

Dokument	Pflegerecht 2018 S. 90
Autor	Andreas Petrik
Titel	Arbeitsbedingungen in der Pflege
Seiten	90-98
Publikation	Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie
Herausgeber	Hardy Landolt, Brigitte Blum-Schneider, Peter Breitschmid, Thomas Gächter, Heidrun Gattinger, Ueli Kieser, Julian Mausbach, Peter Mösch Payot, Kurt Pärli, Helena Zaugg
ISSN	2235-2953
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Arbeitsbedingungen in der Pflege



Andreas Petrik

Lic. iur., Rechtsanwalt, St. Gallen und Winterthur

I. Einleitung

Eine Tätigkeit im Gesundheitsbereich stellt an die Mitarbeitenden regelmässig hohe Anforderungen. Die tägliche Arbeit mit Personen, die in ihrer Gesundheit beeinträchtigt sind, und auch den Angehörigen, verlangt volles Engagement. Nicht nur die Sicherstellung der Motivation für die tägliche Arbeit an und mit den Menschen, sondern auch der angesichts der demografischen Entwicklung immer grössere Bedarf an Pflegekräften macht eine Auseinandersetzung mit den Arbeitsbedingungen in der Pflege notwendig.

Im politischen Fokus stehen vorab die Fragen des Fachkräftemangels und der steigenden Gesundheitskosten. Die Angemessenheit oder gar eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen ist jedoch kaum ein Thema. Dass die Arbeitsbedingungen im Zuge der aktuellen Entwicklungen nicht ausser Acht gelassen werden dürfen, wird vor allem vonseiten der Pflegenden selbst thematisiert. Zum Ausdruck gebracht wird dieses Anliegen unter anderem im Rahmen der Volksinitiative für eine starke Pflege.¹

Im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen stellen sich im Bereich der Pflege besondere Fragen. So geht der durchgehende Betrieb mit der Notwendigkeit von Nacht- und Piktettdiensten sowie Sonntagsarbeit einher. Den besonderen Anforderungen begegnet der Verordnungsgeber² mit Sonderlösungen, die einerseits eine

¹ Im Initiativtext wird unter anderem eine angemessene Abgeltung der Pflegeleistungen gefordert (der Initiativtext ist abrufbar unter <http://www.pflegeinitiative.ch> [besucht am 4. April 2018]).

² Die vom Arbeitsgesetz abweichenden Bestimmungen betreffend die Arbeitszeit für bestimmte Betriebsarten finden sich in der vom Bundesrat erlassenen Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz, weshalb es sich um den Verordnungs- und nicht um den Gesetzgeber handelt.



flexiblere Handhabung der allgemeinen Vorschriften und andererseits einen hinreichenden Schutz der Beschäftigten sicherstellen sollen.

Solche besonderen Regelungen gelten für verschieden Kategorien von Betrieben. Für die vorliegend interessierenden Pflegeberufe sind drei in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV2) genannte Betriebsarten von Bedeutung. Gemäss Art. 15 Abs. 2 ArGV2 handelt sich bei «Krankenanstalten und Kliniken» um ärztlich betreute Einrichtungen der Behandlung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen und der Betreuung von Wöchnerinnen. Eine weitere Kategorie bilden die «Heime und Internate» (Art. 16 ArGV2). Schliesslich gelten auch für Spitex-Betriebe gemäss Art. 17 ArGV2 besondere Vorschriften.

Die Unterstellung unter den Anwendungsbereich der ArGV2 bedeutet jedoch nicht eine einheitliche Lösung für die Angestellten aller genannten Kategorien; die Anwendbarkeit der besonderen Arbeitszeitvorschriften unterscheidet sich vielmehr je nach Betriebskategorie. Entsprechend gelten nicht für alle in der Pflege tätigen Personen dieselben Vorschriften. Dem wird nachfolgend Rechnung getragen, und es wird die Rechtslage für die Angestellten aller einschlägigen Betriebskategorien erläutert.

Pflegerecht 2018 S. 90, 91

Unter dem Begriff «Arbeitsbedingungen» können sämtliche Umstände im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis verstanden werden. In diesem Beitrag werden ausschliesslich die zwingenden Vorschriften des Arbeitsgesetzes ([ArG](#)) und der Ausführungsverordnungen betreffend die Arbeitszeiten, die Sonntags- und Nacharbeit sowie betreffend die Pikettdienste behandelt. Die Fokussierung auf die erwähnten Regelungsbereiche ist insofern gerechtfertigt, als diese in der Praxis von weitgehender Bedeutung sind. Ziel des Beitrages ist die praxisnahe Erläuterung der einschlägigen Regelungen.

Nicht Gegenstand des Beitrages sind die Arbeitsbedingungen von öffentlich-rechtlichen Institutionen ohne Rechtspersönlichkeit und die gesamtarbeitsvertraglichen Regelungen. Für Angestellte von öffentlich-rechtlichen Institutionen ohne Rechtspersönlichkeit findet das einschlägige Personalrecht Anwendung. Gesamtarbeitsvertragliche Regelungen gelten für einzelne Institutionen (bspw. GAV für die Zuger Kantonsspital AG) oder für mehrere Spitäler in einem Kanton (bspw. GAV Berner Spitäler und Kliniken).³

II. Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes

Damit die Vorschriften des Arbeitsgesetzes zur Anwendung gelangen, muss der Anwendungsbereich in persönlicher, betrieblicher und örtlicher Hinsicht eröffnet sein. Im Zusammenhang mit dem örtlichen Anwendungsbereich sind im Bereich der Pflege kaum Konstellationen denkbar, die zu rechtlichen Fragen führen würden.

A. Betrieblicher Anwendungsbereich

In betrieblicher Hinsicht erstreckt sich der Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes gemäss [Art. 1 Abs. 1 ArG](#) auf alle öffentlichen und privaten Betriebe, wobei [Art. 2 ArG](#) Ausnahmen vom betrieblichen Anwendungsbereich vorsieht. Gemäss [Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG](#) sind die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom betrieblichen Geltungsbereich ausgenommen.

Von dieser Ausnahme gibt es wiederum Gegenausnahmen. Gemäss [Art. 3a lit. a ArG](#) findet der Ausschluss keine Anwendung für die Vorschriften des Gesundheitsschutzes. In diesem Sinne hält auch [Art. 71 lit. b ArG](#) fest, dass von den Vorschriften des [ArG](#) betreffend Gesundheitsschutz bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen nur zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden darf.

[Art. 71 lit. b ArG](#) sieht jedoch nicht nur in Bezug auf den Gesundheitsschutz die Unterstellung der Verwaltungen unter das Arbeitsgesetz vor, sondern auch in Bezug auf die Arbeits- und Ruhezeiten. Die Ausführungsbestimmungen zu den Arbeits- und Ruhezeiten finden sich in der ArGV1. Für öffentliche Anstalten und Körperschaften sieht Art. 7 ArGV1 abweichend vom [ArG](#) vor, dass die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen keine Anwendung auf öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften ohne Rechtspersönlichkeit finden.

Ob einem Heim oder einem Spital Rechtspersönlichkeit zukommt und die Einrichtung damit dem Arbeitsgesetz unterstellt ist, entscheidet sich aufgrund der einschlägigen kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Bestimmungen. Viele Kantone haben ihren Spitalern weiter gehende Freiheiten

³ Eine Übersicht über die Gesamtarbeitsverträge im Bereich des Gesundheitswesens findet sich unter <http://www.gav-service.ch/search/Gesundheitswesen/> (besucht am 28. März 2018).



eingerräumt und sie mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet.⁴ Soweit dies geschehen ist, fallen die Spitäler nicht unter die Bestimmung von Art. 7 ArGV1, und die Vorschriften des Arbeitsgesetzes über die Arbeits- und Ruhezeiten finden Anwendung.

B. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht ist das Arbeitsgesetz auf alle Arbeitnehmenden anwendbar. Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich finden sich in [Art. 3 ArG](#). Eine erste Ausnahme, die im vorliegenden Kontext interessiert, sind die höheren leitenden Angestellten gemäss [Art. 3 lit. d ArG](#). In Art. 9 ArGV1 wird diesbezüglich präzisiert, dass eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung im Betrieb sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder eines Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann».

Gemäss Rechtsprechung liegt eine höhere leitende Tätigkeit vor, wenn einer Person Entscheidungsbefugnisse betreffend Angelegenheiten zukommen, «die das Unternehmen als Ganzes oder einen bedeutenden Teil davon in seiner Entwicklung oder seiner

Pflegerecht 2018 S. 90, 92

Struktur nachhaltig beeinflussen»⁵. Die Zuordnung muss fallbezogen erfolgen, wobei Ausnahmebestimmungen immer restriktiv auszulegen sind. Entscheidend ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit unter Berücksichtigung der Unternehmensgrösse, nicht relevant sind hingegen Kriterien wie Funktionsbezeichnung oder Ausbildungsgrad.⁶

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung kann festgehalten werden, dass in der Pflege tätige Personen in der Regel keine «höheren leitenden Tätigkeiten» im Sinne des Arbeitsgesetzes ausüben. Die gilt auch etwa für Personen, die im Bereich der Pflege mit Führungsaufgaben betraut sind. Vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen sind in aller Regel lediglich mit der Geschäftsführung betraute Personen.

[Art. 3 ArG](#) sieht weitere allenfalls im Kontext der Pflegeberufe interessierende Ausnahmen vom persönlichen Anwendungsbereich vor. Gemäss lit. d sind auch Arbeitnehmer, die eine wissenschaftliche Tätigkeit ausüben, vom Anwendungsbereich ausgenommen. Schliesslich sind die Vorgaben des Arbeitsgesetzes – mit Ausnahme der Vorschriften über den Gesundheitsschutz – auf Heimarbeiter nicht anwendbar (lit. f). Unter den Begriff fallen jedoch nicht etwa Angestellte in einem Heim, sondern Arbeitnehmer, die in selber gewählten Räumlichkeiten eine gewerbliche oder industrielle Hand- oder Maschinenarbeit ausüben.⁷

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorschriften des Arbeitsgesetzes auf alle Pflegenden in privatrechtlichen Institutionen Anwendung finden. Bei öffentlich-rechtlichen Einrichtungen hängt die Anwendbarkeit davon ab, ob diese vom Gesetzgeber mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet wurden. Ausgenommen vom persönlichen Anwendungsbereich sind Personen, die auf die Entwicklung und die Struktur des Unternehmens Einfluss nehmen können.

III. Maximal zulässige Arbeitszeiten, Ruhezeiten und Pausen

A. Wöchentliche Höchstarbeitszeit

1. Überstunden, Überzeit und Gleitzeit

Die Arbeitszeit ist ein wesentlicher Aspekt der Gesamtheit der Arbeitsbedingungen. Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen der im einschlägigen Personalrecht vorgesehenen bzw. der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit und der öffentlich-rechtlich geregelten Höchstarbeitszeit. Wird die im einschlägigen Personalrecht vorgesehene bzw. die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit überschritten, liegen Überstunden vor, werden hingegen die im Arbeitsgesetz zwingend festgelegten Höchstarbeitszeiten überschritten, handelt es sich um Überzeit.

⁴ Bspw. die Kantone St. Gallen, Zürich und Thurgau.

⁵ [BGE 126 III 337, Erw. 5a.](#)

⁶ Vgl. [BGE 126 III 337, Erw. 5a.](#)

⁷ Auf solche Heimarbeiter findet das Heimarbeitsgesetz Anwendung.



Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sind Überstunden gemäss [Art. 321c Abs. 3 OR](#) mit Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren oder abzugelten, wobei ein Lohnzuschlag von mindestens 25% gesetzlich vorgesehen ist. Von dieser Bestimmung kann durch schriftliche Vereinbarung abgewichen werden. Es kann entweder die zusätzliche Abgeltung der Überstunden oder auch nur der Zuschlag von 25% vertraglich ausgeschlossen werden.

Für öffentlich-rechtlich Angestellte gelten ähnliche Regelungen wie für die privatrechtlich angestellten Personen. So sieht etwa das Personalrecht des Kantons Zürich vor, dass angeordnete, über die vereinbarte Regelarbeitszeit hinausgehende Arbeitszeit in der Regel durch Gewährung entsprechender Freizeit auszugleichen ist, wobei der Ausgleich nach Möglichkeit im gleichen Kalenderjahr zu erfolgen hat.⁸ Abweichend von der Regelung im Obligationenrecht sieht das Personalrecht des Kantons Zürich sowohl für die Abgeltung als auch für die Kompensation durch Freizeit einen Zuschlag von 25% vor.⁹

Von der Überzeit und den Überstunden ist die Gleitzeit zu unterscheiden. Bei einem positiven Gleitzeitsaldo liegt zwar auch ein Fall von Mehrarbeit vor, diese wird jedoch ohne Anordnung oder Notwendigkeit vom Arbeitnehmer freiwillig geleistet. Es liegt denn auch in seiner Verantwortung, dass ein allfälliger positiver Saldo wieder abgebaut wird. Kann ein positiver Saldo nicht bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses abgebaut werden, verfällt der Rest entschädigungslos. Eine Abgeltung erfolgt nur dann, wenn aus betrieblichen Gründen oder aufgrund von Anordnungen des Arbeitgebers kein Abbau des Stundenguthabens möglich ist.¹⁰

2. Begriff der Arbeitszeit

Der Begriff der Arbeitszeit ist im Arbeitsgesetz nicht definiert. Der Verordnungsgeber definiert Arbeitszeit in Art. 13 Abs. 1 ArGV1 als «Zeit, während der sich

Pflegerecht 2018 S. 90, 93

der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat». Abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen wird der Arbeitsweg nicht an die Arbeitszeit angerechnet.

Eine Anrechnung des Arbeitsweges an die Arbeitszeit erfolgt gemäss Art. 13 Abs. 4 ArGV1 hingegen, wenn die Arbeit an einem anderen Ort als dem vereinbarten verrichtet werden muss. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Einrichtung über mehrere Standorte verfügt und der Arbeitnehmer beispielsweise aus Kapazitätsgründen an einem anderen Standort eingesetzt wird.

Die Frage der Anrechnung an die Arbeitszeit stellt sich auch beim Besuch von Weiterbildungskursen. Nach Art. 13 Abs. 4 ArGV1 stellt die Ausbildungszeit Arbeitszeit dar, wenn die Weiterbildung auf Anordnung des Arbeitgebers oder aufgrund der beruflichen Tätigkeit von Gesetzes wegen erfolgt.

3. Wöchentliche Höchstarbeitszeit

Der Gesetzgeber legt in [Art. 9 ArG](#) die wöchentlichen Höchstarbeitszeiten fest. Für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben und für das Verkaufspersonal in Grossbetrieben gilt eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden. Gemäss [Art. 5 Abs. 2 ArG](#) gelten als industrielle Betriebe solche mit fester Anlage von dauerndem Charakter für die Herstellung, Verarbeitung oder Behandlung von Gütern oder die Erzeugung, Umwandlung oder Übertragung von Energie.¹¹ Für alle übrigen Arbeitnehmer liegt die Höchstarbeitszeit bei 50 Stunden. Das Personal von Kliniken und Spitälern sowie generell in der Pflege tätige Personen gelten als «übrige Arbeitnehmer».

Trotz der Bezeichnung als «Höchstarbeitszeiten» ist es zulässig, Arbeitsleistung über die festgelegten Grenzen hinaus zu erbringen. Gemäss [Art. 12 Abs. 1 ArG](#) darf die Höchstarbeitszeit bei dringlichen Arbeiten, bei ausserordentlichem Arbeitsandrang, für Inventaraufnahmen und ähnliche Sachverhalte oder bei Störungen des Betriebs überschritten werden. Pro Tag darf nach [Art. 12 Abs. 2 ArG](#) nicht mehr als zwei Stunden Überzeitarbeit geleistet werden, was bei unterschiedlicher täglicher Arbeitszeit zu Problemen bei

⁸ §§ 125 ff. Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich (VVO, LS 177.111); in der Verordnung wird anstelle des Begriffs «Überstunden» der Begriff «Überzeit» verwendet.

⁹ § 127 Abs. 1 VVO, diese Regelung gilt für Angestellte bis Lohnklasse 16.

¹⁰ Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich 2012, N 4 zu [Art. 321c OR](#).

¹¹ Siehe zu den zusätzlichen Merkmalen, die erfüllt sein müssen, Art. 5 Abs. 2 lit. a bis c [ArG](#).

¹² Siehe dazu Roland Müller, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 7. A. 2009, N 1 zu [Art. 12 Abs. 2 ArG](#).



der Überprüfung führen kann.¹² Festgelegt wird schliesslich ein jährliches Maximum der Überzeitarbeit, für die vorliegend interessierenden Berufsgruppen beträgt dieses 140 Stunden ([Art. 12 Abs. 2 lit. b ArG](#)).

4. Rechtsfolgen von Überzeitarbeit

Bei einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäss [Art. 13 Abs. 1 ArG](#) einen Lohnzuschlag von 25% zu entrichten. Gemäss Rechtsprechung ist nicht nur der Zuschlag, sondern auch der Grundlohn zwingend geschuldet.¹³ Bei Einverständnis des Arbeitnehmers besteht überdies die Möglichkeit der Kompensation von Überzeit durch Freizeit von gleicher Dauer ([Art. 13 Abs. 2 ArG](#)).

Wird Überzeitarbeit mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen, hat der Ausgleich innerhalb von 14 Wochen zu erfolgen, wobei diese Frist mit gegenseitigem Einverständnis auf maximal zwölf Monate verlängert werden darf ([Art. 25 Abs. 2 ArG](#)). Eine Kompensation muss gemäss Art. 8 ArGV2 i. V. m. [Art. 15 Abs. 1 ArGV 2](#) zwingend innerhalb von 26 Wochen erfolgen, falls Überzeitarbeit an einem Sonntag geleistet wird.

Besteht für die gleiche Zeitperiode Anspruch auf mehrere gesetzliche Lohnzuschläge, besteht gemäss Art. 33 Abs. 4 ArGV1 lediglich Anspruch auf den höchsten Zuschlag. Dies ist etwas der Fall, wenn an einem Sonntag Überzeitarbeit geleistet wird. [Art. 19 Abs. 2 ArG](#) sieht bei vorübergehender Sonntagsarbeit einen Lohnzuschlag von 50% vor, für die geleistete Überzeitarbeit muss in einer solchen Konstellation nicht noch ein zusätzlicher Zuschlag von 25% ausgerichtet werden.

B. Tägliche Ruhezeiten¹⁴

Der Begriff der Ruhezeit wird weder im Gesetz noch in den Verordnungen definiert. Art. 13 ArGV1 definiert die Arbeitszeit als jene Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Damit wird insofern auch der Begriff der Ruhezeit definiert, als die Zeit, die nicht Arbeitszeit ist, Ruhezeit darstellt.¹⁵ Zur Ruhezeit zählt damit auch der Arbeitsweg.¹⁶ Ausnahmen bestehen bei Arbeitnehmern, die ihre Arbeit ausnahmsweise an einem anderen Ort als dem vereinbarten Arbeitsort verrichten müssen (vgl. Art. 13

Pflegerecht 2018 S. 90, 94

Abs. 4 ArGV1), oder bei Bereitschaftsdiensten, die ausserhalb des Betriebes geleistet werden.¹⁷

Das Arbeitsgesetz schreibt in Art. 15a Abs. 1 eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden vor. Gemäss Abs. 2 kann die Ruhezeit für erwachsene Arbeitnehmer einmal in der Woche bis auf acht Stunden herabgesetzt werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird. Auch das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit und der Nacharbeit stellen Ruhezeitvorschriften im weiteren Sinne dar.¹⁸

Abweichend von [Art. 15a ArG](#) hält Art. 9 ArGV2 fest, dass die Ruhezeit bis auf neun Stunden herabgesetzt werden darf, sofern sie im Durchschnitt von zwei Wochen zwölf Stunden beträgt.¹⁹ Diese Regelung findet Anwendung auf Krankenanstalten und Kliniken (Art. 15 ArGV2) sowie Heime (Art. 16 ArGV2), nicht aber auf Spitex-Betriebe (Art. 17 ArGV2).

Für Krankenanstalten und Kliniken ist in Art. 5 ArGV2 darüber hinaus die Möglichkeit der Verlängerung des Zeitraumes der täglichen Tages- und Abendarbeit auf 17 Stunden unter Einschluss der Pausen vorgesehen, sofern im Durchschnitt einer Kalenderwoche eine tägliche Ruhezeit von mindestens zwölf

¹³ [BGE 126 III 337, Erw. 6.](#); in der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass lediglich ein zwingender Anspruch auf den Zuschlag, nicht aber der auf den Grundlohn bestehe (bspw. Müller [Fn. 12], N. 1 zu [Art. 13 Abs. 1 ArG](#)).

¹⁴ Die jährliche Ruhezeit ist als privatrechtlicher Ferienanspruch im Obligationenrecht (Art. 329a bis [Art. 329e OR](#)) geregelt.

¹⁵ Adrian von Kaenel, Handkommentar Arbeitsgesetz, N 6 zu [Art. 9 ArG](#), 1. A. 2005, Hrsg. Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler.

¹⁶ Vgl. dazu vorne III. A. 2.

¹⁷ Vgl. dazu hinten V. B.

¹⁸ Siehe zu den Abweichungen vom Verbot der Sonntags- und Nacharbeit für Krankenanstalten, Kliniken, Heime und Spitex-Betriebe hinten IV. A. 1. und IV. B. 2.

¹⁹ Bei zweimaliger Verkürzung der Ruhezeit auf neun Stunden ist an den übrigen Tagen innerhalb der zwei Wochen eine Ruhezeit von 12,5 Stunden zu gewähren.



aufeinanderfolgenden Stunden gewährt wird.²⁰ Bei einer Verlängerung des Zeitraumes der täglichen Arbeitszeit muss die tägliche Ruhezeit zwischen zwei Arbeitseinsätzen mindestens acht aufeinanderfolgende Stunden betragen.

C. Pausen

Das Arbeitsgesetz sieht auch betreffend Pausen eine Mindestregelung vor: gemäss [Art. 15 Abs. 1 ArG](#) muss bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb Stunden eine Pause von einer Viertelstunde, bei einer Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden eine Pause von einer halben Stunde und bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden eine Pause von einer Stunde gewährt werden.

Die gesetzliche Regelung stellt auf die Dauer des ununterbrochenen Arbeitseinsatzes ab. Dies hat zur Folge, dass sich die zeitliche Lage der Pausen ihrerseits auf den Pausenanspruch auswirken kann: Falls vor oder nach einer Pause ein Arbeitseinsatz mehr als fünfeinhalb Stunden dauert, besteht – unabhängig von der Gesamtdauer des Arbeitseinsatzes – Anspruch auf eine Pause von einer Viertelstunde. Betreffend die Lage der Pause schreibt Art. 18 Abs. 2 vor, dass diese um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen ist.

Nicht durch das Arbeitsgesetz geregelt wird hingegen die Frage, ob Pausen entlohnt werden müssen. [Art. 15 Abs. 2 ArG](#) hält lediglich fest, dass Pausen als Arbeitszeit gelten, wenn die Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn auf einer Intensivstation die Vitalwerte der Patienten auch während der Pause überwacht werden müssen – und der Arbeitsplatz deshalb nicht verlassen werden darf. Kann der Arbeitsplatz verlassen werden, ist die Frage der Bezahlung der Pausenzeit auf Grundlage des Arbeitsvertrages oder des einschlägigen Personalrechts zu beantworten.

Im Pflegebereich kann es auch vorkommen, dass der Arbeitsplatz zwar verlassen werden darf, aber dennoch die jederzeitige Erreichbarkeit sichergestellt werden muss. Unter der Voraussetzung, dass dem Erholungszweck genügend Rechnung getragen wird, gelten diese Zeiten nicht als Arbeitszeit, da das Gesetz ausschliesslich daran anknüpft, ob der Arbeitsplatz verlassen werden darf oder nicht.

D. Maximale tägliche Arbeitszeit

Das Arbeitsgesetz kennt keine ausdrückliche Regelung der täglichen Höchstarbeitszeit. Eine Regelung ist lediglich ausnahmsweise vorgesehen. Tägliche Höchstarbeitszeiten sind für bestimmte Personengruppen wie Jugendliche oder schwangere und stillende Frauen vorgesehen.²¹ Ausdrückliche Regelungen finden sich auch im Zusammenhang mit besonders geregelten Arbeitszeitsystemen²² und für Arbeitnehmer mit risikobehafteter Tätigkeit, wie etwa Chauffeure und Flugzeugbesatzungen.

Die maximal zulässige tägliche Arbeitszeit ergibt sich indirekt aus der Regelung betreffend die Höchstdauer der Arbeitseinsätze unter Einschluss der Pausen. Nach [Art. 10 Abs. 3 ArG](#) muss die Tages- und Abendarbeit mit Einschluss der Pausen und der Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen.²³ Nicht geklärt ist die Frage, ob mit der Festlegung der Pausenzeitpunkte auf die sich aus [Art. 10 Abs. 3 ArG](#) ergebende maximale Arbeitszeit Einfluss genommen werden

Pflegerecht 2018 S. 90, 95

kann. Nach der einen Ansicht besteht bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden gemäss [Art. 15 Abs. 1 lit. c ArG](#) Anspruch auf eine Pause von einer Stunde. Wird die verbleibende Arbeitszeit durch zwei geteilt, ergeben sich zwei Blöcke à sechseinhalb Stunden, was wiederum einen Pausenanspruch von je einer Viertelstunde bedeutet ([Art. 15 Abs. 1 lit. a ArG](#)). Bei dieser Berechnungsart beträgt die tägliche Höchstarbeitszeit zwölfteinhalb Stunden.²⁴ Eine tägliche Arbeitszeit von dreizehn Stunden ergibt sich hingegen dann, wenn die Pausen so gelegt werden, dass entweder einmal eine halbe Stunde und zweimal

²⁰ Bei einmaliger Verlängerung des Arbeitszeitraums auf 17 Stunden beträgt die Ruhezeit für die übrigen Tage der Woche 12,6 Stunden.

²¹ Vgl. dazu [Art. 31 ArG](#) und Art. 60 ArGV1.

²² Im vorliegenden Zusammenhang ist die Nachtarbeit zu erwähnen, vgl. dazu nachfolgend IV. B. 2.

²³ Siehe zur maximalen Arbeitsdauer bei Nachtarbeit nachstehend IV. B. 2.

²⁴ Es ergibt sich folgende mögliche Abfolge von Arbeitszeit und Pausen: 3,25 Stunden Arbeit, 0,25 Stunden Pause, 3 Stunden Arbeit, 1 Stunde Pause, 3,25 Stunden Arbeit, 0,25 Stunden Pause, 3 Stunden Arbeit.

²⁵ Es ergibt sich folgenden mögliche Abfolge von Arbeitszeit und Pausen: 3 Stunden Arbeit, 0,25 Stunden Pause, 3,5 Stunden Arbeit, 0,5 Stunden Pause, 3,5 Stunden Arbeit, 0,25 Stunden Pause, 3 Stunden Arbeit.



eine Viertelstunde oder zweimal eine halbe Stunde gewährt werden.^{25, 26} Die Frage, ob mittels Festlegung der Pausenzeitpunkte die maximale tägliche Arbeitszeit beeinflusst werden kann, kann sich auch im Fall einer Verlängerung des Zeitraumes der Tages- und Abendarbeit in Krankenanstalten und Kliniken auf siebzehn Stunden gemäss Art. 15 Abs. 1 ArGV2 i. V. m. Art. 5 ArGV2 stellen.

IV. Sonntags- und Nachtarbeit

A. Sonntagsarbeit

1. Zulässigkeit und Rahmenbedingungen

Das Arbeitsgesetz verbietet dem Grundsatz nach die Sonntagsarbeit, wobei als Sonntag die Zeit zwischen Samstag 23.00 Uhr und Sonntag 23.00 Uhr gilt ([Art. 18 Abs. 1 ArG](#)). [Art. 19 ArG](#) Abs. 1 sieht die Bewilligungspflicht für Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit vor. Art. 4 ArGV2 nimmt Spitäler (Art. 15 Abs. 1 ArGV2), Heime (Art. 16 Abs. 1 ArGV2) und Spitex-Betriebe (Art. 17 Abs. 1 ArGV2) wiederum von der Bewilligungspflicht aus.

Angestellten in Spitälern und Heimen müssen im Kalenderjahr mindestens zwölf freie Sonntage gewährt werden (Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 2 ArGV2). Diese Sonderregelung gilt jedoch nicht für Mitarbeiter in Spitex-Betrieben. Diesen muss innert zwei Wochen wenigstens einmal ein ganzer Sonntag als wöchentlicher Ruhetag freigegeben werden, wobei dem freien Sonntag die tägliche Ruhezeit unmittelbar vor- oder nachgelagert sein muss ([Art. 20 Abs. 1 ArG](#)). Der wöchentliche Ruhetag und die tägliche Ruhezeit müssen zusammen mindestens 35 aufeinanderfolgende Stunden ergeben (Art. 21 Abs. 1 ArGV1).

Im Zusammenhang mit der Sonntagsarbeit stellt sich die Frage, wie viele Tage ein Mitarbeiter hintereinander beschäftigt werden darf. In Spitälern und Heimen beschäftigte Personen dürfen während sieben aufeinanderfolgenden Tagen beschäftigt werden. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die tägliche Arbeitszeit im Zeitraum der Tages- und Abendarbeit nicht mehr als neun Stunden beträgt, die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird und dass unmittelbar im Anschluss an den siebten Tag mindestens 83 aufeinanderfolgende Stunden frei gewährt werden ([Art. 15 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 ArGV 2](#) i. V. m. Art. 7 Abs. 2 ArGV2). Für Mitarbeiter in Spitex-Betrieben gilt hingegen die Regelung, wonach bei einer Beschäftigung am Sonntag insgesamt nicht mehr als sechs aufeinanderfolgende Tage gearbeitet werden darf (Art. 21 Abs. 3 ArGV1).

2. Rechtsfolgen bei Sonntagsarbeit

Das Arbeitsgesetz unterscheidet betreffend die Frage der Ersatzruhezeit bei Sonntagsarbeit danach, ob die Sonntagsarbeit fünf Stunden oder länger gedauert hat. Im ersteren Fall muss die Sonntagsarbeit durch Freizeit ausgeglichen werden, im zweiten Falls muss in der vorangehenden oder in der nachfolgenden Woche im Anschluss an die tägliche Ruhezeit ein auf einen Arbeitstag fallender Ersatzruhetag von mindestens 24 aufeinanderfolgenden Stunden gewährt werden ([Art. 20 Abs. 2 ArG](#)). Die Regelung findet mangels Vorhandensein einer Ausnahmeregelung Anwendung auf Angestellte von Spitex-Betrieben.

In Spitälern und Heimen im Bereich der Pflege beschäftigten Personen muss in den Wochen ohne freien Sonntag im Anschluss an die tägliche Ruhezeit eine wöchentliche Ruhezeit von 36 aufeinanderfolgende Stunden gewährt werden (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 ArGV2).

Ob bei Sonntagsarbeit zusätzlich zum Lohn Anspruch auf einen Zuschlag besteht, hängt gemäss Art. 19 Abs. 3 Satz 2 davon ab, ob in einem Betrieb bloss vorübergehend oder dauernd an Sonntagen gearbeitet wird. Nach Art. 40 Abs. 3 lit. a ArGV1 ist die Sonntagsarbeit vorübergehend, wenn sie nicht an mehr als sechs Sonntagen stattfindet. Für vorübergehende Sonntagsarbeit ist in Art. 19 Abs. 3 Satz 2 ein Lohnzuschlag von 50% vorgesehen. Wird in einem Betrieb dauernd Sonntagsarbeit geleistet, besteht auf Grundlage des Arbeitsgesetzes kein Anspruch auf einen Lohnzuschlag. Ein solcher kann vertraglich vereinbart oder im einschlägigen Personalrecht vorgesehen sein.

Pflegerecht 2018 S. 90, 96

²⁶ Vgl. zum ganzen Abschnitt Roger Rudolph/Adrian von Kaenel, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, in: [AJP 2012, S. 201](#).



B. Abend- und Nachtarbeit

1. Begriff der Nachtarbeit

Was unter dem Begriff «Nachtarbeit» zu verstehen ist, ergibt sich aus der Definition von Tages- und Abendarbeit. Gemäss [Art. 10 Abs. 1 ArG](#) gilt die Arbeit von 6.00 bis 20.00 Uhr als Tagesarbeit und jene, die von 20.00 bis 23.00 Uhr geleistet wird, als Abendarbeit. Der Beginn der Tagesarbeit und das Ende der Abendarbeit können nach Anhörung der Arbeitnehmervertretung oder der Arbeitnehmer bei gleichbleibender Gesamtdauer der Tages- und Abendarbeit um eine Stunde vor- oder nachverschoben werden ([Art. 10 Abs. 2 ArG](#)). Als Nachtarbeit gilt gemäss [Art. 16 Abs. 1 ArG](#) die Arbeit, die ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit geleistet wird.

2. Zulässigkeit der Nachtarbeit

[Art. 16 ArG](#) statuiert ein Verbot der Nachtarbeit, in [Art. 17 ArG](#) ist jedoch vorgesehen, dass sowohl vorübergehende als auch dauernde Nachtarbeit bewilligt werden kann. Spitäler (Art. 15 Abs. 1 ArGV2), Heime (Art. 16 Abs. 1 ArGV2) und Spitex-Betriebe (Art. 17 Abs. 1 ArGV2) sind gemäss Art. 4 Abs. 1 ArGV2 von der Bewilligungspflicht ausgenommen.

[Art. 17a ArG](#) hält den Grundsatz fest, wonach bei Nachtarbeit die tägliche Arbeitszeit neun Stunden nicht überschreiten darf und unter Einschluss der Pausen innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen muss. Wird in höchstens drei von sieben aufeinanderfolgenden Nächten gearbeitet, darf die Arbeitszeit unter gewissen Voraussetzungen zehn Stunden innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden betragen. Die Voraussetzungen unterscheiden sich danach, ob dauernd und regelmässig oder bloss vorübergehend Nachtarbeit geleistet wird.

Wird dauernd und regelmässig Nachtarbeit geleistet ist eine solche Verlängerung der Nachtarbeit zulässig, wenn der Arbeitnehmer unter anderem keinen ausserordentlichen physischen oder psychischen Belastungen ausgesetzt ist, die Organisation des Arbeitseinsatzes den Erhalt der Leistungsfähigkeit sicherstellt, die Eignung medizinisch festgestellt worden ist und die effektiv zu leistende Arbeitszeit innert 24 Stunden zehn Stunden nicht überschreitet (Art. 29 Abs. 1 ArGV1). Eine Verlängerung der Einsätze bei vorübergehender Nachtarbeit ist demgegenüber auch dann zulässig, wenn mit der Arbeit ausserordentliche physische oder psychische Belastungen einhergehen. Weiter muss auch die Eignung nicht medizinisch abgeklärt werden. Als zusätzliche Voraussetzung ist jedoch die Einwilligung des Arbeitnehmers vorgesehen (Art. 29 Abs. 2 ArGV2). Mangels Anwendbarkeit der Vorschriften der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz gelten diese Regelungen für Spitex-Betriebe.

Für Heime und Spitäler sieht Art. 10 ArGV2 vor, dass auch während mehr als drei von sieben aufeinanderfolgenden Nächten Arbeit geleistet werden darf. Gemäss Art. 10 Abs. 2 darf Nachtarbeit in einem Zeitraum von zwölf Stunden geleistet werden, wenn darauf mindestens zwölf Stunden Ruhezeit folgen, die Gelegenheit besteht, sich hinzulegen, die Arbeitszeit höchstens zehn Stunden beträgt und ein grosser Teil davon reine Präsenzzeit ist oder während höchstens acht Stunden tatsächlich gearbeitet wird, wobei die gesamten zwölf Stunden als Arbeitszeit gelten. Beträgt die tägliche Arbeitszeit im Durchschnitt einer Kalenderwoche nicht mehr als neun Stunden, kann sogar während elf Stunden innerhalb eines Zeitraumes von dreizehn Stunden Nachtarbeit geleistet werden ([Art. 10 Abs. 4 ArG](#)). Wird ausschliesslich Nachtarbeit geleistet, darf gemäss Art. 10 Abs. 5 ArGV2 während höchstens sechs von sieben Nächten gearbeitet werden.

3. Rechtsfolgen der Nachtarbeit

Die Rechtsfolgen der Nachtarbeit richten sich nach der Häufigkeit der Nachtdienste. Bei vorübergehender Nachtarbeit besteht Anspruch auf einen Lohnzuschlag von mindestens 25% ([Art. 17b Abs. 1 ArG](#)), bei dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit sieht das Gesetz einen Zeitzuschlag von 10% vor ([Art. 17b Abs. 2 ArG](#)). Gemäss Art. 31 Abs. 1 ArGV1 handelt es sich um dauernde bzw. regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit, wenn sie an 25 und mehr Nächten pro Kalenderjahr geleistet wird.

Der Zeitzuschlag bei dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit bedeutet, dass ein Teil der Nachtarbeit durch zusätzliche Ruhezeit kompensiert wird. Diese zusätzliche Ruhezeit ist grundsätzlich innerhalb eines Jahres zu gewähren (Art. 17b Abs. 2 Satz 2). Kein Anspruch auf einen solchen Zeitzuschlag besteht, wenn die durchschnittliche betriebliche Schichtdauer einschliesslich der Pausen sieben Stunden nicht überschreitet, die Person, die Nachtarbeit leistet, nur in vier Nächten pro Woche beschäftigt wird oder gestützt auf eine andere Rechtsgrundlage gleichwertige Ausgleichsruhezeiten gewährt werden ([Art. 17b](#)



[Abs. 3 ArG](#)). Der Ausgleich kann auch als Lohnzuschlag gewährt werden, wenn regelmässig nur während höchstens einer Randstunde Nacharbeit geleistet wird (Art. 17b 2 Satz 3 [ArG](#)).

V. Pikettdienste

A. Begriffe

Der Begriff Pikettdienste umfasst zum einen die Bereitschaftsdienste, die ausserhalb des Betriebes geleistet werden (Rufbereitschaft), und zum anderen jene,

Pflegerecht 2018 S. 90, 97

die im Betrieb geleistet werden (Arbeitsbereitschaft). Beiden Arten von Bereitschaftsdienst ist gemeinsam, dass eine Einsatzpflcht besteht und der Arbeitnehmer damit verpflichtet ist, bei erfolgtem Abruf seine Arbeitsleistung zu erbringen.²⁷

B. Dauer und Häufigkeit

Die für sämtliche Betriebe anwendbare Regelung sieht vor, dass in einem Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tage Pikettdienst geleistet werden darf und im Anschluss an einen geleisteten Dienst während zwei Wochen kein weiterer Pikettdienst geleistet werden darf (Art. 14 Abs. 2 ArGV1). Ausnahmsweise dürfen innerhalb von vier Wochen während zwei Wochen Pikettdienste geleistet werden. Dafür wird vorausgesetzt, dass aufgrund der betrieblichen Grösse und Struktur keine genügenden Personalressourcen zu Verfügung stehen und im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf Einsätze während des Bereitschaftsdienstes erfolgen (Art. 14 Abs. 3 ArGV1).

Gemäss Art. 15 Abs. 1 ArGV1 stellt Pikettdienst, der innerhalb des Betriebes geleistet wird, Arbeitszeit dar. Wird Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet, werden lediglich die tatsächlichen Einsätze an die Arbeitszeit angerechnet, wobei auch die Wegzeit zu und von der Arbeit als Arbeitszeit gilt (Art. 15 Abs. 2 ArGV1).

Diese Vorschriften gelten für das Pflegepersonal in Heimen und in Spitex-Betrieben. Für Spitäler sind in der ArGV2 abweichende Regelungen festgelegt (Art. 15 Abs. 1 ArGV2 i. V. m. Art. 8a ArGV2). Für Angestellte in Spitälern wird ebenfalls danach unterschieden, ob der Pikettdienst innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet wird. Die Leistung von Pikettdiensten innerhalb des Betriebes kann sich entweder aufgrund einer Weisung der Arbeitgeberin oder aufgrund einer kurzen Interventionszeit ergeben. Die Regelung für Pflegenden in Spitälern unterscheidet sich insofern von den allgemeinen Vorschriften der ArGV1, als bei Pikettdiensten, die innerhalb des Betriebes geleistet werden, auch nicht in Ausnahmefällen während zwei innerhalb von vier Wochen Pikettdienst geleistet werden darf, sondern in jedem Fall höchstens während sieben Tagen innerhalb von zwei Wochen solche Dienste geleistet werden dürfen (Art. 8a Abs. 4 ArGV2 i. V. m. Art. 8a Abs. 2 und 3 ArGV2).

Die gesetzliche Regelung, wonach bei Pikettdiensten innerhalb des Betriebes auch die inaktive Zeit Arbeitszeit darstellt, hat zur Folge, dass diese Zeit im Zusammenhang mit den Höchstarbeitszeiten und den Ruhezeiten zu berücksichtigen ist. Ausserhalb des Betriebes geleistete Bereitschaftsdienste stellen – soweit die Interventionszeit mehr als 30 Minuten beträgt – keine Arbeitszeit dar. Folglich handelt es sich dabei um Ruhezeit. Gemäss [Art. 15a Abs. 1 ArG](#) muss die Ruhezeit in der Regel mindestens elf aufeinanderfolgende Stunden betragen.²⁸ Abweichend davon legt Art. 19 ArGV1 Abs. 3 fest, dass die Ruhezeit durch Piketteinsätze unterbrochen werden darf, jedoch im Anschluss an den Einsatz nachgewährt werden muss. Falls aufgrund der Einsätze die Ruhezeit weniger als vier aufeinanderfolgende Stunden dauert, muss im Anschluss an den letzten Einsatz die gesamte Ruhezeit von elf Stunden nachgewährt werden.

C. Rechtsfolgen

1. Vergütung

Kommt es während des Pikettdienstes zu Arbeitseinsätzen, schuldet der Arbeitgeber den normalen Lohn. Fraglich ist hingegen, ob für die inaktive Zeit ein Anspruch auf Entschädigung besteht. Die Regelung, wonach Pikettdienst innerhalb des Betriebes und bei kurzer Interventionszeit auch ausserhalb des Betriebes

²⁷ Von Kaenel (Fn. 15), N 12 zu [Art. 9 ArG](#).

²⁸ Zur Möglichkeit, die Ruhezeiten zu verkürzen, siehe III. B.



als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes gilt, hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Entschädigungsanspruch. Von Bedeutung ist es jedoch, wenn die Pikettzeit Überzeitarbeit darstellt. In diesem Fall greift die gesetzliche Regelung, wonach Anspruch auf den Grundlohn zuzüglich eines Zuschlags von 25% besteht.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung²⁹ handelt es sich bei Pikettdiensten um eine abzugeltende Arbeitsleistung.³⁰ Der Umfang der Abgeltung entspricht jedoch nicht zwingend jenem des Grundlohns. Vielmehr richtet sich die Vergütung nach einem anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag oder nach einer getroffenen Vereinbarung. Auch eine Vereinbarung, wonach Pikettdienste mit dem Lohn für die Hauptleistung abgegolten ist, ist damit möglich. Bei einem durch Gesamtarbeitsvertrag festgelegten Mindestlohn ist eine solche Abrede jedoch nicht zulässig, da damit die Hauptleistung zu tief entschädigt würde.³¹ Fehlt es an einer vertraglichen Grundlage betreffend den Umfang der Entschädigung, ist der

Pflegerecht 2018 S. 90, 98

Lohn geschuldet, der üblich ist. Lässt sich eine übliche Höhe nicht feststellen, hat der Richter nach Billigkeit zu entscheiden.³²

Die Regelungen, wonach innerhalb des Betriebes geleistete Pikettdienste und solche mit einer Interventionszeit von weniger als 30 Minuten als Arbeitszeit gelten, wirken sich direkt auf die Entschädigung aus, wenn damit die wöchentliche Höchstarbeitszeit³³ überschritten wird. Erfolgt keine Kompensation durch Freizeit, besteht neben dem Lohnanspruch auch Anspruch auf einen Zuschlag von 25%.³⁴

2. Zeitgutschrift

Für Mitarbeitende in Krankenanstalten und Kliniken – nicht aber für solche in Heimen oder Spitex-Betrieben – besteht gemäss Art. 8a Abs. 2 ArGV2 Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10% der inaktiven Zeit für ausserhalb des Betriebes geleistete Bereitschaftsdienste mit einer Interventionszeit von weniger als 30 Minuten.

VI. Schluss

Die vorangehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Regelungen des Arbeitsgesetzes unübersichtlich sind. Dies gilt bereits für die Frage des Anwendungsbereichs. Am Beispiel der öffentlich-rechtlichen Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit lässt sich das umständliche System exemplarisch aufzeigen. Angestellte solcher Betriebe sind im Grundsatz dem Arbeitsgesetz unterstellt, fallen jedoch unter die gesetzliche Ausnahmebestimmung, wonach ausnahmsweise doch keine Unterstellung erfolgt. Von der Ausnahme ausgenommen sind jedoch die Vorschriften über den Gesundheitsschutz. Ebenfalls keine Anwendung findet die Ausnahmebestimmung schliesslich auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen mit Rechtspersönlichkeit, wobei in der einschlägigen Verordnungsbestimmung der Einschluss lediglich implizit erfolgt.³⁵

Weiter kann festgehalten werden, dass bestimmte Fragen im Arbeitsgesetz und in den Ausführungsverordnungen nicht geregelt sind, was zu erheblichen Unsicherheiten im Arbeitsalltag führen kann. Oftmals sind diese Unsicherheiten dem Umstand geschuldet, dass gewisse Aspekte einer Frage den Schutz des Arbeitnehmers betreffen und andere Aspekte der Dispositionsfreiheit der Parteien unterstehen. Zu erwähnen ist etwa die Frage des Lohnzuschlages bei regelmässiger Sonntagsarbeit³⁶ oder die jene der Abgeltung von Pikettdiensten³⁷. Unklarheiten ergeben sich schliesslich aufgrund des Gesetzeswortlautes.

²⁹ [BGE 124 III 249, Erw. 3b.](#)

³⁰ Vgl. jedoch BGer [4A 523/2010 vom 22. November 2010, Erw. 6.](#), wonach bei einer bloss geringfügigen Einschränkung der Gestaltungsfreiheit durch die Leistung von Rufbereitschaft die Entschädigung vollständig entfallen könne.

³¹ [BGE 124 III 249, Erw. 3c.](#)

³² [BGE 124 III 249, Erw. 3c.](#), vgl. dazu die Darstellung der Lehrmeinungen betreffend die für den Umfang der Entschädigung massgebenden Kriterien bei Fred Henneberger/Stefan Rieder, Bemessung der Entschädigung der Wartezeit bei echter Arbeit auf Abruf, in [AJP 2011, S. 1061 f.](#)

³³ Siehe dazu vorne III. A 3.

³⁴ Vgl. BGer [4A 11/2016 vom 7. Juni 2016, Erw. 5.3.](#)

³⁵ Siehe dazu vorne II. A.

³⁶ Siehe dazu vorne IV. A. 2.

³⁷ Siehe dazu vorne V. C. 1.



Beispielsweise sieht das Arbeitsgesetz für geleistet Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von 25% vor, schweigt sich aber darüber aus, ob Anspruch auf den Grundlohn besteht.³⁸

Abschliessend sei noch auf die Höchstarbeitszeiten in der Schweiz im europäischen Vergleich hingewiesen. Die Arbeitszeitrichtlinie der Europäischen Union sieht eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von durchschnittlich 48 Stunden einschliesslich der Überstunden vor.³⁹ In den einzelnen Mitgliedstaaten gelten teilweise deutlich tiefere Höchstarbeitszeiten.⁴⁰ Angesichts der weiterhin steigenden Gesundheitskosten ist jedoch eine Herabsetzung der Arbeitszeiten wohl gerade im Bereich der Pflege utopisch.

³⁸ Siehe dazu vorne III. A. 4.

³⁹ Art. 6 Richtlinie 2003/88/EG.

⁴⁰ Von Kaenel (Fn. 15), N 37 zu [Art. 9 ArG](#).