

## Management Summary

### **Rechtsgutachten « GAV-Verhandlungspflicht gestützt auf Art. 197 Ziffer 13 lit. c Bundesverfassung»; Prof. Dr. iur. Kurt Pärli**

#### EINFÜHRUNG

Dieses Rechtsgutachten analysiert verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Grundlage und der Umsetzung einer Verpflichtung zur Aushandlung eines Gesamtarbeitsvertrags (GAV) auf Bundesebene im Pflegebereich. Das Gutachten ist in zwei Hauptteile gegliedert: Das Erste betrifft den **arbeitsrechtlichen Inhalt der Pflegeinitiative** (S.6-29) und das Zweite geht auf die **verfassungs- und völkerrechtliche Koalitionsfreiheit** und die **Wirtschaftsfreiheit** ein (S. 30-39).

#### **1. ARBEITSRECHTLICHER INHALT DER PFLEGEINITIATIVE**

##### **1.1. Bundeskompetenz für den Arbeitsschutz.**

Das Rechtsgutachten konzentriert sich v.a. auf **Art. 110 Abs. 1 lit. a BV**, der dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmenden verleiht.<sup>1</sup>

###### *1.1.1 Bedeutung für die Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV*

Es zeigt sich, dass Arbeitsschutzbestimmungen umfassend sind (ArG), zum Teil bestimmte Arbeitnehmergruppen betreffen (Heimarbeitnehmende) oder ausgewählte Aspekte des Arbeitsschutzes betreffen (Schutz vor Passivrauch). Viele der genannten Erlasse basieren dabei nicht nur, aber auch auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV. Die neuen Bestimmungen in Art. 117 BV und insbesondere Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV verschaffen dem Bund die Kompetenz, im Rahmen seiner bestehenden Bundeskompetenzen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV) **spezifische Schutzbestimmungen für das Pflegepersonal** zu erlassen.<sup>2</sup>

###### *1.1.2 Trotz umfassender Bundeskompetenz – spezifische Regelung im Bereich der Pflege möglich*

Das ArG und die dazu gehörenden Verordnungen regeln die Arbeits- und Ruhezeiten und den Gesundheitsschutz grundsätzlich für alle öffentlichen und privaten Betrieben.<sup>3</sup> Auf Gesetzes- oder auf Verordnungsstufe wird den **spezifischen Arbeitsschutzanliegen bestimmter Berufsgruppen** Rechnung getragen. Für die Assistenzärztinnen und Assistenzärzten gelten zum Beispiel die Arbeits- und Ruhezeitschriften unabhängig der Rechtsnatur der Anstellung, was Ergebnis einer langen rechtspolitischen Auseinandersetzung bildet.<sup>4</sup> **Es wäre also nicht systemfremd, ein allfälliges Bundesgesetz über die Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal zur Umsetzung von Art. 197 Ziff. 13 lit. c BV zu stützen.**<sup>5</sup>

##### **1.2. Bundeskompetenz für Regelungen zu (privatrechtlichen) Gesamtarbeitsverträgen<sup>6</sup>**

Art. 110 Abs. 1 lit. b BV verleiht dem Bund auch die Kompetenz, das Verhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu regeln. Dabei wird in Art. 110 Abs. 1 lit. d und Art. 110 Abs. 2 BV auch Gesamtarbeitsvertrag ausdrücklich erwähnt. Der Bund hat diese Kompetenz bereits mit verschiedenen Erlassen genutzt.<sup>7</sup>

##### **1.3. Anwendungen in verschiedenen Kantonen**

Das Bundesrecht regelt die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von GAVs<sup>8</sup> abschliessend.

###### *1.2.1. Kanton Bern – keine Aufnahme in die Spitalliste*

Es ist unzulässig, die Aufnahme in die Spitalliste vom Abschluss oder Beitritt zu einem GAV abhängig zu machen. Nicht bundesrechtswidrig ist indes gemäss Bundesgericht, die Auflage, die in solchen Verträgen festgelegten Bedingungen einzuhalten.<sup>9</sup>

###### *1.2.2. Kanton Neuenburg – Sicherheit der Pflegequalität durch Arbeitsbedingungen*

Im Bundesverwaltungsgerichtsurteil betreffend die Regelung im Kanton Neuenburg (Verpflichtung der Einhaltung der Bestimmungen des GAV Santé 21 als Voraussetzung für einen Platz auf der kantonalen Spitalliste) finden sich bedenkenswerte Ausführungen zur Frage, inwieweit die Einhaltung von

---

<sup>1</sup> S. 9 f., Rz. 23.

<sup>2</sup> S. 11, Rz. 28.

<sup>3</sup> S. 12, Rz. 32.

<sup>4</sup> S. 12, Rz. 34.

<sup>5</sup> S. 11, Rz. 28.

<sup>6</sup> S. 16 f. Rz. 47 ff.

<sup>7</sup> S. 16 Rz. 47; S. 22 ff. Rz. 66 ff.

<sup>8</sup> BG über die Allgemeinverbindlichkeitserklärung (SR 221.215.311, AVGE).

<sup>9</sup> S. 18, Rz. 53.

Arbeitsbedingungen auch aus anderen als rein Arbeitnehmerschutzgründen verlangt werden darf. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) kommt in seinem Urteil zum Schluss, die Einhaltung von Arbeitsbedingungen habe einen Einfluss auf die **Pflegequalität**. Die Erteilung von Leistungsaufträgen dürfe aber nicht von der Einhaltung des GAV abhängig gemacht werden. Der Regierungsrat müsste vielmehr **die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen klar festlegen** und dabei auch darlegen, **wie diese Bedingungen mit der in Art. 39 KVG geforderten Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistung vereinbar seien**.<sup>10</sup>

#### **1.4. Arbeitsbedingungen als Faktor der Pflegequalität**

##### *1.4.1 Zusammenhang zwischen Arbeitsbedingungen und Qualität/Wirtschaftlichkeit der Pflege*

Es stellt sich die Frage, ob die Arbeitsbedingungen des Pflegepersonals ein Kriterium der Qualität und Wirtschaftlichkeit darstellen<sup>11</sup>. Das BVGer hält in seinem Urteil vom 17. September 2021<sup>12</sup> fest, dass Arbeitsbedingungen wichtig seien für die **Pflegequalität und Wirtschaftlichkeit**. Erwähnt wird insbesondere angemessene und geregelte Arbeitszeiten, Massnahmen zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit des Personal, ebenso ein gutes Arbeitsklima und Weiterbildung. Nach Einschätzung des BVGer könne die Einhaltung angemessener Arbeitsbedingungen zur bundesrechtlich geforderten Qualität beitragen und sei somit als **Planungserfordernis nach KVG** anzuerkennen. Angemessene Arbeitsbedingungen können nach Einschätzung des BVGer auch dazu beitragen, dass Pflegepersonal im Beruf bleibt und genügend qualifiziertes Personal gefunden wird, weshalb es, eine grundsätzliche Kompetenz der Planungsbehörden bejaht, Anforderungen an Arbeitsbedingungen in Listenspitälern zu formulieren.<sup>13</sup> Es seien aber **nicht alle Arbeitsbedingungen geeignet, die Qualität und/oder die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung** zu verbessern. An die Adresse der zuständigen Neuenburger Behörden erfolgt deshalb der Hinweis, es sei klar zu definieren, **was angemessene Arbeitsbedingungen seien und wie sich diese positiv auf die Qualität und Wirtschaftlichkeit des Leistungsangebots auswirken**.

##### *1.4.2. Konkretisierung*

Die Konkretisierung des Zusammenhangs zwischen Arbeitsbedingungen und Pflegequalität und Wirtschaftlichkeit kann auf Verordnungsstufe in der Verordnung über die Krankenversicherung (**KVV**) realisiert werden, es kommt aber auch das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (**KVG**) in Frage.<sup>14</sup>

## **2. WIRTSCHAFTSFREIHEIT UND KOALITIONSFREIHEIT**

### **2.1. Recht auf Beitritt zu einem GAV und Recht auf GAV-Verhandlungen**

Bereits aufgrund der heutigen Rechtslage besteht allgemein (also auch im Pflegebereich) ein **Anspruch auf Verhandlungen eines Arbeitnehmerverbands mit einem Arbeitgeber über den Abschluss eines GAV**. Aus Art. 356 Abs. 4 OR wird nach der Rechtsprechung auch der Anspruch aus Beitritt zu einem GAV einer Minderheitsgewerkschaft abgeleitet. Die herrschende Lehre geht weiter davon aus, dass sich aus Art. 356 Abs. 4 OR für Verbände nicht nur ein Anspruch auf Beitritt zu einem GAV, sondern generell und grundsätzlich einen Anspruch auf Verhandlungen mit Blick auf einen GAV-Abschluss ableiten lässt.<sup>15</sup> **Auch Beschäftigte im öffentlichen Dienst** haben einen Anspruch, Verhandlungen mit den Arbeitgebern mit dem Ziel des Abschlusses eines GAV zu führen.<sup>16</sup>

### **2.2. Keine Einschränkung der Koalitions-/Wirtschaftsfreiheit**

Eine GAV-Verhandlungspflicht beschränkt die Koalitionsfreiheit nicht. Vielmehr kann die Verhandlungspflicht aus der Koalitionsfreiheit abgeleitet werden.<sup>17</sup> Bezüglich die Wirtschaftsfreiheit stellt die GAV-Verhandlungspflicht nur einen geringen Eingriff dar, der durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig wäre.<sup>18</sup>

**Notiz verfasst von:** Jean-Damien Meyer (058 465 92 91) /Bernadette Häfliger Berger (058 466 79 53)

---

<sup>10</sup> S. 18 f., Rz. 54 f.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch die Ausführungen im Postulatsbericht Marchand-Balet (Entwurf).

<sup>12</sup> S. 27, Rz. 83 ff.; BVGer, Urteil vom 17. September 2021, C-7017/2015.

<sup>13</sup> S. 27, Rz. 83 ff.

<sup>14</sup> S. 27 ff., Rz. 83-95.

<sup>15</sup> S. 36, Rz. 116 ff.

<sup>16</sup> S. 37 f., Rz. 119 f.

<sup>17</sup> S. 39, Rz. 125 ff.

<sup>18</sup> S. 39 f., Rz. 130 f.