

Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Geiser

Via Rinaldo Simen 84

CH-6648 Minusio

Tel: +41 91 730 11 03

Mobil: +41 78 686 20 35

# Gutachten

## Zu Fragen des Mutterschaftsschutzes des Medizinal Personals in Spitälern

### Inhalt

1.	Ausgangslage und Auftrag .....	1
1.1.	Sachverhalt.....	1
1.2.	Auftrag.....	2
2.	Anwendbare Rechtsnormen.....	2
3.	Sanktionen bei Verletzung.....	3
4.	Folgerungen.....	4

### Literatur:

**LAURENT MOREILLON**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;

**STÉPHANIE PERRENOUD**, La protection de la maternité, Diss., Bern 2015 ;

**ROGER RUDOLPH**, Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.) Arbeit und Arbeitsrecht, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 401 ff.;

**RÉMY WYLER**, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005.

## 1. Ausgangslage und Auftrag

### 1.1. Sachverhalt

**1.1.** Viele Arbeitsverträge von Spitalmitarbeitenden sehen bei einer 100% Anstellung eine Arbeitszeit von 50 Std. pro Woche vor. Aus organisatorischen Gründen ist es unumgänglich, dass die Arbeitgeberin Einsatzpläne erlässt und damit den Zeitpunkt der jeweiligen Arbeitsleistung vorgibt. Gleichzeitig sehen gewisse Arbeitsverträge aber auch Gleitzeiten vor. Zudem kennen Spitäler auch Jahresarbeitszeiten. Dabei kann es sich um Gleitzeitmodelle handeln, bei denen die Sollarbeitszeit nicht für jeden Monat sondern nur für das ganze Jahr festgelegt ist. Der Arbeitnehmer bestimmt dann (ausserhalb allfälliger Blockzeiten) frei, in welchen Monaten er wie viel arbeiten will. Jahresarbeitszeit kann aber auch bedeuten, dass im Arbeitsvertrag für die einzelnen Monate unterschiedliche Arbeitszeiten festgelegt werden oder es der Arbeitgeberin überlassen ist, innerhalb eines bestimmten Rahmens die Arbeitszeiten auf die verschiedenen Monate unterschiedlich zu verteilen.

**1.2.** Leistet ein Arbeitnehmer in einer Woche mehr als 50 Stunden werden die entsprechenden Stunden in gewissen Fällen von der Arbeitgeberin mit planungsbedingten Minusstunden verrechnet. Das Arbeitszeitmanagement liegt häufig bei den einzelnen Einheiten des Spitals, so dass die Gesamtleitung

darüber gar keinen Überblick hat.

**1.3.** Schwangere und stillende Mütter geniessen einen weitergehenden Schutz. Das ArG sieht eine Vielzahl von Schutzbestimmungen vor. Diese betreffen auch die Arbeitszeiten. Wie noch zu zeigen sein wird, besteht insbesondere eine Beschränkung der maximal zulässigen täglichen Arbeitszeit. Um dennoch die gesamte vertragliche Arbeitszeit anordnen zu können, gehen gewisse Spitäler offenbar dazu über, bei Schwangeren die Arbeit nicht mehr auf 5, sondern auf 5,5 Tage zu verteilen.

## 1.2. Auftrag

**1.4.** Der Vaso hat mir folgende Fragen unterbreitet:

1. Wie sind die Stunden, die eine schwangere oder stillende Frau mehr als 9 Stunden pro Tag arbeitet, zu qualifizieren? Sind diese als Überstunden oder als Überzeit zu qualifizieren?
2. Wie ist mit den Stunden, die eine schwangere oder stillende Frau mehr als 9 Stunden pro Tag arbeitet, umzugehen? Sind diese zu kompensieren, auszuzahlen (Zuschlag?) oder verfallen diese?
3. Wie ist Minderzeit zu qualifizieren und damit umzugehen?
4. Gibt es weitere Punkte, die im Zusammenhang mit dem Thema „Mehrstunden bei Schwangerschaft oder Mutterschaft“ zu beachten sind?“

## 2. Anwendbare Rechtsnormen

**2.1.** Das schweizerische Arbeitsrecht kennt eine Zweiteilung der Regelung, die sich ausschliesslich historisch begründen lässt. Die Beziehungen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer sind einerseits im Vertragsrecht geregelt und andererseits im öffentlich-rechtlichen Arbeitsgesetz. Das im Obligationenrecht geregelte Arbeitsvertragsrecht kommt allerdings nur zur Anwendung, wenn die Arbeitnehmenden privatrechtlich angestellt sind. Liegt demgegenüber eine öffentlich-rechtliche Anstellung vor, richtet sich das Arbeitsverhältnis nach dem entsprechenden öffentlichen Recht. Im Spitalbereich wird es sich in aller Regel um kantonales Recht handeln. Ausnahmsweise kann sich das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis auch nach kommunalem Recht richten. Die Kantone (bzw. die Kommunen) sind grundsätzlich frei, wie sie das Arbeitsverhältnis regeln wollen. Allerdings gelten die Art. 331 Abs. 5 und Art. 331a bis Art. 331e OR auch bei öffentlich-rechtlichen Anstellungen. Zudem sind weitere Bundesgesetze zu beachten, die sehr wohl auch das Arbeitsverhältnis betreffen. Neben dem BVG und dem FZG ist das insbesondere das Arbeitsgesetz. Dem ArG untersteht grundsätzlich jeder öffentliche und private Betrieb.<sup>1</sup>

**2.2.** Allerdings gibt es sowohl betriebliche wie auch persönliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich. Die Regelung ist kompliziert und chaotisch. Im vorliegenden Zusammenhang ist die in Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG vorgesehene grundsätzlich Ausnahme der Verwaltungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden von Bedeutung. Da aber heute praktisch alle Spitäler entweder privatrechtliche Gesellschaften oder Stiftungen darstellen oder aber öffentlich-rechtliche Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit sind, finden die Arbeitszeitbestimmungen des Arbeitsgesetzes Anwendung.<sup>2</sup> Zudem finden die Arbeitszeitvorschriften auch auf Arbeitsverhältnisse von Assistenzärztinnen

---

<sup>1</sup> Art. 1 Abs. 1 ArG.

<sup>2</sup> Art. 7 Abs. 1 ArGV1.

und Assistenzärzte Anwendung, wenn das Spital selber ausnahmsweise unter die Ausnahme vom Anwendungsbereich des ArG fällt.<sup>3</sup>

**2.3.** Zu beachten ist nun aber, dass unabhängig von diesen Ausnahmeregelungen der Gesundheitsschutz bei Mutterschaft gemäss Art. 35 ArG und damit ebenfalls die darauf gestützten Verordnungen auch auf die Verwaltungen von Bund, Kanton und Gemeinden sowie auf Arbeitnehmerinnen mit einer höheren leitenden Tätigkeit anwendbar sind.<sup>4</sup> Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das gesamte Personal der Spitäler steht somit ausser Zweifel.

**2.4.** Das ArG kennt besondere Schutzbestimmungen für Schwangere.<sup>5</sup> Die Bestimmung ist allerdings sehr allgemein gefasst. Sie gibt aber dem Bundesrat die Kompetenz, den Schutz auf dem Verordnungsweg zu konkretisieren. Entsprechend sieht Art. 60 Abs. 1 ArGV1 vor, dass Schwangere nicht über die vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit hinaus beschäftigt werden dürfen, jedoch keinesfalls über neun Stunden.

**2.5.** Mit dieser Regelung hat der Bundesrat klar festgehalten, dass eine Schwangere weder zu Überstunden noch zu Überzeiten herangezogen werden darf.<sup>6</sup> Die maximal zulässige Arbeitszeit verkürzt sich somit gegenüber der in Art. 9 ArG geregelten auf 49,5 Stunden pro Woche.<sup>7</sup> Auch in Ausnahmesituationen darf die Schwangere nicht zu mehr als neun Stunden Arbeit an einem Tag herangezogen werden. Dies ist auch nicht mit der Zustimmung der Schwangeren möglich. Die Bestimmung ist absolut zwingen.<sup>8</sup> Ist im Arbeitsvertrag eine höhere Sollarbeitszeit vereinbart, verkürzt sich diese entsprechend.<sup>9</sup> Der Monatslohn bleibt indessen der gleiche. Die Arbeitgeberin hat die Arbeit so zu organisieren, dass diese Regel eingehalten werden können. Ist dies nicht möglich, befindet sich die Arbeitgeberin im Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 OR und muss den Lohn unverändert bezahlen, obgleich die vertraglich vereinbarte Arbeit nicht vollständig geleistet werden konnte. Ist im Arbeitsvertrag eine 5 Tage-Woche vereinbart oder ergibt sich eine solche aus der betrieblichen Praxis, kann die Arbeitgeberin auch nicht die Arbeitswoche auf 5,5 Tage verlängern, um die Regel bezüglich der täglichen Maximalarbeitszeit einhalten zu können. Das gleiche gilt, wenn bei einer Teilzeitstelle im Arbeitsvertrag weniger als fünf Arbeitstage vereinbart sind. Auch dann setzt eine Ausdehnung der Arbeit auf mehr als die im Arbeitsvertrag vereinbarten Tage pro Woche eine Vertragsänderung voraus, die nur im gegenseitigen Einverständnis möglich ist. Treten bei der Schwangerschaft Schwierigkeiten auf, so dass aus gesundheitlichen Gründen der Mutter oder des werdenden Kindes auch keine neuen Stunden gearbeitet werden können, ist selbstverständlich die Arbeitszeit noch weiter zu reduzieren.

### 3. Sanktionen bei Verletzung

**3.1.** Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, was die Folgen einer Verletzung dieser Normen sind. Das ist insofern auch nicht notwendig, als die Nichteinhaltung der Arbeitszeitvorschriften generell geregelt ist. Die Verletzung der Regeln des ArG kann verwaltungsrechtliche Folgen haben. Stellen die Behörden fest, dass in einem Betrieb gesetzliche Vorschriften nicht befolgt werden, so macht die kantonale Behörde, das Eidgenössische Arbeitsinspektorat oder der Arbeitsärztliche Dienst die Fehlbaren darauf aufmerksam und verlangt die Einhaltung der nicht befolgten Vorschrift. Wird der Aufforderung nicht Folge geleistet, erlässt die kantonale Behörde eine entsprechende Verfügung, verbunden mit der

---

<sup>3</sup> Art. 4a ArGV1.

<sup>4</sup> Art. 3a ArG.

<sup>5</sup> Art. 35 ArG.

<sup>6</sup> PERRENOUD, S. 755.

<sup>7</sup> 5,5 mal 9 = 49,5.

<sup>8</sup> Wyler, Art. 35 ArG N. 27.

<sup>9</sup> SECO, Wegleitung zu Art. 60 Abs. 1 ArGV1.

Strafandrohung nach Art. 292 StGB.<sup>10</sup>

**3.2.** Zudem ist die Arbeitgeberin aber auch nach Art. 59 Abs. 1 Bst. b und c ArG strafbar, wenn sie den Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten vorsätzlich oder den Sonderschutzvorschriften für Arbeitnehmerinnen vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt. Strafbar ist grundsätzlich die *Arbeitgeberin*. Gemäss Art. 59 Abs. 2 in Verb. mit Art. 6 VStR trifft die Strafandrohung nicht nur die formelle Arbeitgeberin, sondern jede natürliche Person, der die Geschäftsführung ganz oder teilweise anvertraut ist, wie jene Personen, welche die Einsatzpläne machen, deren Vorgesetzte, weitere Personen, die die Arbeitszeiten und Einsätze in einem Betrieb festlegen oder kontrollieren und die Verletzungen dulden, ohne einzugreifen, persönlich strafbar. Auch die Gesamtleitung eines Spitals, das die Bewirtschaftung der Arbeitsstunden den einzelnen Einheiten delegiert hat, kann folglich strafbar sein, wenn sie Kenntnis von der Verletzung der Schutzvorschriften hat und diese duldet.<sup>11</sup> Strafbar kann auch der einzelne Verwaltungsrat des Unternehmens sein, wenn er Kenntnis von den Verletzungen hat und diese duldet.<sup>12</sup> Es können ohne weiteres eine Vielzahl von Personen für die gleiche Verletzung der Schutzvorschriften strafrechtlich haften. Demgegenüber ist die betroffene Schwangere selber grundsätzlich nicht strafbar. Als Strafe ist für die Arbeitgeberin Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse vorgesehen.

**3.3.** Die Verletzung der Vorschrift kann zudem zivilrechtliche Folgen haben. Führt die Verletzung der Schutznormen bei der Schwangeren oder beim Kind zu einer Schädigung haftet grundsätzlich die Arbeitgeberin und die Personen, welche die Verletzungen der Schutznormen zu verantworten haben, vertraglich oder ausservertraglich.<sup>13</sup> Zudem sind die geleisteten Stunden zu bezahlen. Soweit in einer Woche die maximal zulässige Arbeitszeit von 49,5 Stunden überschritten sind, ist die Mehrarbeit mit 125% des ordentlichen Stundenansatzes zu vergüten. Das gilt auch, wenn im Vertrag eine 50-Stundenwoche vereinbart ist. Das Gesetz reduziert diese Vereinbarung mit Beginn der Schwangerschaft auf 49,5 Std. mit gleichem Lohn. Die zusätzliche halbe Stunde ist folglich zusätzlich zu entschädigen. Dabei handelt es sich nicht um eigentliche Überzeit, weil die entsprechende Zusatzleistung schlicht nicht erlaubt ist. Das hindert aber nicht, dass diese Zeit wie Überzeit zu entschädigen ist. Der Sachverhalt ist der gleiche, wie wenn die Überzeit in einem Kalenderjahr mehr als 140 bzw. 170 Stunden beträgt.<sup>14</sup> Auch diese weitergehende Zeit ist unzulässig, aber dennoch mit einem Ansatz von 125% zu entschädigen. Demgegenüber lässt sich die Zuschlagspflicht mangels entsprechender Rechtsgrundlage schwerlich auch auf Arbeitsleistungen ausdehnen, die zwar neun Stunden an einem Tag überschreiten aber noch immer im Rahmen von 49,5 Stunden in der entsprechenden Woche liegen. Das ArG stellt für die Überzeit auf die wöchentliche Arbeitszeit ab, nicht auf die tägliche, auch wenn das Gesetz Regeln bezüglich der täglich zulässigen Höchstarbeitszeit enthält.<sup>15</sup>

## 4. Folgerungen

1. Wie sind die Stunden, die eine schwangere oder stillende Frau mehr als 9 Stunden pro Tag arbeitet, zu qualifizieren? Sind diese als Überstunden oder Überzeit zu qualifizieren?

**4.1.** Der Umstand, dass an einem Tag verbotener Weise mehr als 9 Stunden gearbeitet worden sind, macht diese weder zu Überstunden noch zu Überzeiten. Es handelt sich bloss – aber immerhin – um

---

<sup>10</sup> Art. 51 Abs. 1 und 2 ArG.

<sup>11</sup> MOREILLON, Art. 59 ArG N. 18 f.

<sup>12</sup> MOREILLON, Art. 59 ArG N. 12 f.

<sup>13</sup> Art. 41 ff. und Art. 97 ff. OR; Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin, ist auch eine Staatshaftung möglich.

<sup>14</sup> Art. 12 Abs. 2 ArG.

<sup>15</sup> Zur täglichen Höchstarbeitszeit, vgl. RUDOLPH, S.404 f.

eine verbotene Arbeitsleistung. Wird dadurch allerdings die vertraglich vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit oder 49,5 Stunden pro Woche überschritten, handelt es sich selbstverständlich um Überstunden bzw. Überzeiten.

**4.2.** Sieht der Arbeitsvertrag oder die betriebliche Praxis eine Fünf-Tage-Woche vor, kann die Arbeitgeberin bei einer Schwangeren die Arbeit nicht nun plötzlich auf 5,5 Tage verteilen, um auf die vertraglich vereinbarte Sollarbeitszeit pro Woche zu kommen. Dies wäre eine Änderung des Arbeitsvertrages, die das gegenseitige Einverständnis voraussetzt.

2. Wie ist mit den Stunden, die eine schwangere oder stillende Frau mehr als 9 Stunden pro Tag arbeitet, umzugehen? Sind diese zu kompensieren, auszuzahlen (Zuschlag?) oder verfallen diese?

**4.3.** Es sind geleistete und damit zu bezahlende Stunden. Soweit dadurch nicht die wöchentliche höchstens zulässige Arbeitszeit überschritten wird, besteht keine Verpflichtung zu einem Zuschlag. Obgleich die Arbeitsleistung rechtswidrig ist, sind diese Stunden wie andere geleistete Arbeitsstunden an das Sollpensum anzurechnen. Es ist aber zu beachten, dass bei Verträgen, die eine 50-Stunden-Woche vorsehen, die Schwangerschaft zu einer Reduktion der vertraglichen Sollarbeitszeit auf 49,5 Std. bei gleichem Lohn führt. Die durch die Reduktion auf maximal 9 Std. pro Tag entstehende Minusleistung gegenüber der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit darf - jedenfalls wenn die Schwangere im Monatslohn und nicht im Stundenlohn angestellt ist - zu keiner Kürzung des Lohnes führen und die Arbeitnehmerin muss diese Zeiten auch nicht in einem späteren Zeitpunkt nachholen. Sie dürfen auch nicht mit Überstunden/Überzeiten aus einer früheren Zeit verrechnet werden.

3. Wie ist Minderzeit zu qualifizieren und damit umzugehen?

**4.4.** Wie bereits dargelegt, handelt es sich soweit der Umstand, dass die Schwangere maximal nur neuen Stunden im Tag arbeiten darf, gegenüber der arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsleistung zu einer geringeren Leistung führt, nicht um Minuszeiten, weil mit der Schwangerschaft die arbeitsvertraglich vereinbarte Sollarbeitszeit von Gesetzeswegen entsprechend gekürzt wird.

**4.5.** Legt die Arbeitgeberin im Rahmen der normalen Arbeitszeit die Arbeitspläne so fest, dass es gegenüber dem vertraglich vereinbarten Umfang der Arbeit zu Minusstunden kommt. Liegt ein Arbeitgeberverzug im Sinne von Art. 324 OR vor und die Arbeitgeberin hat den Lohn uneingeschränkt zu bezahlen, ohne dass der Arbeitnehmer verpflichtet wäre, die entsprechenden Zeiten nachzuholen.

4. Gibt es weitere Punkte, die im Zusammenhang mit dem Thema „Mehrstunden bei Schwangerschaft oder Mutterschaft“ zu beachten sind?“

**4.6.** Selbstverständlich gibt es weitere Bestimmungen zur Frage der Sonntags- und Nachtarbeit und der Art der Arbeit. Zudem hat die Schwangere auch das Recht der Arbeit fern zu bleiben, wenn sie dies für ihre Gesundheit für notwendig hält.

\*\*\*\*\*

\*\*\*

\*