



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.bs.ch/regierungsrat

Per E-Mail an:
ab-geko@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO

Basel, 25. Februar 2025

Regierungsratsbeschluss vom 25. Februar 2025

Vernehmlassung Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz: Sonderbestimmungen für die Live-in-Betreuung (Art. 17a – 17e ArGV 2); Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme in rubrizierter Angelegenheit. Nachfolgend finden Sie unsere Einschätzung.

Es ist sinnvoll und notwendig, dass auf den Bundesgerichtsentscheid 2C_470/2020 reagiert wird. Der Entwurf ist grundsätzlich zu befürworten. Allerdings ist er sehr komplex und nicht ausreichend klar formuliert, was zu diversen Verständnis- und Vollzugsproblemen bei den involvierten Akteuren, insbesondere auch den zu schützenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, führen kann. Ebenfalls nicht zu unterschätzen ist der Aufwand für die kantonalen Vollzugsbehörden für die Arbeitszeitkontrolle. Durch Präzisierung und Vereinfachung des Entwurfs könnte ein möglichst reibungsloser und einheitlicher Vollzug sichergestellt und das Eingreifen von Behörden und Gerichten auf ein Minimum reduziert werden.

Systematik

Der Entwurf beinhaltet im 3. Abschnitt der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) eine Reihe von Artikeln, die sich auf Betriebe und die von ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beziehen, die zur Erbringung von hauswirtschaftlichen Leistungen sowie der Betreuung und Unterstützung in der Alltagsbewältigung herbeigezogen werden. Dies ist ein Novum, da im 3. Abschnitt normalerweise die unterstellten Betriebsarten sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aufgeführt werden und in den einzelnen Bestimmungen auf die Sonderbestimmungen im 2. Abschnitt verwiesen wird. Vorliegend werden jedoch sowohl besondere Bestimmungen, welche eigentlich im 2. Abschnitt Eingang finden müssten, festgehalten, als auch auf Sonderbestimmungen des 2. Abschnittes verwiesen. Diese Systematik macht die für den Laien ohnehin anspruchsvolle Lektüre der Verordnung unnötigerweise noch komplexer. Die besonderen Bestimmungen sollten daher im 2. Abschnitt eingefügt werden. Im 3. Abschnitt sollte nur ein Artikel vorgesehen werden, der einerseits den Grundsatz der hauswirtschaftlichen Leistungen sowie Betreuung und Unterstützung in der Alltagsbewältigung erläutert und andererseits Verweise auf die Sonderbestimmungen im 2. Abschnitt enthält.

Art. 17a Abs. 1 E-ArGV 2

Die Definition des Anwendungsbereichs ist grundsätzlich zweckmässig formuliert. Gemäss dem erläuternden Bericht sind medizinische Pflegeleistungen ausgeschlossen, jedoch fallen Leistungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c der Krankenpflege-Leistungsverordnung unter die Bestimmungen. Um einen einheitlichen Vollzug zu gewährleisten, ist es eine klare Abgrenzung wichtig. Dies kann beispielsweise anhand einer Liste mit den typischen Tätigkeiten, welche unter die Sonderbestimmungen fallen, oder anhand einer Präzisierung im Wegleitungstext erfolgen.

Um in den Anwendungsbereich der Bestimmungen zu fallen, muss der beschäftigte Arbeitnehmer oder die beschäftigte Arbeitnehmerin unter anderem im Haushalt der betreuten Person wohnen. Somit entfällt die Anwendung der Sonderbestimmungen auf Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, die eingesetzt werden, falls die Anzahl Einsätze im Bereitschaftsdienst für die primär mit der Betreuung beauftragten und im gleichen Haushalt wohnenden Personen überschritten werden oder auf die Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, welche die Einsätze organisieren. In diesem Zusammenhang überzeugt der Verordnungsentwurf in Art. 17a Abs. 2 E-ArGV 2 nicht, da er von «auf die Betriebe sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nach Abs. 1» spricht. «die Betriebe sowie» ist somit zu streichen.

Art. 17a Abs. 2 E-ArGV 2

Der Verweis auf Art. 8 Abs. 2 ArGV 2 ist nicht zweckmässig. Häufig werden Pendelmigrantinnen und -migranten aus dem EU-Raum für die umfassten Tätigkeiten eingesetzt. Diese halten sich häufig im Rahmen des ausländerrechtlichen Meldeverfahrens während höchstens drei Monaten in der Schweiz auf. Eine Kompensation von sonntags geleisteter Überzeit während eines Zeitraums von 26 Wochen passt daher nicht. Die Anwendbarkeit der Sonderbestimmung hätte zudem zur Folge, dass Arbeitszeitkontrollen ohne Notwendigkeit sehr viel aufwändiger wären.

Art. 12 Abs. 2 ArGV 2, wonach im Kalenderjahr mindestens 12 freie Sonntage zu gewähren sind, wird in der Praxis bei einem Aufenthalt von 3 Monaten kaum eine Rolle spielen, da sie unregelmässig auf das Jahr verteilt werden dürfen. In der laufenden oder darauffolgenden Woche, in der am Sonntag gearbeitet wird, muss im unmittelbaren Anschluss an die tägliche Ruhezeit eine wöchentliche Ruhezeit von 36 aufeinander folgenden Stunden gewährt werden. Diese verlängert sich damit auf insgesamt 47 Stunden. Es ist zu bezweifeln, dass eine solche Regelung den Bedürfnissen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entspricht, was letztlich auch zu Schwierigkeiten bei der Rekrutierung von geeignetem Personal führen könnte.

Praxisgerechter wäre der Verweis auf Art. 8 Abs. 1 ArGV 2, wonach die am Sonntag geleistete Überzeitarbeit innert 14 Wochen durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen ist. Alternativ und für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahrscheinlich interessanter wäre eine monetäre Entschädigung. Hinzu kommt, dass der Freizeitausgleich, sofern zwischenzeitlich eine Ausreise aus der Schweiz erfolgt ist, für die Behörde faktisch nicht überprüfbar ist.

Art. 17a Abs. 3 E-ArGV 2

Die verlangte Unterstellung unter den GAV Personalverleih als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmungen sorgt an sich für eine erhebliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen. Fortan dürfte der GAV Personalverleih für die überwiegende Mehrheit der verliehenen Live-in-Betreuungspersonen gelten. Die Live-in-Betreuungspersonen profitieren neben den sozialpartnerschaftlich festgelegten Mindestlöhnen und Entschädigungen für Bereitschaftsdienst sowie Nacht- und Sonntagsarbeit auch von einer obligatorischen Krankentaggeldversicherung. Somit ist aus Sicht des Arbeitnehmerschutzes die Regelung nachvollziehbar, überzeugt aber aus diversen Gründen nicht.

Dem GAV Personalverleih sind nur Betriebe unterstellt, die eine kantonale oder eidgenössische Bewilligung zum Personalverleih besitzen und deren Haupttätigkeit der Personalverleih ist. Jedoch fällt nicht jeder Betrieb, der Personalverleih betreibt, unter die Bewilligungspflicht. In der Praxis gibt es Betriebe, welche Live-in-Betreuung anbieten und nicht bewilligungspflichtig sind und demnach nicht dem GAV Personalverleih unterstehen. Dies schafft Wettbewerbsverzerrun-

gen. Ausserdem ist eine Unterstellung unter den GAV Personalverleih für die Anwendbarkeit der Sonderbestimmungen insbesondere dann problematisch, wenn der GAV Personalverleih nicht mehr als allgemeinverbindlich erklärt wird, sei es nur vorübergehend oder gar ganz aufgelöst werden sollte. Die Betriebe und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wüssten nicht mit Sicherheit, wie lange die Sonderbestimmungen auf sie Anwendung finden und befänden sich somit diesbezüglich in einem Schwebezustand. Da die Live-in-Betreuung ohne Anwendbarkeit der Sonderbestimmungen faktisch nicht mehr umsetzbar wäre, wäre damit möglicherweise der Stellenverlust verbunden. Um dies zu vermeiden, sollten alle Dreiecks-Verhältnisse, welche Personalverleih darstellen, den Sonderbestimmungen unterstehen, unabhängig davon, ob sie dem GAV Personalverleih unterstellt oder freiwillig angeschlossen sind oder nicht.

Der Verweis auf die sozialpartnerschaftlich festgelegten Arbeitsbedingungen ist nachvollziehbar, jedoch sollte er nicht Eingang in einen Rechtserlass finden, welcher damit vom Verhandlungsergebnis der Sozialpartner abhängig gemacht wird. Die Verordnung darf auch nicht vorschreiben, dass die Sozialpartner für die Betriebe die Arbeitsbedingungen betreffend die Vergütung des Bereitschaftsdienstes und die Sonntags- und Nachtarbeit regeln müssen. Es ist fraglich, ob eine solche Bestimmung dem geltendem Recht entspricht und auf dieser Normstufe möglich ist. So sprechen sowohl die Tarifautonomie als Teil der Vertragsfreiheit als auch die indirekte negative Koalitionsfreiheit dagegen. Ausserdem geht aus dem Verordnungsentwurf nicht klar hervor, inwiefern die Sozialpartner die Sonntags- und Nachtarbeit regeln sollen. Insofern ausschliesslich die Vergütung von Bereitschaftsdienst und Sonn- und Nachtarbeit gemeint ist, und nicht die weiteren Vorgaben für diese Einsätze, hat der Entwurf einen redaktionellen Fehler («der» anstatt «die» Sonntags- und Nachtarbeit). Gemäss erläuterndem Bericht wird in der aktuell geltenden Vereinbarung festgelegt ist, dass insbesondere für Nachtarbeit ein Lohnzuschlag von mindestens 25% geschuldet ist. Das Arbeitsgesetz sieht für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit ein Zeitzuschlag von 10% vor. Gemäss Art. 22 ArG kann ein Zeitzuschlag nicht durch Geldleistungen ersetzt werden. Daraus resultiert, dass vorliegend ein 10% Zeitzuschlag und ein 25% Lohnzuschlag zu gewähren wäre, wobei die Vollzugsorgane des ArG lediglich den Zeitzuschlag kontrollieren. Zudem ist unklar, was die Konsequenzen sind, wenn die Sozialpartner keine Regelung finden – dies sollte geklärt und in der Verordnung festgehalten werden (vgl. z.B. Art. 11 Abs. 3^{ter} BVG oder Art. 335j OR).

Art. 17b Abs. 1 E-ArGV 2

Es ist fraglich, ob eine Interventionszeit von 30 Minuten im Bereich der Live-in-Betreuung realistisch ist. Eine Sonderregelung bei kürzeren Interventionszeiten analog des bisher einzig auf Krankenanstalten und Kliniken anwendbaren Art. 8a Abs. 2 ArGV 2 wäre sinnvoll.

Zudem ist unklar, inwiefern die Wegzeit als Arbeitszeit anzurechnen ist. Im erläuternden Bericht wird lediglich ausgeführt, dass innerhalb des gleichen Zeitabschnittes nur der effektive Arbeitsinsatz als Arbeitszeit zählt. Im Rahmen des Pikettdienstes ist die Anrechnung der nötigen Wegzeiten als Arbeitszeit zwingend, wenn der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes erfolgt. Der Verordnungsentwurf ist aus Sicht des Arbeitnehmerschutzes dahingehend zu konkretisieren, dass Art. 15 Abs. 2 ArGV 1 analog Anwendung findet, weil die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer sich während des Bereitschaftsdienstes sowohl inner- als auch ausserhalb des Haushalts bereithalten kann.

Gemäss erläuterndem Bericht stellt die Gewährleistung des Bereitschaftsdienstes einen massgeblichen Teil der vereinbarten Arbeitsleistung dar und ist nicht bloss eine ausnahmsweise geleistete Zusatzleistung für Notfälle wie beim Pikettdienst. Deshalb muss diese Zeit auch klar von der Ruhezeit abgegrenzt werden. Auch ist eine klare Regelung zum Verhältnis zu anderen Bestimmungen über die Arbeitszeit wichtig. Die allgemeinen Bestimmungen über die Arbeitszeit (Art. 10 ArG für Tages- und Abendarbeit und 17a ArG für Nachtarbeit) sind auf den Pikettdienst nicht anwendbar. Andere Bestimmungen, insbesondere diejenigen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit und die Überzeitarbeit, bleiben anwendbar. Vorliegend ist zu konkretisieren, welche Bestimmungen durch den Bereitschaftsdienst zur Anwendung gelangen und welche nicht.

Zur redaktionellen Korrektur muss das Wort «zu» noch vor «gewähren» ergänzt werden.

Art. 17b Abs. 2 E-ArGV 2

Zwar ist die Frequenz des Bereitschaftsdiensts beschränkt, dies jedoch auf einem sehr hohen Niveau. Der Verordnungsentwurf suggeriert, dass der Bereitschaftsdienst nur an einem Arbeitstag zulässig ist, ohne dass im erläuternden Bericht der Grund dafür erklärt wird. So kann es sein, dass die Einplanung eines Bereitschaftsdienstes bereits vor einem Arbeitstag und somit nicht an einem Arbeitstag gewünscht oder erforderlich ist. Die vorgesehene Regelung stellt eine unnötige Einschränkung dar.

Art. 17b Abs. 3 E-ArGV 2

Diese Regelung ist unnötigerweise komplex. So müsste für jeden Block der Bereitschaftszeit einzeln geprüft werden, ob nur die effektiv geleisteten Einsätze oder der gesamte Block als Arbeitszeit gilt. Zudem wird dadurch auch die Arbeitszeiterfassung erschwert. Hingegen würde die Aufteilung auf höchstens zwei Zeitabschnitte das Kontrollvolumen um einen Drittel reduzieren. Sodann sollte die Bestimmung dahingehend ergänzt werden, dass die Unterteilung des Bereitschaftsdienstes nur in nicht zusammenliegende Zeitabschnitte zulässig ist, um damit Umgehungsversuchen vorzubeugen.

Art. 17c Abs. 2 E-ArGV 2:

Aufgrund der unregelmässigen und schlecht planbaren Art der Tätigkeit ist es an sich gerechtfertigt, keine Verkürzung der täglichen Ruhezeit auf weniger als elf Stunden zuzulassen. In der Praxis kann diese Regelung jedoch zu Schwierigkeiten führen. Davon ausgegangen, dass die minimale Ruhezeit von vier aufeinander folgenden Stunden nicht erreicht werden kann, beispielsweise bei einer akuten gesundheitlichen Verschlechterung der zu betreuenden Person in der Nacht, müsste der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer unmittelbar nach dem letzten Einsatz die tägliche Ruhezeit von elf Stunden nachgewährt werden. Jedoch wird der Arbeitgeber in der Nacht aber keine Ersatzperson finden. Eine Ausnahmeregelung für Notfälle ist deshalb notwendig.

Art. 17d Abs. 1 E-ArGV 2

Durch die Verpflichtung, die einstündige Pause ohne Bereitschaftsdienst zu gewähren, wird den besonderen Umständen bei der Live-In-Betreuung Rechnung getragen. Gemäss erläuterndem Bericht muss die Pause am Stück gewährt und darf entgegen der allgemein gültigen Regelung nicht aufgeteilt werden. Wir wünschen eine entsprechende Präzisierung im Verordnungsentwurf. Ausserdem ist unklar, ob abgesehen von der explizit vorgesehenen Abweichung die Regelungen in Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1 anwendbar sind oder nicht. Eine Präzisierung, zumindest im Wegleitungstext, ist wünschenswert.

Art. 17d Abs. 2 E-ArGV 2

Es ist zu begrüßen, dass dem geringeren Erholungswert von Freizeit, während welcher Bereitschaftsdienst zu leisten ist, Rechnung getragen wird. Gemäss Art. 10 Abs.1 und Art. 16 ArG wird zwischen Tages-, Abend- und Nachtarbeit unterschieden. Im Verordnungsentwurf wird jedoch nur auf Tages- und Nachtarbeit Bezug genommen. Wir gehen davon aus, dass es sich um ein redaktionelles Versehen handelt und auch die Abendarbeit gemeint ist und somit «am Tag und Abend, der in drei Zeitabschnitte aufgeteilt ist», heissen sollte.

Art. 17e E-ArGV 2

Die Vorgaben betreffend Ausgestaltung von Visum und Kontrolle der Arbeitszeiterfassungen durch den Personalverleihbetrieb erscheinen vage. Die Begriffe «zeitnah» und «Kontrolle» sind auslegungsbedürftig. Die praktische Umsetzung wird durch den Umstand, dass es sich grossmehrheitlich um Pendelmigrantinnen und -migranten handelt, erheblich erschwert. Ausserdem bleibt unklar, ob lediglich die Arbeitszeiten oder sämtliche Daten, wie z.B. der Bereitschaftsdienst, visiert werden muss. Wir wünschen daher eine entsprechende Präzisierung. Unklar ist, weshalb nicht Art. 73 ArGV 1 entsprechend angepasst wird.

Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne Michael Mauerhofer, Leiter Bereich Arbeitsbedingungen im Amt für Wirtschaft und Arbeit, michael.mauerhofer@bs.ch, Tel. 061 267 87 78, zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Conradin Cramer
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin