

Dokument	Pflegerecht 2020 S. 205
Autor	Andreas Petrik
Titel	Anspruch auf Vergütung der Umkleidezeit
Seiten	205-211
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

Anspruch auf Vergütung der Umkleidezeit



Andreas Petrik

lic. iur. Rechtsanwalt und Mitarbeiter im Zentrum für Sozialrecht der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW)

I. Einleitung

Anfang 2019 wurde die Umkleidezeit in der Pflege seitens der Gewerkschaften zum Thema gemacht. Die Praxis, wonach die Umkleidezeit keine Arbeitszeit darstellt, wurde kritisiert und zumindest rechtlich als fragwürdig beurteilt. Die Frage der Anrechnung der Umkleidezeit an die Arbeitszeit und die damit eng zusammenhängende Frage des Lohnanspruchs bleibt auch weiterhin aktuell. Teilweise fand bereits eine Anpassung der Regelung über die Umkleidezeit statt. So erfolgt die Zeiterfassung in den öffentlichen Spitälern der Kantone St. Gallen und Thurgau bereits in der Garderobe und nicht erst auf der Station oder im Operationssaal. Das Universitätsspital Basel sowie die dem Gesamtarbeitsvertrag Berner Spitälern und Kliniken unterstehenden Einrichtungen gelten die Umkleidezeit mit Pauschalen ab. Andere Einrichtungen wie etwa das GZO Spital Wetzikon sind andere Wege gegangen und haben im Personalreglement festgehalten, dass die Umkleidezeit nicht als bezahlte Arbeitszeit gilt.

Während im Bereich des künftigen Umgangs mit der Umkleidezeit Fortschritte gemacht werden, bleibt die Frage nach Folgen der unterbliebenen Berücksichtigung der Umkleidezeit in der Vergangenheit offen. Auch wenn die Umkleidezeit als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, stellt sich dennoch die Frage, ob dafür auch Lohn geschuldet ist und in welcher Höhe. Das Verwaltungsgericht Zürich hat in diesem Sinne kürzlich entschieden,¹ dass die Umkleidezeit zwar Arbeitszeit darstelle, mangels Regelung im einschlägigen Personalreglement jedoch nicht rückwirkend vergütet werden müsse. Der Entscheid zeigt auf, dass die Qualifikation der Umkleidezeit als Arbeitszeit nicht zwingend mit einem Anspruch auf Lohn verbunden sein

¹ Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 24. Juni 2020, [VB.2019.00766](#).



muss. Im nachfolgenden Beitrag soll deshalb der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen für die Umkleidezeit auch Lohn bezahlt werden muss.

II. Anspruch auf Abgeltung von Umkleidezeit im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Haben die Parteien des Arbeitsvertrages keine Abrede über die Entschädigung der als Arbeitszeit geltenden Umkleidezeit getroffen, besteht nach [Art. 322 Abs. 1 OR](#) Anspruch auf den «üblichen» Lohn. Falls ein solcher nicht nachgewiesen werden kann, hat der Richter die Höhe des Lohnes nach billigem Ermessen festzulegen. Nachfolgend wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen von einem vereinbarten oder von einem «üblichen» Lohn ausgegangen werden kann. Danach wird ausgeführt, nach welchen Kriterien der Richter den Lohn festzulegen hat, wenn weder eine Vereinbarung noch ein «üblicher» Lohn vorliegt. Schliesslich wird auf die Frage eingegangen, ob Lohnansprüche für Umkleidezeit mangels sofortiger Geltendmachung verwirken.

Pflegerecht 2020 S. 205, 206

A. Vereinbarung

Die Parteien des Arbeitsvertrages können die Modalitäten der Entlohnung der Umkleidezeit durch Vereinbarung regeln. Wurde keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, stellt sich die Frage, ob sich aus dem Verhalten der Vertragsparteien Schlüsse hinsichtlich des tatsächlichen Willens ableiten lassen. Als ein solches Verhalten, das für das Bestehen eines tatsächlichen Willens spricht, könnte die Tatsache betrachtet werden, dass eine unterbliebene Entlohnung für die Umkleidezeit über eine längere Zeit akzeptiert wurde. Dass spätere eingetretene Umstände wie etwa das nachträgliche Verhalten erkennen lassen können, wie der Vertrag zur Zeit des Abschlusses gemeint war, wird von der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt.²

Soweit es sich um Fragen des Arbeitnehmerschutzes handelt, ist jedoch nur mit Zurückhaltung von einem nach Vertragsschluss feststellbaren Verhalten auf den tatsächlichen Willen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Willens zu schliessen. Es stellt sich gar die Frage, ob angesichts des zwingenden Charakters der einschlägigen Bestimmungen eine entsprechende Zustimmung der Arbeitnehmerin zu einer vom Gesetz abweichenden Regelung überhaupt möglich ist.

Einer Vereinbarung, wonach die Umkleidezeit gar nicht erst als Arbeitszeit gelten soll, steht der zwingende Charakter des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz entgegen. [Art. 13 Abs. 1 ArGV 1](#) definiert Arbeitszeit als Zeit, währenddessen sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Da eine davon abweichende Vereinbarung nichtig ist, kann auch der Umstand, dass sich ein Arbeitnehmer während einer längeren Dauer nicht gegen die eine Praxis wehrt, wonach die Umkleidezeit nicht an die Arbeitszeit angerechnet wurde, nicht zur Annahme einer entsprechenden Vereinbarung führen.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn eine Vereinbarung über den Verzicht auf eine Lohnzahlung für die Umkleidezeit infrage steht. [Art. 322 Abs. 1 OR](#) legt zwar fest, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten hat, der verabredet, üblich oder durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Da diese Bestimmung keinen zwingenden Charakter aufweist, wäre es grundsätzlich möglich, durch Abrede auf die Lohnzahlung zu verzichten.³

Für das Bestehen einer Lohnzahlungspflicht auch ohne Vereinbarung spricht jedoch die Bestimmung von [Art. 320 Abs. 2 OR](#), wonach ein Arbeitsvertrag auf dann als abgeschlossen gilt, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist. Gelingt dem Arbeitnehmer nachzuweisen, dass die Tätigkeit im Dienste der Arbeitgeberin erfolgt ist – bei einer durch die Arbeitgeberin angeordneten Umkleidepflicht liegt eine entsprechende Anweisung vor – und bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme für eine Unentgeltlichkeit, ist zwingend Lohn geschuldet. Eine bestimmte Lohnhöhe wird von Gesetzes wegen nicht vermutet, ein vereinbarter sowie ein üblicher Lohn müsste vom Arbeitnehmer nachgewiesen werden.⁴ Dass ein Lohnanspruch besteht, ergibt sich jedoch direkt

² [BGE 100 II 345, Erw. 1](#); [BGE 107 II 417, Erw. 6](#).

³ [Art. 361 und 362 OR](#) e contrario, Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, N 2 zu [Art. 322 OR](#).

⁴ [BGE 125 III 78, Erw. 3b](#) (Pra 88 [1999] Nr. 91).



auf Grundlage der Bestimmung von [Art. 320 Abs. 2 OR](#), soweit die Würdigung der objektiven Umstände ergibt, dass der Lohn als einziger oder doch als wichtigster Grund der Arbeitsleistung erscheint.⁵

Da das Gesetz für eine Leistung im Dienste einer Arbeitgeberin zwingend einen Lohnanspruch vorsieht, kann im Stillschweigen kein Verzicht auf einen solchen erblickt werden. Eine Unentgeltlichkeit müsste hingegen ausdrücklich vereinbart werden, wobei in diesem Zusammenhang die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung nicht möglich ist.⁶ Die Unentgeltlichkeit einer Leistung kann sich aus den objektiven Umständen ergeben, was etwa bei Nachbarschaftshilfe, Freundschaftsdiensten, nebenamtlich geleisteter sozialer Arbeit oder Arbeit aufgrund von familienrechtlichen Pflichten der Fall ist.⁷

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund der unwiderlegbaren Vermutung der Entgeltlichkeit einer Arbeitsleistung, mangels objektiver Umstände, die eindeutig auf eine Unentgeltlichkeit schliessen lassen, eine solche ausdrücklich vereinbart werden müsste. Aus dem Umstand, wonach ein Arbeitnehmer über eine längere Zeit akzeptiert hat, dass die Umkleidezeit nicht abgegolten wird, lässt sich mangels Ausdrücklichkeit deshalb keine Vereinbarung betreffend die Unentgeltlichkeit ableiten.

Pflegerecht 2020 S. 205, 207

B. Üblicher Lohn

Ein üblicher Lohn kann sich aus einer Orts-, Branchen- oder Betriebsübung ergeben.⁸ Die Üblichkeit kann sich auch aus einem Gesamtarbeitsvertrag ergeben, dem die Parteien des Arbeitsvertrages nicht unterstellt sind.⁹ Dies setzt jedoch voraus, dass die lokalen Arbeitsverhältnisse mehrheitlich dem einschlägigen GAV unterstellt sind.¹⁰

In diesem Sinne kommt die Annahme eines üblichen Lohnes für die Umkleidezeit künftig etwa für die Region Bern in Betracht. Die Sozialpartner haben sich auf eine Anpassung des GAV geeinigt. Seit dem 1. April 2020 wird die Umkleidezeit mit einer monatlichen Pauschale abgegolten. Diese beträgt bei einem vollen Pensum in den Regionalen Spitalzentren und den Psychiatrischen Kliniken CHF 50.– und in der Inselgruppe AG CHF 60.–, bei einem Teilpensum wird ein entsprechend reduzierter Betrag ausgerichtet.¹¹

Das Verwaltungsgericht Zürich hat sich in einem aktuellen Entscheid dahingehend geäußert, dass im Spitalverband Limmattal eine langjährige Praxis bestehe, wonach die bezahlte Arbeitszeit mit dem Dienstantritt auf der Station oder im Operationssaal beginne und mit dem Dienstende am entsprechenden Arbeitsort ende. Dies habe jedenfalls bis vor Kurzem auch der Praxis zahlreicher anderer Spitäler im Kanton Zürich entsprochen. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass die Nichtanrechnung der Umkleidezeit an die Arbeitszeit «üblich» im Sinne von [Art. 322 Abs. 1 OR](#) sei, der auf die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse mit dem Spitalverband analog Anwendung finde.¹²

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Zürich vermögen allenfalls in Bezug auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse, die nicht dem Arbeitsgesetz unterstehen – im zu beurteilenden Fall handelte es sich auch um solche –, zutreffen. Ist das Arbeitsgesetz hingegen anwendbar, muss wohl von einer anderen Rechtslage ausgegangen werden. Das Verwaltungsgericht unterscheidet nicht zwischen der Frage, ob es sich bei der Umkleidezeit um Arbeitszeit handelt und ob im Falle der Qualifikation als Arbeitszeit ein Lohnanspruch besteht. [Art. 322 Abs. 1 OR](#) regelt die Frage nach der Lohnhöhe und bestimmt, dass sich diese nach Vereinbarung, nach Üblichkeit oder nach Normal- oder Arbeitsvertrag richtet. Da bis zur aktuellen Debatte über die Umkleidezeit die rechtswidrige Praxis gelebt wurde, wonach die Umkleidezeit nicht an die Arbeitszeit angerechnet wurde, stellte sich die Frage nach der Vergütung erst gar nicht, weshalb auch nicht von einer Übung im Sinne eines fehlenden Lohnanspruchs für Umkleidezeit ausgegangen werden kann.

⁵ Rehbindler, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 17 zu [Art. 320 OR](#).

⁶ Rehbindler, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 18 zu [Art. 320 OR](#), m.w.H.

⁷ Rehbindler, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 18 zu [Art. 320 OR](#).

⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, N 7 zu [Art. 322 OR](#).

⁹ [JAR 2000, S. 109, Erw. 3.](#)

¹⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, N 7 zu [Art. 322 OR](#), m.w.H.

¹¹ Die Änderungen des GAV sind abrufbar unter <http://www.gav-service.ch/Contract.aspx?stellaNumber=903010&versionName=2#DokumenteLinks> (zuletzt besucht am 1. Oktober 2020).

¹² Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 24. Juni 2020, [VB.2019.00766, Erw. 3.2.](#)



Diese Auffassung wird nicht zuletzt auch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage des Lohnanspruchs bei Bereitschaftsdiensten, die ausserhalb des Betriebes geleistet werden, gestützt. Im Zusammenhang mit der Frage, ob Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes entschädigungspflichtig ist, prüft das Bundesgericht nämlich nicht, ob eine entsprechende Übung besteht oder nicht.¹³

C. Festlegung des Lohnes für Umkleidezeit durch das Gericht

Nachdem folglich davon auszugehen ist, dass die Umkleidezeit Arbeitszeit darstellt und weder eine vertragliche Abrede noch eine Übung besteht, auf die betreffend die Höhe der Entschädigung für die Umkleidezeit Bezug genommen werden könnte, hat im Streitfall das Gericht die Höhe der Entschädigung festzulegen.¹⁴

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf Lohnzahlung, sobald eine Tätigkeit als Arbeitsleistung qualifiziert werden kann, wobei unter Arbeit «jede auf die Befriedigung eines Bedürfnisses des Arbeitgebers gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen zu verstehen» ist.¹⁵ Werde eine Tätigkeit nicht uneigennützig, sondern im Hinblick auf eine entgeltliche Hauptleistung hin erbracht, besteht gemäss [Art. 320 Abs. 2 OR](#) auch ein Anspruch auf Entlöhnung.¹⁶

Das Bundesgericht hat sich in diesem Sinne zum Lohnanspruch für Bereitschaftsdienste geäussert. Die Erwägungen lassen sich jedoch ohne Weiteres auch auf die Frage der Umkleidezeit anwenden. Die Einrichtungen im Gesundheitswesen haben sowohl

Pflegerecht 2020 S. 205, 208

zum Schutz der Angestellten als auch zum Schutz der Patienten ein Interesse an der Einhaltung der Standards im Bereich der Arbeitskleidung. Beim Anlegen der vorgeschriebenen Kleidung handelt es sich damit um eine planmässige Verrichtung im Interesse der Arbeitgeberin.

Im Zusammenhang mit der Lohnhöhe beim Bereitschaftsdienst hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Arbeitgeber an dieser Tätigkeit regelmässig ein geringeres betriebswirtschaftliches Interesse als an der Haupttätigkeit habe und die Bereitschaftszeit für arbeitsfremde Verrichtungen genutzt werden könne. Folglich müsse dieser Dienst nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden.¹⁷ In der Lehre wird überwiegend das Kriterium des Ausmasses der Einschränkung, die sich für den Arbeitnehmer ergibt, als relevantes Kriterium angesehen.¹⁸

Werden die vom Bundesgericht zur Abgeltung des Bereitschaftsdienstes festgehaltenen Grundsätze auf die Frage der Entlöhnung der Umkleidezeit übertragen, muss zunächst infrage gestellt werden, ob dem Kriterium des wirtschaftlichen Interesses überhaupt eine Bedeutung beigemessen werden kann. Im Unterschied zum Bereitschaftsdienst kann bei der Umkleidezeit nämlich nicht grundsätzlich von einem geringeren wirtschaftlichen Interesse ausgegangen werden, da es sich – bei Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung – um eine Tätigkeit handelt, die im Hinblick auf die Haupttätigkeit in jedem Fall zwingend erforderlich ist. Sie ist untrennbar mit dieser verknüpft, sodass auch das Ausmass des wirtschaftlichen Interesses nicht eigenständig beurteilt werden kann. Das wirtschaftliche Interesse ist deshalb wohl im selben Ausmass vorhanden, wie dies bei der Haupttätigkeit der Fall ist. Klar erscheint die Beurteilung des Kriteriums des Ausmasses der persönlichen Einschränkung während des Umkleidens. Da diese Zeit nicht für arbeitsfremde Tätigkeiten genutzt werden kann, ergibt sich dasselbe Ausmass an persönlicher Einschränkung wie während der Ausübung der eigentlichen beruflichen Tätigkeit.

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Höhe der Abgeltung für Bereitschaftsdienste ergibt sich in Bezug auf die Frage des Lohnanspruchs für die Umkleidezeit zum einen, dass ein solcher besteht, und zum anderen, dass mangels getroffener Abreden und mangels festgestellter Übung derselbe Lohn wie für die Haupttätigkeit geschuldet ist.

¹³ [BGE 124 III 249, Erw. 3b.](#)

¹⁴ Hans-Peter Egli, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, [SJZ 96/2000, S. 210](#); Christoph Senti, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, [ZBJV 2006, S. 671](#); Kull Michael, Entschädigung von Bereitschaftsdienst, [ARV 2015, S. 112](#), m.w.H.

¹⁵ [BGE 124 III 249, Erw. 3b.](#)

¹⁶ [BGE 124 III 249, Erw. 3b.](#)

¹⁷ [BGE 124 III 249, Erw. 3b.](#)

¹⁸ Vgl. Kull Michael, Entschädigung von Bereitschaftsdienst, [ARV 2015, S. 114](#), m.w.H.



D. Zeitpunkt der Geltendmachung

Davon ausgehend, dass die unterbliebene Anrechnung der Umkleidezeit als Arbeitszeit bzw. die unterbliebene Abgeltung der als Arbeitszeit geltenden Umkleidezeit seitens der Angestellten über einen längeren Zeitraum nicht infrage gestellt wurde, stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt entsprechende Forderungen gestellt werden müssen. Wenn eine Arbeitnehmerin mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Abgeltung der Umkleidezeit zuwartet, könnte dies einerseits für das Bestehen einer stillschweigenden Vereinbarung sprechen.¹⁹ Andererseits könnte die nachträgliche Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich erscheinen, oder die Lohnansprüche könnten mangels rechtzeitiger Geltendmachung verwirkt sein.

Die Frage, inwiefern sich ein Zuwarten mit der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis auswirkt, stellt sich auch im Zusammenhang mit der Abgeltung von in der Vergangenheit geleisteten Überstunden, die angeordnet oder genehmigt wurden, oder mit dem Anspruch auf Ersatz von Spesenentschädigungen. Nachdem die Rechtslage aufgrund widersprüchlicher kantonaler Entscheide lange unklar war, hat das Bundesgericht mittlerweile klargestellt, dass das blossе Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs nicht rechtsmissbräuchlich ist und eine Verwirkung nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden darf.²⁰

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen für die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen, die sich aus zwingendem Recht ergeben, besondere Umstände vorliegen, da ansonsten dem Arbeitnehmer der durch den zwingenden Charakter des Gesetzes gewährte Schutz entzogen würde.²¹ Wie vorne ausgeführt, besteht im Arbeitsverhältnis zwingend ein Lohnanspruch, weshalb die Ausführungen des Bundesgerichts auch für die Frage des Zeitpunktes der Geltendmachung von Lohnansprüchen für die Umkleidezeit zu gelten hat.²² Besondere Umstände, die zur Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit führen können, liegen etwa vor, wenn dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen, was bei durch den Zeitablauf begründeter fehlender Überprüfbarkeit der Fall ist.²³

Pflegerecht 2020 S. 205, 209

Da sich der Umfang der Umkleidezeit mit Zeitablauf nicht verändert, liegt keine erschwerte Überprüfbarkeit seitens der Arbeitgeberin vor, und die verspätete Geltendmachung führt damit nicht zu erkennbaren Nachteilen. Andere besondere Umstände sind kaum denkbar, weshalb festgehalten werden kann, dass ein Zuwarten mit der Geltendmachung der Entlohnung für Umkleidezeit nicht rechtsmissbräuchlich erscheint.

III. Anspruch auf Abgeltung der Umkleidezeit im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis

Die öffentliche Hand als Trägerin von Einrichtungen, die Pflegepersonal beschäftigen, ist in der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen weitgehend frei. Wie jedes staatliche Handeln müssen auch die Rechte und Pflichten im Dienstverhältnis generell-abstrakt festgelegt werden. Nachfolgend wird zunächst ausgeführt, welche Tragweite dem Gesetzmässigkeitsprinzip im Bereich dem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen zukommt. Ausgehend von einem Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich wird sodann untersucht, ob eine Weisung die Anforderungen an das Gesetzmässigkeitsprinzip erfüllt. Schliesslich wird der Frage nachgegangen, inwiefern auf die Rechtslage im Privatrecht bei Fehlen einschlägiger Vorschriften im öffentlichen Dienstrecht abgestellt werden kann.

A. Legalitätsprinzip im Personalrecht

Gemäss dem verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Gesetzmässigkeit des staatlichen Handelns muss sich dieses auf eine materiell-rechtliche Grundlage stützen. Der entsprechende Rechtssatz muss hinreichend bestimmt und vom zuständigen Organ erlassen worden sein. Das Erfordernis der gesetzlichen

¹⁹ Siehe dazu vorne, II.A.

²⁰ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, N 10 zu [Art. 321c OR](#), m.w.H., [BGE 129 III 171, Erw. 2.4.](#), [BGE 131 III 439, Erw. 5.1.](#)

²¹ [BGE 131 III 439, Erw. 5.1.](#)

²² Siehe vorne, II.C.

²³ [BGE 131 III 439, Erw. 5.1.](#)



Grundlage dient mitunter der Rechtsgleichheit, der Berechenbarkeit und der Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns.²⁴

Die Zuständigkeit für den Erlass von gesetzlichen Grundlagen richtet sich nach der Wichtigkeit der zu regelnden Materie. Die für ein Gemeinwesen grundlegenden Rechtsnormen müssen in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt werden. Ein Gesetz im formellen Sinne liegt vor, wenn es im durch die Verfassung festgelegten Verfahren durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen worden ist. Bei Vorhandensein einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage kann die Gesetzgebungskompetenz delegiert werden, sofern sie sich auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt und die Grundzüge in einem Gesetz im formellen Sinne festgehalten sind.²⁵

In Bezug auf die Anstellungsbedingungen hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese die Rechtsstellung der Mitarbeitenden schwerwiegend berühren können. Dazu gehören die wichtigen Kriterien und Grundsätze der Entlohnung, Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Treuepflicht oder etwa die Pflicht zu Leistung von Überstunden.²⁶ Dennoch sind im allgemeinen Dienstrecht weniger hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen als in anderen Rechtsbereichen. So ist es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, Rechte und Pflichten von Arbeitnehmerinnen auf untergesetzlicher Stufe zu konkretisieren. Eine Blankodelegation sämtlicher personalrechtlichen Rechtssetzungsbefugnisse kann jedoch nur in Ausnahmefällen zulässig sein.²⁷

B. Regelung der Unentgeltlichkeit der Umkleidezeit durch Weisung

In seinem Entscheid vom 24. Juni 2020 hält das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass es sich bei der Praxis des Spitalverbands Limmattal, wonach die Schicht erst nach dem Umkleiden beginnt und bereits vor dem Umkleiden endet, im Ergebnis um eine Weisung des Arbeitgebers handle, wonach die Angestellten während der gesamten entschädigten Arbeitszeit vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskleider tragen müssen.²⁸ Da das anwendbare Personalrecht nicht festlege, was unter Arbeitszeit zu verstehen ist, sei durch Auslegung zu ermitteln, ob die Umkleidezeit darunter falle oder nicht. Die Auslegung falle in den Kompetenzbereich des Zweckverbandes, in den mangels Verstoss gegen höherrangiges Recht nicht eingegriffen werden könne.²⁹

Das Verwaltungsgericht geht in seiner Urteilsbegründung nicht auf die Frage des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage ein. Um den rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, müsste sich der

Pflegerecht 2020 S. 205, 210

Zweckverband auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage stützen können. Indem das Verwaltungsgericht festhält, dass es an einer entsprechenden Regelung im Personalreglement mangle, wird das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage offenbar. Insofern muss die Argumentation des Verwaltungsgerichtes unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage zumindest in Frage gestellt werden.

C. Lückenfüllung durch Privatrecht

Soweit im einschlägigen Personalrecht die Frage der Entlohnung nicht geregelt ist, stellte sich die Frage, wie der Richter im Streitfall vorzugehen hat. Damit eine Lückenfüllung in Betracht kommt, ist zunächst durch Auslegung des Gesetzes zu prüfen, ob das Fehlen einer Regelung als negative Antwort interpretiert werden kann. Im Falle der Umkleidezeit ist zu fragen, ob aus dem Fehlen einer Regelung auf eine Unentgeltlichkeit geschlossen werden kann.

Ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Lohnanspruch für die Umkleidezeit durch sein Schweigen nicht in einem negativen Sinne regeln wollte, muss zunächst geprüft werden, ob sich die Lücke unter Heranziehung von anderen öffentlich-rechtlichen Normen schliessen lässt.³⁰ In Betracht fallen würden etwa die Regelungen des Arbeitsgesetzes. Da jedoch das Arbeitsgesetz die Frage nach dem Lohnanspruch für

²⁴ Schindler/Tschumi, St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, N 33 ff. zu [Art. 5 BV](#).

²⁵ [BGE 102 Ia 62, Erw. 2.](#), m.H.

²⁶ [BGE 128 I 113, Erw. 3d.](#)

²⁷ [BGE 128 I 113, Erw. 3f.](#)

²⁸ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2020, [VB.2019.00766, Erw. 3.1.](#)

²⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2020, [VB.2019.00766, Erw. 3.2.](#)

³⁰ [BGE 94 I 305, Erw. 3.](#)



Umkleidezeit nicht regelt und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht ersichtlich sind, fällt ein Abstellen auf andere öffentlich-rechtliche Vorschriften wohl ausser Betracht.

Sodann besteht die Möglichkeit, bei der Beantwortung einer im öffentlichen Recht nicht geregelten Frage auf das Privatrecht – als ergänzendes öffentliches Recht – abzustellen.³¹ Wie ausgeführt regelt das Obligationenrecht den Lohnanspruch für die Umkleidezeit nicht ausdrücklich. Klar erscheint die Rechtslage in Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse jedoch insofern, als aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht auf eine Unentgeltlichkeit der Umkleidezeit geschlossen werden darf und diese aufgrund des Ausmasses der Einschränkung während des Umkleidens mangels abweichender Abrede zum normalen Lohn zu vergüten ist.³²

Das Verwaltungsgericht Zürich nimmt im bereits erwähnten Urteil Bezug auf das Privatrecht und hält fest, dass die unterbliebene Erfassung der Umkleidezeit als Arbeitszeit einer langjährigen Praxis entspreche und damit von einer «Übung» im Sinne von [Art. 322 Abs. 1 OR](#) auszugehen sei.³³ Der Verweis auf das Privatrecht erfolgt zwar nicht zum Zwecke der Lückenfüllung, wird aber im Zuge der Auslegung des Personalreglements als relevantes Kriterium herangezogen. Das Vorgehen des Verwaltungsgerichtes überzeugt insofern nicht, als es sich bei der Gleichsetzung einer – rechtlich zumindest fragwürdigen – Praxis, wonach für Umkleidezeit kein Lohn bezahlt wird, mit einem im Sinne von [Art. 322 Abs. 1 OR](#) «üblichen» Lohn wohl eher um ein Konstrukt handelt, das einer kritischen Betrachtungsweise kaum standhält. Mitunter ist darauf hinzuweisen, dass [Art. 322 Abs. 1 OR](#) davon ausgeht, dass ein Lohnanspruch besteht, und regelt entsprechend die Höhe des Lohnes bei fehlender Vereinbarung. Eine Auslegung, die einen Lohnanspruch generell verneint, kann damit kaum abgestützt werden. Wenn schon auf das Privatrecht verwiesen wird – sei es nun unter dem Gesichtspunkt der Auslegung oder der Lückenfüllung –, sollte dies nicht selektiv in Bezug auf einzelne Aspekte erfolgen. Vielmehr hätten auch grundsätzliche Überlegungen wie der sich aus dem Gedanken des Schutzes der schwächeren Partei ergebende Aspekt, wonach Arbeitszeit ohne entgegenstehende objektive Umstände zwingend zu vergüten ist,³⁴ woran auch eine längere Periode ohne ausdrücklichen Widerspruch seitens des Arbeitnehmers nichts zu verändern vermag,³⁵ berücksichtigt werden müssen.

IV. Zusammenfassung

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis könnte aus dem Umstand, dass erst zu einem späteren Zeitpunkt der Lohn für die Umkleidezeit geltend gemacht wird, das Bestehen einer Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit der Umkleidezeit abgeleitet werden. Gegen einen Lohnanspruch könnte auch vorgebracht werden, dass eine nicht unverzügliche Geltendmachung eine Verwirkung der Ansprüche zur Folge hätte. Beides ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der Lehre abzulehnen, weshalb davon auszugehen ist, dass die Umkleidezeit zu entlohnende Arbeitszeit darstellt. Als eigentlicher Knackpunkt erweist sich die Frage, ob sich aus der langjährigen Praxis, wonach Umkleidezeit nicht als zu entschädigende Arbeitszeit angesehen wurde,

Pflegerecht 2020 S. 205, 211

eine entsprechende Übung ableiten lässt. Gegen eine solche Annahme spricht, dass mit [Art. 322 Abs. 1 OR](#) sichergestellt werden soll, dass der Arbeitnehmer für seine Arbeit angemessen entschädigt wird. Gegen eine solche Argumentation lässt sich auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung anführen: Das Bundesgericht prüfte nämlich im Zusammenhang mit der Frage des Lohnanspruchs nicht, ob diesbezüglich eine Übung besteht, vielmehr erachtete es einen Lohn, dessen Höhe von der mit der Tätigkeit verbundenen Einschränkung abhängig ist, als zwingend geschuldet. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mangels abweichender Vereinbarung der für die Haupttätigkeit geltende Lohn geschuldet ist.

Als weniger klar erweist sich die Rechtslage in Bezug auf den Lohnanspruch für die Umkleidezeit in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen. Den öffentlich-rechtlichen Trägern der Einrichtungen kommt eine weitgehende Autonomie gerade auch im Bereich der Anstellungsbedingungen zu. Da sich die Autonomie auch auf die Frage der Auslegung bezieht, ist diese einer gerichtlichen Überprüfung weitgehend entzogen. Dies zeigt sich nicht zuletzt am mehrfach erwähnten Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich. Dennoch muss den Anforderungen an das Gesetzmässigkeitsprinzip genügend Rechnung getragen werden. Wenn die

³¹ BGer vom 3. April 1996, 2P.267/1995, Erw. 4a, [ZBI 98 \(1997\), S. 65 ff.](#)

³² Siehe vorne, II.C.

³³ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juni 2020, [VB.2019.00766, Erw. 3.2.](#)

³⁴ Siehe vorne, II.C.

³⁵ Siehe vorne, II.A.



Frage der Umkleidezeit im einschlägigen Reglement nicht geregelt ist, bleibt grundsätzlich Raum für eine Lückenfüllung unter Berücksichtigung der privatrechtlichen Regelungen. Werden diese herangezogen, spricht vieles für einen Anspruch auf dieselbe Entlohnung der Umkleidezeit, wie auch für die normale Arbeitszeit geschuldet ist.

Nutzung ausschliesslich
zu universitären Zwecken