen. Schliesslich sollen die ausgewählten Vorgaben auch hinsichtlich ihrer Umsetzbarkeit (Vollzug) geprüft werden, wobei auf bestehende Beispiele, namentlich in GAV und im kantonalen Recht verwiesen werden soll.
- 5 Fokus der Ausführungen bildet das Pflegepersonal. Nicht Gegenstand des Gutachtens bilden Ausführungen zur Frage, wieweit sich Verbesserungen der Arbeitsbedingungen auch

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Gesundheit BAG, Faktenblatt Pflegeinitiative: 2. Etappe Umsetzung Art. 117b und 197 Ziff. 13 BV.

<sup>2</sup> Die Liste umfasst insgesamt 14 verschiedene GAV, siehe hinten, Anhang: Dokument «GAV in verschiedenen Kantonen» (Stand Juli 2023), S. 50.

bei anderen Berufsgruppen mit ähnlichen Belastungen wie jenen des Pflegepersonals aufdrängen würden.

## 2 Methodisches Vorgehen

- 6 In einem ersten Schritt (II) wird in gebotener Kürze die Ausgangslage hinsichtlich der Bundeskompetenzen für den Erlass arbeitsrechtlicher Bestimmungen für Pflegepersonen dargestellt. Ausgangspunkt bildet dabei die Bestimmung in Art. 197 Ziff. 13 der Bundesverfassung (BV), wonach der Bund «anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen für die in der Pflege tätigen Personen erlässt». Im anschliessenden Hauptteil (III) werden die oben erwähnten 11 potenziellen Vorgaben für anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen mit Blick auf deren heutige Verbreitung und die Möglichkeiten der umfassenden Geltung (Verankerung im APG, privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitgebende) gewürdigt. An dieser Stelle ist bereits darauf hinzuweisen, dass die Punkte «Recht auf unbezahlten Urlaub und Recht auf (vorübergehende) Reduktion des Arbeitspensums» in einem gemeinsamen Unterkapitel behandelt werden. Ebenfalls zu erwähnen ist, dass bei der Darstellung des Status Quo der Fokus auf die Rechtslage nach OR und Arbeitsgesetz gelegt wird, da eine umfassende Analyse der Personalrechtsordnungen der Kantone und Gemeinden den Rahmen des Gutachtens bei weitem sprengen würde. Im letzten Teil (IV) folgen Ausführungen zum möglichen Vollzug des APG (mit Blick auf die 11 Vorgaben). Die wichtigsten Ergebnisse werden in einer Zusammenfassung (V) festgehalten.

## II) Bundeskompetenzen für den Erlass (spezifischer) arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Pflegebereich

### 1 Die verfassungsrechtliche Ausgangslage

- 7 Die vom Souverän am 28. November 2021 angenommene Pflegeinitiative sieht in Art. 117b Abs. 1 BV vor, dass Bund und Kantone die Pflege als wichtigen Bestandteil der Gesundheitsversorgung anerkennen und fördern und für eine ausreichende, allen zugängliche Pflege von hoher Qualität sorgen. Nach Art. 117b Abs. 2 BV stellen sie (Bund und Kantone) sicher, dass eine genügende Anzahl diplomierter Pflegefachpersonen für den zunehmenden Bedarf zur Verfügung steht und dass die in der Pflege tätigen Personen entsprechend ihrer Ausbildung und ihren Kompetenzen eingesetzt werden. Nach Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV erlässt der *Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten* Ausführungsbestimmungen zu *anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen* für das Pflegepersonal. Eine solche Formulierung indiziert, dass bestehende Zuständigkeitsnormen beachtet werden können (und müssen), um die konkreten Bundeskompetenzen festzustellen.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> SCHWEIZER RAINER J., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 3 N 21. Zu den Bundeskompetenzen betreffend Regelungen zu Arbeitsverhältnissen siehe unten, Rz. 10 ff.

- 8 Eine Übergangsbestimmung wie vorliegend Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV ist im Kontext der Hauptnorm auszulegen.<sup>4</sup> Das bedeutet: Die Verbesserung der Arbeitsbedingungen soll u.a. dazu beitragen, dass Pflegefachkräfte länger in ihrem Beruf tätig sind. Der Beruf soll allgemein attraktiver gemacht werden; die Arbeitsbedingungen spielen dabei eine zentrale Rolle.<sup>5</sup> Es handelt sich dabei um einen Auftrag an den Bund, der *aktiv werden muss*. Der Verfassungsgeber auferlegt in Art. 197 Ziff. 12 Abs. 2 BV der Bundesversammlung die Pflicht, innert vier Jahren nach Annahme der Initiative für die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen zur Umsetzung der Initiative zu sorgen. Zu beachten ist indes auch: Der Bund darf bei der Umsetzung der Initiative allgemein und auch hinsichtlich der Übergangsbestimmungen nur im Rahmen seiner Zuständigkeiten handeln.
- 9 Auch die Kantone werden in Art. 117b Abs. 1 und 2 BV in die Pflicht genommen. Auch sie haben dafür zu sorgen, dass ausreichend Pflegepersonal vorhanden ist und dass dieses entsprechend ihrer Ausbildung und ihren Kompetenzen eingesetzt wird. Der Verfassungsgeber hat in der Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 13 Abs. 2 lit. c BV «nur» den Bund für den Erlass von Ausführungsbestimmungen hinsichtlich anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal adressiert. Kantonale Personalrechtsbestimmungen dürfen die Umsetzung der Ziele der Pflegeinitiative nicht verhindern oder beeinträchtigen, denn dies würde gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verstossen.<sup>6</sup> Das Bundesgericht hat beispielsweise eine kantonale Besoldungsordnungsregelung, die dem Gebot der Gleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV widersprach, die Gültigkeit versagt.<sup>7</sup> Die kantonale Personalrechtsregelung war auch deshalb nicht zulässig, weil sie die Verwirklichung des Bundesrechtes (im konkreten Fall den Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung nach dem Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung EOG) übermässig erschwerte.<sup>8</sup>
- 10 Für die Auslegung der Einschränkung in Art. 197 Ziff. 13 Abs. 2 lit. c BV, wonach der Bund «nur» im Rahmen seiner Zuständigkeiten handeln darf, ist kurz die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen betreffend Regelungen zum Arbeitsverhältnis in Erinnerung zu rufen. Die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundes für die Regelung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse (Arbeitsvertrag, Art. 319 ff. OR) ergibt sich aus der allgemeinen Zivilrechtskompetenz des Bundes in Art. 122 Abs. 1 BV.<sup>9</sup> Dem Bund kommt zudem gestützt

---

<sup>4</sup> Siehe weiterführend PÄRLI, KURT, Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/berufe-gesundheitswesen/teritaerstufe/pflegeinitiative/gutachten-gav-verhandlungspflicht.pdf.download.pdf/20221110\\_Rechtsgutachten\\_GAV-Verhandlungspflicht\\_Schlussbericht.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/berufe-gesundheitswesen/teritaerstufe/pflegeinitiative/gutachten-gav-verhandlungspflicht.pdf.download.pdf/20221110_Rechtsgutachten_GAV-Verhandlungspflicht_Schlussbericht.pdf), Rz. 9 ff. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

<sup>5</sup> BAUMANN, PHIL, Die verfassungsrechtliche Stärkung der Pflege, *Pflegerecht* 2022 S. 98 ff., 101.

<sup>6</sup> WALDMANN, BERNHARD, Art. 49 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, 2015, Art. 49 BV N 20, RUCH, ALEXANDER, Art. 49 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 49 BV N 17; BGE 144 IV 240, E.2.5. Zu keinem anderen Ergebnis führt auch Art. 6 Zivilgesetzbuch (keine Beschränkung des kantonalen öffentlichen Rechts durch Bundeszivilrecht).

<sup>7</sup> BGE 142 II 425.

<sup>8</sup> BGE 142 II 425, E. 6.2.

<sup>9</sup> Im Rechtsgutachten zur GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4) finden sich detaillierte Ausführungen zur Zivilrechtskompetenz des Bundes für den Erlass des Arbeitsvertragsrechts (Rz. 20-22) und zum Vorbehalt des öffentlichen Personalrechts des Bundes und der Kantone gemäss Art. 342 Abs. 1 OR (Rz. 56).

auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV eine weitreichende Kompetenz zum Erlass von *Arbeitsschutzbestimmungen* zu.<sup>10</sup> Soweit die Bestimmungen im APG als Arbeitsschutzbestimmungen qualifiziert werden können, ist die verfassungsrechtliche Bundeskompetenz gegeben.<sup>11</sup> Der Begriff «Arbeitsschutzbestimmungen» ist sehr weit zu verstehen; es geht um mehr als die blosser Abwehr von Gefahren für Gesundheit und Leben.<sup>12</sup> Auch Regelungen, die allgemein der Humanisierung der Arbeitsbedingungen dienen, sind zulässig.<sup>13</sup> In seiner Botschaft zu Art. 34ter aBV (die Vorgängerbestimmung zu Art. 110 BV) hält der Bundesrat fest, dem Verfassungstext sei nicht zu entnehmen, dass sich der Arbeitnehmerschutz nur auf bestimmte Gegenstände beziehen dürfe. Es gebe, so der Bundesrat, deshalb kaum einen Bereich, in dem der Bund nicht zum Schutz der Arbeitnehmer legislieren dürfe.<sup>14</sup> Die Bundeskompetenz schliesst insbesondere ein, Regelungen sowohl für privatrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse zu erlassen.<sup>15</sup>

- 11 Durch das APG soll Pflegepersonal besondere Arbeitsschutzbestimmungen erhalten. Neu ist ein solcher Ansatz nicht. Das Heimarbeitsgesetz (HArG) von 1940 (revidiert 1981)<sup>16</sup> sieht für Heimarbeitnehmende ebenfalls vom übrigen Arbeitsschutzrecht abweichende Bestimmungen vor. Das HArG stützt sich unter anderem auch auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Darüber hinaus wurde in einer früheren Fassung des HArG auch Art. 41 BV (Sozialziele) als Kompetenzgrundlage genannt.<sup>17</sup> Die im HArG verankerten Bestimmungen sollen dem spezifischen Schutzbedarf der Heimarbeitnehmenden und den Besonderheiten der Heimarbeit entsprechen.<sup>18</sup> Bemerkenswert ist, dass das HArG gemäss Art. 1 sowohl für private als auch für öffentliche Arbeitgeber gilt.<sup>19</sup> Bei einem allfälligen Kompetenzkonflikt zwischen kantonalem öffentlichem Personalrecht und HArG geht letzteres konsequenterweise vor.

---

<sup>10</sup> Siehe dazu ausführlich Gutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 23 ff und STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC, Juristisches Gutachten zur arbeitsrechtlichen Situation des Pflegepersonals, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/berufe-gesundheitswesen/teritaerstufe/pflegeinitiative/gutachten-arbeitsrechtliche-lage-pflegepersonal.pdf.download.pdf/2021\\_Gutachten\\_ZHAW\\_Steiger-Sackmann\\_Arbeitsrechtliche%20Situation%20des%20Pflegepersonals.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/berufe-gesundheitswesen/teritaerstufe/pflegeinitiative/gutachten-arbeitsrechtliche-lage-pflegepersonal.pdf.download.pdf/2021_Gutachten_ZHAW_Steiger-Sackmann_Arbeitsrechtliche%20Situation%20des%20Pflegepersonals.pdf), Rz. 95, 130 ff.

<sup>11</sup> Im zweiten Teil des vorliegenden Gutachtens wird bei der Analyse der 11 Arbeitsbedingungen, die im neuen APG verankert werden sollen, ausgeführt, ob und ggf. inwieweit diese unter dem Terminus «Arbeitsschutz» im Sinne von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV subsumiert werden können.

<sup>12</sup> GÄCHTER, THOMAS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 110 N 22 ff.

<sup>13</sup> TSCHUDI, HANSPETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern, 1985, S. 2.

<sup>14</sup> Ergänzungsbotschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 8. August 1945, BBl 1945 I 905, 916.

<sup>15</sup> AUBERT, GABRIEL, in: Aubert Jean-François et al., Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, Basel 1990, Art. 34ter Abs. 1 lit. a-c, N 13.

<sup>16</sup> Bundesgesetz über die Heimarbeit (Heimarbeitsgesetz [HArG]) vom 20. März 1981, SR 822.31.

<sup>17</sup> Siehe AS 1983 108, hier wird auf Art. 64ter und 64bis BV verwiesen. In der Fassung des HArG vom 1. Januar 2009 steht: Die genannten Bestimmungen entsprechen heute den Art. 41, 45, 59, 63, 110, 123, 147 und 178 der BV vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>18</sup> Im HArG finden sich öffentlich-rechtliche Vorschriften wie das Verbot bestimmter gefährlicher Arbeiten (Art. 9 Abs. 1 HArGV), die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die persönliche Leistungsfähigkeit des Heimarbeitnehmers (Art. 7 Abs. 2 HArG), die Bemessung der Frist für die Ablieferung der Heimarbeit (Art. 7 Abs. 2 HArG) oder Vorschriften bezüglich Termin für die Ablieferung (Art. 7 Abs. 1 HArG, Art. 7 HArGV). Zu ergänzen ist: Soweit diese Vorschriften einer Partei öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegen, die Inhalt des Heimarbeitsvertrages sein könnten, steht der anderen Partei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, das ergibt sich aus Art. 342 Abs. 2 OR:

<sup>19</sup> Art. 1 Abs. 1 Verordnung zum Heimarbeitsgesetz (HArGV); zum Ganzen siehe STAEHELIN, ADRIAN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich – Basel – Genf 2014, Art. 351 N 2.

- 12 *Zusammenfassend* lässt sich festhalten: Das APG kann sich also grundsätzlich auf die Art. 122 BV<sup>20</sup> und 110 Abs. 1 lit. a BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV stützen. Wie weit dies auf sämtliche der 11 Arbeitsbedingungen zutrifft, bedarf der weiteren Analyse.

## 2 Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen als Bestandteil der Pflegequalität

### 2.1 Kompetenzverteilung in der Gesundheitsversorgung

- 13 Nach Art. 3 BV kommt dem Bund nur die Regelungskompetenz für die Gebiete zu, die ihm die BV zuweist. Die Kantone sind für die Gesundheitsversorgung und damit auch für die Sicherstellung ausreichender Pflegeangebote zuständig, soweit nicht dem Bund in der BV Kompetenzen zugewiesen werden. Mit der Annahme der Pflegeinitiative wurde die Verantwortlichkeit des Bundes im Bereich Pflege verstärkt. Art. 117b BV gehört zusammen mit Art. 117 BV (Kompetenzgrundlage für die soziale Kranken- und Unfallversicherung), Art. 117a BV (Medizinische Grundversorgung), Art. 118 BV (Schutz der Gesundheit), Art. 118a BV (Komplementärmedizin), Art. 118b BV (Forschung am Menschen), Art. 119 BV (Fortpflanzungsmedizin), Art. 119a BV (Transplantationsmedizin) und Art. 120 BV (Gentechnologie im Ausserhumanbereich) zur Gesundheitsverfassung.<sup>21</sup>
- 14 Die Pflege wird auch bei den verfassungsrechtlichen Sozialzielen in Art. 41 Abs. 1 lit. b BV erwähnt. *Bund und Kantone* haben sich dafür einzusetzen, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Die Verwirklichung dieses Zieles erfordert zum einen, dass jede Person sich die notwendige Pflege in finanzieller Hinsicht auch leisten kann.<sup>22</sup> Der in Art. 117 BV verankerte Gesetzgebungsauftrag für die Einführung einer sozialen Kranken- und Unfallversicherung flankiert dieses Sozialziel.<sup>23</sup> Zum anderen setzt die Verwirklichung des Sozialzieles «Erhalt der notwendigen Pflege» voraus, dass geeignete Institutionen und insbesondere auch ausreichendes und qualifiziertes Personal vorhanden sind. Der in Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit c BV verankerte Auftrag an den Bund, Ausführungsbestimmungen zu anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen für Pflegepersonal zu schaffen, ist ebenfalls ein Instrument zur Verwirklichung des Sozialzieles «Pflege für alle».

### 2.2 Inhalt und Tragweite von Art. 117 BV

- 15 Art. 117 Abs. 1 BV hält fest, dass der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung erlässt. Nach Art. 117 Abs. 2 BV kann der Bund die Kranken- und Unfallversicherung allgemein oder für bestimmte Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären. Die Kompetenz

---

<sup>20</sup> Siehe oben, Rz. 10 und insbesondere die Hinweise in Fn 9.

<sup>21</sup> POLEDNA, TOMAS/DRUEY JUST, EVA, Art. 117 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 117 BV N 4.

<sup>22</sup> EGLI, PATRICIA/SCHWEIZER, RAINER, Art. 41 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 41 BV N 47.

<sup>23</sup> BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 117 Kranken- und Unfallversicherung N 2 f.; GÄCHTER, THOMAS, RENOLD-BURCH, STEFANIE, Art. 117 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel, 2015, Art. 117 N 11.

des Bundes nach Art. 117 BV ist umfassend.<sup>24</sup> Bei der Ausgestaltung der Kranken- und Unfallversicherung hat der Bund deshalb einen grossen Gestaltungsspielraum.<sup>25</sup> Selbst ein mittelbares rechtliches Monopol zu errichten, ist gemäss Bundesgericht zulässig.<sup>26</sup>

- 16 Vorliegend von besonderer Bedeutung ist das gestützt auf Art. 117 BV erlassene Krankenversicherungsgesetz (KVG<sup>27</sup>). Zu ergänzen ist, dass Art. 117 BV auch Grundlage der Unfallversicherung (UV) und des Unfallversicherungsgesetzes (UVG<sup>28</sup>) bildet. Auch im Rahmen der UV werden Pflegeleistungen abgegolten.<sup>29</sup> Nach UVG versicherte Personen haben Anspruch auf eine *zweckmässige* Behandlung der Unfallfolgen (Art. 10 UVG). Die nachfolgenden Ausführungen zum Verhältnis «Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen als Aspekt der Qualität» gelten für Pflegeleistungen nach UVG gleichermaßen.
- 17 Der Vollständigkeit halber ist auch auf Pflegeleistungen hinzuweisen, die die Invalidenversicherung (IV) als «medizinische Massnahmen» an Versicherte mit Geburtsgeberechen ausrichtet (bis zum 20. Altersjahr). Die Grundlagen dafür finden sich in Art. 12 ff. des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG),<sup>30</sup> das sich auf Art. 112 BV stützt.
- 18 Auch bei Pflegeleistungen, die durch die IV vergütet werden<sup>31</sup>, sind «Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen» Bestandteil der Pflegequalität. Die gleiche Aussage lässt sich auch auf Pflegeleistungen übertragen, die durch die Militärversicherung (MV) finanziert werden.
- 19 Ergänzend ist auch auf Art. 117a BV hinzuweisen. Diese Bestimmung verlangt von Bund und Kantonen, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten<sup>32</sup> u.a. für eine ausreichende, allen zugängliche medizinische Grundversorgung von hoher Qualität zu sorgen.<sup>33</sup> Die Sicherung der Qualität medizinischer Leistungen einschliesslich Pflegeleistungen erfolgt im Rahmen des KVG unter anderem durch die Spitalplanung (Art. 39 KVG).<sup>34</sup>

---

<sup>24</sup> POLEDNA, TOMAS/DRUEY JUST, EVA, Art. 117 BV, in: in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 117 BV N 5.

<sup>25</sup> GÄCHTER, THOMAS/RENOLD-BURCH, STEFANIE, Art. 117 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel, 2015, Art. 117 N 5.

<sup>26</sup> BGE 109 V 207 E. 4d/bb; 122 V 85 E. 5b/bb/aaa; 130 I 26 E. 4.2, 41; 140 I 218 E. 5.6.

<sup>27</sup> Bundesgesetz vom 18.03.1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), siehe dazu: Biaggini, Giovanni, Art. 117 BV, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 117 BV N 3.

<sup>28</sup> Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20.

<sup>29</sup> Siehe für eine Übersicht <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/unfallversicherung/leistungen/pflegeleistungen-kostenverguetungen.html> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>30</sup> Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20.

<sup>31</sup> Siehe dazu im Einzelnen das «Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der IV (KSME)», <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/d/6419#version-19638-20> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>32</sup> Art. 117a BV schafft für den Bund keine neuen Zuständigkeiten, siehe auch Gächter, Thomas, Rechtsgutachten zur Tragweite von Art. 117a Abs. 2 lit. a BV für die Gesundheitsberufe, Zürich, 2015, [https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitspolitik/Forum-medizinische-Grundversorgung/Rechtsgutachten-BV-Art.-17.-Med.GV.pdf.download.pdf/2015\\_Rechtsgutachten%20UZH\\_Art.%20117a%20Med.%20Grundversorgung.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitspolitik/Forum-medizinische-Grundversorgung/Rechtsgutachten-BV-Art.-17.-Med.GV.pdf.download.pdf/2015_Rechtsgutachten%20UZH_Art.%20117a%20Med.%20Grundversorgung.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>33</sup> STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 295-296.

<sup>34</sup> PICECCHI DARIO, Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Krankenversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2022, S. 268 f.

## 2.3 Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen als Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsmerkmal

### a) Ausgangslage und Fragestellung

- 20 Das KVG regelt auch, unter welchen Voraussetzungen von Pflegepersonen erbrachte Leistungen zu Lasten der Krankenversicherung abgerechnet werden können.<sup>35</sup> Unter anderem ist nach Art. 39 KVG vorausgesetzt, dass ein Spital oder eine andere Einrichtung (dazu zählen auch Geburtshäuser und Pflegeheime) in der durch die Kantone zu führenden Liste aufgeführt ist.<sup>36</sup> Die Listenzulassung erfordert nach Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG ausreichendes Fachpersonal. Nach Art. 39 Abs. 2ter KVG erlässt der Bundesrat zudem einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit.<sup>37</sup>
- 21 Bei der Ausgestaltung der kantonalen Listen dürfen die *Kantone* von den Leistungserbringern nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre *grundsätzlich* auch die Einhaltung von Arbeitsbedingungen verlangen.<sup>38</sup> Zu klären ist, ob dies für alle oder für nur bestimmte (und wenn ja welche) Arbeitsbedingungen zutrifft. Es fragt sich überdies, ob sich aus Art. 117 BV auch eine *Bundeskompetenz* für den Erlass von durch Leistungserbringer einzuhaltende Arbeitsbedingungen ableiten lässt (wenn diese ihre Leistungen gestützt auf das KVG abrechnen).

### b) Kantonale Befugnisse für Mindestarbeitsbedingungen

- 22 Im Fall des Tessiner-Anwendungsgesetzes zum KVG erachtete es das Bundesgericht als mit dem KVG und der Verfassung vereinbar, wenn die Einhaltung der «üblichen Arbeitsbedingungen» zu den Voraussetzungen der Anerkennung für die Spitalliste gehörte.<sup>39</sup> In der Lehre wurde vermerkt, die vom Tessiner Staatsrat angerufenen Interessen des Arbeitnehmerschutzes stünden in keinem direkten Zusammenhang zu den in Art. 39 KVG genannten Anforderungen an Listenspitäler. Ebenfalls nicht überzeugend sei das Argument der gleich langen Spiesse im Spitalwettbewerb; auch hier ergebe sich kein Zusammenhang zur Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung. Als zulässiges Argument für das Erfordernis der Einhaltung der üblichen Arbeitsbedingungen könnte gelten, dass die Qualität der Leistungserbringung auch von angemessenen Arbeitsbedingungen, namentlich von einer fairen Entlohnung des Personals, abhängt.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Siehe dazu ausführlich EHRENZELLER, BERNHARD/KIESER, UELI/BRÄGGER, RAFAEL, Kantonale Ebene / Kantonale Spitalplanung – eine kompetenzrechtliche Knacknuss mit Beispielcharakter, in: Rüssli, Markus/Hänni, Julia/Häggi Furrer, Reto (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich – Basel – Genf 2012, S. 180 f.

<sup>36</sup> RÜTSCHKE, BERNHARD/PICECCH, DARIO, Art. 39 KVG, in: Blechta et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum KVG, Art. 39 KVG N 1.

<sup>37</sup> Siehe dazu weiterführend: Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 80 ff.

<sup>38</sup> BGE 138 II 398, E. 8.4 mit Verweis auf BGer, Urteil 2C\_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.3; BVGer, Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021, RÜTSCHKE, BERNHARD/PICECCHI, DARIO, Art. 39 KVG, in: Blechta et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum KVG, Art. 39 KVG, N 69; Gutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 65 ff, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>39</sup> BGE 138 II 398, E. 8.4 mit Verweis auf BGer, Urteil 2C\_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.3.

<sup>40</sup> RÜTSCHKE, BERNHARD, Spitalplanung und Spitalfinanzierung: Grundsatzurteil des Bundesgerichts, hill 2012 Nr. 50.

- 23 Mehrfach Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen bildeten die einschlägigen Regelungen im Kanton Neuenburg. Umstritten war, dass die in den kantonalen Grundlagen vorgesehene Differenzierung des kantonalen Anteils an der Finanzierung davon abhängig gemacht wurde, ob in der jeweiligen Institution ein GAV (GAV Santé 21) anwendbar war oder nicht. Für das Bundesgericht erwies sich die Regelung als zulässig, da die Differenz zu Gunsten von Pflegeheimen, die den GAV "Gesundheit 21" anwenden, gering sei. Ein Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit oder die Gleichbehandlung lag ebenso wenig vor<sup>41</sup> wie eine Verletzung der Koalitionsfreiheit, da keine Verpflichtung zum Abschluss eines GAV bestand (es mussten lediglich die Bedingungen des GAV eingehalten werden).<sup>42</sup>
- 24 Das Bundesverwaltungsgericht kam bei einer erneuten gerichtlichen Auseinandersetzung mit den Neuenburger-Regelungen 2021 zum Schluss, Arbeitsbedingungen würden einen wichtigen Aspekt der *Pflegequalität und Wirtschaftlichkeit* darstellen.<sup>43</sup> Erwähnt werden dabei insbesondere angemessene und geregelte Arbeitszeiten (z.B. Wochenarbeitszeit, begrenzte Anzahl von Tagen mit ununterbrochenem Dienst und Nacharbeit; Bereitschaftsdienst, Pausen, geregelte Ruhezeiten und Urlaub), Massnahmen zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit des Personals, ein gutes Arbeitsklima und Weiterbildung.<sup>44</sup> Die Einhaltung angemessener Arbeitsbedingungen könne zur *bundesrechtlich geforderten Qualität* beitragen und sei somit als Planungserfordernis nach KVG anzuerkennen.<sup>45</sup> Angemessene Arbeitsbedingungen können nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts auch dazu beitragen, dass Pflegepersonal im Beruf bleibt und qualifiziertes Personal gefunden wird.<sup>46</sup> Es seien allerdings nicht alle Arbeitsbedingungen, die im GAV Santé 21 verankert sind, geeignet, die Qualität und/oder die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu verbessern. An die Adresse der zuständigen Neuenburger Behörden erfolgt deshalb der Hinweis, es sei klar zu definieren, was angemessene Arbeitsbedingungen seien und wie sich diese positiv auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit des Leistungsangebots auswirkten.<sup>47</sup>
- 25 Im Lichte der bisherigen Ausführungen kann festgehalten werden: Die Kantone können sich bei der Verankerung einer Pflicht zur Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen auf Art. 39 KVG abstützen. Dies ist allerdings nur soweit zulässig, als die Arbeitsbedingungen mit der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Bei den weiteren Ausführungen wird davon ausgegangen, dass anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen in der Pflege sowohl einen Zusammenhang mit der Pflegequalität

---

<sup>41</sup> BGer 2C\_728/2011 vom 23.12.2011, E. 6.5.1 ff.

<sup>42</sup> BGer 2C\_728/2011 vom 23.12.2011, E. 7.1. bis 7.5.

<sup>43</sup> Zum Urteil ausführlich Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 83 ff.

<sup>44</sup> BVGer Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021 E. 10.6.1.

<sup>45</sup> BVGer Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021 E. 10.6.1.

<sup>46</sup> Das BVGer verweist hier auch auf die GDK-Empfehlung Nr. 13, Erläuterung 13b, Quelle: [https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/aktuelles/empfehl/EM\\_2018/EM\\_Spitalplanung\\_totalrevidiert\\_20180525\\_def\\_d.pdf](https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/aktuelles/empfehl/EM_2018/EM_Spitalplanung_totalrevidiert_20180525_def_d.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>47</sup> BVGer Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021 E. 10.6.1.

als auch mit der Wirtschaftlichkeit haben. Es wird darauf verzichtet, den Aspekt der Wirtschaftlichkeit gesondert und vertieft zu prüfen.

### c) Bundeskompetenzen für den Erlass von Arbeitsbedingungen

- 26 Das auf Art. 117 BV basierende KVG sieht Qualitätserfordernisse vor, die von Leistungserbringern einzuhalten sind. Lehre und Praxis anerkennen, dass Arbeitsbedingungen die Qualität der Pflege beeinflussen. Der Bundesgesetzgeber kann definieren, ob und welche Arbeitsbedingungen die Pflegequalität beeinflussen und deshalb von den Leistungserbringern, die ihre Leistungen nach KVG abrechnen, einzuhalten sind.
- 27 *Diese bundesrechtlichen Kompetenzen bestanden bereits vor der Pflegeinitiative.* Durch die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV zeigt sich die Notwendigkeit, den Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und «Qualität und Wirtschaftlichkeit» zu präzisieren. Das zur Umsetzung der Pflegeinitiative vorgesehene APG basiert deshalb verfassungsrechtlich (neben Art. 110 BV und 122 BV) zum einen auf Art. 117b BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV und zum anderen auf Art. 117 BV in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1 lit. b BV. Angesichts der Bedeutung der Arbeitsbedingungen als Voraussetzung und Merkmal guter Pflegequalität ist eine Regelung auf Bundesstufe erforderlich. Dafür spricht weiter, dass die Leistungserbringer in allen Kantonen diejenigen Arbeitsbedingungen gleichermassen einhalten müssen, die der Pflegequalität dienen (Ausfluss der Rechtsgleichheit).
- 28 Klarzustellen bleibt: Wie das Bundesverwaltungsgericht im Neuenburger-Entscheid richtig hervorhebt, haben nicht sämtliche Arbeitsbedingungen gleichermassen eine Auswirkung auf die Pflegequalität. Lohnhöhen und Lohnbänder beispielsweise können deshalb weiterhin im Rahmen von Einzel- oder Gesamtarbeitsverträgen ausgehandelt werden oder – bei kantonalen und kommunalen Institutionen – durch das einschlägig anwendbare öffentliche Personalrecht bestimmt werden.<sup>48</sup>

## 2.4 Notwendigkeit der Schaffung einer Evaluationsklausel im APG

- 29 Mit der Umsetzung der Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit c BV auf dem Wege des projektierten APG wird in verschiedener Hinsicht Neuland betreten. Wenn sich der Gesetzgeber entscheidet, im APG bestimmte Arbeitsbedingungen als für alle Erbringer von Pflegeleistungen verbindlich festzulegen, so muss die Wirksamkeit dieser gesetzlichen Regelungen nicht nur im Vorfeld ihres Erlasses sondern auch nach ihrem Inkrafttreten überprüft werden.
- 30 Eine solche im APG zu verankernde Evaluationspflicht stützt sich auf Art. 170 BV, wonach Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden müssen. Auf Gesetzesstufe findet sich in Art. 27 des Parlamentsgesetzes<sup>49</sup> ebenfalls eine Bestimmung, wonach die

---

<sup>48</sup> Ob Art. 110 Abs. 1 lit. a BV als Kompetenzgrundlage für den Erlass von Mindestlöhnen für eine bestimmte Berufsgruppe ausreichen würde, ist zweifelhaft. Voraussetzung wäre, dass dieser berufsspezifische Mindestlohn als «Arbeitsschutzmassnahme» qualifiziert werden könnte.

<sup>49</sup> Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Bundesversammlung (ParlG; SR 171.10).

Organe der Bundesversammlung dafür zu sorgen haben, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden.<sup>50</sup>

### 3 Erstes Zwischenergebnis

- 31 Mit der Annahme der Pflegeinitiative wird der Bund für die Sicherstellung der Pflege verstärkt in die Pflicht genommen, insbesondere mit Blick auf den Erlass von Bestimmungen zu anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen (Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV). Der Bund muss hier tätig werden, allerdings «nur» im Rahmen seiner Zuständigkeiten.
- 32 Der Bund hat (neben Art. 122 BV für das Arbeitsvertragsrecht<sup>51</sup>) bezüglich des Arbeitnehmerschutzes gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Kompetenz, Bestimmungen zu erlassen, die für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse gleichermassen Gültigkeit haben. Der Begriff «Arbeitnehmerschutz» ist dabei weit auszulegen und geht über den Schutz von Gesundheit und Leben hinaus. Diejenigen Bestimmungen im APG, die als «Arbeitnehmerschutzbestimmungen» zu qualifizieren sind, können auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV erlassen werden. Ergänzend gilt auch Art. 117 BV als Kompetenzgrundlage.<sup>52</sup> Diese Bestimmung bildet Grundlage für das KVG und KVAG. Der Bund hat hier einen sehr weitreichenden Gestaltungsspielraum. Namentlich darf er auch die Einhaltung derjenigen Arbeitsbedingungen vorschreiben, die der Sicherstellung einer guten Pflegequalität dienen. Im Lichte der Umsetzung der Pflegeinitiative ist der Bund nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Anerkennung als Leistungserbringer vorzuschreiben.

## III). Inhaltliche Ausgestaltung der anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen

### 1 Verlängerung der Ankündigungsfrist für Dienstpläne: mindestens 4 Wochen im Voraus

#### 1.1 Die Regelung im Arbeitsgesetz

##### a) Unregelmässige Arbeit und Gesundheitsschutz/Schutz des Sozial- und Familienlebens

- 33 Die Arbeit von Pflegepersonal geht «naturgemäss» regelmässig mit unregelmässigen Arbeitszeiten, namentlich auch Schichtbetrieben, einher. Es ist arbeitsmedizinisch erwiesen, dass unregelmässige Arbeitszeiten die Gesundheit der Arbeitnehmenden beeinträchtigen

---

<sup>50</sup> Siehe zum Ganzen RÜEFLI CHRISTIAN, Gesetzesevaluation in der Schweiz: Entwicklung, Stand und Ausblick, LeGes 33 (2022) 3, Nr. 4.

<sup>51</sup> Siehe oben, Rz. 10 und die Hinweise in Fn 9.

<sup>52</sup> Betreffend IV und MV siehe oben, Rz. 17 und 18.

können.<sup>53</sup> Häufig wechselnde Arbeitszeiten haben überdies tendenziell negative Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben.<sup>54</sup>

- 34 Dem Familienleben der Arbeitnehmenden wird in Art. 36 ArG Rechnung getragen. Nach Art. 36 Abs. 1 ArG haben Arbeitgebende bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit auf Arbeitnehmende mit Familienpflichten besondere Rücksicht zu nehmen. Art. 36 Abs. 2 ArG hält fest, dass solche Arbeitnehmende nur mit ihrem Einverständnis zu Überzeit herangezogen werden dürfen. Überdies besteht ein Anspruch auf eine Mittagspause von wenigstens anderthalb Stunden. Mit dem «Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung»<sup>55</sup> wurde Art. 36 Abs. 3 ArG modifiziert und ein neuer Abs. 4 hinzugefügt. Inhaltlich bedeutet dies: «Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses Urlaub für die Betreuung eines Familienmitglieds, der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung zu gewähren; der Urlaub ist auf die für die Betreuung erforderliche Dauer begrenzt, beträgt jedoch höchstens drei Tage pro Ereignis. Ausser bei Kindern beträgt der Betreuungsurlaub höchstens zehn Tage pro Jahr.»<sup>56</sup>
- 35 Der Gesetzgeber trägt dem Schutz der Gesundheit und des Sozial- und Familienlebens der Arbeitnehmenden zudem insoweit Rechnung, als die Arbeitgebenden in Art. 6 Abs. 2 ArG verpflichtet werden, die betrieblichen Einrichtungen und die Arbeitsabläufe so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmenden nach Möglichkeit vermieden werden.<sup>57</sup> Auf Verordnungsstufe hält Art. 34 der Verordnung 1 zum ArG<sup>58</sup> fest, dass bei der Gestaltung von Schichtarbeit den arbeitsmedizinischen und arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung zu tragen ist.<sup>59</sup>
- 36 Arbeitnehmende haben weiter einen Anspruch darauf, rechtzeitig zu erfahren, wann sie arbeiten müssen. Art. 47 Abs. 1 lit. a ArG verpflichtet die Arbeitgebenden deshalb, die Arbeitnehmenden rechtzeitig über u.a. die «Stundenpläne» zu informieren. Bemerkenswert ist, dass Art. 47 Abs. 2 ArG festhält, dass durch Verordnung bestimmt werden könnte, welche Stundenpläne der kantonalen Behörde mitzuteilen sind. Bislang hat der Verordnungsgeber von dieser Kompetenz nicht Gebrauch gemacht. Die Vollzugsorgane des ArG können jedoch Einsicht in Unterlagen des Arbeitgebers nehmen, die für die Einhaltung der Gesundheitsvorschriften relevant sind; dies betrifft auch Schichtpläne.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Siehe dazu für die Pflege z.B. den Beitrag von KNAPE, C.; TEUBNER, A.; BENKENSTEIN, A.; Arbeitssituation mit einem rollierenden Arbeitszeitmodell in der ambulanten Pflege. In: HBSscience 9 (1-2), S. 9–15 (2018). DOI: 10.1007/s16024-018-0312-8.

<sup>54</sup> BÖHM, SEBASTIAN/DIEWALD, MARTIN, Auswirkungen belastender Arbeitsbedingungen auf die Qualität privater Lebensverhältnisse, in: WSI-Mitteilungen 02/2012.

<sup>55</sup> Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung vom 20. Dezember 2019, Amtliche Sammlung (AS) 2020 4525.

<sup>56</sup> Siehe zu diesen neuen Bestimmungen im ArG und den flankierenden Anpassungen im OR PÄRLI, KURT/KLÄUSLER, OLIVER, Betreuungs- und Vaterschaftsurlaub, Die neuen Regelungen im OR, ArG und EOG, in: SZS 04/2021, S. 1-15.

<sup>57</sup> KUONI, ANINA Ausgewählte Fragestellungen im Zusammenhang mit der Schichtarbeit, SJZ 118/2022 S. 466.

<sup>58</sup> Verordnung zum Arbeitsgesetz 1 vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111).

<sup>59</sup> MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN, in: ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 6 ArG N 25.

<sup>60</sup> BLESI, ALFRED, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 47 N 16.

- 37 Art. 48 ArG gewährt den Arbeitnehmenden einen generellen Anspruch auf Mitsprache beim Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Diese beiden Gesetzesbestimmungen (Art. 47 und Art. 48 ArG) werden in Art. 69 Abs. 1 ArGV 1 konkretisiert. Zum einen sind Arbeitnehmende bei der Planung für die im Betrieb massgeblichen Arbeitszeiten, Piktettdienst, Einsatzpläne usw. und deren Änderungen beizuziehen. Zum anderen sind die Arbeitnehmenden über den Zeitpunkt der konkreten Einführung der massgeblichen Arbeitszeiten möglichst frühzeitig zu informieren, in der Regel zwei Wochen vor einem geplanten Einsatz mit neuen Arbeitszeiten. Diese Ankündigungsfrist ist für den Arbeitnehmenden wichtig; sie ermöglicht Planungssicherheit für Aktivitäten ausserhalb des Arbeitstätigkeit, was insbesondere für Arbeitnehmende mit Familienpflichten von grosser Bedeutung ist.<sup>61</sup> Die Frist von zwei Wochen darf nicht ohne zwingende Gründe verkürzt werden.<sup>62</sup>
- 38 Die Bestimmungen im ArG und in der ArGV 1 zur Ankündigungsfrist von Schichtplänen sind als Minimalstandard gedacht. Die dem ArG unterstellten Betriebe dürfen davon zu Gunsten der Arbeitnehmenden abweichen.<sup>63</sup>

#### b) Geltungsbereich von Art. 47 ArG und Art. 69 ArGV 1 im Pflegebereich

- 39 Es ist hier nicht der Ort, im Detail auf die komplexe Rechtslage hinsichtlich der Anwendbarkeit des ArG auf die Spitäler und Pflegeheime einzugehen.<sup>64</sup> Festzuhalten ist die umfassende Geltung des ArG für Anstellungsverhältnisse bei privaten Arbeitgebern, bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern mit eigener Rechtspersönlichkeit und bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern ohne eigene Rechtspersönlichkeit und Körperschaften, soweit in diesen Institutionen mehrheitlich privatrechtliche Arbeitsverhältnisse bestehen. Auf öffentlichem Dienstrecht basierende Abweichungen vom ArG sind nur zulässig, wenn die Regelungen für die Arbeitnehmenden günstiger sind.<sup>65</sup> Heute fallen wohl die allermeisten Spitäler und wohl auch die grosse Mehrheit der Pflegeheime und Spitexorganisationen in die gerade beschriebenen Kategorien.<sup>66</sup> Für die allermeisten einschlägigen Institutionen bildet deshalb die zweiwöchige Ankündigungsfrist für Schichtpläne den «Minimalstandard».<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> BLESİ, ALFRED, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 47 N 12; CHANSON, GEORGES, Flexibilisierung der Arbeit und ihre Grenzen, in: Pärli (Hrsg.), Bedeutung und Aufgabe des Arbeitsrechts in der Krise, 6. Basler Arbeitsrechtstagung, Zürich/St. Gallen 2023, S. 43; ZEIN, BASSEM, Aménager la durée du travail, AJP 2017 S. 524 ff., 530.

<sup>62</sup> Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, Art. 69, Bekanntgabe der Arbeitszeiten und der Schutzvorschriften (<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz-und-Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-zur-ArGV-1.html>), zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>63</sup> BRUNNER, JACQUELINE, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 342 OR N 9.

<sup>64</sup> Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 33 ff.

<sup>65</sup> Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 38; STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 167 ff.

<sup>66</sup> GEISER, THOMAS, Kapitel 16 Arbeitsgesetz / I. Einleitung, in: Portmann, Wolfgang/von Kaenel, Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 653 f.

<sup>67</sup> Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 38.

- 40 Die Durchsetzung der Pflicht der Arbeitgebenden, Schichtpläne rechtzeitig anzukünden, erfolgt zum einen durch die Vollzugsbehörden des ArG.<sup>68</sup> Zum anderen steht den Arbeitnehmenden gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR ein zivilrechtlicher Anspruch zu.<sup>69</sup>

## 1.2 Im Arbeitsvertragsrecht nach OR

- 41 Auch das Arbeitsvertragsrecht enthält Bestimmungen, die den Arbeitnehmenden einen Anspruch auf Transparenz hinsichtlich ihrer Arbeitseinsätze verleihen. Vorauszuschicken ist, dass eine Arbeitgeberin gestützt auf Art. 321d OR das Recht hat, in den Schranken dessen, was die Parteien vertraglich vereinbart haben<sup>70</sup>, die Arbeitszeit zu bestimmen.<sup>71</sup> Zu erwähnen ist aber auch der Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit nach Art. 328 OR.<sup>72</sup> Die Arbeitnehmenden rechtzeitig zu informieren, wann ein Arbeitseinsatz geschuldet ist, lässt sich durchaus auch auf die Arbeitgeberpflicht zum Persönlichkeitsschutz zurückführen.
- 42 Ferner gilt es Art. 330b OR zu beachten. Gemäss dieser Norm ist die Arbeitgeberin verpflichtet, die Arbeitnehmenden spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses über wesentliche Aspekte des Arbeitsverhältnisses zu informieren, dazu gehört nach Art. 330b Abs. 1 lit. e OR auch «die wöchentliche Arbeitszeit». Ratio legis dieser Bestimmung ist jedoch weniger die Voraussehbarkeit der Arbeitszeit, als vielmehr die Erleichterung der Kontrolltätigkeit von Organen, die für die Einhaltung der im Entsendegesetz enthaltenen Vorschriften zur minimalen Entlohnung zuständig sind.<sup>73</sup> Ganz grundsätzlich dient Art. 330b OR der Transparenz über die Arbeitsbedingungen.<sup>74</sup>
- 43 Insgesamt lässt sich festhalten: Aus dem Arbeitsvertragsrecht allein lässt sich zwar kein Anspruch auf eine bestimmte Frist ableiten, innerhalb der Schichtpläne angekündigt werden müssen. Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmenden und die Transparenzverpflichtung der Arbeitgebenden erfordern nichtsdestotrotz eine die Gesundheit schützende und die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden respektierende Arbeitsorganisation und Gestaltung der Arbeitszeiten einschliesslich Schichtplänen. Eine Absicherung und Konkretisierung dieser sehr allgemeinen Ansprüche bedarf der Regelung in einem Einzelarbeitsvertrag bzw. in einem GAV.

---

<sup>68</sup> MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN (Fn 59), Art. 47 ArG, N 6.

<sup>69</sup> SCHAUB, LUKAS/CIRIGLIANO, LUCA, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate: Analyse und Forderungen unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Konvention Nr. 81, ARV 2020 S. 183 ff., 184.

<sup>70</sup> Eine vertragliche Regelung geht dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin vor, siehe dazu NÖTZLI, HARRY, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 6 ArG N 46.

<sup>71</sup> BRÜHWILER, JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Basel, 2014, Art. 321d N 4.

<sup>72</sup> Es handelt sich hier um die privatrechtliche Flankierung des Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzes nach ArG, zum gegenseitigen Verhältnis der beiden Bestimmungen siehe BGE 132 III 257.

<sup>73</sup> CLASSEN, ANDREA, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern, 2022, Art. 330b, N 4.

<sup>74</sup> DUNAND, JEAN-PHILIPPE/MAHON, Pascal, contrat de travail, Berne, 2013, Art. 330b N 2.

### 1.3 Regelungen in ausgewählten GAV<sup>75</sup>

- 44 Eine Analyse von GAV, die in den Kantonen Aargau, Bern, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Solothurn, Tessin, Waadt, Wallis und Zug in Gesundheitseinrichtungen anwendbar sind, zeigt hinsichtlich der Mindestankündigungsfrist für Schichtpläne folgendes Bild:
- Eine vierwöchige Ankündigungsfrist ist vorgesehen in den GAV «Berner Spitäler»<sup>76</sup>, «Berner Langzeitinstitutionen»<sup>77</sup>, «Universitäts-Kinderspital beider Basel»<sup>78</sup>, «Aargauer Kantonsspitäler»<sup>79</sup>, «Spital Wallis»<sup>80</sup>, «Neuenburg»<sup>81</sup> und «Fédération genevoise des établissements médico-sociaux»<sup>82</sup>.
  - Eine sechswöchige Ankündigungsfrist kennt der GAV für Zuger Kantonsspital AG.<sup>83</sup>
  - Zwei Wochen oder gar keine Angabe über die Zeitspanne, innerhalb derer die Schichtpläne angekündigt werden müssen, finden sich in den GAV im Kanton Basel-Landschaft<sup>84</sup>, Solothurn<sup>85</sup>, Spitem Kanton Tessin<sup>86</sup>, Kanton Waadt<sup>87</sup>, Luzern<sup>88</sup> und Jura<sup>89</sup>.
- 45 Die meisten GAV, die Angaben über die erforderliche Ankündigungsfrist von Schichtplänen beinhalten, sehen vor, dass diese Fristen (nur) einzuhalten sind, soweit dies nicht aus betrieblichen Gründen unmöglich ist.<sup>90</sup>

---

<sup>75</sup> Die Liste der untersuchten GAV befindet sich im Anhang: Dokument «GAV in verschiedenen Kantonen» (Stand Juli 2023), S. 50.

<sup>76</sup> Art. 3.7 Gesamtarbeitsvertrag Berner Spitäler und Kliniken (GAV BE Spit), <https://vsao-bern.ch/de/downloads/the-men/gav18/gav18.pdf> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>77</sup> Art. 49 Gesamtarbeitsvertrag Berner Langzeitinstitutionen (GAV BE Lzl), <https://www.dedica.ch/wAssets/docs/gav/GAV-Langzeit-pflege-13.04.2023.pdf> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>78</sup> Art. 2.4.4 GAV Universitäts-Kinderspital beider Basel (GAV Kisp BS/BL), [https://www.ukbb.ch/wAssets/docs/downloadcenter/Karriere/20230310\\_Kollektivvertrag-2023-gesamt.pdf](https://www.ukbb.ch/wAssets/docs/downloadcenter/Karriere/20230310_Kollektivvertrag-2023-gesamt.pdf), zuletzt besucht am 30.09.2023.

<sup>79</sup> Art. 3.6 GAV Aargauer Kantonsspitäler (GAV Ksp AG), [https://syna.ch/aargau/images/Aargau/regionale\\_GAV/GAV\\_spitaeler\\_130301.pdf](https://syna.ch/aargau/images/Aargau/regionale_GAV/GAV_spitaeler_130301.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>80</sup> Art. 19 Abs. 3 GAV Spital Wallis (GAV Sp VS), [https://www.spitalwallis.ch/fileadmin/files/hopital/emploi/de/Conditions\\_sociales\\_et\\_salariales/GAV-Gesamtarbeitsvertrag\\_2021.pdf](https://www.spitalwallis.ch/fileadmin/files/hopital/emploi/de/Conditions_sociales_et_salariales/GAV-Gesamtarbeitsvertrag_2021.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>81</sup> Art. 4.1.2, Ziff. 4 Convention collective du secteur santé du Canton de Neuchâtel (GAV Gesundheit NE), [https://www.cctsante21.ch/sites/default/files/attachments/cct\\_droit%20public%20010723\\_0.pdf](https://www.cctsante21.ch/sites/default/files/attachments/cct_droit%20public%20010723_0.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>82</sup> Art. 4.1 Convention collective de travail Fédération genevoise des établissements médico-sociaux, Fegems (GAV Fegems), <https://geneve.ssp-vpod.ch/downloads/divers/cct-em.pdf> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>83</sup> Art. 4.5 Gesamtarbeitsvertrag für die Zuger Kantonsspital AG (GAV Ksp Zug), [https://www.zgks.ch/fileadmin/user\\_upload/03\\_Dokumente/Job\\_Karriere/Ihr\\_Arbeitgeber/GAV\\_2023.pdf](https://www.zgks.ch/fileadmin/user_upload/03_Dokumente/Job_Karriere/Ihr_Arbeitgeber/GAV_2023.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>84</sup> GAV Kantonsspital Baselland / Psychiatrie Baselland (GAV KspP BL), [https://syna.ch/nordwestschweiz/images/Nordwestschweiz/Regionale-GAV/SpitalBL\\_GAV.pdf](https://syna.ch/nordwestschweiz/images/Nordwestschweiz/Regionale-GAV/SpitalBL_GAV.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>85</sup> GAV Personal Kanton Solothurn, normative Bestimmungen für die Spitäler AG ab § 246 (GAV SO), [https://bgs.so.ch/app/de/texts\\_of\\_law/126.3](https://bgs.so.ch/app/de/texts_of_law/126.3) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>86</sup> Art. 24.5 Contratto collettivo di lavoro per il personale occupato presso i Servizi privati di assistenza e cura a domicilio (GAV Spitem TI), <https://vpod-ticino.ch/downloads/cct/ccl/ccl-sacd-privati.pdf> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>87</sup> Art. 3.11 Convention collective de travail dans le secteur sanitaire parapublic vaudois (GAV VD), [https://www.cctsau-vaud.ch/upload/docs/application/pdf/2018-12/cct\\_doc\\_01.01.2019.pdf](https://www.cctsau-vaud.ch/upload/docs/application/pdf/2018-12/cct_doc_01.01.2019.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>88</sup> Keine ausdrückliche Regelung im GAV LUKS Spitalbetriebe AG, Luzerner Höhenklinik Montana AG, Luzerner Psychiatrie (GAV LU), <https://www.luks.ch/sites/default/files/2022-03/Gesamtarbeitsvertrag%20%28GAV%29.pdf> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>89</sup> Keine ausdrückliche Regelung in der «Convention collective de travail pour le personnel de l'Hôpital du Jura (GAV Ksp JU), [http://asi-neju.ch/wp-content/uploads/2019/06/H-JU\\_CCT-2019\\_WEB.pdf](http://asi-neju.ch/wp-content/uploads/2019/06/H-JU_CCT-2019_WEB.pdf) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>90</sup> Siehe z.B. Art. 49 Abs. 3 GAV BE Lzl: «Die Dienstpläne sind mindestens 4 Wochen im Voraus zu erstellen und den Mitarbeitenden zugänglich zu machen. Ausnahmesituationen sind vorbehalten». Beachtlich die Regelung Art. 4.5 GAV Ks Zug: «Die Dienstplanung erfolgt pro Kalendermonat und liegt mindestens 4 Wochen und falls betrieblich möglich 6 Wochen vor Beginn der Dienstplanperiode schriftlich und verbindlich vor.»; die vier Wochen gelten also als Minimalstandard.

## 1.4 Würdigung des Vorschlages «Ankündigungsfrist vier Wochen»

- 46 Das APG soll eine vierwöchige Ankündigungsfrist für Schichtpläne vorsehen. Ausgehend von den Erörterungen in Teil I dieses Gutachtens<sup>91</sup> zur Bundeskompetenz für den Erlass arbeitsrechtlicher Sonderbestimmungen für das Pflegepersonal ist festzuhalten: Die im Vergleich zur Minimalregelung des ArG (2 Wochen) längere Ankündigungsfrist (4 Wochen) lässt sich auf die Bundeskompetenz zum Arbeitnehmerschutz (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) abstützen.<sup>92</sup> Grundsätzlich soll der Arbeitnehmerschutz allen Arbeitnehmenden gleichermassen zukommen. Sonderbestimmungen für Pflegepersonal lassen sich auch durch die wie ausgeführt sehr umfassende Kompetenzgrundlage des Bundes im Bereich Krankenversicherung (Art. 117 BV) begründen.<sup>93</sup>
- 47 Der Erlass arbeitsrechtlicher Sonderbestimmungen für das Pflegepersonal ist im Lichte von Art. 117b BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV indes nur zulässig, sofern und soweit die fraglichen Regelungen als «anforderungsgerecht» qualifiziert werden können und einen Beitrag zur Umsetzung der Ziele der Pflegeinitiative leisten. Da in einigen bestehenden GAV vierwöchige Ankündigungsfristen verankert sind, wäre zu prüfen, wie sich diese Regelungen in der Praxis bewähren. Auch wäre erforderlich in Erfahrung zu bringen, wie häufig und aus welchen Gründen in der Praxis davon abgewichen wird. Schliesslich muss den Gesetzgeber auch interessieren, ob die vierwöchige Ankündigungsfrist in der Praxis allenfalls unerwünschte Nebenwirkungen nach sich ziehen könnte.

## 2 Minimalvorgaben für Lohnzuschläge (evtl. in Form von pauschalisierten Entschädigungen und/oder Zeitboni) für kurzfristige Arbeitseinsätze

### 2.1 Ausgangslage

- 48 Die Organisation in Spitälern und Pflegeeinrichtungen erfordert eine hohe Flexibilität. Besonders bei knappem Personalbestand (innerhalb der Institution und auf dem einschlägigen Arbeitsmarkt) wird von den Pflegenden erwartet, dass sie sich kurzfristig zu (nicht eingeplanten) Arbeitseinsätzen verpflichten. Ohne entsprechende vertragliche und dienstrechtliche Grundlage sind Arbeitnehmende grundsätzlich nicht verpflichtet, nicht vorgesehenen Einsätze anzunehmen.<sup>94</sup> Die sowohl in privat- als auch öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen geltende Treuepflicht der Arbeitnehmenden und das darauf basierende Weisungsrecht der Arbeitgeber bilden jedoch eine Grundlage, Arbeitnehmende in Notfällen ausserplanmässig zu Arbeitseinsätzen zu verpflichten.<sup>95</sup> Die Treuepflicht der Arbeitnehmenden wiederum wird

---

<sup>91</sup> Siehe Rz. 7 ff.

<sup>92</sup> Siehe Rz. 12.

<sup>93</sup> Siehe Rz. 26 f.

<sup>94</sup> STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10) weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass gerade im Pflegebereich regelmässig eine hohe moralische Verpflichtung besteht, solche Einsätze zu leisten (N 149).

<sup>95</sup> Die Bedeutung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht zeigte sich deutlich auch während der Coronazeit, siehe dazu u.a. ZÜRCHER, HANS-ULRICH, Schlaglichter auf die Treuepflicht und die Fürsorgepflicht im Covid-19-Umfeld, in: (svvor) Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2020/2021, Bern 2022, S. 46.

begrenzt durch die Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden, die deshalb auf die Bedürfnisse der betroffenen Personen Rücksicht zu nehmen haben.<sup>96</sup>

- 49 Die hier behandelten Fragen sind vom Pikettdienst und anderen Formen des Bereitschaftsdienstes zu unterscheiden. Während sich für diese Regelungen im ArG finden, ist dies für kurzfristige, ausserplanmässige Arbeitseinsätze nicht der Fall.<sup>97</sup> Zu beachten ist immerhin Art. 321c Abs. 3 OR, wonach bei Fehlen einer anderen vertraglichen Abmachung Überstunden mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu entschädigen sind. Nach Art. 321c Abs. 2 OR können Überstunden auch mit Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden; dies setzt jedoch das Einverständnis der Arbeitnehmenden voraus.

## 2.2 Regelung(en) in GAV

- 50 Soweit ersichtlich findet sich lediglich in einem der untersuchten GAV eine Vorschrift zur Entschädigung kurzfristiger Einsätze. Art. 2.4.6 GAV Kisp BS/BL sieht vor, dass für Einsätze, die innert weniger als 5 Kalendertagen erfolgen, ein Zeitzuschlag von 25 Prozent und zusätzlich eine Entschädigung von 75 Franken pro Einsatz gewährt werden.

## 2.3 Würdigung des Vorschlages «Lohnzuschlag/Zeitgutschrift für kurzfristige Einsätze»

- 51 Kurzfristige und ungeplante Einsätze können sich negativ auf die Gesundheit und Arbeitszufriedenheit der betroffenen Personen auswirken. Es ist also wünschenswert, dass solche Einsätze nicht zu oft vorkommen. Gleichzeitig ist es im Interesse der Patientenversorgung manchmal nicht zu vermeiden, dass das Pflegepersonal auch kurzfristig eingesetzt werden muss. Die damit einhergehenden Beeinträchtigungen des Privat- und Familienlebens können mit Lohn- oder auch mit Zeitzuschlägen abgegolten werden. Solche Regelungen gelten als Arbeitsschutzmassnahmen und lassen sich somit auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV abstützen. Eine zusätzliche Abstützung auf Art. 117 BV könnte begründet werden, ist aber nicht zwingend.
- 52 Die Erfahrungen des Universitäts-Kinderspitals Basel mit der GAV-Regelung könnten für die Ausgestaltung im APG wichtige Anhaltspunkte bilden. Nicht beurteilt werden kann vom Gutachter, ob eine solche Regelung für alle relevanten Institutionen gleichermassen geeignet ist, das Ausmass der kurzfristigen Einsätze zu verringern. Einer vertieften Analyse bedürfte überdies, ob durch die Massnahme «Verlängerung der Ankündigungsfrist für Schichtpläne»<sup>98</sup> der Bedarf an kurzfristigen Einsätzen erhöht würde. Diese Fragen müssten im Rahmen der im Gesetzgebungsverfahren erforderlichen Regulierungsfolgenabschätzung<sup>99</sup> beantwortet werden.

---

<sup>96</sup> MILANI, DOMINIK, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 321d OR N 36 f.

<sup>97</sup> STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10) schlagen vor, dass solche Einsätze mit einem Zuschlag von 50% zu entschädigen sind (Rz. 180).

<sup>98</sup> Siehe oben, Rz. 33 ff. und insbes. Rz. 46 f.

<sup>99</sup> Dazu näheres bei LIENHARD, ANDREAS/ MARTI LOCHER, FABIENNE, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 170 N 20 f.

- 53 Ganz allgemein lässt sich indes festhalten: Eine Regelung im APG hält sinnvollerweise nur (aber immerhin) die Grundsätze fest und überlässt die weitere Konkretisierung dem Verordnungsgeber bzw. den Sozialpartnern.

### 3 Vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von höchstens 40 Stunden pro Woche

#### 3.1 Status Quo zur Höchstarbeitszeit nach OR und ArG

- 54 Im Arbeitsvertragsrecht sind keine Höchstarbeitszeiten vorgesehen. Arbeitgebende und Arbeitnehmende können deshalb die pro Woche<sup>100</sup> zu leistenden Arbeitszeiten in den Schranken der Arbeitszeitvorschriften des ArG<sup>101</sup> (soweit diese anwendbar sind<sup>102</sup>) und allfälliger Vorschriften eines GAV frei vereinbaren. Das Bundesgericht hat erkannt, dass «Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche (...) mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnung verstossen würden.<sup>103</sup> Solche Arbeitspensen sind fraglos auch nicht mit der in Art. 328 OR verankerten Pflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz vereinbar.<sup>104</sup>
- 55 Nach Art. 9 Abs. 1 ArG beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels (lit. a). Für alle übrigen Arbeitnehmer beträgt die wöchentliche Höchstarbeitszeit 50 Stunden (lit. b). Daraus ergibt sich, dass nach ArG die wöchentliche Höchstarbeitszeit für das Pflegepersonal in Spitälern, Pflegeheimen und anderen Gesundheitseinrichtungen 50 Stunden pro Woche beträgt.<sup>105</sup>
- 56 Art. 26 Abs. 2 ArG verleiht dem Bundesrat die Kompetenz, für bestimmte Berufsgruppen die wöchentliche Höchstarbeitszeit zu verkürzen. Zulässig wäre eine Verkürzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für das Pflegepersonal, wenn dies für den Erhalt von dessen Gesundheit erforderlich wäre.<sup>106</sup>
- 57 Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Normalarbeitsvertrag (NAV) für das Pflegepersonal<sup>107</sup> keine ausdrückliche Höchstarbeitszeitvorschrift kennt. Art. 9 NAV

---

<sup>100</sup> Siehe Art. 330b OR: Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmenden spätestens vier Wochen nach Beginn eines Arbeitsverhältnisses u.a. über die wöchentliche Arbeitszeit informieren; bei flexiblen Arbeitszeitmodellen erfordert dies eine Umrechnung auf die Arbeitswoche, siehe dazu WYLER, RÉMY/HEINZER, BORIS, Droit du travail, 4. Auflage, Bern, 2019, S. 57.

<sup>101</sup> Art. 9 ff ArG.

<sup>102</sup> Beachte die Ausnahmen vom betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich in Art. 2 und 3 ArG sowie den Vorbehalt bezüglich Bestimmungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden in Art. 71 ArG; zur Bedeutung der Ausnahmen für das Pflegepersonal in Gesundheitsinstitutionen siehe Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), N 32 ff.

<sup>103</sup> BGer Urteil 2P.251/2001 vom 14.06.2002, E. 5.3.

<sup>104</sup> ETTER, BORIS/SOKOLL, JOHANNES, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 328 OR N 16.

<sup>105</sup> WIEDERKEHR ALEXANDER, Arbeitszeiterfassung in Spitälern und Kliniken, Zürich/St. Gallen 2018, S. 23; STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 154.

<sup>106</sup> Siehe dazu mit weiteren Hinweisen Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 41-44.

<sup>107</sup> Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971, SR 221.215.328.4.

Pflegepersonal hält lediglich fest, falls der Arbeitgeber die Arbeitszeit weder im Einzelarbeitsvertrag noch sonstwo näher geregelt habe, gelte als Normalarbeitszeit diejenige der nächstliegenden öffentlichen Krankenanstalt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem NAV-Pflegepersonal ist angesichts dessen subsidiären Charakters (vertragliche Vereinbarungen gehen dem NAV vor) nicht zielführend.<sup>108</sup> Zudem ist ein NAV ohnehin nur für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse möglich.<sup>109</sup>

### 3.2 Wöchentliche Arbeitszeiten im öffentlichen Personalrecht

- 58 Eine summarische Analyse der beim Bund und in ausgewählten Kantonen geltenden wöchentlichen Höchstarbeitszeiten zeigt folgendes Ergebnis:
- In den Kantonen Aargau<sup>110</sup>, Basel-Stadt<sup>111</sup>, Basel-Landschaft<sup>112</sup>, Bern<sup>113</sup>, Freiburg<sup>114</sup>, St. Gallen<sup>115</sup>, Thurgau<sup>116</sup> und Wallis<sup>117</sup> beträgt die wöchentliche Arbeitszeit 42 Stunden,
  - beim Bund<sup>118</sup> sowie im Kanton Waadt<sup>119</sup> gelten 41.5 Stunden als wöchentliche Arbeitszeit,
  - im Kanton Neuenburg<sup>120</sup> sind 41 Stunden wöchentlich zu arbeiten,
  - in den Kantonen Genf<sup>121</sup> und Jura<sup>122</sup> gilt die 40-Stundenwoche.
- 59 Auf kantonaler Ebene kann eine 40-Stundenwoche für das Staatspersonal (noch) nicht als «Norm» bezeichnet werden. In einigen Städten indes gilt ebenfalls die 40-Stundenwoche.<sup>123</sup> Gemäss der Arbeitsvolumenstatistik des Bundes betrug die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 2022 bei einem Vollzeitpensum 41.7 Stunden (Privat- und öffentlicher Sektor)<sup>124</sup>.

### 3.3 Höchstarbeitszeiten in ausgewählten GAV

- 60 Bestimmungen in GAV zu Höchstarbeitszeiten sind von den dem GAV unterstellten Betrieben zwingend einzuhalten.<sup>125</sup> Eine Analyse der für Pflegepersonal anwendbaren GAV zeigt,

---

<sup>108</sup> Siehe zur Bedeutung des NAV für die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 120, 264, 286, 294, 307 und 315.

<sup>109</sup> STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 315.

<sup>110</sup> § 5 Abs. 1 der Arbeitszeitverordnung Aargau (AZV-AG, SAR 161.115).

<sup>111</sup> § 4 Abs. 1 PD-BL.

<sup>112</sup> § 2 der Arbeitszeitverordnung Basel-Stadt (AZV-BS, SG 162.200).

<sup>113</sup> Art. 124 Abs. 1 PV-BE.

<sup>114</sup> Art. 40 Abs. 1 StPR-FR.

<sup>115</sup> 34 lit. a PersG und Art. 24–58 PersV.

<sup>116</sup> § 65 Abs. 1 Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals (RSV, 177.112).

<sup>117</sup> Art. 22 PG-VS in Verb. mit Art. 6 Abs. 2 AZR-VS.

<sup>118</sup> Art. 64 Abs. 1 BPV vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3).

<sup>119</sup> Art. 48 Abs. 1 LPers-VD i.V.m. Art. 115 RLPers-VD.

<sup>120</sup> Art. 2 Abs. 1 RDF-NE.

<sup>121</sup> Art. 7 Abs. 1 RPAC-GE.

<sup>122</sup> Art. 48 Abs. 1 LPers-JU und Art. 42 Abs. 1 OPers-JU.

<sup>123</sup> So bsw. in der Stadt Bern, Art. 116 Abs.1 Personalverordnung der Stadt Bern (PVO), 153.011.

<sup>124</sup> Bundesamt für Statistik (BFS), Arbeitsvolumenstatistik (AVOL) 2022, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erwerbstaetigkeit-arbeitszeit/arbeitszeit/tatsaechliche-arbeitsstunden.html> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>125</sup> Zur Frage der Unterstellung eines Betriebes unter einen GAV siehe ausführlich STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 102 ff.

dass lediglich in den GAV im Tessin<sup>126</sup> und Genf<sup>127</sup> eine Höchstarbeitszeit von 40 Stunden vorgesehen ist. Bemerkenswert ist der GAV für das Kantonsspital Jura<sup>128</sup>, der eine 42-Stundenwoche vorsieht, während für das übrige kantonale Personal im Jura die 40-Stundenwoche gilt<sup>129</sup>. Bei der Mehrheit der GAV gilt eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 42 Stunden.<sup>130</sup>

### 3.4 Würdigung des Vorschlages «40-Stundenwoche» im APG

#### a) Ausgangslage

61 Mit der Verankerung einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 40 Stunden im APG greift der Bundesgesetzgeber bezüglich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse massiv in die durch die BV gewährleistete Vertragsfreiheit (Art. 27 BV, Art. 319 OR in Verbindung mit Art 19/20 OR) ein. Eingriffe in die durch die Verfassung geschützte Vertragsfreiheit bedürfen (auch im Arbeitsrecht) zwingend sachlicher Gründe.<sup>131</sup> Die Verfassung selbst ermächtigt den Bundesgesetzgeber zu Massnahmen zum Arbeitnehmerschutz, die mit Einschränkungen der Vertragsfreiheit einhergehen.<sup>132</sup>

62 In Erinnerung zu rufen ist weiter, dass der Souverän die Einführung einer 40-Stunden-Woche (für alle Arbeitnehmenden) klar abgelehnt hat.<sup>133</sup>

63 Davon ausgehend, dass das APG auch auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse Anwendung findet, führt eine 40-Stundenwoche für das Pflegepersonal in den meisten Kantonen zu einer Ungleichbehandlung zwischen Pflegepersonal und dem übrigen kantonalen Personal.<sup>134</sup>

#### b) Begründungsoptionen für die 40-Stundenwoche

64 Die genannten Hürden bedeuten keineswegs, dass eine 40-Stundenwoche für das Pflegepersonal im APG unzulässig wäre. Als Rechtfertigung der Besserstellung (bezüglich Arbeitszeit) des Pflegepersonals kommt zum einen der Arbeitnehmerschutz in Frage. Die Kompetenz des Bundes ist hier durch Art. 110 Abs. 1 lit. a BV gegeben. Da die 40-Stundenwoche «nur» dem Pflegepersonal zu Gute kommen soll, bedarf es einer besonderen (sachlichen) Rechtfertigung, die darin gesehen werden kann, dass die Belastungen des Pflegepersonals

---

<sup>126</sup> Art. 6 GAV Spitex TI (Fn 86), auch zwei weitere GAV im Tessin haben die 40-Stundenwoche vereinbart, siehe STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), Rz. 114.

<sup>127</sup> Art. 4.1 GAV Fegems (Fn 82) und Art. 11.1 CCT genevoise «AIDE ET SOINS À DOMICILE», <https://www.ge.ch/document/13953/telecharger> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>128</sup> Art. 3.1 GAV Ksp JU (Fn 89).

<sup>129</sup> Siehe oben, Fn 122.

<sup>130</sup> Siehe die Übersicht bei STEIGER-SACKMANN, SABINE/WOHLWEND, MARC (Fn 10), N 114.

<sup>131</sup> BGE 129 III 35 E. 6.1; BGE 130 I 26 E. 4.3; BGE 131 I 223 E. 4.1; BGE 131 I 333 E. 4; VALLENDER, KLAUS A., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 27 BV N 9 f.

<sup>132</sup> Siehe dazu ausführlich Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 23 ff.

<sup>133</sup> Die «Volksinitiative 'zur Einführung der 40-Stunden-Woche'» wurde 1976 mit einem Nein-Stimmen-Anteil von 78% abgelehnt, <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19761205/det264.html> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>134</sup> Siehe zu den Arbeitszeiten im kantonalen Personalrecht oben, Rz. 58 f.

eine Reduktion der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zwingend erfordern. In Art. 26 Abs. 2 ArG ist die Option, dass für eine bestimmte Berufsgruppe die Höchstarbeitszeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes reduziert werden kann (bzw. könnte<sup>135</sup>), vorgesehen.

- 65 Zum anderen muss geprüft werden, ob die 40-Stundenwoche des Pflegepersonals als Voraussetzung für die Qualität der zu Lasten der Krankenversicherung abrechnenden Pflegeleistung gelten kann; diesfalls kann sich der Bund auf die Kompetenzgrundlage für die Krankenversicherung in Art. 117 BV stützen.<sup>136</sup> Die Beurteilung, ob eine 40-Stundenwoche notwendige Voraussetzung der Qualität der Pflegeleistung darstellt, ist nicht eine rein juristische Aufgabe, es bedürfte hier vielmehr Erkenntnisse aus u.a. Arbeitsmedizin und Pflegewissenschaft.
- 66 Zusammenfassend ist festzuhalten: Der Verfassungstext in Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV sieht vor, dass die Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal den Anforderungen entsprechen müssen. Es ist bekannt, dass die Arbeit in der Pflege negative Auswirkungen auf die Gesundheit haben kann. Wenn die Reduktion der wöchentlichen Höchstarbeitszeit ein notwendiges Mittel zur Verbesserung der Gesundheit der Beschäftigten im Pflegebereich darstellt, dann sind die Voraussetzungen für die Verankerung einer Höchstarbeitszeit im APG gegeben. Somit bietet Art. 110 Abs. 1 lit. a BV eine Kompetenzgrundlage. Alternativ oder ergänzend kann – sofern die Evidenz dafür vorliegt – die 40-Stundenwoche auch mit der Pflegequalität begründet werden, womit Art. 117 BV als weitere Kompetenzgrundlage in Frage kommt.

## 4 Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal

### 4.1 Überstunden und Überzeit im OR, ArG und öffentlichem Personalrecht

- 67 Die zu beurteilende im APG zu verankernde Regelung einer Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal erfordert vorerst einige begriffliche Klarstellungen. Die Begriffe «Überstunden» und «Überzeit» sind klar voneinander zu trennen. «Überstunden» ist die Terminologie aus dem Arbeitsvertragsrecht, während die zulässige «Überzeit» im ArG geregelt ist.
- 68 Art. 321c Abs. 1 OR hält fest, dass Arbeitnehmende verpflichtet sind, Überstunden zu leisten, wenn dies aus betrieblichen Gründen notwendig ist und soweit die Leistung von Überstunden nach Treu und Glauben zumutbar ist. Diese Bestimmung ist absolut zwingend ausgestaltet, d.h. sie darf weder zu Gunsten noch zu Ungunsten der Arbeitnehmenden durch Vertrag, NAV oder GAV abgeändert werden.
- 69 Überstunden liegen vor, wenn mehr gearbeitet wird als die vertraglich vereinbarte oder durch NAV oder GAV bestimmte Arbeitszeit (Art. 321c OR). Das bedeutet auch, dass bei einer

---

<sup>135</sup> Der Verordnungsgeber hat von dieser Kompetenz bislang keinen Gebrauch gemacht, siehe dazu oben mit weiteren Hinweisen, Rz. 56.

<sup>136</sup> Siehe dazu ausführlich oben, Rz. 15 ff.

Teilzeitbeschäftigung und einer vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden bereits Überstunden vorliegen, wenn die betreffende Person mehr als 20 Stunden arbeitet. Daraus ändert nichts, wenn in diesem Betrieb die 42-Stundenwoche gilt.<sup>137</sup>

- 70 Überzeit liegt vor, wenn die Höchstarbeitszeit nach ArG überschritten wird. Diese beträgt für das Personal in Spitälern, Pflegeheimen und anderen Gesundheitseinrichtungen 50 Stunden pro Woche.<sup>138</sup> Diese wöchentliche Höchstarbeitszeit darf gemäss Art. 12 ArG nur ausnahmsweise überschritten werden<sup>139</sup> und zudem darf die Überzeit nicht mehr als zwei Stunden pro Tag und im Kalenderjahr nicht mehr als 140 Stunden betragen. Art. 13 ArG sieht weiter vor, dass Überzeitarbeit mit einem Lohnzuschlag von 25 Prozent zu entschädigen ist.
- 71 Bei nach öffentlichem Personalrecht beschäftigten Arbeitnehmenden ist die Terminologie nicht immer einheitlich. Im Anwendungsbereich des Bundespersonalgesetzes werden die Begriffe «Mehrstunden» (entspricht der Sache nach «Überstunden» im Sinne von Art. 321c OR) und «Überzeit» verwendet.<sup>140</sup> Im Personalrecht des Kantons Zürich wird «Überzeit» als Arbeitszeit, welche über die vereinbarte Regelarbeitszeit hinaus für bestimmte, klar abgegrenzte Zeiten und ausserordentliche Aufträge geleistet wird und dabei die wöchentliche Sollearbeitszeit von 42 Stunden bei einem vollen Pensum überschreitet, umschrieben.<sup>141</sup> Im Personalrecht des Kantons Freiburg hingegen wird der Begriff «Überstunden» verwendet für jene Arbeitseinsätze, die auf Anordnung oder mit dem ausdrücklichen Einverständnis der vorgesetzten Person zusätzlich zur ordentlichen Arbeitszeit und über den maximalen Saldo der flexiblen Arbeitszeit hinaus geleistet werden.<sup>142</sup>
- 72 Zusammenfassend ist im Sinne eines Zwischenfazit festzuhalten: In privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen nach OR kann die zu leistende Arbeitszeit von den Vertragsparteien in den Schranken der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten frei vereinbart werden. Eine Beschränkung der zu leistenden Überstunden (nochmals: Überstunden liegen vor, wenn mehr als vertraglich vereinbart gearbeitet wurde) sieht das OR nicht vor. Nach OR können also Überstunden durch die Arbeitgeberin angeordnet werden, soweit dadurch nicht gegen die Höchstarbeitszeiten und zulässigen Überzeitsaldi nach ArG verstossen wird. Ist das ArG nicht anwendbar<sup>143</sup>, gibt es keine gesetzliche Schranke der zulässigen Überstundenarbeit. Das öffentliche Personalrecht enthält ebenfalls Bestimmungen zur Zulässigkeit der Anordnung von Überstunden, wobei die Terminologie nicht einheitlich ist.

---

<sup>137</sup> GEISER, THOMAS/MÜLLER, ROLAND/PÄRLI, KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern, 2018, S. 313.

<sup>138</sup> Siehe dazu oben, Rz. 61.

<sup>139</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. a – c ArG nennt abschliessend drei Voraussetzungen: Dringlichkeit der Arbeiten, Inventaraufnahmen u.ä. sowie Vermeidung von Betriebsstörungen.

<sup>140</sup> Art. 65 Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV), SR.220.111.3, basierend auf Art. 17a Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1.

<sup>141</sup> § 125 Abs. 1 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz vom 19.05.199 (VVO), 177.111\_19.5.99\_108.

<sup>142</sup> Art. 20 Reglement über die Arbeitszeit des Staatspersonals vom 15.06.2009, 122.70.12.

<sup>143</sup> Zur Anwendbarkeit des ArG auf Spitäler, Pflegeheime und andere Gesundheitseinrichtungen siehe ausführlich Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 33 ff.

## 4.2 Regelungen zu maximalen Überstunden in GAV

- 73 In den dem Gutachter von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellten GAV-Unterlagen finden sich häufig Bestimmungen zu den Voraussetzungen, der Kompensation oder allenfalls Entschädigung von Überstunden.<sup>144</sup> Die Überstunden werden zum Teil mit dem normalen Lohn<sup>145</sup> und zum Teil mit einem Zuschlag von 25 Prozent<sup>146</sup> abgegolten, soweit eine Kompensation nicht möglich ist.<sup>147</sup>
- 74 Viele GAV sehen Regelungen vor, wonach Überstunden regelmässig<sup>148</sup> und innert einer bestimmten Zeit<sup>149</sup> kompensiert werden müssen. Einzelne GAV halten als Richtgrösse einen maximalen Überstundensaldo von 50 Stunden fest (Ende Jahr<sup>150</sup> oder auch ohne Angabe eines bestimmten Zeitpunktes<sup>151</sup>).
- 75 In keinem der analysierten GAV ist eine Beschränkung der maximal zulässigen Überstunden pro Quartal vorgesehen.

## 4.3 Würdigung des Vorschlages zur Beschränkung der zulässigen Anzahl Überstunden pro Quartal

- 76 Der Anordnung von Überstunden sind durch das OR, das ArG (soweit die Überstunden die gesetzlichen Höchstarbeitszeiten erreichen) und durch das öffentliche Personalrecht Schranken gesetzt. Überstunden dürfen nicht die Regel sein; vielmehr müssen die Betriebe so organisiert sein, dass normalerweise keine Überstunden angeordnet werden müssen. Ist dies dennoch notwendig, müssen die Arbeitgebenden zudem auf die Arbeitnehmenden Rücksicht nehmen.<sup>152</sup> Eine Beschränkung der zulässigen Überstunden innerhalb eines Zeitrahmens ist im geltenden Recht nicht vorgesehen (weder im OR, in den untersuchten GAV noch im kantonalen Personalrecht). Anders verhält es sich wie ausgeführt wurde dann, wenn die Überstunden die Höchstarbeitszeiten nach ArG erreichen.
- 77 Ob die Einführung einer Obergrenze von 50 Stunden pro Quartal zielführend ist (mit Blick auf den Gesundheitsschutz (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) und die Pflegequalität, Art. 117 BV), kann aus rein juristischer Sicht nicht abschliessend beurteilt werden. Möglicherweise schränkt die Obergrenze von 50 Stunden pro Quartal die Flexibilität der Arbeitgebenden zu stark ein, da unvorhergesehene Ereignisse den Bedarf an Pflegekräften kurzfristig massiv erhöhen und deshalb die Anordnung von Überstunden erforderlich ist.

---

<sup>144</sup> Siehe beispielsweise Art. 22 GAV Spital GAV Sp VS (Fn 80).

<sup>145</sup> So beispielsweise in Art. 3.5 Abs. 3 GAV BE Spit (Fn 76).

<sup>146</sup> Art. 3.10 GAV VD (Fn 87).

<sup>147</sup> Nach Art. 321c Abs. 2 OR können Überstunden mit Einverständnis des Arbeitnehmers kompensiert werden. Art. 321c Abs. 3 OR hält fest, dass wenn die Überstunden nicht durch Freizeit kompensiert werden, ein Zuschlag von 25 Prozent geschuldet ist. Die Art. 321c Abs. 2 und 3 OR sind dispositiver Natur, das heisst, im Einzelarbeitsvertrag, NAV oder GAV kann davon abgewichen werden.

<sup>148</sup> Art. 4.6.1 Ziffer 2 GAV Gesundheit NE (Fn 81).

<sup>149</sup> Art. 4.8 Abs. 2 GAV Ksp Zug (Fn 83).

<sup>150</sup> Art. 4.6.1 Ziffer 3 GAV Gesundheit NE (Fn 81).

<sup>151</sup> Art. 3.6 GAV Ksp JU Fn 89).

<sup>152</sup> Rücksichtnahme ist insbesondere auch hinsichtlich der familiären Situation der Arbeitnehmenden erforderlich, siehe dazu u.a. PERRENOUD STÉPHANIE, Durées du travail et discrimination, AJP 2017 S. 657 ff., 677.

- 78 Die Analyse der untersuchten GAV hat gezeigt, dass die Sozialpartner von der Möglichkeit, den nach der dispositiven Regelung in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehenen Überstundenzuschlag von 25 Prozent auszuschliessen, Gebrauch machen. Es wäre allenfalls zu überlegen, im APG vorzusehen, dass Überstunden, wenn sie nicht kompensiert werden können, zwingend mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu entschädigen sind (so wie das heute bereits für die Überzeit nach ArG gilt). Möglicherweise könnte dies für die Betriebe einen Anreiz darstellen, die Anordnung von Überstunden durch eine entsprechende Organisation zu reduzieren. Erforderlich wäre, dass diese Regelung im APG mit der notwendigen Klarheit die vertragliche vereinbarte Arbeitszeit als Referenzpunkt für die Feststellung von Überstunden bestimmt. Damit wäre sichergestellt, dass bei Teilzeitbeschäftigten die über den vereinbarten Beschäftigungsgrad hinaus geleisteten Arbeitsstunden entschädigungspflichtig sind (mit einem Zuschlag von 25 Prozent). Eine solche Regelung kann auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV abgestützt werden.

## 5 Minimalvorgaben für Entschädigungen für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit

### 5.1 Die Regelungen im OR und ArG

- 79 Im OR findet sich keine ausdrückliche Regelung zur Entschädigung für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit.<sup>153</sup> Arbeitsvertragsrechtlich ist einzig (aber immerhin) geregelt, dass die im Rahmen eines Arbeitsvertrages geleistete Arbeit entschädigt werden muss, egal ob die Arbeit in der Nacht, am Wochenende oder an Feiertagen geleistet wird.<sup>154</sup> Die Höhe des Lohnes kann von den Vertragsparteien nach Art. 322 OR frei vereinbart werden, soweit dadurch nicht gegen zwingendes Recht<sup>155</sup> oder eine Regelung in einem anwendbaren GAV verstossen wird.<sup>156</sup>
- 80 Im Arbeitsgesetz finden sich Bestimmungen über Entschädigungen von Nachtarbeit, Sonntagsarbeit und Arbeit an Feiertagen.
- a) Vorschriften zur Entschädigung der Nachtarbeit
- 81 Bezüglich Nachtarbeit differenziert das ArG zwischen vorübergehender und dauernder Nachtarbeit. Bei vorübergehender Nachtarbeit besteht ein Anspruch auf einen Lohnzuschlag von mindestens 25 Prozent (Art. 17b Abs. 1 ArG). Diejenigen Arbeitnehmenden, die dauernd oder regelmässige Nachtarbeit leisten, haben einen Anspruch auf einen Zeitzuschlag von 10 Prozent der Zeit, während der sie Nachtarbeit leisten (Art. 17b Abs. 2 ArG).
- 82 Art. 17b Abs. 3 ArG hält weitere Modalitäten fest. Art. 17b Abs. 3 lit. c ArG sieht vor, dass anstelle der Ausgleichsruhezeit nach Abs. 2 auch andere Formen an Ausgleichsruhezeiten

---

<sup>153</sup> Anders verhält es sich mit dem Ferienanspruch (Art. 329d OR).

<sup>154</sup> STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2006, Art. 319 N 24.

<sup>155</sup> STAEHELIN, a.a.O. (Fn 154), Art. 322 N 4.

<sup>156</sup> STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 322 N 5.

möglich sind, soweit diese gleichwertig seien.<sup>157</sup> Das SECO ist zuständig für die Beurteilung der Gleichwertigkeit (Art. 17b Abs. 4 ArG).

#### b) Vorschriften zur Entschädigung Wochenendarbeit

83 Vorab ist festzustellen, dass im Arbeitsgesetz der Begriff «Wochenende» nicht verwendet wird. Nach Art. 18 ArG ist die Arbeit am Sonntag verboten, soweit keine Ausnahme im Sinne von Art. 19 ArG vorliegt. Betreffend der übrigen sechs Wochentage ist auf Art. 21 ArG hinzuweisen. Demnach besteht ein Anspruch auf einen freien Halbtage pro Arbeitswoche, soweit die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt wird. Es zeigt sich somit, dass im ArG als Mindeststandard von einer fünfeinhalb Tageweche ausgegangen wird (Am Sonntag und an einem zusätzlichen halben Tag pro Woche ist arbeitsfrei).<sup>158</sup>

84 Die Organisation der Arbeit in Spitälern und Pflegeheimen erfordert, dass auch an Sonntagen gearbeitet wird. Bezüglich Entschädigung für die Sonntagsarbeit muss differenziert werden: Arbeitnehmenden, die an nicht mehr als bis zu sechs Sonntagen pro Kalenderjahr zum Einsatz gelangen, ist ein Lohnzuschlag von 50 Prozent zu bezahlen (Art. 19 Abs. 3 ArG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 3 lit. a ArGV 1). Dieser Lohnzuschlag ist zwingend und auch zivilrechtlich durchsetzbar.<sup>159</sup> Anders verhält es sich bei regulärer Sonntagsarbeit (d.h., wenn an mehr als sechs Sonntagen pro Jahr gearbeitet wird). In diesen Fällen ist im ArG weder ein Lohn- noch ein Zeitzuschlag vorgesehen. Eine Abgeltung in der Form von Zeit und (zusätzlichem) Lohn kann indes in einem GAV oder im Einzelarbeitsvertrag vorgesehen sein.<sup>160</sup>

85 Von der soeben geschilderten Frage der zusätzlichen Abgeltung der Sonntagsarbeit zu unterscheiden ist die Frage des Anspruchs auf freie Sonntage und auf Ersatzruhe. Diese Fragen regelt Art. 20 ArG. Ob während dem Freizeitausgleich oder dem Ersatzruhetag (Art. 20 Abs. 2 ArG) ein Lohnanspruch (mit oder ohne Zuschlag) geschuldet ist, bestimmt sich nach dem Arbeitsvertrag.<sup>161</sup>

#### c) Vorschriften zur Entschädigung von Feiertagen

86 Art. 20a Abs. 1 Satz 1 ArG bestimmt, dass der Bundesfeiertag den Sonntagen gleichgestellt ist. Nach Art. 20a Abs. 1 Satz 2 ArG können die Kantone höchstens acht weitere Feiertage den Sonntagen gleichstellen und sie nach Kantonsteilen verschieden ansetzen. Im ArG finden sich keine Bestimmungen zur Entschädigung der Feiertage.

87 Ob für Feiertage, an denen nicht gearbeitet wird, eine Entschädigungspflicht besteht, ist nach Vertragsrecht zu entscheiden.<sup>162</sup> Wenn an Feiertagen gearbeitet wird, ist dafür fraglos Lohn

---

<sup>157</sup> Siehe zum Ganzen weiterführend HURNI, BÉATRICE/GRAF, DAMIAN K., in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 17b ArG N 12.

<sup>158</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O. (Fn 137), N 954.

<sup>159</sup> MARRO, PIERRE-YVES/FRUNZI, SÉVÉRINE/GROSS, BALZ, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 19 ArG N 25.

<sup>160</sup> MARRO/FRUNZI/GROSS, a.a.O. (Fn 159), Art. 19 ArG, N 18.

<sup>161</sup> Siehe zu den Modalitäten ZUBER, ROGER, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 20 ArG N 11.

<sup>162</sup> Weiterführend dazu ZUBER, a.a.O. (Fn 161), Art. 20a ArG, N 15 ff.

geschuldet. Soweit die Arbeit an einem Feiertag geleistet wird, der nach Art. 20a Abs. 1 Satz 2 ArG den Sonntagen gleichgestellt ist, besteht ein Anspruch auf 50 Prozent Lohnzuschlag nach ArG; allerdings nur, wenn nicht an mehr als an sechs Sonntagen gleichgestellten Feiertagen und an Sonntagen gearbeitet wird.<sup>163</sup> Auf Verordnungsstufe geregelt ist die Konstellation, dass sich erst im Verlaufe eines Kalenderjahres herausstellt, dass Sonntagsarbeit an mehr als sechs Sonntagen einschliesslich gesetzlicher Feiertage geleistet wurde. In diesem Fall bleibt nach Art. 32a Abs. 3 ArGV 1 der Lohnzuschlag für die ersten sechs Sonntage, gesetzliche Feiertage inbegriffen, geschuldet.<sup>164</sup>

## 5.2 Regelungen in GAV

- 88 Vorab ist festzuhalten, dass in einem GAV – soweit die Arbeitszeitvorschriften des ArG auf den Betrieb bzw. die Arbeitnehmerkategorie anwendbar sind – nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden darf. Alle untersuchten GAV sehen in der einen oder anderen Form Entschädigungen für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit vor.
- 89 Die Analyse ausgewählter GAV zeigt, dass in einigen GAV das Wochenende als Anknüpfung für besondere Entschädigungen aufgeführt ist.<sup>165</sup> In anderen GAV finden sich demgegenüber lediglich Entschädigungen für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen (und für Nachtarbeit).<sup>166</sup>
- 90 Die verschiedenen GAV sehen zum Teil gleiche und zum Teile unterschiedliche Entschädigungen für Abend-, Nacht- und Sonn- und Feiertagsarbeit vor. In einem GAV im Kanton Tessin beispielsweise wird die Nachschicht mit einem Zuschlag von drei Franken pro Stunde vergütet, die Arbeit an Sonn- und Feiertagen hingegen mit einem Zuschlag von neun Franken.<sup>167</sup> Anders verhält es sich in einem im Kanton Zug anwendbaren GAV; hier werden sowohl für Nacht- als auch für Sonn- und Feiertagsarbeit einheitlich sechs Franken pro Stunde vergütet.<sup>168</sup> Der Betrag von sechs Franken pro Stunde findet sich auch in weiteren GAV.<sup>169</sup> Vergleichsweise hoch ist die Entschädigung im GAV für das Kinderuniversitätsspital beider Basel (Zehn Franken für Nacht-, Samstags- und Sonntagsarbeiten, für die Arbeit an Feiertagen sogar 13 Franken).<sup>170</sup>

## 5.3 Würdigung des Vorschlages «Minimalvorgaben»

- 91 Die Regelungen im Arbeitsgesetz zu Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit bezwecken primär den Arbeitnehmerschutz im Sinne von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Das im ArG verankerte grund-

---

<sup>163</sup> EMMEL, FRANK, Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 27.9.2018; ZB.2018.11, BJM 2019 S. 337 ff., 338.

<sup>164</sup> CHANSON, a.a.O. (Fn 61), S. 44.

<sup>165</sup> So beispielsweise in Art. 6.1 GAV BE Spit. (Fn 76). In Art. 6.8 GAV Ksp AG (Fn 79) werden Entschädigungen für Arbeiten an Samstagen und Sonntagen ausgerichtet.

<sup>166</sup> So beispielsweise in Art. 3.8 GAV VD (Fn 87).

<sup>167</sup> Art. 13 86.

<sup>168</sup> Art. 5.11 Abs. 2 GAV Ksp Zug (Fn 83).

<sup>169</sup> So beispielsweise in Art. 23.a Abs. 5 5 GAV Sp VS (Fn 80).

<sup>170</sup> Art. 2.4.9 GAV Kisp BS/BL (Fn 84).

sätzliche Sonntagsarbeitsverbot verfolgt zudem das Ziel, den Arbeitnehmenden zu ermöglichen, soziale Kontakte zu pflegen.<sup>171</sup> Das SECO erwähnt in seiner Wegleitung zum ArG auch, dass der Sonntag aus religiösen und kulturellen Gründen eines besonderen Schutzes bedürfe.<sup>172</sup>

- 92 Im ArG ist lediglich eine Pflicht zur (zusätzlichen) Entschädigung von vorübergehender Nacht- und Sonntagsarbeit vorgesehen (Nachtarbeit 25 Prozent, Sonntagsarbeit 50 Prozent). Alle untersuchten GAV sehen in der einen oder anderen Form zusätzlich Entschädigungen vor für Samstagarbeit und auch für Abendarbeit. Auch für die nach ArG nicht entschädigungspflichtige dauernde Nacht- und Sonntagsarbeit sind in den GAV Entschädigungen vorgesehen.
- 93 Es ist davon auszugehen, dass die Arbeit in der Nacht und auch Wochenenddienste und Einsätze an Feiertagen sich sowohl auf die Gesundheit als auch auf das Sozialleben des Pflegepersonals ungünstig auswirken. Mit einer zusätzlichen finanziellen Entschädigung für das Leisten von Arbeitszeit in der Nacht, an Wochenenden und Feiertagen können diese Belastungen zumindest ansatzweise kompensiert werden. Die Massnahme lässt sich demnach auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV abstützen. Darüber hinaus kann eine Entschädigungspflicht für die genannten Dienste wohl auch einen Beitrag zur Pflegequalität leisten. Eine zusätzliche Abstützung auf Art. 117 BV lässt sich (nur) vertreten, wenn die fragliche Regelung zur Erreichung der Pflegequalität notwendig ist.

## 6 Arbeitszeit im Rahmen von Pikettdienst oder von anderen Formen der Bereitschaft

### 6.1 Die Regelungen im OR und ArG

- 94 Pikettdienst und andere Formen von Bereitschaftsdienst werfen rechtliche Fragen auf mehreren Ebenen auf. Eine Frage ist, ob und falls ja in welcher Höhe solche Dienste zu entschädigen sind. Das ist eine Frage, die primär nach Arbeitsvertragsrecht (OR) zu beurteilen ist. Mit Blick auf Arbeitszeitvorschriften des ArG ist schliesslich von Bedeutung, ob Bereitschaftsdienste als Arbeitszeit im Sinne des ArG zählen. Dies hat Auswirkungen auf allenfalls zwingende Überzeitzuschläge und auf die Höchstarbeitszeiten.
- 95 Lehre und Praxis zum Arbeitsvertragsrecht differenzieren zwischen echter und unechter Arbeit auf Abruf. Echte Arbeit auf Abruf liegt wenn, wenn den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers trifft, bei unechter Arbeit auf Abruf kommt ein Einsatz aufgrund gegenseitiger Vereinbarung zustande.<sup>173</sup> Bei echter Arbeit auf Abruf gilt die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer im Betrieb auf Arbeit wartet, als normale Arbeitszeit, sodass der

---

<sup>171</sup> GROSS, BALZ/Franz, SÉVÉRINE/MARRO, PIERRE-YVES, in Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 18 ArG N 4.

<sup>172</sup> SECO, Wegleitung zum ArG, 0181-1.

<sup>173</sup> Siehe BGE 124 III 249, E.3; BGer 4A\_534/2017 vom 27.08.2018, E. 3.2 und in der Lehre statt vieler VON ZEDTWITZ, CLEMENS/KELLER, SARA, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern, 2022, Art. 324 OR N 20.

Arbeitnehmer (vorbehältlich abweichender Vereinbarung) für die Bereitschaftszeit entsprechend zu entlohnen ist.<sup>174</sup> Bei Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebes muss die Bereitschaftszeit ebenfalls entschädigt werden, jedoch nicht in gleicher Höhe wie die eigentliche Arbeit.<sup>175</sup>

- 96 Im Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes ist vorweg auf Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 hinzuweisen: «Arbeitszeit ist die Zeit, während welcher sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat». Allein schon aus dieser Legaldefinition ergibt sich, dass Bereitschaftsdienste, in denen eine Befolgungspflicht eines Abrufs besteht, grundsätzlich Arbeitszeit darstellen.<sup>176</sup>
- 97 Nach Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 liegt Pikettdienst vor, wenn sich Arbeitnehmende neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse bereithalten. Wenn der Pikettdienst im Betrieb zu leisten ist, wird die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit angerechnet (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Wenn indes der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet wird, so gelten gemäss Art. 15 Abs. 2 ArGV 1 nur tatsächlich stattfindende Einsätze einschliesslich der erforderlichen Zeit für den Arbeitsweg als Arbeitszeit.
- 98 Diese allgemeinen Regeln über den Pikettdienst werden in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2<sup>177</sup>) für bestimmte Berufsgruppen ergänzt. Einschlägig ist Art. 8a ArGV 2. Im Rahmen des Pikettdienstes muss die Zeitspanne zwischen dem Einsatzaufruf an den Arbeitnehmer und seinem Eintreffen am Einsatzort (Interventionszeit) grundsätzlich mindestens 30 Minuten betragen (Art. 8a Abs. 1 ArGV 2). Ist die Interventionszeit aus zwingenden Gründen kürzer als 30 Minuten, so haben die Arbeitnehmer Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10 % der inaktiven Pikettdienstzeit. Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewendete Zeit ausserhalb einer Intervention sowie der Zeit für den Arbeitsweg verstanden. Die für die Intervention effektiv aufgewendete Zeit sowie die Zeit für den Arbeitsweg zählen als Arbeitszeit und werden zur Zeitgutschrift dazugerechnet (Art. 8a Abs. 2 ArGV 2). Muss der Pikettdienst wegen der kurzen Interventionszeit im Betrieb geleistet werden, so gilt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit (Art. 8a Abs. 3 ArGV 2).<sup>178</sup>
- 99 Die Regelungen zum Pikettdienst nach Art. 8a ArGV 2 sind nach Art. 15 Abs. 1 ArGV 2 anwendbar auf «Krankenanstalten und Kliniken». Das sind nach Art. 15 Abs. 2 ArGV 2 «ärztlich betreute Betriebe für Kranke, Wöchnerinnen, Säuglinge, Verunfallte und Rekonvaleszente». In der SECO-Wegleitung wird weiter konkretisiert, dass in diesen Betrieben «Pflege und Betreuung» geboten werde und dass eine ärztliche Leitung vorhanden sein müsse, dies

---

<sup>174</sup> BGer 4A\_96/2017 vom 14.12.17, E. 2.1; 124 III 249/251 E. 3a.

<sup>175</sup> BGer 4A\_334/2017 vom 4.10.17, E.2.2; 4C.407/1999 vom 25.1.2000, E.2b; 124 III 249 E. 3b, 251 f.

<sup>176</sup> RUDOLPH, ROGER, Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, in: Müller/Pärl/Wildhaber (Hrsg), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 402.

<sup>177</sup> Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) vom 10. Mai 2000, SR 822.11.

<sup>178</sup> Siehe dazu illustrativ BGer 4A\_11/2016 vom 07.06.2016. Das Bundesgericht entschied hier, das es sich in casu um Pikettdienst innerhalb des Betriebs i.S. von Art. 15 Abs. 1 ArGV 1 und Art. 8a Abs. 3 ArGV 2 handle, bei dem die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit gelte. Damit läge gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG Arbeitszeit vor. Weil insgesamt die Überzeitgrenze überschritten wurde, war die Arbeitgeberin auch verpflichtet, den gesetzlichen Überzeitzuschlag zu entrichten.

könne auch durch externe Ärzte/innen erfolgen.<sup>179</sup> Nicht anwendbar ist Art. 8a ArGV 2 hingegen auf «Heime und Internate» (Art. 16 ArGV 2) und auch nicht auf Spitex-Betriebe (Art. 17 ArGV 2).

- 100 Das ArG regelt die Frage der *Entschädigung* des Pikettdienstes nicht. Soweit keine GAV-Vorschriften zur Anwendung gelangen, hängt die Vergütung von Pikettdienst von der Parteivereinbarung ab.<sup>180</sup> Gemäss Rechtsprechung soll Pikettdienst allerdings generell vergütungspflichtig sein, wenn er zur Folge hat, dass der Arbeitnehmer im Genuss seiner Freizeit beeinträchtigt ist, insbesondere wenn er kurzfristig für einen Einsatz zur Verfügung stehen muss.<sup>181</sup> Pikettdienst kann jedoch, auch soweit er als Arbeitszeit gilt, durch GAV oder Parteivereinbarung zu einem reduzierten Ansatz entlohnt oder gar ganz mit dem Monatslohn abgegolten werden.<sup>182</sup> Bislang fehlt eine Bundesgerichtsentscheid mit Anhaltspunkten über die Höhe der Entschädigung für die Rufbereitschaft.<sup>183</sup>

## 6.2 Regelungen zu Pikett und Bereitschaftsdienst in GAV

- 101 Alle untersuchten GAV sehen für Pikettdienste und andere Formen des Bereitschaftsdienstes Entschädigungen vor. Regelmässig wird in den GAV auch auf allfällige Ansprüche gestützt auf das ArG bzw. die ArGV 1 und ArGV 2 hingewiesen.<sup>184</sup> Die Höhe der pro Stunde gewährten Entschädigungen variieren zwischen knapp zwei<sup>185</sup> und sechs Franken.<sup>186</sup> Zum Teil wird unterschieden, ob der Pikettdienst an einem Werktag oder Sonn- und Feiertag zu leisten ist.<sup>187</sup>

## 6.3 Würdigung der Einführung einer «Bereitschaftsdienst-Entschädigungsregelung» im APG

- 102 Vorab ist festzuhalten, dass Fragen rund um den Pikettdienst, der innerhalb der Institution zu leisten ist, im ArG bzw. in der ArGV 1 und 2 hinreichend klar geregelt sind. Das ArG stützt sich auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Es liegt auf der Hand, dass Art. 110 Abs. 1 lit. a BV auch für die neuen Bereitschaftsdienst-Entschädigungsregelungen im APG eine ausreichende Grundlage bildet. Nicht alle Institutionen, in denen Pflegepersonal arbeitet, sind dem ArG

---

<sup>179</sup> SECO, Wegleitung zur ArGV 2, 2-15-1.

<sup>180</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. (Fn 156), Art. 321 OR, N 9.

<sup>181</sup> BGer 4A\_523/2010 vom 22.11.2010, E.5.1, siehe auch Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27.10.2014 (GS.2013.32) und die Besprechung von KULL, MICHAEL, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, ARV 2015, S. 112.

<sup>182</sup> BGer 4A\_528/2008 vom 27.02.2009, E. 2.3.

<sup>183</sup> Siehe aber immer Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27.10.2014 (GS.2013.32) und die Besprechung von KULL, MICHAEL, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, ARV 2015, S. 112. Im fraglichen Urteil erachtet das Zivilgericht eine Entschädigung von 8 Franken 87 Rappen pro Stunde (= 50% des normalen Lohnes) für den Bereitschaftsdienst als angemessen (Kritisiert von KULL, der 2 Franken pro Stunde als angemessen erachtet).

<sup>184</sup> So zum Beispiel in Art. 24.2 und 24.3 GAV Sp VS (Fn 80).

<sup>185</sup> So z.B. Art. 26.1 GAV Spitex TI (Fn 86), CHF 1.70 pro Stunde; Art. 6.10 GAV Ksp AG (Fn 79).

<sup>186</sup> So z.B. Art. 5.12 Ziffer 3 GAV Ksp Zug (Fn 83) und Art. 2.4.10 GAV Ksp BS/BL (Fn 78).

<sup>187</sup> Art. 26.1 und 26.2 GAV Spitex TI, (Fn 86), CHF 1.70 pro Stunde für Pikettdienst an Werktagen, CHF 3.30 für Pikettdienste an Sonn- und Feiertagen.

unterstellt.<sup>188</sup> Es macht deshalb Sinn, im APG die Bestimmungen des ArG (ink. Verordnungen) als anwendbar zu erklären.<sup>189</sup>

- 103 Vom Bundesgericht anerkannt ist, dass Pikettdienst grundsätzlich entschädigungspflichtig ist. In allen untersuchten GAV ist ein Mindestbetrag pro Stunde verankert; die Höhe variiert allerdings beträchtlich. Die Entschädigungspflicht gilt auch in Betrieben, in denen kein GAV anwendbar ist. Fehlt es an einer Vereinbarung im Einzelarbeitsvertrag und an einer betrieblichen Übung, kann im Streitfall das Gericht die Entschädigung festlegen. Diese Rechtslage ist unbefriedigend. Insbesondere in Betrieben ohne GAV ist nicht gewährleistet, dass die Pflegepersonen den ihnen zustehenden Anspruch auf Pikettentschädigung tatsächlich durchsetzen können. Eine Regelung über einen (bezüglich Höhe noch zu entscheidenden) Mindestbetrag pro geleistete Pikettarbeitsstunde im APG würde zudem für alle Beteiligten zu mehr Rechtssicherheit führen.
- 104 Die Entschädigung für Pikettdienste wird in einigen GAV als «Inkonvenienz-Entschädigung» bezeichnet. Es geht demnach um einen Ausgleich für erlittene Unannehmlichkeiten, die darin bestehen, dass die betreffende Person nicht gänzlich autonom über ihre Zeit verfügen kann, sondern sich vielmehr für allfällige Einsätze bereithalten muss. Diese Einschränkung der Gestaltungsfreiheit soll mit einer Entschädigung abgegolten werden. Wenn diese Entschädigung zur Arbeitszufriedenheit des Pflegepersonals beiträgt, kann dies durchaus als Faktor bezeichnet werden, der zur Pflegequalität beiträgt<sup>190</sup>, womit Art. 117 BV als zusätzliche verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage für eine entsprechende Regelung im APG erachtet werden kann.

## 7 Minimalvorgaben für bezahlte Pausen

### 7.1 Die Regelungen im OR und im ArG

- 105 Das Arbeitsvertragsrecht enthält keine ausdrückliche Regelung zu einem allfälligen Anspruch auf eine (bezahlte) Pause. Bestimmungen zur Pause finden sich aber im Arbeitsgesetz und auch im öffentlichen Personalrecht. Nach Art. 15 Abs. 1 ArG ist die Arbeit durch Pausen zu unterbrechen. Diese Mindestpausen betragen eine Viertelstunde ab einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden, eine halbe Stunde ab einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden und eine Stunde bei mehr als neun Stunden Arbeitszeit. Ratio legis der Pausenbestimmungen bildet der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden.<sup>191</sup> Die im ArG vorgesehenen Mindestpausen sind deshalb zwingend und können nicht durch anderslautende Vereinbarungen wegbedungen werden.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> Siehe dazu ausführlich Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 33 ff.

<sup>189</sup> Eine solche Verpflichtung wird sinnvollerweise nicht nur die Pikettdienst-Regelungen, sondern das ArG integral umfassen (einschliesslich der ArGV 2, die zweckmässige Ausnahmen für Spitäler u.ä. enthält).

<sup>190</sup> Die Arbeitszufriedenheit ist im Lichte von Art. 117b BV und Art. 197 Ziff. 13 Abs. 2 lit. c BV relevant, wenn und soweit sie zur Sicherstellung einer hinreichenden Pflegeversorgung beiträgt, man kann die Arbeitszufriedenheit des Pflegepersonals so auch als «Mittel zum Zweck» bezeichnen.

<sup>191</sup> MÜLLER/MADUZ, a.a.O., (Fn 59), Art. 15 ArG, N 3; TSCHUDI, a.a.O. (Fn 13), S. 61.

<sup>192</sup> GROSS, BALZ/FRUNZ, SÉVERINE/MARRO, PIERRE-YVES, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 15 ArG N 9.

106 Das ArG enthält keine ausdrücklichen Regelungen zur Bezahlung der Pause. Ohne gegenteilige Vereinbarung gilt die Pause nicht als Arbeitszeit und wird deshalb auch nicht entlohnt.<sup>193</sup> Zu beachten ist aber Art. 15 Abs. 2 ArG. Diese Bestimmung hält fest, dass Pausen als Arbeitszeit gelten, wenn die Arbeitnehmenden den Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen. Unter dem Arbeitsplatz wird dabei jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes verstanden, an dem sich der Arbeitnehmer zur Ausführung der ihm bzw. ihr zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Die in einem Pausenraum verbrachten Pausen gelten auch dann nicht als Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin angewiesen wurde, die Pausen an diesem Ort zu verbringen und sich der Pausenraum auf dem Betriebsgelände befindet.<sup>194</sup> Massgebliches Kriterium, ob es sich um zu entschädigende Arbeitszeit oder um Pausen handelt, ist vielmehr, ob der Arbeitnehmer während der Pause für Arbeiten zur Verfügung stehen muss oder nicht.<sup>195</sup>

## 7.2 Regelungen zu bezahlten Pausen in GAV

107 Von den insgesamt 14 untersuchten GAV<sup>196</sup> enthalten zehn Bestimmungen zur Bezahlung der Pausen. Die Analyse zeigt weiter, dass bei einem ganzen Arbeitstag zwei Pausen à 10 Minuten<sup>197</sup> oder 15 Minuten<sup>198</sup> bezahlt werden. Zum Teil wird während der bezahlten Pause eine Abrufbereitschaft eingefordert.<sup>199</sup> In einigen GAV ist festgehalten, dass Pausen nur entschädigt sind, wenn keine Möglichkeit bestehe, den Arbeitsplatz zu verlassen.<sup>200</sup>

## 7.3 Würdigung der Einführung einer Regelung zu bezahlten Pausen im APG

108 Die im ArG verankerten Pausenregelungen dienen dem Gesundheitsschutz und auch der Pflegequalität, denn es liegt auf der Hand, dass zu langes Arbeiten ohne Pause die Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmenden reduziert und damit die Arbeitsqualität tendenziell negativ beeinflusst. Soweit im APG eine das ArG ergänzende Regelung zur Bezahlung der Pausen erlassen wird, besteht hierzu eine Kompetenzgrundlage in Art. 110 Abs. 1 lit. a BV als auch in Art. 117 BV (Pflegequalität).

109 Wenn Arbeitspausen bezahlt werden, führt dies im Ergebnis zu einer Verkürzung der effektiven Arbeitszeit bei gleichem Lohn. Wird bsw. im APG eine Pflicht zu Bezahlung von zwei Pausen à 15 Minuten eingeführt, wird hochgerechnet auf eine Fünftageweche die wöchentliche Arbeitszeit um zweieinhalb Stunden reduziert (für all diejenigen Arbeitnehmenden, deren nach ArG vorgeschriebenen Pausen zuvor unbezahlt waren).

---

<sup>193</sup> Zur Bedeutung im Bereich der Pflege siehe PETRIK, ANDREAS, Arbeitsbedingungen in der Pflege, Pflegerecht 2018 S. 90 ff., 94.

<sup>194</sup> BGer 4A\_343/2010 vom 6. Okt. 2010.

<sup>195</sup> Das BVGer hat mit Urteil A-309/2014 vom 7. Juli 2014 entschieden, dass mehrere Arbeitsunterbrüche von fünf bis zehn Minuten, die sich aufgrund der Eigenheit des Berufes ergeben, nicht eine ununterbrochene Pause von 20 Minuten ersetzen können.

<sup>196</sup> Siehe Anhang: Dokument «GAV in verschiedenen Kantonen» (Stand Juli 2023), S. 50.

<sup>197</sup> So bsw. Art. 3.5 GAV Ksp AG Fn 79), Art. 3.2 GAV Ksp JU (Fn 89).

<sup>198</sup> So bsw. Art. 5 GAV Spitex TI (Fn 86), Art. 4.7, Ziffer 1 GAV Gesundheit NE (Fn 81).

<sup>199</sup> So bsw. Art. 3.5 GAV Ksp AG Fn 79).

<sup>200</sup> Art. 3.13 CCT GAV VD (Fn 87).

## 8 Minimalvorgaben für Bezahlung der Umkleidezeit

### 8.1 (Keine) Regelung im OR und ArG

- 110 Im OR findet sich keine ausdrückliche Regelung, ob die Umkleidezeit als Arbeitszeit gilt. Im Anwendungsbereich des ArG ist wie bereits bei der Frage des Pikettdienstes auf Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 hinzuweisen. Als Arbeitszeit gilt Zeit, während der sich Arbeitnehmende zur Verfügung des Arbeitgebers halten müssen. Gemäss Wegleitung des SECO ist die Umkleidezeit zur Arbeitszeit zu zählen, wenn sie Teil des obligatorischen Arbeitsablaufs ist.<sup>201</sup> Das trifft auf Pflegearbeitsverhältnisse zu, da hier aus hygienischen Gründen in der Regel ein Umziehen in der Institution verlangt ist. Auch in der Lehre finden sich viele Stimmen, die für eine Bezahlung der Umziehzeit plädieren.<sup>202</sup>
- 111 Bereits mussten sich auch die Gerichte mit der Frage der Bezahlung der Umkleidezeit beschäftigen. Das Zürcher Verwaltungsgericht entschied in zwei Fällen, dass die Umkleidezeit nicht zu vergüten sei. Im einem Fall war das ArG (und damit Art. 13 Abs. 1 ArGV 1) nicht auf den Betrieb anwendbar und es bestand auch keine Praxis der Entschädigung.<sup>203</sup> Im anderen Fall war das ArG zwar anwendbar und die Umkleidezeit somit Arbeitszeit im Sinne des ArG. Da sich die Bezahlungspflicht der Umkleidezeit aber nicht aus dem ArG ableiten lasse, sei es zulässig, die Vergütung der Umkleidezeit auszuschliessen.<sup>204</sup> Beide Urteile wurden vom Bundesgericht bestätigt.<sup>205</sup> Die Bezahlung der Umkleidezeit gutgeheissen hat demgegenüber das Bezirksgericht Zürich. Auch im hier betroffenen Spital war das ArG anwendbar und die Entlohnung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund bejahte das Gericht die Entschädigungspflicht für die Umkleidezeit.<sup>206</sup>

### 8.2 Regelungen zur Umkleidezeit in GAV

- 112 Die Thematik «Bezahlung der Umkleidezeit» wird erst seit ein paar Jahren diskutiert. Es ist deshalb nicht erstaunlich, wenn bislang erst in wenigen GAV eine Regelung dazu verankert wurde. Ein Blick auf die bestehenden GAV-Bestimmungen zeigt verschiedene Lösungsmöglichkeiten. So ist in einem GAV eine Entschädigung von CHF 50.— pro Monat vorgesehen (für ein Vollzeitpensum).<sup>207</sup> In einem anderen GAV werden für das Umkleiden pro Schicht 12

---

<sup>201</sup> So etwa das Anziehen persönlicher Schutzausrüstung oder steriler Überkleider oder das Durchschreiten einer Schleuse, vgl. Wegleitung des SECO zu Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

<sup>202</sup> PETRIK, ANDREAS, Ist Umkleidezeit Arbeitszeit?, in: Pflegerecht 2019 S. 144 ff.; RUDOLPH, ROGER/VON KAENEL, ADRIAN, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, in: AJP 2012 S. 197 ff. Siehe zudem mit zahlreichen weiteren Hinweisen SCHLÄFLI, DOMINIQUE YVES, Umkleidezeiten nach schweizerischem Arbeitsrecht, RiU Bd. 50. Zürich/St. Gallen 2022.

<sup>203</sup> Verwaltungsgericht Zürich vom 24.06.2020, VB.2019.00766.

<sup>204</sup> Verwaltungsgericht Zürich vom 08.09.2021, VB.2021.00349.

<sup>205</sup> BGer 8C\_514/202 vom 20.01.2021, Bestätigung des Urteils der VI VG ZH, VB.2019.00766 und BGer 8C\_28/2022 vom 04.10.2022 Bestätigung Urteil VI, VG ZH, BV.2021.00349.

<sup>206</sup> Bezirksgericht Bülach vom 19.02.2021, AN190021-C/U, 19.2.2021.

<sup>207</sup> Art. 56 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Anhang 1 Art. 5, Abs. 1 GAV BE Lzl, (Fn 77).

Minuten Arbeitszeit gutgeschrieben.<sup>208</sup> Ein weiterer GAV sieht eine Zeitgutschrift von 1.5 Minuten pro Kleiderwechsel vor (zu Beginn und am Ende der Arbeit, einschliesslich bei unterbrochener Arbeitszeit).<sup>209</sup>

### 8.3 Würdigung der Einführung einer Regelung zu Umkleidezeit im APG

- 113 Nach dem auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV basierenden ArG bzw. der ArGV 1 ist die Rechtslage klar: Ist die Umkleidezeit aus sachlichen Gründen im Betrieb erforderlich, liegt Arbeitszeit vor. Da das ArG zum einen nicht auf sämtliche Institutionen anwendbar ist, in denen Pflegepersonal beschäftigt ist<sup>210</sup> und zum anderen im ArG auch keine Regelung über die Bezahlungspflicht der Umkleidezeit besteht, ist eine einheitliche Regelung im APG zweifellos sinnvoll und dient der Rechtssicherheit. Die Kompetenzgrundlage ergibt sich aus Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Die Pflicht zur Bezahlung der Umkleidezeit führt im Ergebnis zu einer Verkürzung der Arbeitszeit bei gleichbleibendem Lohn, was für all diejenigen, die bislang nicht von einer bezahlten Umkleidezeit profitieren konnten, zur einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen führt. Gute Arbeitsbedingungen bilden eine Voraussetzung der Pflegequalität. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Kompetenzgrundlage für eine Regelung über bezahlte Umkleidezeit in Art. 117 BV gesehen werden.

## 9 Minimalvorgaben für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

### 9.1 Vorbemerkungen

- 114 Die Thematik Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung nach Art. 324a Abs. 1-3 OR und die gestützt auf Art. 324a Abs. 4 OR zulässige Abweichung von der OR-Regelung soweit die Abweichung insgesamt als gleichwertig qualifiziert werden kann, ist ausserordentlich komplex. Insbesondere wenn die Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch eine zwischen der Arbeitgeberin und einer Versicherungsgesellschaft abgeschlossene Krankentaggeldversicherung erfolgt, stellen sich zahlreiche arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen. Das trifft erst recht zu, wenn eine Lohnfortzahlung in einem GAV verankert ist, wie dies auch in den in der vorliegenden Untersuchung analysierten GAV der Fall ist.<sup>211</sup>
- 115 Eine ausführliche Darstellung der wie erwähnt komplexen Rechtslage und eine fundierte Analyse der entsprechenden Bestimmungen in den GAV kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht geleistet werden. Festgehalten werden kann immerhin: Besonders Arbeitnehmende mit nur wenigen Dienstjahren haben bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit von Gesetzes wegen nur für sehr kurze Zeit Anspruch auf Lohnfortzahlung.<sup>212</sup>

---

<sup>208</sup> Art. 4.1 lit. b GAV Ksp Zug (Fn 83).

<sup>209</sup> Art. 19bis Ziffer 2 GAV Sp VS (Fn 80).

<sup>210</sup> Siehe dazu ausführlich Rechtsgutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 33 ff.

<sup>211</sup> Siehe dazu umfassend PÄRLI, KURT/PETRIK, ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität, 2. Auflage, Bern 2023, N 201 ff.

<sup>212</sup> Streiff/Von Kaenel/Rudolph (Fn 156), Art. 324a OR N 7.

- 116 Nachfolgend werden summarisch ein paar Überlegungen dargelegt, ob und wie weit sich die Verankerung einer spezifischen Lohnfortzahlungsregelung im APG aufdrängt bzw. auch verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

## 9.2 Würdigung der Verankerung einer Regelung zur Lohnfortzahlung im APG

- 117 Die heutige Rechtslage der Lohnfortzahlung und die damit zusammenhängende Krankentaggeldversicherung ist ein sozialpolitischer «Dauerbrenner». Die Probleme und Lücken des Status quo sind an sich bekannt. Dennoch sind die zahlreichen Vorstösse im Parlament für die Einführung einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung alle gescheitert.<sup>213</sup> Trotz erheblicher Mängel der heutigen Rechtslage besteht rechtspolitisch offensichtlich nicht hinreichend Handlungsbedarf für eine bessere Lösung. Das kann auch damit zusammenhängen, dass die der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden und den Taggeldversicherungen nachgelagerten Systeme der Invalidenversicherung einschliesslich der beruflichen Vorsorge und bei Bedarf Ergänzungsleistungen diejenigen Versicherten «auffangen», die keinen ausreichenden Lohnfortzahlungs- oder Krankentaggeldanspruch haben.<sup>214</sup>
- 118 Es fragt sich nun, ob eine Sonderregelung im APG für das Pflegepersonal hinsichtlich der Lohnfortzahlung und Krankentaggeldversicherung zu den «Anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen» im Sinne von Art. 197 Ziffer 13 lit. c BV gehört bzw. ob sich eine solche Regelung auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV und/oder auf Art. 117 BV stützen könnte. Das wäre wohl nur dann der Fall, wenn wissenschaftliche Belege dafür vorlägen, dass das Pflegepersonal besonders stark von den Mängeln und Lücken im heutigen System betroffen wäre. Ohne eine solche Grundlage lässt sich die Verankerung der Krankentaggeldversicherung im APG nicht rechtfertigen. Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass auch Art. 110 Abs. 1 lit. a BV keine Kompetenzgrundlage für die fraglichen Regelungen bildet.

## 10 Recht auf unbezahlten Urlaub und auf (vorübergehende) Reduktion des Arbeitspensums

### 10.1 Vorbemerkungen

- 119 Die später folgenden Ausführungen zu einem allfälligen Recht auf unbezahlten Urlaub oder auf eine vorübergehende Reduktion des Beschäftigungsgrades sind abzugrenzen von Phasen bezahlter oder unbezahlter Unterbrechungen der Arbeitsleistung. Zu erwähnen sind hier

---

<sup>213</sup> Siehe z.B. Interpellation 20.3341, eingereicht von Prelicz-Huber Katharina, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20203341> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>214</sup> Siehe dazu ausführlich PÄRLI, KURT, Krankentaggeldversicherung als Instrument zur Sicherung des Erwerbseinkommens bei Krankheit – Vorschlag für eine umfassende Untersuchung als Grundlage adäquater Problemlösung, in: Emmenegger/Hrubesch-Milauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen. Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 685 ff.

die Lohnfortzahlungspflichten nach Art. 324a/b OR. Gemeinsames Merkmal des Mutterschafts-<sup>215</sup>, Vaterschafts-<sup>216</sup> und Adoptionsurlaubs<sup>217</sup>, des Urlaubs für die Betreuung von Angehörigen<sup>218</sup> und des Betreuungsurlaubs für ein schwer beeinträchtigtes Kind<sup>219</sup> ist die Befreiung der Arbeitnehmenden von der Arbeitspflicht für eine beschränkte Zeit, ohne dass die Arbeitgeberin zur Lohnzahlung verpflichtet ist. Die Finanzierung dieser Erwerbsunterbrüche erfolgt (mit Ausnahme des Urlaubs für die Betreuung von Angehörigen<sup>220</sup>) durch die Sozialversicherung.<sup>221</sup> Weiter abzugrenzen ist der unbezahlte Urlaub von im Gesetz geregelten kurzfristigen (unbezahlten) Arbeitsbefreiungen wie beispielsweise der Anspruch auf Freizeit nach 329 Abs. 3 OR<sup>222</sup> oder der Anspruch auf Pausen nach Art. 15 ArG.

- 120 Der kurze Blick auf die genannten Formen des Urlaubs zeigt, dass der Gesetzgeber die Vereinbarkeit der Erwerbsarbeit mit der Betreuung von Familienangehörigen und Kindern durch gezielte Massnahmen verbessern wollte.<sup>223</sup> Nicht erfolgreich waren indes bislang Versuche zur Einführung eines Elternurlaubes.<sup>224</sup>

## 10.2 Die Rechtslage im OR

- 121 Der Abschluss eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages nach OR oder auch das Eingehen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses bindet die Vertragsparteien an die vereinbarten Rechte und Pflichten. Hauptpflicht der Arbeitnehmenden ist das Leisten der vertraglich geschuldeten Arbeit. Die Arbeitgeberin wiederum schuldet dafür den vereinbarten Lohn. Das bedeutet: Wird im Vertrag ein bestimmtes Arbeitspensum vereinbart, so kann dies nur auf dem Wege einer Vertragsanpassung – was die Zustimmung beider Vertragsparteien erfordert – abgeändert werden. Das betrifft sowohl den unbezahlten Urlaub als auch eine vorübergehende oder längerfristige Reduktion des Beschäftigungsgrades.<sup>225</sup>

---

<sup>215</sup> Der Mutterschaftsurlaub (14 Wochen) basiert vertragsrechtlich auf Art. 329f OR, der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung richtet sich nach den Bestimmungen im Bundesgesetz über den Erwerbssersatz vom 25.09.1952 (Erwerbssatzgesetz, EOG), SR. 834.1.

<sup>216</sup> Der Vaterschaftsurlaub (2 Wochen) stützt sich vertragsrechtlich auf Art. 329g OR, die Vaterschaftsentschädigung auf das EOG.

<sup>217</sup> Der Adoptionsurlaub (2 Wochen) ist vertragsrechtlich in Art. 329j OR verankert, die Entschädigung basiert auf dem EOG.

<sup>218</sup> Der Anspruch auf Kurzurlaub für die Betreuung von Familienangehörigen (3 Tage pro Fall, maximal 10 Tage pro Jahr) ist in Art. 329h OR und Art. 36 Abs. 4 und Art. 4 ArG geregelt. Die Arbeitgeberin ist hier zur Lohnzahlung verpflichtet.

<sup>219</sup> Der Anspruch auf Urlaub (14 Wochen)

<sup>220</sup> Siehe Fn 218.

<sup>221</sup> Art. 16b-16x EOG ff.

<sup>222</sup> Ein allfälliger Lohnanspruch für die «üblichen freien Stunde und Tage» muss im Vertrag geregelt sein oder sich aus der Übung ergeben.

<sup>223</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung, BBl 2019 4103 ff.

<sup>224</sup> Siehe z.B. Parlamentarische Initiative Nr. 15.458 «Elternzeit. Eine umfassende, ganzheitliche Lösung als Ergänzung zum bestehenden Mutterschaftsurlaub» oder auch Nr. 20.320 Standesinitiative Jura «Bestimmungen zum Recht auf Eltern- oder Vaterschaftsurlaub und zu dessen Dauer. Allfällige Erlassung durch die Kantone».

<sup>225</sup> MEIER-GUBSER, STEFANIE, Teilzeitarbeit - Mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, TREX 2011 S. 22 ff., 26.

122 In der Lehre finden sich vereinzelt Stimmen, die auf der Grundlage von Art. 328 OR einen Anspruch der Arbeitnehmenden auf Anpassung des Beschäftigungsgrades bei Vorliegen besonderer Situationen bejahen.<sup>226</sup> Zum Teil wird gefordert, nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubes sei ein Anspruch auf Reduktion des Beschäftigungsgrades gegeben.<sup>227</sup> In verschiedenen Kantonen sehen die einschlägigen Personalrechtserlasse solche Möglichkeiten vor.<sup>228</sup> Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse kann nach heutigem Stand nicht von einem «Recht auf unbezahlten Urlaub» gesprochen werden. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es aber zulässig, wenn ein solcher Anspruch in einem GAV oder auch in einem Einzelarbeitsvertrag oder in einem Personalreglement verankert wird.<sup>229</sup>

### 10.3 Regelungen in GAV

123 In fast allen der untersuchten GAV<sup>230</sup> finden sich Bestimmungen zu Voraussetzungen und Modalitäten eines unbezahlten Urlaubes. Regelmässig halten die GAV fest, dass ein unbezahlter Urlaub bewilligt werden könne, wenn dies die betrieblichen Verhältnisse zulassen würden.<sup>231</sup> Bemerkenswert ist die Regelung im GAV Berner Spitäler. Ein unbezahlter Urlaub ist antrags- und bewilligungspflichtig.<sup>232</sup> Das trifft in vielen GAV auch auf den unbezahlten Urlaub nach Ende des Mutterschaftsurlaubes zu.<sup>233</sup> Ein Rechtsanspruch besteht hingegen auf bis zu einem halben Jahr unbezahlten Urlaub nach Ende des Mutterschaftsurlaubes.<sup>234</sup> Der GAV Kantonsspital und Psychiatrie Baselland sieht zudem vor, dass das Arbeitspensum im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten nach Ende des Mutterschaftsurlaubes reduziert werden kann.<sup>235</sup> Auffallend ist die Regelung im GAV Aargauer Kantonsspitäler. Hier können Mitarbeiter bei Vaterschaft im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten einen unbezahlten Urlaub von bis zu 12 Monaten beantragen.<sup>236</sup>

### 10.4 Würdigung der Einführung des Rechts auf unbezahlten Urlaub und Pensenreduktion im APG

124 Nach geltendem Arbeitsrecht ist kein Anspruch auf unbezahlten Urlaub oder (vorübergehende) Reduktion des Beschäftigungsgrades auszumachen. Allenfalls kann ein Anspruch in konkreten Einzelfällen auf der Grundlage von Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit) bejaht werden. Ein Blick auf die GAV-Realität zeigt, dass unbezahlte Urlaube einem Bedürfnis der

---

<sup>226</sup> GEISER, THOMAS Weiterbildung und Arbeitsrecht, in: recht 2011, S. 121, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. (Fn 156), Art. 328 OR, N 7; siehe zudem mit weiterführenden Hinweisen ROHRER, CORINNE, Unbezahlter Urlaub bei privaten und öffentlichen Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2021, S. 12 ff.

<sup>227</sup> PÄRLI, KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis, FamPra.ch 2016 S. 933 ff., 945.

<sup>228</sup> Siehe die Nachweise bei PÄRLI a.a.O. (Fn 227), S. 953 f.

<sup>229</sup> ROHRER, CORINNE, a.a.O. (Fn 226), S. 14.

<sup>230</sup> Siehe Anhang: Dokument «GAV in verschiedenen Kantonen» (Stand Juli 2023), S. 50.

<sup>231</sup> Siehe z.B. Art. 4.12 Abs. 1 GAV Ksp Zug (Fn 83), Art. 11.14 Abs. 1 GAV KspP BL (Fn 84), Art. 4.13 Ziff. 1 GAV Gesundheit NE (Fn 81).

<sup>232</sup> Art. 4.9 Abs. 1 GAV BE Spit. (Fn 76).

<sup>233</sup> So z.B. GAV Gesundheit NE (Fn 81).

<sup>234</sup> Art. 4.9 Abs. 2 GAV BE Spit. (Fn 76).

<sup>235</sup> Art. 11.6 GAV KspP BL (Fn 84).

<sup>236</sup> Art. 5.7 GAV Ksp AG Fn 79).

Arbeitnehmenden entsprechen und die Sozialpartner deshalb bereit waren und sind, die Voraussetzungen und Modalitäten des unbezahlten Urlaubes in GAV zu regeln.

- 125 Wie lässt bzw. liesse sich die Verankerung eines Recht auf unbezahlten Urlaub im APG legitimieren? Den unbezahlten Urlaub als ein Instrument des «Arbeitsschutzes» im Sinne der Kompetenzgrundlage des Bundes in Art. 110 Abs. 1 lit. a BV zu sehen, geht wohl etwas (zu) weit. Bejahen müsste man den unbezahlten Urlaub als «Arbeitsschutzinstrument» nur dann, wenn die Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal so schlecht wären, dass die Arbeit nur mit unbezahlten Urlauben auszuhalten ist. Eine solche Rechtfertigung der unbezahlten Urlaube ginge indes fehl, denn der unbezahlte Urlaub sollte nicht dazu dienen, grundsätzliche Probleme der Arbeitsbedingungen zu übertünchen.
- 126 Bleibt die Frage offen, ob das Recht auf unbezahlte Urlaube und (vorübergehende) Reduktion des Pensums als Bestandteil jener Arbeitsbedingungen gesehen werden kann, die sich (positiv) auf die Pflegequalität auswirken (womit aus Art. 117 BV eine Kompetenzgrundlage abgeleitet werden könnte). In sehr allgemeiner Weise kann dies allenfalls bejaht werden. So können unbezahlte Urlaube dazu beitragen, das Arbeits- und Privatleben besser miteinander abzustimmen. Für die Betriebe stellen (bezahlte und unbezahlte) Urlaube hingegen organisatorische Herausforderungen dar. Aus diesem Grund sehen alle untersuchten GAV vor, dass unbezahlte Urlaube nur (aber immerhin) gewährt werden, wenn dies aus betrieblichen Gründen möglich ist. Bemerkenswerte Ausnahmen finden sich in GAV betreffend den Anspruch auf unbezahlten Urlaub nach Mutterschaftsurlaub bzw. bei Vaterschaft. Soweit der Gesetzgeber zu diesem Punkt eine Regelung im APG verankern möchte, müsste diese für Mütter und Väter (bzw. den anderen Elternteil) gleich ausgestaltet werden, da ansonsten Geschlechterstereotypen tradiert würden.

## IV) Ausgewählte Fragen zum Vollzug des APG

### 1 Vorbemerkungen

- 127 Im APG sollten Mindestarbeitsbedingungen für das Pflegepersonal festgelegt werden, die für alle öffentlichen und privaten Arbeitgebenden Gültigkeit haben. Bezüglich Vollzug des APG stellen sich nun mehrere Rechtsfragen und dies auf unterschiedlichen Ebenen:
- 128 Zu klären ist vorab, wie die einzelnen Pflegefachkräfte die im APG garantierten Rechte gegenüber ihren Arbeitgebenden verbindlich durchsetzen können. Diese Fragen betreffen die *individuelle Durchsetzbarkeit* der Rechte aus dem APG.
- 129 Im APG soll auch die Bedeutung von GAV als Regelungsinstrument für gute Arbeitsbedingungen gestärkt werden (u.a. mit einer GAV-Verhandlungspflicht). In GAV sind regelmässig paritätische Kommissionen vorgesehen, die für die Kontrolle der Einhaltung des GAV durch die beteiligten Arbeitgeber zuständig sind. Im APG könnte den Verbänden ein Anspruch verliehen werden, die Verletzung des APG eines Betriebes gerichtlich feststellen zu lassen. Alle diese Aspekte betreffen die Dimension der *kollektiven Durchsetzung*.

- 130 Schliesslich ist zu prüfen, welche *staatlichen Behörden* für die Kontrolle der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen des APG zuständig sind. Ferner ist zu klären, ob im APG auch *Sanktionen* für die Nichteinhaltung der Mindestarbeitsbedingungen zu verankern sind. Wenn verschiedene Akteure – Behörden, Sozialpartner – in den Vollzug eines Gesetzes eingebunden sind, stellen sich auch Fragen der *Zusammenarbeit*. Auch diesem Aspekt müssen die Vollzugsregelungen des APG Rechnung tragen.
- 131 Nachfolgend wird summarisch ausgeleuchtet, wie die APG-Mindestarbeitsbedingungen auf den drei Ebenen (individualrechtlich, kollektiv und staatlich) durchgesetzt werden könnten. Die Ausführungen fallen mit Blick auf die knappen zeitlichen und finanziellen Ressourcen kurz und fragmentarisch aus. Viele Überlegungen bedürften weiterer Analysen und Vertiefungen.

## 2 Individualrechtliche Durchsetzbarkeit der APG-Arbeitsbedingungen

- 132 Arbeitnehmende können ihre ihnen nach dem anwendbaren öffentlichen Personalrecht oder dem OR bzw. den vertraglichen Vereinbarungen zustehenden Rechte individualrechtlich durchsetzen. Im öffentlich-rechtlichen Bereich steht der Weg des Verwaltungsverfahrens bzw. Verwaltungsgerichtsverfahrens offen<sup>237</sup>. Die Durchsetzung von Ansprüchen in privatrechtlichen Verhältnissen erfolgt im Rahmen der zivilprozessualen Verfahren.<sup>238</sup>
- 133 Die im APG zu verankernden Mindestarbeitsbedingungen wie beispielsweise die Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal oder eine Mindestankündigungsfrist der Einsatzpläne unterliegen (auch) der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung.<sup>239</sup> Art. 342 Abs. 2 OR sieht indes vor, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften, die einer Vertragspartei eine Verpflichtung auferlegen, zivilrechtlich durchgesetzt werden können. Voraussetzung ist, dass diese Verpflichtungen auch Inhalt eines Einzelarbeitsvertrages sein könnten (Art. 342 Abs. 2 OR letzter Satzteil).<sup>240</sup> Diese als «Rezeptionsklausel» bezeichnete Norm stärkt die Rechtsstellung der Arbeitnehmenden.<sup>241</sup> Arbeitnehmende werden so faktisch am Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften beteiligt.<sup>242</sup>
- 134 Die APG-Mindestarbeitsbedingungen sind demnach vor den Zivilgerichten durchsetzbar, soweit die Bestimmungen auch in einem Vertrag verankert werden könnten. Das trifft auf alle der vorangehend geprüften 11 Arbeitsbedingungen zu.

---

<sup>237</sup> Streitigkeiten aus dem öffentlichen Personalrecht fallen unter die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, siehe dazu statt vieler TINNER-AMBMÜHL, NINA, Handbuch Öffentliches Personalrecht, Zürich – Basel – Genf 2017, S. 702 f. Siehe zum Rechtsschutz im APG in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen auch unten, Rz. 135 und Rz. 136.

<sup>238</sup> Weiterführend WALTHER, FRIDOLIN, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 34 N 6 ff.

<sup>239</sup> Siehe dazu unten, Rz. 145 ff.

<sup>240</sup> PORTMANN, WOLFGANG/WILDHABER, ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, S. 255, mit weiteren Hinweisen auf Anwendungsbeispiele.

<sup>241</sup> Die Bestimmung ist zwar paritätisch ausgestaltet, praktische Bedeutung hat die indes vor allem für die Arbeitnehmenden, siehe dazu statt vieler BRUNNER, JACQUELINE, Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Bern, 2022, Art. 342 OR N 5.

<sup>242</sup> STEIGER-SACKMANN, SABINE/MICHAEL, GUERY-SCHINDLER, MICHAEL, Zusammenspiel der Verfahren vor kantonalen Arbeitsinspektoren und vor Arbeitsgerichten bei psychosozialen Belastungen – kantonale Unterschiede, ARV 3/2018, S. 183-194.

- 135 Es fragt sich weiter, in welcher Form Ansprüche nach APG gegenüber öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern durchgesetzt werden können. Eine mögliche Lösung kann dem GIG entnommen werden. Das GIG<sup>243</sup> ist auf privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar.<sup>244</sup> Der Rechtsschutz bei öffentlich rechtlichen Arbeitsverhältnissen ist in Art. 13 GIG geregelt. Vorgesehen ist unter anderem die Kostenlosigkeit des Verfahrens und der Zugang zu einem Schlichtungsverfahren.<sup>245</sup>
- 136 Es ist zu überlegen, ob im APG ebenfalls eine Bestimmung zum Rechtsschutz bei öffentlich-rechtlichen (Pflege)Arbeitsverhältnissen aufgenommen werden soll.

### 3 Kollektive Durchsetzung

#### 3.1 Im Rahmen von GAV

- 137 Ein GAV wird zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden abgeschlossen und beinhaltet normative<sup>246</sup>, schuldrechtliche<sup>247</sup> und indirekt schuldrechtliche<sup>248</sup> Bestimmungen. Normative Bestimmungen betreffen den Abschluss, den Inhalt und die Beendigung des Arbeitsvertrages und berechtigen und verpflichten die beteiligten Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmenden unmittelbar. Schuldrechtliche Bestimmungen betreffen die Rechte und Pflichten der GAV-Parteien. Indirekt schuldrechtliche Bestimmungen sind GAV-Normen, die nicht die GAV-Vertragsparteien selbst, sondern ihre Mitglieder betreffen.<sup>249</sup>
- 138 Die Durchsetzung der normativen GAV-Bestimmungen erfolgt auf dem Wege zivilrechtlicher Klagen. Regelmässig werden in GAV paritätische Organe vorgesehen. Auf der Grundlage von Art. 357b Abs. 1 lit. c OR kann ein GAV vorsehen, dass die paritätischen Organe auch Sanktionen wegen Verletzung eines GAV aussprechen können.<sup>250</sup> Die GAV-Vertragsgemeinschaft hat gestützt auf Art. 357b Abs.1 lit. a OR weiter einen Feststellungsanspruch auf Einhaltung des Vertrages gegenüber den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmenden.<sup>251</sup> Sinn dieses Feststellungsanspruchs bildet das kollektive Interesse der Verbände an der Einhaltung des GAV.<sup>252</sup>

---

<sup>243</sup> Siehe Art. 2 GIG.

<sup>244</sup> Auch das APG soll auf privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar sein, siehe dazu oben, Rz.2 und Rz. 11 sowie Gutachten GAV-Verhandlungspflicht (Fn 4), Rz. 26.

<sup>245</sup> Auf kantonaler und kommunaler Ebene galten die entsprechenden Verfahrensvorschriften, zum Ganzen siehe RITZINGER, MATTEO, N 21 ff zu Art. 13 GIG, in: Facincani et. al. (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Bern, 2022.

<sup>246</sup> Art. 356 Abs. 1 OR.

<sup>247</sup> Art.356 Abs. 3 OR.

<sup>248</sup> Art. 356 Abs. 2 OR.

<sup>249</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O. (Fn 137), N 803-823.

<sup>250</sup> Weiterführend siehe SENTI, CHRISTOPH, Die paritätische Kommission: Funktion, Kompetenzen und Verfahren, ARV 2021 S. 213 ff., 225.

<sup>251</sup> SENTI, a.a.O. (Fn 250), S. 216.

<sup>252</sup> BGE 111 II 361.

## 3.2 Feststellungsanspruch der Verbände

- 139 Feststellungsansprüche stehen Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerverbänden überdies im ArG, im Gleichstellungsgesetz (GIG<sup>253</sup>) und im Entsendegesetz (EntsG<sup>254</sup>) zu.
- 140 Nach Art. 7 GIG haben Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fördern und seit mindestens zwei Jahren bestehen, einen Anspruch, im eigenen Namen feststellen zu lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt. Voraussetzung ist, dass sich der Ausgang des Verfahrens voraussichtlich auf eine grössere Zahl von Arbeitnehmenden auswirken wird. Ein diesbezügliches Urteil über die Feststellung einer Diskriminierung entfaltet zwar lediglich Rechtskraft zwischen den Parteien. Die von Diskriminierung betroffenen Arbeitnehmenden haben jedoch im nachfolgenden Prozess gegen die Arbeitgeberin eine starke Position.<sup>255</sup>
- 141 Es kann streitig sein, ob ein Betrieb dem ArG untersteht. Bei Zweifel über die Anwendbarkeit soll gemäss Art. 41 Abs. 3 ArG die kantonale Behörde durch Verfügung entscheiden. Die Kantone haben sich dabei an die im ArG verankerte und durch die Gerichtspraxis sowie durch das SECO in Weisungen konkretisierte Praxis zu halten.<sup>256</sup> Gegen die Feststellungsverfügung der zuständigen kantonalen Behörden haben die beteiligten Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden und deren Verbände ein in Art. 58 ArG verankertes Beschwerderecht.<sup>257</sup> Das Instrument schafft die Möglichkeit, Verfügungen der Behörden gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne dass dies Arbeitnehmende in eigenem Namen tun müssen.<sup>258</sup> Die Verbandsbeschwerde ist gegen alle behördlichen Verfügungen zulässig, die sich auf das ArG stützen.<sup>259</sup>
- 142 Im EntsG ist die Einhaltung von Mindestlöhnen und Mindestarbeitsbedingungen vorgesehen. Diese Ansprüche sind individualrechtlich durchsetzbar. Flankierend sieht Art. 11 EntsG ein Recht der Verbände auf Feststellung der Verletzung der Vorschriften vor. Ein Feststellungsurteil bewirkt für sich alleine keine Rechtsfolgen, hat aber durchaus Auswirkungen auf die Prozesschancen bei Individualklagen der betroffenen Arbeitnehmenden. Auch kann ein Feststellungsurteil eine Grundlage für behördliche Sanktionen wegen Verletzung des EntsG bilden (Art. 9 und 12 EntsG).<sup>260</sup>

## 3.3 Zwischenfazit

- 143 Nach dem Willen des Bundesrates soll den Sozialpartnern im APG eine wichtige Rolle zukommen. Den Verbänden (Sozialpartnern) kommt beim Vollzug eines GAV eine zentrale

---

<sup>253</sup> Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (GIG), SR 151.1.

<sup>254</sup> Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG) vom 08.10.1999, SR 832.20.

<sup>255</sup> Zu den Wirkungen eines gestützt auf Art. 7 GIG erlassenen Feststellungsurteils siehe SUTTER, RENE, in: Facincani et al. (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Art. 7 GIG, N 20-26.

<sup>256</sup> KASPAR, GABRIEL/WILDHABER, ISABELLE, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 41 ArG N 22.

<sup>257</sup> MÜLLER/MADUZ (Fn 59), Art. 58 ArG N 1. Ein Anwendungsfall findet sich in BGE 148 II 203, E. 4.1 (Feststellung der Anwendbarkeit des ArG in privaten Haushalten, soweit die Arbeitnehmenden im Rahmen des Personalverleihs eingesetzt werden).

<sup>258</sup> HÄGGI FURRER, RETO, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Basel, 2018, Art. 58 ArG, N 3.

<sup>259</sup> HÄGGI/FURRER. a.a.O. (Fn 259), Art. 58 ArG N 10.

<sup>260</sup> PÄRLI, KURT, Entsendegesetz, 2. Auflage, Bern, 2021, Art. 11 EntsG N 24.

Rolle zu. Wird den Verbänden zudem im APG wie im ArG, GIG und EntsG ein Anspruch auf Feststellung einer Verletzung (des APG) gewährt, stärkt dies die kollektive Dimension der Rechtsdurchsetzung.

## 4 Staatliche Durchsetzung

### 4.1 Sanktionen als Durchsetzungsinstrument

144 Die effektive Umsetzung des Verfassungsauftrages «Schaffung anforderungsgerechter Arbeitsbedingungen» erfordert die Verankerung von Sanktionen gegenüber Arbeitgebenden, die ihren im APG verankerten Verpflichtungen nicht nachkommen.<sup>261</sup>

#### a) Sanktionen im ArG, EntsG und Postgesetz

145 In Art. 51-53 ArG ist bei Verletzung von Vorschriften ein ganzes Bündel an Rechtsfolgen vorgesehen. Im Sinne der Verhältnismässigkeit haben die zuständigen Behörden dabei eine Kaskade zu beachten (Ermahnung, Durchsetzungsverfügung, Androhung einer Bestrafung nach Art. 292 StGB, Vollstreckungsmassnahmen mit Betriebsschliessung als ultima ratio).<sup>262</sup> Zudem sieht das ArG in den Art. 59 ff. auch Strafbestimmungen vor.

146 Umfangreiche Sanktionen sieht das EntsG vor. Verstösse gegen die Einhaltung der Mindestlöhne können bsw. mit Verwaltungsbussen bis zu 30 000 Franken belegt werden.<sup>263</sup> Bemerkenswert ist, dass bei Verstössen gegen Dokumentationspflichten Verwaltungsbussen drohen.<sup>264</sup> Bei Verstössen gegen Auskunftspflichten und bei Widerstand gegen behördliche Kontrollen sieht das EntsG überdies strafrechtliche Sanktionen vor.<sup>265</sup>

147 Aufschlussreich ist auch ein Blick auf das Postgesetz (PG<sup>266</sup>). Wer gewerbsmässig Postdienste anbietet, ist nach Art. 4 Abs. 1 PG verpflichtet, die Tätigkeit der PostCom<sup>267</sup> zu melden. Wer der Meldepflicht unterliegt, muss gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. b PG die Einhaltung der *branchenüblichen Arbeitsbedingungen* gewährleisten und mit den Personalverbänden Verhandlungen über einen GAV führen (lit. c). Die Mindestarbeitsbedingungen sind in der Verordnung über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP<sup>268</sup>) enthalten. Die PostCom ist für die Kontrolle der Einhaltung des PG zuständig. Stellt die PostCom fest, dass eine Postdienstanbieterin die Mindestarbeitsbedingungen nicht ein-

---

<sup>261</sup> Der Gesetzgeber kann sich auch entscheiden, auf unmittelbare Rechtsfolgen bei Gesetzesverstössen zu verzichten. Ein Anschauungsbeispiel ist hierzu die Pflicht zur Einführung einer Lohngleichheitsanalyse in den Art. 13a ff GIG, siehe zur Begründung: Botschaft zur Änderung des GIG vom 05.07.2017, BBI 2017 5520, kritisch dazu FISCHER, BETTINA, Die Lohngleichheitsanalyse – endlich ein Schritt in die richtige Richtung?, Zürich/St. Gallen, 2022, S. 39.

<sup>262</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O. (Fn 137), N 976 ff.

<sup>263</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. b Ziffer 1 EntsG (Mindestlohnverstoss durch Entsendeunternehmen), Art. 9 Abs. 2 lit. f EntsG (Verstoss gegen Mindestlöhne nach Art. 360a OR gegenüber inländischen Unternehmen).

<sup>264</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. d in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 EntsG.

<sup>265</sup> Art. 12 EntsG.

<sup>266</sup> Postgesetz vom 17.12.2010 (PG) SR 783.0.

<sup>267</sup> Eidg. Postkommission, <https://www.postcom.admin.ch/de/postcom-startseite> (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>268</sup> Verordnung der Postkommission über die Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen im Bereich der Postdienste (VMAP) vom 30. August 2018, SR 783.016.2.

hält, so muss sie gemäss der in Art. 24 Abs. 2 PG vorgesehenen Kaskade vorgehen (Behebung des Mangels, d.h. Korrektur der Arbeitsbedingungen verlangen, Veröffentlichung der Feststellung der Verletzung, Tätigkeit einschränken oder ganz verbieten, Gewinne einziehen, die durch die Rechtsverletzung erzielt wurden). Die PostCom kann darüber hinaus nach Art. 25 PG Verwaltungsanktionen ergreifen.

b) Sanktionen im Zusammenhang mit der Spitalliste<sup>269</sup>

- 148 Die Frage steht im Raum, ob die Nichteinhaltung der Arbeitsbedingungen durch eine Arbeitgeberin sanktioniert werden könnte und wie diese Sanktion aussehen könnte. Zur Beantwortung dieser Frage ist ein kurzer Blick auf die Zuständigkeiten und Kompetenzen der verschiedenen Aufsichtsbehörden notwendig.
- 149 Die Aufsicht über die Krankenversicherer erfolgt auf der Grundlage des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes (KVAG<sup>270</sup>). Die Aufsicht obliegt grundsätzlich dem Bund.<sup>271</sup> Bei den Leistungserbringern gilt es zu differenzieren. In Art. 39 KVG sind die für die Kantone verbindlichen Zulassungskriterien für die Spitalliste enthalten.<sup>272</sup> In Art. 39 Abs. 2<sup>ter</sup> KVG wird dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, «einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von Qualität und Wirtschaftlichkeit» zu erlassen.<sup>273</sup> Die Aufsicht über die Listenspitäler (und Listenpflegeheime und Geburtshäuser<sup>274</sup>) ist jedoch Aufgabe der Kantone. Sie haben die Voraussetzungen für die Aufnahme auf die Liste zu überprüfen und sie müssen auch die Einhaltung der von ihnen erteilten Leistungsaufträge sowie die damit verbundenen Anforderungen und Verpflichtungen zu überwachen.<sup>275</sup>
- 150 Das Bundesgericht hat grundsätzlich anerkannt, dass die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen als Voraussetzung der Anerkennung für die Spitalliste verlangt werden kann.<sup>276</sup> Wenn künftig im APG Mindestarbeitsbedingungen für das Pflegepersonal vorgesehen sind, muss die Einhaltung dieser Bedingungen nicht nur Teil der Prüfung zur Aufnahme in die Spitalliste darstellen, sondern vielmehr auch nach erteilter Bewilligung überprüft werden können.

---

<sup>269</sup> Nicht eingegangen wird auf die Rechtslage bei Spitälern und Geburtshäusern, die nicht auf der Spitalliste figurieren, aber als Vertragsspitäler dennoch mit den Krankenversicherten abrechnen können (Art. 49a Abs. 4 KVG). Siehe zu dieser Unterscheidung u.a. STÖCKLI, ANDREAS, Kurzgutachten betreffend «Anschluss der Spitäler an eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft – Konsequenzen eines nicht fristgerechten Anschlusses» im Auftrag des BAG vom 2. April 2019, S. 8 f., [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiSqNS-36y-BAxXCh\\_0HHcP6DQ8QFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.unifr.ch%2Ffederalism%2Fde%2Fdienstleistungen%2Fgutachten.html&usq=AOvVaw2tHplTFllk68x73C8Ad2mX&opi=89978449](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiSqNS-36y-BAxXCh_0HHcP6DQ8QFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.unifr.ch%2Ffederalism%2Fde%2Fdienstleistungen%2Fgutachten.html&usq=AOvVaw2tHplTFllk68x73C8Ad2mX&opi=89978449) (zuletzt besucht am 30.09.2023).

<sup>270</sup> Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG), SR 831.12.

<sup>271</sup> Siehe Art. 34 ff. KVAG.

<sup>272</sup> PICECCHI, DARIO, Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Krankenversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2022, S. 115; BVGer, Urteil C-5603/2017 vom 14.09.2018, E. 7.6.1.

<sup>273</sup> BVGer, Urteil C-4231/2017 vom 16.07.2019 E. 4.2.

<sup>274</sup> PADRUTT, YVONNE, Akut- und Übergangspflege, Rechtliche Ausgestaltung, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Zürich - Basel - Genf 2019, S. 99.

<sup>275</sup> RÜTSCH, BERNHARD, Aufsicht im Bereich der Krankenzusatzversicherungen, Zürich - Basel - Genf 2017, S. 11 f.

<sup>276</sup> BGE 138 II 398, E. 8.4 mit Verweis auf BGer, Urteil 2C\_728/2011 vom 23. Dezember 2011 E. 7.3, siehe dazu auch ausführlich(er) oben, Rz. 22.

nen. Im Sinne einer «ultima ratio» ist als Sanktion für die Nichteinhaltung der APG-Arbeitsbedingungen auch die Streichung des Leistungserbringers von der Spitalliste durch die zuständige kantonale Behörde zulässig.<sup>277</sup>

#### c) Sanktionsbestimmungen im APG

151 Es ist zu überlegen, ob und in welcher Form im APG selbst Sanktionen vorzusehen sind. Da die APG-Bestimmungen zu den Arbeitsbedingungen zumindest teilweise als Arbeitsschutznormen zu qualifizieren sind, bietet es sich an, sich im APG an den Sanktionsbestimmungen des ArG zu orientieren. Im Interesse eines rechtsgleichen Vollzugs wäre zudem angezeigt, im APG auch festzuhalten, welche Massnahmen die für die Spitalliste zuständigen kantonalen Behörden zu treffen haben, wenn ein Leistungsanbieter gegen die APG-Arbeitsbedingungen verstösst.

152 Als eine möglicherweise ziemlich effiziente Sanktion könnte sich eine öffentlich zugängliche Liste mit wegen Verstössen gegen das APG sanktionierten Betriebe erweisen. Das EntsG kennt ein solches Instrument, die Sanktionsliste wird vom SECO geführt und ist öffentlich (Art. 9 Abs. 3 EntsG). An der Information über solche fehlbaren Betriebe haben sowohl die Öffentlichkeit als auch Patientinnen und Patienten sowie Pflegearbeitskräfte ein Interesse.

#### 4.2 Zuständige Behörden

153 Im APG muss auch festgehalten werden, welche Behörden für die Kontrolle der Einhaltung des APG und die Verhängung von Sanktionen zuständig sind. Die APG-Arbeitsbedingungen basieren auf Arbeitsschutz- und Pflegequalitätsaspekten.

154 Betreffend Arbeitsschutz liegt es nahe, dass die allgemein für den Vollzug des ArG zuständigen Behörden auch für die APG-Belange zuständig sind. Nach Art. 41 Abs. 1 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 ArG sind die kantonalen Arbeitsinspektorate, unter der Oberaufsicht des Bundes, für die Durchsetzung des ArG zuständig. Im APG (und ArG) kann festgehalten werden, dass diese Behörden auch für die Kontrolle der Einhaltung der anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen nach APG zuständig sind (zumindest soweit diesen Arbeitsschutzcharakter zukommt).

155 Ergänzend sind auch die Kantone in den Vollzug einzubinden, da diese zuständig sind für die Spitallisten.<sup>278</sup> Wie bereits erwähnt macht es Sinn, im APG (und ggf. KVG oder KVV) für die Kantone Leitlinien zu erlassen.

156 Wichtig ist, dass im APG eine Zusammenarbeitsbestimmung vorgesehen wird. Eine solche Bestimmung kann und soll auch als Grundlage für einen Datenaustausch zwischen den verschiedenen Kontrollbehörden dienen. Als Inspiration ist hier Art. 8 EntsG zu beachten. Nach Art. 8 Abs. 1 EntsG koordinieren die Kontrollorgane (die in Art. 7 EntsG erwähnt sind) ihre Tätigkeiten und arbeiten zusammen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist.

---

<sup>277</sup> Siehe zu den Voraussetzungen einer allfälligen Streichung ausführlich STÖCKLI, ANDREAS, a.a.O. (Fn 269), S. 10 ff.

<sup>278</sup> Siehe oben, Rz. 149.

Art. 8 Abs. 2 EntsG ermächtigt die Akteure zum Austausch der erforderlichen Auskünfte und Unterlagen.

#### 4.3 Abschliessende Überlegungen

- 157 Die effektive Durchsetzung anforderungsgerechter Arbeitsbedingungen in der Pflege erfordert eine ausgewogene Mischung an individuellen Durchsetzungsmöglichkeiten (auch auf der Grundlage der in Art. 342 Abs. 2 OR verankerten Rezeptionsklausel) sowie die Einbindung der Sozialpartner durch die Erleichterung von GAV (Verhandlungspflicht) und die Verankerung eines Feststellungsverfügungsanspruchs für die Verbände. Weiter bedarf es der Verankerung wirksamer, verhältnismässiger und abschreckender Sanktionen (gemäss dem Vorbild im ArG, Möglichkeit des Entzugs des Spitalistenplatzes sowie Veröffentlichung fehlbarer Betriebe) und einer effizienten Zusammenarbeit der involvierten Akteure.
- 158 Allenfalls prüfenswert ist, ob für die Beobachtung des «Pflegefachkräftearbeitsmarkts» eine Tripartite Kommission (staatliche Behörden, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisation) geschaffen werden könnte. Dieser Kommission könnte auch ein Antragsrecht auf Verschärfung von Massnahmen erteilt werden, falls sich die bisherigen Massnahmen als nicht zielführend erweisen würden. Vorbild hierzu wären die Tripartiten Kommissionen zur Beobachtung des Arbeitsmarktes auf der Grundlage von Art. 360a/b OR.

## V) Zusammenfassung

Mit der Annahme der Pflegeinitiative wird der Bund für die Sicherstellung der Pflege verstärkt in die Pflicht genommen, insbesondere mit Blick auf den Erlass von Bestimmungen zu anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen (Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV). Der Bund muss hier tätig werden, allerdings «nur» im Rahmen seiner Zuständigkeiten. Das heisst, der Bund soll auf Gesetzesstufe Vorgaben machen zu den Arbeitsbedingungen in der Pflege (nachfolgend «Bundesgesetz über anforderungsrechte Arbeitsbedingungen in der Pflege», APG).

Der Bund hat (neben Art. 122 BV für das Arbeitsvertragsrecht) bezüglich des Arbeitnehmerschutzes gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Kompetenz, Bestimmungen zu erlassen, die für *privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse* gleichermassen Gültigkeit haben. Der Begriff «Arbeitnehmerschutz» ist dabei weit auszulegen und geht über den Schutz von Gesundheit und Leben hinaus. Diejenigen Bestimmungen im APG, die als «Arbeitnehmerschutzbestimmungen» zu qualifizieren sind, können auf der Grundlage von Art. 110 Abs. 1 lit. a BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV erlassen werden. Ergänzend kann auch Art. 117 BV als Kompetenzgrundlage herangezogen werden. Diese Bestimmung bildet Grundlage für das KVG und KVAG.<sup>279</sup> Der Bund hat hier einen sehr *weitreichenden Gestaltungsspielraum*. Namentlich darf er auch die Einhaltung derjenigen Arbeitsbedingungen vorschreiben, die der Sicherstellung einer guten Pflegequalität dienen. Im Lichte der Umsetzung der Pflegeinitiative ist der Bund nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Anerkennung als Leistungserbringer vorzuschreiben.

Die Analyse der in die Diskussion eingebrachten zehn<sup>280</sup> Vorschläge für anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen zeigt, dass die fraglichen Regelungen zum Teil bereits in GAV verankert sind. Nicht in allen Spitälern und Pflegeinstitutionen oder Spitex-Organisationen gelten indes GAV, so dass die Verankerung zu definierender Bestimmungen im künftigen APG zweckmässig ist. Die Rolle der Sozialpartner kann durch einen *Anspruch auf eine Feststellung* einer Verletzung der APG-Bestimmungen ergänzt werden. Sinnvoll ist weiter, auf Gesetzesstufe lediglich die Grundsätze zu verankern und die Konkretisierung in der Verordnung vorzunehmen. Wie im Bereich des ArG üblich, sind beim *Erlass der Verordnungsbestimmungen* auch die Sozialpartner einzubeziehen. Wichtig ist ferner, im APG eine *Evaluationsbestimmung* vorzusehen. Bezüglich *Vollzug* kann auf die Institutionen zurückgegriffen werden, die auch für den Vollzug des ArG zuständig sind. Auch hinsichtlich *Sanktionen* ist eine Anlehnung an die Regelungen im ArG sinnvoll.

---

<sup>279</sup> Betreffend UV, IV und MV siehe oben, Rz. 16 bis 18.

<sup>280</sup> An sich sind es 11 Vorschläge, im vorliegenden Gutachten werden aber das Recht auf unbezahlten Urlaub und auf vorübergehende Reduktion des Arbeitspensums als ein Vorschlag abgehandelt, siehe oben, Rz. 6 und Rz. 119 ff.

In diesem Gutachten wird dargelegt, dass für einige der Arbeitsbedingungen neben Art. 110 Abs. 1 lit. a BV auch Art. 117 BV eine Kompetenzgrundlage bildet. Demnach hat der Bund die Kompetenz, den Kantonen im Rahmen der Spitalplanung Vorgaben betreffend die Kontrolle der im APG verankerten Arbeitsbedingungen zu machen. Es wurde geprüft, ob für die zur Diskussion stehenden zehn anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen mit Blick auf eine Verankerung im APG eine hinreichende Kompetenzgrundlage in der BV vorhanden ist. In der nachfolgenden Tabelle wird das Ergebnis dieser Prüfung summarisch dargelegt. Diese Darstellung hält nur fest, ob Art. 110 Abs. 1 lit. a BV und/oder Art. 117 BV (Kranken- und Unfallversicherung) als Kompetenzgrundlage ausreicht; auf die Zivilrechtskompetenz des Bundes in Art. 122 BV sowie auf die Verfassungskompetenzen für weitere Sozialversicherungen wird hier nicht eingegangen.<sup>281</sup> Wie im Gutachten ausführlich dargelegt wird, hängt die Zulässigkeit des Heranziehens von Art. 117 BV davon ab, dass der Zusammenhang zwischen den spezifischen Arbeitsbedingungen und der Pflegequalität nachgewiesen werden kann (Kursivschrift von Art. 117 BV weist darauf hin).

**Tabelle «Kompetenzgrundlagen der Arbeitsbedingungen»**

<b>Arbeitsbedingungen</b>	<b>Kompetenzgrundlagen in der BV</b>	
Verlängerung der Ankündigungsfrist <sup>282</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
Zuschläge für kurzfristige Einsätze <sup>283</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
40-Stundenwoche <sup>284</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
Obergrenze von 50 Überstunden pro Quartal <sup>285</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
Entschädigungen für Nacht-,Wochenende- und Feiertagsarbeit <sup>286</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
Arbeitszeit im Rahmen von Pikettdienst/Bereitschaftsdienst <sup>287</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	<i>Art. 117 BV</i>
Minimalvorgaben für bezahlte Pausen <sup>288</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	Art. 117 BV
Minimalvorgaben für bezahlte Umkleidezeit <sup>289</sup>	Art. 110 Abs. 1 lit. a BV	Art. 117 BV
Minimalvorgaben für Lohnfortzahlung im Krankheitsfall <sup>290</sup>	Keine Grundlage	Keine Grundlage
Recht auf unbezahlten Urlaub und Pensenreduktion	Keine Grundlage	Keine Grundlage

Quelle: Eigene Darstellung

<sup>281</sup> Siehe jedoch dazu oben, Rz. 10, 12, 17, 18 und 32.

<sup>282</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 33 ff., insbes. 46 und 47.

<sup>283</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 48 ff., insbes. 53.

<sup>284</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 54 ff., insbes. 60.

<sup>285</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 61 ff., insbes. 65 und 66.

<sup>286</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 67 ff., insbes. 78.

<sup>287</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 79 ff., insbes. 91 bis 93.

<sup>288</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 94 ff., insbes. 113.

<sup>289</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 114 ff., insbes. 118.

<sup>290</sup> Siehe die Ausführungen in den Rz. 119 ff., insbes. 125 und 126.

Anhang: Dokument «GAV in verschiedenen Kantonen» (Stand Juli 2023)

Kanton	GAV
<b>Aargau</b>	<a href="#">GAV für Aargauer Kantonsspitäler</a>
<b>Appenzell A. Rh. / I. Rh.</b>	-
<b>Basel-Stadt-Landschaft</b>	<a href="#">GAV Kantonsspital Baselland / Psychiatrie Baselland</a> (1) <a href="#">Kollektivvertrag Universitäts-Kinderspital beides Basel</a> (2)
<b>Bern</b>	<a href="#">GAV Berner Spitäler und Kliniken</a> (1) <a href="#">dedica_gav_in.indd</a> (2)
<b>Freiburg</b>	-
<b>Genf</b>	<a href="#">cct-em.pdf (ssp-vpod.ch)</a> (1) <a href="#">AIDE ET SOINS À DOMICILE (ge.ch)</a> (2) <a href="#">CLINIQUES PRIVÉES (ge.ch)</a> (3)
<b>Glarus</b>	-
<b>Graubünden</b>	-
<b>Jura</b>	<a href="#">CCT 2019 impression (asi-neju.ch)</a>
<b>Luzern</b>	<a href="#">137369 Viva GAV Anhang.indd (artiset.ch)</a>
<b>Neuenburg</b>	<a href="#">cct_public_2022-2025_20220214.pdf (cctsante21.ch)</a>
<b>Nidwalden</b>	-
<b>Obwalden</b>	-
<b>Schaffhausen</b>	-
<b>Schwyz</b>	-
<b>Solothurn</b>	<a href="#">BGS 126.3 - Gesamtarbeitsvertrag - Kanton Solothurn - Erlass-Sammlung</a>
<b>Sankt Gallen</b>	-
<b>Tessin</b>	<a href="#">ROC per il personale occupato presso gli Istituti dell'Ente Ospedaliero Cantonale</a> (1) <a href="#">Contratto collettivo di lavoro per il personale occupato negli Istituti ospedalieri privati del Cantone Ticino</a> (2) <a href="#">PF39232 (PA13932) VPOD CCL SACD PRIVATI.indd (vpod-ticino.ch)</a> (3)
<b>Thurgau</b>	-
<b>Uri</b>	-
<b>Waadt</b>	<a href="#">CCT doc 01.01.2019 corrige (cctsan-vaud.ch)</a>
<b>Wallis</b>	<a href="#">GAV Spital Wallis (HVS)</a>
<b>Zug</b>	<a href="#">GAV_2023.pdf (zgks.ch)</a>
<b>Zürich</b>	-

Quelle: Das Dokument wurde dem Verfasser des Gutachtens vom BAG zur Verfügung gestellt.