

Rechtsgutachten "GAV-Verhandlungspflicht gestützt auf Art.
197 Ziffer 13 lit. c Bundesverfassung"

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 Ge-
sundheitsversorgung, Abteilung Gesundheitsberufe, Schwarzen-
burgstrasse 157,3003 Bern**

Bern, 2. November 2022

I) EINLEITUNG	4
1 Ausgangslage und Auftrag.....	4
2 Methodisches Vorgehen	5
II) ENTSTEHUNGSGESCHICHTE UND ARBEITSRECHTLICHER INHALT DER PFLEGEINITIATIVE.....	6
1 Kontext der Pflegeinitiative	6
2 Zum arbeitsrechtlichen Inhalt der Initiative	6
2.1 Zur Auslegung des Initiativtextes.....	6
2.2 Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen für die Regelung von Arbeitsbedingungen	9
2.2.1 Zivilrechtskompetenz des Bundes.....	9
2.2.2 Bundeskompetenz für den Arbeitsschutz	9
a) Allgemeines	9
b) Bedeutung für die Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV	11
c) Verhältnis Art. 110 Abs. 1 lit. a BV zum kantonalen Recht	11
d) Eingeschränkter Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes trotz umfassender Bundeskompetenz	12
e) Potential des ArG für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege	14
f) Ausweitung des Geltungsbereichs der ArG-Bestimmungen	15
2.2.3 Bundeskompetenzen für Regelungen zu (privatrechtlichen) Gesamtarbeitsverträgen	16
2.2.4 Kompetenzgrundlagen für Gesamtarbeitsverträge im öffentlichen Dienstrecht	19
2.2.5 Erstes Zwischenfazit	21
2.3 Hohe Pflegequalität als Kompetenzgrundlage für arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen	22
2.3.1 Arbeitsrechtliche Regelungen ausserhalb des Arbeitsrechts.....	22
a) Postgesetz.....	22
b) Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen	23
c) Ausländerrecht, Freizügigkeitsabkommen und Entsenderecht	23
d) Erteilung von Konzessionen.....	24
e) Würdigung.....	25
2.3.2 Arbeitsbedingungen als Faktor der Pflegequalität.....	25
a) Allgemeines	25
b) Grundlagen der Kostenübernahmepflicht von Pflegeleistungen	25
c) Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und Qualität/ Wirtschaftlichkeit der Pflege.....	27

2.3.3	Zweites Zwischenfazit	28
a)	Art. 39 KVG als gesetzliche Grundlage für Mindestarbeitsbedingungen und GAV-Verhandlungspflicht...	28
b)	Geltungsbereich der neuen Regelungen	29
c)	Verankerung auf Gesetzesstufe als Alternative	29

III) WIRTSCHAFTSFREIHEIT UND KOALITIONSFREIHEIT ALS SCHRANKE UND/ODER GRUNDLAGE EINER GAV-VERHANDLUNGSPFLICHT 30

1	Vorbemerkungen	30
2	Die Bedeutung von GAV und der Sozialpartnerschaft	30
3	Garantie der Koalitionsfreiheit auf arbeitsvölkerrechtlicher Ebene.....	31
3.1	Allgemeines	31
3.2	Recht auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen.....	32
3.3	Auswirkungen auf die Schweiz	33
4	Garantie der Koalitionsfreiheit und des Rechts auf Kollektivverträge auf Verfassungs- und Gesetzesstufe	34
4.1	Verfassungsrechtliche Verankerung	34
4.2	Die Grundlagen auf Gesetzesstufe	35
4.2.1	Allgemeines	35
4.2.2	Recht auf Beitritt zu einem GAV und Recht auf GAV-Verhandlungen.....	36
a)	Privatrechtlicher Bereich	36
b)	Bedeutung für den öffentlich-rechtlichen Bereich.....	37
c)	Bedeutung für Pflegeinstitutionen	38
4.3.	Die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit	38
5	Einschränkung der Koalitionsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit durch eine GAV-Verhandlungspflicht.....	39

IV) SUMMARISCHE BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN 40

I) Einleitung

1 Ausgangslage und Auftrag

- 1 Am 28. November 2021 wurde die sogenannte Pflegeinitiative von Volk und Ständen angenommen. Der neue Art. 117b Bundesverfassung (BV) sieht 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 (Abs. 1). Bund und Kantone stellen zudem 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 (Abs. 2). Bei den Übergangsbestimmungen ist in Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV festgehalten, dass der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten Ausführungsbestimmungen erlässt über "anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen für die in der Pflege tätigen Personen".
- 2 Im Rahmen der Umsetzung von Art. 117b BV stellt sich die Frage, wie die Arbeitsbedingungen der in der Pflege tätigen Personen attraktiver gestaltet werden müssen. Zu beachten ist dabei, dass einer der Hauptgründe für den Nichtrückzug der Pflegeinitiative darin bestand, dass die Forderungen des Initiativkomitees in Bezug auf die Arbeitsbedingungen nicht übernommen wurden. Da Art. 117b BV keine Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Regelung der Arbeitsbedingungen bewirkt hat, sind die Handlungsmöglichkeiten des Bundes in diesem Bereich begrenzt. Im Rahmen von privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen können Gesamtarbeitsverträge (GAV) zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der gesamten Branche beitragen. In diesem Zusammenhang könnte die Einführung einer Verpflichtung zur Aushandlung von GAV mit Personalverbänden, analog z.B. zu Art. 4 Abs. 3 lit. c des Postgesetzes (SR 783.0), Diskussionen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Pflegebereich fördern.
- 3 Am 30. September 2022 wandte sich die Auftraggeberschaft an den Unterzeichnenden mit dem Anliegen, ein kurzes Rechtsgutachten zu verfassen, das die verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsgrundlage und der Umsetzung einer solchen Verpflichtung zur Aushandlung eines GAV zu klären hat. Konkret soll das Rechtsgutachten zu folgenden Fragen Stellung beziehen:
 1. Bestehen Möglichkeiten zur Einführung einer Verpflichtung zur Aushandlung eines GAV auf Bundesebene im Pflegebereich? Mit welchen Argumenten könnte die mit einer solchen Pflicht einhergehende Beschränkung der Koalitionsfreiheit und ggf. weiterer Freiheiten gerechtfertigt werden?
 2. In welchem Gesetz bzw. auf welcher Normstufe müsste eine solche Verpflichtung verankert werden?

3. Gäbe es Möglichkeiten, eine Verpflichtung zur Aushandlung eines GAV auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge auszudehnen?
 4. Welche rechtlichen Möglichkeiten gibt es, um (für eine Übergangszeit) die Ausweitung von Gesamtarbeitsverträgen im Pflegebereich zu erleichtern?
 5. Hat der Bund die Möglichkeit, den Kantonen Richtlinien für die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von Pflegearbeitsverhältnissen aufzuerlegen?
- 4 Weiter wünscht die Auftraggeberschaft subsidiär eine Klärung, ob auf der Grundlage von Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 Bst. c BV ein separates Gesetz über die "Arbeitsbedingungen im Pflegebereich" erlassen werden könnte. Die Analyse soll auch aufzeigen, wie gegebenenfalls die Kompetenzen des SECO hinsichtlich Arbeitsgesetz (ArG) und des BAG verteilt wären.
- 5 Am 19. Oktober 2022 wurden die vorläufigen Ergebnisse des Gutachtens mit der Auftraggeberschaft besprochen. Dabei zeigt sich ein Vertiefungsbedarf. Namentlich sollen arbeitsvölkerrechtliche Aspekte stärker betont werden (mit Blick auf die Koalitionsfreiheit) und die Möglichkeiten der Umsetzung (arbeitsrechtlich relevanten) Aspekte der Pflegeinitiative auf dem Wege von Anpassungen im Arbeitsgesetz bzw. ggf. den Verordnungen zum Arbeitsgesetz sollen ebenfalls aufgezeigt werden. Im vorliegenden Gutachten sind diese Ergänzungen eingeflossen.

2 Methodisches Vorgehen

- 6 In einem ersten Schritt (II) wird kurz die Entstehungsgeschichte und der arbeitsrechtliche Inhalt der Pflegeinitiative nachgezeichnet, wobei insbesondere der Frage nachgegangen wird, welche Bedeutung der Formulierung "anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen für die in der Pflege tätigen Personen" im Kontext der Umsetzung der Initiative zukommt. Analysiert wird an dieser Stelle auch die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Schnittpunkt "Qualität der Pflege" und "Qualität der Arbeitsbedingungen". Anschliessend (III) wird auf die verfassungs- und völkerrechtliche Koalitionsfreiheit und die Vertragsfreiheit eingegangen. Der Fokus wird dabei auf die Frage gelegt, wie weit eine staatliche Pflicht für das Eingehen von GAV-Verhandlungen bzw. ggf. sogar zum Abschluss von GAV zulässig ist. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen werden danach (IV) die fünf Gutachterfragen beantwortet. Abschliessend (V) folgt eine kurze Stellungnahme zur Option "Bundesgesetz über die Arbeitsbedingungen in der Pflege" und zu Fragen der Zuständigkeiten der involvierten Bundesstellen.

II) Entstehungsgeschichte und arbeitsrechtlicher Inhalt der Pflegeinitiative

1 Kontext der Pflegeinitiative

- 7 Die Lancierung der Pflegeinitiative durch den Schweizerischen Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK) ist u.a. auf die Ablehnung der parlamentarischen Initiative von Nationalrat Rudolf Joder zurückzuführen.¹ Der Verstoß verlangte, dass Pflegefachpersonen gewisse Leistungen in eigener Verantwortung mit der Krankenversicherung abrechnen können.²
- 8 Der Bundesrat lehnte die Initiative ohne Gegenvorschlag ab. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) beschloss indes, der Pflegeinitiative einen indirekten Gegenvorschlag entgegenzustellen.³ Das Parlament nahm sich dem Anliegen an und verabschiedete am 19. März 2021 ein "Bundesgesetz über die Förderung der Ausbildung im Bereich der Pflege".⁴ Dem Initiativkomitee der Pflegeinitiative ging dieser Vorschlag jedoch zu wenig weit. Bemängelt wurde insbesondere auch, dass im indirekten Gegenvorschlag des Parlaments die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege nicht in die Hand genommen wurde.⁵

2 Zum arbeitsrechtlichen Inhalt der Initiative

2.1 Zur Auslegung des Initiativtextes

- 9 Verfassungsnormen sind nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich nach denselben methodischen Regeln auszulegen wie die Bestimmungen des einfachen Gesetzesrechts⁶; es gilt indes gewisse verfassungsspezifische Besonderheiten/Eigenheiten zu berücksichtigen.⁷ Bezüglich Übergangsbestimmungen ist wichtig, dass solche immer im Kontext der Hauptnorm auszulegen sind.⁸

¹ Zur Entstehungsgeschichte siehe Botschaft zur Pflegeinitiative, BBl 2018 7653 ff./76650.

² Siehe unter Geschäftsnummer 11.418 unter <https://www.parlament.ch/de/suche#k=11.418> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

³ Siehe unter Geschäftsnummer 19.401, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20190401> (zuletzt besucht am 20.10.2022) und auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 27. November 2019 zum Bericht der SGK vom 17. Oktober 2019, BBl 2019 87377 ff., 8378.

⁴ Siehe <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190401/Schlussabstimmungstext%201%20NS%20D.pdf> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

⁵ Siehe dazu die Medienmitteilung aus Anlass des Beschlusses zur Nichtrückziehung der Initiative, <https://www.sbk.ch/aktuell/news-single/volksinitiative-fuer-eine-starke-pflege-kommt-vors-volk> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

⁶ WYSS, KARL-MARC, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg: Phänomene, Grundsätze und Gefahren, in: LeGes 30 (2019), Rz 22.

⁷ BGE 139 II 243 E. 8, mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen.

⁸ WYSS, KARL-MARC, Die vorläufige bundesrechtliche Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen auf dem Verordnungsweg (Diss. Bern), Zürich/St. Gallen, 2020, Rz. 228. Siehe zum Ganzen auch; WALDMANN, BERNHARD, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, Gesetzgebung und Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (LeGes) Heft 3, 2015, S. 521–537.

- 10 Nach Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV erlässt der *Bund im Rahmen seiner Zuständigkeiten* Ausführungsbestimmungen zu *anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen* für das Pflegepersonal. Es handelt sich also um einen *Auftrag* an den Bund, der handeln muss, indes nur im Rahmen seiner Zuständigkeiten handeln darf.
- 11 Es fragt sich, ob Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV eine Ausführungsbestimmung auf Gesetzesstufe verlangt oder ob auch eine Verordnung genügen könnte. Zum Teil enthalten Volksinitiativen in den Ausführungsbestimmungen klare Aufträge zur Gesetzgebung, so beispielsweise die Volksinitiative "Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung", deren Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 12 vorsieht: "Die Bundesversammlung verabschiedet die gesetzlichen Ausführungsbestimmungen innert drei Jahren seit Annahme von Artikel 118 Absatz 2 Buchstabe b durch Volk und Stände."⁹
- 12 Eine solche Beschränkung auf in einem Gesetz (im formellen Sinne) vorzunehmenden Ausführungsbestimmung enthält Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV nicht. Dies hat zur Folge, dass für die Umsetzung des Verfassungsauftrages sowohl eine Regelung auf Gesetzes- als auch bzw. oder auf Verordnungsstufe in Frage kommt.
- 13 Die vom Bund zu erlassenden Regelungen (Gesetz und/oder Verordnungen) zu den anforderungsgerechten Arbeitsbedingungen in der Pflege sind dabei nicht Selbstzweck. Vielmehr müssen diese Regelungen der *Verwirklichung* der in Art. 117b BV verankerten *Verfassungsziele* dienen. Es geht in Art. 117b BV um die Anerkennung und Förderung der Pflege als wichtigen Bestandteil pflegerischen Grundversorgung, die mit hoher Qualität für alle zugänglichen sein muss.¹⁰ Art. 117b Abs. 2 BV verlangt, Bund und Kantone müssten sicherstellen, dass ausreichend diplomiertes Fachpersonal zur Verfügung steht und dass die in der Pflege tätigen Personen entsprechend ihrer Ausbildung und ihren Kompetenzen eingesetzt werden.
- 14 Anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen sind ein wichtiges Instrument zur Umsetzung dieses Zieles. Dabei ist zu beachten, dass es nicht "nur" um das Fachpersonal in Akutspitälern geht. Vielmehr zielt die Initiative auf eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen für Pflege-mitarbeitende in weiteren Institutionen (Pflegeheime, Pflegewohngruppen usw.) sowie im ambulanten Bereich (Spitex). Während in Akutspitälern insbesondere in grösseren Kantonen das Pflegepersonal einem Gesamtarbeitsvertrag untersteht, ist dies in den meisten Pflegeheimen und bei Spitexorganisationen nicht der Fall. Eine umfassende Untersuchung über die Verbreitung von Gesamtarbeitsverträgen für in der Pflege tätige Personen ist nicht bekannt, wäre aber sinnvoll.¹¹

⁹ Siehe <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis484t.html> , zuletzt besucht am 20.10.2022.

¹⁰ Art. 117b BV orientiert sich an die in Art. 117a BV geregelte medizinische Grundversorgung.

¹¹ Soweit erkennbar, fehlen Daten über die Verbreitung von GAV in Pflegeheimen und Wohngruppen. Auch im Nationalen Versorgungsbericht Gesundheitspersonal finden sich dazu keine Angaben, siehe https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/2021-10/Obsan_03_2021_BERICHT_0.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2022).

- 15 In der Botschaft des Bundesrates zur Pflegeinitiative ist nur vage beschrieben, wie Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 lit. c BV umgesetzt werden soll: "(...) Nach Buchstabe c soll der Bund verpflichtet werden, Bestimmungen über anforderungsgerechte Arbeitsbedingungen für die in der Pflege tätigen Personen zu erlassen. Den allgemeinen Ausführungen der Initiantinnen und Initianten zufolge kann geschlossen werden, dass mit Bezug auf die Gestaltung anforderungsgerechter Arbeitsbedingungen keine Anpassung im Bereich des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG) gefordert wird. Stattdessen ist wohl entscheidend, dass der dem effektiven Pflegebedarf entsprechende Anteil an diplomiertem Pflegepersonal eingesetzt wird: Je komplexer und umfangreicher die pflegerischen Herausforderungen in einer Abteilung sind, desto mehr diplomiertes Pflegepersonal braucht es. Die Initiantinnen und Initianten verzichten in ihren Ausführungen auf eine Konkretisierung dieses Anteils. Ihr Anliegen besteht allgemein darin, dass Stellenpläne, soweit notwendig, aufgestockt werden."¹²
- 16 Diese Einschätzung zur (fehlenden) Notwendigkeit neuer Regelungen in der bundesrätlichen Botschaft kann im Lichte des durch die Covid-19 Pandemie noch verstärkten Mangels an Pflegefachkräften nicht aufrechterhalten werden. Das zeigen auch die parlamentarischen Beratungen zur Pflegeinitiative. Zwar lehnten National- und Ständerat die Pflegeinitiative ab; die Notwendigkeit die Pflege zu stärken, war aber unbestritten. Bei den Beratungen zum indirekten Gegenvorschlag im Nationalrat fand ein Antrag zur Einführung einer GAV-Pflicht keine Mehrheit.¹³
- 17 Im offiziellen Abstimmungstext zur Pflegeinitiative ist zu lesen, dass der Bund im Falle einer Annahme der Initiative die Arbeitsbedingungen in Spitälern, Heimen und Spitexorganisationen verbindlich regeln müsste, etwa durch Vorgaben zur Lohnhöhe oder durch Vorschriften in Bezug auf die Dienstpläne. Der Bund würde so in die Zuständigkeiten der Kantone, Betriebe und Sozialpartner eingreifen; diese würden heute die Arbeitsbedingungen und die Löhne gemeinsam regeln.¹⁴
- 18 Im Nachgang zur Volksabstimmung zur Pflegeinitiative wurden im Parlament verschiedene Vorstösse eingereicht, unter anderem eine Interpellation zu "Sofortmassnahmen für den Personalerhalt in der Pflege"¹⁵. Gemäss Bundesrat wurde mit der Annahme der Pflegeinitiative die *Kompetenz zwischen Bund, Kantonen und Arbeitgebern nicht verschoben*. Der Bundesrat ist auch der Auffassung, dass Verhandlung von Gesamtarbeitsverträgen mit den Sozialpartnern oder der Erlass von Personalreglementen zu situationsgerechten Verbesserungen führen könne.¹⁶ Nicht thematisiert wird in der bundesrätlichen Stellungnahme die Frage, ob der Bund eine GAV-Pflicht bzw. GAV-Verhandlungspflicht einführen dürfte.

¹² Botschaft zur Pflegeinitiative, BBl 2018 7663.

¹³ Siehe die Zusammenfassung der Beratungen in den Räten hier: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190401> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

¹⁴ Abstimmungsbroschüre, S. 4, https://www.admin.ch/dam/gov/de/Dokumentation/Abstimmungen/November2021/Abstimmungsbroschuere_28-11-2021_de.pdf.download.pdf/Abstimmungsbroschuere_28-11-2021_de.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2022).

¹⁵ Geschäftsnummer 22.3488, "Sofortmassnahmen für den Personalerhalt in der Pflege sind dringend", <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223488> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

¹⁶ Antwort des Bundesrates zur Interpellation 22.3488 (Fn 15).

2.2 Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen für die Regelung von Arbeitsbedingungen

- 19 Bevor die Frage erörtert werden kann, ob die Pflegeinitiative tatsächlich nicht zur einer Kompetenzverschiebung für den Erlass von arbeitsrechtlichen Bestimmungen geführt hat, ist die bisherige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in diesem Bereich zu erläutern.

2.2.1 Zivilrechtskompetenz des Bundes

- 20 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. Der Bundesgesetzgeber hat nicht nur den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 – 343 OR), besondere Einzelarbeitsverträge (Art. 344-355 OR), sondern auch den Gesamtarbeitsvertrag (Art. 356-358 OR) und den Normalarbeitsvertrag (Art. 359-360f OR) geregelt.
- 21 Die genannten Bestimmungen gelten indes "nur" für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Das erschliesst sich aus Art. 342 Abs. 1 lit. a OR, wonach Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentliche Dienstverhältnis (dem OR) vorgehen (soweit nicht Art. 331 Abs. 5 und 331a-331e OR betroffen sind).
- 22 Auch die zwingenden Bestimmungen des OR (Art. 361 und 362 OR) stellen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse geltenden "Minimalstandard" dar.¹⁷ Die OR-Bestimmungen finden jedoch dann im öffentlichen Dienstverhältnis Anwendung, wenn entweder das einschlägige öffentliche Dienstrecht dies ausdrücklich so vorsieht oder aber bei einer echten Lücke, die durch Heranziehung von OR-Normen geschlossen werden kann.¹⁸ Keine echte Lücke liegt gemäss Bundesgericht im Neuenburger Personalrecht vor, wenn kein Kündigungsschutz bei Schwangerschaft einer mit einer Probezeit von zwei Jahren angestellten Inhaberin eines öffentlichen Amtes vorgesehen ist. Eine Lückenfüllung durch Art. 336c Abs. 1 lit. c OR sei deshalb nicht zulässig.¹⁹

2.2.2 Bundeskompetenz für den Arbeitsschutz

a) *Allgemeines*

- 23 Art. 110 Abs. 1 lit. a BV verleiht dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden. Es handelt sich dabei um eine umfassende, generelle Kompetenz zum Erlass von Schutzbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmenden (nachträgliche derogatorische Kraft des Bundesrechts).²⁰ Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes

¹⁷ BGE 124 II 53, E. 2.

¹⁸ REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 342 N 4, siehe auch BGE 138 I 232; BGE 132 II 161.

¹⁹ BGE 139 I 57, E. 6.

²⁰ LEMPEN, KARINE, Commentaire romand de la Constitution, Martenet/Dubey (Hrsg.), Basel, 2021, CR Cst.-Lempen, Art. 110 N 26;

bezieht sich dabei auf alle Massnahmen, die zur Zielerreichung erforderlich sind ohne Beschränkung auf gewisse Arbeitsverhältnisse oder Arbeitnehmerkategorien.²¹

24 Soweit es um Arbeitsschutz geht, ist die Kompetenz des Bundes abschliessend. Das hat eine zweifache Bedeutung: Erstens darf Bund auch Arbeitsschutzbestimmungen erlassen, die das kantonale und kommunale Personalrecht betreffen bzw. verdrängen²² und zweitens ist es den Kantonen verwehrt, eigene Arbeitsschutzbestimmungen zu erlassen.²³

25 Der Bund hat gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV das Arbeitsgesetz (ArG²⁴) unter anderem folgende Gesetze erlassen:²⁵

- das Arbeitszeitgesetz für die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (AZG²⁶),
- das Heimarbeitsgesetz (HArG²⁷),
- das Gleichstellungsgesetz (GIG²⁸),
- das Schwarzarbeitsgesetz (BGSA²⁹),
- das Passivrauchschutzgesetz³⁰,
- das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG³¹)
- und das Entsendegesetz (EntsG³²).

26 Lohnend ist eine vertiefte Betrachtung des GIG. Das Gesetz soll den Grundsatz der Geschlechtergleichheit im Arbeitsleben verwirklichen und gilt sowohl für privatrechtliche als auch für sämtliche öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse.³³ Das GIG stützt sich neben Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV³⁴ auch auf die Art. 110 Abs. 1 lit. a BV sowie Art. 122 BV und 173 Abs. 2 BV³⁵. Der in Art. 8 Abs. 3 Satz BV verankerte verfassungsrechtliche Auftrag der Gleichstel-

²¹ Bundesamt für Justiz, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 2004 Nr. 81, 1060.

²² Die auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV erlassenen bundesrechtlichen Erlassen dürfen aber Ausnahmen vom Anwendungsbereich vorsehen. Das schliesst die Bundesverfassung nicht aus.

²³ Siehe dazu unten, 30.

²⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Arbeitsgesetz (ARG), SR 822.11.

²⁵ Für eine erweiterte Übersicht siehe: CARDINAUX, BASIL, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel, 2015, BSK BV-Cardinaux, Art. 110 N 26; GÄCHTER THOMAS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 110 N 27 f.;

²⁶ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1971 über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG, SR 822.21

²⁷ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Heimarbeit, Heimarbeitsgesetz (HArG), SR 822.31

²⁸ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG) vom 24. März 1995, SR. 151.1.

²⁹ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BG gegen die Schwarzarbeit, BGSA, SR 822.41.

³⁰ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31).

³¹ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, (AVIG), SR 837.0.

³² Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 1823.20, siehe dazu hinten, N. 47 und 70.

³³ Art. 2 GIG.

³⁴ Wortlaut: "Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit".

³⁵ Wortlaut: "Die Bundesversammlung behandelt ausserdem Geschäfte, die in die Zuständigkeit des Bundes fallen und keiner anderen Behörde zugewiesen sind."

lung der Geschlechter verleiht dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz, Regelungen zu erlassen, die auch für die Arbeitnehmenden von Bund, Kantonen und Gemeinden gelten.³⁶ Im GIG hat der Bundesgesetzgeber die Kompetenzgrundlage entsprechend ausgeschöpft.

- 27 Anders verhält es sich im Bereich der Behindertengleichstellung. Auch hier hätte der Bund gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BV und Art. 110 Abs. 1 lit. a BV das Behindertengleichstellungsgesetz (Behig) auch auf kantonale und kommunale sowie gestützt auf Art. 122 BV auch auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ausdehnen dürfen.³⁷

b) *Bedeutung für die Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV*

- 28 Es zeigt sich, dass Arbeitsschutzbestimmungen umfassend sind (ArG und GIG), zum Teil bestimmte Arbeitnehmergruppen betreffen (Heimarbeitnehmende) oder ausgewählte Aspekte des Arbeitsschutzes betreffen (Schutz vor Passivrauch). Viele der genannten Erlasse basieren dabei nicht nur, aber auch auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Es wäre also keineswegs systemfremd, ein allfälliges Bundesgesetz über die Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal zur Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV auch auf die Arbeitsschutzbestimmungen in der BV zu stützen. Oder anders formuliert: Art. 110 Abs. 1 a BV bildet die allgemeine Arbeitsschutzkompetenz des Bundes. Die neuen Bestimmungen in Art. 117b BV und insbesondere Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV verschaffen dem Bund die Kompetenz, im Rahmen seiner bestehenden Bundeskompetenzen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) spezifische Schutzbestimmungen für das Pflegepersonal zu erlassen.

c) *Verhältnis Art. 110 Abs. 1 lit. a BV zum kantonalen Recht*

- 29 Trotz der an sich abschliessenden Bundeskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV)³⁸ können die *Kantone* arbeitsrechtliche Bestimmungen erlassen, wenn es sich dabei um primär gesundheits- oder *sozialpolitische* Massnahmen handelt, die *auch* dem Schutz der Arbeitnehmenden dienen.
- 30 Als sozialpolitische Massnahme zulässig sind etwa (moderate) kantonale Mindestlöhne, da diese zur Reduktion von Sozialhilfeabhängigkeit (working poor) beitragen.³⁹ Ebenfalls mit Art. 110 Abs. 1 lit. a BV vereinbar sind kantonale Massnahmen zum Schutz vor Passivrauch am Arbeitsplatz, da die Bundesgesetzgebung strengere kantonale Regelungen grundsätzlich zulässt.⁴⁰ Unzulässig sind demgegenüber kantonale Bestimmungen, die ganz oder überwiegend dem Schutz oder der Besserstellung von Arbeitnehmenden dienen.⁴¹

³⁶ WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, S. 517.

³⁷ SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsrecht, Bern 2014, S. 415.

³⁸ BGE 136 I 29 E. 3.4.2; BGE 133 I 110 E. 4.3; BGE 132 III 257 E. 5.

³⁹ BGE 143 I 403, E. 7.

⁴⁰ BGE 139 I 242, E. 3.

⁴¹ BGE 143 I 403 E. 7.5; BGE 130 I 279, E. 2.3

- 31 Das Bundesgericht hat die Zulässigkeit einer Tessiner Regelung, die das Inkrafttreten des Gesetzes über die Ladenöffnungszeiten vom *Abschluss und der Allgemeinverbindlicherklärung eines Branchen-GAV* abhängig machte, verneint; die Regelung verstosse gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts.⁴²
- d) *Eingeschränkter Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes trotz umfassender Bundeskompetenz*
- 32 Art. 110 Abs. 1 lit. a BV bildet die wichtigste verfassungsrechtliche Grundlage für das Arbeitsgesetz (ArG⁴³). Das ArG und die dazu gehörenden Verordnungen regeln die Arbeits- und Ruhezeiten und den Gesundheitsschutz *grundsätzlich* für alle öffentlichen und privaten Betriebe.⁴⁴
- 33 Die *Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden* sind jedoch nach Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG unter Vorbehalt von Absatz 2 vom Anwendungsbereich der Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit⁴⁵ ausgenommen. Unter "Verwaltung" ist hier die Zentralverwaltung zu verstehen.⁴⁶ Art. 2 Abs. 2 ArG weist einerseits dem Ordnungsgeber die Kompetenz zu, die den Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gleichgestellten öffentlichen Anstalten zu bezeichnen, was bedeutet, dass für diese Institutionen die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht gelten.⁴⁷ Andererseits hat der Ordnungsgeber auch die Kompetenz, bestimmte Betriebe des Bundes, der Kantone und der Gemeinden (wieder) dem Geltungsbereich des ArG zu unterstellen, falls diese nach Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG ausgenommen wären.⁴⁸
- 34 Auf öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit sowie Körperschaften des öffentlichen Rechts sind die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG nicht anwendbar; dies aber nur, wenn die Mehrzahl der in diesen Institutionen beschäftigten Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1). Diese Unterscheidung ist wiederum gemäss Art. 4a ArGV 1 nicht von Bedeutung für die Arbeitsverhältnisse von Assistenzärztinnen und Assistenzärzten; für sie gelten die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften unabhängig der Rechtsnatur der Anstellung. Die umfassende Geltung der Höchstarbeitszeiten für Assistenzärztinnen und Assistenzärzten bildete das Ergebnis einer langen rechtspolitischen Auseinandersetzung.⁴⁹ Das Beispiel zeigt, dass auf Gesetzes- oder vorlie-

⁴² BGer 2C_98/2020 vom 22.12.2021, E. 3.

⁴³ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Arbeitsgesetz (ARG), SR 822.11.

⁴⁴ Art. 1 Abs. 1 ArG.

⁴⁵ Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz gelten gemäss Art. 3a ArG auch für die Verwaltungen, das betrifft die Artikel 6, 35 und 36a ArG.

⁴⁶ BACHMANN, ROLAND, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg), Basel, 2018, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 2 N 19.

⁴⁷ Siehe dazu 7 der Verordnung 1 zum ArG (ArGV 1).

⁴⁸ Die Umsetzung erfolgt in Art. 4 ArGV 1.

⁴⁹ Siehe dazu etwa die parlamentarische Initiative Marc Sutter, Nr. 98.454; die Umsetzung erfolgt per 1.1.2005, in dem zum einen die Assistenzärzte/innen in Art. 3 lit. e ArG (Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich) gestrichen und zum anderen Art. 12 Abs. 1 ArGV 1 aufgehoben und 4a ArGV 1 eingeführt wurde (AS 2004, 2411).

gend auf Verordnungsstufe *den spezifischen Arbeitsschutzanliegen bestimmter Berufsgruppen* Rechnung getragen wird. Das ist auch für die Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV von Bedeutung.

- 35 Die Komplexität der Frage der Geltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften wird durch den in Art. 71 lit. b ArG enthaltenen Vorbehalt von Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis noch etwas erweitert. Der zweite Satz von Art. 71 lit. b ArG hält fest, dass von den *Vorschriften über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeiten nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden* abgewichen werden darf. Das heisst, die Arbeits- und Ruhezeiten, die gestützt auf das öffentliche Dienstrecht in den öffentlichen Verwaltungen gelten, müssten für die Arbeitnehmenden mindestens so günstig sein müssen wie jene des Arbeitsgesetzes.
- 36 Nun ist aber die Tragweite dieses Günstigkeitsvorbehaltes umstritten.⁵⁰ Unklar ist, ob diese Regelung nur gilt, wenn der (öffentliche) Betrieb *grundsätzlich* dem ArG untersteht, also kein Ausnahmetatbestand von Art. 2 ArG vorliegt. Ein Teil der Lehre und das SECO unterstützen diese Auslegung der Bestimmung.⁵¹ Dagegen ist einzuwenden, dass diese Auslegung kaum im Sinne des Gesetzes ist, den auf diese Weise kann das verfassungsmässige Ziel eines Arbeitsschutzes für alle Arbeitnehmende unterlaufen werden.⁵²
- 37 In einem Leitscheid zu Art. 71 Abs. 1 lit. b ArG hat das Bundesgericht klargestellt, dass eine für die Arbeitnehmenden im konkreten Fall ungünstigere kantonale Regelung hinsichtlich Überzeitschädigung im Universitätsspital unzulässig sei. In diesem Fall war aber unstrittig, dass das ArG auf das Universitätsspital (öffentlich-rechtliche Anstalt) grundsätzlich anwendbar war.⁵³
- 38 Aufgrund der vorangehenden Ausführungen kann als *Zwischenergebnis* mit Blick auf die vorliegend interessierende Frage der Geltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften für das Pflegepersonal Folgendes festgehalten werden:
- *Umfassende Geltung* des ArG bei Anstellungsverhältnissen bei privatrechtlichen 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 sind

⁵⁰ SENTI, CHRISTOPH, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, ArbR 2005, S. 67 ff., 75; Pärli Kurt/Hug Julia/Petrik Andreas, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 279.

⁵¹ MAHON/BENOIT, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 71 N 11; MÜLLER/MADUZ, Kommentar zum Arbeitsgesetz, N 4 zu Art. 71 ArG, Zürich, 2017; Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2016, S. 071-1f, siehe weiter St. Gallen, Verwaltungsgericht, 2013/3 vom 23.08.2016 E. 4.1.

⁵² BURCKHARDT, JENNY HELENE, Die Rechtsfolgen der mangelhaften ordentlichen Kündigung im Bundespersonalgesetz im Vergleich mit den Regelungen des Obligationenrechts, Zürich/St. Gallen 2021, S. 42.

⁵³ BGE 138 I 356.

vom ArG sind nur zulässig, wenn die Regelungen für die Arbeitnehmenden günstiger sind.

- *Keine Geltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften* des ArG in Institutionen, die zur *Zentralverwaltung* des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden gehören sowie in öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern ohne eigene Rechtspersönlichkeit, soweit in diesen Institutionen *mehrheitlich öffentlich-rechtliche* Arbeitsverhältnisse vorliegen. Je nach Auslegung von Art. 71 Abs. 1 lit. b ArG⁵⁴ dürfen die abweichenden Bestimmungen des anwendbaren Dienstrechts auch ungünstiger sein als die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG.

39 Heute fallen wohl die allermeisten Spitäler und wohl auch die grosse Mehrheit der Pflegeheime und Spitexorganisationen in die vorangehend erst genannte Kategorie.⁵⁵ Diese Ausgangslage ist von grosser Wichtigkeit, wenn nachfolgend mögliche Änderungen im ArG zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals erörtert werden.

e) *Potential des ArG für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege*

40 In Erinnerung zu rufen ist: Dem Bund kommt bezüglich Arbeitsschutzes eine umfassende Kompetenz zu. Er darf dabei im Arbeitsgesetz Ausnahmen vom Geltungsbereich festhalten, er kann diese Ausnahmen aber auch wieder rückgängig machen. Ein Beispiel dafür ist die Regelung für die Assistenzärztinnen und Assistenzärzte. Bis Ende 2004 waren diese vom persönlichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen. Seit dem 1.1.2005 sind sie erfasst und dies gilt für sämtliche privat- und öffentlich-rechtliche Arbeitgeber, die Assistenzärztinnen und Assistenzärzte beschäftigen.⁵⁶

41 Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang Art. 26 Abs. 2 ArG.⁵⁷ Der Bund hat die Möglichkeit, die wöchentliche Höchstarbeitszeit für bestimmte Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmenden durch Verordnung zu kürzen, soweit dies für den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden erforderlich ist. Bisher hat der Bundesrat von Kompetenz indes noch kein Gebrauch gemacht.⁵⁸ Gemäss SECO-Wegleitung wären besondere Umstände erforderlich, die für Betriebe oder Berufsgruppen bestimmte Gesundheitsgefahren

⁵⁴ Siehe oben, N 36.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Siehe oben, N 34.

⁵⁷ Siehe dazu auch: WOHLWEND, MARC, Die Vielschichtigkeit der Arbeitsbedingungen in der Pflege. Ein Kommentar zu BVGer Urteil C-7017/2015 vom 17. September 2021, iusNet AR-SVR 07.10.2021.

⁵⁸ Zur Möglichkeit der Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege durch Anpassungen im Arbeitsgesetz siehe Baumann, phil, Die verfassungsrechtliche Stärkung der Pflege, Pflegerecht 2022, S. 98 ff.; PETRIK, ANDREAS, Arbeitsbedingungen in der Pflege, Pflegerecht 2018, S. 91 ff.

mit sich bringen.⁵⁹ In der Lehre wird zum Teil in Frage gestellt, dass Gesundheitsgefahren nur durch die Reduktion der wöchentlichen Höchstarbeitszeit realisiert werden könne.⁶⁰

- 42 Es handelt sich hier gestützt auf Art. 40 Abs. 1 lit. a ArG um eine Kompetenz des Bundesrates für den *Erlass einer gesetzvertretenden Verordnungsbestimmung*. Der rechtspolitische Entscheid der Verkürzung der Arbeitszeit für bestimmte Berufsgruppen wird vom Gesetzgeber an den Bundesrat übertragen.⁶¹
- 43 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 Mittel zur Verbesserung der Gesundheit der Beschäftigten im Pflegebereich beiträgt, dann wären die Voraussetzungen für den Erlass einer entsprechenden Verordnung gegeben. Es wäre weiter zu prüfen, inwieweit nicht nur die Reduktion der Höchstarbeitszeiten, sondern weitere Anpassungen auf Verordnungsstufe bei den Arbeits- und Ruhezeiten für das Pflegepersonal erforderlich wären.
- 44 Zulässig und mit Blick auf die Umsetzung der Pflegeinitiative sinnvoll und geboten wären weiter Anpassungen auf Gesetzesstufe. So könnten die Pflichten der Arbeitgeber beim Gesundheitsschutz in Art. 6 ArG ergänzt werden. Möglich wäre bspw. ein neuer Artikel 6 Abs. 2^{ter}, ArG, in dem spezifische Anforderungen an den Gesundheitsschutz in Pflegearbeitsverhältnissen formuliert würden. Auch hier findet sich also ein *Anknüpfungspunkt für eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Auftrages*, den Anforderungen entsprechende Arbeitsbedingungen festzulegen. Zu erwähnen ist an dieser Stelle weiter, dass Fragen des Gesundheitsschutzes gestützt auf Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG Gegenstand der innerbetrieblichen Mitwirkung bilden.

f) *Ausweitung des Geltungsbereichs der ArG-Bestimmungen*

- 45 Es fragt sich, ob allfällige im ArG oder in den Verordnungen realisierte Verbesserungen der Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal in allen Institutionen gelten würde. Es ist hier auf die ausführlichen Ausführungen zum Geltungsbereich des ArG zu verweisen.⁶² Der weitaus grösste Teil der Pflegearbeitsverhältnisse würde von diesen Verbesserungen profitieren (entweder durch die direkte Anwendbarkeit der ArG-Bestimmungen oder durch den Günstigkeitsvorbehalt in Art. 71 Abs. 1 lit. b ArG).⁶³

⁵⁹ SECO-Wegleitung ArG 026-1.

⁶⁰ HIRSIGER, RENÉ, in: Blesi/Pietriszak/Wildhaber (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Basel, 2018, N 12 zu Art. 26 ArG.

⁶¹ MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 40 N 1.

⁶² Siehe oben, N 33 ff.

⁶³ Siehe oben, N 39.

- 46 Der Ordnungsgeber hätte zudem auch die Möglichkeit, Art. 4 der ArGV 1 mit einer neuen litera d zu ergänzen, wonach das Gesetz auch auf "Pflege-Betriebe" des Bundes, der Kantone und der Gemeinden anwendbar ist. Noch spezifischer auf die Berufsgruppen der Pflegenden ausgerichtet könnte der Ordnungsgeber auch Art. 4a ArGV 1 nach dem Vorbild der Sonderregelungen für die Assistenzärztinnen und Assistenzärzte ergänzen (neu: Art. 4a bis ArGV 1 oder Art. 4b ArGV 1)

2.2.3 Bundeskompetenzen für Regelungen zu (privatrechtlichen) Gesamtarbeitsverträgen

- 47 Art. 110 Abs. 1 lit. b BV verleiht dem Bund die weitere Kompetenz, das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu regeln. Beispielhaft wird die „gemeinsame Regelung betrieblicher und beruflicher Angelegenheit“ aufgeführt. Die folgenden Erlasse basieren auf dieser Verfassungsbestimmung:
- Bundesgesetz über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten vom 12.2.1949⁶⁴,
 - Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17.12.1993 (Mitwirkungsgesetz, MitwG)⁶⁵,
 - Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17.6.2005 (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA)⁶⁶
 - und Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne vom 8.10.1999 (Entsendegesetz, EntsG)⁶⁷.
- 48 Das Institut des Gesamtarbeitsvertrages ist in Art. 110 Abs. 1 lit. d und 110 Abs. 2 BV erwähnt. In Art. 110 Abs. 1 lit. d wird der Bund ermächtigt, Vorschriften zu Gesamtarbeitsverträgen zu erlassen. Art. 110 Abs. 2 BV hält die Voraussetzungen fest, die für die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit eines GAV vorliegen müssen. Eine Allgemeinverbindlicherklärung stellt eine "besondere Art der Rechtsetzung, durch die von den Beteiligten selbst geschaffenes Berufsrecht bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird"⁶⁸. Die Allgemeinverbindli-

⁶⁴ SR 821.42.

⁶⁵ SR 822.14.

⁶⁶ Das Schwarzarbeitsgesetz stützt sich zusätzlich auch auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV, siehe dazu oben, N 25.

⁶⁷ Das Entsendegesetz stützt sich zusätzlich auch auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV, siehe zu diesem Gesetz oben, N 25 und unten N 70.

⁶⁸ BGE 98 II 205 E. 1; BGE 128 II 13 E. 1d/cc. Folge des "Quasigesetzescharakter" allgemein verbindlich erklärter GAV ist gemäss Bundesgericht, dass diese GAV nach den Methoden der Gesetzesauslegung auszulegen sind, siehe 139 III 165 E. 3.2; BGE 127 III 318 E. 2a.

cherklärung setzt voraus, dass begründeten Minderheitsinteressen und regionalen Verschiedenheiten angemessen Rechnung getragen wird, die Rechtsgleichheit eingehalten und die Verbandsfreiheit nicht beeinträchtigt ist.⁶⁹

- 49 Auf Gesetzesstufe werden die Anforderungen und Modalitäten der Allgemeinverbindlicherklärung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung (AVEG⁷⁰) konkretisiert. Nach Art. 2 Ziff. 3 AVEG ist eine Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV von drei Quoren abhängig:
- Mindestens die Hälfte aller Arbeitgeberinnen müssen am infrage stehenden GAV beteiligt sein.
 - Mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer müssen dem GAV unterstehen.
 - Die am GAV beteiligten Arbeitgeberinnen müssen grundsätzlich mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmer der entsprechenden Branche beschäftigen.
- 50 Im Zusammenhang mit den sogenannten flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit wurde mit Art. 1a AVEG und Art. 2 Ziff. 3^{bis} AVEG die Möglichkeit einer "erleichterten" Allgemeinverbindlicherklärung geschaffen.⁷¹ Ziel dieser Regelungen ist, Lohn- und Sozialdumping nicht nur bei Entsendefällen, sondern auch in rein inländischen Sachverhalten sicherzustellen.⁷²
- 51 Das Bundesrecht regelt die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Gesamtarbeitsverträgen abschliessend.⁷³
- 52 Fraglich ist, ob kantonale Erlasse eine Verpflichtung privater Akteure zum Abschluss von GAV vorsehen können. In BGE 124 I 107 entschied das Bundesgericht, eine jurassische Volksinitiative, die staatliche Hilfe an die Voraussetzung des Abschlusses eines Gesamtarbeitsvertrags knüpfte, sei unverhältnismässig und verletzte u.a. die verfassungsrechtlich gewährte Vereinsfreiheit.⁷⁴ Das Bundesgericht erachtet es jedoch als zulässig, wenn der Staat im Rahmen seines Beschaffungsrechts ein privatrechtliches Unternehmen zwar nicht zum Abschluss eines GAV verpflichtet, aber verlangt, dass die Arbeitsbedingungen eines GAV eingehalten werden.⁷⁵ In BGE 138 II 398 musste das Bundesgericht über die Gültigkeit von

⁶⁹ BGE 128 II 13 E. 5. Ein allgemeinverbindlich erklärter GAV stellt auch keinen Verstoss gegen die (negative) Koalitionsfreiheit dar, siehe auch den Entscheid des Bger 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010, E. 4.3.

⁷⁰ Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG), SR 221.215.31.1

⁷¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681, zu den flankierenden Massnahmen siehe Jung-hanss Cornelia, Personenfreizügigkeit, in: Pärli Kurt et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, S. 480 ff.

⁷² Pärli, Kurt, Kommentar zum Entsendegesetz, Einleitung, 2. Auflage, Bern, 2021, N 8.

⁷³ BGer 2C_98/2020 vom 22.12.2021, E. 3, siehe dazu auch unten, N 55.

⁷⁴ BGE 124 I 107, E. 4c/cc, siehe auch die Entscheide des Bundesgericht 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010, E. 4.2, und 2C_728/2011 vom 23. Dezember 2011, E. 7.3.

⁷⁵ Bger, Entscheid 2P.193/2003 vom 2. März 2004, E., 3.3; siehe auch den Entscheid des Bger 2C_58/2009 vom 4. Februar 2010, E. 4.3 (kein Verstoss gegen die Koalitionsfreiheit).

Bestimmungen des Tessiner Anwendungsgesetzes zur Spitalfinanzierung entscheiden. Dabei stellte das Bundesgericht fest, die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes und der gleich langen Spiesse im Spitalwettbewerb stehende Verpflichtung der Arbeitgeber zur Einhaltung der *üblichen Arbeitsbedingungen* verstosse nicht gegen das Bundesrecht und die Verfassung.⁷⁶ Zu Bestimmung der Üblichkeit von Arbeitsbedingungen bietet sich regelmässig die Orientierung an den in der Branche (ggf.) vorhandenen GAV an.

53 In diesem Zusammenhang lohnt sich auch ein Blick auf eine Regelung im Kanton Bern. Wie in vielen anderen Kantonen wurden auch in Bern die ehemals kantonalen Spitäler basierend auf dem Spitalversorgungsgesetz (SpvG)⁷⁷ in die "unternehmerische Freiheit" entlassen und sind als Aktiengesellschaften nach Art. 620 ff. OR organisiert.⁷⁸ Die damit einher gehende Organisationsfreiheit schliesst im Kanton Bern grundsätzlich auch die Anstellung des Personals ein, d.h., das Personal dieser Institutionen ist privatrechtlich angestellt. Art. 50 Abs. 1 SpvG hält nun Garantien für die Arbeitsbedingungen fest, indem sämtliche Listenspitäler und Listengeburtshäuser (also nicht nur die ausgelagerten ehemals kantonalen Spitäler) mit ihrem Personal wahlweise einen GAV abzuschliessen haben oder aber Arbeitsbedingungen bieten müssen, die dem GAV der Branche entsprechen. Der Regierungsrat erhält in Art. 50 Abs. 2 SpvG die Kompetenz, bei Fehlen eines GAV die Mindestarbeitsbedingungen festzulegen. Die bernische Regelung steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Aufnahme in die Spitalliste vom Abschluss oder Beitritt zu einem Gesamtarbeitsvertrag abhängig zu machen, unzulässig ist.⁷⁹ Nicht bundesrechtswidrig ist indes gemäss Bundesgericht, die Auflage, die in solchen Verträgen festgelegten Bedingungen einzuhalten.⁸⁰

54 Im Kanton Neuenburg haben die zuständigen Behörden die Erteilung von Leistungsaufträgen im Rahmen der Spitalplanung und der Spitalliste unter anderem von Einhaltung von in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitsbedingungen abhängig gemacht.⁸¹ Die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung musste vom Bundesverwaltungsgericht geprüft werden.⁸² Diese Verpflichtung verstosse unter anderem, so die Beschwerdeführer (verschiedene Akteure des Gesundheitswesens) gegen die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)⁸³. Die Neuenburger Regierung ist demgegenüber der Auffassung, die Pflicht, die im GAV Santé 21 verankerten Arbeitsbedingungen einzuhalten, diene dazu,

⁷⁶ BGE 138 II 398, E. 8.

⁷⁷ Spitalversorgungsgesetz Kanton Bern (SpvG) vom 13. Juni 2013, (812.11).

⁷⁸ Art. 19 und Art. 32 SpvG.

⁷⁹ BGer, Urteil vom 23. Dezember 2011, 2C_728/2011 E. 7.3.

⁸⁰ BGer, Urteil vom 23. Dezember 2011, 2C_728/2011, E. 8.4.

⁸¹ Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 3 lit. d des Erlasses vom 17. Dezember 2014 (https://www.ne.ch/legislation-jurisprudence/pubfo/Arr-RegCE/Documents/2014/FO51_04_ACE_DFS_crit%C3%A8res_liste-hosp_2016_vdef.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2022) verlangt, dass Leistungserbringer sich verpflichten müssen, wenn sie in die kantonale Spitalliste aufgenommen werden, die Bedingungen des öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen GAV Santé 21 einhalten. Ausserkantonaler Betriebe müssen die Bedingungen eines Gesamtarbeitsvertrags oder die im Standortkanton geltenden Normen einhalten. Zum GAV Santé 21 siehe hier: <https://www.cctsante21.ch/> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

⁸² Bundesverwaltungsgericht (BVGer), Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015.

⁸³ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E.10.3.

einen unlauteren Wettbewerb zwischen den Spitälern bei den Arbeitsbedingungen zu vermeiden.⁸⁴ Das Bundesverwaltungsgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, die Einhaltung von Arbeitsbedingungen habe einen Einfluss auf die Pflegequalität.⁸⁵ Die Erteilung von Leistungsaufträgen dürfe aber nicht davon abhängig gemacht werden, dass ganz allgemein die Einhaltung des GAV Santé 21 gefordert sei. Der Regierungsrat müsste vielmehr die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen klar festlegen und dabei auch darlegen, wie diese Bedingungen mit der Art. 39 KVG geforderten Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung vereinbar seien.⁸⁶

- 55 Das Bundesverwaltungsgericht hält zudem sehr summarisch fest, dass die Anforderung nach der Einhaltung des GAV Santé 21 als Voraussetzung für einen Platz auf der kantonalen Spitalliste eine Umgehung des AVEG darstellen würde.⁸⁷

2.2.4 Kompetenzgrundlagen für Gesamtarbeitsverträge im öffentlichen Dienstrecht

- 56 Art. 342 Abs. 1 lit. a OR hält fest, dass Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis vorbehalten bleiben, soweit sie nicht Art. 331 Abs. 5 OR (Pflichten der Arbeitgeberin bei der Personalvorsorge) und Art. 331a-331e OR (Vorschriften zur Personalvorsorge, namentlich Beginn und Ende des Vorsorgeschatzes sowie Gesundheitsvorbehalte) betreffen. In Dienstverhältnissen beim Bund, den Kantonen, den Gemeinden oder anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen finden demnach grundsätzlich die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Personalerlasse Anwendung.

- 57 Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber des Bundes, der Kantone und der Gemeinden nehmen Anstellungen in der Regel durch öffentlich-rechtlichen Vertrag oder mitwirkungsbedürftige Verfügung vor. Dies gilt sowohl für die Zentralverwaltung als auch für dezentrale Verwaltungsträger wie beispielsweise öffentlich-rechtliche Anstalten. Aus Art. 342 Abs. 1 lit. a OR lässt sich kein Verbot ableiten, das Personal auch auf der Grundlage des privatrechtlichen Arbeitsvertragsrechts anzustellen. Nach Lehre und Praxis ist dafür eine entsprechende gesetzliche Grundlage erforderlich.⁸⁸

- 58 Die verfassungsrechtliche in Art. 28 BV verankerte Koalitionsfreiheit garantiert Arbeitnehmenden sich zu Verbänden zusammenschliessen und verleiht einen Anspruch auf Kollektivverhandlungen.⁸⁹ Das gilt *grundsätzlich* auch für Beschäftigte im öffentlichen Dienst. Auch

⁸⁴ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.4.

⁸⁵ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.7.1.

⁸⁶ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.7.3. Siehe dazu vertieft unten, N 84 ff.

⁸⁷ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.7.2, zustimmend mit weitergehender Begründung siehe ZOBL MARTIN/STAFFELBACH DANIEL/ZIMMERLI DANIEL, Kantonale Spitalplanung: Analyse des Urteils BVGer C-7017/2015, SZS 2022 S. 136 ff., 149. Zum AVEG siehe oben, N 48 bis N 51.

⁸⁸ Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für privatrechtliche Anstellungen siehe BGer, Urteil 2P.18/2006 vom 19. Mai 2006, E. 2.3; BGE 118 II 213, 217 ff. E. 3, siehe auch GREBSKI LUKASZ, Der öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsvertrag, Konsensuale Gestaltung generell-abstrakter Arbeitsbedingungen und sozialpartnerschaftlicher Rechtsbeziehungen im öffentlichen kollektiven Arbeitsrecht, Bern 2021 (= SSA 87), S. 69 und DONATSCH, JÜRIG, Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst – Berechtigtes Anliegen oder juristischer Irrweg, Jusletter vom 3. Mai 2010.

⁸⁹ Zur Koalitionsfreiheit siehe hinten, N 111 f.

sie haben einen Anspruch, Verhandlungen mit der Arbeitgeberin mit dem Ziel des Abschlusses eines GAV zu führen.⁹⁰ Gemäss Teilen der Lehre reicht es für die *Zulässigkeit eines GAV im öffentlichen Dienst* aus, wenn das anwendbare Recht dafür Raum lässt – mit anderen Worten einen GAV nicht explizit oder implizit verbietet – und diese Vertragsform angemessener erscheint als die Regelung der Arbeitsverhältnisse durch Verfügung.⁹¹ Gemäss anderen Stimmen in der Lehre benötigen GAV im öffentlichen Personalwesen, im Unterschied zu "gewöhnlichen", privatwirtschaftlichen GAV gemäss Obligationenrecht, eine *ausdrückliche Grundlage in einem Gesetz*.⁹²

- 59 Für öffentlich-rechtliche GAV sind die einschlägigen Vorschriften der jeweiligen Rechtsordnung anwendbar. Beispielsweise stützt sich der GAV für das Personal des Kantonsspital Baselland / Psychiatrie Baselland auf das kantonale Spitalgesetz.⁹³ Zudem kommen subsidiär sinngemäss die Bestimmungen des OR und ArG zu Anwendung.⁹⁴ Komplex ist die Konstellation im Kanton Solothurn. Hier gilt fürs gesamte Personal ein GAV⁹⁵, der sich auf § 45^{bis} des Staatspersonalgesetzes (StPG⁹⁶) und § 50 des Volksschulgesetzes (VSG⁹⁷) sowie auf § 19 Abs. 3 des Spitalgesetzes (SpitG⁹⁸) stützt. Auf einem Staatsvertrag⁹⁹ basiert der öffentlich-rechtliche GAV der Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW¹⁰⁰).
- 60 Es kommen auch Kombinationen von privat- und öffentlich-rechtlichen GAV vor. So haben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB zwei verschiedene GAV abgeschlossen: Einen privatrechtlichen GAV gemäss OR für die Angestellten von SBB Cargo¹⁰¹ und einen öffentlich-rechtlichen GAV für die Angestellten im Personenverkehr, welcher seine gesetzliche Grundlage im Bundespersonalgesetz (BPG) und im Gesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG) findet.¹⁰²

⁹⁰ HELBLING, PETER, GAV für den Staatsdienst, in Aktuelle Juristische Praxis AJP 1998, S. 900, siehe dazu ausführlich (auch zu den Einschränkungen) unten, N 119 f.

⁹¹ HELBLING (Fn 90), S. 901; GREBSKI (Fn 88), S. 70.

⁹² MEIER, KURT, Der Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst, in: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Peter Helbling/Tomas Poledna (Hrsg.), Bern 1999, S. 245.

⁹³ Spitalgesetz Basel-Land vom 17. November 2011, SGS 930.

⁹⁴ Siehe Art. 4 des GAV "Rechtliche Grundlagen", der GAV findet sich hier: https://www.sbk-bsbl.ch/fileadmin/bsbl/sozialpartnerschaft/gav/basel-landschaft/gav_psychiatrie_baselland.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2022).

⁹⁵ Siehe: <https://so.ch/verwaltung/finanzdepartement/personalamt/anstellungsbedingungen-gesamtarbeitsvertrag/> (zuletzt besucht am 26.10.2022).

⁹⁶ BGS 126.1 - Gesetz über das Staatspersonal (StPG) vom 27.09.1992.

⁹⁷ BGS 413.111 - Volksschulgesetz (VSG) vom 14.09.1969.

⁹⁸ BGS 817.11 - Spitalgesetz (SpiG) vom 12.05.2004.

⁹⁹ Staatsvertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) vom 27. Oktober 2004 / 9. November 2004 / 18./19. Januar 2005.

¹⁰⁰ Die FHNW ist eine interkantonale, öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit.

¹⁰¹ Siehe Art. 1 GAV Cargo SBB, Quelle: https://www.transfair.ch/Ressourcen/PDF/Branchen/Off-Verkehr/GAV/GAV_SBB_Cargo_D_web (zuletzt besucht am 20.10.2022).

¹⁰² Siehe Art 1 GAV SBB, Quelle: https://www.transfair.ch/Ressourcen/PDF/Branchen/Off-Verkehr/GAV/GAV_SBB_D_web (zuletzt besucht am 20.10.2022).

2.2.5 Erstes Zwischenfazit

- 61 Die Bundesverfassung verleiht dem Bund im Bereich der Regelung von Arbeitsbedingungen umfassende Kompetenzen, sowohl hinsichtlich Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag als auch betreffend Gesamtarbeitsverträgen einschliesslich deren Allgemeinverbindlicherklärung und mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz. Die Kantone dürfen bei der Ausübung ihrer Kompetenzen in Sachgebieten wie der Sozialpolitik oder dem Gesundheitswesen trotz der weit reichenden arbeitsrechtlichen Bundeskompetenzen Bestimmungen mit arbeitsrechtlichem Bezug erlassen (z.B. kantonal geltende Mindestlöhne).
- 62 Die Arbeitsverhältnisse des Bundes, der Kantone und der Gemeinden basieren auf dem je anwendbaren öffentlichen Personalrecht, wobei der Bund die Möglichkeit hat, bei entsprechender Kompetenzgrundlage Bestimmungen zu erlassen, die für sämtliche, also auch öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse gelten. Der Bundesgesetzgeber hat von dieser Kompetenz unter anderem mit dem Erlass des Arbeitsgesetzes Gebrauch gemacht. Zwar sieht das Arbeitsgesetz einen Vorbehalt des öffentlichen Dienstrechts vor, zwingend ist dieser aber aufgrund der verfassungsrechtlichen Ausgangslage nicht. Das zeigt das Beispiel des Gleichstellungsgesetzes, das ohne Ausnahme auf sämtliche privat- und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar ist. Es ist deshalb *grundsätzlich* zulässig, wenn der Bund bei der Umsetzung von Art. 197 Ziffer 13 lit. c Bestimmungen gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV erlässt, die auch für Pflegepersonal in kantonalen und kommunalen Institutionen Gültigkeit haben. Gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. b BV (wiederum in Verbindung mit Art. 197 Ziffer 13 lit. c BV) hat der Bund zudem die Kompetenz, für den Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in einem bestimmten Bereich erleichterte Voraussetzungen vorzusehen.
- 63 Die vorangehenden Erkenntnisse basieren auch auf folgender Überlegung: Die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Zielsetzung der ausreichenden Pflege zu hoher Qualität verpflichten gemäss Initiativtext Bund und Kantone. Die Verpflichtung zum Erlass von Regelungen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen richtet sich nach Art. 197 Ziffer 13 lit. c BV "nur" an den Bund. Dem *Verfassungsgeber war bewusst* bzw. ihm musste bewusst gewesen sein, dass das *Personal in vielen kantonalen und kommunalen Einrichtungen nach öffentlichem Dienstrecht* angestellt ist. Die Verpflichtung zum Erlass von arbeitsrechtlichen Bestimmungen wurde indes "nur" dem Bund auferlegt. Es ist also *am Bund, die notwendigen Ausführungsbestimmungen* erlassen. Er kann sich dabei, auch dies wurde gezeigt, auf die Bundeskompetenzen in Art. 122 BV und 110 Abs. 1 lit a und b BV stützen. Dies schliesst auch eine Anpassung des AVEG mit ein. Auch dürfen die Ausführungsbestimmungen in das kantonale und kommunale Personalrecht eingreifen, sofern und soweit dies für die Durchsetzung der Ziele der Pflegeinitiative (mit Blick auf die Arbeitsbedingungen) erforderlich ist. Das ArG bzw. die Verordnungen können entsprechend angepasst werden.

- 64 Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass selbstverständlich auch die Kantone in der Pflicht stehen, ihrerseits dafür zu sorgen, dass die Pflegequalität (auch) durch gute Arbeitsbedingungen gesichert wird.

2.3 Hohe Pflegequalität als Kompetenzgrundlage für arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen

- 65 Im bereits erwähnten Bundesverwaltungsgerichtsurteil betreffend die Regelung im Kanton Neuenburg (Verpflichtung der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Santé 21 als Voraussetzung für einen Platz auf der kantonalen Spitalliste) finden sich bedenkenswerte Ausführungen zur Frage, inwieweit die Einhaltung von Arbeitsbedingungen auch aus anderen als rein Arbeitnehmerschutzgründen verlangt werden darf. Bevor diese Frage mit Blick auf den vorliegenden Zusammenhang (Sicherheit der Pflegequalität durch Arbeitsbedingungen) vertieft diskutiert wird, wird nachfolgend anhand einer kurzen "tour d'horizon" aufgezeigt, dass auch in anderen Rechtsgebieten in Erlassen ausserhalb des klassischen Arbeitsrechts die Einhaltung von Arbeitsbedingungen verlangt wird.

2.3.1 Arbeitsrechtliche Regelungen ausserhalb des Arbeitsrechts

a) *Postgesetz*

- 66 Das Postgesetz (PG¹⁰³) regelt die landesweite Versorgung mit Dienstleistungen im Post- und Zahlungsverkehr (Art. 1 Abs. 1 PG). Zu den Postdiensten gehören Art. 2 lit. a PG "das Annehmen, Abholen, Sortieren, Transportieren und Zustellen von Postsendungen". Wer gewerbsmässig Postdienste anbietet, ist nach Art. 4 Abs. 1 PG verpflichtet, die Tätigkeit der PostCom¹⁰⁴ zu melden.¹⁰⁵ Art. 4 Abs. 3 lit. b PG hält fest, dass die meldepflichtigen Unternehmen die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen gewährleisten müssen und Art. 4 Abs. 3 lit. c PG verpflichtet die Anbieter von Postdienstleistungen zu GAV-Verhandlungen mit den Personalverbänden. Art. 22 Abs. 2 lit. b PG überwacht die PostCom, ob die branchenüblichen Arbeitsbedingungen eingehalten werden und ob der GAV-Verhandlungspflicht nachgekommen wird. Der Nachweis der GAV-Verhandlungspflicht ist in Art. 6 der Verordnung zum Postgesetz (VPG) präzisiert. Festgehalten wird hier, der Nachweis sei der PostCom mit Dokumenten (Briefen, E-Mails oder Protokollen) zu erbringen.¹⁰⁶
- 67 Mit dem Postgesetz wurde die Liberalisierung des Postmarktes und die Aufteilung in einen Bereich Grundversorgungsauftrag an die Post und einen Bereich, in dem die Post mit anderen Marktteilnehmenden auftritt, rechtlich geregelt. Ratio legis der GAV-Verhandlungspflicht

¹⁰³ Postgesetz vom 17. Dezember 2010 (PG), SR 783.0.

¹⁰⁴ Zu den Aufgaben und Kompetenzen der PostCom siehe <https://www.postcom.admin.ch/de/postcom-startseite/> (zuletzt besucht am 20.10.2022).

¹⁰⁵ Zum Ganzen siehe BOUCHER-KIND NATASCHA, Staatliche Marktteilnahme, Rechtliche Rahmenbedingungen und Regelungsvorgaben am Beispiel der Post, Bern 2020 (= PIFF 13), S. 173.

¹⁰⁶ Erläuterungen zur VPG, Quelle: <https://www.postcom.admin.ch/inhalte/PDF/Gesetzgebung/Erlaeuterungsbericht-Postverordnung-d-20120829.pdf>.

ist gemäss Botschaft des Bundesrates zum Postgesetz die Vermeidung von Konkurrenzvorteilen durch ungünstige Arbeitsbedingungen und die Erleichterung von GAV-Abschlüssen.¹⁰⁷ In der Kurierbranche war die GAV-Abdeckung lange Zeit sehr schwach. Durch die gesetzliche Verankerung einer GAV-Verhandlungspflicht soll sich die Bereitschaft der beteiligten Akteure, einen GAV abzuschliessen, erhöhen.¹⁰⁸ Weder in der bundesrätlichen Botschaft noch in den Parlamentsdebatten war die GAV-Verhandlungspflicht umstritten, insbesondere wurde darin auch kein verfassungsrechtliches Problem erkannt.

- 68 Die GAV-Verhandlungspflicht im Bereich des Postmarktes zeigt, dass der Gesetzgeber Gesamtarbeitsverträge und insbesondere auch deren Allgemeinverbindlichkeit durch gezielte Interventionen fördern kann. Die Situation im Postmarkt lässt sich teilweise mit dem Pflegebereich vergleichen. Während in grösseren Institutionen Gesamtarbeitsverträge üblich sind, ist dies in vielen kleineren und mittleren Pflegeinstitutionen nicht der Fall, weder im stationären noch im ambulanten Bereich (Spitex). Will der Gesetzgeber die Arbeitsbedingungen in der Pflege gerade auch in diesen Institutionen verbessern, könnte die Einführung einer GAV-Verhandlungspflicht – allenfalls kombiniert mit anderen Massnahmen – ein wirkungsvolles Instrument darstellen.

b) *Beschaffungsrecht von Bund und Kantonen*

- 69 Bund und Kantone verlangen gestützt auf die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften von Unternehmen, die öffentliche Beschaffungen ausführen, die Einhaltung bestimmter Arbeitsbedingungen, namentlich auch hinsichtlich der zu bezahlenden Löhne, wobei regelmässig auf die „Orts- und Branchenüblichkeit“ oder „Orts- und Berufsüblichkeit“ abgestellt wird. Anbieter, die ihren gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten gegenüber dem Personal nicht nachkommen, sind vom Verfahren über die Erteilung eines öffentlichen Auftrages auszuschliessen. Die entsprechenden Ausschlussgründe im Vergaberecht sind *sozialpolitisch* motiviert, dienen aber auch dem *fairen Wettbewerb* der Anbieter.¹⁰⁹

c) *Ausländerrecht, Freizügigkeitsabkommen und Entsenderecht*

- 70 Sowohl im Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)¹¹⁰ als auch im Freizügigkeitsabkommen (FZA)¹¹¹ und im in diesem Kontext erlassenen Entsendegesetz (EntsG)¹¹² finden sich Bestimmungen über mindestens einzuhaltende Arbeits- und Lohnbestimmungen. So können

¹⁰⁷ Botschaft zum Postgesetz vom 20. Mai 2009, BBl 2009 5206.

¹⁰⁸ WILDHABER ISABELLE, Möglichkeiten und Grenzen der Mindestlohnregulierung in der Schweiz, ARV online 2014 Nr. 1. Die Wirkung dieser Regelung im Postgesetz wurde bis heute (2022) nicht evaluiert.

¹⁰⁹ So das bernische Verwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 24. August 1999 i.S. H. AG und Paritätische Berufskommission (VGE 20757/20758), E. 2b.

¹¹⁰ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) vom 16. Dezember 2005 (Stand am 1. März 2015, SR 142.20).

¹¹¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 01.142.112. 681.

¹¹² Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, (Entsendegesetz, EntsG), vom 8. Oktober 1999, SR 823.20-

nach Art. 22 AIG Ausländerinnen und Ausländer nur eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlangen, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Arbeits- und Lohnbedingungen eingehalten werden. Die Behörden stützen sich bei der Bestimmung der üblichen Arbeits- und Lohnbedingungen auf die gesetzlichen Vorschriften, auf Normal- und Gesamtarbeitsverträge und darauf, was für die gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Branche üblich ist.

- 71 Das FZA beinhaltet in Art. 9 Anhang I zum FZA zwar ein Verbot der Schlechterstellung von FZA-ausländischen Arbeitskräften im Verhältnis zu inländischen Beschäftigten, es sieht aber im Unterschied zum AuG keine behördliche Kontrolle der Arbeits- und Lohnbedingungen vor.¹¹³ Nach Art. 2 EntsG haben ausländische Unternehmen, die in der Schweiz Aufträge ausführen, diejenigen lokal geltenden minimalen Arbeitsbedingungen einzuhalten, die in einem Gesetz, einem allgemeinverbindlichen GAV oder einem NAV nach Art. 360a OR verankert sind.
- 72 Ratio legis all dieser Bestimmungen ist zu vermeiden, dass die Öffnung des Arbeits- und Dienstleistungsmarktes zu einem starken Druck auf die inländischen Arbeitsbedingungen führt.

d) *Erteilung von Konzessionen*

- 73 Bei der Erteilung von Konzessionen ist regelmässig vorgesehen, dass gewisse Arbeitsbedingungen eingehalten werden müssen. Das trifft auch auf den Fernmeldebereich zu. Hier sieht Art. 6 lit. c des Fernmeldegesetzes (FMG)¹¹⁴ vor, dass konzessionierte Unternehmen „die arbeitsrechtlichen Vorschriften einhalten und die Arbeitsbedingungen der Branche gewährleisten müssen. In der Lehre wird kritisch vermerkt, weder Gesetz noch Verordnung würden klären, was genau mit der „Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen“ gemeint sei. Im Fernmeldebereich hat dies zur Folge, dass die GAV-Arbeitsbedingungen der marktbeherrschenden Swisscom faktisch zum Standard in der ganzen Branche werden¹¹⁵.
- 74 Das FMG soll nach Art. 1 lit. c „einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen“. Wettbewerb bedeutet hier, dass die Anbieter ihre Konkurrenzvorteile ausnutzen können sollen. Mit der Verpflichtung zur Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche trägt der Gesetzgeber den sozialverpflichtenden Aspekten eines fairen Wettbewerbs Rechnung. Fair ist ein Wettbewerb im Lichte (sozial)verfassungsrechtlicher Prämissen nur dann, wenn der Konkurrenzvorteil nicht mittels schlechterer Arbeitsbedingungen erkaufte wird.¹¹⁶

¹¹³ WILDHABER (Fn 108), N 43.

¹¹⁴ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG), SR 784.10.

¹¹⁵ Bericht zur Auslegung des Begriffs „Gewährleistung der Arbeitsbedingungen der Branche“ gemäss Art. 6 Bst. c des Fernmeldegesetzes, Prof. Dr. J.F. STÖCKLI, Universität Basel, S. 11 f., siehe: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00926/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 26.10.2022).

¹¹⁶ GEISER, THOMAS/PÄRLI, KURT, Rechtsgutachten zu Art. 6 Bst. c FMG, S. 6, siehe <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00926/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 26.10.2022).

e) *Würdigung*

- 75 Die aufgezeigten Beispiele zeigen, dass der Bundesgesetzgeber in verschiedenen Sachbereichen die Einhaltung arbeitsrechtlicher Standards verlangt. Mit diesen Regulierungen wird primär die Vermeidung ungünstiger Arbeitsbedingungen als Folge offener bzw. liberalisierter Märkte bezweckt. Für die Umsetzung der Pflegeinitiative bedeutet dies nur, aber immerhin, dass der Bundesgesetzgeber durchaus auch in anderen Rechtsgebieten mittels arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen unmittel- oder mittelbar auch andere Ziele verfolgt. Zu bemerken ist indes, dass hier jeweils ausdrückliche gesetzliche Grundlagen geschaffen wurden.

2.3.2 Arbeitsbedingungen als Faktor der Pflegequalität

a) *Allgemeines*

- 76 Bezüglich Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen fällt letzteren die Verantwortung für die Gesundheitsversorgung und damit auch für die Sicherstellung ausreichender Pflegeangebote zu. Das ergibt sich aus Art. 3 BV, wonach der Bund nur für die Gebiete kompetent ist, für die ihm die Bundesverfassung eine ausdrückliche Kompetenz zuweist.¹¹⁷
- 77 Mit der Annahme der Pflegeinitiative wird der Bund für die Sicherstellung der Pflege verstärkt in die Pflicht genommen. Die kantonale Kompetenz für das Gesundheitswesen wird indes ohnehin durch die Bundeskompetenz im Bereich der Krankenpflegeversicherung nach Krankenversicherungsgesetz (KVG¹¹⁸) beschränkt. Der Entscheid, welche Leistung unter welchen Voraussetzungen von den Krankenkassen übernommen werden muss, basiert auf den Grundlagen im KVG.¹¹⁹

b) *Grundlagen der Kostenübernahmepflicht von Pflegeleistungen*

- 78 Art 24 KVG hält den allgemeinen Grundsatz der Kostenübernahmepflicht durch die Krankenkassen fest. Diese müssen die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25–31 KVG nach Massgabe der in den Art. 32–34 KVG festgelegten Voraussetzungen übernehmen. Das betrifft unter anderem Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim durch Personen durchgeführt werden, die auf Anordnung oder im ärztlichen Auftrag Leistungen erbringen (Art. 25 Abs. 2 lit. a Ziff. 3 KVG).
- 79 Nach Art. 25a Abs. 1 KVG haben die Krankenkassen einen Beitrag an die Pflegeleistungen zu leisten, die aufgrund einer ärztlichen Anordnung und eines ausgewiesenen Pflegebedarfs *ambulant*, auch in Tages- oder Nachtstrukturen, oder im Pflegeheim erbracht werden. Der Bundesrat bezeichnet die Pflegeleistungen und regelt das Verfahren der Bedarfsermittlung

¹¹⁷ BIAGGINI GIOVANNI, in: Biaggini Giovanni (Hrsg.), BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007.

¹¹⁸ Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), SR 832.10.

¹¹⁹ 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.

(Art. 25a Abs. 3 KVG). Massgebend ist der Aufwand nach Pflegebedarf für Pflegeleistungen, die in der *notwendigen Qualität, effizient und kostengünstig* erbracht werden (Art. 25a Abs. 4 Satz 1 und 2 KVG). Der Leistungsbereich wird – gestützt auf Art. 25a Abs. 4 Satz 4 KVG in Verbindung mit Art. 33 lit b KVV – in Art. 7 ff. KLV präzisiert. Auch für den Bereich der ambulanten Pflege gilt der in Art. 32 KVG verankerte Grundsatz, wonach Leistungen den so genannten WZW-Kriterien entsprechen müssen (Leistungen müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein).¹²⁰

- 80 Art. 39 Abs. 1 KVG hält die Voraussetzungen fest, die *Spitäler* erfüllen müssen, um als Leistungserbringer zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung anerkannt zu werden. Ein Spital muss eine ausreichende medizinische Versorgung gewährleisten, über das notwendige qualifizierte Personal verfügen, eine angemessene medizinische Ausrüstung besitzen und die ausreichende Versorgung mit Arzneimitteln sicherstellen, der vom Kanton aufgestellten Spitalplanung entsprechen¹²¹, um den Bedarf an Spitalleistungen zu decken, und auf der kantonalen Liste erscheinen¹²², die die Spitalkategorien entsprechend ihrem Auftrag festlegt (Art. 39 Abs. 1 lit. d ff. KVG).¹²³ Auf Verordnungsstufe hat der Bundesrat einheitliche Planungskriterien bezüglich *Qualität und Wirtschaftlichkeit* erlassen.¹²⁴ Gemäss Art. 58g lit. a KVV müssen zugelassene Leistungserbringer auch über das erforderlich qualifizierte Personal verfügen. Dieses Erfordernis trifft gestützt auf Art. 51 lit. e KVV auch auf Organisationen zu, die Krankenpflege und Hilfe zu Hause erbringen.
- 81 Art. 39 Abs. 3 KVG hält fest, dass die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 3 KVG sinngemäss auch für Geburtshäuser und Pflegeheime gelten. Massgebend sind demnach ebenfalls die Art. 58a – 58g KVV.
- 82 Als Pflegeheime gelten gemäss Art. 39 Abs. 3 KVG "Anstalten, Einrichtungen oder ihre Abteilungen, die der Pflege und medizinischen Betreuung sowie der Rehabilitation von Langzeitpatienten und -patientinnen dienen". Der Begriff "Pflegeheim" ist auch im Zusammenhang mit der Art. 25a KVG genannten Erbringung von Pflegeleistungen zu verstehen. Dabei kommen sowohl lang- als auch kurzfristige (im Rahmen einer Übergangspflege, Art. 25a Abs. 2 KVG) in Frage. Als Pflegeheime – und somit auf die kantonalen Listen aufzunehmen – sind auch Pflegestationen von Altersheimen oder Abteilungen von Spitälern für die Pflege von Langzeitpatientinnen und -patienten.¹²⁵

¹²⁰ BGE 126 V 334 ff. Weiterführend zur Thematik: FLEISCHANDERL PETRA, Krankenpflegeleistungen, SZS 2020 S. 262.

¹²¹ Die Spitalplanung ist eine Aufgabe der Kantone, siehe Art. 39 Abs. 2 KVG.

¹²² BVGer, Urteil vom C 2251/2015 vom 9. Juni 2016, Ziff. 1.1.

¹²³ Siehe zum Ganzen auch: EUGSTER GEBHARD, in: Stauffer Hans-Ulrich/Cardinaux Basile (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, Art. 39 Spitäler und andere Einrichtungen N 50 f.)

¹²⁴ Art. 58b bis 58g KVV.

¹²⁵ LANDOLT HARDY, Behandlungspflege – medizinische Pflege – Grundpflege: ein Abgrenzungsversuch, Pflegerecht 2014 S. 27 ff.

c) *Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und Qualität/ Wirtschaftlichkeit der Pflege*

- 83 Was "Qualität" und was "Wirtschaftlichkeit" ist (auch bezüglich ambulanter und stationärer Pflege), bedarf der Auslegung. Insbesondere interessiert, ob die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals ein Kriterium der Qualität und Wirtschaftlichkeit darstellen. Das Bundesverwaltungsgericht setzt sich in seinem Urteil vom 17. September 2021 (Auflage Einhaltung GAV-Bestimmungen) mit dieser Frage intensiv auseinander. Das Gericht hält fest, dass *Arbeitsbedingungen* wichtig sind für die *Pflegequalität und Wirtschaftlichkeit*. Erwähnt wird 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.¹²⁶
- 84 Das Bundesverwaltungsgericht verweist in seinen Erwägungen auf eine Stellungnahme des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) vom 24. März 2016. Das BAG sei der Auffassung, dass angemessene Arbeitsbedingungen und eine faire Entlohnung die Qualität der Leistung fördern könne, ein Zusammenhang zwischen Leistungsqualität und Arbeitsbedingungen eines GAV könne jedoch nur indirekt und relativ sein, da die Qualität insbesondere an Indikatoren wie der Zahl der behandelten Fälle gemessen würde. Das BAG komme zum Schluss, die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zur Bedingung für die Aufnahme in die Spitalliste zu machen, entspreche nicht den Anforderungen der Spitalplanung nach KVG.¹²⁷ Dieser Einschätzung *widerspricht das Bundesverwaltungsgericht*. Die Einhaltung angemessener Arbeitsbedingungen könne zur *bundesrechtlich geforderten Qualität* beitragen und sei somit als Planungserfordernis nach KVG anzuerkennen.¹²⁸ Angemessene Arbeitsbedingungen können nach Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts auch dazu beitragen, dass Pflegepersonal im Beruf bleibt und qualifiziertes Personal gefunden wird.¹²⁹ Das Gericht bejahte aus diesen Gründen eine grundsätzliche Kompetenz der Planungsbehörden, Anforderungen an die Arbeitsbedingungen in Listenspitälern zu formulieren.
- 85 Trotz dem Bekenntnis zur Bedeutung der Arbeitsbedingungen als Indikator für Qualität und Wirtschaftlichkeit (auch der Pflege) erachtet das Bundesgericht die Auflage der Neuenburger Behörden "Einhaltung der Arbeitsbedingungen des GAV Santé 21" in allgemeiner Form als nicht zulässig. Es seien nicht alle Arbeitsbedingungen geeignet, die Qualität und/oder die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu verbessern. An die Adresse der zuständigen

¹²⁶ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.6.1.

¹²⁷ Die BAG-Stellungnahme ist nicht veröffentlicht, im Urteil des BVGer wird darauf verwiesen.

¹²⁸ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.6.1.

¹²⁹ 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 (zuletzt besucht am 20.10.2022).

Neuenburger Behörden erfolgt deshalb der Hinweis, es sei zu klar zu definieren, was angemessene Arbeitsbedingungen seien und wie sich diese positiv auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit des Leistungsangebots auswirkten.¹³⁰

2.3.3 Zweites Zwischenfazit

a) *Art. 39 KVG als gesetzliche Grundlage für Mindestarbeitsbedingungen und GAV-Verhandlungspflicht*

- 86 Das Erfordernis der Einhaltung angemessener Arbeitsbedingungen ist mit Blick auf die nach KVG geforderte Qualität und Wirtschaftlichkeit des Leistungsangebots ein geeignetes "Mittel zum Zweck". Die Kantone dürfen deshalb die Einhaltung von Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Aufnahme in die kantonale Spitalliste vorsehen. Auch das Erfordernis, dass sich Arbeitsbedingungen an einem in der Branche existierenden GAV zu orientieren haben, ist zulässig.
- 87 Gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist indes notwendig, dass *kein pauschaler Verweis* auf einzuhaltende GAV-Bestimmungen erfolgt. Vielmehr muss die zuständige Behörde nachweisen, *welche Arbeitsbestimmungen* eine Relevanz für die Qualität und Wirtschaftlichkeit des Leistungsangebots haben.
- 88 Diese Hürde lässt sich mit dem Gebot der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns begründen. Das Erfordernis des Nachweises eines Zusammenhangs zwischen einzuhaltenden Arbeitsbedingungen und Qualität/Wirtschaftlichkeit betrifft die Eignung der Massnahmen. Eine Beitrittspflicht zum GAV wäre unverhältnismässig, weil es mildere Mittel mit weniger starken Einschränkungen für die Vertragsfreiheit gibt und weil die GAV-Beitrittspflicht gegen das AVEG verstossen würde.¹³¹
- 89 Gestützt auf das Krankenversicherungsgesetz macht der Bund den Kantonen bereits heute Vorgaben hinsichtlich der Spitalplanung. Nach Art. 39 Abs. 2ter KVG erlässt der Bundesrat einheitliche Planungskriterien auf der Grundlage von *Qualität und Wirtschaftlichkeit*. In Art. 58a bis 58g KVV ist der Bundesrat dieser Pflicht nachgekommen.
- 90 Im Lichte der vorangehenden Erkenntnisse ergibt sich: Der Bundesrat kann auf der Grundlage von Art. 39 Abs. 2ter KVG diejenigen Mindestarbeitsbedingungen definieren, die für eine qualitativ hochstehende und wirtschaftliche Pflege erforderlich sind. Die zuständigen Bundesämter sind gefordert, die für den Erlass einer ergänzenden Verordnungsbestimmung erforderlichen Grundlagen zu erarbeiten. Die auf Verordnungsstufe festgelegten einzuhaltenen Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals gelten sowohl in Spitälern und Pflegeheimen als auch in Spitexorganisationen.¹³²

¹³⁰ BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015, E. 10.6.1.

¹³¹ ZOBL MARTIN/STAFFELBACH DANIEL/ZIMMERLI DANIEL, Kantonale Spitalplanung: Analyse des Urteils BVGer C-7017/2015, SZS 2022 S. 136 ff., 150f.

¹³² Art. 51 lit. e KVV (Der Verweis auf Art. 58g KVV müsste ggf. angepasst werden).

91 Davon ausgehend, dass ein von den Sozialpartnern ausgearbeiteter GAV Gewähr bietet, dass die für eine gute und wirtschaftliche Pflegequalität erforderlichen Arbeitsbedingungen definiert werden, ergibt es auch Sinn, in der bundesrätlichen Verordnung ergänzend eine GAV-Verhandlungspflicht aufzunehmen. Im Anwendungsbereich des Postgesetzes ist die Postcom für die Überprüfung der Einhaltung der GAV-Verhandlungspflicht zuständig.¹³³ Im vorliegenden Zusammenhang könnte in der KVV vorgesehen sein, dass die Kantone die Einhaltung der GAV-Verhandlungspflicht der Arbeitgeber zu überprüfen haben und dem BAG die Obergerichtskompetenz zukommt.

92 Der Anknüpfungspunkt für die bundesrechtlichen Vorgaben an die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals bildet Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG (...über das ausreichende Fachpersonal verfügen) und Art. 39 Abs. 2ter KVG (Qualität und Wirtschaftlichkeit). *Diese bundesrechtlichen Kompetenzen bestanden bereits vor der Pflegeinitiative.* Durch die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV wird jedoch die Notwendigkeit, den Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und "Qualität und Wirtschaftlichkeit" zu präzisieren, geschaffen. Insofern führt die Pflegeinitiative hinsichtlich der Kompetenz zum Erlass von Arbeitsbedingungen nicht zu einer Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Kantonen, jedoch kann von einer *Kompetenzakzentuierung* gesprochen werden.

b) *Geltungsbereich der neuen Regelungen*

93 Die neu in der KVV zu verankernde Regelungen betreffend Arbeitsbedingungen und GAV-Verhandlungspflicht finden auf sämtliche Institutionen Anwendung, die ambulant oder stationär Pflegedienstleistungen im Sinne des KVG anbieten. Nicht erfasst sind Institutionen, in denen ausschliesslich Betreuung und keine nach KVG abgerechnete Pflege angeboten wird.

94 Wie noch zu zeigen sein wird, verletzt eine GAV-Verhandlungspflicht die arbeitsvölker- und verfassungsrechtlich gewährte (negative) Koalitionsfreiheit nicht.¹³⁴ Auch einzuhaltende Mindestarbeitsbedingungen stellen weder eine Verletzung der Vertragsfreiheit dar, noch kollidieren sie mit der kantonalen und kommunalen Kompetenz für den Erlass des öffentlichen Dienstrechts. Anknüpfungspunkt für die Regelungen bilden die im KVG, also Bundesrecht, vorgesehenen Anforderungen an die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Pflege.

c) *Verankerung auf Gesetzesstufe als Alternative*

95 Art. 197 Ziff. 3 BV verleiht dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen zur Umsetzung der Pflegeinitiative. Eine bestimmte Erlassform ist nicht vorgegeben. Möglich wäre also auch eine Anpassung des KVG, in dem eine (noch explizitere) gesetzliche Grundlage für einzuhaltende Mindestarbeitsbedingungen und eine GAV-Verhandlungspflicht auf Gesetzesstufe verankert würde.

¹³³ Siehe dazu oben, N. 66 ff.

¹³⁴ Siehe dazu unten, N. 125 f.

III) Wirtschaftsfreiheit und Koalitionsfreiheit als Schranke und/oder Grundlage einer GAV-Verhandlungspflicht

1 Vorbemerkungen

- 96 Die Einführung einer rechtlichen Pflicht, dass Arbeitgeber bzw. ihre Verbände mit Arbeitnehmerverbänden GAV-Verhandlungen führen, wirft verfassungsrechtliche Fragen auf. Insbesondere interessiert, ob eine solche Pflicht die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) verletzen könnte. Zu beachten sind dabei arbeitsvölkerrechtliche Bestimmungen (ILO, UN-Pakte, EMRK usw.) und insbesondere die jüngere Entwicklung in diesem Bereich.
- 97 Bevor die Prüfung einer allfälligen Verletzung durch die Einführung einer GAV-Verhandlungspflicht geprüft wird, ist erst auf die Bedeutung der GAV als Teil der Sozialpartnerschaft einzugehen. Es ist an dieser Stelle auch aufzuzeigen, dass aus der Koalitionsfreiheit, wie sie in der BV, im Arbeitsvölkerrecht verankert und auf Gesetzesstufe konkretisiert ist, auch eine Pflicht der Arbeitgeber zur GAV-Verhandlung bzw. Verhandlungsbereitschaft ableiten lässt.

2 Die Bedeutung von GAV und der Sozialpartnerschaft

- 98 Die Sozialpartnerschaft hat in der Schweiz eine lange Tradition, was sich unter anderem darin zeigt, dass sich bereits im OR von 1911 erste Bestimmungen zum GAV-Recht finden.¹³⁵ In der Schweiz werden Mindestlöhne – von wenigen Kantonen abgesehen¹³⁶ – nicht staatlich festgelegt, sondern von den Sozialpartnern im Rahmen von GAV verhandelt.¹³⁷ Im Jahre 2018 gab es 581 GAV, die Arbeits- und Lohnbedingungen für fast zwei Millionen Beschäftigte regeln.¹³⁸ Die Bedeutung von Gesamtarbeitsverträgen und der Sozialpartnerschaft im Allgemeinen nimmt überdies zu. Das zeigt sich an mehreren Orten. So sind die Sozialpartner stark in den Vollzug der flankierenden Massnahmen zum Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA) eingebunden.¹³⁹ Weiter hat der Gesetzgeber 2013 eine gesetzliche Sozialplanpflicht eingeführt, in dessen Rahmen den Sozialpartnern ebenfalls eine wichtige Rolle zukommt.¹⁴⁰ Zu erwähnen ist weiter die Erleichterungen hinsichtlich der Erfassung der Arbeitszeiten, die an das Vorhandensein eines GAV geknüpft ist.¹⁴¹ Diese auf Verordnungsstufe (Art. 73a ARVG 1) eingeführte Regelung ist bemerkenswert. Sie beinhaltet eine indirekte Pflicht zur GAV-Verhandlungen. Will ein Betrieb auf die Arbeitszeiterfassung verzichten, so ist dies nur möglich, wenn dieser Verzicht und die Modalitäten in einem GAV vorgesehen sind. Zudem

¹³⁵ Zum Ganzen ausführlich TSCHUDI HANSPETER, Geschichte des schweizerischen Arbeitsrechts, Basel, 1987, S. 28 ff.

¹³⁶ Mindestlöhne kennen die Kantone Jura, Genf, Neuenburg, Tessin und Basel-Stadt (Stand 2022).

¹³⁷ RIEGER ANDREAS/BAUMANN HANS, Mindestlohnpolitik in der Schweiz und in Europa Lohnbildung und gewerkschaftliche Lohnpolitik seit 1990, Widerspruch 2007, S. 165 ff.

¹³⁸ BAUMBERGER, DANIEL, Gesamtarbeitsverträge trotz dem Strukturwandel. Die Volkswirtschaft, 02. Juli (mit Verweis auf die Zahlen des Bundesamtes für Statistik).

¹³⁹ JUD HUWILER, URSINA; MAURON, VALENTINE (2019). Flankierende Massnahmen: 15 Jahre Lohnschutz. *Die Volkswirtschaft*, 20. Juni.

¹⁴⁰ Siehe Art. 335i ff. OR und weiterführend: GEISER, THOMAS, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 12/2017 | S. 817 ff. und LAURA WIDMER, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, in: Jusletter 29. September 2014.

¹⁴¹ Siehe Art. 73a ArGV 1.

schreibt Art. 73a Abs. 4 gewisse Inhalte dieses GAV verbindlich vor (Gesundheitsschutz und Schaffung einer internen Anlaufstelle).¹⁴²

99 Die schweizerische Sozialpartnerschaft basiert auf den drei Grundpfeilern "Koalitionsfreiheit", "Arbeitskampffreiheit" und "Tarifautonomie".¹⁴³ Diese drei Pfeiler bedingen sich gegenseitig. Die Koalitionsfreiheit ist Voraussetzung dafür, dass sich überhaupt starke Verbände konstituieren können. Die Arbeitskampffreiheit (Streikrecht, Aussperrungsrecht) ist nicht Selbstzweck, sondern dient (auch) der Ermöglichung einer Einigung im Rahmen eines GAV. Die Tarifautonomie stellt das Recht der Verbände dar, den "Tarif", also Löhne und weitere Arbeitsbedingungen, auf der Grundlage minimaler bereits im Gesetz verankerter Schutzbestimmungen auszuhandeln.

3 Garantie der Koalitionsfreiheit auf arbeitsvölkerrechtlicher Ebene

3.1 Allgemeines

100 Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich zahlreiche internationale Abkommen, die rechtliche Bestimmungen zur Regelung der Arbeitswelt enthalten. Das Regelwerk der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) kennt fast 200 Übereinkommen und zusätzlich zahlreiche ergänzende Empfehlungen. Erfasst sind verschiedene Aspekte der "abhängigen Arbeit". Besonders prominent ist dabei die Rolle der Sozialpartner (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen und ihre Vertretungen), was sich auch in der tripartiten Struktur der ILO zeigt.¹⁴⁴ In den vergangenen Jahrzehnten hat sich ein eigenständiges Arbeitsvölkerrecht herausgebildet. Dazu gehören arbeitsrechtliche Bestimmungen in Menschenrechtsverträgen und die genannten ILO-Übereinkommen. Die Normen der «Weltarbeitsverfassung» basieren auf dem Grundgedanken, dass *Arbeit keine Ware ist*¹⁴⁵ und dass Arbeitnehmende durch frei gewählte und befriedigende Arbeit ein Einkommen erzielen können, das einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht.

101 Innerhalb des arbeitsvölkerrechtlichen Korpus nehmen die Garantien der *Versammlungs- und Koalitionsfreiheit einschliesslich des Rechts auf Koalitionsverhandlungen und Kollationsverträge* sowie das Recht auf Kampfmassnahmen (dazu gehört auch der Streik) einen prominenten Platz ein. Es waren die für die Überwachung der völkerrechtlichen Garantien zuständigen Ausschüsse (ILO und UN-Ausschüsse) und nationale Verfassungsgerichte, die den kollektiven Arbeitsrechten Substanz verliehen haben. Zentral war und ist dabei auch die Rolle des Europäischen Gerichtshofes (EGMR), der durch seine integrative und evolutive

¹⁴² MARTENS, ANDREAS, Gesundheitsmassnahmen bei Verzicht auf Arbeitszeiterfassung, in: Jusletter 15. Februar 2016

¹⁴³ VISCHER, FRANK, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in: Widmer/Geiser/Sutter-Somm (Hrsg.), Recht im Wandel, ausgewählte Schriften von Frank Vischer zu seinem 90. Geburtstag, Zürich, 2013, S. 257.

¹⁴⁴ SCHLACHTER MONIKA, 100 Jahre ILO und die Suche nach sozialer Gerechtigkeit, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, Nr. 2, 2020, S. 143–56.

¹⁴⁵ Siehe: Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation, Philadelphia, 1944: «Die Arbeit ist keine Ware». Präambel der Verfassung der internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919, unterzeichnet in Montreal am 09. Okt. 1946, von der Bundesversammlung genehmigt am 26. März 1947, Datum des Inkrafttretens: 20. April 1948, SR. 0.820.1. Quelle: http://www.ilo.ch/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#declaration (zuletzt besucht am 22.10.2022).

Auslegungsmethode die «Weltarbeitsverfassung» vorangetrieben hat. Der EGMR legt die Konventionsgarantien, namentlich Art. 11 EMRK (Gewerkschaftsrechte) im Lichte des ganzen Kanons arbeitsvölkerrechtlicher Bestimmungen einschliesslich der Spruchpraxis der zuständigen Überwachungsausschüsse aus.¹⁴⁶

3.2 Recht auf Kollektivverhandlungen und den Abschluss von Kollektivverträgen

102 Die Koalitionsfreiheit umfasst nach heutigem Verständnis auch das Recht von (tariffähigen) Verbänden, Kollektivverträge zu verhandeln und abzuschliessen. Das wichtigste globale völkerrechtliche Instrument zur Garantie des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Abschluss eines Kollektivvertrages bildet das ILO-Übereinkommen Nr. 98. Kern dieses Abkommens bilden zum einen der Schutz gewerkschaftlicher organisierter und engagierter Arbeitnehmenden vor Sanktionen (Art. 1) und zum anderen der Schutz der Autonomie der Sozialpartner (Art. 2 und 3). Art. 4 schliesslich verpflichtet die Staaten, soweit erforderlich, "den Landesverhältnissen angepasste Massnahmen zu treffen, um im weitesten Umfang Entwicklung und Anwendung von Verfahren zu fördern, durch die Arbeitgeber oder Organisationen von Arbeitgebern einerseits und Organisationen von Arbeitnehmern andererseits freiwillig über den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen verhandeln können."

103 Das ILO-Übereinkommen Nr. 98 wird zudem durch die "Empfehlung Nr. 163 betreffend die Förderung von Kollektivverhandlungen" konkretisiert.¹⁴⁷ Die Mitgliedstaaten sind aufgefordert, die Gründung und Entwicklung von freien, unabhängigen und repräsentativen Verbänden der Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf freiwilliger Grundlage zu erleichtern (Art. 2). Es sollen zudem Mechanismen geschaffen werden, damit solche Verbände für die Zwecke von Kollektivverhandlungen anerkannt werden (Art. 3). Die weiteren Bestimmungen der Empfehlung betreffen u.a. die Förderung von Kollektivverhandlungen auf allen Ebenen (Betrieb, Branche, Wirtschaftszweig), die Regelung der Ausbildung der Verhandlungsführer der Verbände sowie den Zugang zu relevanten Informationen. Wie alle Empfehlungen der ILO handelt es sich nicht um ein völkerrechtlich bindendes Instrument, sondern nur (aber immerhin) um eine Orientierungshilfe für die Politik und die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der (verbindlichen) Übereinkommen.

104 Der für die Einhaltung der ILO-Übereinkommen Nr. 98¹⁴⁸ und 87¹⁴⁹ zuständige Ausschuss für die Vereinigungsfreiheit hat sich wiederholt mit dem Inhalt und der Bedeutung des *Rechts*

¹⁴⁶ Dazu: PÄRLI KURT, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP, 2015, S. 1671 ff.

¹⁴⁷ Quelle: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_r163_de.htm (zuletzt besucht an 25.10.2022).

¹⁴⁸ Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, SR. 0.822.719.9.

¹⁴⁹ Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes, SR 0.822.719.7.

auf Kollektivverhandlungen und dem Anspruch auf einen Kollektivvertrag auseinandergesetzt.¹⁵⁰ Die vom Ausschuss behandelten Fälle werden jährlich in einem Bericht publiziert.¹⁵¹ Auf einen Schweizer Fall ist kurz hinzuweisen. Ein Fall betrifft die Beschwerde der Vereinigung der Autonomen Pöstler (SAP), der innerstaatlich die Tariffähigkeit abgesprochen wurde.¹⁵² Der Vereinigungsausschuss lehnte aber die Beschwerde wegen verweigerter Möglichkeit, an Tarifverhandlungen teilzunehmen, ab.¹⁵³

105 In den ersten Jahren der Geltung der EMRK hat der EGMR die Gewerkschaftsrechte in Art. 11 EMRK sehr zurückhaltend ausgelegt.¹⁵⁴ Im Entscheid "Demir und Baykara" sah sich der EGMR mit seiner eigenen Rechtsprechung konfrontiert, wonach die Mitgliedstaaten wählen können, mit welchen Mitteln sie das Koalitionsrecht gewähren wollen.¹⁵⁵ Der EGMR gelangt zum Schluss, dass das *Recht auf Kollektivverhandlungen zu den wesentlichen Elementen des Koalitionsrechts* gehöre. Durch die Ungültigkeitserklärung des Kollektivvertrages hatte die Türkei somit unrechtmässig in das Koalitionsrecht eingegriffen.¹⁵⁶ Die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe, u.a. Beamtinnen und Beamte wären im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmenden privilegiert, wies der EGMR zurück.¹⁵⁷

106 Heute ist somit anerkannt, dass Art. 11 EMRK einen Anspruch auf Kollektivverhandlungen und auf Abschluss eines Kollektivvertrages beinhaltet. Weiter ist auf staatliche Schutzpflicht hinzuweisen. Die Ratifikationsstaaten der EMRK und der ILO-Übereinkommen (also auch die Schweiz) sind verpflichtet, durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass die Koalitionsfreiheit einschliesslich das Recht auf Kollektivverhandlungen in der Praxis sichergestellt ist.

3.3 Auswirkungen auf die Schweiz

107 Die arbeitsvölkerrechtlichen Garantien haben einen grossen Einfluss auf das nationale Recht. Art. 11 EMRK und ist wie die anderen EMRK-Rechte unmittelbar anwendbar. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK ist deshalb für die Arbeitsrechtspraxis von grosser Bedeutung.

¹⁵⁰ Siehe, "Freedom of Association, International Labour Office, Geneva, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, Sixth edition, S. 231 ff. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_632659.pdf (zuletzt besucht am 31.10.2022).

¹⁵¹ Siehe die Berichte im viermal jährlich erscheinenden HSI Reports für europäisches Arbeits- und Sozialrecht: <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-report-zum-europaischen-arbeits-und-sozialrecht-22169.htm> (zuletzt besucht am 25.10.2022).

¹⁵² BGE 141 III 418, E. 4.1. siehe weiter zum Fall BGer vom 08.07.2019, 4D_27/2018, Ablehnung der Tariffähigkeit.

¹⁵³ ILO Case No 3109 (Switzerland) vom 11.10.2014, 380. Bericht des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit, Rn. 936-976, Quelle: https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3302032 (zuletzt besucht am 26.10.2022).

¹⁵⁴ PÄRLI KURT, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte: Zu den weitreichenden Folgen der jüngeren Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, in: Bäni Eva-Maria, Obrist Angela (ed.), Zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli: Festschrift, Zürich 2014, S. 435-464 (436).

¹⁵⁵ EGMR, *Demir und Baykara*, N 141 bis 143, mit Verweis auf die Entscheide «Belgische Polizei Gewerkschaft», «Swedish Engine Drivers». Siehe zur «Hypothek» der früheren Gewerkschaftsentscheide des EGMR in der *Demir und Baykara*-Entscheidung: EWING/HENDY, S. 5.

¹⁵⁶ EGMR, *Demir und Baykara*, N 159.

¹⁵⁷ EGMR, *Demir und Baykara*, N 160 - 170.

108 Die unmittelbare Anwendbarkeit der ILO-Übereinkommen ist umstritten. In BGE 132 II 122 kommt das Bundesgericht in Bezug auf den in Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 98 zum Schluss, diese Bestimmung sei nicht hinreichend bestimmt, um Grundlage für eine gerichtliche Entscheidung zu bilden und somit direkt anwendbar zu sein.¹⁵⁸ Einige Jahre später kommt das Bundesgericht im Fall betreffend des Zugangsrechts für Gewerkschaften zum Betrieb (BGE 144 I 50) zu einem differenzierteren Schluss und erachtet im Ergebnis zumindest die Unterlassungspflichten in den einschlägigen ILO-Übereinkommen als unmittelbar anwendbar.¹⁵⁹

109 Ungeachtet der strittigen Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der ILO-Übereinkommen sind alle staatlichen Behörden – Gesetzgeber, Gerichte, Verwaltung – je in ihrem Kompetenzbereich verpflichtet, den Zielen des Arbeitsvölkerrechts Nachachtung zu verschaffen. Deutlicher kommt dies in Art. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 98 zum Ausdruck, der die Staaten zur Förderung des Abschlusses von GAV verpflichtet.

4 Garantie der Koalitionsfreiheit und des Rechts auf Kollektivverträge auf Verfassungs- und Gesetzesstufe

4.1 Verfassungsrechtliche Verankerung

110 In Art. 110 BV geht die Verfassung offensichtlich davon aus, dass Gesamtarbeitsverträge bestehen.¹⁶⁰ Das Recht zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ergibt sich einerseits aus der Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und spezifischer auch aus Art. 28 Abs. 1 BV (Koalitionsfreiheit). Nach dieser Bestimmung haben „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen [...] das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben.“ Art. 28 Abs. 1 BV wird als Brücke zu Art. 110 BV verstanden, da letztere Bestimmung die Existenz von GAV voraussetzt.¹⁶¹

111 Die Koalitionsfreiheit nach Art. 28 Abs. 1 BV gewährt das Recht, die Interessen der Mitglieder zu verteidigen, schützt den Kontakt mit Koalitionen derselben Seite und auch den Kontakt zu den Koalitionen der anderen Seite, worunter insbesondere das Recht auf das Aushandeln von GAV verstanden wird. Dieses Recht wird auch als Tarifautonomie bezeichnet. Diese ist indes in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt. Die staatlichen Behörden sind gestützt auf Art. 35 BV (Grundrechte sollen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen) in Verbindung mit Art. 28 Abs. 1 BV verpflichtet, sich für die Verwirklichung der Koalitionsfreiheit einzusetzen.¹⁶² Die Bestimmungen in Art. 356 ff. OR und das bereits erwähnte AVEG bilden

¹⁵⁸ BGE 132 II 122.

¹⁵⁹ Siehe zur Thematik allgemein auch: KAUFMANN CHRISTINE/GOOD CHRISTOPH, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, AJP 2016 S. 647 ff., 647.

¹⁶⁰ BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 12.

¹⁶¹ BSK BV-SCHIESS RÜTIMANN, Art. 28 N 12.

¹⁶² BIAGGINI GIOVANNI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 28 Koalitionsfreiheit N 8.

auf gesetzlicher Stufe den Rahmen für die Konkretisierung der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie. Der Staat ist zur Förderung des Abschlusses von GAV verpflichtet, was eine funktionierende Sozialpartnerschaft voraussetzt. GAV bezwecken gemäss Lehre¹⁶³ und Praxis „die schwächere Partei zu schützen, eine einheitliche Behandlung der Arbeitnehmer zu sichern, sozialen Konflikten vorzubeugen und die Anstellungsbedingungen mit relativ flexiblen Normen zu ordnen“¹⁶⁴. Die staatliche Verpflichtung zur Förderung des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen ist auch in Art. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 98¹⁶⁵ verankert.

112 Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit schliesst das Recht ein, an Kollektivverhandlungen teilzunehmen und mittels Gesamtarbeitsvertrag Arbeitsbedingungen zu regeln.¹⁶⁶ Grundrechtsrechtsberechtigt sind einerseits die einzelnen Arbeitnehmenden und Arbeitgeber und andererseits auch "ihre Organisationen", also die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Auch eine Gewerkschaft, die Arbeitnehmende im Bereich des öffentlichen Personalrechts vertritt, kann einen Anspruch auf Kollektivverhandlungen geltend machen.¹⁶⁷

4.2 Die Grundlagen auf Gesetzesstufe

4.2.1 Allgemeines

113 Der Gesamtarbeitsvertrag ist in den Art. 356 bis 358 OR und im AVEG geregelt. Der Geltungsbereich eines GAV erstreckt sich nur auf die vertragsschliessenden Arbeitgebenden und die Mitglieder der vertragsschliessenden Verbände.¹⁶⁸ Gebundene Arbeitgebende wenden aber in der Praxis die GAV-Bestimmungen häufig auf alle von ihnen beschäftigten Arbeitnehmenden an, unabhängig davon, ob diese Mitglieder eines vertragsschliessenden Verbands sind. Der GAV selber kann einige seiner Vorschriften auch auf Aussenseiter für anwendbar erklären.¹⁶⁹ Darüber hinaus üben GAV-Bestimmungen eine indirekte Wirkung aus, da sie häufig zur Bestimmung des "Üblichen" in Gesetzesvorschriften (vgl. z.B. Art. 322 OR) herangezogen werden. An dieser Stelle ist (erneut) an die Bedeutung von GAV in weiteren Rechtsgebieten zu erinnern.¹⁷⁰

114 Die Allgemeinverbindlicherklärung (ave) eines GAV darf nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 2 AVEG erfüllt sind.¹⁷¹ Sie muss somit notwendig sein, darf dem Gesamtinteresse nicht zuwiderlaufen und die Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht beeinträchtigen. An dem allgemeinverbindlich zu erklärendem

¹⁶³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern, 2019, Rz.787.

¹⁶⁴ BGE 121 III 168, E. 3a/aa.

¹⁶⁵ Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen, SR 0.822.719.9.

¹⁶⁶ BGE 129 I 113, E. 1.3.; BGE 124 I 107.

¹⁶⁷ BGE 140 I 257, E. 5, siehe aber hinten, N 119.

¹⁶⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern, 2019, Rz 837.

¹⁶⁹ BGE 139 III 60 und BGE 123 III 129, E. 4d.

¹⁷⁰ Siehe dazu oben, N 98 f.

¹⁷¹ Die in Art. 2 AVEG aufgezählten Voraussetzungen entsprechen den Schranken, die bereits der Verfassungsgeber in Art. 110 Abs. 2 BV aufgestellt hat; vgl. auch die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 3 AVEG, die nur für gewisse GAV-Bestimmungen gelten.

GAV müssen mehr als die Hälfte aller Arbeitgebenden und mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden, auf die der Geltungsbereich des GAV ausgedehnt werden soll, beteiligt sein. Die beteiligten Arbeitgebenden müssen überdies mehr als die Hälfte aller Arbeitnehmenden beschäftigen. Diese drei Quoren müssen kumulativ erfüllt sein. Ausserdem muss der allgemeinverbindlich zu erklärende GAV die Rechtsgleichheit, die zwingenden Gesetzesbestimmungen und die Koalitionsfreiheit respektieren.

4.2.2 Recht auf Beitritt zu einem GAV und Recht auf GAV-Verhandlungen

a) *Privatrechtlicher Bereich*

115 Im vorliegenden Zusammenhang besonders relevant ist Art. 356 Abs. 4 OR. Die Bestimmung lautet: "Sind an einem Gesamtarbeitsvertrag auf Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite von Anfang an oder auf Grund des nachträglichen Beitritts eines Verbandes mit Zustimmung der Vertragsparteien mehrere Verbände beteiligt, so stehen diese im Verhältnis gleicher Rechte und Pflichten zu einander."

116 Aus Art. 356 Abs. 4 OR wird nach der Rechtsprechung auch der Anspruch auf Beitritt zu einem GAV einer Minderheitsgewerkschaft abgeleitet.¹⁷² Voraussetzung ist, dass der Verband eine gewisse Repräsentativität vorweisen kann und dass er das Erfordernis der Loyalität erfüllt (auf die beiden Kriterien wird später näher eingegangen). Die herrschende Lehre geht weiter davon aus, dass sich aus Art. 356 Abs. 4 OR für Verbände nicht nur ein Anspruch auf Beitritt zu einem GAV, sondern generell und grundsätzlich einen Anspruch auf Verhandlungen mit Blick auf einen GAV-Abschluss ableiten lässt.¹⁷³

117 Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Verhandlungspflicht im kollektiven Arbeitsrecht kennt die schweizerische Rechtsordnung nicht.¹⁷⁴ Begründet wird der Verhandlungsanspruch mit verschiedenen Argumenten. So wird ins Feld geführt, wenn ein Anspruch auf Beitritt zu einem GAV bestehe, so müsse a fortiori auch ein (beidseitiger) Anspruch auf Verhandlungen mit Blick auf einen GAV bestehen.¹⁷⁵ Ein Arbeitgeber könne sich nicht gegen jede gesamtarbeitsvertragliche Regelung stellen. Andernfalls missbrauche er seine Vertragsfreiheit und verletze die Koalitionsfreiheit der Gegenseite unrechtmässig. Aus alledem ergebe sich eine

¹⁷² BGE 118 II 431; 113 II 37, E. 4 f.

¹⁷³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 356a, N 12; MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN/SCHMID OLIVER, Beitritts- und Verhandlungsanspruch von Arbeitsverbänden im Gesamtarbeitsvertragsrecht, in: Müller Roland A./Rudolph Roger/Schnyder Anton K./von Kaenel Adrian/Waas Bernd (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich - Basel - Genf 2020, S. 538 ff.; MEIER, KURT, Beitritts- und Verhandlungsanspruch im Gesamtarbeitsvertragsrecht, in: Arbeitsrecht in der Verbandspraxis: Festschrift zum 75jährigen Bestehen des VSAM, S. 91-107, Bern 1993.

¹⁷⁴ MONN VALENTIN, Die Verhandlungsabrede, Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Zürich - Basel - Genf 2010, S. 59. Der Autor untersucht in seiner umfangreichen Studie auch die Rechtslage in Frankreich und kommt zum Schluss, die dortigen gesetzlichen Verhandlungspflichten von beschränkter praktischer Wirkung seien, weil die Verhandlungspflichten auch nur «pro forma» wahrgenommen werden können, ohne dass dies einschneidende rechtliche Konsequenzen habe (Monn, N 217). Anders indes die Rechtslage in den USA, hier bestehe eine klare Pflicht zum Verhandeln nach Treu und Glauben und zudem existiert eine Behörde, die über die Einhaltung dieser Pflichten wacht (MONN, N 247).

¹⁷⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, N 12 zu Art. 356 OR, Monn (Fn 174), N 196 mit zahlreichen weiteren Literaturhinweisen in Fn 252.

beidseitige "Pflicht zu bona fide geführten Verhandlungen"¹⁷⁶. Die Verhandlungspflicht wird weiter mit dem lediglich als ultima ratio zulässigen Streikrecht begründet. Das *verfassungsmässige Streikrecht* setzt vorgängige Verhandlungen voraus; auch *darauf lässt sich eine Verhandlungspflicht* (für beide Seiten) ableiten.¹⁷⁷

118 Was den Inhalt der Verhandlungspflicht betrifft, finden sich in der Rechtsprechung keine Anhaltspunkte. Auch die Lehre hat sich wenig mit dieser Frage beschäftigt. Grundlegende Verhaltenspflichten lassen sich Art. 2 ZGB (Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben) ableiten. Treuwidrig wäre sicher eine Verhandlung ohne ernsthafte Einigungsabsichten. Die Parteien müssen sich vielmehr auf einen ergebnisoffenen Prozess einlassen und sich bemühen, eine Einigung zu erzielen. Eine Rechtspflicht zum *Abschluss eines GAV* besteht indes nicht.

b) *Bedeutung für den öffentlich-rechtlichen Bereich*

119 Gemäss Bundesgericht garantiert die kollektive Gewerkschaftsfreiheit der Gewerkschaft, als solche zu bestehen und zu handeln, d.h. die Interessen ihrer Mitglieder wahrzunehmen.¹⁷⁸ Sie beinhaltet aber auch das Recht, an Kollektivverhandlungen mitzuwirken und Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen.¹⁷⁹ In einem die ETH betreffenden Fall hat das Bundesgericht ausdrücklich hervorgehoben, dass eine Gewerkschaft des öffentlichen Dienstes sich ebenfalls auf die kollektive Gewerkschaftsfreiheit berufen könne.¹⁸⁰ Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zum Erlasse öffentlich-rechtlicher Personalgesetze beschränkt das Bundesgericht jedoch die Tragweite der Rechte der Gewerkschaften des öffentlichen Dienstes auf das rechtliche Gehör in angemessener Form, da ansonsten die Souveränität des Staates in diesem Bereich angetastet würde.¹⁸¹ Wenn aber im Gesetz die Möglichkeit zu Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen ist, dann hat eine tariffähige Gewerkschaft¹⁸² des öffentlichen Dienstes das Recht, an Kollektivverhandlungen teilzunehmen und Gesamtarbeitsverträge mit dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber abzuschliessen. Das Bundesgericht hat im ETH-Fall die anderslautende Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts klar zurückgewiesen.¹⁸³

¹⁷⁶ VISCHER, FRANK, Zum Gesamtarbeitsvertrag in der schweizerischen Wirtschaftsordnung, in: Forstmoser/Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 395-418 (414).

¹⁷⁷ Monn (Fn 174), N 196 mit weiteren Hinweisen auf Literatur.

¹⁷⁸ BGE 140 I 257, E. 5.1.

¹⁷⁹ BGE 129 I 113 E. 1.3.

¹⁸⁰ BGE 140 I 257, E. 5.1.1.

¹⁸¹ BGE 134 I 269 E. 3.3.1; BGE 129 I 113 E. 1.4 und 3.4. Das rechtliche Gehör könnte etwa mittels eines Mitberichtsverfahrens gewährt werden, vgl. Rz. 199.

¹⁸² Tariffähigkeit ist das Recht, Partei eines GAV zu sein. Tariffähig sind grundsätzlich nur juristische Personen, die von der Gegenseite und vom Staat unabhängig sind und das Ziel haben, Arbeitsbedingungen zu gestalten, wobei der Beitritt freiwillig sein muss (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, S.331 ff.). Vgl. zum Begriff der Tariffähigkeit auch BGE 140 I 257, insb. E. 5.1.1. ff.

¹⁸³ BGE 140 I 257, E. 5.1.1.

120 Gemäss Bundesgericht¹⁸⁴ und einem Teil der Lehre¹⁸⁵ ist der Anspruch auf GAV-Verhandlungen und auf einen GAV-Abschluss im Anwendungsbereich des öffentlichen Personalrechts davon abhängig, dass im einschlägigen Personalrecht Gesamtarbeitsverträge vorgesehen sind. Im Lichte der neueren arbeitsvölkerrechtlichen Entwicklung¹⁸⁶ ist diese Voraussetzung zu eng. Es genügt, dass Gesamtarbeitsverträge im einschlägig anwendbaren öffentlichen Personalrecht nicht explizit ausgeschlossen sind.¹⁸⁷

c) *Bedeutung für Pflegeinstitutionen*

121 Eine auf das Arbeitsvölkerrecht, Verfassungsrecht sowie das Privatrecht (Art. 356 OR ff. und Art. 2 ZGB) gestützte GAV-Verhandlungspflicht trifft alle privatrechtlich organisierten Arbeitgebenden. Gehört eine Pflegeinstitution zur Zentralverwaltung eines Kantons oder einer Gemeinde, ist die GAV-Verhandlungspflicht davon abhängig, ob das einschlägige öffentliche Dienstrecht Gesamtarbeitsverträge vorsieht bzw. zumindest nicht explizit ausschliesst.¹⁸⁸ Wird in öffentlich-rechtlichen Anstalten oder Körperschaften das Personal nach OR angestellt, so sind GAV und damit auch die Verankerung einer GAV-Verhandlungspflicht zulässig.

4.3. Die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit

122 Art. 28 Abs. 1 (letzter Satzteil) BV und Art. 23 Abs. 3 BV beinhalten auch das Recht, einer Vereinigung (Art. 23 BV) bzw. einer Koalition (Art. 28 BV) fernzubleiben. Dieses als negative Koalitionsfreiheit definierte Recht wird auf Gesetzesstufe in Art. 356a OR konkretisiert. Die negative Koalitionsfreiheit verbietet die direkte und indirekte Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition.¹⁸⁹

123 Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind die Ausführungen des Bundesgerichts in einer Entscheidung aus dem Jahre 2012.¹⁹⁰ Eine Verpflichtung der Spitäler, die in die kantonale Planung aufgenommen werden wollen, Mitglied des nationalen Vereins für Qualitätsentwicklung in Spitälern und Kliniken zu werden, stellt gemäss Bundesgericht eine schwerwiegende Einschränkung der Vereinigungsfreiheit dar, die nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt werden könne und in jedem Fall einer formellen gesetzlichen Grundlage bedürfe. Es gäbe zudem weniger einschneidende Mittel als eine Zwangsmitgliedschaft um die Qualität der Listenspitäler zu garantieren.¹⁹¹

¹⁸⁴ BGE 140 I 257.

¹⁸⁵ GREBSKI LUKASZ, Der öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsvertrag, Konsensuale Gestaltung generell-abstrakter Arbeitsbedingungen und sozialpartnerschaftlicher Rechtsbeziehungen im öffentlichen kollektiven Arbeitsrecht, Bern 2021 (= SSA 87), S. 102 f.

¹⁸⁶ Siehe oben, N. 100 ff.

¹⁸⁷ Siehe dazu mit Verweisen auf die (andere) Lehre auch oben, N 57 ff.

¹⁸⁸ Siehe zur Kontroverse oben, N. 121 und N 57 ff.

¹⁸⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 356a, N 2.

¹⁹⁰ BGer, Urteil vom 25. April 2012, 2C_825/2011, E. 2.2.2.

¹⁹¹ BGer, Urteil vom 25. April 2012, 2C_825/2011, E. 2.2.2, mit Verweis auf BGer, Urteil vom 29. August 2011, 2C_116/2011 vom 29. August 2011 E. 9.1.

124 Das Bundesgericht hat zwar eine Verpflichtung zum Abschluss eines GAV (auch) im Lichte der Koalitionsfreiheit als unzulässig erachtet, jedoch zugelassen, dass Leistungsanbieter die Bestimmungen eines GAV einhalten müssen.¹⁹²

5 Einschränkung der Koalitionsfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit durch eine GAV-Verhandlungspflicht

125 Die in Art. 27 BV verankerte Wirtschaftsfreiheit schützt als Individualrecht die freie privatwirtschaftliche Betätigung.¹⁹³ Gemäss Bundesgericht ist durch die Wirtschaftsfreiheit jede privatwirtschaftliche Tätigkeit geschützt.¹⁹⁴ Keine privatwirtschaftliche Tätigkeit liegt vor, wenn die Tätigkeit die Erfüllung einer staatlichen oder kommunalen, öffentlich-rechtlich übertragenen Aufgabe betrifft. Spitäler können sich im Zusammenhang mit der Spitalplanung nicht bzw. nur in beschränktem Mass auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) berufen.¹⁹⁵ Gleiches gilt auch für Art. 28 BV.

126 Soweit ein Akteur im Pflegebereich sich doch auf Art. 27 BV oder allenfalls Art. 28 BV berufen könnte (weil ausserhalb der Spitalplanung tätig), müsste die Einführung einer GAV-Verhandlungspflicht dem "Schrankenprogramm" von Art. 36 BV standhalten (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit).

127 Die gesetzliche Grundlage wäre zu schaffen; angesichts des doch eher geringen Eingriffs, würde nach der hier vertretenen Meinung auch eine Regelung auf Verordnungsstufe genügen. Das öffentliche Interesse an der GAV-Verhandlungspflicht kann im Kontext der Pflegeinitiative ohne Weiteres bejaht werden.

128 Bezüglich Verhältnismässigkeit wäre zu fragen, ob die GAV-Verhandlungspflicht geeignet und erforderlich ist, das angestrebte Ziel zu verwirklichen.

129 Die Eignung kann insoweit bejaht werden, als gute Arbeitsbedingungen dem Verbleib der Pflegenden im Beruf dienlich sind und dass GAV ein wichtiges Mittel zur Verwirklichung guter Arbeitsbedingungen darstellen. Eine GAV-Verhandlungspflicht könnte zudem dazu beitragen, dass die erforderlichen Quoren für die Allgemeinverbindlichkeit eines GAV leichter erreicht würden.

130 Weiter ist zu fragen, ob eine GAV-Pflicht für die Zielerreichung erforderlich ist, oder ob mildere (die Wirtschaftsfreiheit weniger einschränkende) Massnahmen in Frage kämen. Hier ist festzustellen, dass die GAV-Verhandlungspflicht im Vergleich zur Verpflichtung zum GAV-

¹⁹² Siehe dazu oben, N 86.

¹⁹³ VALLENDER KLAUS A., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 N 9.

¹⁹⁴ BGE 137 I 167 E. 3.1.

¹⁹⁵ Grundlegend: BGE 132 V 6 E. 2.5.4, siehe auch BGE 130 I 36, 40; BGE 121 I 230, 240. Im Neuenburger-Fall, der vom Bundesverwaltungsgericht beurteilt wurde, musste die Frage der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit gar nicht mehr geprüft werden, da der Erlass ohnehin KVG-widrig war, siehe dazu ZOBL MARTIN/STAFFELBACH DANIEL/ZIMMERLI DANIEL, Kantonale Spitalplanung: Analyse des Urteils BVGer C-7017/2015, SZS 2022 S. 136 ff., 148.

Abschluss oder auch nur zur Einhaltung von GAV-Bestimmungen bereits ein sehr mildes Mittel darstellt. Die Massnahme kann somit als erforderlich bezeichnet werden.

131 Auch die dritte Stufe der Verhältnismässigkeitsprüfung (Abwägung der Interessen) führt zum Ergebnis, dass eine GAV-Verhandlungspflicht auch im Lichte der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV zulässig ist.

IV) Summarische Beantwortung der Gutachtensfragen

132 Die fünf Fragen des Rechtsgutachtens werden nachfolgend zusammenfassend wie folgt beantwortet:

1. Bestehen Möglichkeiten zur Einführung einer Verpflichtung zur Aushandlung eines GAV auf Bundesebene im Pflegebereich? Mit welchen Argumenten könnte die mit einer solchen Pflicht einhergehende Beschränkung der Koalitionsfreiheit und ggf. weiterer Freiheiten gerechtfertigt werden?

Bereits aufgrund der heutigen Rechtslage (Koalitionsfreiheit, OR-Regelungen) besteht allgemein (also auch im Pflegebereich) ein Anspruch auf Verhandlungen eines Arbeitnehmerverbands mit einem Arbeitgeber über den Abschluss eines GAV.¹⁹⁶ Wenn GAV auch im öffentlichen Personalrecht zulässig sind¹⁹⁷ und sich auf Personalverbände des öffentlichen Dienstes auf die Koalitionsfreiheit berufen können¹⁹⁸, trifft dies auch auf den öffentlichen Bereich zu.

Eine ausdrückliche rechtliche Verankerung einer GAV-Verhandlungspflicht ist möglich in der KVV oder im KVG.¹⁹⁹ Damit wären alle Akteure adressiert, die der kantonalen Spitalplanung unterworfen wären bzw. ambulante Krankenpflege anbieten.

Gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV in Verbindung mit Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV könnte der Bund eine GAV-Verhandlungspflicht auch in einem eigenständigen Erlass verankern.

Eine GAV-Verhandlungspflicht beschränkt die Koalitionsfreiheit nicht, denn wie dargelegt, kann die Verhandlungspflicht vielmehr gerade aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden.²⁰⁰ Dazu kommt: Auf die Koalitions- und Wirtschaftsfreiheit können sich Spitäler

¹⁹⁶ Siehe N 115 ff.

¹⁹⁷ Siehe N 56

¹⁹⁸ Siehe N 58.

¹⁹⁹ Siehe N 89.

²⁰⁰ Siehe N 115.

und Pflegeinstitutionen nicht berufen, wenn sie Gegenstand der kantonalen (und bundesrechtlich vorgesehenen) Spitalplanung bilden oder ambulante Pflegeleistungen nach KVG anbieten.²⁰¹ Die GAV-Verhandlungspflicht würde indes ohnehin nur einen geringen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen, der durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig wäre.²⁰²

2. In welchem Gesetz bzw. auf welcher Normstufe müsste eine solche Verpflichtung verankert werden?

Es kommen hier sowohl die Gesetzes- als auch die Verordnungsstufe in Frage. Der Verfassungstext gibt die Normstufe nicht vor.²⁰³ Die Konkretisierung des Zusammenhangs zwischen Arbeitsbedingungen und Pflegequalität und Wirtschaftlichkeit kann auf Verordnungsstufe in der KVV realisiert werden, es kommt aber auch das KVG in Frage.²⁰⁴ Anders verhält es sich mit allfälligen Anpassungen hinsichtlich der Allgemeinverbindlicher-Erklärung von GAV. Hier wäre eine Regelung auf Gesetzesstufe erforderlich (siehe Antwort zu 4).

3. Gäbe es Möglichkeiten, eine Verpflichtung zur Aushandlung eines GAV auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge auszudehnen?

Art. 110 Abs. 1 lit. a BV verleiht dem Bund umfassende Kompetenzen im Bereich des Arbeitsschutzes. Der Bundesgesetzgeber kann auf dieser Verfassungsgrundlage basierende Bestimmungen erlassen, die sowohl für private und öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse gelten.²⁰⁵ Das trifft auf das ArG zu (wobei hier die Ausnahmen für die Verwaltung von Bund, Kantonen und Gemeinden zu beachten sind²⁰⁶) und auf das GIG zu (hier sind keine Ausnahmen vorgesehen, das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts gilt für sämtliche Arbeitsverhältnisse ungeachtet ihrer Rechtsnatur).²⁰⁷

Die Verpflichtung zur GAV-Verhandlungspflicht kann in der KVV oder im KVG (siehe Antwort zu Frage 2) oder auch in einem "Bundesgesetz über Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege" verankert werden (siehe unten, N 133).

²⁰¹ Siehe N 125.

²⁰² Siehe N 126 ff.

²⁰³ Siehe N 9 f.

²⁰⁴ Siehe N 83 ff.

²⁰⁵ Siehe N 23 f. und insbesondere N. 45.

²⁰⁶ Siehe N 40 ff.

²⁰⁷ Siehe N.26 f.

4. Welche rechtlichen Möglichkeiten gibt es, um (für eine Übergangszeit) die Ausweitung von Gesamtarbeitsverträgen im Pflegebereich zu erleichtern?

Das heutige AVEG sieht vor, dass GAV bei Missbräuchen erleichtert allgemeinverbindlich erklärt können (Art. 1a AVEG). Diese Erleichterung wurde im Zusammenhang mit dem FZA geschaffen. Das zeigt, dass der Gesetzgeber zur Verfolgung von Zielen, die über das Arbeitsrecht hinausgehen (Schaffung von Akzeptanz für die Öffnung des Arbeitsmarktes), die Allgemeinverbindlichkeit von GAV erleichtert hat.²⁰⁸ Grundsätzlich wäre dies auch die Verwirklichung der Ziele der Pflegeinitiative denkbar.

5. Hat der Bund die Möglichkeit, den Kantonen Richtlinien für die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von Pflegearbeitsverhältnissen aufzuerlegen?

Dem Bund kommt aufgrund von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV keine Kompetenz zu, den Kantonen für Pflegearbeitsverhältnisse Richtlinien aufzuerlegen. Wie gezeigt wurde, hat der Bund jedoch die Kompetenz, durch ein Gesetz (KVG) bzw. eine Verordnung (KVV) eine GAV-Verhandlungspflicht einzuführen und Mindestarbeitsbedingungen zu definieren. Auch kann der Bund spezifische Bestimmungen für Pflegearbeitsverhältnisse im ArG einführen.²⁰⁹ Gleiches gilt für das AVEG und auch für das OR.

133 Weiter wünscht die Auftraggeberschaft subsidiär eine Klärung, ob auf der Grundlage von Art. 197 Ziff. 13 Abs. 1 Bst. c BV ein separates Gesetz über die "Arbeitsbedingungen im Pflegebereich" erlassen werden könnte. Die Analyse soll auch aufzeigen, wie gegebenenfalls die Kompetenzen des SECO hinsichtlich Arbeitsgesetz (ArG) und des BAG verteilt wären.

134 Ein separates Gesetz über die Arbeitsbedingungen im Pflegebereich wäre gestützt auf Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV in Verbindung mit Art. 110 Abs. 1 lit. a BV zulässig. Soweit auch Anpassungen im AVEG vorgenommen werden sollten, wäre überdies Art. 110 Abs. 1 lit. b/d und Art. 110 Abs. 2 BV als Kompetenzgrundlage aufzuführen.

135 Adäquate Zuständigkeiten eines solchen Erlasses (BAG/SECO) wären vertieft zu prüfen. Soweit der fragliche Erlass das KVG konkretisieren würde (mit Blick auf Art. 39 KVG und Art. 58 KVV), wäre die Zuständigkeit beim BAG, bei Regelungen im Bereich ArG beim SECO und soweit es um die Allgemeinverbindlicherklärung ginge, wären die Kantone bzw. das SECO zuständig. Ggf. wäre ein Koordinationsgremium zu schaffen.

²⁰⁸ Siehe N 70 ff.

²⁰⁹ Siehe dazu N 45 f.