

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften



Zentrum für Sozialrecht
Gertrudstrasse 15
8400 Winterthur

Juristisches Gutachten

zur arbeitsrechtlichen Situation des Pflegepersonals

zuhanden

Bundesamt für Gesundheit

Abteilung Gesundheitsberufe

Sektion Weiterentwicklung Gesundheitsberufe

Schwarzenburgstrasse 157

3003 Bern

Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

Zentrum für Sozialrecht

RA Dr. iur. Sabine Steiger-Sackmann

RA MLaw Marc Wohlwend

vom 7. November 2021

Management Summary

Im Zusammenhang mit einem Postulat und der Pflegeinitiative hat sich die Frage gestellt, welche *rechtlichen* Möglichkeiten es gibt, um die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals in der Schweiz zu verbessern. Damit werden zwei Ziele verfolgt: die Qualität der Pflege soll aufrechterhalten und der Mangel an Pflegepersonal behoben werden.

Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Ferien, Lohn und Gesundheitsschutz sowie Mitsprache und -wirkung sind in verschiedenen Gesetzen geregelt, die z.T. nicht für alle Pflegepersonen gelten. Für die berufliche Entwicklung, die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben oder die Wertschätzung durch Vorgesetzte gibt es ohnehin nur ansatzweise rechtliche Vorgaben.

Die Rahmenbedingungen für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse befinden sich im Obligationenrecht, während die kantonalen Personalgesetze die Arbeitsbedingungen von öffentlich-rechtlich angestellten Pflegepersonen regeln. Wenn und soweit diese Rechtsnormen es zulassen, besteht die Möglichkeit für den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen zwischen den Sozialpartnern. Spezifische Normen sind bei Personalverleih zu beachten. Normen zum Schutz von Arbeitnehmenden finden sich primär im Arbeitsgesetz, im Gleichstellungsgesetz, im Mitwirkungsgesetz und weiteren Spezialgesetzen, aber auch im Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal.

Gute Arbeitsbedingungen begünstigen einerseits die Pflegequalität und andererseits den Schutz von Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmenden. Daher kommen Ergänzungen nicht nur im Arbeitsrecht in Betracht, sondern auch in gesundheitsrechtlichen Normen, deren Ziel die Patientensicherheit ist. Eine Vereinheitlichung und/oder eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege wäre auch über ein Spezialgesetz realisierbar, das die Rahmenbedingungen sowohl für die Pflegequalität als auch für die Arbeit der Pflegepersonen normiert.

Das Gutachten bietet eine Auslegeordnung der aktuellen rechtlichen Vorgaben für Pflegepersonen und zeigt, welche Ansatzpunkte für Anpassungen oder Ergänzungen der geltenden Normen bestehen. Dabei liegt der Fokus auf den Rechtsbereichen, für die der Bund die Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenz hat. Das sind neben dem Zivilrecht, hauptsächlich das Arbeitsschutz-, aber auch das Krankenversicherungsrecht. Die Kantone hingegen sind grundsätzlich für die Gesundheitsversorgung (mit Einschränkungen) verantwortlich und legen die Arbeitsbedingungen ihrer öffentlich-rechtlich beschäftigten Pflegepersonen fest. Das erklärt, weshalb es nicht möglich ist, dass der Bund für *alle* Pflegepersonen in der Schweiz *sämtliche* Arbeitsbedingungen verbindlich regeln und damit vereinheitlichen und/oder verbessern kann.

Es kommen rechtliche Anpassungen in mehreren Gesetzen auf unterschiedlichen Stufen in Betracht. Verbesserungen der Arbeitsbedingungen könnten z.T. aber auch mit konsequenterem Vollzug der bestehenden Rechtsnormen erreicht werden.

Inhaltsverzeichnis

A. Auftrag.....	1
I. Ausgangslage.....	1
II. Fragestellung.....	3
B. Einführung.....	5
I. Untersuchungsgegenstand	5
1. Arbeitsbedingungen	5
2. Pflegepersonal.....	9
II. Übersicht.....	13
C. Arbeitsrechtliche Grundlagen	14
I. Regelungsbereiche des Arbeitsrechts	14
II. Individualarbeitsrecht	15
1. Privates oder öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis.....	15
a) Grundsätze	15
b) Rechtsform des Arbeitgeberbetriebs	16
c) Kantonale Gesetzgebung.....	17
2. Private Arbeitsverhältnisse.....	19
a) Verfassungsrechtliche Grundlage.....	20
b) Gestaltungsfreiheit mit Grenzen.....	21
c) Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen	22
3. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse	25
a) Verfassungsrechtliche Grundlage.....	25
b) Gestaltungsmöglichkeiten.....	26
c) Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen	26
4. Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden	27
a) Umfang der Fürsorgepflicht	27
b) Potenzial zur Verbesserung der vertraglichen Fürsorgepflicht.....	29
5. Gleichstellung der Geschlechter.....	30
a) Gesetzliche Anforderungen	30
b) Potenzial zur Verbesserung der Geschlechtergleichstellung.....	31

6.	Zwischenfazit Individualarbeitsrecht	32
III.	Kollektives Arbeitsrecht	33
1.	Gesamtarbeitsvertrag.....	33
a)	Rechtsnatur und Wirkung von Gesamtarbeitsverträgen	33
b)	Steuerungsmöglichkeiten zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen	36
2.	Normalarbeitsvertrag	41
a)	Rechtsnatur und Wirkung von Normalarbeitsverträgen	41
b)	Steuerungsmöglichkeiten zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen	43
3.	Zwischenfazit Kollektives Arbeitsrecht	43
IV.	Öffentliches Arbeitsrecht.....	44
1.	Verfassungsrechtliche Grundlage.....	45
a)	Sozialziel: Arbeit zu angemessenen Bedingungen.....	45
b)	Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	45
c)	Arbeitsschutz und Wettbewerb.....	46
d)	Arbeitsschutz und Sicherheitsaspekte.....	47
e)	Normstufen für Arbeitsschutznormen.....	49
2.	Ausgewählte materielle Regelungen des Arbeitsgesetzes	51
a)	Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz.....	51
b)	Arbeits- und Ruhezeiten nach ArG	54
c)	Ausnahmen von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen	59
d)	Weitere Schutznormen	60
3.	Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen.....	61
4.	Zwischenfazit öffentliches Arbeitsrecht.....	65
D.	Umsetzung des Arbeitsgesetzes	67
I.	Verantwortlichkeit der Arbeitgebenden.....	67
1.	Allgemeines.....	67
2.	Dokumentations- und Informationspflichten	67
3.	Mitspracherechte der Arbeitnehmenden.....	69
II.	Zuständigkeit der Vollzugsbehörden.....	69
1.	Allgemeines.....	69
2.	Beratungs- und Kontrolltätigkeit der Arbeitsinspektorate	69
3.	Analyse der Anreizstrukturen.....	70
III.	Potenzial bei der Umsetzung des Arbeitsgesetzes	71

E. Krankenversicherung und Gesundheitsversorgung.....	75
I. Regelung von Arbeitsbedingungen mittels Vorgaben im KVG	75
1. Verfassungsgrundlagen.....	75
2. Vorgaben des Bundes im KVG.....	76
II. Vorgaben durch die Kantone.....	78
1. Kantonale Kompetenzen	78
2. Kantonale gesundheitspolitische Gesetze.....	79
3. Steuerung mittels Leistungsaufträgen	81
III. Potenzial im Bereich Krankenversicherung und Gesundheitswesen.....	82
F. Pflegepools	83
I. Begriff.....	83
II. Interne Kooperationen.....	83
1. Flexibler Arbeitsort und Aufgabenbereich.....	83
2. Arbeit auf Abruf	84
III. Überbetriebliche Kooperationen	84
1. Arbeitsvermittlung.....	84
2. Personalverleih	85
a) Temporärarbeit	85
b) Leiharbeit.....	85
c) Gelegentliches Überlassen	86
d) GAV Personalverleih	86
IV. Rechtliche Einordnung bestehender «Pflegepools»	87
V. Potenzial zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen.....	88
G. Ergebnisse.....	89
I. Verbesserung von Arbeitsbedingungen	89
1. Lohn, Gratifikationen, Zuschläge, Prämien.....	89
2. Ferien- und Urlaubsregelungen	90
3. Unregelmässigkeit bzw. Planbarkeit der Arbeitszeiten.....	90
4. Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Freizeit	91
5. Arbeitsorganisation, Arbeitszeit und Arbeitsdichte	92
6. Körperliche, emotionale und psychosoziale Belastungen.....	92
7. Mitwirkung der Belegschaft	93

8.	Genügend und genügend qualifiziertes Personal	93
9.	Berufliche Entwicklung	94
10.	Partizipation an der Organisationsentwicklung.....	94
II.	Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen.....	95
1.	Regulierungsmöglichkeiten des Bundes.....	95
a)	Aufgrund von Art. 110 BV	95
b)	Aufgrund von Art. 122 BV	95
c)	Aufgrund von Art. 117 und 117a BV	96
2.	Kantonale Regulierungsinstrumente.....	96
3.	Gesamtarbeitsverträge.....	97
H.	Beantwortung der gestellten Fragen.....	99
I.	Arbeitsrechtliche Grundlagen	99
II.	Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben	100
III.	Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen.....	101
IV.	Pflegepools	102
V.	Gesetzeslücken.....	103
	Abkürzungen.....	109
	Literatur	114

A. Auftrag

I. Ausgangslage

Im Hinblick auf die Beantwortung des Postulats von Nationalrätin Géraldine Marchand-Balet «Wie kann die Qualität der Pflege sichergestellt werden?» (18.3602) soll die Auftraggeberin Empfehlungen für eine **Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Pflegepersonen** prüfen und allenfalls abgeben. Der Bundesrat hat die Annahme des Postulats beantragt, da er sich bewusst war, dass der Pflegepersonalmangel sowohl in der Akut- als auch in der Langzeitpflege negative Folgen auf die Pflegequalität haben kann¹.

Einen Zusammenhang zwischen **Personalbestand und der Qualität** der Pflegeleistungen sowie der Patientenzufriedenheit konnte durch anerkannte Studien belegt werden². Mit attraktiveren Arbeitsbedingungen soll erreicht werden, dass die Verweildauer in diesen Berufen zunimmt und mehr junge Leute solche Berufe wählen, so dass sich die zunehmenden Personalengpässe beheben lassen³.

Die **Volksinitiative** «Für eine starke Pflege (*Pflegeinitiative*)» will die Situation in der Pflege ebenfalls verbessern mit einem neuen Art. 117c BV⁴. Sie verlangt u.a. eine «ausreichende, allen zugängliche Pflege von hoher Qualität» und fordert, «dass eine genügende Anzahl diplomierter Pflegepersonen für den weiterhin zunehmenden Bedarf zur Verfügung steht, und dass die in der Pflege tätigen Personen entsprechend ihrer Ausbildung und ihren Kompetenzen eingesetzt werden». Bundesrat und Parlament lehnen die Pflegeinitiative ab. Sie möchten den Pflegepersonen keine Sonderstellung in der Verfassung einräumen und sind gegen eine Regelung von Arbeitsbedingungen, insbesondere Löhnen, durch den Bund⁵.

¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 14. September 2018 zum Postulat Marchand-Balet.

² BALL JANE E. u.a., Post-operative mortality, missed care and nurse staffing in nine countries: Across-sectional study, in: *International Journal of Nursing Studies* 78 (2018) 10–15; AIKEN LINDA H., u.a., Patient satisfaction with hospital care and nurses in England: an observational study, in: *BMJ Open*, Band 8, Nr. 1, 1. Januar 2018; SIMON MICHAEL u.a., Pflegepersonal und unerwünschte Ereignisse in Schweizer Akutspitälern: Auswertung von Daten des Bundesamtes für Statistik, Gutachten 17. Januar 2020; ZÚÑIGA u.a., S. 82.

³ MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER, S. 102 ff.; LEONI-SCHEIBER/MÜLLER STAUB, S. 235.

⁴ Gesch.-Nr. 18.079.

⁵ Abstimmungsbroschüre zur Volksabstimmung vom 28. November 2021, S. 16.

- 4 Bundesrat und Parlament unterstützen hingegen den **indirekten Gegenvorschlag** in Form des Bundesgesetzes über die Förderung der Ausbildung im Bereich der Pflege⁶. Damit soll für eine Ausbildungsinitiative vom Bund in den nächsten acht Jahren rund eine halbe Milliarde Franken eingesetzt werden, wenn die Kantone die andere Hälfte der Ausbildungskosten übernehmen (Art. 8 Abs. 2). Der indirekte Gegenvorschlag ermöglicht zudem, dass Pflegepersonen gewisse Leistungen direkt zulasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung abrechnen können (Art. 14)⁷.
- 5 Mit dem indirekten Gegenvorschlag zur Pflegeinitiative werden nur zwei von vier **Anliegen der Initiative** erfüllt, nämlich die Ausbildung von genügend Pflegepersonen und die rechtliche Anerkennung der Kompetenzen der Pflegepersonen in den Sozialversicherungen; nicht aber eine Verbesserung der Arbeitsumgebungsqualität und die angemessene Abgeltung der Pflegeleistungen, was viele Berufsverbände und Leistungserbringer in der Vernehmlassung beanstandet haben⁸. Ein zentrales Element für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen wären klare Vorgaben zum Verhältnis von notwendigem Pflegepersonal und Patientinnen bzw. Patienten (*nurse-to-patient-ratio*)⁹, wobei diese je nach Pflegebereich (stationäre Langzeitpflege, medizinische und chirurgische Abteilungen, Spitem, Intensivstationen etc.) unterschiedlich festzulegen sind. Dies erfordert aber wiederum, dass die dazu nötigen finanziellen Mittel zur Verfügung gestellt werden¹⁰.
- 6 Bei Annahme der Pflegeinitiative an der Volksabstimmung kämen zunächst die Übergangsbestimmung zum Tragen (Art. 197 Ziff. 12 BV), wonach der *Bund* im Rahmen seiner Zuständigkeiten Ausführungsbestimmungen erlässt u.a. über «**anforderungsrechte Arbeitsbedingungen**» (lit. c) und «Möglichkeiten der beruflichen Entwicklung» (lit. d) der in der Pflege tätigen Personen.

⁶ BG vom 19. März 2021, BBl 2019 8063 ff.; Gesch.-Nr. 19.401. Das Gesetz tritt gem. Art. 12 in Kraft, wenn die Pflegeinitiative in der Abstimmung abgelehnt wird, und es nicht durch ein allfälliges Referendum verhindert wird.

⁷ BG über die Förderung der Ausbildung im Bereich der Pflege vom 19. März 2021.

⁸ EDI, Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 25. Oktober 2019 zur Parlamentarischen Initiative. Für eine Stärkung der Pflege – für mehr Patientensicherheit und mehr Pflegequalität 19.401, S. 20 f.

⁹ LEONI-SCHEIBER/MÜLLER STAUB, S. 238 ff. m.w.H.; s.a. KLEY/SEGESSEMAN, S. 223; s.a. KOCH ROSWITHA, Pflegepersonal in der Covid-19-Krise – stark gefordert und schwach geschützt, in: Pfleregerecht 2020 S. 166–169, S. 169.

¹⁰ Mehrere Stellungnahmen der Berufsverbände der Pflege im Vernehmlassungsverfahren zum indirekten Gegenvorschlag Pflegeinitiative – Bundesgesetz über die Förderung der Ausbildung im Bereich der Pflege – Vernehmlassungsverfahren (Pa.Iv. 19.401, Internet: www.parlament.ch/centers/documents/de/19-401-stellungnahmen-berufsverbaende-der-pflege.pdf).

Arbeitsbedingungen und Qualität der Pflege beschäftigen auch die Politik stark, was sich in einer langen Liste von parlamentarischen Vorstössen niederschlägt¹¹. 7

Als **Grundlage für Empfehlungen** zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen benötigt die Auftraggeberin ein juristisches Gutachten zu den geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen und zur aktuellen Situation der Rechtsdurchsetzung in den Kantonen und den Betrieben. Aus diesem Grund ist auch danach zu fragen, ob und wie allfällige Verbesserungen durch Anpassung von Rechtsnormen möglich sind. 8

II. Fragestellung

Von der Auftraggeberin wurden folgende Fragen zur Abklärung unterbreitet (hier leicht anders angeordnet und gegliedert): 9

1. Welche **arbeitsrechtlichen Grundlagen** gelten für die Pflegefachpersonen in den Spitälern, Pflegeheimen, Spitex in der Schweiz (z.B. maximale Arbeitszeit, Ruhezeiten, Schichtplanungen etc.)?
2. Werden die gesetzlichen Vorgaben von den Betrieben adäquat **eingehalten**?
- 2.1. Gibt es hierbei **Unterschiede** je nach Art (stationär, ambulant) oder Trägerschaft der Institution (öffentlich versus privat)? Gibt es sonstige Unterschiede?
- 2.2. Wird die Einhaltung genügend **kontrolliert** (durch die kantonalen Arbeitsinspektorate)?

¹¹ 19.4053 (Motion) Einführung einer «nurse to patient ratio» in der Pflege. Eine qualitative und wirtschaftliche Notwendigkeit; 19.4055 (Motion): Qualitätssicherung in der Pflege. Qualitätsindikatoren auch in der ambulanten Pflege überwachen; 19.4151 (Motion): Pflegebereich. Den Inhaberinnen und Inhabern altrechtlicher Diplome eine Chance geben; 19.4509 (Motion): Sorgsame und sorgfältige Einstufung beim Pflegebedarf statt kantonaler Wildwuchs und systematischer Ungleichbehandlung; 20.3173 (Motion): Gesundheitsschutz für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für eine Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 187 über den Förderungsrahmen für den Arbeitsschutz; 20.3176 (Motion): Covid-19. Mehr Anerkennung für die öffentliche Spitex; 20.3260 (Motion): Applaus allein genügt nicht! Das Gesundheitspersonal muss sich erholen können; 20.3355 (Postulat): Gesundheits- und Sozialbereich. Die Schweiz soll sich aus ihrer Abhängigkeit von ausländischen Arbeitskräften befreien; 20.4230 (Postulat): Für eine unabhängige landesweite Untersuchung der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Gesundheitspersonal; 20.336 (Standesinitiative): Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung im Bereich der ambulanten Pflege. Möglichkeit für die Kantone, eine Planung einzuführen; 21.3082 (Motion): Aufwertung der «Frauenberufe» in Pflege und Betreuung; 21.4007 (Dringliche Interpellation) Medizinische Versorgung und Pflegequalität auch in Krisen.

3. Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen:
 - 3.1. Welche Möglichkeiten gibt es, um die Kantone und privaten Institutionen im Bereich der Pflege zu verpflichten, die **Arbeitsbedingungen kollektiv** bzw. einheitlich zu regeln (z.B. durch Normalarbeitsvertrag, Gesamtarbeitsvertrag oder Leistungsvereinbarungen mit Minimalstandards)?

 - 3.2. Gibt es die Möglichkeit, eine **Verankerung in allen Kantonen** zu schaffen, z.B. via Spitalversorgungsgesetz? Wie könnte man diese Pflicht auch auf die anderen Versorgungssettings ausweiten? Wäre eine interkantonale Vereinbarung zweckmässig?

4. Falls sogenannte **Pflegepools** einen Lösungsansatz für den flexibleren Einsatz von Pflegefachkräften – bei personellen Engpässen und Ausfällen aber auch aufgrund persönlicher Wünsche – darstellen, auf welchen arbeitsrechtlichen Grundlagen müssten oder könnten solche Verträge auch überinstitutionell, überregional oder gar überkantonale basieren?

5. Gibt es **Gesetzeslücken**? Wenn ja, welche und auf welcher Ebene (Bund, Kantone)? Welche Möglichkeiten hat der Bund, mögliche Lücken zu schliessen?

B. Einführung

I. Untersuchungsgegenstand

1. Arbeitsbedingungen

Mit dem vorliegenden Gutachten wird die **arbeitsrechtliche Lage** von Pflegepersonen in der Schweiz dargelegt mit dem Ziel zu zeigen, welche Rechtsnormen im Hinblick auf eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Pflegepersonen relevant sind. Im grossen Feld des Arbeitsrechts sind dabei nicht alle arbeitsrechtlichen Normen von Bedeutung. 10

Verschiedene Studien haben die Arbeitssituation von Pflegepersonen in der Schweiz untersucht, um zu ermitteln, welche Arbeitsbedingungen besonders belastend sind und Pflegepersonen veranlassen, diesen Beruf zu verlassen¹². Allgemein sind im Gesundheits- und Sozialwesen **Belastungen** des Bewegungsapparates sowie psychische und emotionale Anforderungen vergleichsweise weit verbreitet¹³. 11

Der Anteil von Pflegepersonen, die unter **Gesundheitsbeschwerden** leiden, ist in den letzten Jahren gestiegen¹⁴. Am meisten genannt werden allgemeine Schwäche, Müdigkeit und Energielosigkeit (76.2%), gefolgt von Rücken- oder Kreuzschmerzen (73.2%), Gelenk- und Gliederschmerzen (59.5%) und Einschlaf- oder Durchschlafstörungen (57.7%)¹⁵. Von den befragten Pflege- und Betreuungspersonals gaben 19.5% an, sich nie emotional erschöpft zu fühlen¹⁶. Dem gegenüber berichten im selben Erhebungsjahr 26,5% der Arbeitnehmenden aus allen Branchen, mehr Ressourcen als Belastungen zu 12

¹² Zahlen zu Berufsaustritten bei MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER, S. 32 f. und LOBSIGER/LIECHTI, S. 6 ff.

¹³ SECO, Ausgewählte Ergebnisse der Europäischen Unternehmensbefragung über neue und aufkommende Risiken 2019 (ESENER 3), Bern 2021, S. 4 ff. Weder mit der Europäische Unternehmenserhebung über neue und aufkommende Risiken (ESENER) noch dem European Working Conditions Survey EWCS oder mit der Schweizerischen Gesundheitsbefragung werden Daten publiziert (bzw. erhoben?), die einen präzisen Vergleich der Arbeitsbelastungen zwischen Pflegefachkräften und Arbeitnehmenden in anderen Branchen zulassen.

¹⁴ ZÚÑIGA u.a., S. 116 ff.; s.a. PETER KARIN A., RENGGLI FABIENNE, SCHMID XENIA u.a., Arbeitsbedingter Stress bei Gesundheitsfachpersonen in der Schweiz, Abschlussbericht STRAIN für alle Organisationen, Bern 2021, S. 39 ff., und MÖCKLI NATHALIE, DENHAERYNCK KRIS, DE GEEST SABINA, u.a., The home care work environment's relationships with work engagement and burnout: A cross-sectional multi-centre study in Switzerland, in: Health & Social Care in the Community, 2020/28, S. 1989–2003, S. 1996 ff.

¹⁵ ZÚÑIGA u.a., S. 117.

¹⁶ ZÚÑIGA u.a., S. 118.

haben¹⁷. Es hat sich gezeigt, dass ein Zusammenhang zwischen emotionaler Erschöpfung und geringer Unterstützung durch die Führung besteht¹⁸.

- 13 Unter **psychosoziale Belastungsfaktoren** fallen hohe, unflexible und/oder unregelmässige Arbeitszeiten, Zeitdruck, qualitative und quantitative Überforderung, geringe Handlungs- und Entscheidungsspielräume fehlende soziale Unterstützung durch vorgesetzte Personen und Arbeitskolleginnen und -kollegen, aber auch soziale Konflikte, Rollenkonflikte und Vereinbarkeitsprobleme von Beruf und Privatem, Moraldilemmata, berufliche Gratifikationskrisen usw., wenn sie Gegenstand eines Ungleichgewichts zwischen Anforderungen und vorhandenen Handlungsmöglichkeiten (Ressourcen) am Arbeitsplatz sind¹⁹. In den Gesundheitsberufen sind steter Zeitdruck, Zeitmangel infolge quantitativer Überlastung und personeller Engpässe gewichtige und chronische Stressoren²⁰.
- 14 Der **Lohn** (Medianlohn) einer Vollzeit beschäftigten «Pflegepersonen» beträgt gem. der Plattform jobs.ch CHF 6'569 brutto pro Monat inkl. Anteil 13. Monatslohn und Bonus; «Geringverdiener» erhalten CHF 5'133 und «Topverdiener» CHF 8'240²¹. Gemäss Schätzung des BFS liegt der Medianlohn für diplomierte Pflegefachkräfte bei rund CHF 7'400 brutto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn. Dieser Wert liegt leicht über dem Medianlohn aller Arbeitnehmenden in der Schweiz (CHF 6'538 brutto pro Monat)²². Bei all diesen Lohnangaben sind Schicht-, Nacht- und Sonntagszulagen enthalten. Pflegepersonal in Schweizer Spitälern erhält jedenfalls im OECD-Durchschnitt kaufkraftbereinigt mehr als in vielen ausländischen Staaten, wobei die Zahlen für ein-

¹⁷ GESUNDHEITSFÖRDERUNG SCHWEIZ, Job-Stress-Index 2018, Faktenblatt 34, Bern 2018, S. 3.

¹⁸ ZÚÑIGA u.a., S. 82.

¹⁹ SECO, Schutz vor psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz, Informationen für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Bern 2015, S. 4.

²⁰ HÄMMIG, S. 19. Bemerkenswert ist, dass zwischen selbst angegebenen und extern beurteilten psychosozialen Arbeitsbelastungen in Abhängigkeit vom individuellen psychischen Stresslevel der einbezogenen Probandinnen und Probanden keine systematischen Unterschiede festgestellt werden können (s.a. THINSCHMIDT MARLEEN/DECKERT STEFANIE/THEN FRANCISCA S./HEGEWALD JANICE/ NIEUWENHUIJSEN KAREN/RIEDEL-HELLER STEFFI G./SEIDLER ANDREAS, Systematischer Review: Der Einfluss arbeitsbedingter psychosozialer Belastungsfaktoren auf die Entstehung psychischer Beeinträchtigungen und Erkrankungen, hrsg. von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Dortmund/Berlin/Dresden 2014, S. 80 f., Internet https://www.baua.de/DE/Angebote/Publikationen/Berichte/F2264.p-df?__blob=publicationFile&v=5).

²¹ Internet: www.jobs.ch; Aufgrund der Angaben auf dieser Plattform sind auch grosse regionale Unterschiede ablesbar, s.a. Angaben Lohnbuch 2020.

²² Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home.html> > Berufe im Gesundheitswesen > Volksinitiative «Für eine starke Pflege» > FAQ zur Pflegeinitiative > Löhne und Arbeitsbedingungen. Die Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2018.

zelne Länder nicht vergleichbar sind²³. Die Daten einiger Länder beziehen sich nur auf Pflegefachpersonen mittlerem und/oder höherem Bildungsniveau, während andere Staaten (wie die Schweiz) Angaben für das *gesamte* Pflegepersonal machen. Nach einer schweizweiten repräsentativen Befragung war bei der Pflege die Zufriedenheit mit dem Lohn am tiefsten im Vergleich zu allen anderen Berufsfeldern (42%; 13% zufrieden, 29 % teilweise zufrieden), d.h. 58% waren ganz oder eher unzufrieden²⁴. In einer anderen Studie äusserten 63.7% des befragten Pflegepersonals, dass sie mit dem Lohn im Verhältnis zu den Arbeitsanforderungen zufrieden sind²⁵.

Der Versorgungsbericht von Obsan listet die Ergebnisse aus verschiedenen Studien auf und führt **Massnahmen zur Personalerhaltung** auf, nämlich²⁶: 15

- Anstellungsbedingungen wie Lohn, Gratifikationen, Zuschläge, Prämien
- Ferien- und Urlaubsregelungen
- Unregelmässigkeit bzw. Planbarkeit der Arbeitszeiten
- Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Freizeit
- Arbeitsorganisation, Arbeitszeit und Arbeitsdichte
- Wertschätzung und Unterstützung durch direkte Vorgesetzte
- Körperliche, emotionale und psychosoziale Belastungen
- Mitwirkung der Belegschaft
- Genügend und genügend qualifiziertes Personal
- Berufliche Entwicklung
- Partizipation an der Organisationsentwicklung, Betriebskultur

Viele dieser genannten Massnahmen bedürfen noch der Konkretisierung, ganz besonders aber die **Vereinbarkeit** von Beruf und Privatleben. Das vom SECO herausgegebene KMU-Handbuch «Beruf und Familie» operationalisiert dieses Handlungsfeld wie folgt²⁷: 16

²³ OECD, Health at a Glance 2019 - OECD Indicators. Paris 2019, S. 180 f., insbes. «Definition and comparability».

²⁴ SOTOMO, Lohnzufriedenheitsstudie 2019, Repräsentative Befragung der Erwerbstätigen in der Schweiz, Studie im Auftrag von jobs.ch, Bern 2019 Internet: <https://sotomo.ch/site/projekte/lohnzufriedenheitsstudie-2019>, S. 21.

²⁵ ZÚÑIGA u.a., S. 105 f.

²⁶ Zusammengefasst aufgrund der Analyse in DOLDER, S. 58 ff., und MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER, S. 92; s.a. FUCHS-FROHNHOFEN u.a., S. 18 ff.

²⁷ SECO, KMU-Handbuch «Beruf und Familie», Massnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie in kleinen und mittleren Unternehmen, Bern 2016, S. 17 ff. Ausführlicher dazu: Anhang 2g: Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben in: GESUNDHEITSFÖRDERUNG SCHWEIZ/ARBEITSGRUPPE BGM-KRITERIEN, Weg-

- **Flexible Arbeitszeiten:** Gleitzeit, Jahresarbeitszeit, Kurzabwesenheiten, freie Tage, Ferien und Feiertage, verkürzte, verlängerte und verschobene Tagesarbeitszeiten;
 - **Teilzeitarbeit:** wichtigste Teilzeitvarianten, Veränderung des Beschäftigungsgrades, Job-Sharing;
 - **Angepasste Arbeitsorganisation:** Selbstabsprachen im Team ermöglichen, Ergebnisse kontrollieren statt Präsenz fordern, Informationsfluss, Einsatzplanung, Stellvertretungen sicherstellen;
 - **Familienbezogener Urlaub:** Mutterschaftsurlaub und Vaterschaftsurlaub mit Verlängerungsmöglichkeit, Elternurlaub, Kontakt halten, Unterstützung beim Wiedereinstieg;
 - **Flexibler Arbeitsort:** Arbeit mit nach Hause nehmen, Regelmässige Erwerbsarbeit von zu Hause aus, Erwerbsarbeit von unterwegs, Optimierung der Arbeitswege;
 - **Unterstützung bei der Kinderbetreuung:** Regelmässige familienergänzende Kinderbetreuung, Notfallbetreuung, Einsatz für die Infrastruktur in der Gemeinde;
 - **Betriebsklima:** Berücksichtigung familiärer Verpflichtungen, Teilzeitarbeitende ernst nehmen, durch Vertrauen Spielräume schaffen, Offene Kommunikation, Leitbild;
 - **Personalentwicklung:** Berücksichtigung familiärer Belange bei der Weiterbildung, Teilnahme an Weiterbildungsmassnahmen, Thematisierung der Vereinbarkeit im Mitarbeitendengespräch.
- 17 Der Handlungsleitfaden für Alters- und Pflegeheime, Spitex-Organisationen und Beratende für den Erhalt von Fachkräften in der Langzeitpflege listet ähnliche Massnahmen auf²⁸. Als grösstes Hindernis bei der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben wird von 20% der Männer und 16% der Frauen mit regelmässigen Betreuungsaufgaben **die lange Arbeitszeit** genannt. Danach folgen **unvorhersehbare oder ungünstige Arbeitszeiten** (13,4%; 16,6%), langer Arbeitsweg, zu anstrengende oder zu anspruchsvolle Arbeit, mangelnde Unterstützung im Arbeitsumfeld. Nur 34,4% der Männer und 37,6% der Frauen mit Betreuungspflichten sehen keine Hindernisse bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie²⁹.
- 18 Es gilt im vorliegenden Gutachten zu prüfen, ob und wie die empfohlenen Massnahmen aufgrund der aktuellen Rechtslage umsetzbar sind bzw. welche Gesetzesrevisio-

leitung Qualitätskriterien für das betriebliche Gesundheitsmanagement, Friendly Work Space, Bern 2017, S. 88 ff.

²⁸ STOCKER u.a., S. 11 ff.

²⁹ BFS, Vereinbarkeit von Beruf und Familie, S. 5. Detaillierte Angaben zu Pflegepersonen: ZÚÑIGA u.a., S. 110 ff.

nen dafür hilfreich sein könnten. Somit kann sich das Gutachten auf die **Bereiche des Arbeitsrechts** beschränken, die einen Zusammenhang mit den genannten Massnahmen für den Personalerhalt haben. Aus diesem Grund werden hier z.B. die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Eingehung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen und einige arbeitsrechtlichen Pflichten ausser Acht gelassen.

2. Pflegepersonal

Gemäss der Definition des International Council of Nurses³⁰ umfasst **professionelle Pflege** die eigenverantwortliche Versorgung und Betreuung, allein oder in Kooperation mit anderen Berufsangehörigen, von Menschen aller Altersgruppen, von Familien oder Lebensgemeinschaften, sowie Gruppen und sozialen Gemeinschaften, ob krank oder gesund, in allen Lebenssituationen (**Settings**). Pflege schliesst die Förderung der Gesundheit, Verhütung von Krankheiten und die Versorgung und Betreuung kranker, behinderter und sterbender Menschen ein. Weitere Schlüsselaufgaben der Pflege sind Wahrnehmung der Interessen und Bedürfnisse (**Advocacy**), Förderung einer sicheren Umgebung, Forschung, Mitwirkung in der Gestaltung der Gesundheitspolitik sowie Management des Gesundheitswesens und in der Bildung. Diese Definition wird auch vom Schweizerischen Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK anerkannt³¹. 19

Im schweizerischen Gesundheitssektor werden nach der neuen Schweizerischen Berufsnomenklatur CH-ISCO-19 des Bundesamtes für Statistik folgende **Berufsgruppen** abgegrenzt: Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und -ärzte, *Pflegefachpersonal, Pflegepersonal der Sekundarstufe II, Pflegepersonal ohne formelle Ausbildung*, Hebammen, Physiotherapieberufe und medizinisch-technische Berufe sowie medizinische Praxisassistentinnen und -assistenten (MPA)³². 20

Die aktuellen Zahlen zum **Bestand an Pflegepersonal** und anderen Berufen im Gesundheitswesen zeigen folgendes Bild³³. 21

³⁰ Internet: www.icn.ch/about-icn/icn-definition-of-nursing (offizielle Übersetzung der Berufsverbände Deutschlands, Österreichs und der Schweiz).

³¹ SBK, Professionelle Pflege Schweiz Perspektive 2020, Positionspapier des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner SBK, S. 2.

³² LOBSIGER/LIECHTI, S. 4 f.

³³ Tabelle aus LOBSIGER/LIECHTI, S. 10.

B Einführung

T 2 Bestand an Gesundheitspersonal i.e.S. nach Arbeitssektoren, Schweiz, 2016–2018

	Spitäler		Ambulanter Sektor		Pflegeheime		Andere stationäre Einrichtungen		Total	
	Anzahl	VZÄ	Anzahl	VZÄ	Anzahl	VZÄ	Anzahl	VZÄ	Anzahl	VZÄ
Ärztinnen/Ärzte	20 795	18 996	17 125	13 279	(142)	(110)	(81)	(62)	38 143	32 447
Zahnärztinnen/-ärzte	(46)	(37)	4 929	3 808	0	0	0	0	4 975	3 845
Total Pflegepersonal	56 547	41 877	23 586	13 452	50 722	21 080	11 307	6 271	142 162	97 547
Pflegefachpersonal	45 586	34 054	10 999	6 617	18 814	13 382	2 640	1 729	78 040	55 782
Pflegepersonal Sek. II	5 315	4 056	8 206	4 501	11 085	7 698	6 962	4 542	31 568	20 796
Pflegepersonal ohne formelle Ausbildung	5 646	3 767	4 381	2 335	20 823	0	1 705	0	32 555	20 969
Hebammen	2 046	1 408	1 044	693	0	0	0	0	3 090	2 101
Physiotherapie	3 579	2 843	9 620	6 794	(147)	(98)	(231)	(145)	13 577	9 880
Medizinisch-technische Berufe	4 560	3 673	855	620	0	(16)	0	0	5 439	4 308
MPA	3 435	2 484	16 363	10 660	(105)	(62)	(71)	(47)	19 975	13 253
Total Gesundheitspersonal i.e.S.	91 009	71 318	73 522	49 306	51 140	35 157	11 690	7 600	227 361	163 381
Total alle Berufe	163 319	126 449	126 390	82 009	98 248	68 028	48 991	31 903	436 947	308 390

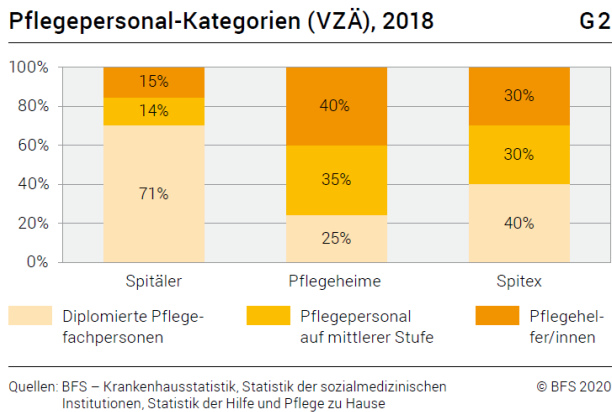
Anmerkungen: Schätzungen auf Basis von 5 oder weniger Beobachtungen werden nicht ausgewiesen und mit () gekennzeichnet. Schätzungen auf der Basis von 6 bis 50 Beobachtungen werden in Klammern ausgewiesen.

Quelle: BFS – Strukturerhebung (SE)

© Obsan 2021

Aufgrund dieser Schätzungen macht das Pflegepersonal auf Vollzeitäquivalente gerechnet ca. 60% (97'547 von 163'381) des Gesundheitspersonals im engeren Sinne aus.

- 22 Mit der Krankenhausstatistik hat das Bundesamt für Statistik das Pflegepersonal in **drei Kategorien** eingeteilt. Diese sind je nach Institution unterschiedlich stark vertreten³⁴:



- 23 Wie sowohl aus der Berufsnomenklatur als auch aus der Krankenhausstatistik hervorgeht, unterscheiden sich die Berufe in der Pflege je nach **Ausbildung**. Zu den *tertiären*

³⁴ BFS, Pflegepersonal, S. 2.

Ausbildungsabschlüssen³⁵ gehören: Bachelor, Master oder PhD an einer Universität oder Fachhochschule, Eidgenössische höhere Fachprüfung (HFP), Abschluss als dipl. Pflegefachmann/-frau HF sowie die Eidgenössische Berufsprüfung in Psychiatrie- oder Langzeitpflege mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis³⁶. Ausbildungsabschlüsse auf *Sekundarstufe II*³⁷ sind Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit (FaGe) mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis (EFZ) und Fachfrau Betreuung/Fachmann Betreuung (FaBe) mit EFZ sowie Assistent/in Gesundheit und Soziales (AGS) mit eidgenössischem Berufsattest (EBA)³⁸. Daneben sind Pflegehelferinnen und -helfer mit einer nicht-formalen Ausbildung und einem Zertifikat des Schweizerischen Roten Kreuzes (SRK) im Einsatz.

Der **Frauenanteil** bei den Pflegepersonen ist hoch. Von den 4'860 *Abschlüssen* im Ausbildungsfeld Krankenpflege und Geburtshilfe haben im Jahr 2020 nur 636 Männer einen Abschluss erworben (13%). Somit fallen 87% der Abschlüsse auf Frauen³⁹. Beim Pflegepersonal in Schweizer *Spitälern* beträgt der Frauenanteil 84,8% gegenüber 15,2% Männern auf VZÄ gerechnet⁴⁰. 24

Im Wirtschaftsabschnitt Gesundheits- und Sozialwesen ist der Anteil von **Teilzeiterwerbstätigen** mit 55,2% sehr hoch, auch im Vergleich zu anderen Bereichen wie z.B. Gastgewerbe (39,4%)⁴¹. Dabei gibt es deutliche Unterschiede nach Versorgungsbereich und Ausbildungsniveau⁴², aber auch nach Geschlecht: rund die Hälfte der Pflegefachmänner arbeitet gemäss der Krankenhausstatistik Vollzeit; ein Drittel arbeitet zwischen 80 und 99%. Nur etwa ein Viertel des weiblichen Pflegepersonals arbeitet Vollzeit; die Mehrheit der Pflegefachfrauen arbeitet 40 bis 79%⁴³. Die Gründe für Teilzeitarbeit in der Schweiz werden nur grob statistisch erfasst. Betreuung von Kindern nennen 21,3% 25

³⁵ BFS, Klassifikation der schweizerischen Bildungsstatistik, Ziff. 3.

³⁶ Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home.html> > Berufe im Gesundheitswesen > Volksinitiative «Für eine starke Pflege» > Faktenblatt zur Pflegeinitiative > Bildungsabschlüsse in der Pflege; BFS, Bildungsverläufe im Pflegebereich, S. 2.

³⁷ BFS, Klassifikation der schweizerischen Bildungsstatistik, Ziff. 2.

³⁸ Internet: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home.html> > Berufe im Gesundheitswesen > Volksinitiative «Für eine starke Pflege» > Faktenblatt zur Pflegeinitiative > Bildungsabschlüsse in der Pflege; BFS, Bildungsverläufe im Pflegebereich, S. 2.

³⁹ Internet: www.pxweb.bfs.admin.ch/pxweb/de/px-x-1502020100_303/px-x-1502020100_303/px-x-1502020100_303.px/table/tableViewLayout2/.

⁴⁰ Internet: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/417117/umfrage/schweiz-verteilung-des-personal-in-krankenhaeusern-nach-geschlecht-und-funktion/>.

⁴¹ BFS, Teilzeiterwerbstätigkeit in der Schweiz, S. 3.

⁴² MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER, S. 31 f., 40 und 46.

⁴³ BFS, Spitalpersonal, S. 2.

und sonstige familiäre Verpflichtungen 17,8%. Danach folgen mit 17,2% «andere Gründe» ohne weitere Differenzierung, bevor von 16,7 % kein Interesse an einer Vollzeitstelle oder keine solche gefunden genannt werden⁴⁴. Es wird aber nicht erfragt, ob Arbeitsbedingungen oder sonstige Umstände, die mit der Arbeit zusammenhängen, der Grund für eine Teilzeittätigkeit sind.

- 26 In einer Untersuchung gab nur die Hälfte des Pflege- und Betreuungspersonals an, dass es **genügend Personal** gibt, um die anfallende Arbeit zu erledigen. Damit stimmen sie mit den Abteilungsleitungen überein, welche die Personalbesetzung im Verhältnis zur Arbeitsbelastung nur zu 58% als sehr gut oder angemessen einschätzten⁴⁵. Mehr als ein Drittel des Pflege- und Betreuungspersonals gab an, mindestens wöchentlich mehr als 30 Minuten Mehrarbeit zu leisten⁴⁶.
- 27 Die Anzahl **Pflegepersonal pro Spitalbett** beträgt in der Schweiz im Durchschnitt 3,9 Pflegefachkräfte in Vollzeitäquivalenten gerechnet. Die Anzahl variiert in den Kantonen und liegt zwischen 2,6 im Wallis und 5,2 im Kanton Uri⁴⁷. Eine Pflegeperson betreut während eines 24-Stunden-Zeitraums in der Schweiz durchschnittlich 7,9 Patientinnen bzw. Patienten; je nach Spital variiert diese Zahl zwischen 4,6 und 13,7⁴⁸. Im Übrigen sind die Angaben zur aktuellen *nurse-to-patient-ratio* in der Schweiz wenig durchschaubar⁴⁹:

T 14.11 Tätigkeitsindikatoren des Pflege- und Betreuungspersonals, nach Sprachregion, 2012 und 2019

		Schweiz		Deutschschweiz		Romandie		Tessin	
		2012	2019	2012	2019	2012	2019	2012	2019
Spitäler	Fallzahlen pro VZÄ	23,5	22,6	24,9	23,9	19,9	19,4	26,1	23,7
	Zahl der Pflgetage pro VZÄ	206	184	215	188	180	170	241	212
Alters- und Pflegeheime	Zahl der Klientinnen und Klienten (65+ jährig, Langzeitaufenthalte) pro VZÄ	1,9	1,6	1,9	1,6	1,8	1,6	1,8	1,4
	Zahl der Pflegeminuten pro Tag pro VZÄ	213	194	192	174	274	255	253	212
Spitex	Anzahl der KLV-Fälle pro VZÄ	15,9	17,9	16,5	18,1	14,8	18,1	15,7	15,6
	Anzahl der jährlichen KLV-Pflegestunden pro VZÄ	839	940	873	953	764	886	906	1106

VZÄ: Pflege- und Betreuungspersonal aller ausbildungsstufe

Quellen: BFS – Krankenhausstatistik (KS), Medizinische Statistik (MS), Statistik der sozialmedizinischen Institutionen (SOMED) und Statistik der Hilfe und Pflege zu Hause (Spitex) © Obsan 2021

⁴⁴ BFS, Teilzeiterwerbstätigkeit in der Schweiz, S. 4.

⁴⁵ ZÚÑIGA u.a., S. 84 und 137.

⁴⁶ ZÚÑIGA u.a., S. 84 und 112 ff.

⁴⁷ Internet: www.atlas.bfs.admin.ch/maps/13/de/15710_7287_4422_7264/24583.html.

⁴⁸ OBSAN, Das Pflegefachpersonal in Schweizer Spitälern im europäischen Vergleich, Obsan-Bulletin 3/2014, S. 1.

⁴⁹ MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER, S. 115. Sie nennen das Verhältnis einmal «Aktivitätsindikator» (Anz. Pflegepersonen pro Fall im Spital/pro Bewohner/in Alters- und Pflegeheimen/pro Klient/in der Spitex), und das andere Mal «Betreuungsindikator» (Verhältnis «Anzahl Pflege- und Betreuungspersonen pro Fall, Bewohner/in oder Klient/in» oder wie in dieser Tabelle «Tätigkeitsindikator».

Der Beruf der Pflegefachfrau bzw. des Pflegefachmannes wird seit 1.2.2020 durch das **Gesundheitsberufegesetz** geregelt (Art. 2 Abs. 1 lit. a GesBG), indem die Anforderungen an die Ausbildung und die Voraussetzungen für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung schweizweit normiert werden. Zur bewilligungspflichtigen Kategorie der Pflegefachkräfte in eigener fachlicher Verantwortung (Art. 11 ff. GesBG) zählen neben den selbständig Tätigen⁵⁰ auch *angestellte* Führungskräfte, welche die fachliche Verantwortung für die korrekte Berufsausübung der ihnen unterstellten Mitarbeitenden tragen, und angestellte Fachkräfte, die ihre Tätigkeit allein ausüben und keiner fachlichen Aufsicht unterstehen⁵¹. Die Regelungen des GesBG dienen in erster Linie der Sicherung der Behandlungsqualität sowie dem Schutz der Patientinnen und Patienten vor unwirksamer und schädlicher Behandlung⁵². Sie sind gleichzeitig aber auch Ausdruck von Professionalisierung und Qualitätssteigerung im Gesundheitswesen, zeugen aber auch von der Tendenz zur Zentralisierung und Vereinheitlichung des Gesundheitssektors auf Bundesebene⁵³. 28

II. Übersicht

Als Grundlage für die Beantwortung der gestellten Fragen wird zunächst in Kapitel C. ein **Überblick** gegeben über die Rechtsbereiche und Rechtsnormen, die die Arbeitsverhältnisse von Pflegefachkräften regeln. Dabei wird das besondere Augenmerk darauf gelegt, wer inwiefern den Hebel für bessere Arbeitsbedingungen (gem. vorne Rz 15) ansetzen könnte. Von besonderem Interesse ist, wie diese Bestimmungen tatsächlich umgesetzt werden, und wo Optimierungsbedarf besteht (Kap. D). 29

Im folgenden Kapitel E. werden **Krankenversicherung** und kantonale **Gesundheitsversorgung** aus der Perspektive der Einflussnahme auf Arbeitsbedingungen betrachtet. Danach widmet sich Kap. F den neu aufgekommenen **Pflegepools**, mit denen verschiedenen Erwartungen verbunden werden. 30

Die gewonnenen Erkenntnisse werden sodann zusammengeführt, indem aufgezeigt wird, welcher **rechtlichen Anpassungen** es bedarf, um Massnahmen zur Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufes zu treffen, sei es durch *Verbesserung* oder *Vereinheitlichung* der Arbeitsbedingungen. 31

⁵⁰ Dazu hinten Rz 34.

⁵¹ BBI 2015 8715, S. 8747.

⁵² BBI 2015 8715, S. 8722; GÄCHTER/WERDER, S. 3.

⁵³ GÄCHTER/WERDER, S. 3 ff.

C. Arbeitsrechtliche Grundlagen

I. Regelungsbereiche des Arbeitsrechts

³² Den rechtlichen Rahmen für Arbeitsverhältnisse bilden in der Schweiz **drei Regelungsbereiche**:

1. Das *Individualarbeitsrecht*, welches die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Arbeitgebenden und den einzelnen Arbeitnehmenden regelt.
2. Das *kollektive Arbeitsrecht*, welches die zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebenden bzw. Arbeitgeberverbänden ausgehandelten Gesamtarbeitsverträge sowie Normalarbeitsverträge umfasst.
3. Das *öffentliche Arbeitsrecht*, mit dem der Staat gewisse Bereiche der Arbeitswelt zwingend regelt und überwacht.

Dieser Struktur folgt nun die Auslegeordnung der für Pflegefachkräfte geltenden Rechtsnormen in diesem Kapitel.

³³ In der Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Regelungen ist die Schweiz an die **völkerrechtlichen Verträge** gebunden, die sie ratifiziert hat⁵⁴. Dies sind hauptsächlich der UNO-Pakt I⁵⁵ und die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK⁵⁶ sowie mehrere Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ILO⁵⁷. Nach Art. 7 UNO-Pakt I anerkennen die Vertragsstaaten «das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen». Dieses soll u.a. gewährleistet werden durch angemessenen und existenzsichernden fairen Lohn, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässigen bezahlten Urlaub.

³⁴ **Ausserhalb des Arbeitsrechts** bewegen sich Personen, die zwar Arbeit leisten, aber nicht in einem arbeitsvertraglichen Unterordnungsverhältnis stehen. Ihre Rechtsbeziehungen zu den Personen, für die sie tätig sind, werden i.d.R. durch die Bestimmungen des *Auftrages* geregelt (Art. 394 ff. OR). Daneben gibt es weitere Vertragstypen, bei denen es ebenfalls um den Austausch von *Arbeit gegen Geld* geht, wie Agentur-, Fracht-, Mäkler- oder Werkvertrag⁵⁸. Die Person, welche die Arbeit leistet, entscheidet dann

⁵⁴ Vertiefend dazu PÄRLI u.a., Rz 36 ff.

⁵⁵ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 1.103.1.

⁵⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

⁵⁷ Liste unter SR 0.822.

⁵⁸ Dazu im Einzelnen GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 124 ff.

weitgehend allein, wann, wie und womit sie die versprochene Tätigkeit ausführt. Sie trägt allerdings auch ein wirtschaftliches Risiko, etwa für Werbung, Einsatz von Arbeitsmitteln und Kapital oder das Inkasso. Sie gilt für die Sozialversicherungen als selbständig erwerbstätige Person und muss sich selbst um die Versicherungen kümmern. Bei der Abgrenzung des Arbeitsvertrages zu anderen Vertragstypen kommt es nicht auf den Willen der Parteien an, sondern allein darauf, wie ihr Verhältnis im Alltag gelebt wird (Art. 18 Abs. 1 OR). Auch die sozialversicherungsrechtliche Einstufung ist für die arbeitsrechtliche Einordnung nicht entscheidend⁵⁹.

II. Individualarbeitsrecht

1. Privates oder öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis

a) Grundsätze

Die Rechtsbeziehungen zwischen **Privatpersonen**, d.h. einzelnen Arbeitnehmenden und ihren Arbeitgebenden, welche natürliche oder juristische Personen sein können, werden primär durch den Vertrag bestimmt, den sie miteinander abgeschlossen haben. Die Rahmenbedingungen dafür sind im *Obligationenrecht* OR geregelt. Rechtsstreitigkeiten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen müssen vor Zivilgerichten (Arbeitsgerichten) ausgetragen werden. 35

Ist der **Staat**, also Bund, Kanton oder Gemeinde bzw. eine ihrer Körperschaften oder Anstalten Arbeitgeber oder Arbeitgeberin, ist das Rechtsverhältnis zu deren Personal grundsätzlich verwaltungsrechtlicher Natur und untersteht den Normen des jeweiligen *Personalrechts*⁶⁰. Demzufolge sind Verwaltungsgerichte für Konflikte aus diesen öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zuständig⁶¹. 36

Pflegefachkräfte sind bei privaten *und* staatlichen **Arbeitgebenden** angestellt. Wie die Tabelle bei Rz 21 zeigt, sind Pflegefachkräfte in Spitälern, im ambulanten Sektor, in Pflegeheimen und in anderen stationären Einrichtungen beschäftigt. Für die Ermittlung des jeweils geltenden Rechtsrahmens ist aber zum einen von Bedeutung, welche *Rechtsform* der Arbeitgeberbetrieb aufweist, und zum anderen bestimmen die *kantonalen Gesetze*, ob die Arbeitsverhältnisse mit staatlichen Gesundheitsinstitutionen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sind. 37

⁵⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR N 2.

⁶⁰ Dazu hinten Rz 65 ff.

⁶¹ HENSCH, S. 13

b) Rechtsform des Arbeitgeberbetriebs

- ³⁸ Zur Trägerschaft von Institutionen im **stationären Bereich**⁶² liefert die Krankenhausstatistik Angaben⁶³: Von den 289 Kliniken sind 60 *öffentliche Unternehmen*, deren Arbeitsverhältnisse durch das jeweilige Personalrecht geregelt werden⁶⁴. Die übrigen stationären Einrichtungen haben *Rechtsformen des Privatrechts* (wie AG⁶⁵, GmbH, Verein, Stiftung, Einzelfirma). Demzufolge sind ihre Arbeitsverhältnisse (ohne anderslautende kantonale Gesetze) privatrechtlicher Natur und müssen die Bestimmungen des OR beachten. Auch von 1'566 sozialmedizinischen Institutionen haben 397 eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft, während der Rest eine privatrechtliche Rechtsform hat⁶⁶. Somit gibt es im stationären Bereich der Gesundheitsversorgung 1'169 privatrechtlich organisierte Institutionen, deren Pflegefachkräfte grundsätzlich privatrechtlichen Status haben. Die Arbeitsverhältnisse der übrigen 457 Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Trägerschaft werden primär durch das öffentliche Recht normiert.
- ³⁹ Im **ambulanten Bereich** sieht die Situation wie folgt aus: In Ambulatorien und Arztpraxen besteht das Personal zu 16% aus Pflegefachkräften (auf VZÄ gerechnet)⁶⁷. Diese Arbeitsverhältnisse unterstehen dem Privatrecht, denn diese Pflegefachkräfte sind bei einem oder mehreren ärztlichen Praxisinhabern (also bei natürlichen Personen) oder bei juristischen Personen (z.B. AG, GmbH) angestellt und (soweit ersichtlich) sehen keine kantonalen Gesetze für ambulante Einrichtungen etwas anderes vor⁶⁸. Staatliche Träger scheint es im rein ambulanten Bereich nicht zu geben. Dadurch sind die Pflegefachkräfte in diesem Bereich der Gesundheitsversorgung ausschliesslich privatrechtlich angestellt.

⁶² Im vorliegenden Kontext ist nicht von Bedeutung, ob die stationäre Einrichtung auch noch «spitalambulante» Leistungen erbringt (s.a. TRÜMPLER RALPH/HERZOG-ZWITTER IRIS, Staatliche Konkurrenzierung Privater mit spitalungebundenen ambulanten Leistungen, AJP 2021, S. 466-477).

⁶³ Internet: www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/spitaeler.assetdetail.1477722-7.html.

⁶⁴ Dazu eingehender hinten Rz 42 ff.

⁶⁵ Ausnahmsweise können Spitäler als AG konstituiert sein, aber dennoch mehrheitlich in staatlichem Eigentum stehen, wie die Solothurner Spitäler AG gem. § 17 SpiG/SO (BGS 817.11).

⁶⁶ BFS, SOMED-Statistik 1A per 18. November 2019 (Internet: www.curaviva.ch/files/6CJS003/statistik_der_sozialmedizinischen_institutionen_2018_standardtabellen_bfs_2020.xlsx).

⁶⁷ BFS, Arztpraxen und ambulante Zentren 2017, S. 2, G3.

⁶⁸ BFS, Arztpraxen und ambulante Zentren 2017, S. 2, G2.

Die **Spitex**-Statistik⁶⁹ unterscheidet bei den 2'339 Leistungserbringern nicht nach der Rechtsform, sondern erfasst die Kategorien «Gemeinnützige und öffentlich-rechtliche Unternehmen» (577), «Erwerbswirtschaftliche Unternehmen» (521) und «Selbstständige Pflegepersonen» (1'241). Selbstständige Pflegepersonen stehen in keinem Arbeitsverhältnis⁷⁰ und können hier ausser Acht gelassen werden. Die Arbeitsverhältnisse bei *erwerbswirtschaftlichen* Unternehmen dürften privatrechtlich sein. *Gemeinnützige* Unternehmen haben eine Rechtsform des Privatrechts (Verein, Stiftung oder eine Gesellschaftsform), so dass sie mit ihrem Personal privatrechtliche Arbeitsverhältnisse abschliessen können, während die in derselben Kategorie geführten *öffentlich-rechtlichen* Unternehmen dem jeweiligen Personalrecht unterstehen und somit (unter Vorbehalt anderslautender kantonaler Gesetze) öffentlich-rechtlicher Natur sind⁷¹.

Insgesamt ergibt sich, dass Gesundheitseinrichtungen, die ausschliesslich *ambulante* Behandlungen durchführen, ihr Personal als Privatunternehmen privatrechtlich nach OR beschäftigen. Auch Arbeitsverhältnisse bei *Spitex*-Leistungserbringern dürften mehrheitlich dem Privatrecht und nur zu einem kleinen Teil dem öffentlichen Recht unterstehen. Im *stationären* Bereich ist die Rechtslage unübersichtlich und muss für jedes einzelne Spital aufgrund der kantonalen Gesetzgebung ermittelt werden.

c) Kantonale Gesetzgebung

Die meisten Kantone und einige Städte und Gemeinden betreiben **Spitäler und sozialmedizinische Einrichtungen**. Die Kantone normieren die Arbeitsverhältnisse des Pflegepersonals an kantonalen Einrichtungen. Im kantonalen Recht wird auch geregelt, ob Arbeitsbedingungen in Gesamtarbeitsverträgen vereinbart werden können⁷² oder müssen⁷³.

In vielen Kantonen wurden Spitäler oder Spitalgruppen oder sonstige Gesundheitseinrichtungen als **selbständige Anstalten** des öffentlichen Rechts konstituiert. Dies geschah meist in der Absicht, ihnen die Möglichkeit zu verschaffen, ihre Personalangelegenheiten auf der Grundlage des kantonalen Personalrechts durch *eigene*

⁶⁹Die Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2019 (Internet: www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/hilfe-pflege-hause.assetdetail.14817129.html).

⁷⁰Vorne Rz 34.

⁷¹S.a. HENSCH, S. 12.

⁷²Z.B. Art. 56 Abs. 2 PG/GL (GS II A/6/1); § 4 PG/LU; Art. 85 PersG/NW (NG 165.1); Art. 4 PersG/SH (180.100); § 45^{bis} StPG/SO (BGS 126.1); § 6 Abs. 1 PG/ZH (LS 177.10). Im Kanton VD sind jedoch Abweichungen vom Personalrecht nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden zulässig gem. Art. 5 Abs. 2 RCTrLAMal/VD (BLV 810.01.6). Zu den GAV hinten Rz 113.

⁷³Z.B. Art. 50 SpVG/BE, BSG 812.11; Art. 14 Abs. 1 lit. k, Art. 20 Abs. 1 lit. h und Art. 30 Abs. 1 lit. g LH/JU (RSJU 810.11). Hinten Rz 229.

Personalreglemente öffentlich-rechtlich zu regeln⁷⁴. Kantonales Recht *entzieht* aber bisweilen diese Arbeitsverhältnisse dem Personalrecht⁷⁵, erklärt dieses *zwingend*⁷⁶ oder *subsidiär* anwendbar⁷⁷, oder es erlaubt den selbständigen Anstalten *privatrechtliche* Arbeitsverhältnisse⁷⁸.

- 44 Wenige Kantone und Gemeinden sind weiter gegangen und haben ihre Spitäler als **Aktiengesellschaften** organisiert, obwohl sie wirtschaftlich der öffentlichen Hand gehören oder von ihr dominiert werden⁷⁹. Damit gelten die Arbeitsverhältnisse nicht automatisch als privatrechtlich, vielmehr kann die kantonale Gesetzgebung bestimmen, welcher Rechtsgrundlage sie unterstehen⁸⁰. So unterstellt etwa der Kanton Solothurn die Arbeitsverhältnisse der Solothurner Spitäler AG dem **öffentlichen Recht**⁸¹.
- 45 Mit der **Privatisierung** von Spitälern wird die Erwartung von Wettbewerb und höherer Effizienz verbunden⁸². Die Arbeitsverhältnisse bei diesen Unternehmen werden implizit⁸³ oder explizit dem OR *unterstellt*⁸⁴. Im Kanton Bern haben die akutsomatischen und psychiatrischen Spitäler (z.T. seit jeher) eine privatrechtliche Rechtsform als

⁷⁴ Art. 1 Abs. 1 lit. e LPAC/GE (RS/GE B 5 05); Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 PersG/SG (sGS 143.1); § 13 Abs. 2 USZG/ZH (LS 813.15) und § 12 Abs. 2 KSWG/ZH (LS 813.16).

⁷⁵ Privatrechtlich sind die Arbeitsverhältnisse bei selbständigen Anstalten gem. § 1 e contrario PG/BL (SGS 150); Art. 2 Abs. 3 LPer/JU (RSJU 173.11); Art. 8 L sull'EOC/II (811.100); Art. 1 Abs. 2 PV/UR (RB 810.1); § 1 Abs. 2 PG/ZG (BGS 154.21).

⁷⁶ So z.B. Art. 2 Abs. 2 und Art. 24 StPG/FR (122.70.1); Art. 17 Abs. 2 SpitG/SH (SHR 813.100).

⁷⁷ So z.B. § 1 Abs. 3 PG/BS (162.100); Art. 2 PersG/NW (NG 165.1). Im Kanton VD subsidiär zu GAV gem. Art. 4b LPFES/VD (BLV 810.01).

⁷⁸ So z.B. § 46 PersG/AG (SAR 165.100); Art. 35 GKAI/VS (800.10).

⁷⁹ So z.B. Spital Thurgau AG gem. § 27 Abs. 2 GesG/TG (RB 810.1).

⁸⁰ Gem. BGE 142 II 154, E. 5 unterstand die Anstellung eines Direktors einer privatrechtlichen Stiftung dem OR, obwohl der Kanton NE der Stiftung öffentliche Aufgaben im Bereich der Gesundheitsprävention übertragen hatte.

⁸¹ § 19 Abs. 3 SpiG/SO; S. auch § 17 SpiG/SO (BGS 817.11).

⁸² KLEY/SEGESSEMANN, S. 223.

⁸³ So für das Kantonsspital Graubünden, welches als privatrechtliche Stiftung konstituiert ist und sein Personal privatrechtlich anstellt. Nach der Privatisierung untersteht eine privatrechtliche AG dem privatrechtlichen Arbeitsvertragsrecht und ist nicht befugt, vom OR abweichende personalrechtliche Bestimmungen zu erlassen (BGer 2P.217/2003 vom 22.10.2003, E.2.3).

⁸⁴ So für die Kantonsspital Glarus AG gem. Art.2 und Art. 5 Abs. 1 SpitalV (GSVIII A/211/1), ebenso für Luzerner Kantonsspital AG und Luzerner Psychiatrie AG gem. § 30 SpitG/LU (SRL Nr. 800a) und für Spital Thurgau AG gem. § 1 Abs. 3 RSV (RB 177.112). Dazu auch PETRIK, S. 145.

Aktiengesellschaft⁸⁵ bzw. der Stiftung⁸⁶, so dass das Pflegepersonal privatrechtlich angestellt ist⁸⁷.

Bisweilen **unterstellt** das kantonale Recht die Arbeitsverhältnisse von Pflegepersonen an staatlichen (oder vom Staat getragenen) Gesundheitsinstitutionen generell oder für bestimmte Personalkategorien dem **privaten Recht**⁸⁸. 46

Auch **Gemeinden** sind Träger⁸⁹ von Gesundheitseinrichtungen und schliessen sich dafür bisweilen als Zweckverbände⁹⁰ zusammen. Kantone bestimmen in ihren kantonalen Rechtsordnungen, ob und wie die Gemeinden ihre Personalangelegenheiten regeln⁹¹. 47

Aufgrund dieser äusserst komplizierten Rechtslage⁹² lassen sich keine klaren Aussagen machen, wie viele *Institutionen* in der Schweiz ihr Pflegepersonal **privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich** beschäftigen; und noch weniger sind Aussagen möglich, wie viele *Personen* als Pflegefachkräfte privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich angestellt sind. Welche Auswirkungen diese Unterscheidung auf die Arbeitsbedingungen und mögliche Verbesserungen hat, gilt es nun im Folgenden unter 2. und 3. zu prüfen. 48

2. Private Arbeitsverhältnisse

Das private Arbeitsverhältnis wird mit einem Vertrag (Einzelarbeitsvertrag) geregelt, den die Parteien explizit oder implizit miteinander abschliessen. Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn Personen in einem **Unterordnungsverhältnis** arbeiten (Art. 319 OR) und verpflichtet sind, Weisungen zu befolgen und loyal zum Unternehmen zu sein (Art. 321a OR). Das Obligationenrecht bildet den Rahmen für die rechtliche Wirkung und den Inhalt von Verträgen. 49

Zu den wichtigsten zwingenden **Pflichten von Arbeitgebenden** zählt die *Lohnzahlungspflicht*; die Höhe und Ausgestaltung des Lohnes ist freilich Verhandlungssache. 50

⁸⁵ Art. 19, Art. 32 und Art. 37 SpVG/BE (BSG 812.11).

⁸⁶ Inselspital: Art. 16 Abs. 3 SpVG/BE.

⁸⁷ BVR 2008 S. 110 f., E. 2.4.

⁸⁸ SpitalV/OW 4 (GDB 830.11).

⁸⁹ So z.B. Stadt Zürich: Reglement über die Organisation der Stadtspitäler Waid und Triemli, AG 813.125

⁹⁰ Z.B. Zweckverbände Spital Uster, Affoltern und Limmattal; s. PETRIK, S. 146 Fn 16.

⁹¹ Es würde den Rahmen sprengen, auf Arbeitsverhältnisse auf Gemeindeebene einzugehen.

⁹² Dazu auch KLEY/SEGESSEMANN, S. 224.

Arbeitgebende müssen jedoch die lohnmassige Gleichstellung der Geschlechter in ihrem Betrieb nach GlG umsetzen⁹³.

- 51 Daneben haben sie weitere vertragliche Pflichten, welche unter dem etwas altmodisch anmutenden Begriff der **Fürsorgepflicht** zusammengefasst werden (Art. 328 OR). Die Fürsorgepflicht hat für die Vorgesetzten im Arbeitsalltag grosse Bedeutung, da sie als Führungspersonen nicht nur für die Arbeitsergebnisse, sondern auch für das physische und psychische Wohl ihrer Untergebenen am Arbeitsplatz verantwortlich sind⁹⁴. Zu den Fürsorgepflichten gehört aber auch, dass Arbeitgebende Ferien gewähren, Lohnfortzahlung bei Krankheit leisten, Kündigungsfristen einhalten und obligatorische Versicherungspflichten für ihre Mitarbeitenden erfüllen. Zu den durch Art. 328 OR geschützten Rechtsgütern gehört auch das berufliche Fortkommen. Einige Lehrmeinungen leiten daraus einen Anspruch der Arbeitnehmenden auf Weiterbildung ab; dies ist gerichtlich aber noch nicht geklärt⁹⁵.

a) Verfassungsrechtliche Grundlage

- 52 Für die **Rechtssetzung im Privatrecht** hat der Bund eine umfassende Kompetenz (Art. 122 BV). Demnach dürfen die Kantone Rechtsbeziehungen zwischen Privaten nur regeln, wenn und soweit ein Bundesgesetz einen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts macht (Art. 5 ZGB)⁹⁶. Andererseits ist der Bund nicht befugt, die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht zu beschränken (Art. 6 ZGB, Art. 47 BV). Insofern ist es den Kantonen vorbehalten, die Rechtsbeziehung zu ihren eigenen Arbeitnehmenden durch kantonale Gesetze zu regeln.
- 53 Die verfassungsmässig garantierte **Wirtschaftsfreiheit** bedeutet für Privatunternehmen, dass sie ihre privatwirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich frei ausüben können (Art. 27 BV). Dazu gehört die Gestaltung der Erwerbsarbeit und die freie Gestaltung der Betriebsverhältnisse, also die freie Wahl der sachlichen Mittel, die Wahl der Vertragspartner sowie die Freiheit der betrieblichen Organisation in sachlicher und zeitlicher Hinsicht⁹⁷. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie

⁹³ Dazu hinten Rz 87 ff. Zudem enthält das ArG einige Lohnbestimmungen (s.a. hinten Rz 173).

⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 2 f.; ZÚÑIGA u.a., S. 139; S.a. hinten Rz 75 ff.

⁹⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 7 m.w.H.; GEISER, Weiterbildung, S. 30.

⁹⁶ LEUENBERGER CHRISTOPH, Kommentierung von Art. 122 BV, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, SGK Art. 122 BV N 4.

⁹⁷ UHLMANN, BSK Art. 27 BV N 3 ff.; VALLENDER KLAUS, Kommentierung von Art. 27 BV, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014, SGK Art. 27 BV N 22 f.

auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sind (Art. 36 BV). Sie müssen den Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV wahren und mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit konform sein (Art. 94 Abs. 1 BV)⁹⁸.

b) Gestaltungsfreiheit mit Grenzen

Das Privatrecht ist auf der Grundlage der Wirtschaftsfreiheit⁹⁹ vom Leitgedanken der **Privatautonomie** geprägt, d.h. die Personen sind frei, mit wem sie Verträge eingehen, sie können diese beenden und den Inhalt frei bestimmen (Art. 19 OR). Ein Privatunternehmen kann demzufolge unterschiedliche Arbeitsverträge abschliessen und ist nicht verpflichtet, alle seine Arbeitnehmenden gleich zu behandeln, abgesehen vom Gleichbehandlungsgebot von Frauen und Männern (nach GIG) und der Wahrung der Persönlichkeitsrechte¹⁰⁰. Gesetzliche Bestimmungen des OR kommen erst zum Tragen, wenn die Vertragsparteien für einzelne Teile der Vertragsbeziehung keine Regelungen getroffen haben¹⁰¹. Solche Gesetzesbestimmungen gelten also nur *dispositiv*.

Die Vertragsfreiheit gilt aber nicht schrankenlos. Das Obligationenrecht schränkt die Vertragsfreiheit durch **zwingende Vorschriften** ein. Diese entfalten ihre Wirkung, auch wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben. Solche Bestimmungen sind mehrheitlich sozialpolitisch motiviert, um die Interessen der strukturell schwächeren Partei zu wahren¹⁰². Im Arbeitsvertragsrecht gibt es denn auch zahlreiche Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden. Dabei wird unterschieden zwischen *absolut* zwingenden Normen, welche die Parteien gar nicht wirksam abändern können (vgl. Liste in Art. 361 OR) und den *relativ* zwingenden Bestimmungen, von denen nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden darf (Art. 362 OR). So kann etwa nicht vertraglich wegbedungen werden, dass notwendige und zumutbare Überstunden zu leisten sind (Art. 321c Abs. 1 OR) oder Ferien nicht durch Lohn abgegolten werden dürfen (Art. 329d Abs. 2 OR). Zugunsten der Arbeitnehmenden können z.B. die relativ zwingenden Bestimmungen zu Ferien (Art. 329a OR) oder zur Lohnfortzahlung bei Krankheit (Art. 324a OR) grosszügiger ausgestaltet werden. Das Mitwir-

⁹⁸ UHLMANN, BSK Art. 27 BV N 36 ff. Grundsatzwidrige Eingriffe müssen «in der Bundesverfassung vorgesehen» sein (Art. 94 Abs. 4 BV), was z.B. bei Konjunkturpolitik (Art. 100 Abs. 3 BV) und Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 Abs. 2 BV), aber auch bei Schutz der Arbeitnehmenden (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV, dazu hinten Rz 130 ff.) der Fall ist.

⁹⁹ UHLMANN, BSK Art. 27 BV N 10 ff.

¹⁰⁰ Dazu hinten Rz 57 und 87 ff.

¹⁰¹ GRAHAM-SIEGENTHALER, S. 159.

¹⁰² GRAHAM-SIEGENTHALER, S. 169.

kungsgesetz MwG enthält ebenfalls einige absolut, aber auch relativ zwingende Bestimmungen.

- 56 Dennoch können Arbeitsverträge nach schweizerischem Recht sehr vielfältig ausgestaltet werden. Die **Gestaltungsfreiheit** umfasst zeitliche, örtliche, organisatorische und finanzielle Aspekte. Die Palette der Möglichkeiten reicht von befristeten Verträgen über Teilzeitarbeit, Arbeiten ausserhalb des Betriebes, Arbeit auf Abruf oder Job-Sharing bis zu verschieden ausgestalteten finanziellen Ansprüchen.
- 57 Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis haben Unternehmen aufgrund der Vertragsfreiheit keine Pflicht, alle Arbeitnehmenden gleich zu behandeln; sie können **unterschiedliche Verträge** mit verschiedenen Arbeitsbedingungen abschliessen. Wer aber einen Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin ohne vertragliche Verpflichtung und ohne Grund schlechter behandelt als die anderen Arbeitnehmenden, drückt damit eine Geringschätzung der Person aus und verletzt sie in ihrer Persönlichkeit (Art. 328 OR)¹⁰³. Eine Diskriminierung entsteht dann, wenn sich eine Massnahme für einzelne Personen aufgrund eines bestimmten Merkmals (Geschlecht, Alter, Nationalität, Hautfarbe, Religion usw.) nachteilig auswirkt.
- 58 Die Vertragsfreiheit stösst insbesondere für Arbeitnehmende an **faktische Grenzen**, denn die meisten Arbeitgebenden haben vorformulierte Arbeitsverträge, Allgemeine Arbeitsbedingungen (AAB) oder Personalreglemente, so dass es für die meisten Arbeitnehmenden kaum einen Verhandlungsspielraum gibt. Lehnen sie Vertragsbedingungen ab und werden sie arbeitslos, drohen ihnen auch Sanktionen seitens der Arbeitslosenversicherung (Art. 16 und 30 AVIG). Insofern befindet sich für sie die Vertragsfreiheit faktisch an einem kleinen Ort.

c) Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen

- 59 Will man die Arbeitsbedingungen verbessern¹⁰⁴, stellt sich die Frage, auf welchem Weg dies erfolgen kann oder muss. Aus theoretischer Sicht ist die Verbesserung von Arbeitsbedingungen innerhalb des gesetzlichen Rahmens **Verhandlungssache**. Es liegt an den einzelnen Arbeitnehmenden, für sie passende Bedingungen mit ihren Arbeitgebenden auszuhandeln. So können sie etwa über den Lohn (sofern kein Mindestlohn¹⁰⁵ fixiert ist), über Lohnnebenleistungen, Arbeitsort und Stellenbeschreibung, Dauer der Ferien, Dauer und Lage der Arbeitszeiten (im Rahmen der Vorgaben des ArG) und über zeitliche sowie finanzielle Unterstützung von Weiterbildungen verhandeln. Faktisch ist

¹⁰³ BGE 129 III 276.

¹⁰⁴ Vorne Rz 11 ff.

¹⁰⁵ S.a. hinten Rz 123 und 132–135.

dies aber oft nur realisierbar, wenn ein grosser Mangel an Arbeitskräften auf dem Arbeitsmarkt herrscht, und wenn die Arbeitgebenden ihrerseits aufgrund der Marktverhältnisse überhaupt einen Verhandlungsspielraum haben¹⁰⁶. Für Arbeitgebende im Gesundheitswesen ist dieser beschränkt, weil sie in der Preisgestaltung insbesondere für Leistungen der Obligatorischen Krankenpflege nicht frei sind (Art. 43 ff. KVG).

Weil einzelne Arbeitnehmende allein oft nicht viel ausrichten können, sieht das Mitwirkungsgesetz ein Recht vor, in privaten Unternehmen eine **Arbeitnehmervertretung** (oft Personalkommission genannt) zu bilden (Art. 5 ff. MwG). Diese kann gegenüber der Arbeitgeberin/dem Arbeitgeber die gemeinsamen Interessen der Arbeitnehmenden wahrnehmen (Art. 8 MwG)¹⁰⁷. 60

Im privaten Einzelarbeitsvertragsrecht bleibt noch die Möglichkeit, dass der **Gesetzgeber** mit zwingenden Vorschriften für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen sorgt oder wenigstens mit dispositiven Bestimmungen Einfluss nimmt. Im OR kommen wohl nur Verbesserungen der Arbeitsbedingungen für *alle* privatrechtlichen Arbeitnehmenden in Betracht, obwohl es mit dem Lehrvertrag, dem Handelsreisendenvertrag und dem Heimarbeitsvertrag bereits besondere Einzelarbeitsverträge regelt (Art. 344 ff. OR). Verbesserungen spezifisch für *Pflegepersonen* wären theoretisch möglich. Viele Bedürfnisse der Pflegefachkräfte dürften sich aber mit denjenigen der übrigen Arbeitnehmenden decken. 61

Am Beispiel von **Ferien** lässt sich zeigen, wie langwierig und beschwerlich der Weg von gesetzlichen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen sein kann: Das OR von 1911 enthielt weder Bestimmungen über die Dauer von Ferien geschweige denn einen Anspruch auf Lohnzahlung während Ferien. Für die Industrie enthielt das Fabrikgesetz Ferienansprüche. Mit dem Erlass des Arbeitsgesetzes 1966 wurde die Mindestdauer von Ferien ins OR eingefügt. Danach hatten Arbeitnehmende das Recht auf zwei Wochen bezahlte Ferien pro Jahr, Jugendliche unter 20 Jahren drei Wochen, wobei die Kantone auf vier Wochen ausdehnen durften¹⁰⁸. Mit einer Revision des OR 1984 wurde (als Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative) der gesetzliche Ferienanspruch, der je nach Kanton zwei oder drei Wochen dauerte, auf *vier* Wochen verlängert; Jugendliche unter 20 Jahren und Lehrlingen erhielten eine *fünfte* Ferienwoche (Art. 329a und 345a Abs. 3 OR)¹⁰⁹. Die Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle»¹¹⁰ wurde in der Volksab- 62

¹⁰⁶ VISCHER/ALBRECHT, ZK Vorbem. Art. 356-358 OR N 4.

¹⁰⁷ Überdies sei auf sozialpartnerschaftliche Vereinbarungen mittels GAV verwiesen (s.a. Rz 96 ff.).

¹⁰⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329a OR N1.

¹⁰⁹ BBl 2010 4671, S. 4676.

¹¹⁰ BBl 2010 4671, S. 4671 ff.

stimmung vom 11.3.2012 abgelehnt, und auch seither sind alle parlamentarischen Vorstösse für grosszügigere Ferienregelungen gescheitert¹¹¹.

- 63 Ein wichtiges Element der besseren Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben ist für Arbeitnehmende die Möglichkeit, den Beschäftigungsgrad je nach Lebensphase zu verändern¹¹². Dafür könnte eine Bestimmung im OR sorgen, wonach Arbeitnehmende einen **Anspruch auf Reduktion oder Erhöhung ihres Arbeitspensums** erhalten nach einer zu bestimmenden Dauer des Arbeitsverhältnisses. Wollen Arbeitgebende diesem Begehren nicht entsprechen, obliegt es ihnen darzulegen, weshalb dies aus betrieblichen Gründen nicht umsetzbar oder unzumutbar ist¹¹³. Ein solcher Anspruch würde die Verhandlungsposition von Arbeitnehmenden jedenfalls stärken¹¹⁴; er müsste allerdings mit einem zeitlich begrenzten Kündigungsschutz verbunden werden¹¹⁵. Arbeitnehmende könnten dank solchen Normen ihre zeitlichen Anliegen eher realisieren, sei das, um Arbeit und Bedürfnisse von Angehörigen besser zu vereinbaren oder Wünsche nach Weiterbildung oder anderen Aktivitäten zu realisieren. Wichtig ist, dass Arbeitnehmende diesen Entscheid gut informiert treffen können, denn Teilzeitarbeit hat negative Folgen für ihre soziale Absicherung¹¹⁶.
- 64 Nach geltendem Arbeitsvertragsrecht haben die Arbeitgebenden keine explizite Pflicht¹¹⁷, die berufliche **Weiterbildung** ihrer (auch langjährigen) Mitarbeitenden zeitlich oder finanziell zu unterstützen. Arbeitnehmende sind auch nach Erlass des Weiterbildungsgesetzes selbst dafür verantwortlich, dass sie ihre Arbeitsmarktfähigkeit aufrechterhalten (Art. 5 Abs. 1 WeBiG)¹¹⁸. Laut GesBG haben nur Pflegepersonen, die in eigener fachlicher Verantwortung arbeiten¹¹⁹, die Pflicht, ihre Kompetenzen kontinuierlich durch lebenslanges Lernen zu erweitern und zu vertiefen (Art. 16 lit. b GesBG). Übrige Pflegepersonen haben keine entsprechende gesetzliche Pflicht. Viele Unternehmen haben aber freiwillig Regelungen für die finanzielle oder zeitliche Beteiligung an Weiterbildungsaktivitäten ihrer Mitarbeitenden getroffen, häufig verbunden mit

¹¹¹ So z.B. die Motion von NR Cédric Wermuth «Gleiche Ferien für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im gleichen Unternehmen» (12.3271). Noch nicht behandelt ist die Motion von NR Sarah Wyss «Sechs Wochen Ferien für Lernende» (21.3520).

¹¹² Vorne Rz 16.

¹¹³ STEIGER-SACKMANN, Arbeitspensum, Rz. 55 ff.

¹¹⁴ STEIGER-SACKMANN, Arbeitspensum, Rz. 38 ff.

¹¹⁵ STEIGER-SACKMANN, Arbeitspensum, Rz. 61.

¹¹⁶ BONOLI u.a., S. 24 ff.

¹¹⁷ U.U. lässt sich dies aus der Fürsorgepflicht ableiten; s.a. vorne Rz 51.

¹¹⁸ BR, Botschaft zum WeBiG, BBl 2012 3731, S. 3731.

¹¹⁹ Dazu vorne Rz 28.

Rückzahlungsverpflichtungen bei einem Austritt aus dem Arbeitsverhältnis¹²⁰. Die fehlende gesetzliche Regelung führt jedoch verschiedentlich zu Rechtsunsicherheit. THOMAS GEISER plädiert deswegen schon lange dafür, die Frage eines Anspruchs auf (bezahlte) Weiterbildung im OR zu regeln und die Grenzen einer Rückerstattungspflicht genau zu umschreiben¹²¹. Eine Pflicht zur Weiterbildung für sämtliche Pflegefachkräfte könnte aber auch im GesBG verankert werden.

3. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Als öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse gelten die Rechtsbeziehungen zwischen dem «**Staat**» (oder einer ihm zuzurechnenden Organisation) und seinen (oder ihren) Arbeitnehmenden. 65

a) Verfassungsrechtliche Grundlage

Es obliegt somit **Bund und Kantonen**, die Rechtsbeziehungen zu ihren Angestellten in den jeweiligen Personalgesetzen zu gestalten. Auf dieser Grundlage werden dann die öffentlich-rechtlich Angestellten meistens mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder mit Verfügung angestellt. Das Obligationenrecht ist auf diese Arbeitsverhältnisse nicht direkt anwendbar, denn es enthält mit Art. 342 Abs. 1 OR einen Vorbehalt zu Gunsten von Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinde über das öffentliche Dienstverhältnis. Damit bestätigt es, was sich bereits aus der verfassungsmässigen Ordnung ergibt¹²². 66

Der **Bund** regelt mit dem Bundespersonalgesetz BPG und den dazugehörigen Verordnungen die Arbeitsbedingungen primär des Personals der Bundesverwaltung, aber auch anderer bundesnaher Betriebe (Art. 2 BPG). Da der Bund keine eigenen Pflegeeinrichtungen führt, sind diese bundesrechtlichen Normen für Pflegepersonen gar nicht relevant¹²³. 67

Hingegen unterstehen viele Pflegepersonen den Personalgesetzen der **Kantone und Gemeinden**, sofern diese nicht eine Anstellung nach OR vorsehen¹²⁴. Diese Wahlmöglichkeit kann dazu führen, dass im Einzelfall nicht klar ist, ob es sich um eine öffent- 68

¹²⁰ GEISER, Weiterbildung, S. 31 ff.

¹²¹ GEISER, Weiterbildung, S. 34.

¹²² Vorne Rz 52 ff.

¹²³ Das Personal der von der Suva geführten Rehabilitationskliniken ist aufgrund von Art. 65b UVG nach OR angestellt.

¹²⁴ Vorne Rz 43 ff.; PETRIK, S. 145; WIRTHLIN, S. 68.

lich-rechtliche oder um eine privatrechtliche Anstellung handelt, weil dies im Vertrag meist nicht explizit deklariert wird.

b) Gestaltungsmöglichkeiten

- 69 Bei der Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse sind die jeweiligen Gesetzgeber **grundsätzlich frei**¹²⁵. Im Unterschied zu den Privatunternehmen sind die staatlichen Arbeitgeber jedoch an die verfassungsmässigen Schranken des staatlichen Handelns gebunden wie Legalitätsprinzip, Rechtsgleichheit, Verhältnismässigkeit, rechtliches Gehör¹²⁶. Personalgesetze können auf Bestimmungen des OR verweisen oder vorsehen, dass gewisse Arbeitsverträge gesamthaft dem OR unterstehen¹²⁷.
- 70 Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen ist die individuelle Gestaltungsfreiheit und der **Verhandlungsspielraum** aufgrund des Legalitätsprinzips begrenzt. Ausfluss davon ist z.B., dass die Besoldung der einzelnen Funktionen durch Lohnklassen und Erfahrungsstufen gesetzlich vorgegeben ist, so dass kaum Spielraum für die Berücksichtigung individueller Bedürfnisse bleibt. Wollen Arbeitnehmende oder ihre Verbände vom bestehenden Personalrecht abweichende Bedingungen erreichen, müssen sie den Weg über eine Gesetzesänderung beschreiten.
- 71 Da sich die staatlichen und die privaten Arbeitgebenden im selben **Arbeitsmarkt** bewegen, gleichen sich die gesetzlichen Arbeitsbedingungen im Verlauf der Zeit in weiten Teilen gegenseitig an, allerdings meist mit Verzögerungen¹²⁸.

c) Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen

- 72 Angesichts der **Vielzahl** von öffentlich-rechtlichen Arbeitsbedingungen ist es nicht möglich allgemein gültige Aussagen zu treffen. Einzelne Beispiele aus der Gesetzgebung von Bund und Kantonen können Hinweise und Impulse für Verbesserungen der Arbeitsbedingungen andernorts geben.
- 73 Angestellte der Bundesverwaltung haben beispielsweise Anrecht auf **flexible Arbeitszeitmodelle** sowie die Möglichkeit zur Teilzeitarbeit und zum Jobsharing, soweit es betrieblich möglich ist (Art. 64 Abs. 4 der BPV). Beide Elternteile haben nach der Geburt bzw. Adoption eines Kindes einen begrenzten Anspruch auf eine Reduktion des

¹²⁵ SENTI, Spitäler, S. 84 f.

¹²⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 201; HENSCH, S. 12 f.

¹²⁷ Vorne Rz 42 ff.; SENTI, Spitäler, S. 85; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR N 2; WIRTHLIN, S. 65 ff.

¹²⁸ WIRTHLIN, S. 58 ff.

Beschäftigungsgrades (Art. 60a BPV). Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in mehreren kantonalen Personalgesetzen¹²⁹.

Einige staatliche Arbeitgeber verbessern die **Vereinbarkeit** von Beruf und Familie, indem sie Mutterschaftsurlaub über das gesetzliche Minimum hinaus und vereinzelt auch Elternurlaub gewähren¹³⁰. Der Bund beteiligt sich z.B. an den Kosten der familienergänzenden Kinderbetreuung (Art. 75b BPV). 74

4. Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden

a) Umfang der Fürsorgepflicht

Die sogenannte Fürsorgepflicht spielt sowohl im privaten wie im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis eine bedeutende Rolle. Sie ist Ausdruck davon, dass das Arbeitsverhältnis **keine reine Austauschbeziehung** von Arbeit gegen Geld ist, sondern beide Parteien zur Wahrung der Interessen der Gegenpartei spezifische Pflichten haben. 75

Die Arbeitnehmenden haben eine Treuepflicht gegenüber den Arbeitgebenden (Art. 321a OR), und die Arbeitgebenden haben ihrerseits eine **Fürsorgepflicht** gegenüber ihren Mitarbeitenden. Diese äussert sich in verschiedenen Facetten: im Schutz von physischer und psychischer Integrität sowie der Wahrung verschiedener wirtschaftlicher Interessen der Arbeitnehmenden¹³¹. Im Zusammenhang mit den unterbreiteten Fragestellungen interessieren hier die Anforderungen bezüglich des Schutzes der *physischen und psychischen Gesundheit* und der *Persönlichkeit* sowie die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Pflegepersonen in dieser Hinsicht. 76

Die **Rechtsgrundlagen** mit einer Umschreibung der Arbeitgeberpflichten finden für die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse in Art. 328 OR und für die öffentlich-rechtlichen Anstellungen bisweilen explizit oder implizit in den jeweiligen Personalgesetzen¹³². 77

Der Kerngehalt dieser Bestimmungen ist, dass die Arbeitgebenden die Verantwortung dafür tragen, dass ihre Mitarbeitenden am Arbeitsplatz keinen **Gefährdungen ihrer Gesundheit** ausgesetzt sind und keine **Persönlichkeitsverletzungen** erleiden. Da Arbeitsplätze sehr vielfältig sind, sind die Normen offen formuliert und müssen durch 78

¹²⁹ S.a. Zusammenstellung bei STEIGER-SACKMANN, Arbeitspensum, Rz 19 f.

¹³⁰ Übersicht bei FUCHS GESINE, Bericht zur Ist-Situation in der Bundesverwaltung, den Kantonen und Städten bezüglich Mutterschaftsentschädigung und parlamentarischen Vorstössen zu Vaterschaft und Elternschaft (inkl. Adoption), Basel 2008, S. 12 ff., Internet: www.equality.ch.

¹³¹ Vorne Rz 51; REHBINDER/STÖCKLI, BK Art. 328 OR N 3; STAEHELIN, ZK Art. 328 OR N 1.

¹³² Z.B. § 39 PG/ZH, § 11 PG/BS, Art. 30 PersG/SG; BGer Urteil 8C_340/2009 v. 24. August 2009, E. 4.3.2; BVGer Urteil A-6750/2018 v. 16. Dezember 2019, E. 3.3.

die Vertragsparteien und letztlich durch die Gerichte konkretisiert werden, was zu Rechtsunsicherheiten auf beiden Seiten führt. Auslegungshilfen für Art. 328 Abs. 2 OR und analoge Bestimmungen in Personalgesetzen sind das Arbeitsgesetz, die dazugehörenden Verordnungen und die Wegleitungen des SECO¹³³. Arbeitnehmende in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen können sich aufgrund von Art. 342 Abs. 2 OR sogar direkt auf diese Bestimmungen berufen.

- 79 Diese privat- oder personalrechtlichen Schutzbestimmungen bleiben jedoch «toter Buchstabe», solange Betroffene ihre Rechte nicht **einfordern**, sei das, indem sie das Thema bei ihren Vorgesetzten ansprechen oder letztlich mittels Klage bzw. Beschwerde gerichtlich vorgehen¹³⁴. Arbeitnehmende hätten auch das Recht, die Arbeitsleistung bei gesundheitlich klar unzumutbaren Arbeitsbedingungen ohne Lohneinbusse zu verweigern (Art. 324 OR)¹³⁵. Aber anders als beim Arbeitsschutz gibt es für die zivilrechtlichen Verpflichtungen keine behördliche Aufsicht und Kontrolle¹³⁶.
- 80 Die Ursache vieler Belastungen für das Pflegepersonal liegt im knappen **Personalbestand** in Pflegeinstitutionen. Führt dies dazu, dass Pflegepersonen trotz Krankheit zur Arbeit kommen (Präsentismus), dass sie physisch, mental und psychisch über längere Zeit überbelastet sind, riskieren die Gesundheitsinstitutionen von erkrankten Arbeitnehmenden für die finanziellen Folgen einer arbeitsbedingten Erkrankung haftbar gemacht zu werden (Art. 328 und 97 OR). Auf der anderen Seite setzen sie aber auch ihre Mitarbeitenden der Gefahr aus, für Schäden haftbar gemacht zu werden, welche durch Übermüdung bedingt sind, oder weil sie Arbeiten übernehmen, für die sie eigentlich nicht qualifiziert sind (Art. 321e OR)¹³⁷.
- 81 Zivilklagen oder verwaltungsrechtliche Verfahren wegen **Verletzung** der Schutzbestimmungen sind sehr selten. Angesichts des relativ liberalen Kündigungsrechts in der Schweiz scheuen viele Arbeitnehmende im laufenden Arbeitsverhältnis die Konfrontation mit Vorgesetzten. Häufig kommen Missstände erst vor Gericht, wenn das Arbeitsverhältnis von den Arbeitgebenden gekündigt worden ist und Arbeitnehmende ihrerseits geltend machen, die Kündigung sei missbräuchlich, weil die Arbeitgeberin ihre

¹³³ DUNAND JEAN-PHILIPPE, in: Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (Hrsg.), SHK Stämpflis Handkommentar, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, SHK Art. 328 OR N 6; STAEHELIN, ZK Art. 328 OR N 17. Dazu hinten Rz 139 ff.

¹³⁴ STEIGER-SACKMANN SABINE, Staatshaftungsklage wegen Verletzung der Fürsorgepflicht, in: Egli Philipp, Mosimann Hans-Jakob, Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentierte Mustereingaben im Verwaltungsrecht, Zürich 2020, S. 71–92, Rz 3 ff.; STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, S. 731 ff.

¹³⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR N 3.

¹³⁶ Dazu hinten Rz 195 ff.

¹³⁷ PLÜSS, Rz 482.

Fürsorgepflicht verletzt habe und selbst für die mangelnde Leistungsfähigkeit der Gekündigten verantwortlich sei. Dafür tragen aber die Betroffenen die Beweislast¹³⁸. Noch seltener sind Schadenersatzbegehren wegen Verletzung der Fürsorgepflicht¹³⁹.

Aus der **Rechtsprechung** ergeben sich Hinweise auf die Anforderungen des Gesundheitsschutzes. Im vorliegenden Zusammenhang sind zwei Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes relevant, in denen es die Anforderungen an die Fürsorgepflicht konkretisierte: Belastungen, die erfahrungsgemäss gesundheitsgefährdende physische oder psychische Folgen haben, dürfen nicht toleriert werden. Diese Vorgaben betreffen nebst den zeitlichen und mengenmässigen Arbeitsanforderungen bzw. Zielvorgaben auch andere Aspekte der Arbeitsorganisation wie etwa Unterstützungsangebote, die Instruktion und Zuweisung von Arbeit sowie den *Personalbestand*¹⁴⁰. Als Faktoren, die nach der Erfahrung und der Wissenschaft zu einer übermässigen psychischen Belastung und (letztlich) Erkrankung führen können, werden neben einer Über- und Unterforderung ein hoher Zeit- und Termindruck, eine hohe Arbeitsintensität sowie regelmässige Störungen und Unterbrechungen genannt. Als denkbarer weiterer Belastungsfaktor gilt eine fehlende Stellvertretung, da dies dazu führen kann, dass ein Arbeitnehmer trotz Krankheit zur Arbeit kommt (sog. Präsentismus)¹⁴¹. Ausserdem hielt das BVGer fest, dass «unzureichende personelle Ressourcen die übermässige Belastung der Angestellten (über eine längere Zeit) nicht zu rechtfertigen vermögen, sondern die für eine zweckmässige Aufgabenerledigung erforderlichen personellen Ressourcen zur Verfügung zu stellen sind»¹⁴². Personalmangel vermag eine Verletzung der Fürsorgepflicht demnach nicht zu rechtfertigen, selbst wenn die Arbeitgeberin nicht frei darin ist, zusätzliche personelle Ressourcen zu schaffen, sondern dieser Umstand in politischen Entscheiden begründet liegt¹⁴³.

b) Potenzial zur Verbesserung der vertraglichen Fürsorgepflicht

Für die Wahrung des Gesundheits- und Persönlichkeitsschutzes der Arbeitnehmenden liegt die **Verantwortung bei den Arbeitgebenden**. Sie sind in Eigenverantwortung verpflichtet, Massnahmen zu treffen, wenn Gefährdungen notorisch sind und sobald sie weitere Gefährdungen erkennen, um Erkrankungen zu verhindern. Somit liegt es auch an den Arbeitnehmenden, dass sie ihre Vorgesetzten auf Risiken hinweisen, ins-

¹³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR N 16.

¹³⁹ Im einzelnen dazu STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, S. 731 ff.

¹⁴⁰ BVGer Urteil A-6750/2018 v. 16. Dezember 2019, E. 6.2.

¹⁴¹ BVGer Urteil A-6750/2018 v. 16. Dezember 2019, E. 6.2.3 m.w.H.

¹⁴² BVGer Urteil A-6750/2018 v. 16. Dezember 2019, E. 6.4.4

¹⁴³ BVGer Urteil A-4147/2016 v. 4. August 2017, E. 7.5.3 a.E.

besondere, wenn diese nicht von aussen wahrnehmbar sind. Bisweilen gehört es aber bereits zum Krankheitsbild, dass Arbeitnehmende ihre Überlastung nicht wahrnehmen, so dass ihnen nicht vorgeworfen werden kann, dass sie diese nicht melden¹⁴⁴.

- 84 Damit beide Seiten ihren Beitrag zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz besser wahrnehmen können, würden **konkretere Gesetzesbestimmungen** helfen¹⁴⁵. Arbeitgebende könnten besser sehen, worauf es ankommt, und Arbeitnehmende könnten ihre Ansprüche auf einer sichereren Grundlage vorbringen¹⁴⁶.
- 85 Gerade bei den psychosozialen Risiken wie Mobbing, Bossing, Konflikten und Stress¹⁴⁷ ist es für Arbeitnehmende schwierig, ihren Arbeitgebenden Meldung zu machen, da sie oft befürchten, ausgegrenzt zu werden oder die Stelle zu verlieren. Um es Arbeitnehmenden zu erleichtern, **Gefährdungen zu melden**, könnte Art. 328 OR mit einem spezifischen Verfahren kombiniert mit einem zeitlichen Kündigungsschutz ergänzt werden. Danach müssten die Arbeitgebenden auf schriftliche Gefährdungsanzeige von Arbeitnehmenden hin innert einer Frist Abhilfe schaffen oder schriftlich Stellung dazu nehmen mit Kopie an das zuständige Arbeitsinspektorat¹⁴⁸.
- 86 Die finanziellen Folgen von Verletzungen der Fürsorgepflicht tragen zu einem grossen Teil die *Krankenkassen* und die *Invalidenversicherung*. Diese hätten zwar die Möglichkeit, auf die verursachenden Betriebe **Rückgriff** zu nehmen. Sie nehmen dieses Recht aber nicht wahr, obwohl dies zu einer Stärkung der Gesundheitsprävention an den Arbeitsplätzen beitragen würde¹⁴⁹.

5. Gleichstellung der Geschlechter

a) Gesetzliche Anforderungen

- 87 Ein spezifischer Bereich der Fürsorgepflicht betrifft die Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben, welcher durch das **Gleichstellungsgesetz** eine eigene Normierung erfahren hat. Durch dieses Gesetz wird die Freiheit in der Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen sowohl im privaten wie im öffentlichen Arbeitsverhältnis beschränkt, indem Arbeitnehmende vor Geschlechterdiskriminierungen zu schützen sind

¹⁴⁴ STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, S. 734 m.w.H. auf deutsche Rechtsprechung.

¹⁴⁵ Analog zu den Bestimmungen des ArG; dazu hinten Rz 146 ff.

¹⁴⁶ Vorschläge zur Konkretisierung des Schutzes vor psychosozialen Risiken s.a. STEIGER-SACKMANN, Schutz, S. 307 ff.

¹⁴⁷ S.a. vorne Rz 13.

¹⁴⁸ Dazu STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 747 ff. und 756

¹⁴⁹ STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, S. 738; s.a. hinten Rz 200.

und Arbeitgebende für die Verwirklichung der Gleichstellung zu sorgen haben. Das betrifft alle Belange des Arbeitsverhältnisses; bei laufenden Arbeitsverhältnissen insbesondere Aufgabenzuteilung, Beförderung, Weiterbildung und Besoldung sowie sexuelle Belästigung.

Ansprüche nach Gleichstellungsgesetz können einzelne Betroffene oder Berufsverbände (nach Art. 7 GlG) geltend machen. Die Gleichstellung kann nur innerbetrieblich, nicht im Vergleich mit anderen Betrieben oder Branchen, durchgesetzt werden. Personen, die sich auf das Gleichstellungsgesetz berufen, geniessen einen besonderen Kündigungsschutz, der u.U. den Verlust des Arbeitsplatzes verhindert (Art. 10 GlG). 88

Eine Geschlechterdiskriminierung ist zu beseitigen, wenn sie Einzelne betrifft, aber auch wenn ganze Berufskategorien davon betroffen sind, was bei **typischen Frauenberufen** der Fall sein kann. Im Gesundheitswesen gelten mehrere Funktionen als typisch weiblich, so dass Gerichte schon verschiedentlich Lohndiskriminierungen bei solchen Berufen zu beurteilen hatten¹⁵⁰. 89

b) Potenzial zur Verbesserung der Geschlechtergleichstellung

Die **Verwirklichung** des Gleichstellungsgesetzes hängt davon ab, ob sich die Betroffenen auf die gesetzlichen Ansprüche berufen und diese letztlich gerichtlich einfordern. Aber die Unternehmen sind für die Verwirklichung der Geschlechtergleichstellung verantwortlich, auch ohne, dass sich Betroffene beschweren. Die betriebliche Umsetzung beginnt mit kritischer Beobachtung der Unternehmenspraxis. Erst wenn Daten erhoben werden z.B. zur Einstellungs-, Beförderungs-, Weiterbildungs- und Lohnpraxis, können Ungleichbehandlungen und «blinde Flecken» erkannt werden, so dass Abhilfe geschaffen und dadurch Streitfälle vermieden werden können. 90

Es gibt auch in diesem Bereich (noch) keine Behörden, welche für die Einhaltung des Gesetzes sorgen, obwohl dies schon länger diskutiert wird¹⁵¹. Neben Behörden mit Untersuchungs- und Durchsetzungskompetenzen werden auch **Verfahrenserleichterung** diskutiert, wie Ausdehnung der Beweislasteichterung, Auskunftsrecht bezüglich Lohndifferenzen. Solche Gesetzesrevisionen wären nicht allein für Pflegepersonen von Bedeutung. 91

¹⁵⁰ So bei Krankenschwestern (gem. BGE 125 I 71, E. 2a); Physiotherapeutinnen (BGE 125 II 385, E. 3b), bei medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen (BGer Urteil 2A.205/2004 v. 8. April 2005, E.4.5) und bei Operationsfachperson (VGer ZH Urteil PB.2010.64 v. 5. Oktober 2011, E. 9.2.).

¹⁵¹ BR, Bericht vom 15. Februar 2006 über die Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes in Erfüllung der Motion Hubmann 02.3142, BBl 2006, 3192; BJ, Bericht über verschiedene Modelle von Behörden mit Durchsuchungs- und Durchsetzungskompetenzen im Bereich der Gleichstellung von Frauen und Männern im Erwerbsleben, Bern 10. November 2008.

- 92 Pflegepersonen sind besonders stark von **sexueller Belästigung** betroffen; nicht nur weibliche, sondern auch vergleichsweise viele männliche Pflegefachkräfte erleben sexuelle Belästigungen oft durch Patientinnen und Patienten oder deren Angehörige¹⁵², während sonst am häufigsten Arbeitskolleginnen und -kollegen sexuelle Belästigungen begehen¹⁵³. Auch diesbezüglich ist eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erreichen, indem das Thema innerbetrieblich aufs Tapet gebracht wird, damit ihm die nötige Beachtung geschenkt wird z.B. mit Präventionskampagnen und Arbeitnehmende in der Wahrung ihrer Persönlichkeit unterstützt werden z.B. durch spezifisch ausgebildete Vertrauenspersonen. Eine gesetzliche Pflicht für Betriebe der Krankenpflege, ein *Schutzkonzept* zu erarbeiten, würde die bestehende Präventionspflicht verstärken. Sie könnte gestützt auf Art. 6 Abs. 1 ArG als Massnahme zum Schutz der persönlichen Integrität in der ArGV 3 verankert werden.

6. Zwischenfazit Individualarbeitsrecht

- 93 Wie die Ausführungen zum Individualarbeitsrecht gezeigt haben, werden Verbesserungen der Arbeitsbedingungen durch die **Arbeitnehmenden** angestossen, sofern die Arbeitgebenden nicht von sich aus aktiv geworden sind. Unterstützung können auch Gewerkschaften oder innerbetriebliche Arbeitnehmervertretungen leisten.
- 94 Sind Änderungen der **gesetzlichen Bestimmungen** erforderlich (wie z.B. für einen Anspruch auf längere Ferien, Änderung des Arbeitspensums oder auf Weiterbildung) bedarf dies des üblichen Gesetzgebungsverfahrens. Im Arbeitsvertragsrecht des OR gibt es Spezialnormen für spezifische Berufstätigkeiten (Lehre, Heimarbeit, Handelsreisende), allerdings decken sich die Anpassungsbedürfnisse der Pflegepersonen mit denjenigen der übrigen privatrechtlich beschäftigten Arbeitnehmenden, so dass für sie Spezialbestimmungen im OR kaum in Frage kommen. Anpassungen der Rechtsnormen sind bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen rascher nötig, da diese dem Legalitätsprinzip unterstehen und rechtsgleich ausgestaltet sein müssen, während Privatunternehmen aufgrund ihrer Privatautonomie *individuell* bessere Arbeitsbedingungen anbieten dürfen.

¹⁵² Aufgrund weltweiter Daten aus 38 Ländern haben 25% des Pflegepersonals sexuelle Belästigung erlebt (SPECTOR PAUL E./ZHOU ZHIQUIN E./CHE XIN XUAN, Nurse exposure to physical and nonphysical violence, bullying, and sexual harassment: A quantitative review, in: International Journal of Nursing Studies, 51/2014, S. 72–84).

¹⁵³ STRUB SILVIA/SCHÄR MOSER MARIANNE, Risiko und Verbreitung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz; Eine repräsentative Erhebung in der Deutschschweiz und in der Romandie, Bern 2008, S. 47.

Der Bund ist aufgrund von Art. 110 BV berechtigt Vorschriften zum **Schutz von Arbeitnehmenden** zu erlassen. Das «soziale Vertragsrecht» des OR bietet für sich allein genommen aber einen ungenügenden Schutz, da es Arbeitnehmende aufgrund der Kündigungsfreiheit oft nicht wagen, ihre Rechte durchzusetzen¹⁵⁴, oder weil sie aufgrund der teilweise offen formulierten Bestimmungen das Prozess- und Kostenrisiko scheuen. 95

III. Kollektives Arbeitsrecht

1. Gesamtarbeitsvertrag

Schon vor Jahrzehnten meinte der Bundesrat: «Die Zeiten, in denen der einzelne Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern die Arbeitsbedingungen ausschliesslich durch Einzeldienstvertrag regelte, sind längst vorbei»¹⁵⁵. In vielen Branchen oder Unternehmen besteht heute ein **Gesamtarbeitsvertrag** (GAV). Auch im Bereich der Pflege erhält dieses Instrument zunehmend Bedeutung¹⁵⁶. Der GAV ist das Ergebnis der Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern; er regelt arbeitsvertragliche Aspekte einheitlich für alle unterstellten Arbeitnehmenden. 96

a) Rechtsnatur und Wirkung von Gesamtarbeitsverträgen

Gesamtarbeitsverträge werden kollektiv zwischen den **Sozialpartnern** ausgehandelt und abgeschlossen. Sie sind Ausfluss der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV). Sie enthalten jeweils einen *schuldrechtlichen* Teil, welcher die Rechte und Pflichten der am Vertrag beteiligten Sozialpartner regeln. 97

Für die beteiligten Arbeitnehmenden sind jedoch die *normativen* Bestimmungen relevant, weil diese direkt die **Ansprüche** für die einzelnen Arbeitsverhältnisse wie etwa Lohn, Ferien, Arbeitszeit regeln (Art. 357 OR). Individuelle Vereinbarungen dürfen den Bestimmungen eines geltenden Gesamtarbeitsvertrages nicht widersprechen (Art. 357 Abs. 2 OR). 98

Als *privatrechtliches* Institut haben die GAV ihre **Rechtsgrundlage** in Art. 356 ff. OR. Aber auch bei *öffentlich-rechtlichen* Anstellungsverhältnissen besteht Raum für den Abschluss eines GAV, insbesondere wenn das Personalrecht dies vorsieht¹⁵⁷. Die norma- 99

¹⁵⁴ CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 6.

¹⁵⁵ BBl 1954 I 125, S. 130.

¹⁵⁶ S.a. hinten Rz 113.

¹⁵⁷ Vorne Rz 42; BGer Urteil 8C_389/2017 v. 2. März 2018; BRÜHWILER, S. 172; GREBSKI, Rz 18 ff.; HELBLING, S. 912.

tiven Bestimmungen des GAV wirken dann wie die öffentlich-rechtlichen Normen des Personalrechts¹⁵⁸. Einige Kantone ermächtigen Parlament oder Regierung *vorgängig* zum Abschluss eines GAV, andere behalten eine *nachträgliche* Genehmigung vor¹⁵⁹.

- 100 Die Vertragsfreiheit gilt grundsätzlich auch bezüglich des **Abschlusses** eines GAV, wofür die Schriftform vorgeschrieben ist (Art. 356c OR). Aufgrund der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) darf keine Vertragspartei durch Abreden gezwungen werden, einen GAV beizutreten oder ihn abzuschliessen, sofern nicht ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse besteht (sog. negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 356a Abs. 3 OR). Der Staat kann keinen Marktteilnehmer z.B. als Voraussetzung für staatliche Aufträge oder Hilfen zwingen, einem GAV beizutreten¹⁶⁰: Dies würde die Wirtschaftsfreiheit verletzen und liefe auf eine verkappte Allgemeinverbindlicherklärung des GAV hinaus¹⁶¹.
- 101 Andererseits würde die Koalitionsfreiheit ins Leere laufen, wenn sich ein Arbeitgeber jeglicher **Vertragsverhandlungen** verweigern dürfte. Sowohl Gewerkschaften für privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende als auch Personalverbände des öffentlichen Dienstes haben gegenüber ihren Arbeitgebenden und beteiligten Personalverbänden einen Rechtsanspruch auf *Beitritt* zu einem bestehenden GAV oder als Verhandlungspartner für den *Abschluss* eines neuen GAV anerkannt zu werden, sofern die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, Tarifzuständigkeit, Repräsentativität und Loyalität erfüllt sind¹⁶².
- 102 Die normativen Bestimmungen eines GAV wirken grundsätzlich nur gegenüber Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden, welche **Mitglieder** der vertragschliessenden Verbände sind, wobei im GAV gewisse Personalkategorien ausgenommen werden können (z.B. Auszubildende, Kader). Es gibt aber auch die Möglichkeit, sich durch eine Erklärung den GAV-Bestimmungen zu unterstellen (Art. 356b OR) oder sich in einem Einzelarbeitsvertrag den Bestimmungen des GAV zu unterwerfen.
- 103 Mit einer behördlichen **Allgemeinverbindlicherklärung** kann darüber hinaus bewirkt werden, dass die Anwendbarkeit von allen oder einzelnen normativen Bestimmungen auf *alle* Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden eines Berufs- oder Wirtschaftszweiges ausgedehnt wird (Art. 110 Abs. 2 BV). Ein Antrag der GAV-Parteien auf Allgemeinverbindlicherklärung setzt insbesondere voraus, dass *mehr als die Hälfte* der Arbeitgebenden und mehr als die Hälfte der Arbeitnehmenden der Region, für die der GAV

¹⁵⁸ WIRTHLIN, S. 69 f.

¹⁵⁹ Nähere Angaben dazu bei GREBSKI, Rz 71 ff.

¹⁶⁰ BGE 124 I 107, E. 2; BGE 130 I 258, E. 2.2.

¹⁶¹ VISCHER/ALBRECHT, ZK Art. 356b N 88; s.a. hinten Rz 229 f.

¹⁶² BGE 140 I 257, E. 5; BGE 113 II 37; BRÜHWILER, S. 173 ff.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 832.

gilt, dem GAV bereits unterstehen (Art. 2 AVEG). Für Pflegefachkräfte gibt es noch keinen GAV, der für die ganze Schweiz oder für mehrere Kantone gilt¹⁶³. Es sind erst einige kantonal geltende GAV abgeschlossen worden¹⁶⁴. Noch keiner dieser kantonalen GAV ist allgemeinverbindlich erklärt worden¹⁶⁵.

Zudem stellt sich die Frage, ob auch ein **GAV für öffentlich-rechtliche** Arbeitsverhältnisse **allgemeinverbindlich** erklärt werden kann, zumal die Forderung im Raum steht, *alle* Arbeitsverhältnisse in der Pflege durch einen schweizweit allgemeingültig erklärten GAV zu normieren¹⁶⁶. Die verfassungsrechtliche Grundlage für die behördliche Ausdehnung des Geltungsbereichs eines GAV ist Art. 110 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 BV, der nicht explizit nur auf privatrechtliche Verhältnisse Bezug nimmt. Auf diese Verfassungsbestimmungen stützt sich das AVEG; es grenzt aber seinen Geltungsbereich auf GAV-Bestimmungen aufgrund von Art. 357 OR ein, d.h. auf *privatrechtliche* Arbeitsverhältnisse. Das ist sachgerecht, denn der *öffentliche* Arbeitgeber überträgt zwar seine Rechtsetzungsbefugnis an die Sozialpartner, bleibt aber dennoch an das Rechtsgleichheitsgebot gebunden. Demzufolge müssen für Gewerkschaftsmitglieder und übrige Arbeitnehmende zwingend dieselben öffentlich-rechtlichen Arbeitsbedingungen gelten¹⁶⁷. 104

Den öffentlich-rechtlichen Arbeitgebenden auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene sowie halbstaatlichen Organisationen steht es aber frei, sich zu Arbeitgeberverbänden zusammenzuschliessen und ihre vielen verschiedenen Personalrechte mit dem Abschluss eines GAV für den Staatsdienst bzw. einem **GAV für das öffentlich-rechtlich angestellte Pflegepersonal** zu harmonisieren¹⁶⁸. Damit könnten sie längerfristig zum Verschwinden des «Trachtenlooks des staatlichen Arbeitsrechts» beitragen und die Arbeitsbedingungen auf gleichem Niveau verbessern¹⁶⁹. 105

¹⁶³ Diese müssten gem. Art. 7 Abs. 1 AVEG vom Bundesrat allgemein verbindlich erklärt werden und würden auf der entsprechenden Liste publiziert.

¹⁶⁴ S.a. hinten Rz 113.

¹⁶⁵ Liste der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge per 1. November 2021.

¹⁶⁶ EDI, Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung vom 25. Oktober 2019 zur Parlamentarischen Initiative. Für eine Stärkung der Pflege – für mehr Patientensicherheit und mehr Pflegequalität 19.401, S. 21.

¹⁶⁷ Eingehend dazu GREBSKI, Rz 397 ff.

¹⁶⁸ HELBLING, S. 912 f.

¹⁶⁹ HELBLING, S. 913.

b) Steuerungsmöglichkeiten zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen

- 106 Für die **Verbesserung** der Arbeitsbedingungen haben Gesamtarbeitsverträge schon aufgrund ihrer Geschichte eine grosse Bedeutung¹⁷⁰. Der Regelungsinhalt muss freilich das zwingende Recht respektieren (Art. 358 OR). Dem GAV unterstehende Arbeitsverhältnisse dürfen in ihren Einzelarbeitsverträgen nur *zu Gunsten* der Arbeitnehmenden von den Bestimmungen des GAV abweichen (Art. 357 Abs. 2 OR).
- 107 Ein GAV regelt die Arbeitsbedingungen i.d.R. überbetrieblich, regional oder schweizweit für eine ganze Branche für eine bestimmte Dauer. Insofern ist ein GAV ein Instrument zur **Vereinheitlichung** von Arbeitsbedingungen und schaltet den Wettbewerb in diesem Umfang aus¹⁷¹. Während der Vertragsdauer gilt eine Friedenspflicht, d.h. ein Verzicht beider Vertragsparteien auf Kampfmassnahmen¹⁷².
- 108 Der Abschluss und die Änderung eines GAV erfolgt zwischen **Verbänden** oder einzelnen Betrieben. Dadurch wird die strukturell schwächere Position von *einzelnen* Arbeitnehmenden überwunden¹⁷³. Gleichzeitig lassen sich branchenspezifische Verbesserungen erzielen, die den Interessen aller Arbeitnehmenden dienen. Es liegt an den vertragschliessenden Parteien und ihrer Verhandlungsmacht, ob und in welchem Umfang Arbeitsbedingungen durch GAV verbessert werden können. Zur Durchsetzung ihrer Interessen sind die Vertragsparteien aufgrund von Art. 28 BV und verschiedenen völkerrechtlichen Normen berechtigt, unter bestimmten Voraussetzungen als ultima ratio Kampfmassnahmen zu ergreifen, d.h. Streik auf Seiten der Gewerkschaften und Aussperrung aufseiten der Arbeitgeber(-verbände)¹⁷⁴.
- 109 Alle am GAV Beteiligten haben ein Interesse und sind auch dazu verpflichtet (Art. 357a OR), dass die Bestimmungen auch eingehalten werden. Um dies zu gewährleisten können die vertragschliessenden Verbände mittels GAV **paritätische Kommissionen** schaffen, die diese Kontrollfunktion wahrnehmen (Art. 357b OR). Zu deren Finanzierung werden von den Beteiligten Beiträge erhoben.
- 110 **Inhaltlich** werden in einem GAV Mindestarbeitsbedingungen (z.B. Mindestlöhne, Arbeitszeitregelungen, Kündigungsschutz) und weitere Rechte und Pflichten (z.B. Massnahmen des Gesundheitsschutzes, für die Vereinbarkeit von Beruf und ausserber-

¹⁷⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 787 ff.; VISCHER/ALBRECHT, ZK Vorbem. Art. 356-358 OR N 30ff.

¹⁷¹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 793.

¹⁷² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357a OR N 6.

¹⁷³ VISCHER/ALBRECHT, ZK Vorbem. Art. 356-358 OR N 5.

¹⁷⁴ SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Kommentar zu Art. 28 BV, in: Waldmann Bernhard, Belser Eva Maria, Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, BSK Art. 28 BV N 4 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 357a OR N 7.

ruflichen Aktivitäten, Weiterbildungsregelungen¹⁷⁵) geregelt. Einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung sind grundsätzlich *alle Aspekte* von Arbeitsverhältnissen zugänglich, soweit sie das zwingende Recht von Bund und Kantonen respektieren, das Schutzniveau erhöhen und öffentliche Interessen wahren¹⁷⁶. So wäre es z.B. nicht zulässig, finanzielle Abgeltungen für bestehende übermässige Belastungen vorzusehen und dadurch hinzunehmen, dass die Arbeitnehmenden den vermeidbaren Gesundheitsrisiken weiterhin ausgesetzt sind¹⁷⁷.

Gesamtarbeitsverträge haben im Zusammenhang mit dem **Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung** bei bestimmten Arbeitnehmenden an Bedeutung gewonnen (Art. 73a ArGV1). Ein GAV als Grundlage für einen Verzicht auf die Dokumentation der effektiven Arbeitszeiten muss nämlich besondere Massnahmen zum Schutz der Gesundheit, zur Einhaltung der Ruhezeiten und die Bezeichnung einer Anlaufstelle enthalten (Art. 73a Abs. 4 ArGV1). In der Praxis wurden nun in der Folge gesamtarbeitsvertragliche Regelungen getroffen, die allgemein eine *Inspirationsquelle* für die Verbesserung des Gesundheitsschutzes sein können¹⁷⁸. 111

Aufgrund der Auswertung dieser GAV hat sich ein «**State of the Art**» bezüglich Massnahmen für den Gesundheitsschutz, Anlaufstellen und Umsetzung dieser Massnahmen ergeben¹⁷⁹, dessen wichtigste Punkte hier zusammengefasst werden: 112

- Regelmässig durchzuführende *Risikoanalyse*, die von ASA-Spezialisten¹⁸⁰ durchgeführt wird, und ein darauf basierender Massnahmenplan;
- *Konkretisierung* der zu treffenden Massnahmen auf Grundlage der spezifischen Gefahren und Risiken der Branche oder des Betriebs;
- *Regelmässige Überprüfung* der Wirkung der getroffenen Massnahmen;
- Einbezug der *Personalkommission* in die Themen Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz;
- Einrichtung einer unabhängigen *Anlaufstelle* für Arbeitnehmende, die Fragen zu psychosozialen Gesundheitsrisiken haben oder Beratung brauchen;
- Umschreibung der *Informations- und Präventionspflicht* der Arbeitgeberin, idealerweise in Zusammenarbeit mit der Anlaufstelle oder paritätischer Kommission;

¹⁷⁵ Übersicht bei CIRIGLIANO/EGGER, Rz 68 ff.

¹⁷⁶ Ausführlich dazu: RIEMER-KAFKA GABRIELA, Innovationskraft der GAV für die Gleichstellung und die soziale Sicherheit, in: ARV 2012 S. 110-119.

¹⁷⁷ Weiterführend dazu STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 594.

¹⁷⁸ Übersicht bei CIRIGLIANO/EGGER, Rz 154 ff.

¹⁷⁹ CIRIGLIANO/EGGER, Rz 249 ff.

¹⁸⁰ Gem. der ASA-Richtlinie 6508 müssen Betriebe Arbeitsärzte und andere Spezialisten der Arbeitssicherheit nur zwingend beiziehen, wenn im Betrieb besondere Gefahren auftreten. S. hinten Rz 188

- Regelung der Zusammensetzung, Kompetenzen und Aufgaben der *paritätischen Kommission*, wie
 - Durchführung und Überwachung der Gesundheitsschutzmassnahmen,
 - Durchführung der Risikoanalyse mit Hilfe von Fachexperten,
 - Durchführung von Informations- und Präventionskampagnen.

113 Der SBK setzt sich als Berufsverband für Pflegefachkräfte nach eigenen Angaben «vehement dafür ein, dass Gesamtarbeitsverträge (GAV) auch im **Gesundheitswesen** zur Selbstverständlichkeit werden»¹⁸¹. Einzelne Sektionen des SBK und/oder weitere Arbeitnehmendenverbände konnten bislang mit den jeweiligen Sozialpartnern folgende GAV abschliessen:

- **AG**: GAV für die Aargauer Kantonsspitäler¹⁸²;
- **BL**: GAV Kantonsspital Baselland/Psychiatrie Baselland¹⁸³; Universitäts-Kinderspital beider Basel¹⁸⁴;
- **BS**: GAV Universitäre Altersmedizin Felix Platter, Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel, Universitätsspital Basel¹⁸⁵; GAV REHAB Basel¹⁸⁶;
- **BE**: GAV der Berner Spitäler und Kliniken¹⁸⁷; GAV für das Personal Bernischer Langzeitpflege-Institutionen¹⁸⁸; Firmen-GAV mit ESPAS, einer Spitex-Organisation im Raum Moutier;
- **GE**: CCT Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (Fegems)¹⁸⁹;
- **JU**: CCT pour le personnel de l’Hôpital du Jura¹⁹⁰;
- **LU**: Viva Luzern AG¹⁹¹;

¹⁸¹ Webseite des SBK.

¹⁸² Internet: https://aargau.syna.ch/images/Aargau/regionale_GAV/GAV_spitaeler_130301.pdf.

¹⁸³ Internet: www.sbk-bsbl.ch/fileadmin/bsbl/sozialpartnerschaft/gav/basel-landschaft/gav_kantonsspital_baselland.pdf.

¹⁸⁴ Internet: www.sbk-bsbl.ch/fileadmin/bsbl/sozialpartnerschaft/gav/basel-stadt/kollektivvertrag_ukbb_2021_01.pdf.

¹⁸⁵ Internet: www.sbk-bsbl.ch/fileadmin/bsbl/sozialpartnerschaft/gav/basel-stadt/gav_universitaetsspital_basel.pdf.

¹⁸⁶ Internet: www.sbk-bsbl.ch/fileadmin/bsbl/sozialpartnerschaft/gav/rehab_gav_ab_1_7_2020.pdf.

¹⁸⁷ Internet: www.sbk-be.ch/fileadmin/2_Dokumente/Sozialpartnerschaft/Akutpflege.

¹⁸⁸ Internet: www.sbk-be.ch/de/dienstleistungen/sozialpartnerschaft/langzeitpflege.html#gesamtarbeitsvertrag-gav.

¹⁸⁹ Internet: www.ge.ch/document/cct-ems-etablissements-medico-sociaux-personnes-agees.

¹⁹⁰ Internet: www.h-ju.ch/fr/L-Hopital-du-jura/Services-administratifs/Ressources-humaines/Ressources-humaines.html.

¹⁹¹ Internet: www.sbk-zentralschweiz.ch/fileadmin/PDF/Politik/2015_GAV_Viva_Luzern_AG.pdf.

- **NE:** CCT du secteur de la santé du canton de Neuchâtel public ; CCT du secteur de la santé du canton de Neuchâtel privé ;
- **TI:** Regolamento organico per il personale occupato presso gli Istituti dell'EOC¹⁹²; CCL per il personale occupato presso gli Istituti ospedalieri privati del Cantone Ticino¹⁹³; CCL per il personale occupato negli Istituti ospedalieri privati¹⁹⁴;
- **TG:** GAV mit der Spital Thurgau AG¹⁹⁵;
- **VD:** CCT dans le secteur sanitaire parapublic vaudois¹⁹⁶
- **VS:** GAV Spital Wallis HVS¹⁹⁷;
- **ZG:** GAV für die Zuger Kantonsspital AG¹⁹⁸.

Eine summarische Durchsicht dieser GAV zeigt exemplarisch und ohne Anspruch auf Vollständigkeit, was **Regelungsinhalte** sind¹⁹⁹, wobei diese oft in der Konkretisierung oder Ausweitung von gesetzlichen Normen bestehen²⁰⁰: 114

- Festlegung der wöchentlichen *Arbeitszeit* auf 42 h²⁰¹, 41 h²⁰², 40h²⁰³ oder 41,5-42,5h²⁰⁴;
- *Pausenregelungen*²⁰⁵;
- *Überstunden*²⁰⁶;
- Bekanntgabe der *Einsatzplanung* 4 W. vorher²⁰⁷ bzw. 2 W.²⁰⁸;

¹⁹² Internet: www.eoc.ch/dms/site-eoc/documenti/documenti/Comunicazione/ROC-2017-Ente-Ospedaliero-Cantonale/ROC%202017%20Ente%20Ospedaliero%20Cantonale.pdf.

¹⁹³ Internet: https://www.ocst.ch/images/2020_pdf/cclpri.pdf.

¹⁹⁴ Internet: <https://vpod-ticino.ch/downloads/cct/ccl/ccl-is-2018.pdf>.

¹⁹⁵ Nicht publiziert.

¹⁹⁶ Internet: www.cctsan-vaud.ch/upload/docs/application/pdf/2020-05/cct_texte_1er_janvier_2020.pdf.

¹⁹⁷ Internet: www.hopitalduvalais.ch/fileadmin/files/hopital/emploi/de/Conditions_sociales_et_salariales/GAV-Gesamtarbeitsvertrag_2019.pdf.

¹⁹⁸ Internet: www.sbk-zentralschweiz.ch/fileadmin/PDF/GAV_2021_mit_Unterschriften.pdf.

¹⁹⁹ Daneben werden Bestimmungen über Vertragsschluss, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Lohn, Lohnfortzahlung, Versicherungsleistungen etc. aufgeführt, welche aber im vorliegenden Kontext weniger Bedeutung haben.

²⁰⁰ Die Angaben in den folgenden Fussnoten beziehen sich auf eine Auswahl der bei Rz 113 aufgelisteten Gesamtarbeitsverträge und die jeweiligen Ziffern.

²⁰¹ AG/3.2; BE LZ/49; BL/11.1; TI Soc/42; VS/19.1.

²⁰² NE Priv. und Publ./4.1.1.

²⁰³ GE/4.1; TI EOC/9; TI Priv/14.

²⁰⁴ VD/3.11.2.

²⁰⁵ AG/3.5; BE S+K/3.6; REHAB/10.1.3; VS/20; ZG/5.6.

²⁰⁶ AG 3.3; BE S+K/3.5; GE/4.2; GE 4.5; NE Priv. und Publ./4.6; REHAB/10.3; TI EOC/29; VD/3.10.

²⁰⁷ NE Priv. und Publ./4.1.4; VS/19.3; ZG/5.5.: möglichst 6 W. vorher.

²⁰⁸ GE 4.4; VD/3.11.6.

- Bezahlte Umkleidezeit²⁰⁹;
- Einsatzzeiten und Bezahlung *Pikettdienst*²¹⁰;
- *Ferien* über das gesetzliche Minimum hinaus²¹¹;
- Zusätzliche *Ferien* für Schichtarbeitende²¹²;
- Bezahlte einzelne *Urlaubstage*²¹³;
- Mutterschaftsurlaub 16 W.²¹⁴, bzw. 20 W.²¹⁵;
- Elternurlaub²¹⁶;
- Unbezahlter Urlaub²¹⁷;
- Anspruch auf Pensums-Reduktion²¹⁸;
- *Lohnsystem*²¹⁹
- *Zulagen* für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit sowie Bereitschafts- und *Pikettdienst*²²⁰
- *Prämien* für besondere Leistungen²²¹;
- Dienstaltersgeschenk²²²;
- Erfolgsbeteiligung²²³;
- *Anlaufstellen* bei Persönlichkeitsverletzungen²²⁴;
- *Versetzung* auf andere Arbeitsstellen²²⁵;
- Anspruch auf (bezahlte) *Weiterbildung*²²⁶;

²⁰⁹ REHAB/10.1.4; ZG/5.1. für 12 Min.

²¹⁰ AG 3.9; BE S+K 3.9; NE Priv. und Publ./4.4; TI EOC/31; VS/24.

²¹¹ AG/5.1; BE S+K/4.1 und 2.5.2; BE LZ/58; NE Priv. und Publ./4.9.1; TI EOC/37; Ti Priv/15; VD/3.16.

²¹² Ti/Soc/43 (bis 34. AJ=6 W, 35.-49. AJ=7 W.; ab 50. AJ =8 W.)

²¹³ AG/5.6; BE S+K/4.6; BL/11.13; BS US/2.5.3; GE/4.6; NE Priv. und Publ./4.11; VD/3.14 f.

²¹⁴ AG/7.7; BS US/2.5.5; REHAB/13.1; VD 3/27.

²¹⁵ GE/4.6.3.

²¹⁶ GE/4.6.3; VD/3.29.

²¹⁷ AG/5.7; BE S+K/4.7; BL/11.15 «Elternurlaub»; NE Priv. und Publ./4.12; TI EOC/40.

²¹⁸ BL/11.16 nach Mutterschaftsurlaub; ZG/5.16 ab 58 J.

²¹⁹ AG/6.1 ff.; TI EOC/16. Die Löhne selbst werden meist in einem Anhang fixiert.

²²⁰ AG/6.8 ff.; TI EOC/30 f.; VD/3.7 ff.

²²¹ AG/6.11; BL/12.11; ZG/6.16.

²²² BE S+K/4.11; BL/12.15; BS US/2.5.9; REHAB/11.3; TI EOC/28; TI Priv/12; ZG/6.10.

²²³ AG/6.12; ZG/4.7.

²²⁴ AG/9.7; BE S+K/11.1; BL/9.1; NE Priv. und Publ./7.1.2.

²²⁵ AG/9.15; BE S+K 11.8; VS/7.3; ZG/4.10.

²²⁶ AG/10.; BE S+K/12; NE Priv. und Publ./7.5; REHAB/9.5; TI EOC/50; TI Priv/28; ZG/9.

- Verpflichtung zur Bereitstellung von *Kinderkrippen*²²⁷;
- *Betreuungsurlaub* für krankes Kind über 3 Tage²²⁸.

Auffallend ist, dass nur in wenigen GAV eine wöchentliche Arbeitszeit *unter* 42 Stunden vereinbart wird und nur in *einem* GAV das «**psycho-soziale Wohlbefinden**» explizit erwähnt wird, aber auch da nur als Ziel ohne konkrete Massnahmen (REHAB/9.3.2). Einzig der GAV/VS (Ziff. 6.4) verpflichtet zu einem ausreichenden *Personalbestand*: «Der Arbeitgeber verpflichtet sich, jede Abteilung mit einem ausreichenden Personalbestand zu versehen, der es jedem Einzelnen erlaubt, seine Funktion bestmöglich und der Berufsethik entsprechend auszuüben und über langfristige Vertretungen zu verfügen...». Eher programmatisch ist hingegen Ziff. 2.8.2 GAV/BS für verschiedene Akutspitäler: «Die Spitäler streben im Interesse der Patientinnen und Patienten sowie aus Gründen des Gesundheitsschutzes für das Personal fair geregelte und verlässliche Dienste an. Ziel sind gut ausgeruhte und motivierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die jeweiligen Führungspersonen sind dafür verantwortlich und werden dabei von der nächsthöheren Führungsstufe aktiv unterstützt.»

Die Rechtsform des GAV würde sich darüber hinaus eignen, **weitere Rahmenbedingungen** der Arbeit von Pflegepersonen zu regeln oder zu konkretisieren, wie z.B. eine nurse-to-patient-ratio oder einen Skill-Grade-Mix²²⁹ für verschiedenen Abteilungen einer Pflegeinstitution, und sie könnten sich auch noch stärker auf die spezifischen Bedürfnisse des Gesundheitsschutzes ausrichten²³⁰.

2. Normalarbeitsvertrag

Normalarbeitsverträge (NAV) existieren für einzelnen Branchen. Sie regeln die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmenden, die meist unter prekären Bedingungen und häufig ohne schriftliche Arbeitsverträge tätig sind.

a) Rechtsnatur und Wirkung von Normalarbeitsverträgen

Bei Normalarbeitsverträgen handelt es sich nicht um vertragliche Vereinbarungen, sondern um **behördliche Vorgaben** für einzelne Arten von Arbeitsverträgen, also quasi um Ersatz-Verträge (Art. 359 OR). Von diesen kann allerdings in einem schriftlichen Einzelvertrag auch zuungunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 360

²²⁷ VS/23c.2.

²²⁸ NE Priv. und Publ./4.11.2f; VD/3.15.3; ZG/5.10.3.

²²⁹ SBK, Professionelle Pflege Schweiz – Perspektive 2020, S. 29.

²³⁰ S.a. vorne Rz 112.

OR)²³¹, was dem Schutzgedanken widerspricht²³². Soll ein NAV für die ganze Schweiz gelten, wird er vom *Bundesrat* erlassen. Die *Kantone* können für ihr Gebiet weitere NAV erlassen. Dazu sind sie gem. Art. 359 Abs. 2 OR sogar verpflichtet bei land- und hauswirtschaftlich Angestellten.

- 119 Die Rahmenbedingungen für Normalarbeitsverträge sind im OR geregelt und beziehen sich nur auf **privatrechtliche Arbeitsverhältnisse**, weil die Rechtssetzungskompetenz für die öffentlich-rechtlich Angestellten ohnehin beim jeweiligen Gemeinwesen liegt²³³. Auch ein NAV hat das *zwingende Recht* des Bundes und der Kantone zu beachten (Art. 359 Abs. 3 OR).
- 120 Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der Pflege gilt unverändert seit 1972 auf dem Gebiet der ganzen Schweiz der **Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal**²³⁴. Er ist anwendbar auf Arbeitsverhältnisse «in Anstalten, Krankenhäusern und Heimen, die der Pflege von Kranken, einschliesslich Gemüts- und Nervenkranken, von Wöchnerinnen und Kindern sowie Betagten und Chronischkranken dienen». Er gilt aber nicht in der *Spitex*²³⁵. Diesem NAV unterstellt sind die diplomierten Pflegefachkräfte und Hebammen sowie Pflegepersonen mit einem Zertifikat des SRK (Art. 1 Abs. 2), aber nur, wenn sie für mehr als 6 Monate oder für mehr als die Hälfte der normalen Arbeitszeit angestellt worden sind (Art. 2).
- 121 Der NAV **enthält** etwas günstigere Kündigungsbestimmungen als das OR. Er verweist auf Arbeitszeiten und Ferienregelungen «in der nächstliegenden öffentlichen Krankenanstalt» und «sinngemäss» auf die Besoldungsordnungen und Regelungen betreffend Naturalleistungen der Kantone (Art. 9, 11, 13, 14)²³⁶. Ausserdem enthält der NAV Bestimmungen zu Nacht- und Bereitschaftsdienst, Urlaubstagen und Ansprüchen bei Arbeitsunfähigkeit (Art. 10, 12, 15-19). Insgesamt gehen diese Normen nicht über die Regelungen hinaus, die heute üblich sind. Zudem passen sie nicht ins übrige Arbeitsrecht²³⁷.

²³¹ Gem. SENTI gilt das auch für den NAV Pflege (hinten Rz 120 f.), obwohl er in Art. 3 einen Vorbehalt für *günstigere* Abreden enthält (SENTI, Spitäler, S. 87).

²³² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz 861.

²³³ S.a. vorne Rz 36 und 42 ff.

²³⁴ Gem. BR-Beschluss vom 23. Dezember 1971, SR 221.215.328.4.

²³⁵ HENSCH, S. 13.

²³⁶ SENTI, Spitäler, S. 88.

²³⁷ KLEY/SEGESSEMAN, S. 224; SENTI, Spitäler, S. 87.

b) Steuerungsmöglichkeiten zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen

Zur **Verbesserung** von Arbeitsbedingungen könnte der geltende NAV für das Pflegepersonal überarbeitet und aktualisiert werden. Inhalt eines NAV kann alles sein, was auch in einem Einzelarbeitsvertrag geregelt werden kann²³⁸. Inhaltlich könnten sich Anpassungen an den normativen Bestimmungen der verschiedenen GAV im Pflegebereich orientieren²³⁹. 122

Der Erlass von **Mindestlöhnen** mittels NAV ist aber an die Voraussetzungen von Art. 360a OR gebunden: Er darf nur *befristet* zur Bekämpfung von *Missbräuchen* erlassen werden, sofern kein allgemeinverbindlicher GAV besteht. Ob Missbräuche bei der Entlohnung von Pflegepersonal bestehen, d.h. die Löhne deutlich tiefer sind als für vergleichbare Tätigkeiten oder die orts- und branchenüblichen Löhne häufig deutlich unterschritten werden, müsste durch eine wissenschaftliche Studie zuerst untersucht werden²⁴⁰. Zudem bedarf es einer volkswirtschaftlichen Interessenabwägung (Art. 360a Abs. 1 und 2 OR). Bisher gibt es auf Bundesebene nur den NAV Hauswirtschaft sowie kantonale NAV in den Kantonen Genf, Jura, Wallis und Tessin mit zwingenden Mindestlöhnen²⁴¹. 123

Mit der Überarbeitung des NAV für das Pflegepersonal können nur Arbeitsbedingungen für das **privatrechtlich angestellte** Pflegepersonal in der Schweiz einheitlich geregelt werden (Art. 20 NAV). Da der Bund seine Kompetenz für den Erlass eines NAV für Pflegepersonen ausgeschöpft hat, bleibt kein Raum für kantonale NAV betreffend das Pflegepersonal. Die *öffentlich-rechtlichen* Arbeitsverhältnisse normieren Kantone und Gemeinden aufgrund der Kompetenzordnung²⁴² eigenständig und damit nicht einheitlich. 124

3. Zwischenfazit Kollektives Arbeitsrecht

Gesamtarbeitsverträge sind ein geeignetes Mittel, um Verbesserungen der Arbeitsbedingungen zu erreichen; bisweilen trägt dazu schon eine Konkretisierung gesetzlicher 125

²³⁸ VISCHER/ALBRECHT, ZK Vorbem. Art. 356-358 OR N 28.

²³⁹ Vorne Rz 112 ff.

²⁴⁰ Analog erfolgte dies vorgängig zum Erlass des NAV Hauswirtschaft gem. Erläuterndem Bericht zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft vom 8. Oktober 2010, S. 4 und 6 ff.

²⁴¹ DECURTINS REMO, Kommentierung von Art. 360a OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta u.a. (Hrsg.), OFK OR Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016, OFK Art. 360a OR N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 360a OR N 12.

²⁴² Vorne Rz 36 und 42 ff.

Bestimmungen oder die Klärung einer noch offenen Rechtsfrage bei. Wie die Beispiele zeigen, ermöglichen GAV branchenbezogene Regelungen und können auf aktuelle Bedürfnisse reagieren (wie Umkleidezeit, Bekanntgabe der Einsatzplanung)²⁴³. Das Potenzial von GAV hinsichtlich Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz ist jedoch noch nicht ausgeschöpft²⁴⁴. Damit ein privatrechtlicher GAV für die ganze Schweiz allgemein verbindlich erklärt werden kann, muss er für die ganze Schweiz gelten. Im Pflegebereich ist dies noch nicht erreicht, da es bislang erst kantonal geltende GAV gibt²⁴⁵.

- 126 Eine Überarbeitung und Aktualisierung des geltenden **NAV für Pflegepersonal** könnte zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen beitragen, allerdings nur für die privatrechtlich Angestellten. Für öffentlich-rechtlich Angestellte steht die Rechtsform eines NAV nicht zur Verfügung²⁴⁶. Die Steuerungsmöglichkeiten durch NAV sind jedoch beschränkt, da die Bestimmungen eines NAV nur gelten, soweit nichts anderes (schriftlich) verabredet ist. Einzig Mindestlöhne könnten zwingend festgelegt werden, allerdings nur unter engen Voraussetzungen (wie Missbräuchen)²⁴⁷, die für Pflegefachkräfte wohl kaum erfüllt sein dürften.

IV. Öffentliches Arbeitsrecht

- 127 Das individuelle und das kollektive Arbeitsrecht regeln die vertraglichen Ansprüche, die die Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden (*et vice versa*) haben. Das öffentliche Arbeitsrecht hingegen beinhaltet zwingende Bestimmungen, die primär Arbeitgebende verpflichten und die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien begrenzen. Dazu gehören insbesondere die Bestimmungen des ArG und ein Teil des UVG (Art. 82 ff. UVG).

²⁴³ Vorne Rz 116.

²⁴⁴ Dazu vorne Rz 112.

²⁴⁵ Vorne Rz 113.

²⁴⁶ Vorne Rz 119.

²⁴⁷ Vorne Rz 123.

1. Verfassungsrechtliche Grundlage

a) Sozialziel: Arbeit zu angemessenen Bedingungen

Die Sozialziele in Art. 41 BV veranschaulichen die Sozialstaatlichkeit der Schweiz²⁴⁸. 128
Der Ingress der Norm («*Bund und Kantone setzen sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass...*») hebt den **subsidiären Charakter staatlichen Handelns** hervor und stellt die Verbindung zum verfassungsrechtlichen Appell an die Eigenverantwortung aller Personen in Art. 6 BV her²⁴⁹. Gem. Art. 41 Abs. 1 lit. d BV setzen sich die Organe des Bundes dafür ein, dass «*Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können*».

Zu **angemessenen Arbeitsbedingungen** nach Art. 41 Abs. 1 lit. d BV gehören neben 129
der fairen Entlohnung auch sozial- und gesundheitsverträgliche Arbeitszeiten und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz («*Arbeitsschutz*»)²⁵⁰. Arbeitszeiten sind sozial- und gesundheitsverträglich, wenn sie die kulturellen und die kommunikativen Bedürfnisse der Erwerbsfähigen²⁵¹ nicht verunmöglichen²⁵². Aus den Sozialzielen der Verfassung lassen sich aber keine direkten Gesetzgebungskompetenzen ableiten²⁵³.

b) Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Der **Bund** darf gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV **umfassend** und das kantonale 130
Recht verdrängend («*derogatorisch*»)²⁵⁴ Vorschriften betreffend den Schutz der Arbeitnehmenden²⁵⁵ erlassen. Der Begriff «*Schutz*» ist weit zu verstehen und deshalb facettenreich, umfasst er doch nicht nur Aspekte wie Gesundheit und Sicherheit, sondern

²⁴⁸ BIAGGINI GIOVANNI, Vorbemerkungen zu Art. 41 BV, in: OFK BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, OFK Vorbemerkungen zu Art. 41 BV N 1.

²⁴⁹ BIAGGINI GIOVANNI, Kommentierung von Art. 41, 110 und 117 BV, in: OFK BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, OFK Art. 41 BV N 3. Im Rahmen ihrer Zuständigkeiten beachten die Organe des Bundes die sozialen Schutzgedanken und die Leitlinien von Subsidiarität und Selbstverantwortung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 BV (GÄCHTER/WERDER, BSK Art. 41 BV N 9–19).

²⁵⁰ GÄCHTER/WERDER, BSK Art. 41 BV N 47.

²⁵¹ Erwerbsfähig sein heisst, dass einem nicht wegen des Gesundheitszustands, des Alters oder gesellschaftlicher Verpflichtungen die Fähigkeit oder die Zeit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit fehlt (vgl. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK Art. 41 BV N 54).

²⁵² Art. 41 Abs. 4 BV; BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK Art. 41 BV N 56.

²⁵³ Für die Kompetenz des Bundes, im Bereich des Arbeitsschutzes Vorschriften zu erlassen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV), sind die Sozialziele insbesondere für die Auslegung bedeutsam (BIAGGINI, OFK Art. 110 BV N 2; GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 9; CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 2).

²⁵⁴ BGE 139 I 242, E. 3.2; CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 22 und 29; GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 22 und 26; BIAGGINI, OFK Art. 110 BV N 3.

²⁵⁵ Arbeitnehmende sind unselbständig Erwerbstätige (GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 8).

auch den Schutz der Persönlichkeit²⁵⁶. Geht es um Arbeitsschutz, gibt es praktisch keinen Bereich, in dem der Bund nicht legisferieren dürfte²⁵⁷.

- 131 **Kantonale Zuständigkeiten** bestehen nur, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind²⁵⁸ oder einen anderen als den Arbeitsschutzzweck verfolgen²⁵⁹. Sind andere **Polizeigüter** zu schützen, dürfen Kantone und Gemeinden bspw. Vorschriften erlassen im Bereich der Bau-, Feuer-, Gesundheits- und Wasserpolizei, oder solche über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen (Art. 71 lit. c ArG), wobei der Gestaltungsspielraum nicht sehr weitreichend ist²⁶⁰.

c) Arbeitsschutz und Wettbewerb

- 132 Zwar sind Fehlleistungen eines reinen Wirtschaftsliberalismus im Bestreben nach einer **Humanisierung der Arbeit**²⁶¹ zu korrigieren²⁶². Jedoch ist bei der Einführung eines *Mindestlohns* aufgrund der wirtschaftspolitischen Grundsatzentscheidung des Bundesrates Zurückhaltung angezeigt²⁶³, denn Lohnbildung beruhe auf einer starken und verantwortungsvollen Sozialpartnerschaft²⁶⁴. Mindestlohnvorschriften schränken nicht nur die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit ein, sondern vermindern gleichzeitig den Spielraum der Sozialpartner²⁶⁵.
- 133 Bisher hat der Bund im Bereich des Arbeitsschutzes Arbeitszeiten, Unfall- und Berufskrankheitenverhütung, Gesundheitsschutz im engen Sinn und Schutz von besonderen Arbeitnehmendekategorien reguliert²⁶⁶. Die übrigen Bereiche werden den Privaten

²⁵⁶ BIAGGINI, OFK Art. 110 BV N 4; GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 22.

²⁵⁷ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 22.

²⁵⁸ Kantonale Vorschriften dürfen nicht gegen den Sinn des Bundesrechts verstossen oder dessen Zweck beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 139 I 242, E. 3.2).

²⁵⁹ BGE 139 I 242, E. 3.2; GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 26; TSCHUDI/GEISER/WYLER, Einl. ArG N 62.

²⁶⁰ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 26.

²⁶¹ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 23.

²⁶² GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 15.

²⁶³ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 24.

²⁶⁴ BBI 2013 1211, S. 1227 f.

²⁶⁵ BBI 2013 1211, S. 1236 f.

²⁶⁶ CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 25.

und den Sozialpartnern überlassen²⁶⁷. Arbeitsschutznormen sind deshalb immer auch im Kontext der **Arbeitsmarktfreiheit**²⁶⁸ zu sehen²⁶⁹.

Sind Arbeitsschutznormen notwendig, weil die Privaten und die Sozialpartner Arbeit (noch) ungenügend humanisiert haben, gehen die Arbeitsschutzinteressen allfälligen wirtschaftlichen Interessen vor²⁷⁰. Solche **Schutzbestimmungen** dienen der Volksgesundheit und dem sozialen Zusammenhalt²⁷¹. Die Verhinderung von arbeitsbedingten Gesundheitsbeeinträchtigungen entlastet nicht nur die Sozialversicherungen, sondern wirkt sich positiv auf die Betriebe und damit auch auf die Volkswirtschaft aus. 134

Der Bund darf den Arbeitgebenden vorschreiben, in welchen Belangen, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln sie Arbeitnehmende zu schützen haben, was insbesondere auch im Hinblick auf besonders schützenswerte Arbeitnehmendekategorien geschehen kann²⁷². Obwohl Arbeitsschutzrecht eine stark verschränkte Materie ist²⁷³, lässt sich sagen, dass **Arbeitsschutz** nach Art. 110 BV der **Wettbewerbsordnung** nach Art. 94 BV **vorgeht**²⁷⁴. 135

d) Arbeitsschutz und Sicherheitsaspekte

Gesundheit und Wohlbefinden der Arbeitnehmenden sind Voraussetzungen dafür, dass sie gute Arbeitsergebnisse erzielen können²⁷⁵. *Arbeitsschutz und Qualität* der Arbeit sind in einzelnen Wirtschaftszweigen derart eng miteinander verknüpft, dass **Spezialbestimmungen** zu den Arbeitsbedingungen erlassen worden sind. Diese Bereiche sind vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes weitgehend ausgenommen²⁷⁶. Dazu gehört 136

²⁶⁷ CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 25.

²⁶⁸ Zum Prinzip der Arbeitsmarktfreiheit BGE 125 III 277, E. 2c. Die grundrechtlich geschützte Arbeitsmarktfreiheit ist konstituiert u.a. durch die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung (Art. 27 Abs. 2 BV), die Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 BV), die Arbeitskampffreiheiten (Art. 28 Abs. 3 BV), die Geschlechtergleichheit (Art. 8 Abs. 3 BV) und die Privat- und Tarifautonomie (s.a. GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 9).

²⁶⁹ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 9–14.

²⁷⁰ Zugunsten der Arbeitgebenden darf nur ausnahmsweise von arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben abgewichen werden (CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 24; BGE 136 II 427, E. 3.2).

²⁷¹ TSCHUDI/GEISER/WYLER, Einl. ArG N 3; BGE 136 II 427, E. 3.2.

²⁷² CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 22.

²⁷³ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 10.

²⁷⁴ GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 11–13; CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 24 und 43.

²⁷⁵ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 2; SCHEIDEGGER/PITTELOU, SHK Art. 6 ArG N 8.

²⁷⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. b, c und Art. 3 lit. c ArG. Trotzdem gelten für diese Arbeitnehmenden gem. Art. 3a ArG die Gesundheitsschutzbestimmungen im engen Sinn (Art. 6, 35 und 36a ArG). Einzelne Bereiche der Unfallverhütung nach UVG sind ebenfalls spezialgesetzlich geregelt (Art. 2 VUV).

z.B. der Flugverkehr²⁷⁷, die Seeschifffahrt²⁷⁸, der öffentliche Verkehr²⁷⁹ und Personentransporte auf öffentlichen Strassen²⁸⁰. Die Arbeitsbedingungen in der Pflege sind eng mit der Pflegequalität verbunden, die wiederum mit der **Sicherheit der Patientinnen und Patienten** zusammenhängt.

- 137 Die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten²⁸¹ ist im UVG geregelt (Art. 82 UVG). Betriebe mit grossen Gefahren und Betriebe mit mehr als 50 Arbeitnehmenden unterliegen verschärften Bestimmungen, indem sie Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit beiziehen und ihr Präventionssystem dokumentieren müssen (Art. 11a VUV)²⁸². Anstelle von individuellen Lösungen können sich gleichartige Betriebe für eine Branchenlösung zusammenschliessen²⁸³, was die Prävention nach UVG und ArG systematisiert. Seit 1999 gibt es die **Branchenlösung des Spitalverbandes H+**²⁸⁴. Zwar sind als Schwerpunktthemen der Branchenlösung H+ seit mehreren Jahren u.a. psychosoziale Risikofaktoren» und «der gesunde Rücken in der Pflege» definiert, aber die Ausrichtung scheint immer noch stark auf Arbeitssicherheit zu liegen²⁸⁵.
- 138 Die Präventionsbestimmungen von ArG und UVG sind **zwingendes öffentliches Recht**, das die Autonomie der Arbeitsvertragsparteien hauptsächlich durch zeitliche und sachliche Vorgaben sowie Bewilligungspflichten für besonders belastende Arbeitsformen einschränkt²⁸⁶.

²⁷⁷ VO über die Luftfahrt, Luftfahrtverordnung vom 14. November 1973, SR 748.01.

²⁷⁸ BG über die Seeschifffahrt unter Schweizer Flagge vom 23. September 1953, SR 747.30.

²⁷⁹ BG über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs vom 8. Oktober 1971, Arbeitszeitgesetz AZG, SR 822.21.

²⁸⁰ VO über die Arbeits- und Ruhezeiten der berufsmässigen Motorfahrzeugführer:innen vom 19. Juni 1995, ARV, SR 822.221.

²⁸¹ Bei Arbeiten in Spitälern gelten Infektionskrankheiten als berufsbedingte Erkrankungen i.S.v. Art. 9 Abs. 1 UVG (vgl. unter Ziff. 2 lit. b Anhang 1 zur UVV).

²⁸² Konkretisierung durch die EKAS-Richtlinie 6508, Ziff. 3.

²⁸³ EKAS-Richtlinie 6508 Ziff. 5.

²⁸⁴ Dieser Branchenlösung sind derzeit 244 Spitäler, Kliniken, psychiatrische Kliniken, Heime, Langzeitpflegeeinrichtungen und weitere im Gesundheitswesen tätige Betriebe mit 133'850 Arbeitnehmenden angeschlossen sind (Internet: www.ekas.admin.ch/download.php?id=26).

²⁸⁵ Die Jahresberichte von H+ widmen sich ca. alle zwei Jahre dem Thema «Arbeitssicherheit». Als einziges psychosoziales Thema wurde gem. Jahresbericht 2017 «Gewaltprävention» behandelt. (Internet: <https://2017.hplus.ch/geschaeftsbereiche/arbeitssicherheit>). Die Mitgliedsbetriebe melden jährlich ihre Fehlzeiten aufgeschlüsselt nach Berufs-, Nichtberufsunfall und Krankheit. Diese Daten erlauben einen Vergleich und sind Grundlage für Verbesserungen (Branchenlösung H+ a.E zum Thema «Kontrolle»).

²⁸⁶ GÄCHTER, SBVR, N 10.

e) Normstufen für Arbeitsschutznormen

Gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV hat der Bund mehrere Gesetze erlassen²⁸⁷. Eines der wichtigsten Gesetze des Arbeitsschutzes ist das **Arbeitsgesetz**²⁸⁸. Der Bundesrat ist gemäss Art. 40 Abs. 1 lit. a und b ArG zuständig, **Verordnungsbestimmungen** in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen und **Ausführungsbestimmungen** zur näheren Umschreibung einzelner Vorschriften des Gesetzes zu erlassen. Im ArG sind weite Teile der Regelungsbefugnisse an den Bundesrat übertragen worden, weil damit die Bestimmungen einfach und schnell veränderten Bedürfnissen angepasst werden können²⁸⁹. 139

Vor Erlass solcher Bestimmungen sind die Kantone, die Eidgenössische Arbeitskommission und die zuständigen Organisationen der Wirtschaft anzuhören (Art. 40 Abs. 2 ArG). In der Praxis führt diese **Anhörungs pflicht** häufig dazu, dass bezüglich Ausnahmen vom ArG (ArGV 2) lediglich die Übereinkünfte der Sozialpartner festgehalten werden, ohne dass diese vom Bundesrat auf deren Notwendigkeit kontrolliert werden, was – wie befürchtet – die Grenze zwischen staatlichem und kollektivem Recht verwischt²⁹⁰ und die Arbeitsbedingungen (Wirtschaftsbedingungen) nicht vereinheitlicht²⁹¹. 140

Bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden²⁹² können ganz oder teilweise von gewissen Vorschriften des ArG²⁹³ ausgenommen und **Sonderbestimmungen** unterstellt werden (Art. 27 Abs. 1 ArG). Ausnahmen (s. ArGV 2) sind zulässig, soweit sie mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse *notwendig* (und nicht bloss wünschbar) sind²⁹⁴. Gestützt Art. 27 ArG kann der Bundesrat die gesetzlichen Vorschriften zur 141

²⁸⁷ Eine Auflistung ist bei CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 27 und 28, zu finden.

²⁸⁸ CARDINAUX, BSK Art. 110 BV N 28; GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 27. Das ArG ist öffentliches Arbeitsrecht und stellt eine direkte staatliche Regulierung der Arbeit in der Form von Verhaltensvorschriften dar (GÄCHTER, SGK Art. 110 BV N 28).

²⁸⁹ BBl 1960 II 909, S. 927 ff.

²⁹⁰ HIRSIGER, KuKo Art. 27 ArG N 5.

²⁹¹ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 27 ArG N 2.

²⁹² Die Sonderbestimmungen sind für die Bedürfnisse von Berufsgruppen und Branchen zu erlassen und nicht für Einzelfälle, denen auf dem Bewilligungsweg gerecht zu werden ist (MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 27 ArG N 1; HIRSIGER, KuKo Art. 27 ArG N 2).

²⁹³ Nämlich von Art. 9–17a (Arbeits- und Ruhezeit inkl. Nachtarbeit), Art. 17b Abs. 1 (Lohnzuschlag), Art. 18–20 (Sonntagsarbeit), Art. 21 (wöchentlicher freier Halbtage), Art. 24 (ununterbrochener Betrieb), Art. 25 (Schichtarbeit), Art. 31 (Arbeits- und Ruhezeit von Jugendlichen) und Art. 36 ArG (Arbeitnehmende mit Familienpflichten). Diese Aufzählung ist abschliessend (HIRSIGER, KuKo Art. 27 ArG N 4).

²⁹⁴ TSCHUDI, S. 69.

Arbeits- und Ruhezeit abschwächen²⁹⁵, infolgedessen aber auch die dazugehörigen Bestimmungen der ArGV 1 unanwendbar werden²⁹⁶.

- 142 Durch Verordnung wird bspw. bestimmt, welche **Massnahmen des Gesundheitsschutzes**²⁹⁷ in den Betrieben zu treffen sind (Art. 6 Abs. 4 ArG). Die Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3) enthält die darauf basierenden Gesundheitsschutzbestimmungen²⁹⁸. Der Bundesrat kann günstigere Bestimmungen zur Arbeits- und Ruhezeit erlassen²⁹⁹. Er wäre ausserdem – zum Schutz der Gesundheit – befugt, *die wöchentliche Höchstarbeitszeit* für bestimmte Betriebe oder Arbeitnehmende zu verkürzen (Art. 26 Abs. 2 ArG)³⁰⁰.
- 143 Die Pflichten der Arbeitgebenden und der Arbeitnehmenden hinsichtlich des Gesundheitsschutzes (gem. Art. 3a ArG: Art. 6, 35 und 36a ArG) sind insbesondere in der Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3) konkretisiert³⁰¹. Die **Abgrenzung** zwischen *Arbeits- und Ruhezeitvorschriften* sowie jenen des *Gesundheitsschutzes* ist nicht immer einfach. Art. 6, 35 und 36a ArG sowie die Ausführungsbestimmungen dazu gehen jedenfalls den Ausnahmeregeln nach ArGV 2 vor³⁰².
- 144 Ausserdem unterstützt das SECO mit **Wegleitungen** die *Auslegung* des ArG und der einzelnen Bestimmungen der Verordnungen zum ArG. Dies sind *Verwaltungsverordnungen*, d.h. sie sind für die Durchführungsorgane, nicht aber für die Arbeitgebenden verbindlich. Sie enthalten z.B. zu verschiedenen Aspekten des Gesundheitsschutzes den «Stand der Technik» (gem. Art. 6 Abs. 1 ArG) mithin die wissenschaftlichen Erkenntnisse sowie Empfehlungen zur Umsetzung von Gesundheitsschutzmassnahmen, wie konkrete Angaben zu Raumtemperatur, Lüftung, Licht etc. oder Empfehlungen für Vertrauenspersonen³⁰³.

²⁹⁵ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 27 ArG N 1.

²⁹⁶ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 27 ArG N 3.

²⁹⁷ Der Gesundheitsschutz im engen Sinn i.S.v. Art. 6 ArG umfasst die – mit Ausnahme der offensichtlich missbräuchlichen – Arbeitszeiten *nicht* (vgl. MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 25).

²⁹⁸ SCHEIDEGGER/PITTELOUD, SHK Art. 6 ArG N 31.

²⁹⁹ Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat betreffend die Überzeitarbeit (Art. 25 und 26 ArGV 1), die Nachtarbeit (Art. 30 ArGV 1), Ausnahmen vom Zeitzuschlag (Art. 32 ArGV 1), der Schichtarbeit (Art. 34 ArGV 1) und dem zusammengesetztem ununterbrochenen Betrieb (Art. 39 ArGV 1) Gebrauch gemacht (vgl. SUBILIA, SHK Art. 26 ArG N 5 ff.).

³⁰⁰ Seit ihrer Einführung im Jahr 1914 ist diese Norm allerdings toter Buchstabe geblieben (SUBILIA, SHK Art. 26 ArG N 1 und 12).

³⁰¹ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 34.

³⁰² SCHEIDEGGER/PITTELOUD, SHK Art. 6 ArG N 11; MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 5.

³⁰³ SECO, Wegleitung ArGV 3.

2. Ausgewählte materielle Regelungen des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz ist gemäss Art. 1 ArG grundsätzlich auf sämtliche öffentlichen und privaten **Betriebe** anwendbar, die **Arbeitnehmende** beschäftigen³⁰⁴. Nicht anwendbar ist das Arbeitsgesetz folglich auf die selbständig Erwerbstätigen³⁰⁵. Viele Spitäler und Pflegeeinrichtungen sind in der Schweiz entweder privatrechtlich organisiert oder als Anstalt bzw. Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet³⁰⁶. Für sie ist das Arbeitsgesetz integral direkt anwendbar³⁰⁷. Von diesem Grundsatz gibt es jedoch *Ausnahmen* in betrieblicher und persönlicher Hinsicht³⁰⁸. 145

a) Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz

In *jedem* Betrieb einzuhalten sind die Bestimmungen des ArG zum Gesundheitsschutz³⁰⁹, weshalb Spitäler, Pflegeinstitutionen und Spitex-Betriebe immerwährend verpflichtet sind, zum Schutz der Gesundheit aller Arbeitnehmenden **Massnahmen** zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den betrieblichen Verhältnissen angemessen sind (Art. 6 Abs. 1 ArG). Gesundheitsschutz heisst, dass die Arbeitsbedingungen so auszugestalten sind, dass sie bei vollem Erwerbsspensum während des gesamten Erwerbslebens *keinen Gesundheitsschaden* verursachen³¹⁰. 146

Die Arbeitgebenden haben die betrieblichen Einrichtungen und die Arbeitsabläufe so zu gestalten, dass **Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen** der Arbeitnehmenden nach Möglichkeit vermieden werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Als betriebliche Einrichtungen gelten bspw. Maschinen, Apparate, elektrische Installationen, Geräte und Werkzeuge etc., wobei der Begriff weit auszulegen ist³¹¹. Der Arbeitsablauf besteht aus Arbeitsvorgang und -verfahren sowie Rhythmus und Tempo der Arbeit sowie den Mitteln der Betriebsorganisation wie Arbeitszeitgestaltung und Pausenordnung³¹². 147

148

³⁰⁴ GEISER, Arbeitsgesetz, N 16.27.

³⁰⁵ Vgl. zum Statut der Selbständigkeit vorn Rz 40.

³⁰⁶ Vorne Rz 38–48.

³⁰⁷ GEISER, Arbeitsgesetz, N 16.50.

³⁰⁸ S.a. hinten Rz 167 ff.

³⁰⁹ Gemäss Art. 3a ArG. Die Bestimmungen des Gesundheitsschutzes auf Gesetzesstufe sind Art. 6, 35 und 36a ArG.

³¹⁰ STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 297 ff. Vgl. zudem BGer Urteil 2P.251/2001 und 2A.407/2001 v. 14. Juni 2002, E. 5.3.

³¹¹ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 22.

³¹² MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 23.

In der ArGV 3 ist der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz konkretisiert. Art. 2 ArGV 3 verlangt, dass **physische und psychische Gesundheit** gleichermaßen zu schützen ist. Die ArGV 3 enthält dann detaillierte Vorschriften zur sichtbaren Arbeitsumgebung (Bauweise, Raumklima, Licht etc.), aber sie konkretisiert psychosoziale Belastungen kaum. Dennoch sind die Erkenntnisse der Wissenschaft zur Gewährleistung der physischen *und* der psychischen Gesundheit zu beachten und umzusetzen. Arbeitsbelastungen und ihre Folgen werden seit Jahrzehnten erforscht³¹³. Es gilt als evident, dass Überbeanspruchung, Zeitdruck, unzureichende Arbeitsmittel und/oder Informationen sowie fehlende Handlungsspielräume und dysfunktionale Führung auf Dauer zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen können³¹⁴.

- 149 Während Bossing und Mobbing als **psychosoziale Arbeitsbelastungen** in der Öffentlichkeit starke Beachtung finden, werden Moraldilemmata und Gratifikationskrisen noch kaum als Stressfaktoren beachtet, obwohl auch diese zu einem Burnout führen können³¹⁵. Von einem *Moraldilemma* spricht man, wenn Arbeitnehmende Aufgaben ausführen müssen, die ihren persönlichen Wertvorstellungen widersprechen, was auch der Fall sein kann, wenn es ihnen unmöglich ist, die gelernten beruflichen Standards anzuwenden³¹⁶. Es wäre rechtlich zulässig, dass Arbeitnehmende unzumutbare *kurzfristige Arbeitseinsätze* ablehnen. Aber das damit verbundene moralische Dilemma (drohende Unterversorgung von Patientinnen und Patienten) führt dazu, dass sich Pflegefachkräfte faktisch verpflichtet fühlen, kurzfristig einzuspringen. Unter *Gratifikationskrisen* wird verstanden, dass Arbeitnehmende für das Engagement am Arbeitsplatz eine zu geringe «Gratifikation» erhalten. Neben unangemessenem Lohn kann das auch Nicht-Monetäres wie zu wenig Anerkennung, fehlende Aufstiegschancen etc. sein. Es klingt erstaunlich, aber es konnte empirisch nachgewiesen werden, dass ebensolche Verletzungen der Tauschgerechtigkeit zu einer «Biologie der Enttäuschung» führen, die sich im Hirn nachweisen lässt, und über lange Zeit gesundheitliche Beeinträchtigungen zur Folge haben können³¹⁷.

³¹³ Ausführlich dazu STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 302 ff.

³¹⁴ Eine Übersicht dazu bietet der Anhang in SECO, Wegleitung ArGV 3, S. 302 – A ff.

³¹⁵ MELTZER LILIA SUSANA, HUCKABAY LOUCINE MISSAK, Critical Care Nurses' Perceptions of Futile Care and Its Effect on Burnout, in: Am J Crit Care (2004) 13, S. 202–208, S. 205 ff.

³¹⁶ KÄLVEMARK SOFIA, HÖGLUND ANNA T., HANSSON MATS G., WESTERHOLM PETER, ARNETZ BENGT, Living with conflicts-ethical dilemmas and moral distress in the health care system, in: Social Science & Medicine 58 (2004), S. 1075–1084, S. 1076 f.

³¹⁷ SIEGRIST JOHANNES, Arbeitswelt und stressbedingte Erkrankungen – Forschungsevidenz und präventive Massnahmen, München 2015, S. 21 und 35 ff.

Die Arbeitgebenden müssen also alle gesundheitsbedingten Arbeitsrisiken **analysieren** und bei bestehenden Gesundheitsrisiken **Schutzmassnahmen ergreifen** (Art. 2 ArGV 3). Dabei sorgen sie dafür, dass diese Schutzmassnahmen in ihrer Wirksamkeit **nicht beeinträchtigt** und sie in angemessenen Zeitabständen **überprüft werden** (Art. 3 Abs. 1 ArGV 3). Werden Bauten, Gebäudeteile, Arbeitsmittel (Maschinen, Apparate, Werkzeuge und Anlagen, die bei der Arbeit benutzt werden) oder Arbeitsverfahren geändert oder werden im Betrieb neue Stoffe verwendet, dann müssen die Arbeitgebenden die Massnahmen des Gesundheitsschutzes den neuen Verhältnissen **anpassen** (Art. 3 Abs. 2 ArGV 3). Gibt es Hinweise, dass die Gesundheit einer arbeitnehmenden Person durch die ausgeübte Tätigkeit beeinträchtigt wird, ist eine **arbeitsmedizinische Abklärung** durchzuführen (Art. 3 Abs. 3 ArGV 3). 150

Arbeitgebende dürfen **schwangere Frauen** und **stillende Mütter** für gefährliche und beschwerliche Arbeiten nur einsetzen, wenn aufgrund einer **Risikobeurteilung**³¹⁸ feststeht, dass die Gesundheit von Mutter und Kind nicht beeinträchtigt oder durch geeignete Schutzmassnahmen ausgeschaltet wird (Art. 35 ArG)³¹⁹. Arbeiten von Pflegefachkräften gehören nicht *per se* zu den gefährlichen und beschwerlichen Arbeiten, weshalb im Einzelfall zu beurteilen ist, ob schwangere Frauen oder stillende Mütter für bestimmte Tätigkeiten eingesetzt werden können oder nicht. 151

Im Übrigen sind die Vorschriften zum Gesundheitsschutz im Gesetz und in den Verordnungen interpretationsbedürftig. **Jeder Betrieb** muss **individuell** aufgrund seiner Risikobeurteilung bestimmen, welche Schutzmassnahmen erforderlich sind und dem aktuellen wissenschaftlichen Stand entsprechen, um die Vorgabe von Art. 6 ArG zu erreichen. Die Arbeitsschutzbestimmungen sehen – im Gegensatz zu Art. 11a Abs. 2 lit. a VUV für die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten – die Risikoanalyse nicht *explizit* vor³²⁰, jedoch setzt Gesundheitsschutz eine Risikoanalyse *implizit* voraus, weil dieser nicht konzeptlos zu gewährleisten ist³²¹. 152

³¹⁸ Die Risikobeurteilungen müssen von Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit nach VUV durchgeführt werden (vgl. Art. 62 und 63 ArGV 1).

³¹⁹ Wenn eine schwangere Frau oder eine stillende Mutter bestimmte beschwerliche oder gefährliche Arbeiten nicht verrichten kann, so hat sie Anspruch auf 80% des Lohnes, soweit ihr keine gleichwertige und ungefährliche Ersatzarbeit zugewiesen werden kann (Art. 35 Abs. 3 ArG).

³²⁰ Mit Ausnahme der Risikobeurteilung bei gefährlichen und beschwerlichen Arbeiten von schwangeren Frauen und stillenden Müttern (vorne Rz 151).

³²¹ Vgl. bzgl. Schutz der persönlichen Integrität GÄCHTER, SBVR, N 80.

b) Arbeits- und Ruhezeiten nach ArG

- 153 Die Arbeitszeit³²² zu begrenzen und genügend Ruhezeit einzuräumen sind wichtige Faktoren der **Gesunderhaltung der Arbeitnehmenden**. Die Grundlage bilden arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse³²³. Es gilt als unbestritten, dass mit zunehmender Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit das Risiko für gesundheitliche Beeinträchtigungen steigt³²⁴. Vor diesem Hintergrund wirkt die Arbeitszeiterfassung³²⁵ hinsichtlich des Gesundheitsschutzes präventiv, weil die Arbeitnehmenden und die Arbeitgebenden dank Vorgaben zu Höchstarbeits- und Ruhezeiten Überlastungen frühzeitig erkennen können³²⁶.
- 154 In Betrieben der Krankenpflege, die dem ArG unterstehen³²⁷, gilt eine **wöchentliche Höchstarbeitszeit** von 50 Stunden, während für Arbeitnehmende z.B. in Industrie oder für Verkaufspersonal in Grossbetrieben des Detailhandels nur 45 Stunden pro Woche beträgt (Art. 9 ArG). Höchstarbeitszeit bedeutet, dass Arbeitnehmende nur ausnahmsweise länger beschäftigt werden dürfen wegen z.B. Dringlichkeit oder ausserordentlichem Arbeitsanfall (sog. *Überzeit*)³²⁸. Und auch die Überzeit ist zeitlich begrenzt, nämlich max. 2 Stunden pro Tag und max. 140 Stunden pro Jahr bei einer Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche³²⁹.
- 155 Die **Arbeitswoche** beginnt im Normalfall am Montag und endet am Sonntag³³⁰. Wird die wöchentliche Arbeitszeit auf mehr als fünf Tage verteilt, ist zu den üblichen Ruhezeiten zusätzlich ein freier Halbttag zu gewähren (Art. 21 Abs. 1 ArG). In Betrieben der

³²² Als *Arbeitszeit* gilt gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 in der Regel die Zeit, während der sich Arbeitnehmende zur Verfügung der Arbeitgebenden zu halten haben ohne Arbeitswegzeit.

³²³ DORSEMAGEN COSIMA, KRAUSE ANDREAS, LEHMANN MARC, PEKRUHL ULRICH, Flexible Arbeitszeiten in der Schweiz, Auswertung einer repräsentativen Befragung der Schweizer Erwerbsbevölkerung, hrsg. vom SECO, Februar 2012, S. 8.

³²⁴ STEIGER-SACKMANN, Schutz, N 287.

³²⁵ Dazu hinten Rz 189.

³²⁶ MEIER MATTHIAS, Arbeitszeiterfassung – Die Dokumentationspflicht wird teilweise gelockert, in: Jusletter 21. Dezember 2015, N 92. Arbeitnehmende dürfen die Leistung von Mehrarbeit ablehnen, wenn sie sie mit ihren Kräften oder aus gesundheitlichen Gründen nicht bewältigen können oder sie die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt (MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 12 ArG N 2).

³²⁷ Ausnahmen s.a. hinten Rz 168 f.

³²⁸ Art. 12 Abs. 1 ArG.

³²⁹ Art. 12 Abs. 2 lit. b ArG. Wird Überzeit nicht durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen, ist dafür 125% des Lohnes auszurichten (Art. 13 ArG).

³³⁰ Art. 16 Abs. 1 ArGV 1.

Krankenpflege darf die Arbeitswoche auf sieben aufeinander folgende Tage verlängert werden³³¹.

Um Überbeanspruchungen zu vermeiden, wird die Arbeitszeit durch Pausen³³² unterbrochen, die der Erholung, der Entspannung und der Verpflegung dienen³³³. **Mindestpausen** gemäss Art. 15 Abs. 1 ArG betragen 15 Min. bei einer Arbeitszeit von mehr als 5 ½ Stunden, 30 Min. bei mehr als 7 Stunden und 60 Min. bei mehr als 9 Arbeitsstunden. Die Pausen teilen die Arbeitszeit möglichst in zwei gleich grosse Blöcke³³⁴. Ein Unterbruch während einer Pause von 15 oder 30 Min. führt dazu³³⁵, dass die gesamte Pausenzeit nachzuholen ist, damit sich der Erholungszweck einstellen kann. Die Pause ist rechtlich nichts anderes als eine kurze Ruhezeit nach Art. 15a ArG³³⁶. 156

Die **Ruhezeit** bildet das Gegenstück zur Arbeitszeit³³⁷ und verschafft dem in Arbeit eingespannten Menschen körperliche und geistige Erholung und schafft damit die Möglichkeit für familiären, kulturellen und sozialen Austausch³³⁸. Die tägliche Ruhezeit beträgt grundsätzlich mindestens elf aufeinander folgende Stunden³³⁹. In Betrieben der Krankenpflege darf die tägliche Ruhezeit auf 9 Stunden verkürzt werden, sofern sie im Durchschnitt von 2 Wochen 12 Stunden beträgt³⁴⁰. 157

158

³³¹ Die Voraussetzungen dafür sind, dass die tägliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von 2 Wochen eingehalten wird und die davon betroffene Person unmittelbar im Anschluss an den siebten Tag mindestens 83 aufeinander folgende Stunden Freizeit erhält (Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 ArGV 2).

³³² Arbeitspausen dienen nicht zuletzt der Vermeidung von Arbeitsunfällen, die auf Überbeanspruchung zurückzuführen sind (TSCHUDI, S. 51).

³³³ TSCHUDI, S. 51.

³³⁴ Entsteht vor oder nach einer Pause eine Arbeitsperiode von mehr als 5½ Stunden, ist eine zusätzliche Pause von fünfzehn Minuten zu gewähren (Art. 18 Abs. 2 ArGV 1).

³³⁵ Pausen dürfen erst dann aufgeteilt werden, wenn sie mehr als eine halbe Stunde dauern (Art. 18 Abs. 3 ArGV 1). Bei längeren Pausen würde sich die Pausenzeit um die Arbeitszeit, die für die Beantwortung der Anfrage aufgewendet wird, verlängern.

³³⁶ MÜLLER ROLAND A., Kommentierung von Art. 15a, in: Geiser Thomas u.a. (Hrsg.), SHK Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005, SHK Art. 15a ArG N 4.

³³⁷ Während der Ruhezeit stehen die Arbeitnehmenden nicht zur Verfügung der Arbeitgebenden und bestimmen infolgedessen selbständig und frei über deren Verwendung (TSCHUDI, S. 60).

³³⁸ BGE 131 II 200, E. 6.3.

³³⁹ Art. 15a Abs. 1 ArG. Die Ruhezeit kann für erwachsene Arbeitnehmende einmal in der Woche bis auf 8h herabgesetzt werden, sofern die Dauer von 11h im Durchschnitt von 2 Wochen eingehalten wird (Art. 15a Abs. 2 ArG).

³⁴⁰ Siehe Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 ArGV 2.

Die besonderen Verhältnisse in Betrieben der Krankenpflege haben aber nicht nur in Bezug auf die Ruhezeiten Sondervorschriften notwendig gemacht. Die Betriebe der Krankenpflege müssen rund um die Uhr betrieben werden und Tag und Nacht (inkl. Sonntag) die Sicherheit und die Gesundheit der Patientinnen und Patienten gewährleisten (**ununterbrochener Betrieb**)³⁴¹. In Betrieben der Krankenpflege darf ausserdem unter bestimmten Voraussetzungen³⁴² Nachtarbeit in einem (erweiterten) Zeitfenster von 12 Stunden geleistet werden³⁴³.

- 159 Arbeitnehmende, die **über längere Zeit Nachtarbeit** verrichten, haben Anspruch auf eine Untersuchung ihres Gesundheitszustandes sowie darauf, sich beraten zu lassen, wie die mit ihrer Arbeit verbundenen Gesundheitsprobleme vermindert oder sogar vermieden werden können³⁴⁴. Arbeitnehmende, die 25 und mehr Nachteinsätze pro Jahr leisten, haben – auf Verlangen – Anspruch auf medizinische Untersuchung und Beratung³⁴⁵. Ein **Obligatorium** für medizinische Untersuchungen besteht für Arbeitnehmende, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten und dabei in erhöhtem Ausmass belastende oder gefährliche Tätigkeiten verrichten bzw. belastenden oder gefährlichen Situationen ausgesetzt sind³⁴⁶.
- 160 Für **Krankenanstalten und Kliniken** gelten aufgrund der besonderen Verhältnisse folgende **Spezialbestimmungen**: Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 4 ArGV 2), Verlängerung des Zeitraumes der täglichen Arbeit bei Tages- und Abendarbeit (Art. 5 ArGV 2) und der aufeinanderfolgenden Arbeitstage (Art. 7 Abs. 2 ArGV 2), Überzeitarbeit am Sonntag (Art. 8 Abs. 2 ArGV 2), Spezialregelungen zum Pikettdienst (Art. 8a ArGV 2), Verkürzung der täglichen Ruhezeit (Art. 9 ArGV 2), Verlängerung der Dauer der Nachtarbeit (Art. 10 Abs. 2 ArGV 2) und Herabsetzung der Anzahl freier Sonntage (Art. 12 Abs. 2 ArGV 2). Für **Heime** gelten auf-

³⁴¹ Wird Nachtarbeit geleistet, darf die tägliche Arbeitszeit grundsätzlich 9h nicht überschreiten und muss, mit Einschluss der Pausen, innerhalb eines Zeitfensters von 10h liegen (Art. 17a Abs. 1 ArG). Das ArG trägt den besonderen Bedürfnissen im Zusammenhang mit dem ununterbrochenen Betrieb in Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 15 ArGV 2 Rechnung.

³⁴² Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 ArGV 2.

³⁴³ Siehe Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 ArGV 2. Die vorübergehende Nachtarbeit ist finanziell, die dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit ist zeitlich zu entschädigen (Art. 17b ArG).

³⁴⁴ Art. 17c Abs. 1 ArG.

³⁴⁵ Art. 44 Abs. 1 ArGV 1. Dieser Anspruch darf in regelmässigen Abständen von zwei Jahren geltend gemacht werden und nach Vollendung des 45. Lebensjahres in Zeitabständen von einem Jahr (Art. 44 Abs. 2 ArGV 1).

³⁴⁶ Art. 17c Abs. 2 Satz 2 ArG i.V.m. Art. 45 ArGV 1.

grund der besonderen Verhältnisse mit Ausnahme von Art. 5 ArGV 2 und Art. 8a ArGV 2 dieselben Spezialbestimmungen, wobei zusätzlich Art. 14 Abs. 1 ArGV 2 zum wöchentlichen freien Halbtage zur Anwendung kommt³⁴⁷. Die **Spitex-Betriebe** sind ebenfalls von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit befreit (Art. 4 ArGV 2)³⁴⁸.

Grundsätzlich halten sich Arbeitnehmende beim **Pikettdienst** neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze wie die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse bereit³⁴⁹. Wird der Pikettdienst **im Betrieb** geleistet, stellt die **gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit** dar³⁵⁰. Wird der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, so ist die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen, als die Arbeitnehmenden tatsächlich zur Arbeit herangezogen werden, wobei die Wegzeit zu und von der Arbeit in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen ist³⁵¹. Verlangt der Pikettdienst, dass die Arbeitnehmenden *innert sehr kurzer Frist* intervenieren, z.B. innert 15 Minuten nach dem Anruf, so werden sie den Betrieb kaum verlassen und somit auch nicht von ihrer Ruhezeit profitieren können. In solchen Fällen sind alle Umstände zu berücksichtigen, um darüber zu entscheiden, ob es sich um «gewöhnliche» Arbeitszeit oder um Pikettdienst handelt³⁵². Die Arbeitnehmenden dürfen im Zeitraum von vier Wochen ausnahmsweise an höchstens 14 Tagen auf Pikett sein, sofern kumulativ aufgrund betrieblicher Grösse und Struktur keine genügenden Personalressourcen für einen ordentlichen Pikettdienst zur Verfügung stehen und die Pikettdienste im Durchschnitt pro Kalenderjahr nicht mehr als fünf tatsächliche Einsätze ausmachen³⁵³.

Der Pikettdienst darf direkt im Anschluss an die reguläre Arbeitszeit geleistet werden und Arbeitseinsätze dürfen die tägliche Ruhezeit unterbrechen. Kann durch die Piketteinsätze eine **minimale Ruhezeit** von 4 Stunden (aufeinander folgend) nicht gewährt werden, so muss im Anschluss an den letzten Einsatz die tägliche Ruhezeit von

³⁴⁷ Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 16 ArGV 2. Unterschiede bestehen bezüglich der Überzeitarbeit am Sonntag. S.a. die gute Übersicht bei HIRSIGER, KuKo Art. 27 ArG, Abbildung nach N 21.

³⁴⁸ Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 17 ArGV 2.

³⁴⁹ Art. 14 Abs. 1 ArGV 1.

³⁵⁰ Art. 15 Abs. 1 ArGV 1.

³⁵¹ Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.

³⁵² SECO, Wegleitung ArGV 1, S. 115 – 1.

³⁵³ Art. 14 Abs. 3 ArGV 1.

11 Stunden nachgewährt werden³⁵⁴. Nach Beendigung des letzten Pikettdienstes (mit oder ohne Arbeitseinsatz) müssen 2 Wochen ohne Pikettdienst folgen³⁵⁵.

- 163 Wird der Einsatzplan nicht auf Wunsch der Arbeitnehmenden, sondern aufgrund betrieblicher Notwendigkeit geändert, so haben **Arbeitnehmende mit Familienpflichten** (Art. 36 ArG) einen zusätzlichen Schutz. Sie können nur dann für einen Pikettdienst aufgeboten werden, wenn sie *ausdrücklich damit einverstanden* sind und für den Betrieb keine zumutbare Alternative besteht³⁵⁶. **Schwangere Frauen und stillende Mütter** dürfen nicht über die vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit hinaus beschäftigt werden, weshalb sie nicht für den Pikettdienst aufgeboten werden dürfen³⁵⁷.
- 164 Für **Krankenanstalten und Klinken** gelten den Pikettdienst betreffend wiederum **Spezialbestimmungen**: Für Pikettdienst mit sehr kurzen Interventionszeiten (unter 30 Min.) besteht insgesamt eine deutlich schlechtere Regelung in Art. 8a ArGV 2. Zwar gelten bereits 30 Min. als kurz bezüglich der Interventionsfrist, jedoch wird in diesen Fällen lediglich 10% der inaktiven Pikettdienstzeit als Arbeitszeit angerechnet. Nur wenn der Pikettdienst im Betrieb geleistet wird, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar³⁵⁸. Nach einem solchen Bereitschaftsdienst muss die tägliche Ruhezeit gewährt werden³⁵⁹. Im Zeitraum von 4 Wochen dürfen die betroffenen Arbeitnehmenden an höchstens 7 Tagen Pikettdienst leisten³⁶⁰.
- 165 **Irreguläre**, also hohe, unflexible und/oder unregelmässige³⁶¹, **Arbeitszeiten** wie bspw. Nacht-, Schicht- und Sonntagsarbeit sowie Pikettdienst sind gesundheitsbelastend. Bei Pflegepersonal, das mehr als zwölf Stunden pro Tag Schicht arbeitet, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit im Vergleich zu Arbeitszeiten von acht oder weniger Stunden, an einem Burnout zu erkranken, weil Symptome wie emotionale Erschöpfung (+ 26%), Depersonalisierung (+ 21%) und geringere Leistungsfähigkeit (+ 39%) häufiger auftreten³⁶². Die zeitliche Arbeitsbelastung durch lange Arbeitstage, unregelmässige Arbeits-

³⁵⁴ Art. 19 Abs. 3 ArGV 1.

³⁵⁵ Art. 14 Abs. 2 ArGV 1.

³⁵⁶ Art. 14 Abs. 4 ArGV 1.

³⁵⁷ Art. 60 Abs. 1 ArGV 1.

³⁵⁸ Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 8a Abs. 3 ArGV 2.

³⁵⁹ SECO, Wegleitung ArGV 1, S. 115 – 1.

³⁶⁰ Art. 27 Abs. 1 und Art. 27 Abs. 2 lit. a ArG i.V.m. Art. 8a Abs. 4 ArGV 2.

³⁶¹ Vgl. HÄMMIG, S. 18.

³⁶² DALL'ORA CHIARA/GRIFFITHS PETER/BALL JANE/SIMON MICHAEL/AIKEN LINDA H., Association of 12 h shifts and nurses' job satisfaction, burnout and intention to leave: findings from a cross-sectional study of 12 European countries, in: BMJ Open 5/2015, S. 1.

zeiten, einem häufigen bis ständigen Zeitdruck und einem hohem Arbeitstempo ist in Gesundheitsberufen im Vergleich mit anderen Berufen erhöht³⁶³.

Die Regeln über die **Arbeits- und Ruhezeiten** sind zwar gesetzessystematisch von den Gesundheitsschutzbestimmungen im engen Sinn getrennt, jedoch dienen auch sie dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden³⁶⁴. Der Geltungsbereich der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ist freilich enger gefasst³⁶⁵. 166

c) Ausnahmen von den Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen

Einzelne Kategorien von Arbeitnehmenden sind von den Arbeitszeitbestimmungen des ArG ausgenommen. Hier von Bedeutung sind «Arbeitnehmer, die eine **höhere leitende Tätigkeit** [...] ausüben» gem. Art. 3 lit. d ArG. Pflegepersonen fallen nur sehr selten unter diese Ausnahme, da die restriktiv angewendeten Bedingungen (Art. 9 ArGV 1) kaum je auf sie zutreffen. Der Status dieser Arbeitnehmerkategorie muss nämlich jenem selbständiger Unternehmer:innen gleichkommen³⁶⁶. 167

Die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zu den Arbeits- und Ruhezeiten sind auch auf einige Gesundheitseinrichtungen *nicht* anwendbar. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG sind vom **Geltungsbereich ausgenommen** Verwaltungen der Kantone und der Gemeinden, wie auch öffentlich-rechtliche Anstalten ohne Rechtspersönlichkeit und Körperschaften des öffentlichen Rechts, sofern die Mehrzahl der dort beschäftigten Arbeitnehmenden in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (Art. 7 Abs. 1 ArGV 1). 168

Sind staatliche Gesundheitseinrichtungen als Verwaltungseinheiten ausgestaltet³⁶⁷ oder als öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit mit mehrheitlich öffentlich-rechtlich angestelltem Pflegepersonal (z.B. Zweckverbände), gelten für sie die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG nicht direkt³⁶⁸. Sie bestimmen indessen die Rechtslage indirekt, weil die anwendbaren **Bestimmungen des Personalrechts** nur zugunsten dieser Angestellten von den Bestimmungen des ArG ausfallen dürfen (Art. 71 lit. b ArG). 169

Ausserdem darf auch in den Betrieben, in denen die Arbeitszeitbestimmungen des ArG nicht direkt anwendbar sind, aufgrund des **allgemeinen Gesundheitsschutzes** (Art. 6 ArG) nicht beliebig lang gearbeitet werden. Das Bundesgericht hat im Jahr 2002 170

³⁶³ HÄMMIG, S. 20.

³⁶⁴ GÄCHTER, SBVR, N 108.

³⁶⁵ Dazu hinten Rz 167 ff.

³⁶⁶ SECO, Wegleitung ArGV 1, 109 – 1.

³⁶⁷ So z.B. die Spitäler Triemli und Waid in Zürich gem. Reglement über die Organisation des Stadtspitals Zürich, AG 813.125.

³⁶⁸ SECO, Wegleitung ArG, S. 002 – 2.

festgehalten, dass Arbeitszeiten um 100 Stunden pro Woche mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen verstossen würden, obwohl sich über das gesundheitlich tragbare quantitative Mass der Arbeitsbelastung nur schwerlich allgemeine Aussagen treffen liessen³⁶⁹. Bei der Einführung des Jahresarbeitszeitmodells für einige Dienstleistungsbetriebe boten **63 Stunden** pro Woche gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a ArGV 2 einen Anhaltspunkt für die **wöchentliche Höchstarbeitszeit**, die aus Sicht des Gesundheitsschutzes als unbedenklich erscheint³⁷⁰.

d) Weitere Schutznormen

- ¹⁷¹ Das ArG enthält überdies sog. Sonderschutzvorschriften zum Schutz von einzelnen Kategorien von Arbeitnehmenden, wie Jugendliche, Schwangere und stillende Mütter. (Art. 29 ff. ArG). Wenig bekannt und befolgt sind die Bestimmungen, die die **Arbeitnehmenden mit Familienpflichten** betreffen. Als Familienpflichten gelten Erziehung von Kindern bis 15 Jahren und Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen (Art. 36 Abs. 1 ArG). Auf diese Arbeitnehmenden ist bei der *Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit* «besonders Rücksicht zu nehmen». Laut Wegleitung des SECO sollen betroffene Arbeitnehmende die Möglichkeit haben, bei geordneten Zeitstrukturen am Arbeitsplatz die Kinder rechtzeitig in die Schule zu schicken, mit Mahlzeiten zu versorgen, sie zu besonderen Anlässen begleiten oder eine regelmässige Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger sicherzustellen. Die Rücksichtnahme soll so weit gehen, wie es die betrieblichen Verhältnisse zulassen³⁷¹.
- ¹⁷² Ausserdem enthält das ArG eine gesetzliche Grundlage für «**andere Gruppen von Arbeitnehmenden**». Für diese Gruppen kann durch Verordnung die Beschäftigung für beschwerliche und gefährliche Arbeiten untersagt oder aus gesundheitlichen Gründen von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (Art. 36a ArG). Diese Bestimmung ermächtigt den Bundesrat, strengere Schutzvorschriften als die im Gesetz aufgeführten für gewisse Arbeitnehmende zu erlassen³⁷². Auf dieser Grundlage hat der Bundesrat einzig die Untertagearbeiten in Bergwerken für Frauen nur ausnahmsweise

³⁶⁹ BGer Urteil 2P.251/2001 und 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, E. 5.3.

³⁷⁰ Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2), Jahresarbeitszeitmodell für Dienstleistungsbetriebe in den Bereichen Beratung, Wirtschaftsprüfung und Treuhand (Art. 34a), S. 3, Internet: https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/65/cons_1/doc_4/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-2021-65-cons_1-doc_4-de-pdf-a.pdf.

³⁷¹ SECO, Wegleitung ArG, S. 036 – 1.

³⁷² SUBILIA, SHK Art. 36a ArG N 3.

erlaubt (Art. 66 ArGV 1)³⁷³. Dieser Sondergesundheitschutz für gewisse Gruppen von Arbeitnehmern erachtet SUBILIA «entwicklungsfähig»³⁷⁴. Er sieht darin eine Kompetenzerweiterung des Bundesrats zum Erlass besonderer Schutzvorschriften für alle Gruppen von Arbeitnehmenden, für die ein erweiterter Schutz gerechtfertigt erscheint³⁷⁵. Art. 36a ArG zählt zu den Gesundheitsschutzbestimmungen, die aufgrund von Art. 3a ArG für alle Arbeitnehmenden gelten³⁷⁶.

Vereinzelt finden sich im ArG aber auch **finanzielle Vorgaben** wie z.B. Lohnzuschlag für Überzeitarbeit und vorübergehende Nacht- oder Sonntagsarbeit (Art. 13, 17b und 19 ArG) sowie den Anspruch auf 80% des Lohnes, wenn den schwangeren oder den stillenden Müttern keine Ersatzarbeit für gefährliche Arbeiten oder Nachtarbeit zugewiesen werden kann (Art. 35 Abs. 3 und 35b Abs. 2 ArG). Finanzielle Vorgaben setzen den Anreiz³⁷⁷, die Arbeitnehmenden während den ordentlichen Arbeitszeiten zu beschäftigen. 173

3. Potenzial zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen

Wie vorstehend ausgeführt, regeln die Vorschriften des öffentlichen Arbeitsrechts die Arbeitsbedingungen in weitem Umfang. Die Bestimmungen sind allerdings insbesondere beim Gesundheitsschutz in hohem Masse auslegungsbedürftig. Da es u.a. infolge des laschen Vollzugs³⁷⁸ kaum Rechtsprechung dazu gibt, bleiben Rechte und Pflichten im konkreten Fall oft unklar. Es wäre daher wichtig, dass der Bundesrat in der ArGV 3 oder das SECO in seinen Wegleitungen **konkreter** ausführen würden, wie «übermässig starke Beanspruchungen vermieden» oder «die Arbeit geeignet organisiert» werden (Art. 2 Abs. 1 lit. c und d ArGV 3)³⁷⁹. 174

Einige Verbesserungen könnten erzielt werden, wenn die **geltenden Bestimmungen** sowohl bei Arbeitgebenden als auch bei Arbeitnehmenden besser bekannt wären und **konsequenter eingehalten** würden. Das betrifft z.B. die *Arbeitszeitbestimmungen*, aber 175

³⁷³ Damit erfüllte der BR eine Verpflichtung aus einem internationalen Übereinkommen; allerdings werden in der Schweiz keine Rohstoffe mehr abgebaut und keine Bergwerke mehr betrieben, so dass die Bestimmung keine Wirkung entfalten (SUBILIA, SHK Art. 36a ArG N 4 f.).

³⁷⁴ SUBILIA, SHK Art. 36a ArG N 6.

³⁷⁵ SUBILIA, SHK Art. 36a ArG N 1.

³⁷⁶ BBl 1994 II 157, S. 176.

³⁷⁷ Vgl. dazu hinten Rz 199 ff.

³⁷⁸ Hinten Rz 203 ff.

³⁷⁹ Ausführlich dazu STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 302 ff.

auch die Rechte der Arbeitnehmenden mit *Familienpflichten*³⁸⁰. Beim Gesundheitsschutz gäbe es bereits Rechtsgrundlagen, mit denen Arbeitnehmende (oder ihre Vertretung) dafür sorgen könnten, dass der *arbeitsmedizinische Sachverstand* vermehrt einfließt und mehr Gewicht bekommt³⁸¹. Bei der Umsetzung des «State of the Art»³⁸² im Gesundheitsschutz erscheint der Beizug arbeitsmedizinischer Expertise unumgänglich.

- 176 Die bereits bestehende **Branchenlösung von H+** könnte ausgebaut und stärker mit der Prävention von *psychosozialen* Risiken ergänzt werden³⁸³. Die von den Mitgliedern gesammelten, nicht veröffentlichten Daten werden offenbar noch zu wenig genutzt, um den Gesundheitsbelastungen entgegen zu wirken, die Pflegefachkräfte zum Berufsausstieg veranlassen.
- 177 Gewisse Verbesserungen der Arbeitsbedingungen bedürfen jedoch der **Anpassung der Rechtslage**. Der Bundesrat hat im Arbeitsschutz weitreichende Regelungsbefugnisse, um die einschlägigen Bestimmungen den geänderten Bedürfnissen anzupassen³⁸⁴. Es wäre realisierbar, für Betriebe der Krankenpflege weitere *Sonderregelungen* betreffend den Arbeitsschutz für Pflegepersonen aufzunehmen.
- 178 In der ArGV 2 befinden sich die **Sonderbestimmungen zu Arbeits- und Ruhezeiten** für die Betriebe der Krankenpflege, die ausschliesslich zulasten der Arbeitnehmenden ausgefallen sind³⁸⁵. Weil die ArGV 2 der ArGV 1 vorgeht³⁸⁶, wären Sonderregelungen zugunsten der Arbeitnehmenden in der Pflege in einem Zusammenspiel aus ArGV 2 und ArGV 1 umzusetzen. Für die Arbeitnehmenden günstigere Sonderbestimmungen können sich auf Art. 26 ArG stützen.
- 179 Die Arbeitsbedingungen in der Pflege sind nicht nur in quantitativer Hinsicht sehr belastend, sondern auch in qualitativer³⁸⁷. Die Studien belegen, dass eine Verbesserung auch der qualitativen Arbeitsbedingungen in der Pflege notwendig ist³⁸⁸. **Ergänzende Massnahmen zum Gesundheitsschutz** wären gestützt auf Art. 6 Abs. 4 ArG in der

³⁸⁰ Vorne Rz 171.

³⁸¹ Vorne Rz 150.

³⁸² Vorne Rz 112.

³⁸³ Vorne Rz 137.

³⁸⁴ Vorne Rz 139.

³⁸⁵ Vorne Rz 160.

³⁸⁶ Vorne Rz 141.

³⁸⁷ Vorne Rz 11 ff.

³⁸⁸ HÄMMIG; LOBSIGER/LIECHTI; DOLDER; MERÇAY/GRÜNIG/DOLDER; s.a. FUCHS-FROHNHOFEN.

ArGV 3 zu erlassen. Diese Bestimmungen würden jenen zu Arbeits- und Ruhezeiten vorgehen³⁸⁹ und sowohl für öffentliche als auch private Arbeitsverhältnisse gelten³⁹⁰.

In diesem Sinne könnten in den folgenden Bereichen Anpassungen von Rechtsnormen zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen beitragen: 180

- **Reduktion der wöchentlichen Höchstarbeitszeit:** Eine Reduktion der gesetzlichen Höchstarbeitszeit zumindest auf *45 Stunden pro Woche* wie z.B. in der Industrie (Art. 9 ArG) würde die qualitative und quantitative Belastung der Arbeit in der Pflege senken. Gesetzliche Höchstarbeitszeiten haben den Vorteil, dass sie mit verhältnismässig geringem Aufwand kontrolliert werden können, was die Wirksamkeit der Rechtsnorm stark verbessert³⁹¹.
- **Zusätzliche Ruhezeiten:** Pflegefachkräfte haben emotional schwierige Situationen zu verarbeiten. Zusätzliche Ruhezeiten können helfen, negativen gesundheitlichen Entwicklungen vorzubeugen³⁹². Nach emotional schwierigen Erlebnissen könnte den betroffenen Personen bspw. ein angemessenes *Timeout* gewährt werden³⁹³.
- **Ferien und Urlaub:** Es wäre denkbar³⁹⁴, den Ferienanspruch wegen der Belastungen der Pflegearbeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes zu erweitern³⁹⁵, und z.B. sechs Ferienwochen vorzusehen, wobei mind. zwei zweiwöchige Ferienblöcke pro Jahr zusammenhängend zu gewähren sind³⁹⁶.
- **Bekanntgabe Einsatzplan:** Grundsätzlich sind Arbeitnehmende zwei Wochen vorher über einen Einsatz zu informieren (Art. 69 Abs. 1 ArGV 1)³⁹⁷. Es würde die Vereinbarkeit von Beruf und Freizeit verbessern, wenn die Einsatzplanung mind. 1 Monat vorher angekündigt werden müssten³⁹⁸.

³⁸⁹ Vorne Rz 143.

³⁹⁰ Vorne Rz 146.

³⁹¹ Hinten Rz 203.

³⁹² Eine Verkürzung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit würde auch die körperlichen, emotionalen und psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz auffangen respektive bewältigen helfen (vgl. WOHLWEND, N 41–44).

³⁹³ WOHLWEND, N 56.

³⁹⁴ Grundsätzlich werden Ferienansprüche zwar nicht mehr im ArG, sondern im OR und in den Personalgesetzen geregelt (vorne Rz 55 und 62).

³⁹⁵ Anpassung der ArGV 3 gestützt auf Art. 6 Abs. 4 ArG.

³⁹⁶ Im Privatrecht sind zwei der mindestens vier Ferienwochen zusammenhängend zu gewähren (Art. 329c Abs. 1 OR), was der Vereitelung des Erholungszwecks durch Aufteilung vorbeugt.

³⁹⁷ Hinten Rz 192.

³⁹⁸ So sehen es auch einige GAV vor (vorne Rz 114).

- **Kurzfristige Einsätze:** Abweichend vom bekanntgegebenen Einsatzplan sollten kurzfristig Einsätze möglichst reduziert werden durch:
 - *Lohnzuschlag für kurzfristige Einsätze:* Für kurzfristige Einsätze wäre – analog zur vorübergehenden Sonntagsarbeit³⁹⁹ – ein Lohnzuschlag⁴⁰⁰ von 50% vorzusehen. Damit könnte das bestehende Moraldilemma⁴⁰¹ bei kurzfristigen Einsätzen für die Arbeitnehmenden in der Pflege etwas entschärft werden.
 - *Stellvertretungsregelung:* Das Bedürfnis nach kurzfristigen Einsätzen könnten Arbeitgebende mit einer tragfähigen Stellvertretungsregelung befriedigen. Kurzfristigen Schwankungen beim Personalbedarf könnten z.B. mit Pflegepools aufgefangen werden⁴⁰².
- **Vereinbarkeit Beruf und Familie:** Für Arbeitnehmende mit Familienpflichten würde die Planbarkeit der Arbeits- und Ruhezeiten erhöht, wenn Einsätze 1 Monat vorher angekündigt werden müssten und die kurzfristigen Einsätze (abweichend vom bekannt gegebenen Einsatzplan) für Arbeitnehmende mit Familienpflichten untersagt würden.
- **Arbeitsorganisation/Arbeitsdichte:** Eine für die konkreten Arbeitsplätze ausgewogene *nurse-to-patient-ratio* in Kombination mit einem angemessenen *Skill-Grade-Mix* dient dem Gesundheitsschutz der Pflegefachkräfte⁴⁰³. Die beiden Werte wären miteinander zu verknüpfen, um zu verhindern, dass die Betriebe die *nurse-to-patient-ratio* mit Pflegefachkräften *ohne* erforderliche Fachausbildung einzuhalten versuchen, was wiederum zu Gesundheitsüberlastungen infolge fachlicher Überforderung führen könnte. Solche Werte sind messbar. Messbare Vorgaben können mit verhältnismässigem Aufwand kontrolliert werden und erweisen sich daher oft als wirksam⁴⁰⁴. Für ihre Einführung wären zumutbare Fristen vorzusehen.
- **Altersentlastung:** Nacht-, Schicht- und Sonntagsarbeit kann in der Pflege nicht vermieden werden. Wer bis zur Pensionierung mit diesen belastenden Arbeitsformen tätig sein muss, hat ein höheres Gesundheitsrisiko. Es würde sich daher rechtfertigen, eine Altersentlastung auch in den Pflegeberufe vorzusehen, wie z.B. ab

³⁹⁹ Art. 19 Abs. 3 ArG.

⁴⁰⁰ Vorne Rz 173.

⁴⁰¹ Vorne Rz 149.

⁴⁰² Dazu hinten Rz 260.

⁴⁰³ Eine ausgewogene *nurse-to-patient-ratio* in Kombination mit einem angemessenen *Skill-Grade-Mix* erhöht aber auch die Pflegequalität (s.a. vorne Fn 2 und hinten Rz 221).

⁴⁰⁴ Hinten Rz 203.

50. Altersjahr 90%, ab 55. Altersjahr 80% und ab 60. Altersjahr 70% des betrieblichen Vollpensums⁴⁰⁵.

Für die **Partizipation** an der Organisationentwicklung respektive die Einflussnahme auf die Betriebskultur ist zu differenzieren. Die Arbeitnehmenden haben gem. Art. 48 ArG) bereits «in allen Belangen des Gesundheitsschutzes» ein Mitspracherecht⁴⁰⁶. Die Partizipation der Arbeitnehmenden bringt Impulse im Hinblick auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, weshalb hier die Umsetzung der bestehenden Regelung im Vordergrund steht⁴⁰⁷. 181

Wertschätzung und **Unterstützung durch direkte Vorgesetzte** sind wichtige Elemente der Fürsorgepflicht⁴⁰⁸. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse erlauben es bisher nicht, die Pflichten der Arbeitgebenden diesbezüglich konkreter zu umschreiben, weshalb hier Massnahmen des Gesundheitsschutzes nicht zu rechtfertigen wären. 182

4. Zwischenfazit öffentliches Arbeitsrecht

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist im **Arbeitsschutz** weitreichend, weshalb zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen Bestimmungen zu wöchentlichen Höchst- arbeitszeiten, zusätzlichen Ruhezeiten, Ferien und Urlaub, kurzfristigen Einsätzen und zur Arbeitsorganisation/Arbeitsdichte zulässig wären. Der Bundesrat könnte für das Pflegepersonal günstigere Arbeits- und Ruhezeiten über eine koordinierte Anpassung der ArGV 1 und der ArGV 2 gestützt auf Art. 26 und 27 ArG herbeiführen sowie gestützt auf Art. 6 ArG (aber auch Art. 36a ArG) zusätzliche Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Pflegepersonals in der ArGV 3 vorsehen. Vorgängig sind die Arbeitskommission, die Kantone und die Sozialpartner miteinzubeziehen (Art. 40 Abs. 2 ArG). 183

Von der direkten Geltung der **Arbeitszeitbestimmungen** sind nur wenige stationäre Einrichtungen ausgenommen, nämlich diejenigen, die Teil der kantonalen Verwaltung sind und Anstalten ohne Rechtspersönlichkeiten oder solche, die die Mehrzahl ihrer Belegschaft öffentlich-rechtlich angestellt haben⁴⁰⁹. 184

⁴⁰⁵ Einige Kantone kennen für Lehrkräfte ab einem bestimmten Alter eine Reduktion der wöchentlichen oder jährlichen Arbeitszeit (s.a. § 9 VO betreffend die Pflichtlektionenzahl und die Lektionenzuteilung der Lehrpersonen an den vom Kanton geführten Schulen/BS; Art. 15 VO zum Personalrecht der Volksschul-Lehrpersonen/SG).

⁴⁰⁶ Hinten Rz 193.

⁴⁰⁷ Hinten Rz 192 und 193 f.

⁴⁰⁸ Vorne Rz 51.

⁴⁰⁹ Vorne Rz 168 f.

- 185 Die **Gesundheitsschutzbestimmungen** hingegen gelten für alle Pflegefachkräfte. Weil die Bestimmungen zum Schutz vor psychosozialen Belastungen am Arbeitsplatz sehr offen formuliert sind, würden (kontrollierbare) Konkretisierungen auf Verordnungsebene oder in den Wegleitungen die Wirksamkeit des Schutzes verbessern.

D. Umsetzung des Arbeitsgesetzes

I. Verantwortlichkeit der Arbeitgebenden

1. Allgemeines

Die Pflichten des Betriebes nach Art. 6 ArG bilden zusammen mit den Regeln über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten in Art. 81 ff. UVG das Kernstück des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes. Das Arbeitsgesetz verpflichtet die Arbeitgebenden, grundsätzlich **jede Gesundheitsbeeinträchtigung zu vermeiden** (Verhütung jeder Art arbeitsbedingter Schäden), wohingegen das UVG bezweckt, *Unfälle* und *Berufskrankheiten* zu verhindern⁴¹⁰. 186

Die Vorgaben des ArG bestimmen (neben jenen des UVG) die **Verantwortlichkeit** der Betriebe. Deren Missachtung zieht verwaltungs- oder gar strafrechtliche Sanktionen nach sich⁴¹¹. Mit der Heranziehung der Arbeitnehmenden oder ihrer Vertretung kann sich der Betrieb nicht von seiner eigenen Verantwortlichkeit entlasten⁴¹². 187

2. Dokumentations- und Informationspflichten

Anders als in der EU⁴¹³, sind Arbeitgebende in der Schweiz nicht explizit verpflichtet, die physischen und psychischen Risiken an ihren Arbeitsplätzen zu dokumentieren. Eine *Dokumentation* der **Gefährdungsanalyse** ist ausschliesslich für spezifische Risiken vorgeschrieben⁴¹⁴. Es ergibt sich aber implizit aus Art. 6 ArG, dass die arbeitsplatzspezifischen Risiken von den Arbeitgebenden zu erfassen sind, damit sie Schutzmassnahmen treffen können⁴¹⁵. 188

⁴¹⁰ SECO, Wegleitung ArG, S. 006 – 1.

⁴¹¹ So sind die Arbeitgebenden strafbar, wenn sie den Vorschriften über den Gesundheitsschutz und die Plangenehmigung vorsätzlich oder fahrlässig und den Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit vorsätzlich zuwiderhandeln (Art. 59 Abs. 1 lit. a und b ArG).

⁴¹² MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 6 ArG N 29.

⁴¹³ Rahmenrichtlinie 89/391/EWG vom 12. Juni 1989 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. L 183 vom 29. Juni 1989.

⁴¹⁴ Für den Gesundheitsschutz von Schwangeren und Müttern in Art. 63 Abs. 3 ArGV 1 und bei besonders schwerwiegenden Unfall- und Berufskrankheiten-Risiken gem. EKAS-Richtlinie 6508 aufgrund von Art. 11b VUV.

⁴¹⁵ Vgl. vorne Rz 152.

- 189 Die Arbeitgebenden halten **Verzeichnisse** oder **Unterlagen**, die für den Vollzug des Arbeitsschutzes relevant sind, den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung (Art. 46 ArG). Die *Arbeitszeit* ist systematisch und lückenlos zu erfassen⁴¹⁶. Es genügt nicht, Arbeitnehmende anzuweisen, Arbeitszeitüberschreitungen zu melden, ohne selbst – wenigstens stichprobenweise – die Einhaltung der Vorgaben des ArG zu **kontrollieren**⁴¹⁷. Diesen Vorgaben kann mit Verwaltungszwang⁴¹⁸ Nachachtung verschafft werden⁴¹⁹.
- 190 Die Arbeitgebenden, Arbeitnehmenden und die mit Arbeitsschutzaufgaben betrauten Personen erteilen den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden **alle notwendigen Auskünfte** (Art. 45 Abs. 1 ArG). Diese haben zwecks Vornahme von Feststellungen und Entnahme von Proben **Zutritt zu den Betrieben** (Art. 45 Abs. 2 ArG).
- 191 Die Betriebe sind dafür besorgt, dass die Belegschaften ausreichend und angemessen **informiert** und **angeleitet** werden über die bei ihren Tätigkeiten möglichen physischen und psychischen Gefährdungen sowie über die Massnahmen des Gesundheitsschutzes (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 ArGV 3)⁴²⁰. Die Arbeitgebenden müssen die Belegschaften auch über Anordnungen der Behörden informieren⁴²¹. Information und Anleitung müssen *während der Arbeitszeit* erfolgen⁴²².
- 192 Die Arbeitgebenden haben den Arbeitnehmenden durch Anschlag oder auf andere geeignete Weise den **Stundenplan** und die Arbeitszeitbewilligungen sowie die damit zusammenhängenden besonderen Schutzvorschriften bekannt zu geben (Art. 47 Abs. 1 ArG). Bei der Planung für die im Betrieb massgeblichen Arbeitszeiten, wie Rahmeneinsatzzeiten, Pikettdienst, Einsatzpläne, bewilligte Stundenpläne und deren Änderungen sind Arbeitnehmende beizuziehen. Über den Zeitpunkt der konkreten Einführung der massgeblichen Arbeitszeiten sind Arbeitnehmende **möglichst frühzeitig** zu informieren, in der Regel *zwei Wochen* vor dem geplanten Einsatz mit neuen Arbeitszeiten (Art. 69 Abs. 1 ArGV 1)⁴²³.

⁴¹⁶ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 46 ArG N 2; zu den Ausnahmen s. vorne Rz 111.

⁴¹⁷ Der Arbeitgebenden sorgen gemäss Art. 5 Abs. 2 ArGV 3 dafür, dass die Arbeitnehmenden die Massnahmen des Gesundheitsschutzes einhalten (vgl. auch MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 46 ArG N 2).

⁴¹⁸ Art. 51 und 52 ArG.

⁴¹⁹ MÜLLER/MADUZ, OFK Art. 46 ArG N 6.

⁴²⁰ Diese Information und Anleitung haben im Zeitpunkt des Stellenantritts und bei jeder wesentlichen Änderung der Arbeitsbedingungen zu erfolgen und sind nötigenfalls zu wiederholen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 ArGV 3).

⁴²¹ Art. 6 Abs. 3 Satz 2 ArGV 3.

⁴²² Art. 5 Abs. 3 ArGV 3.

⁴²³ In bestimmten GAV sind längere Ankündigungsfristen vorgesehen (vgl. vorne Rz 114).

3. Mitspracherechte der Arbeitnehmenden

Die Belegschaften haben ein **Mitspracherecht** in allen Fragen des Gesundheitsschutzes und bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung der Stundenpläne (Art. 48 Abs. 1 lit. a und b ArG)⁴²⁴. Die Arbeitgebenden begründen ihre Entscheide, wenn sie den Einwänden und Vorschlägen der Belegschaften nicht oder nur teilweise Rechnung tragen (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ArGV 3). 193

Die Belegschaften werden ausserdem in geeigneter Form während Abklärungen und Betriebsbesuchen durch die Behörden hinzugezogen⁴²⁵. 194

II. Zuständigkeit der Vollzugsbehörden

1. Allgemeines

Der **Vollzug** des Arbeitsschutzes obliegt – unter Vorbehalt von Art. 42 ArG – den **Kantonen** (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 ArG). Sie bezeichnen die Vollzugs- und Rekursbehörde (Art. 41 Abs. 1 Satz 2 ArG). Der **Bund** übt die **Oberaufsicht** aus und kann dabei den kantonalen Vollzugsbehörden Weisungen erteilen (Art. 42 Abs. 1 ArG). Dem Bund obliegen ferner die Vollzugsmassnahmen, für die ihn das Arbeitsgesetz ausdrücklich als zuständig erklärt, sowie der Vollzug des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen in den Betrieben des Bundes (Art 42 Abs. 2 ArG)⁴²⁶. 195

2. Beratungs- und Kontrolltätigkeit der Arbeitsinspektorate

Die kantonalen Behörden (i.d.R. Arbeitsinspektorate) **kontrollieren** die Betriebe und **beraten** u.a. Arbeitgebende und Arbeitnehmende sowie mit Arbeitsschutzaufgaben betraute Personen und **informieren** über aktuelle Fragen und Entwicklungen (Art. 79 Abs. 1 ArGV 1). 196

197

⁴²⁴ Das bedarf der frühzeitigen und umfassenden Anhörung (Art. 6 Abs. 1 ArGV 3) und der Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 ArGV 3).

⁴²⁵ Art. 6 Abs. 3 Satz 1 ArGV 3.

⁴²⁶ Die Aufgaben obliegen grds. dem SECO, soweit sie nicht dem Bundesrat oder dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vorbehalten sind (Art. 42 Abs. 3 ArG). Dem SECO stehen für die Durchführung der Aufgaben die Eidgenössischen Arbeitsinspektorate und der Arbeitsärztliche Dienst zur Verfügung, und es kann besondere Fachinspektorate oder Sachverständige heranziehen (Art. 42 Abs. 4 ArG).

Die Kantone müssen dafür besorgt sein, dass **gut ausgebildete Aufsichtspersonen** in für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben **genügender Zahl** eingesetzt werden, dass weibliches Aufsichtspersonal für spezifische Frauenanliegen eingesetzt respektive beigezogen werden kann, dass den Aufsichtspersonen die nötigen Kompetenzen und Sachmittel eingeräumt werden und das Anstellungsverhältnis der Aufsichtspersonen diesen die nötige **Stetigkeit** bei ihrer Beschäftigung erlaubt und die Wahrung ihrer **Unabhängigkeit** gewährleistet (Art. 79 Abs. 2 ArG V1).

- 198 Fast alle kantonalen Arbeitsinspektorate sind in personeller Hinsicht **unterdotiert**⁴²⁷. Das von der ILO empfohlene Verhältnis von einer arbeitsinspizierenden Person auf 10'000 Arbeitnehmende wird in den Kantonen z.T. bei weitem nicht erreicht⁴²⁸. Die Kantone sind dringend gefordert, die notwendigen Mittel bereitzustellen⁴²⁹.

3. Analyse der Anreizstrukturen

- 199 Art. 6 ArG verpflichtet Arbeitgebende **präventiv** zu handeln, also bereits die Arbeitsbedingungen so auszugestalten, dass die Gesundheit gar nicht erst geschädigt wird. Führen die Arbeitsbedingungen aber zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung, sind die damit verbundenen finanziellen Einbussen von den Arbeitgebenden zu **ersetzen**, wenn der Gesundheitsschaden und die Pflichtverletzung kausal zusammenhängen (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 328 OR)⁴³⁰. Im Gesundheitswesen hat sich seit der Einführung der Fallpauschalen und anderer Abrechnungsmodalitäten der Kostendruck negativ auf die Arbeitsbedingungen des Personals ausgewirkt⁴³¹.
- 200 Die medizinischen Leistungen und finanzielle Folgen einer Arbeitsunfähigkeit tragen bisweilen die **Sozialversicherungen** (Krankenkassen, IV, Pensionskassen). Erbringen Sozialversicherungen Leistungen infolge einer Gesundheitsbeeinträchtigung, die durch die Arbeitsbedingungen verursacht worden sind, hätten sie das Recht gegen fehlbare Arbeitgebende zu regressieren (Art. 79 KVG, Art. 75 ATSG, Art. 34b BVG). Bisher wird das Prozessrisiko von den Sozialversicherungen aber als zu hoch eingeschätzt, weshalb

⁴²⁷ SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 199.

⁴²⁸ Einzig der Kanton Neuenburg erfüllt die Vorgaben der ILO gem. SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 197.

⁴²⁹ Die Aufstockung der personellen Ressourcen ist besonders dringlich, weil sich psychische Gesundheitsrisiken, die im Zuständigkeitsbereich der Arbeitsinspektorate liegen, in den letzten Jahren deutlich erhöht haben (SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 199).

⁴³⁰ Dazu vorne Rz 75–82.

⁴³¹ Vgl. KLEY/SEGESSEMAN, S. 223 f.

von solchen Regressprozessen generell abgesehen wird⁴³². Auch die erkrankten Arbeitnehmenden gehen nur sehr selten wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gegen ihre (ehemaligen) Arbeitgebenden vor⁴³³.

Die **Beweisschwierigkeiten** führen faktisch dazu, dass die fehlbaren Arbeitgebenden die Kosten, die mit arbeitsbedingten Gesundheitsschäden verbunden wären, «externalisieren» können, obwohl sie rechtlich (arbeitsgesetzlich und -vertraglich) verpflichtet wären, diese zu verhindern respektive im Unterlassungsfall den Schaden zu ersetzen. Hinzu tritt das **Vollzugsdefizit** im Arbeitsschutz, weshalb die Arbeitgebenden auch von staatlicher Seite kaum Sanktionen zu befürchten haben⁴³⁴. 201

Spitäler und andere Pflegeinstitutionen sind teilweise von den **Kantonen** getragen und oft finanziell von ihnen abhängig. Die Arbeitsinspektorate sollten zwar unabhängig agieren und konsequent für die Einhaltung der Vorgaben des ArG in den Betrieben sorgen, aber als Teil der kantonalen Verwaltung dürfte bei ihnen eine gewisse «Beisshemmung» bestehen gegenüber kantonalen Spitälern und anderen (subventionierten) Pflegeinstitutionen. Eine Evaluation der Tätigkeit von Arbeitsinspektoraten ergab, dass die inspizierenden Personen angewiesen worden waren, in bestimmten Wirtschaftssektoren zurückhaltend zu intervenieren und/oder einen «business-friendly»-Ansatz zu verfolgen⁴³⁵. Das verletzt Art. 79 Abs. 2 ArGV 1. 202

III. Potenzial bei der Umsetzung des Arbeitsgesetzes

Der Staat und sein Verhältnis zur Gesellschaft sind oft von der Vorstellung geprägt, dass sich künftiges Geschehen durch Rechtsnormen programmieren lässt⁴³⁶. Die **Wirksamkeit einer Rechtsnorm** hängt indessen von verschiedenen Faktoren ab. Konkrete und messbare Vorschriften erleichtern die Kontrolle, weshalb sich auch die Wirksamkeit verbessert. Es kommt aber auch darauf an, ob die für den Vollzug erforderlichen 203

⁴³² STEIGER-SACKMANN, Schutz, N 817 ff.; STEIGER-SACKMANN, Stresshaftungsklagen, S. 729–738; STEIGER-SACKMANN SABINE, Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko? in: Böhme, Anna/Gähwiler, Fabian/Theus Simoni, Fabiana/Zuberbühler, Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung – Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, S. 485–505.

⁴³³ Dazu vorne Rz 79–81.

⁴³⁴ Vorne Rz 201 f.

⁴³⁵ WEISSBRODT RAFAËL, Wirkung des Vollzugsschwerpunktes der Arbeitsinspektion zu psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz, Schlussbericht vom 21. Juni 2018, S. 64, Internet: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52837.pdf>.

⁴³⁶ MÜLLER/UHLMANN, N 22.

finanziellen und personellen Mittel zur Verfügung stehen⁴³⁷. Bei der Einführung neuer Vorschriften ist daher immer auch der Vollzug zu beleuchten⁴³⁸.

- 204 Es ist notorisch, dass die gesetzlichen Bestimmungen im **Gesundheitswesen** vielerorts nicht eingehalten werden⁴³⁹. Die betroffenen Arbeitnehmenden hätten das Recht, den Behörden Verstösse zu melden und bei illegalen Arbeitsbedingungen die Arbeit ohne Lohneinbusse niederzulegen (Art. 54 ArG, Art. 324 OR)⁴⁴⁰. Viele Pflegepersonen verzichten offenbar auf die Geltendmachung ihrer Rechte, was angesichts des meist schwachen Kündigungsschutzes verständlich ist⁴⁴¹. Auf die Dauer begünstigt aber das Verharren in einer solchen Situation gesundheitliche Beeinträchtigungen, die eigentlich durch eine konsequente Umsetzung des ArG vermieden werden sollten.
- 205 Die **Arbeitsinspektorate** sind aber auch ohne Meldungen von Betroffenen verpflichtet, die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnungen zu vollziehen, d.h. Arbeitgebende zu informieren, zu beraten und letztlich zu kontrollieren. Obwohl u.a. durch die Pflegeinitiative und zahlreiche Medienberichte die ungesunden Arbeitsbedingungen im Gesundheitswesen publik geworden sind, sind die Arbeitsinspektorate offenbar nicht dagegen eingeschritten. Das lässt sich dadurch erklären, dass ihnen die dafür erforderlichen personellen und finanziellen (sowie möglicherweise fachlichen) Ressourcen fehlen, so dass sie ihre Informations-, Beratungs- und Kontrollaufgaben nicht wirksam wahrnehmen können. Ihre Tätigkeiten müssten überdies besser auf die heutige Arbeitswelt abgestimmt werden, um einen wirksamen Schutz vor den psychosozialen Risiken gewährleisten zu können⁴⁴².
- 206 SCHAUB/CIRIGLIANO haben eine massive **personelle Unterdotierung** der kantonalen Arbeitsinspektorate festgestellt⁴⁴³. Das SECO als Oberaufsichtsbehörde sollte daher von seinem Weisungsrecht Gebrauch machen (Art. 79 Abs. 3 ArGV 1) und dabei den Kantonen Vorgaben betreffend die Anzahl zu beschäftigendem arbeitsinspizierendem Personal machen⁴⁴⁴. Der Bundesrat ist jedoch der Meinung, dass die Zahl der in der

⁴³⁷ MÜLLER/UHLMANN, N 38. Ausführlich dazu hinten Rz 206 f.

⁴³⁸ Vgl. Prüfpunkt 5 von Ziff. 2 Abs. 1 RFA-Richtlinie.

⁴³⁹ PLÜSS, Rz 480 f.

⁴⁴⁰ Dazu sind sie sogar verpflichtet, wenn sie wegen Übermüdung nicht in der Lage sind, ihre Arbeit in der nötigen Qualität zu erbringen. Ansonsten laufen sie Gefahr für allfällige dadurch verursachte Schäden haftbar gemacht zu werden (S.a. vorne Rz 80).

⁴⁴¹ Eine auch bei dieser Entscheidungsfindung relevante, besonders dominante psychologische Verzerrung ist die Verlustaversion (siehe KAHNEMAN DANIEL, *Thinking, Fast and Slow*, London 2011, S. 278 ff.).

⁴⁴² Dau ausführlich STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz 657 ff.

⁴⁴³ Siehe SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 195 ff.

⁴⁴⁴ SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 199.

Schweiz tätigem arbeitsinspizierendem Personal tatsächlich deutlich höher liegt, als von SCHAUB/CIRIGLIANO behauptet⁴⁴⁵. Das SECO prüft derzeit dennoch den Erlass von Weisungen.

Da die Kantone bislang nicht bereit waren, die **Finanzierung** der Arbeitsinspektorate in erforderlichem Mass zu gewährleisten, könnte eine Aufstockung des Personals de lege ferenda durch einen *Prämienzuschlag* im IVG analog zu Art. 87 UVG oder mit einer *Neuverteilung* dieses UVG-Prämienzuschlags ermöglicht werden⁴⁴⁶. 207

Damit die Arbeitsinspektorate den Schutz der Arbeitnehmenden ernster nähmen, verlangte im Kanton Genf eine Volksinitiative das alleinige **Vorschlagsrecht für die Gewerkschaften** bei der Stellenbesetzung durch den Regierungsrat⁴⁴⁷. Das Bundesgericht erklärte die Initiative aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den aus Art. 29 Abs. 1 BV fließenden Elementen der Unparteilichkeit für ungültig⁴⁴⁸. Aus diesem Anstoss ging aber das heute in der Schweiz einzigartige System des Nebeneinanders von staatlichen und tripartiten Arbeitsinspektionsorganen hervor⁴⁴⁹. Es gibt jedoch noch keine Untersuchungen, ob die Genfer Arbeitsinspektorate das ArG wirksamer und unabhängiger vollziehen als in der übrigen Schweiz. 208

Um die **Interessenkollision** von kantonalen Arbeitsinspektoraten bei der Kontrolle und Sanktionierung von kantonalen (bzw. staatlich finanzierten) Spitälern und Pflegeeinrichtungen zu vermeiden⁴⁵⁰, könnte der Vollzug in diesen Fällen dem Bund oder einer unabhängigen Organisation übertragen werden⁴⁵¹. Eine Änderung der Vollzugszuständigkeiten bedarf der Revision von Art. 41 f. ArG. 209

⁴⁴⁵ Stellungnahme vom 17. Februar 2021 zur Interpellation von Pierre-Yves Maillard, Gesch.-Nr. 20.4398.

⁴⁴⁶ STEIGER-SACKMANN, Schutz, N 655; SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 199.

⁴⁴⁷ SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 190.

⁴⁴⁸ BGer Urteil 1C_33/2013 v. 19. Mai 2014.

⁴⁴⁹ MEIER ANNE/PÄRLI KURT, Contrôle des conditions de travail par les partenaires sociaux. À travers l'exemple du contrôle paritaire des chantiers et du dispositif de sanctions dans les branches de la construction, en particulier à Genève, Zürich/St.Gallen 2018, N 173 ff. Die aktuell geltende Regelung im Kanton Genf sieht vor, dass die Arbeitsinspektorate zu gleichen Teilen aus Vertreterinnen bzw. Vertretern der Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden bestehen (SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 191; Art. 2A Abs. 1 und Abs. 2 Loi sur l'inspection et les relations du travail).

⁴⁵⁰ Vorne Rz 202.

⁴⁵¹ Allerdings ist auch der Bund Regulator im Gesundheitswesen mit spezifischen Interessen. Somit bleibt nur die Schaffung eines organisatorisch und finanziell unabhängigen Organs, wie. Der Vollzug des ArG könnte z.B. einer Stiftung oder der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS übertragen werden, welche bereits Aufgaben beim Vollzug des UVG wahrnimmt.

- 210 Es wäre denkbar, die Verantwortlichkeit der Betriebe auszuweiten und die **Sanktionen** zu verschärfen⁴⁵². Das bedürfte der Änderung von Art. 59 ArG. Schärfere Sanktionen würden – wenn sie durchgesetzt würden – dazu beitragen, dass das Thema Gesundheitsschutz und Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen als Compliance-Aufgaben von den Betrieben stärker wahrgenommen würden⁴⁵³.

⁴⁵² Vorne Rz 187.

⁴⁵³ Ausserdem würde ein besseres Gleichgewicht zu den haftpflicht- und strafrechtlichen Sanktionen bei Pflegefehlern geschaffen, was zu einer Verbesserung der Fehlerkultur beitragen könnte (PLÜSS, Rz 450 ff.).

E. Krankenversicherung und Gesundheitsversorgung

I. Regelung von Arbeitsbedingungen mittels Vorgaben im KVG

Mehrere Studien belegen, dass gute Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals einen positiven Einfluss auf die Pflegequalität haben⁴⁵⁴. Insofern könnte man mit **Qualitätsvorgaben** für die Erbringung von Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenversicherung indirekt Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen. 211

1. Verfassungsgrundlagen

Grundsätzlich sind die **Kantone** für das *Gesundheitswesen zuständig* (Art. 3 BV)⁴⁵⁵. 212

Aufgrund von Art. 117 BV erlässt der **Bund** Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung und er übt die Aufsicht über sie (inkl. Qualitätssicherung) aus⁴⁵⁶. Der Bund kann im Bereich der **Krankenversicherung** abschliessend legiferieren, was bei einer Ausschöpfung der Kompetenz jegliche autonome kantonale Zuständigkeit ausschliesst. Den Kantonen verbleiben die *vorbehaltenen* oder *delegierten* sowie jene Zuständigkeiten, die sich nach Art. 46 BV aus dem *Vollzug* des Bundesrechts ergeben⁴⁵⁷. 213

Bei der Wahrnehmung ihrer Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen sollen sich Bund und Kantone von den **Sozialzielen** der Verfassung leiten lassen und sich dafür einsetzen, dass «jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält» (Art. 41 Abs. 1 lit. b BV)⁴⁵⁸. Dabei tragen sie zudem zur Verwirklichung der **Grundrechte** von Patientinnen und Patienten bei (Art. 35 Abs. 2 BV). Die Strukturen und ökonomischen Rahmenbedingungen der Pflegeinstitutionen müssen also so ausgestaltet sein, dass die 214

⁴⁵⁴ Vorne Fn 2. LEONI-SCHREIBER/MÜLLER STAUB, S. 237 f.

⁴⁵⁵ In ihren Kantonsverfassungen halten sie oft die Staatsaufgabe fest, eine ausreichende Gesundheitsversorgung sicherzustellen (Z.B. § 41 Abs. 2 KV/AG, Art. 41 Abs. 1 KV/BE, Art. 113 KV/ZH).

⁴⁵⁶ Zur Rolle des Bundes: PARL. VERWALTUNGSKONTROLLE, BBl 2008 7797, S. 7812.

⁴⁵⁷ Bspw. in Bezug auf die Spitalplanung begnügt sich der Bund damit, obligatorische Ziele und Grundsätze festzulegen, weshalb die Kantone innerhalb dieser Rahmengesetzgebung zuständig sind (BGE 140 I 218, E. 5.6).

⁴⁵⁸ Notwendige Pflege umfasst alle fachkundigen ärztlichen und pflegerischen Tätigkeiten *lege artis*. Dazu gehören auch die Förderung der Ausbildung des Pflegepersonals, die Übernahme von notwendigen Kosten der ärztlichen und sonstigen Betreuung sowie die Spital- und Rehabilitationskosten sowie die Schaffung, Erhaltung und Finanzierung von Gesundheitseinrichtungen (BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, SGK Art. 41 BV N 39).

Pflegefachkräfte gegenüber Patientinnen und Patienten das Recht auf Leben, auf persönliche Freiheit und auf Schutz der Persönlichkeit tatsächlich wahren können⁴⁵⁹.

- 215 Der Bund verfügt über eine **umfassende Kompetenz** betreffend die Abgeltung von Pflegeleistungen durch die Sozialversicherungen⁴⁶⁰. Art. 117 BV ist im Vergleich zu anderen Verfassungsbestimmungen sehr offen formuliert⁴⁶¹. Der weite legislatorische Gestaltungsspielraum⁴⁶² wird nur durch unspezifische Verfassungsnormen begrenzt⁴⁶³. Das KVG regelt nicht das gesamte Gesundheits- und Spitalwesen⁴⁶⁴, sondern **das für die soziale Krankenversicherung Bedeutsame**⁴⁶⁵.
- 216 Den **Kantonen** obliegt insbesondere die Regulierung der stationären Leistungsbereitstellung und deren teilweise Finanzierung⁴⁶⁶, und sie nehmen diverse Aufgaben im Vollzug des KVG wahr⁴⁶⁷. Sie sind zur Spitalplanung verpflichtet (Art. 39 KVG) und müssen die Spitäler (mit-)finanzieren sowie die Restfinanzierung bei Pflegeleistungen regeln (Art. 49a und Art. 25a KVG).
- 217 Die Volksinitiative «Für eine starke Pflege (**Pflegeinitiative**)» verlangt, dass *Bund und Kantone* für eine «ausreichende, allen zugängliche Pflege von hoher Qualität» sorgen und sicherstellen, «dass eine genügende Anzahl diplomierter Pflegepersonen für den zunehmenden Bedarf zur Verfügung steht»⁴⁶⁸. Die Kompetenzverteilung würde sich bei Annahme der Pflegeinitiative *nicht verändern*.

2. Vorgaben des Bundes im KVG

- 218 Über die **Krankenversicherungskompetenz** (Art. 117 BV) nimmt der Bund auf die Gesundheitsversorgung der Kantone Einfluss, indem er ihnen vorschreibt, dass und nach welchen Kriterien sie die Spitalplanung vornehmen müssen (Art. 39 KVG). Damit

⁴⁵⁹ Ausführlich dazu KLEY/SEGESSEMAN, S. 225 ff.

⁴⁶⁰ BBl 2018 7653, S. 7668.

⁴⁶¹ BIAGGINI, OFK Art. 117 BV N 2.

⁴⁶² GÄCHTER THOMAS, RENOLD-BURCH STEPHANIE, Kommentierung von Art. 117 BV, in: Waldmann Bernhard u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015, BSK Art. 117 BV N 5.

⁴⁶³ Wie z.B. Art. 5, Art. 8, Art. 27 und Art. 41 BV (BIAGGINI, OFK Art. 117 BV N 2).

⁴⁶⁴ BGE 138 V 377, E. 5.1.

⁴⁶⁵ POLEDNA, SGK, Art. 117 BV N 9.

⁴⁶⁶ POLEDNA, SGK Art. 117 BV N 10.

⁴⁶⁷ Z.B. Kontrolle der Einhaltung der Versicherungspflicht, den Vollzug der Prämienverbilligung, die Planung von Spitälern und Pflegeheimen und tarifrechtliche Aufgaben.

⁴⁶⁸ Gesch.-Nr. 18.079.

werden die Finanzströme in der stationären Gesundheitsversorgung gesteuert mit dem Ziel, eine kostengünstige Gesundheitsversorgung sicherzustellen.

Gem. Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG müssen *stationäre* Einrichtungen als Leistungserbringer der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) «über das **erforderliche Fachpersonal** verfügen». Auch die *Spitex*-Einrichtungen müssen «über das erforderliche Fachpersonal verfügen, das eine dem Tätigkeitsbereich entsprechende Ausbildung hat» (Art. 51 lit. c KVV). 219

Der Bundesrat kann auch **Massnahmen zur Qualitätssicherung** der OKP vorsehen (Art. 58 Abs. 3 KVG)⁴⁶⁹. Gemäss dem jüngst in Kraft getretenen Art. 58a KVG müssen gesamtschweizerisch geltende Verträge über die Qualitätsentwicklung (Qualitätsverträge) zwischen den Verbänden der Leistungserbringer und der Versicherer vereinbart werden, damit sie weiterhin Leistungen über die OKP abrechnen dürfen (Art. 77a ff. KVV)⁴⁷⁰. Scheitert eine Einigung, wird der Bundesrat die entsprechenden Regelungen erlassen (Art. 58a Abs. 5 KVG). 220

Zahlreiche Studien zeigen einen klaren Zusammenhang von **Personalausstattung** (nurse-to-patient-ratio, Skill-Grade-Mix) und Qualität der Pflege⁴⁷¹. Auf dieser Grundlage erliessen mehrere Staaten bereits gesetzliche Vorgaben oder geben Empfehlungen ab⁴⁷². Es hat sich gezeigt, dass in der Folge viele Pflegefachkräfte, die dem Beruf den Rücken gekehrt hatten, wieder zurückgekommen sind. Durch diese Aufstockung des Pflegepersonals haben unerwünschte Ereignisse und Komplikationen reduziert werden können, so dass sich trotz einer Erhöhung der Personalkosten in den Betrieben letztlich sogar die Ausgaben insgesamt reduziert haben⁴⁷³. 221

Weitergehende Kompetenzen zum Erlass von Bundesvorschriften zur Verbesserung der **Arbeitsbedingungen** des Pflegepersonals⁴⁷⁴ dürften sich aus Art. 117 BV aber nur schwerlich ableiten lassen. Schon jetzt wird kritisiert, dass der Bund mit Art. 39 und 58 KVG seine Kompetenzen zur Regelung der Krankenversicherung (nämlich Tragung der Krankheitsrisiken, Finanzierung und Regelung der Versicherungsbeziehungen 222

⁴⁶⁹ Diese hätte der Bundesrat in der Vergangenheit aber besser nutzen können gem. PARL. VERWALTUNGS-KONTROLLE, BBl 2008 7797, S. 7863.

⁴⁷⁰ HACK-LEONI SARAH, Qualitätssicherung im Gesundheitswesen – endlich ein Durchbruch? In: SZS 2021, S. 135–139, S. 137 ff., zum Qualitätsbegriff: PLÜSS, Rz 225 ff.

⁴⁷¹ LEONI-SCHREIBER/MÜLLER STAUB, S. 237 f.

⁴⁷² LEONI-SCHREIBER/MÜLLER STAUB, S. 238 f.

⁴⁷³ LEONI-SCHREIBER/MÜLLER STAUB, S. 239 f.

⁴⁷⁴ Vorne Rz 15.

zwischen Versicherungsträger und Versicherten) überschreite und die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen strapaziere⁴⁷⁵.

II. Vorgaben durch die Kantone

1. Kantonale Kompetenzen

- 223 Der Bund ist für die Regelung einer Materie zuständig, wenn ihm die Bundesverfassung die entsprechende Kompetenz zuweist (Art. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 BV). Grundsätzlich sollen – im Sinne des Subsidiaritätsgedankens – nur diejenigen Aufgaben vom Bund übernommen werden, die der einheitlichen Regelung auf Bundesebene bedürfen (vgl. Art. 43a Abs. 1 sowie Art. 5a BV). Trotz der starken Harmonisierung des Gesundheitsrechts auf Bundesebene verbleiben den Kantonen im Gesundheitswesen **wichtige und vielfältige Aufgaben**, die sich den Bereichen Gesundheitspolizeirecht, Gesundheitsversorgung und Vollzug von Bundesrecht zuordnen lassen⁴⁷⁶.
- 224 Im Gesundheitswesen wird das Leistungsangebot sowie die Preisgestaltung nur sehr beschränkt dem Koordinationssystem Wettbewerb überlassen. Meistens geht die **staatliche Lenkung** vor. Mit der neuen Spitalfinanzierung⁴⁷⁷ wurde indessen die Gesundheitsversorgung der Privatwirtschaft geöffnet und öffentliche und private Spitäler sind nun im Bereich der Finanzierung gleichgestellt. Die **staatliche Wettbewerbsneutralität** gilt auch im Spitalbereich⁴⁷⁸. Die Gebote der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung direkt konkurrierender Leistungserbringer haben die Kantone im Rahmen der Spitalregulierung zu beachten⁴⁷⁹.
- 225 Die Kantone (und nicht die Krankenversicherer) sind dafür verantwortlich, dass die Gesundheitsversorgung sichergestellt ist⁴⁸⁰. Es erfolgt bezüglich Spitäler, Pflegeheimen und Geburtshäusern eine **Bedarfsplanung** (Art. 39 Abs. 1 und 3 KVG). Im Rahmen des förmlichen Zulassungsverfahrens werden Dienstleistungs- und Infrastrukturvoraussetzung im Kontext der staatlichen Bedarfsplanung geprüft⁴⁸¹. Die Kantone ermitteln

⁴⁷⁵ POLEDNA, Art. 117 BV N 9 f.; BIAGGINI, OFK Art. 117 BV N 3b.

⁴⁷⁶ GÄCHTER/RÜTSCHKE, § 2 N 106.

⁴⁷⁷ Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 (AS 2008 2049; BBI 2004 5551).

⁴⁷⁸ GÄCHTER/RÜTSCHKE, § 2 N 180.

⁴⁷⁹ BGE 138 II 398, E. 3.9.3 und 3.9.4.

⁴⁸⁰ GÄCHTER/RÜTSCHKE, § 11 N 1082.

⁴⁸¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, § 11 N 1094.

Angebot und Bedarf stationärer Versorgung und legen das Angebot nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Günstigkeit fest⁴⁸².

2. Kantonale gesundheitspolitische Gesetze

Stationäre Einrichtungen müssen als Leistungserbringer zulasten der OKP «über das erforderliche Fachpersonal verfügen» (Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG). Diese Vorgabe steht auch in einigen kantonalen Gesundheits- oder Spitalgesetzen als Voraussetzungen für die Erteilung einer **Betriebsbewilligung**⁴⁸³. Einige nennen nur das Ziel, dass Spitäler «Gewähr für fachgerechte medizinische Behandlung und Pflege der Patientinnen und Patienten bieten» müssen⁴⁸⁴, andere verlangen explizit, dass die Einrichtungen «über eine ausreichende *Zahl* von entsprechend *qualifizierten* Mitarbeiter:innen verfügen»⁴⁸⁵. Es gibt Kantone, die sich vorbehalten, mit der Betriebsbewilligung eine Höchstzahl von Personen festzusetzen, die die Institution betreuen darf⁴⁸⁶. 226

Auf die **Spitalliste** kommen grundsätzlich nur Spitäler, die die erforderliche Qualität erfüllen (Art. 58b Abs. 4 KVV)⁴⁸⁷. 227

Die Kantone Genf, Jura Neuenburg und Waadt haben schon 1997 ein **Konkordat** abgeschlossen, mit dem sie sich verpflichteten, **Daten zu erheben** nach der in Kanada entwickelten Methode PLAISIR (Planification Informatisée des Soins Infirmiers Requis), bei der zwölf Pflegegrade ermittelt werden⁴⁸⁸. Diese sollen das Pflegemanagement und die Zuweisung von Ressourcen und die Qualitätssicherung ermöglichen, indem sie den Institutionen der Langzeitpflege vergleichbare Daten bereithält⁴⁸⁹. PLAISIR ist ein Instrument, um die Personalausstattung an den erforderlichen Qualifikationen des 228

⁴⁸² GÄCHTER/RÜTSCHKE, § 11 N 1095.

⁴⁸³ Z.B. AG: § 26 Abs. 1 lit. a Gesundheitsgesetz (GesG) vom 20. Januar 2009, 301.100; ZH: § 36 Abs. 1 lit. b Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007, LS 810.1.

⁴⁸⁴ Z.B. BE: Art. 120 Abs. 1 lit. a Spitalversorgungsgesetz (SpVG) vom 13. Juni 2013, BSG 812.11.

⁴⁸⁵ So z.B. SG: Art. 11 Abs. 2 lit. c Gesetz über die Spitalplanung und -finanzierung vom 31.1.2012, 320.1; auch NE: Art. 58 Abs. 1 lit. c Règlement sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions (RASI) 21 août 2002, 800.100.01: *l'institution «dispose du personnel qualifié en nombre suffisant»*.

⁴⁸⁶ Z.B. FR: Art. 100 Abs. 2 lit. c Gesundheitsgesetz (GesG) vom 16. November 1999, 821.0.1; GE: Art. 101 Abs. 3 Loi sur la santé (LS) du 7 avril 2006, K 1 03.

⁴⁸⁷ BVGE 2014/36, E. 11.3; PLÜSS, Rz 458; s.a. vorne Rz 220 f.

⁴⁸⁸ Convention intercantonale relative à l'utilisation de la méthode PLAISIR, pour la mesure de la charge en soins et la production de données statistiques comparatives dans les institutions de soins de longue durée des cantons de la Suisse romande, Berne et Tessin signée le 16 juin 1997. Die Kantone BE, FR und VS haben heute nur einen Beobachterstatus, das Tessin scheint nicht (mehr) beteiligt zu sein.

⁴⁸⁹ Internet: www.ctplaisir.ch.

Personals auszurichten, kann aber nicht direkt für die Leistungsabrechnung nach KVG verwendet werden⁴⁹⁰. Dennoch können diese Zahlen als *Grundlage für die Erteilung einer Betriebsbewilligung* eingesetzt werden. So verlangt z.B. der Kanton Neuenburg, dass der Mindestbestand an Pflegepersonal mindestens 90% des nach der PLAISIR-Methode berechneten Personalbedarfs betragen und mind. 20% qualifiziertes Pflegepersonal umfassen muss⁴⁹¹.

- 229 Mehrere Kantone nehmen noch direkter auf die *Arbeitsbedingungen* des Gesundheitspersonals Einfluss, indem sie mit ihren Spitalversorgungsgesetzen die Listenspitäler zum Abschluss eines **Gesamtarbeitsvertrages** verpflichten⁴⁹² bzw. die Einhaltung gewisser Bestimmungen eines GAV vorschreiben⁴⁹³. Mit Blick auf die Koalitionsfreiheit⁴⁹⁴ ist es aber unzulässig, die Betriebsbewilligung oder den Leistungsauftrag von einem Abschluss oder Beitritt zu einem GAV abhängig zu machen⁴⁹⁵.
- 230 Kantone dürfen die Leistungserbringer über Leistungsaufträge *nicht* allgemein und abstrakt zur Einhaltung der Bedingungen eines bestimmten **GAV verpflichten**. Sie müssen *Mindestanforderungen* festlegen und erläutern, wie diese die Qualität und die Wirtschaftlichkeit positiv beeinflussen⁴⁹⁶. Das ist wichtig für den Fall, dass kein GAV (mehr) besteht, denn für diesen Fall muss klar sein, welche Arbeitsbedingungen für die Erteilung oder die Aufrechterhaltung eines Leistungsauftrags vorausgesetzt werden.
- 231 Beim **Fehlen eines GAV** fällt in einzelnen Kantonen die Rechtssetzungskompetenz an den Kanton (zurück)⁴⁹⁷. So legt z.B. der Regierungsrat des Kantons Bern in diesem Fall die Mindestanforderungen für Arbeitszeit, Entlohnung und Sozialleistungen fest, die Voraussetzung für den Verbleib auf der Spitalliste sind, was insofern bemerkenswert ist, als die Arbeitsverhältnisse in den Berner Spitälern privatrechtlich geregelt sind⁴⁹⁸.

⁴⁹⁰ BGE 142 V 203, E. 7.2.3.

⁴⁹¹ Ar. 38 Règlement sur l'autorisation d'exploitation et la surveillance des institutions (RASI) 21 août 2002, 800.100.01.

⁴⁹² §11 Abs. 1 SpitalG/BL; § 6 Abs. 2 lit. d UKBB/BS; Art. 50 Abs. 1 SpVG/BE, BSG 812.11; Art. 14 Abs. 1 lit. k, Art. 20 Abs. 1 lit. h und Art. 30 Abs. 1 lit. g LH/JU, RSJU 810.11.

⁴⁹³ Art. 50 Abs. 1 SpVG/BE, 812.11.

⁴⁹⁴ Art. 23 BV.

⁴⁹⁵ RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, BSK Art. 39 KVG N 69.

⁴⁹⁶ BVGer Urteil C-7017/2015 v. 17. September 2021, E. 10.7.

⁴⁹⁷ Art. 50 Abs. 2 SpVG/BE, 812.11; Art. 12 LRHNe/NE, 802.4; Art. 4b Abs. 1 LPFES/VD, 810.01.

⁴⁹⁸ Vorne Rz 45. Der Kanton greift bei einem vertragslosen Zustand vermutlich in die Rechtssetzungskompetenz des Bundes ein und beschränkt die Privatautonomie.

3. Steuerung mittels Leistungsaufträgen

Gemäss Art. 58e Abs. 3 KVV erteilen die Kantone jeder Einrichtung auf der **Spitalliste** 232 einen Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 lit. e KVG. Ein solcher Leistungsauftrag ist eine Verfügung⁴⁹⁹. Sie darf mit *Auflagen* und *Bedingungen* verknüpft werden, die sich im Rahmen von Art. 39 KVG respektive Art. 58a–58e KVV bewegen, weil die bundesrechtlichen Bestimmungen die Zulassung abschliessend regeln⁵⁰⁰. Eine Konkretisierung mittels Leistungsauftrag, z.B. Mindestfallzahlen pro Operateur:in, ist als Qualitätsaufgabe zulässig⁵⁰¹. Vom KVG *nicht abgedeckt* sind demgegenüber spitalplanerische Vorgaben an die Organisation und den Betrieb von Listenspitälern ausserhalb von Art. 39 Abs. 1 lit. a–c KVG⁵⁰².

Kantone können aufgrund ihrer Kompetenzen zur Sicherstellung der **medizinischen Versorgung** 233 mit Leistungsaufträgen öffentliche Aufgaben an Private oder an mehr oder weniger verselbständigte Verwaltungseinheiten erteilen, z.B. an Pflegeheime, an soziale Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen oder an Spitex-Betriebe⁵⁰³. Der Auftrag, einen Beitrag zur Grundversorgung zu erbringen, wird mit Subventionen abgegolten, ist aber mit spezifischen Pflichten verbunden, z.B. die Leistungen jedermann anzubieten (Angebotspflicht)⁵⁰⁴.

Grundsätzlich ist es zulässig, Leistungsaufträge an bestimmte **Arbeitsbedingungen** 234 zu knüpfen. Die Kantone bleiben an die Gebote der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung direkt konkurrierender Leistungserbringer gebunden⁵⁰⁵. So wurden z.B. Spitex-Betriebe verpflichtet, ihr Personal der kantonalen Ordnung entsprechend zu besolden⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, BSK Art. 39 KVG N 60.

⁵⁰⁰ BGE 145 V 128, E. 7.

⁵⁰¹ BVGer Urteil C-2887/2019 v. 26. Januar 2021, E. 6; Auszug aus dem Urteil i.S. Spital Bülach AG gegen Regierungsrat des Kantons Zürich BVGer Urteil C-5603/2017 v. 14. September 2018, E. 7 und 8, in: BVGE 2018 V/3, S. 44.

⁵⁰² RÜTSCHÉ/PICÉCCHI, BSK Art. 39 KVG N 69.

⁵⁰³ Z.B. § 10 Gesetz über soziale Einrichtungen/LU (SRL 894), § 44 GesG/LU (SRL 800).

⁵⁰⁴ RÜTSCHÉ BERNHARD, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, in: ZBJV 152/2016, S. 71–113, S. 82 (Für Listenspitäler besteht aufgrund von Art. 41a Abs. 1 KVG eine Aufnahmespflicht für Patientinnen und Patienten).

⁵⁰⁵ Vgl. BGE 138 II 398, E. 3.9.3 und 3.9.4. Demgegenüber hat der Kanton Neuenburg Lohnvorschriften gemacht, «afin d'éviter toute concurrence déloyale entre hôpitaux sur les conditions de travail, et notamment de rémunération, [...]» (BVGer Urteil C-7017/2015 v. 17. September 2021, E. 10.4).

⁵⁰⁶ OGer ZH vom 10. März 2004, in ZR 104 (2005) N 35, S. 145.

III. Potenzial im Bereich Krankenversicherung und Gesundheitswesen

- 235 Der Bund hat die Kompetenz, die Belange der obligatorischen Krankenversicherung zu regeln. In diesem Rahmen kann er Vorgaben betreffend die **Qualität** machen wie z.B. Vorgaben zur Personalausstattung.
- 236 Die Kantone sind für die ausreichende Gesundheitsversorgung verantwortlich und regulieren mit ihren gesundheitspolitischen Gesetzen diesen Aufgabenbereich⁵⁰⁷. Die Qualität der Versorgung von Patientinnen und Patienten ist eng damit verknüpft, über einem ausreichenden **Personalbestand** mit den nötigen **fachlichen Kompetenzen** zu verfügen. Die Kantone machen unterschiedlich konkrete Vorgaben zur Erteilung von Betriebsbewilligungen und für die Aufnahme auf die Spitalliste.
- 237 Neben ausreichendem qualifiziertem Personal sind noch **weitere Arbeitsbedingungen** für die Leistungserbringung von Bedeutung. Alle konkreten Rahmenbedingungen, die dazu dienen, dass Pflegende nicht übermüdet sind und über Ressourcen verfügen, um ihre Tätigkeit nach fachlichen Standards zu erfüllen, können mit Leistungsaufträgen verknüpft werden, weil sie mithin dem Zweck der Patientensicherheit dienen.
- 238 Verlangen die Kantone den Beitritt zu einem **GAV** oder pauschal das Einhalten der Arbeitsbedingungen eines GAV als Voraussetzung zur Erteilung einer Bewilligung, können sie die negative Koalitionsfreiheit verletzen oder die Grundlage von Art. 39 KVG verlassen.

⁵⁰⁷ Vorne Rz 225.

F. Pflegepools

I. Begriff

Pflegepool ist kein juristischer Begriff⁵⁰⁸. Mit Pflegepool wird eine organisatorische Massnahme bezeichnet, welche das Ziel hat, «Pflegepersonen auf den Stationen und in den Spezialgebieten bei **personellen Engpässen** und Ausfällen zu entlasten und gleichzeitig die hohe Pflegequalität aufrechtzuerhalten»⁵⁰⁹. 239

Das Bedürfnis nach **unternehmenseitiger Flexibilität** beim Personaleinsatz besteht auch in anderen Branchen. Im Folgenden wird gezeigt, welche rechtlichen Möglichkeiten es dafür gibt. Die Flexibilität kann durch interne oder externe Lösungen erreicht werden. 240

II. Interne Kooperationen

1. Flexibler Arbeitsort und Aufgabenbereich

Aufgrund der Vertragsfreiheit⁵¹⁰ sind die Parteien frei, den **Arbeitsort** bzw. den Aufgabenbereich zu bestimmen. Dazu gibt es verschiedene Varianten: er kann in einer Organisationseinheit am Unternehmenssitz, in mehreren Organisationseinheiten, im gesamten Betrieb oder gar in Filialen liegen. Geht der Arbeitsort oder Aufgabenbereich aus dem Vertrag nicht klar hervor, wird der Wille der Parteien aus den konkreten Umständen bestimmt (Art. 74 Abs. 1 OR). 241

Die Umschreibung des Arbeitsortes ist ein wichtiger Bestandteil des Vertrages. Soll die Arbeit auf Wunsch der Arbeitgeberin an einem **anderen Ort** erbracht werden, bedarf dies einer Änderungskündigung, d.h. unter Beachtung der Kündigungsfrist. Ist hingegen eine Mobilitätsklausel vereinbart, kann eine Versetzung durch Weisung erfolgen (Art. 321d OR), allerdings nur wenn dies für die Arbeitnehmenden keinen unzumutbaren Eingriff in die persönlichen Verhältnisse darstellt⁵¹¹. 242

Sollen Arbeitnehmende innerhalb eines Arbeitgeberbetriebes flexibel **je nach Bedarf** eingesetzt werden, kann das bei der Eingehung des Arbeitsverhältnisses entsprechend 243

⁵⁰⁸ Die Wortschöpfung scheint auf eine Massnahme des Katastrophenschutzes 1991 zurückzugehen, vgl. «SRK gründet Pflegepool für Katastrophenfälle», in: Zivilschutz, 38 (1991), Heft 11-12, S. 42.

⁵⁰⁹ Webseite des Kantonsspitals Baselland (Internet: <https://www.ksbl.ch/karriere/pflege/pflegepool>).

⁵¹⁰ Vorne Rz 54.

⁵¹¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK Art. 321d OR N 39.

vorgesehen und später umgesetzt werden, wenn und soweit eine Versetzung zumutbar ist. Einzelne GAV sehen Rahmenbedingungen für solche interne Versetzungen vor⁵¹².

2. Arbeit auf Abruf

- 244 Arbeitsverträge mit **kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit** sind erlaubt⁵¹³, sowohl Verträge mit als auch ohne einer Einsatzpflicht der Arbeitnehmenden⁵¹⁴. Die Zeit, in welcher Arbeitnehmende sich für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten müssen, ist zu entschädigen, wobei die Zeit der Rufbereitschaft nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden muss; sie muss jedoch angemessen sein, d.h. je kürzer die Ankündigungsfrist ist, desto höher muss die Entschädigung für die Wartezeit ausfallen⁵¹⁵. Die Entschädigung für Rufbereitschaft kann auch im Stundenlohn eingeschlossen werden (analog Ferien etc.). Umstritten ist, ob auch bei Arbeit auf Abruf die Bestimmungen von Art. 14 ArGV 1 betreffend Pikettdienst einzuhalten sind⁵¹⁶.
- 245 Eine Gesundheitsinstitution hat demnach die rechtlich tolerierte Möglichkeit, einen **eigenen Pflegepool** mit Arbeitnehmenden zu bilden, welche Verträge auf Abruf haben⁵¹⁷. Arbeitnehmende müssen selbst entscheiden, ob sie sich solchen eher unattraktiven Arbeitsbedingungen aussetzen wollen⁵¹⁸.

III. Überbetriebliche Kooperationen

1. Arbeitsvermittlung

- 246 Eine private oder öffentlich-rechtliche Gesundheitsinstitution kann die Dienste einer Arbeitsvermittlung in Anspruch nehmen mit dem Ziel, mit der vermittelten Person einen i.d.R. befristeten Arbeitsvertrag abzuschliessen, um einen vorübergehenden Per-

⁵¹² Z. B. GAV für die Aargauer Kantonsspitäler, Ziff. 9.15 oder GAV für Berner Spitäler und Kliniken Ziff. 11.8. Regolamento organico per il personale occupato presso gli Istituti dell'EOC, Art. 12 f.

⁵¹³ BGE 124 III 249, E. 2.

⁵¹⁴ HENSCH, S. 20.

⁵¹⁵ BGE 124 III 249, E. 3; HENNEBERGER FRED, RIEDER STEFAN, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 2011 S. 1057–1068, S. 1062 ff.

⁵¹⁶ SENTI CHRISTOPH, Pikettdienst, in: ARV 2020 S. 1–16, S. 2 ff. S.a. vorne Rz 161 ff.

⁵¹⁷ HENSCH, S. 20.

⁵¹⁸ WAGNER PIERRE-ANDRÉ, Arbeitsbedingungen unter Druck - Mehr Arbeit auf Abruf, weniger Teilzeitstellen, in: Krankenpflege 11/2007, S. 10–13, S. 10 ff.

sonalbedarf zu decken (z.B. während eines Mutterschaftsurlaubs einer Festangestellten)⁵¹⁹. Der **Arbeitsvertrag** besteht dann also zwischen der **Gesundheitsinstitution und der vermittelten Person**. Regelmässige Vermittlung gegen Entgelt bedarf einer behördlichen Bewilligung (Art. 2 AVG) und muss gesetzliche Vorgaben erfüllen (Art. 7 ff. AVG).

2. Personalverleih

Verschiedene Formen des bedarfsorientierten Bezugs von Personal werden unter dem Begriff **Personalverleih** zusammengefasst. Dabei geht es um Dreiecksverhältnisse mit Arbeitnehmenden – Arbeitgebenden und einem Einsatzbetrieb. Es gibt drei Formen des Personalverleihs: Temporärarbeit, Leiharbeit und Gelegentliches Überlassen (Art. 27 AVV). Es kann aber auch Mischformen geben⁵²⁰. Pflegepools können je nach Ausgestaltung alle diese drei Rechtsformen haben, wie nachfolgend dargelegt wird. 247

a) Temporärarbeit

Temporärarbeit liegt vor, wenn der Zweck und die **Dauer des Arbeitsvertrages** zwischen dem Verleihbetrieb (Arbeitgeber) und dem Arbeitnehmer auf einen einzelnen Einsatz bei einem Einsatzbetrieb **beschränkt** sind (Art. 27 Abs. 2 AVV). 248

In der Regel schliesst der Verleiher mit Arbeitnehmenden einen **Rahmenarbeitsvertrag** ab, welcher die Konditionen regelt. Für jeden Einsatz in einem Einsatzbetrieb wird in der Folge ein *Einsatzvertrag* abgeschlossen. Für die Verleihenden besteht keine Pflicht, den Arbeitnehmenden Arbeitsplätze in einem Einsatzbetrieb anzubieten, und die Arbeitnehmenden sind auch nicht verpflichtet, einen angebotenen Einsatz anzunehmen. Somit tragen die Arbeitnehmenden das Beschäftigungs- und Lohnrisiko⁵²¹. 249

b) Leiharbeit

Leiharbeit liegt vor, wenn der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer *hauptsächlich* im **Überlassen** des Arbeitnehmers **an Einsatzbetriebe** liegt und die Dauer des Arbeitsvertrages von einzelnen Einsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist (Art. 27 Abs. 3 AVV). 250

In diesem Fall schliessen die Arbeitnehmenden einen i.d.R. unbefristeten **Arbeitsvertrag mit dem Verleiher** ab, der sie verpflichtet, angebotene Einsätze in Einsatzbetrieben auszuführen, andererseits erhalten sie den Lohn, auch wenn ihnen keine Arbeit 251

⁵¹⁹ HENSCH, S. 21.

⁵²⁰ BGer Urteil 2C_356/2012 v. 11. Februar 2013, E. 5.4.

⁵²¹ GREUB, Rz 15.11. s.a. DRECHSLER, S. 315 ff.

zugewiesen werden kann, so dass das Risiko für fehlende Einsätze beim Verleiher liegt. Um dieses Risiko zu mindern, stellen Verleiher Leiharbeitnehmende oft auch bei sich selbst an⁵²².

c) Gelegentliches Überlassen

252 Stellen **Gesundheitseinrichtungen einander** vorübergehend in einer Notsituation Personal zur Verfügung, liegt gelegentliches Überlassen vor⁵²³. Dies ist nämlich gem. Art. 27 Abs. 4 AVV der Fall, wenn

- der Zweck des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer darin liegt, dass der Arbeitnehmer hauptsächlich unter der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers arbeitet;
- der Arbeitnehmer nur *ausnahmsweise* einem Einsatzbetrieb überlassen wird; und
- die Dauer des Arbeitsvertrages von allfälligen Einsätzen bei Einsatzbetrieben unabhängig ist.

253 Bei dieser Form des Personalverleihs haben die Arbeitnehmenden einen i.d.R. unbefristeten Arbeitsvertrag mit einem Arbeitgeberbetrieb. Es wird aber vereinbart, dass **ausnahmsweise** der Arbeitsort vorübergehend **bei einem externen Betrieb** (Einsatzbetrieb) liegen kann. Dies erlaubt dem Arbeitgeberbetrieb bei geringem Arbeitsanfall Entlassungen zu vermeiden, und der Einsatzbetrieb kann einen vorübergehend höheren Personalbedarf auf diese Weise decken.

254 Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden bedarf im Gegensatz zum gewerbsmässigen Personalverleih **keiner Bewilligung**⁵²⁴. Eine Gewerbsmässigkeit wird aber bei einem jährlichen Umsatz von mind. CHF 100'000 angenommen (Art. 29 Abs. 1 AVV) oder bei regelmässigem Verleihen mit Gewinnabsicht (Art. 29 Abs. 2 AVV). Wer gelegentlich eigene Arbeitskräfte Dritten überlässt, muss also diese Schwellenwerte beachten, denn eine fehlende Bewilligung kann scharf sanktioniert werden (Art. 39 AVG)⁵²⁵.

d) GAV Personalverleih

255 Für alle **Verleihbetriebe** in der Schweiz, die Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung nach AVG sind, und deren Hauptaktivität der Personalverleih ist, gilt der allgemein verbindliche *GAV Personalverleih* für das bei ihnen

⁵²² GREUB, Rz 15.12.

⁵²³ HENSCH, S. 21 f.; SENTI, Personalverleih, S. 1501 ff.

⁵²⁴ SENTI, Personalverleih, S. 1503 f.

⁵²⁵ DRECHSLER, S. 317; GREUB, Rz 15.4; HENSCH, S. 22.

beschäftigte Personal⁵²⁶ (Art. 2 GAV PV). Dadurch können auch den Temporär- und Leiharbeitskräften gute und zeitgemässe Arbeitsbedingungen geboten werden. Der GAV Personalverleih ist auch dort anwendbar, wo für einen Einsatzbetrieb eigentlich ein anderer Gesamtarbeitsvertrag gilt (Art. 3 GAV PV).

IV. Rechtliche Einordnung bestehender «Pflegepools»

Damit Überlastungen des Stammpersonals vermieden werden können, wird in der Literatur empfohlen, eine **Liste von Springerinnen** und Springern zu führen, für die sich Mitarbeitende freiwillig melden und die bei Engpässen kontaktiert werden können⁵²⁷. Erfolgt dies *betriebsintern*, braucht es Arbeitsverträge, die einen solchen gelegentlichen Wechsel des internen Arbeitsortes vorsehen. Wird eine Liste *betriebsübergreifend* gemeinsam von regionalen Institutionen geführt, dürften die jeweiligen Einsätze rechtlich als gelegentliches Überlassen gelten, wobei regelmässiges Überlassen von Springerinnen und Springern die Schwellenwerte zum bewilligungspflichtigen Personalverleih überschreiten könnten⁵²⁸. 256

Ein anderer Ansatz ist es, einen **internen Pool von Teilzeitkräften** aufzubauen⁵²⁹. Betriebsintern können Pflegefachkräfte mit Teil-, allenfalls auch Vollzeitpensen angestellt werden mit der vertraglichen Verpflichtung, innerhalb des Betriebes in verschiedenen Abteilungen zu arbeiten. Solche Arbeitsverträge bietet offenbar das Luzerner Kantonsspital an (Pflegepool LUNIS⁵³⁰). Das Kantonsspital Baselland scheint ebenfalls ein solches Arbeitsmodell zu haben⁵³¹. Bei genauerem Hinsehen ist dies aber keine betriebsinterne Lösung, denn die Anstellung sowie die gesamte Administration (Lohnzahlungen, Sozialleistungen etc.) erfolgen über careanesth⁵³². 257

careanesth ist (nach eigenen Angaben) der führende Personaldienstleister im Schweizer Gesundheitswesen. careanesth wurde 1999 gegründet für den Verleih von Anästhesiepflegepersonal an Spitäler und Kliniken. Die Firma hat heute die Rechtsform einer AG mit mehreren Standorten. Sie arbeitet mit Spitälern, Spitem-Organisationen, Psychiatrischen Einrichtungen sowie Langzeitinstitutionen in der ganzen deutschspra- 258

⁵²⁶ Internet: www.swissstaffing.ch/docs/de/GAV_Personalverleih/GAV_Personalverleih_2021-2023_Gesetzestext.pdf.

⁵²⁷ STOCKER u.a., S. 22.

⁵²⁸ Vorne Rz 254.

⁵²⁹ STOCKER u.a., S. 22.

⁵³⁰ Internet: www.luks.ch/stellen-und-karriere/pflege/pflegepool-lunis-ihre-flexible-einsatzmoeglichkeit.

⁵³¹ Internet: www.ksbl.ch/karriere/pflege/pflegepool.

⁵³² Internet: www.ksbl.ch/karriere/pflege/pflegepool > Lasche «Bewerbung».

chigen Schweiz zusammen. Die Tätigkeit von careanesth besteht sowohl in der *Vermittlung* als auch im *Bereich Temporärarbeit und Personalverleih* von Pflegepersonal, was sie weitgehend über eine online-Plattform abwickelt⁵³³.

V. Potenzial zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen

- 259 Ob sich eine Gesundheitsinstitution einen betriebsinternen Pool aufbaut, oder ob sie ein externes Angebot nutzt, ist zunächst eine Frage der Betriebsführung im Rahmen der **Wirtschafts- und Vertragsfreiheit**. Grundsätzlich kann dies weder der Bund noch ein Kanton vorschreiben⁵³⁴.
- 260 Pflegepools sind aber ein wichtiges Instrument, um Überlastungssituationen des festangestellten Personals zu begegnen. Damit können Gesundheitsinstitutionen die gesetzliche Verantwortung für den **Schutz der Gesundheit** ihres Personals wahrnehmen. Es wäre möglich, über Art. 6 ArG in der ArGV 3 oder in den Wegleitungen des SECO insoweit zu *konkretisieren*, dass Arbeitgebende verpflichtet werden, Massnahmen zu treffen zur Vermeidung von Überlastungssituationen infolge von Personalengpässen, z.B. durch Beteiligung an einem Pflegepool. Diese Massnahme ist zur Vermeidung von Überarbeitung erforderlich, sie entspricht dem Stand des Wissens und ist zumutbar (Art. 6 Abs. 1 ArG)⁵³⁵.
- 261 Ergänzend ist aber auch darauf hinzuweisen, dass die Arbeitsbedingungen für die **Pool-Pflegefachkräfte** mit Belastungen für Gesundheit und Privatleben verbunden sein können. Sie haben i.d.R. unregelmässige Arbeitszeiten mit u.U. kurzen Einsatzzeiten, und das Arbeiten an wechselnden Arbeitsorten in unterschiedlichen Teams ist sehr anspruchsvoll. Die Präventionspflichten in Bezug auf diese Risiken sind zu erfüllen, wofür der jeweilige Einsatzbetrieb verantwortlich ist (Art. 9 ArGV 3). Insbesondere bei kurzfristigen Einsätzen besteht die Gefahr, dass der Gesundheitsschutz von Springerrinnen und Springern insgesamt vernachlässigt wird. Wird diese Funktion nur teilzeitlich ausgeübt, gilt es diese Tätigkeit bei Mehrfachbeschäftigten mit anderen Berufstätigkeiten z.B. bezüglich Arbeitszeiten, Überstunden, Ferien zu koordinieren⁵³⁶.

⁵³³ Internet: <https://www.careanesth.com/fuer-gesundheitsbetriebe/einsatzmodelle/>.

⁵³⁴ Ausserdem fällt ins Gewicht, dass die Kosten für vermitteltes und geliehenes Personal höher sind als für Festangestellte. Bezüglich des Ausmasses der Mehrkosten bestehen unterschiedliche Ansichten (BRAND TIM, LIBERATORE FLORIAN, MEYER ALAIN, Temporärkräfte in der Pflege – flexibel und nur wenig teurer, in *Competence* 10/2018, S. 28 f.; NZZaS vom 3.10.2021, S. 11)

⁵³⁵ Vorne Rz 146 und 180.

⁵³⁶ SENTI, Personalverleih, S. 1506.

G. Ergebnisse

I. Verbesserung von Arbeitsbedingungen

Sollen sich die Arbeitsbedingungen in der Pflege verbessern und dadurch der Beruf attraktiver werden, und will man erreichen, dass Pflegepersonen gesund und motiviert im Vollpensum bis zur Pensionierung arbeiten (können), um die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, gibt es verschiedene Stellschrauben. Nicht alle, aber doch einige sind rechtlicher Natur. *Ausgangspunkt* für die Darstellung der Rechtslage und der rechtlichen Instrumente zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in Kap. C–F waren die im Obsan-Versorgungsbericht aufgelisteten **Massnahmen zum Personalerhalt**⁵³⁷. Im Folgenden wird für jedes Handlungsfeld aufgezeigt, welche rechtlichen Ansatzpunkte es für Verbesserungen gibt. 262

1. Lohn, Gratifikationen, Zuschläge, Prämien

Idealerweise wird der Preis für die Arbeitsleistung durch den **Markt** bestimmt. Der Arbeitsmarkt ist jedoch ein unvollkommener Markt, weshalb es auch in diesem Bereich **Korrektive** braucht. So enthält z.B. das GlG Instrumente gegen geschlechterbedingte Lohndiskriminierung. Der *Bund* hat einzig im NAV für hauswirtschaftliche Angestellte Mindestlöhne festgesetzt. Im Übrigen überlässt er die finanzielle Entschädigung von Arbeitnehmenden ihrem Verhandlungsgeschick oder zählt auf sozialpartnerschaftliche Vereinbarungen mittels GAV. 263

Für das *Pflegepersonal* könnte der Bundesrat den bestehenden **Normalarbeitsvertrag** für das Pflegepersonal aktualisieren und mit befristeten Lohnvorschriften ergänzen, sofern es für die Bekämpfung von Missbräuchen erforderlich ist⁵³⁸. Ansonsten hält sich der **Staat** zur Wahrung der Wirtschaftsfreiheit mit Lohnvorschriften zurück⁵³⁹, obwohl die Verletzung der Tauschgerechtigkeit auch gesundheitlich relevant sein kann⁵⁴⁰. Als *Arbeitgeber* von Pflegepersonen in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen ist er aber gehalten, Löhne zu bezahlen, die die Rechtsgleichheit wahren, indem der Lohn für die jeweilige Arbeitsleistung dem Vergleich mit Lohn für gleichwertige Tätigkeiten von anderen Staatsangestellten standhält. Löhne und sonstige finanzielle Entschädigungen sind typischer Regelungsinhalt von **Gesamtarbeitsverträgen**. 264

⁵³⁷ Vorne Rz 15.

⁵³⁸ Vorne Rz 123.

⁵³⁹ Vorne Rz 132.

⁵⁴⁰ Vorne Rz 149.

- 265 Im Arbeitsschutzrecht sind aber auch finanzielle Vorgaben geregelt, um Ausnahmen bspw. vom grundsätzlich geltenden Sonntagsarbeitsverbot auszugleichen. Um z.B. die Planbarkeit der Einsätze zu erhöhen⁵⁴¹, könnte im ArG respektive den dazugehörigen Verordnungen ein **Lohnzuschlag für kurzfristige Arbeiten** vorgesehen werden.

2. Ferien- und Urlaubsregelungen

- 266 Für *privatrechtliche* Arbeitsverhältnisse enthält das OR Mindestvorschriften (Art. 329 ff. OR). Zugunsten der Arbeitnehmenden werden jeweils in **Gesamt- oder Einzelarbeitsverträgen** längere Ferienansprüche und grosszügigere Regelungen für Kurzabsenzen gewährt werden. Eine *Erhöhung* der gesetzlichen Mindestansprüche bedürfte einer Revision der betreffenden Bestimmungen des OR. Besondere Regelungen für einzelne Berufsgattungen wie Pflegepersonen wären rechtlich nicht ausgeschlossen. Aus Gründen des **Gesundheitsschutzes** könnte der Ferienanspruch für belastende Tätigkeiten wie die Pflegearbeit gestützt auf Art. 6 oder 36a ArG erweitert werden⁵⁴² und im Nachgang einer emotional schwierigen Situation könnte den betroffenen Personen ein zeitlich angemessenes Timeout gewährt werden⁵⁴³.
- 267 Für die *öffentlich-rechtlichen* Arbeitsverhältnisse sind Ansprüche auf Ferien und Urlaub (bisweilen auch Sabbaticals und Dienstaltesgeschenke in Zeitform) in den **Personalgesetzen** geregelt. Öffentliche Arbeitgebende dürfen aus Gründen der Rechtsgleichheit im Einzelfall nicht von diesen Regeln abweichen. Die Ansprüche könnten nur durch eine Gesetzesänderung bzw. durch GAV (wo solche vorgesehen sind) grosszügiger ausgestaltet werden.

3. Unregelmässigkeit bzw. Planbarkeit der Arbeitszeiten

- 268 Das **Arbeitsgesetz** enthält Bestimmungen zu Interventions- und Bereitschaftszeiten bei *Pikettdienst* und Fristen zur Bekanntgabe von *Stundenplänen*⁵⁴⁴. Ausserdem sind Arbeitgebende verpflichtet, bei Arbeitnehmenden mit *Familienpflichten* so weit wie möglich auf deren zeitlichen Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen⁵⁴⁵.
- 269 Da in Pflegeberufen ein besonderes Bedürfnis besteht, die Einsatzzeiten frühzeitig zu kennen, zumal diese über den ganzen Tageszeitraum verteilt sein können, wäre es ge-

⁵⁴¹ Vgl. dazu hinten Rz 268 ff.

⁵⁴² Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁴³ Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁴⁴ Vorne Rz 161 f. und 192.

⁵⁴⁵ Vorne Rz 171.

rechtfertigt, dass mit **Verordnungsbestimmungen** diesen Anliegen mehr Rechnung getragen wird. Die Ankündigungsfrist könnte auf mind. 1 Monat verlängert und für kurzfristige Einsätze ein Lohnzuschlag von 50% vorgesehen werden.

Das Bedürfnis nach kurzfristigen Einsätzen wäre mit einer tragfähigen Regelung der Stellvertretung zu befriedigen. Die kurzfristigen Schwankungen beim Personalbedarf könnten z.B. mit **Pflegepools** aufgefangen werden⁵⁴⁶. 270

Darüber hinaus können über die gesetzlichen Mindestvorschriften hinausgehende Rahmenbedingungen durch **Einzel-, Normal- und Gesamtarbeitsverträge** vereinbart werden. 271

4. Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Freizeit

Eine bessere Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben bedarf der Anpassungen in verschiedenen Bereichen⁵⁴⁷. Das **Arbeitsgesetz** enthält eine Verpflichtung der Arbeitgebenden, auf die zeitlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten Rücksicht zu nehmen (Art. 36 ArG). Auf dieser Grundlage könnte die Verordnung Konkretisierungen vorsehen, bspw. kurzfristige Einsätze zu verbieten⁵⁴⁸. 272

Auch im **OR** und in **Personalgesetzen** könnten Bestimmungen aufgenommen oder erweitert werden, um der Vereinbarkeitsproblematik zu begegnen, etwa einen Anspruch auf Anpassung des Arbeitspensums oder grosszügigere Ferien- und Urlaubsregelungen⁵⁴⁹. 273

Gesamtarbeitsverträge sind ein geeignetes Instrument, um das Zusammenspiel von Pflegeberuf und ausserberuflichem Engagement zu erleichtern. Bspw. Wochenarbeitszeit generell reduziert, Ferien verlängert oder mehr bezahlte Urlaubstage gewährt werden. Es könnten auch Normen erlassen werden, wie bspw. eine Verlängerung von Mutterschafts- und Vaterschaftsurlaub oder ein Anspruch auf Reduktion/Erhöhung des Pensums vorgesehen werden. Vorgaben für die Einsatzplanung und kurzfristige Einsätze sowie finanzielle Unterstützung bei der Kinderbetreuung wären ebenfalls ein möglicher Regelungsgegenstand. 274

Die **Arbeitgebenden** haben im Privatrecht oder auch bei der Weiterentwicklung des Personalrechts für öffentlich-rechtlich Angestellte grossen Gestaltungsspielraum. Sie 275

⁵⁴⁶ Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁴⁷ Vorne Rz 16.

⁵⁴⁸ Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁴⁹ Vorne Rz 63, 152, 177–179 und 180.

könnten und dürften für Arbeitnehmende mit Betreuungspflichten *spezifische* Regelungen treffen.

5. Arbeitsorganisation, Arbeitszeit und Arbeitsdichte

- 276 Die Wirtschaftsfreiheit gewährt den *Privatunternehmen* die Freiheit, wie sie ihre Tätigkeit gestalten wollen. Zum Schutz der Arbeitnehmenden ist diese Freiheit begrenzt im Rahmen der gesetzlichen Grundlagen, durch zwingende Bestimmungen im OR und insbesondere durch das **Arbeitsgesetz**.
- 277 Die Vorschriften zu Arbeits- und Ruhezeiten und das Gebot, Mitarbeitende vor Gesundheitsgefahren zu schützen haben weitreichende Konsequenzen für die Führung. Verbesserungsmöglichkeiten bestehen darin, dass durch **Verordnungsbestimmungen** den Schutzbedürfnissen der Pflegepersonen vermehrt Rechnung getragen wird. Neben der Reduktion der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für Pflegepersonen könnte gestützt auf Art. 6 oder 36a ArG *nurse-to-patient-ratios* verknüpft mit Vorgaben zum *Skill-Grade-Mix* als Massnahme des Gesundheitsschutzes vorgesehen werden⁵⁵⁰. Bereits bestehende Rechtsnormen müssten darüber hinaus besser bekannt gemacht und deren Einhaltung intensiver kontrolliert werden.
- 278 *Staatliche und staatsnahe* Pflegeinstitutionen sind für den Schutz der Arbeitnehmenden und für den **Grundrechtsschutz** der Patientinnen und Patienten verantwortlich.

6. Körperliche, emotionale und psychosoziale Belastungen

- 279 Der Pflegeberuf ist sowohl körperlich, kognitiv, emotional als auch psychisch in hohem Mass belastend. Da diese tätigkeitsimmanenten Anforderungen zum Berufsalltag gehören, ist der Gesundheit dieser Arbeitnehmenden umso mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Dafür liegt die **Verantwortung** bei den Arbeitgebenden.
- 280 Der **gesetzliche Gesundheitsschutz** nach ArG verlangt, dass die Arbeitsbedingungen möglichst gesundheitsförderlich zu gestalten sind, damit die Mitarbeitenden mit einem vollen Pensum ohne arbeitsbedingte Gesundheitsbeeinträchtigung bis zu ihrer Pensionierung arbeiten können. Hinweise, wie dieses Ziel erreicht werden kann, geben die Verordnungen zum ArG und die Wegleitungen des SECO. Diese Regelungen könnten **konkreter** ausformuliert werden und auch *spezielle* Schutzmassnahmen für Pflegepersonen wären möglich, wie z.B. spezifische zeitliche Rahmenbedingungen, ein Recht auf

⁵⁵⁰ Vorne Rz 152, 177–179, 180 und insbesondere hinten Rz 283 f.

ein kurzes Time-out nach einer besonders belastenden Situation oder eine Entlastung für ältere Arbeitnehmende⁵⁵¹.

7. Mitwirkung der Belegschaft

Die Arbeitnehmenden oder ihre Vertretung haben ein gesetzliches **Mitspracherecht** bei der Organisation der *Arbeitszeit* und der Gestaltung der Stundenpläne sowie in allen Fragen des *Gesundheitsschutzes* (Art. 48 ArG). Diese Vorgabe müsste besser bekannt gemacht und deren Einhaltung intensiver kontrolliert werden. 281

Eine allgemeine betriebliche Mitbestimmung sieht das Mitwirkungsgesetz für *privatrechtlich* Angestellte nicht vor, sie können aber gemeinsam oder durch Arbeitnehmendenvertretung **Informations- und Anhörungsrechte** wahrnehmen⁵⁵². Mitwirkungsrechte sehen auch die *Personalgesetze* der Kantone vor. Für einen Ausbau dieser Rechte bedürfte es also in beiden Rechtsbereichen der Zustimmung der Arbeitgebenden. 282

8. Genügend und genügend qualifiziertes Personal

Eine **quantitative und qualitative Personalausstattung** ist ein zentraler Punkt bei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Pflegepersonal. Sind die *zeitlichen und ausbildungsmässigen* Ressourcen nicht vorhanden, um die Pflegearbeit zum Wohl aller Patientinnen und Patienten fachgerecht erbringen zu können, führt das – neben allfälligen Haftungsrisiken – zu Moraldilemmata und u.U. zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Abhilfe ist aus Gründen des **Gesundheitsschutzes** für das Pflegepersonal geboten. In der Verordnung zum ArG oder ergänzend in der Wegleitung könnte der Bundesrat konkrete Vorgaben für unterschiedliche Pflegesituationen machen⁵⁵³. 283

Da der *Bund* im KVG **Qualitätsvorgaben** gemacht hat, besteht eine gesetzliche Grundlage im KVG für den Erlass von Ausführungsbestimmungen⁵⁵⁴. Die *Kantone* haben die Möglichkeit, ihre gesundheitspolizeilichen Bewilligungen und Leistungsaufträge für Pflegeinstitutionen an detaillierte Personalschlüssel zu knüpfen⁵⁵⁵. Das wird im Aus- 284

⁵⁵¹ Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁵² Vorne Rz 60.

⁵⁵³ Vorne Rz 152, 177–179 und 180.

⁵⁵⁴ Vorne Rz 219 f.

⁵⁵⁵ Vgl. vorne Rz 226 ff.

land bereits mit Erfolg praktiziert⁵⁵⁶. Auch einzelne Kantone haben Personalschlüssel für verschiedene Pflegekategorien gesetzlich oder über Konkordate vorgesehen⁵⁵⁷.

9. Berufliche Entwicklung

- 285 Für *privatrechtliche* Arbeitsverhältnisse sieht das OR **kein Recht auf Weiterbildung** vor und auch keine Pflicht der Arbeitgebenden, für den Erhalt der Arbeitsmarktfähigkeit ihres Personals zu sorgen⁵⁵⁸. In Personalgesetzen sind für *öffentlich-rechtliche* Arbeitsverhältnisse bisweilen solche Ansprüche bzw. die finanzielle oder zeitliche Beteiligung der Arbeitgebenden geregelt; das Potenzial ist aber wohl noch nicht ausgeschöpft. Auch das *Gesundheitsberufegesetz* enthält für Pflegefachkräfte in Arbeitsverhältnissen keine Weiterbildungsanforderungen, was einer qualitativ hochstehenden stationären Gesundheitsversorgung dienlich wäre⁵⁵⁹.
- 286 Die **Ansprüche** auf eine berufliche Weiterbildung und die Regelung der Modalitäten könnten noch vermehrt Inhalt von *Gesamtarbeitsverträgen* sein. Auch der *Normalarbeitsvertrag* für Pflegepersonal könnte vom Bundesrat mit solchen Regelungen (für privat-rechtlich angestelltes Pflegepersonal) ergänzt werden.
- 287 Die berufliche Entwicklung erschöpft sich aber nicht in Weiterbildungen. Es braucht tatsächliche Förderung und Unterstützung. Dafür gibt es – abgesehen von Art. 3 GlG, der die Geschlechterdiskriminierung sowohl bei Aus- und Weiterbildung als auch bei der **Beförderung** verbietet – (noch) keine rechtlich durchsetzbaren Regelungen.

10. Partizipation an der Organisationsentwicklung

- 288 Wie bereits vorstehend unter Ziff. 7 ausgeführt beziehen sich die Mitsprache- und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden in der Schweiz auf einzelne Bereiche. Die Rechtslage bietet keine rechtliche Möglichkeit, diese Rechte zu erweitern, weshalb es der Änderung des Gesetzes bedürfte.

⁵⁵⁶ Vorne Rz 221.

⁵⁵⁷ Vorne Rz 228.

⁵⁵⁸ Vorne Rz 64.

⁵⁵⁹ Vorne Rz 217.

II. Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen

Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen sind meist mit der Erwartung verbunden, 289 dadurch eine **Verbesserung** für die Arbeitnehmenden zu erzielen. Das trifft insofern zu, als es nicht mehr den Einzelnen überlassen wird, geeignete Rahmenbedingungen auszuhandeln, sondern eine kollektive Verhandlungsmacht ins Spiel gebracht wird. Auf der anderen Seite können Vereinheitlichungen zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen und eine Angleichung nach unten begünstigen.

Eine vollständige Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal in 290 der Schweiz scheitert zunächst daran, dass zwar ein Grossteil **privatrechtlich** angestellt ist, die übrigen Pflegefachkräfte aber in **öffentlich-rechtlichen** Arbeitsverhältnissen beschäftigt sind. Diese beiden rechtlichen «Welten» sind kaum zusammenzubringen.

1. Regulierungsmöglichkeiten des Bundes

a) Aufgrund von Art. 110 BV

Die Verfassung ermächtigt und verpflichtet den Bund, Vorschriften zum Schutz von 291 Arbeitnehmenden zu erlassen (Art. 110 BV). Arbeitszeitbestimmungen und Vorgaben für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz enthält das **Arbeitsgesetz**. Der Bundesrat hat die Kompetenz Ausführungsbestimmungen und gleichzeitig davon abweichende **Spezialbestimmungen** für einzelne Berufszweige zu erlassen⁵⁶⁰. Die bestehenden Normen für Krankenanstalten, Heime und Spitex-Betriebe könnte er dem besonderen Schutzbedarf des Pflegepersonals anpassen. Dafür müsste er aber vorher die Arbeitskommission, die Kantone und die Sozialpartner anhören⁵⁶¹. Über Gesundheitsschutzbestimmungen könnte das Schutzniveau *direkt*⁵⁶² und über Arbeits- und Ruhezeitvorschriften *direkt* oder *indirekt*⁵⁶³ für das gesamte Pflegepersonal erhöht werden.

Will man die bestehenden Mitsprache- und Mitwirkungsmöglichkeiten der Arbeitnehmenden in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen erweitern, bedürfte dies einer 292 Anpassung des **ArG** und des **Mitwirkungsgesetzes**.

b) Aufgrund von Art. 122 BV

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes (Art. 122 BV). 293 Auf dieser Grundlage regelt er im **Obligationenrecht** die Rahmenbedingungen für

⁵⁶⁰ Vorne Rz 139 ff.

⁵⁶¹ Vorne Rz 140.

⁵⁶² Vorne Rz 145 und 146.

⁵⁶³ Vorne Rz 169.

Pflegefachkräfte mit privatrechtlichen Anstellungen. Das OR enthält schon spezifische Bestimmungen für besondere Verhältnisse wie der Lehre oder der Heimarbeit, die die Rechtslage vereinheitlichen. Ob besondere Vertragsbestimmungen für Pflegefachkräfte wie z.B. längere Ferien zu erlassen sind, hat das Parlament zu entscheiden.

- 294 Der **Normalarbeitsvertrag** für *privatrechtlich* beschäftigte Pflegepersonen ist veraltet und könnte vom Bundesrat an die heutigen Schutzbedürfnisse des Pflegepersonals angepasst werden. Die Bestimmungen können jedoch nur dispositiv gelten. Anderslautende Abmachungen können auch zu Ungunsten der Arbeitnehmenden getroffen werden. Sollte sich die Lohnsituation als missbräuchlich erweisen, dürfte der Bundesrat mit einem NAV zwingende, zeitlich befristete Mindestlöhne erlassen⁵⁶⁴.

c) **Aufgrund von Art. 117 und 117a BV**

- 295 Der Bund erlässt Vorschriften zur Durchführung der **Krankenversicherung** (Art. 117 BV) und erlässt Vorschriften für **Berufe der medizinischen Grundversorgung** zur Aus- und Weiterbildung und über die Anforderungen zur Ausübung dieser Berufe (Art. 117a Abs. 2 BV). Eine allfällige Verfassungsänderung durch die Pflegeinitiative (nArt. 117c BV) würde die Kompetenzen des Bundes nicht erweitern.
- 296 Zusammen mit den Kantonen sorgt er für eine allen zugängliche **medizinische Grundversorgung** von hoher Qualität (Art. 117a Abs. 1 BV).
- 297 Mit dem **KVG** regelt der Bund Anforderungen an die Spitäler und sonstige Leistungserbringer sowie Voraussetzungen zur Abgeltung von Leistungen über die OKP. Er darf zur Durchführung einer qualitativ hochstehenden *Krankenversicherung* und für eine qualitativ hochstehende *Grundversorgung* den Pflegeeinrichtungen Vorgaben bezüglich Personalausstattung und -einsatz machen. Darüberhinausgehende Vorschriften zu den Arbeitsbedingungen sind von dieser Kompetenzen wohl nicht erfasst⁵⁶⁵.

2. **Kantonale Regulierungsinstrumente**

- 298 Die Kantone sind berechtigt, die **Personalgesetze** zur Regelung ihrer öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse zu erlassen (Art. 3 und 43 BV). Diese gelten für die im betreffenden Kanton Beschäftigten. Soll eine interkantonale Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse erreicht werden, müssten die Kantone entsprechende Vereinbarungen treffen und damit auch einen Teil ihrer eigenen Rechtssetzungskompetenz abtreten.

⁵⁶⁴ Vorne Rz 123.

⁵⁶⁵ Vorne Rz 222.

Aufgrund ihrer Verantwortung für die **Gesundheitsversorgung** haben die Kantone insbesondere über ihre gesundheitspolizeiliche Kompetenz die Möglichkeit Qualitätsanforderungen zu konkretisieren und zu vereinheitlichen⁵⁶⁶. 299

3. Gesamtarbeitsverträge

Gesamtarbeitsverträge sind ein geeignetes **Instrument**, um Arbeitsbedingungen in einer Branche zu vereinheitlichen. Man muss aber bei der Delegation von Regelungskompetenzen an die Sozialpartner in Rechnung stellen, dass sich diese auch einmal nicht einigen können und ihre Kampfmittel wie Streik bzw. Aussperrung einsetzen. Das könnte im Gesundheitswesen zu einem Konflikt mit dem Grundversorgungsauftrag führen⁵⁶⁷. 300

Die *privatrechtlichen* GAV können durch **Allgemeinverbindlicherklärung** auf Arbeitnehmende und Arbeitgebende ausserhalb der vertragsschliessenden Sozialpartner ausgedehnt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Das kann je nach Geltungsbereich des GAV kantonal oder schweizweit erfolgen. Bislang gibt es aber noch keinen GAV, der für das privatrechtlich beschäftigte Pflegepersonal in der ganzen Schweiz gilt. 301

Bei den *öffentlich-rechtlichen* GAV ist eine solche **Fernwirkung** per se aus Gründen der Rechtsgleichheit gegeben, aber nur innerhalb der betreffenden staatlichen Gebietskörperschaft (Kanton, Gemeinde, Zweckverband). Für **überregionale** Vereinheitlichungen durch GAV bedürfte es hier interkantonalen Vereinbarungen, womit Rechtssetzungsbefugnis auf ein neues Organ übertragen würden. 302

Es ist nicht möglich, *einen Gesamtarbeitsvertrag* sowohl für privatrechtlich als auch für öffentlich-rechtlich beschäftigte Personen abzuschliessen, weil jeweils eigene Rechtsgrundlagen zur Anwendung kommen und eigene Prozesswege besritten werden⁵⁶⁸. Aus diesem Grund gibt es z.B. in den Kantonen Neuenburg und Tessin je einen GAV für das privatrechtlich und das öffentlich-rechtlich beschäftigte Pflegepersonal⁵⁶⁹. 303

⁵⁶⁶ Vorne Rz 223 ff.

⁵⁶⁷ Vorne Rz 295 f. Zur Wahrung des öffentlichen Interesses zum dauerhaften Schutz der Arbeitnehmenden hat man beim Erlass des ArG daher darauf verzichtet, den Sozialpartnern das Arbeitsschutzrecht ganz oder teilweise zu überlassen (BBl 1960 II 909, S. 915 f.; TSCHUDI/GEISER/WYLER, Einl. ArG N 11). GAV können aber den Mindeststandard verbessern.

⁵⁶⁸ Vorne Rz 35 f. und 99.

⁵⁶⁹ Vorne Rz 113.

- 304 Die bereits in Kraft stehenden GAV für Pflegeeinrichtungen enthalten verschiedene Bestimmungen zur **Verbesserung** der Arbeitsbedingungen, aber es gäbe diesbezüglich zusätzliches Potenzial⁵⁷⁰.

⁵⁷⁰ Vorne Rz 125.

H. Beantwortung der gestellten Fragen

I. Arbeitsrechtliche Grundlagen

1. Welche **arbeitsrechtlichen Grundlagen** gelten für die Pflegefachpersonen in den Spitälern, Pflegeheimen, Spitex in der Schweiz (z.B. Maximale Arbeitszeiten, Ruhezeiten, Schichtplanungen etc.)?

Für Pflegepersonen ist es für die Rechtsgrundlagen ihres Arbeitsverhältnisses nicht relevant, in welchem Bereich des Gesundheitswesens (stationär, ambulant, Heim oder spitalextern) sie tätig sind. Vielmehr kommt es auf die **Rechtsform** des Betriebes an, bei dem sie angestellt sind⁵⁷¹. 305

Sind Pflegepersonen bei einer Privatperson oder einem Unternehmen nach **Privatrecht** angestellt, ist der Arbeitsvertrag innerhalb des vom OR vorgegebenen Rahmens massgebend⁵⁷². Sind sie bei einer staatlichen Institution tätig, untersteht ihr Arbeitsverhältnis dem jeweiligen **öffentlich-rechtlichen Personalrecht**⁵⁷³. 306

Daneben sind u.U. Gesamt oder Normalarbeitsverträge zu beachten⁵⁷⁴. Ausserdem gelten öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die zwingend sind, d.h. individuellen und kollektiven Vereinbarungen entzogen sind. Das sind insbesondere die Vorschriften des Arbeitsgesetzes, wenn und soweit sie auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbar sind⁵⁷⁵. 307

Bezüglich **zeitlicher Arbeitsbelastungen** (Höchst Arbeitszeit, minimaler Ruhezeit und spezifischen Lagen der Arbeitszeit) macht das Arbeitsgesetz Vorgaben, die jedoch für einen kleinen Teil des Pflegepersonals nur sinngemäss gelten⁵⁷⁶. Für Krankenanstalten, Heime und Spitex-Betriebe gelten gewisse abweichende Bestimmungen⁵⁷⁷. 308

⁵⁷¹ Vorne Rz 38–41.

⁵⁷² Vorne Rz 35.

⁵⁷³ Vorne Rz 36.

⁵⁷⁴ Vorne Rz 99 und 120 f.

⁵⁷⁵ Vorne Rz 145 ff.

⁵⁷⁶ Vorne Rz 168 f.

⁵⁷⁷ Vorne Rz 160.

II. Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben

2. Werden die gesetzlichen Vorgaben von den Betrieben adäquat **eingehalten**?
- 2.1. Gibt es hierbei **Unterschiede** je nach Art (stationär, ambulant) oder Trägerschaft der Institution (öffentlich versus privat)? Gibt es sonstige Unterschiede?
- 2.2. Wird die Einhaltung genügend **kontrolliert** (durch die kantonalen Arbeitsinspektorate)?

- 309 Dass die Ansprüche aus dem Individualarbeitsrecht (OR bzw. Personalgesetze) umgesetzt werden, liegt primär an den **einzelnen Arbeitnehmenden**⁵⁷⁸. Wenn das Gespräch mit Vorgesetzten nicht weiterhilft, können sie gerichtlich vorgehen. *Zivilgerichte* sind für die privatrechtlich Angestellten zuständig und urteilen aufgrund des OR, des NAV für Pflegefachkräfte und allfälliger GAV. *Verwaltungsgerichte* beurteilen Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, die auf dem jeweiligen Personalgesetz und dem für diesen Bereich geltenden GAV basieren.
- 310 Die Einhaltung des Arbeitsgesetzes wird hingegen durch **Behörden** überwacht und fehlbare Arbeitgebende gegebenenfalls sanktioniert⁵⁷⁹. Hier sind allerdings Vollzugsdefizite infolge mangelnder personeller und finanzieller Ressourcen bei den Arbeitsinspektoren zu verzeichnen. Die kantonalen Kontrollbehörden haben möglicherweise eine hindernde Nähe zu den kantonalen Pflegeeinrichtungen. Der Bund könnte den Vollzug der Arbeitsschutzbestimmungen im Gesundheitswesen an eine Bundesbehörde, bspw. das BAG, oder an eine einer unabhängigen Organisation übertragen⁵⁸⁰.
- 311 Die Pflegeleistungen werden unterschiedlich **finanziert**, je nachdem, ob sie ambulant, in einem Spital, in einem Heim oder zu Hause erbracht werden. Auf die Einhaltung der Rechtsvorschriften an den jeweiligen Arbeitsstätten hat das zwar keinen direkten Einfluss. Die finanziellen Spielräume der Betriebe könnten die Arbeitsbedingungen aber indirekt beeinflussen.

⁵⁷⁸ Vorne Rz 79 ff.

⁵⁷⁹ Vorne Rz 195.

⁵⁸⁰ Vorne Rz 209.

III. Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen

3. Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen:
- 3.1. Welche Möglichkeiten gibt es, um die Kantone und privaten Institutionen im Bereich der Pflege zu verpflichten, die **Arbeitsbedingungen kollektiv** bzw. einheitlich zu regeln (z.B. Normal-, Gesamtarbeitsvertrag oder Leistungsvereinbarungen mit Minimalstandards)?
- 3.2. Gibt es die Möglichkeit, eine **Verankerung in allen Kantonen** zu schaffen, z.B. via Spitalversorgungsgesetz? Wie könnte man diese Pflicht auch auf die anderen Versorgungssettings ausweiten? Wäre eine interkantonale Vereinbarung zweckmässig?

Der Abschluss eines **Gesamtarbeitsvertrages** für *privatrechtliche* Arbeitsverhältnisse untersteht der Privatautonomie. Arbeitgebende oder ihre Verbände und die Gewerkschaften sind grundsätzlich frei, ob und mit wem sie einen Gesamtarbeitsvertrag abschliessen. Sie können damit die Arbeitsverhältnisse günstiger ausgestalten⁵⁸¹. Kantone und andere *öffentliche* Arbeitgebende können sich selbst zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen verpflichten, dürfen dabei aber niemanden zwingen einem GAV beizutreten⁵⁸². Es ist nicht möglich einen einheitlichen GAV für sowohl privatrechtlich- als auch öffentlich-rechtlich Beschäftigte abzuschliessen⁵⁸³. 312

GAV gelten jeweils für eine im GAV bestimmte **Dauer**. Während dieser Zeit gilt eine Friedenspflicht. Weitere Vertragsverhandlungen können danach jedoch mit legalen Kampfmassnahmen verbunden sein, die im Gesundheitswesen einen Konflikt mit dem Grundversorgungsauftrag verursachen könnten⁵⁸⁴. 313

Wenn mehr als die Hälfte der Arbeitgebenden und mehr als die Hälfte der Arbeitnehmenden einer Region einem *privatrechtlichen* Gesamtarbeitsvertrag unterstehen, kann durch **Allgemeinverbindlicherklärung** die Ausweitung seiner Wirkung auf die ganze Branche in der betreffenden Region erzielt werden⁵⁸⁵. *Öffentlich-rechtliche* GAV eines Kantons haben diese Fernwirkung aus Gründen der Rechtsgleichheit per se. Für überregional geltende GAV bedürfte es einer **interkantonalen Vereinbarungen**⁵⁸⁶. 314

⁵⁸¹ Vorne Rz 106.

⁵⁸² Vorne Rz 42 und 100 f.

⁵⁸³ Vorne Rz 35 f., 99 und Rz 303.

⁵⁸⁴ Vorne Rz 107 und 300.

⁵⁸⁵ Vorne Rz 103.

⁵⁸⁶ Vorne Rz 104 f.

- 315 Bund und Kantone haben das Recht, **Normalarbeitsverträge** für einzelne Berufszweige zu erlassen. Diese gelten nur für die *privatrechtlich* Angestellten in der betreffenden Region und nur, soweit individuell oder durch GAV *nichts anderes* vereinbart wurde. Da der Bund einen NAV für Pflegepersonal erlassen hat, bleibt für diesen Berufszweig kein Raum mehr für kantonale NAV⁵⁸⁷.
- 316 Mit **kantonalen Gesetzen** dürfen *Leistungserbringer* im Gesundheitswesen nicht verpflichtet werden, Gesamtarbeitsverträge abzuschliessen, oder die Bestimmungen eines GAV einzuhalten, ohne Mindestanforderungen festzulegen und zu erläutern, wie diese die Qualität und die Wirtschaftlichkeit positiv beeinflussen⁵⁸⁸.

IV. Pflegepools

4. Falls sogenannte **Pflegepools** einen Lösungsansatz für den flexibleren Einsatz von Pflegefachkräften – bei personellen Engpässen und Ausfällen aber auch aufgrund persönlicher Wünsche – darstellen, auf welchen arbeitsrechtlichen Grundlagen müssten oder könnten solche Verträge auch überinstitutionell, überregional oder gar überkantonale basieren?

- 317 Die Überbrückung von Personalengpässen kann zunächst durch **betriebsinterne** Massnahmen (Vereinbarung flexibler Arbeitsorte, Verträge für Arbeit auf Abruf) erfolgen⁵⁸⁹. Für **überbetriebliche** Lösungen können die Dienstleistungen der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs genutzt werden. Die Gesundheitsinstitutionen dürfen sich gegenseitig nur gelegentlich Personal überlassen⁵⁹⁰.
- 318 Pflegepools sind wirksame Massnahmen zur Vermeidung von Überlastung des Stammpersonals und als **Massnahme des Gesundheitsschutzes** erwünscht oder u.U. geboten⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Vorne Rz 124.

⁵⁸⁸ Vorne Rz 229–231.

⁵⁸⁹ Vorne Rz 241–245.

⁵⁹⁰ Vorne Rz 256.

⁵⁹¹ Vorne Rz 152, 177–179, 180 und 260.

V. Gesetzeslücken

5. Gibt es **Gesetzeslücken**? Wenn ja, welche und auf welcher Ebene (Bund, Kantone)? Welche Möglichkeiten hat der Bund, mögliche Lücken zu schliessen?

Arbeitsbedingungen **speziell für Pflegepersonal** sind – mit Ausnahme der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften – bisher nirgends geregelt. Es gelten die gleichen Rechtsnormen wie für übrige Beschäftigte. Einzig das GesBG enthält Bestimmungen, zur Weiterbildung für Pflegepersonen, die in eigener Verantwortung tätig sind. 319

Die Kernanliegen der Pflegeinitiative (höhere Löhne, bessere Arbeitsbedingungen) können durch Anpassung von Rechtsnormen nur teilweise umgesetzt werden. Die **Höhe der Löhne** werden z.B. als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit nicht vom Staat vorgegeben, sondern der Privatautonomie, tw. auf individueller oder tw. auf kollektiver Ebene⁵⁹², und der kantonalen Gesetzgebung überlassen⁵⁹³. Nur das ArG enthält als Sanktionsmechanismus einige finanzielle Verpflichtungen (Zuschläge) für Arbeitgebende⁵⁹⁴. Der Bund wäre überdies berechtigt mittels NAV Mindestlöhne für bestimmte Berufe festzulegen. Voraussetzung dafür ist, dass Missbräuche zu bekämpfen sind⁵⁹⁵. Ob die Lohnsituation des Pflegepersonals angesichts des grossen Wertungs- und Ermessensspielraumes von Arbeitgebenden als missbräuchlich zu qualifizieren ist, erscheint eher fraglich. 320

Gesetzliche Grundlagen für die Verbesserung des Schutzes von Arbeitnehmenden und zur Qualitätssicherung von Pflegeleistungen sind grundsätzlich vorhanden, sowohl im ArG als auch im KVG. Aber auch eine spezialgesetzliche Lösung wäre nicht systemfremd, gibt es doch schon für andere Wirtschaftsbereiche Spezialgesetze, die sowohl Arbeitsbedingungen als auch Sicherheitsaspekte behandeln⁵⁹⁶. Werden die Arbeitsverhältnisse des Pflegepersonals im Spezialgesetz geregelt, wären der Prozessweg und der Vollzug so auszugestalten, dass sich die bezweckten Verbesserungen tatsächlich einstellen. Zur **Verbesserung** der Arbeitsbedingungen von Pflegepersonen besteht gemäss den vorstehenden Ausführungen verschiedentlich Potenzial mittels ergänzender Rechtssetzung, insbesondere durch Konkretisierung der offenen Gesetzesnormen auf Verordnungsstufe und der Stärkung des Vollzugs. 321

322

⁵⁹² Vorne Rz 59 und 110.

⁵⁹³ Vorne Rz 69 f.

⁵⁹⁴ Vorne Rz 173.

⁵⁹⁵ Vorne Rz 123.

⁵⁹⁶ Vorne Rz 136.

Ein Novum im Schweizer Recht wäre es, auf Bundesebene *messbare* Vorgaben für den **Personalbestand** zu machen (nurse-to-patient-ratio). Im KVG werden bereits vage formulierte Mittel zur Qualitätssicherung genannt («erforderliches Fachpersonal» in Art. 39 Abs. 1 lit. b KVG), die zu konkretisieren wären. Aber auch im ArG wären Vorgaben zum Personalbestand nicht systemfremd⁵⁹⁷, z.B. auf der Grundlage von Art. 6 oder Art. 36a ArG⁵⁹⁸: Als Grundsatz der Gesundheitsvorsorge verlangt bereits heute Art. 2 ArGV 3, dass Arbeitgebende alle Massnahmen zum Schutz vor physischen und psychischen Gefahren treffen. In über 20 Artikeln werden danach in dieser Verordnung *physische* Arbeitsbedingungen wie Raumklima, Licht, Lärm, Sonneneinwirkung, Heben und Tragen von Lasten etc. behandelt. *Psychosoziale* Risiken werden hingegen nicht genannt⁵⁹⁹. Man muss sich aus diesem Grund an den Zielnormen ausrichten, wonach Arbeitgebende dafür sorgen müssen, dass «eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird» sowie «die Arbeit geeignet organisiert wird» (Art. 2 Abs. 1 lit. b und c ArGV 3). Im Anhang zur Wegleitung wird zwar der Stand der Stressforschung zusammengefasst. Vom SECO werden dann aber keine Massnahmen empfohlen, wie eine «erdrückende Arbeitsmenge, Termin- und Leistungsdruck» vermieden wird, obwohl auf der Hand liegt, dass eine Erhöhung des Personalbestandes ein geeignetes Mittel dafür ist⁶⁰⁰. Es scheint nötig zu sein, Kriterien zum ausreichenden Personalbestand in der Verordnung (analog zu den ergonomischen Massnahmen) auszuformulieren⁶⁰¹. Ergänzend dazu wäre zu verlangen, dass wissenschaftlich fundierte Empfehlungen bezüglich des Personalbestands im Verhältnis zu den Arbeitsaufgaben zu befolgen sind. In der Wegleitung müsste dann für das Pflegepersonal die nurse-to-patient-ratio für die jeweiligen Pflegeaufgaben ausgeführt oder auf Empfehlungen von einschlägigen Fachgesellschaften verwiesen werden. Die nurse-to-patient-ratio wäre mit Vorgaben zum Skill-Grade-Mix zu verknüpfen, um zu verhindern, dass Betriebe die nurse-to-patient-ratio mit Pflegefachkräften *ohne* erforderliche Fachausbildung einzuhalten versuchen, was wiederum zu Gesundheitsüberlastungen infolge fachlicher Überforderung führen könnte. Diese Vorgaben sind messbar und können dadurch Grundlage für einen wirksamen Vollzug bilden.

⁵⁹⁷ Der Arbeitsablauf gemäss Art. 6 Abs. 2 ArG besteht u.a. aus Arbeitsvorgang und -verfahren sowie Rhythmus und Tempo der Arbeit sowie den weiteren Mitteln der Betriebsorganisation wie Arbeitszeitgestaltung und Pausenordnung.

⁵⁹⁸ Vorne Rz 144 und 172.

⁵⁹⁹ Ausser Überwachung in Art. 26 ArGV 3.

⁶⁰⁰ SECO, Wegleitung ArGV 3, S. 302 – E.

⁶⁰¹ Formulierungsvorschlag in STEIGER-SACKMANN, Schutz, Rz. 315: «Art und Menge der Arbeitsaufgaben sind so zuzuteilen, dass die Arbeitnehmenden nicht ständig oder über lange Zeit unter hohem Zeitdruck arbeiten müssen.»

Eigentliche Gesetzeslücken sind nicht zu verzeichnen. Auch bei Ablehnung der Pflegeinitiative hat der Bund die Kompetenz, die **bestehende Rechtsordnung** hinsichtlich des Arbeitsschutzes und der Pflegequalität durch Konkretisierung zu **verbessern**. Nur bezüglich des Lohns hat er sich zur Wahrung der Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit selbst Zurückhaltung auferlegt. 323

Eine Lücke ist aber bei der **Datenlage** zu verzeichnen. Wer sich mit Verbesserung von Arbeitsbedingungen befasst, müsste zuerst wissen, von welcher Ausgangslage auszugehen ist, bspw. wie die Praxis in den Gesundheitseinrichtungen der Schweiz konkret aussieht. Wie dieses Gutachten eingangs gezeigt hat, sind nur wenige, verlässliche, empirische Angaben publiziert, sei es zu Löhnen, Zulagen, vertraglichen und/oder effektiven Arbeitszeiten, Ferien etc., und auch nicht zur aktuellen nurse-to-patient-ratio in unterschiedlichen Gesundheitsinstitutionen. Solche, bspw. auch nach Regionen aufgeschlüsselte, Daten könnten mit der jeweiligen Rechtslage⁶⁰² und den Angaben zur Arbeitszufriedenheit von Pflegepersonen verglichen werden. Damit liesse sich abschätzen, welche Arbeitsbedingungen prioritär zu verbessern wären, um die Berufsausstiege zu vermeiden. Ohne solche Entscheidungsgrundlagen bleibt Gesetzgebung immer ein Experiment am «lebenden Objekt» (Arbeitsmarkt). Sie kann zwar später evaluiert und angepasst werden. Für solche Verzögerungen erscheint der Pflegenotstand wohl zu akut. 324

Aus diesem Grund kann hier aus rechtlicher und rechtssoziologischer Sicht nur eine Auslegeordnung der bestehenden Rechtsnormen präsentiert und Ansatzpunkte sowie **Anregungen für verschiedene Verbesserungsvorschläge** ausgehend vom Obsan-Bericht genannt werden.⁶⁰³ Das Abschätzen ihrer tatsächlichen Wirkung oder Aussagen über die Priorisierung sind hingegen nicht möglich. 325

Einige der herausgearbeiteten **Verbesserungsvorschläge** durch Rechtsnormen des Bundes werden nachfolgend tabellarisch zusammengefasst: 326

⁶⁰² Z.B. Gesamtarbeitsverträge und kantonale Personalgesetze.

⁶⁰³ Vorne Rz 15.

Regulierungsmöglichkeiten durch den Bund bzgl. Verbesserungsvorschläge (nicht abschliessend)

Massnahme	ratio legis	zuständig	zu ändernde Norm(en)	Grundlage	Bemerkungen	Geltung	Rz
Verlängerung Ferien und Urlaub	Fürsorgepflicht	Parl.	OR 329a	BV 122	evtl. nur für ältere Pflegepersonen	PAV	62
Anspruch auf Anpassung Arbeitspensum	Privatautonomie	Parl.	OR 335	BV 122		PAV	63
Anspruch auf berufl. Weiterbildung	Fürsorgepflicht	Parl.	OR 328	BV 122	evtl. über das GesBG	PAV	64
Meldeverfahren bei Gefährdung	Fürsorgepflicht	Parl.	OR 329	BV 122		PAV	85
Schutzkonzept betr. sex. Belästigung	Gesundheitsschutz	BR	ArGV3	ArG 6 und GIG 4		AV	92
Reduktion wöchentliche Höchstarbeitszeit	Arbeits- und Ruhezeit	BR	ArGV1 und ArGV2	ArG 26 und 27		AV-	180
Zusätzliche Ruhezeiten	Arbeits- und Ruhezeit	BR	ArGV1 und ArGV2	ArG 26 und 27		AV-	180
Verlängerung Ferien und Urlaub	Gesundheitsschutz	BR	ArGV3	ArG 6	allenfalls ArG 36a	AV	180
Bekanntgabe Stundenplan	Arbeits- und Ruhezeit	BR	ArGV1 69 und ArGV2	ArG 26 und 27	Verlängerung der Frist	AV-	180
Lohnzuschlag bei kurzfristigen Einsätzen	Arbeits- und Ruhezeit	BR	ArGV1 69 und ArGV2	ArG 26 und 27		AV-	180
Stellvertretungsregelung	Gesundheitsschutz	BR	ArGV3	ArG 6	Pflegepools	AV	180
Keine kurzfristigen Einsätze	Arbeits- und Ruhezeit	BR	ArGV1 (und ArGV2)	ArG 36 (sowie 26, 27)	für ArbN mit Familienpflichten	AV-	180
nurse-to-patient-ratio + Skill-Grade-Mix	Gesundheitsschutz	BR	ArGV3	ArG 6	allenfalls ArG 36a	AV	180
Altersentlastung	Gesundheitsschutz	BR	ArGV3	ArG 36a		AV	180
Unabhängiger Vollzug	Organisation Vollzug	Parl.	ArG 41 f.	BV 110		AV	209
nurse-to-patient-ratio + Skill-Grade-Mix	Krankenversicherung	BR	KVV 58b IV	KVG 39 I b		AV	219 ff.
sämtliche obgenannten Massnahmen	Arbeitsschutz	BR	NAV	OR 359 ff.	nur dispositiv (ausser Mindestlohn)	PAV	122 f.
sämtliche obgenannten Massnahmen	Arbeitsschutz	Parl.	Spezialgesetz	BV 122 und 110 I a	inkl. Vollzug und Prozessweg	AV	136, 321

Legende:


BR = Bundesrat
 Parl. = Bundesparlament
 PAV = nur privatrechtliche AV (d.h. ohne öffentlich-rechtliche)
 AV = alle Arbeitsverhältnisse
 AV- = alle AV ausser Betriebe gem. ArG 2 I a und 71 b

Die Unterzeichnenden erklären hiermit, dass sie keine persönlichen, politischen oder wirtschaftlichen Interessenbindungen zu den Akteuren im Gesundheitswesen haben, weder zu den Verbänden der Arbeitgebenden bzw. der Arbeitnehmenden noch zu den Versicherungsträgern oder den Behörden.

Winterthur, 7. November 2021

Handwritten signature in blue ink, appearing to read 'S. Steiger-Sackmann'.

RA Dr. iur. Sabine Steiger-Sackmann

Handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M Wohlwend'.

RA MLaw Marc Wohlwend

Abkürzungen

a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGS	Assistent/in Gesundheit und Soziales
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
ANP	Advanced Nursing Practice
APN	Advanced Practice Nurse
ASA	Arbeitsärzte und andere Spezialisten der Arbeitssicherheit
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989, SR 823.11
AVV	Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung) vom 16. Januar 1991, SR 823.111
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982, SR 837.0
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) vom 10. Mai 2000, SR 822.112
ArGV 3	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) vom 18. August 1993, SR 822.113
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz

Abkürzungen

BGE	(amtlich publizierter) Entscheid des Bundesgerichts
BGer Urteil	Urteil des Bundesgerichts
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001, SR 172.220.111.3
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	(amtlich publizierter) Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer Urteil	Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
CH-ISCO	Schweizer Version der International Standard Classification of Occupations
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EBA	Eidgenössisches Berufsattest
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EFZ	Eidgenössischer Fähigkeitsausweis
Einl.	Einleitung
f./ff.	folgende/fortfolgende
FaBe	Fachfrau Betreuung/Fachmann Betreuung
FaGe	Fachfrau Gesundheit/Fachmann Gesundheit
FH	Fachhochschule
Fn	Fussnote
gem.	gemäss

GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz) vom 30.9.2016, SR 811.21
Gesch.-Nr.	Geschäftsnummer
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24.3.1995, SR 151.1
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
HF	Höhere Fachschule
Hrsg.	Herausgebende
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
KV	Kantonsverfassung
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994, SR 832.10
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Januar 1995, SR 832.102
mind.	mindestens
MwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993, SR 822.14
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	(Rand-)Note
Obsan	Schweizerische Gesundheitsobservatorium
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
NR	Nationalrat
parl.	parlamentarisch

Abkürzungen

Pa.Iv.	Parlamentarische Initiative
PG oder PersG	Personalgesetz
Rz	Randziffer
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SBK	Schweizer Berufsverband der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner
SPiG	Spitalgesetz
SR	systematische Rechtssammlung
SRK	Schweizerisches Rotes Kreuz
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
tw.	teilweise
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VO	Verordnung
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten vom 19. Dezember 1983, SR 832.30
VZÄ	Vollzeitäquivalente
v.	vom
WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung vom 20.6.2014, SR 419.1
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Ziff.	Ziffer
Z.B.	zum Beispiel
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

Ausserdem werden die Autokennzeichen der Kantone verwendet und bei den kantonalen Rechtsnormen die Fundstellen in der jeweiligen Rechtssammlung angegeben.

Literatur

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentierung von Art. 110 und 117 BV, in: OFK BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, SCHWEIZER RAINER J., Kommentierung von Art. 41 BV, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014.

BONOLI GIULIANO/CRETZAZ ERIC/AUER DANIEL/LIECHTI FABIENNE, Les conséquences du travail à temps partiel sur les prestations de prévoyance, Lausanne/Genève 2016 (Internet: www.equality.ch).

BRÜHWILER JÜRIG, Gesamtarbeitsvertrag im öffentlichen Dienst - Gedanken zum Verhandlungs- und Beitrittsanspruch der Personalverbände, in: ARV 4/2001, S. 171–178.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Bildungsverläufe im Pflegebereich – Längsschnittanalysen im Bildungsbereich, in: BFS aktuell, Themenbereich 15 Bildung und Wissenschaft, Neuchâtel Mai 2021.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Klassifikation der schweizerischen Bildungstistik, Neuchâtel Februar 2020.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Pflegepersonal 2018, in: BFS aktuell, Themenbereich 14 Gesundheit, Neuchâtel Juni 2020.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Vereinbarkeit von Beruf und Familie in der Schweiz und im europäischen Vergleich 2018, BFS aktuell, Themenbereich 20 Wirtschaftliche und soziale Situation der Bevölkerung, Neuchâtel 2020

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Teilzeiterwerbstätigkeit in der Schweiz 2017, in: BFS aktuell, Themenbereich 03 Arbeit und Erwerb, Neuchâtel 2019

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Arztpraxen und ambulante Zentren 2017: Tätigkeit, Zugänglichkeit und räumliche Verteilung – Statistik der Arztpraxen und ambulanten Zentren (MAS), in: BFS aktuell, Themenbereich 14 Gesundheit, Neuchâtel, Oktober 2019.

BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Spitalpersonal 2013, in: BFS aktuell, Themenbereich 14 Gesundheit, Neuchâtel 2015.

CARDINAUX BASILE, Kommentierung von Art. 110 BV, in: Waldmann Bernhard u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015.

CIRIGLIANO LUCA, EGGER CORINNE, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts, in: Jusletter 3. September 2018.

DOLDER PETER, Nationaler Versorgungsbericht für die Gesundheitsberufe – Nachwuchsbedarf und Massnahmen zur Personalsicherung auf nationaler Ebene (Hrsg. GDK und OdASanté), Bern 2016.

DRECHSLER CHRISTIAN, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in: AJP 2010 S. 314–324.

FUCHS-FROHNHOFEN PAUL, SCHEEN SARAH, METZEN DOROTHEA, BESSIN CLAUDIA, HAMMANN GEORG, PALM GERD, BOGERT BERND, Handlungsanregung für eine gelingende Verhältnisprävention in der stationären Altenpflege: «Gesunde Arbeitsbedingungen in Pflegeeinrichtungen», Würselen 2019.

GÄCHTER THOMAS, Arbeitsschutz, Arbeitsgesetz und beigeordnete Erlasse, in: Poledna Tomas/Kieser Ueli (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VIII, Basel 2005, S. 291–373 (*zit. SBVR*).

GÄCHTER THOMAS, Kommentierung von Art. 110 BV, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich 2014.

GÄCHTER THOMAS, RÜTSCH BERNHARD, Gesundheitsrecht, Ein Grundriss für Studium und Praxis, 4. Auflage, Basel 2018.

GÄCHTER THOMAS, WERDER GREGORI, Gesundheitsberufe 2020 – eine stille Revolution? in: Pflegerecht 2019, S. 2–12.

GÄCHTER THOMAS, WERDER GREGORI, Kommentierung von Art. 41 BV, in: Waldmann Bernhard u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015.

GEISER THOMAS, Arbeitsvertragsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, in: recht 1996, S. 28–34 (*zit. Weiterbildung*).

GEISER THOMAS, Arbeitsgesetz, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian, Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018, S. 635–684 (*zit. Arbeitsgesetz*).

GEISER THOMAS, MÜLLER ROLAND, PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2019.

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen, in: ZSR Band 137 (2018) II, S. 155–238.

- GREBSKI LUKASZ, Der öffentlich-rechtliche Gesamtarbeitsvertrag, Diss. Zürich, Bern 2021.
- GREUB UELI, Personalverleih, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2018, S. 607–634.
- HÄMMIG OLIVER, Gesundheit von Beschäftigten in Gesundheitsberufen, hrsg. vom Institut für Epidemiologie, Biostatistik und Prävention der Universität Zürich, 2018, Internet: <https://www.gesundheitsfoerderung-zh.ch/Resources/Persistent/f/4/2/8/f4281e97ed5ef5c0a385da6f45c9de69d8f8d334/Gesundheitsbericht2018.pdf>.
- HELBLING PETER, Gesamtarbeitsverträge (GAV) für den Staatsdienst, in: AJP 1998 S. 899–916.
- HENSCH ANGELA, Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, in: Pflegerecht 2012 S. 11–27.
- HIRSIGER RENÉ, Kommentierung von Art. 23–28, in: Blesi Alfred u.a., Kurkommentar ArG, Basel 2018.
- KLEY ANDREAS, SEGESSEMANN TIM, Ungenügende Personalausstattung verletzt Grundrechte in Schweizer Langzeiteinrichtungen, in: Pflegerecht 2018, S. 220–233.
- LEONI-SCHEIBER CLAUDIA, MÜLLER STAUB MARIA, «Nurse-to-patient ratio» und Skill- und Grade-Mix: Folgen des Pflegefachperson/Patienten-Verhältnisses und der Personalzusammensetzung, in: Pflegerecht 2018 S. 234–242.
- LOBSIGER MICHAEL, LIECHTI DAVID, Berufsaustritte und Bestand von Gesundheitspersonal in der Schweiz. Eine Analyse auf Basis der Strukturhebungen 2016–2018 (Obsan Bericht 1/2021), Neuchâtel, 2021.
- MERÇAY CLÉMENCE, GRÜNIG ANNETTE, DOLDER PETER, Gesundheitspersonal in der Schweiz – Nationaler Versorgungsbericht 2021. Bestand, Bedarf, Angebot und Massnahmen zur Personalsicherung (Obsan Bericht 03/2021), Neuchâtel, 2021.
- MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Auflage, Zürich 2013.
- MÜLLER ROLAND A., MADUZ CHRISTIAN, OFK ArG Kommentar, 8. Auflage, Zürich 2017.
- PARL. VERWALTUNGSKONTROLLE, Die Rolle des Bundes bei der Qualitätssicherung nach KVG, Bericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 5. September 2007, BBl 2008, S. 7797 ff.

- PETRIK ANDREAS, Ist Umkleidezeit Arbeitszeit? In: *Pflegerecht* 2019, S. 144–149.
- PLÜSS SONJA, Crew Resource Management in Healthcare – Nice to Have or Need to Have? Eine juristische, medizinische und ethische Auseinandersetzung zum Thema Sicherheitsmanagement im Gesundheitswesen, Diss. Zürich, Zürich 2021.
- POLEDNA TOMAS, Kommentierung von Art. 117 BV, in: Ehrenzeller Bernhard u.a. (Hrsg.), *St.Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Auflage, Zürich 2014.
- REHBINDER MANFRED, STÖCKLI JEAN-FRITZ, Kommentierung der Art. 319–330b OR, in: *Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR*, Berner Kommentar, Bern 2010.
- RÜTSCHKE BERNHARD, PICECCHI DARIO, Kommentierung von Art. 39 KVG, in: Blechta Gabor-Paul u.a. (Hrsg.), *Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz*, Basel 2020.
- SCHAUB LUKAS, CIRIGLIANO LUCA, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate: Analyse und Forderungen unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Konvention Nr. 81, in: *ARV* 3/2020, S. 183–200.
- SCHEIDEGGER HANS-ULRICH, PITTELOUD CHRISTINE, Kommentierung von Art. 6, übersetzt von Pierre Siegenthaler, in: Geiser Thomas u.a. (Hrsg.), *SHK Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz*, Bern 2005.
- SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern November 2021, (*zit. Wegleitung ArG/ArGV 1/ArGV 2*).
- SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, Bern August 2021, (*zit. Wegleitung ArGV 3/ArGV 4*).
- SENTI CHRISTOPH, Arbeitsrechtliche Vorschriften für Pflegeberufe in öffentlichen Spitälern, in: *ArbR* 2005, S. 67–91, (*zit. Spitäler*).
- SENTI CHRISTOPH, Untypischer Personalverleih, in: *AJP* 2008 S. 1498–1508, (*zit. Personalverleih*).
- STAEHELIN ADRIAN, Kommentar zu Art. 328 OR, in: *Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Zürich 2006.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz – Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss. Zürich, Zürich 2013, (*zit. Schutz*).

STEIGER-SACKMANN SABINE, Grundlagen und Tücken von Stresshaftungsklagen, in: AJP 6/2017, S. 729–738, (zit. *Stresshaftungsklagen*).

STEIGER-SACKMANN SABINE, Anspruch auf Änderung des Arbeitspensums: Anregungen zur Stärkung der Zeitsouveränität von Arbeitnehmenden, in *sui generis* 2018, S. 237–254, (zit. *Arbeitspensum*).

STOCKER DÉsirÉE, JÄGGI JOLANDA, KÜNZI KILIAN, GOEBEL SVEN, ZUMSTEIN, NINA, Fachkräfte-Erhalt in der Langzeitpflege – Ansätze zur Gestaltung attraktiver Arbeitsbedingungen. Ein Handlungsleitfaden für Alters- und Pflegeheime, Spitex-Organisationen und Beratende, Arbeitspapier 51, Gesundheitsförderung Schweiz, Bern und Lausanne, 2020.

STREIFF ULLIN, VON KAENEL ADRIAN, RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.

SUBILIA OLIVIER, Kommentierung von Art. 26, 36a ArG, übersetzt von Corinne Mathieu, in: Geiser Thomas u.a. (Hrsg.), SHK Stämpflis Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

TSCHUDI HANS PETER, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, hrsg. vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund, Bern 1985.

TSCHUDI HANS-PETER, GEISER THOMAS, WYLER RÉMY, Einleitung, in: Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, SHK Stämpflis Handkommentar, Bern 2005.

UHLMANN FELIX, Kommentierung von Art. 27 BV, in: Waldmann Bernhard u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015.

VISCHER FRANK, ALBRECHT ANDREAS C., Der Arbeitsvertrag, Art. 356–360f OR, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Band V 2c, 4. Aufl., Zürich 2006.

WIRTHLIN MARTIN, Dienstrecht im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und Privatrecht, in: ZBJV 155/2019 S. 57–78.

WOHLWEND MARC, Gesundheitsschutz auf COVID-19-Stationen, in: Jusletter 4. Mai 2020.

ZÚÑIGA FRANZISKA, FAVEZ LAURIANE, BAUMANN SONJA u.a., Personal und Pflegequalität in Pflegeinstitutionen in der Deutschschweiz und Romandie, Schlussbericht SHURP 2018, Basel 2021.