
Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht?

Versuch einer Auslegung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1

THOMAS PIETRUSZAK

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	339
II. Entstehungsgeschichte	340
III. Anspruch auf Freistellung von der Arbeit (Satz 1)	342
IV. Anrechnung der Stillzeit als bezahlte Arbeitszeit (Satz 2)	343
1. Normanalyse	343
2. Genügende gesetzliche Grundlage?	346
V. Fazit	348

I. Einleitung

Thomas Geiser versteht es wie kaum ein Zweiter, mit kritischem Blick Rechtsnormen auf den Zahn zu fühlen. Sein liebstes Exerzierfeld sind dazu nebst anregenden Diskussionen im kleinen Kreis seine Lehrveranstaltungen und Vorträge. Seine Freude, bislang nicht Hinterfragtes zu hinterfragen, steckt an.

Im Folgenden soll dem am 1. Juni 2014 in Kraft getretenen Abs. 2 von Art. 60 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz auf den Zahn gefühlt werden. Dieser gewährt den stillenden Müttern während eines definierten Zeitraums einen Anspruch auf bezahlte Stillzeit. Obwohl diese Bestimmung gesellschaftspolitisch und wirtschaftlich von nicht geringer Bedeutung ist, wurde sie bislang vom Schrifttum lediglich am Rande vermerkt¹. Dies gibt Anlass, die Tragweite dieser Bestimmung näher zu untersuchen.

¹ So auch vom Jubiliar: THOMAS GEISER/BENEDIKT HÄFLIGER, Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2015 S. 359; GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2014; AJP 2015, 381, 387; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, N 972a; STEFANIE MEIER-GUBSER, Schwangere, Wöchnerinnen und Stillende im Arbeitsrecht, TREX 2016, 148, 151.

II. Entstehungsgeschichte

Arbeitsrechtliche Vorschriften zum Schutz des Stillens wurden erstmals mit dem Arbeitsgesetz vom 13. März 1964² erlassen. Dessen Art. 35 Abs. 3 bestimmte, dass stillende Mütter nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden dürfen und dass ihnen zum Stillen die erforderliche Zeit freizugeben ist.

Im revidierten Arbeitsgesetz, das am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist, wurde diese Regelung inhaltlich unverändert in Art. 35a Abs. 1 und 2 überführt:

¹ Schwangere und stillende Frauen dürfen nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden.

² Schwangere dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Stillenden Müttern ist die erforderliche Zeit zum Stillen freizugeben.

Gestützt auf Art. 40 Abs. 1 lit. b ArG erliess der Bundesrat zum 1. Januar 2000 in aArt. 60 Abs. 2 ArGV 1³ eine Ausführungsbestimmung zu Art. 35a Abs. 2 ArG, welche festlegte, in welchem Masse die für das Stillen aufgewendete Zeit an die Arbeitszeit anzurechnen ist:

Für das Stillen im ersten Lebensjahr ist die Stillzeit wie folgt an die Arbeitszeit anzurechnen:

- a. Stillzeit im Betrieb gilt als Arbeitszeit;
- b. verlässt die Arbeitnehmerin den Arbeitsort zum Stillen, ist die Hälfte dieser Abwesenheit als Arbeitszeit anzuerkennen;
- c. die übrige Stillzeit darf weder vor- noch nachgeholt werden, sie darf auch nicht anderen gesetzlichen Ruhe- oder Ausgleichsruhezeiten angerechnet werden.

Die Anrechnung der Stillzeit an die Arbeitszeit war gemäss dieser Bestimmung auf das erste Lebensjahr des Kindes beschränkt und war unterschiedlich, je nachdem, ob das Stillen im Betrieb (volle Anrechnung der Stillzeit) oder ausserhalb des Arbeitsorts (halbe Anrechnung der Abwesenheit) stattfand. Ein Lohnanspruch für die anzurechnende Stillzeit wurde damit jedoch nicht begründet, da der Begriff der Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes lediglich den Gesundheitsschutz anspricht.⁴ Die Anrechnung an die Arbeitszeit hat einerseits zur Folge, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin im Rahmen der arbeitsgesetzlichen Höchstarbeitszeit entsprechend weniger lang beanspruchen darf, und stellt andererseits klar, dass die Stillzeit im anzurechnenden Umfang keine gesetzliche Ruhezeit, Ersatzruhezeit oder Pause

² Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz), SR 822.11.

³ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1), SR 822.111.

⁴ RÉMY WYLER, Stämpfli Handkommentar, Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 35a N 6 und 14.

ist und auch nicht mit Überstunden- oder Ferienguthaben verrechnet werden darf.⁵ Zudem machte sie es notwendig, dass die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber darüber unterrichtete, ob es sich bei ihrer Abwesenheit um Stillzeit handelt oder um eine Ausübung des Rechts, nicht ohne ihr Einverständnis beschäftigt zu werden.

Am 22. Juni 2007 reichte Nationalrätin Liliane Maury Pasquier eine parlamentarische Initiative ein, die eine Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz beantragte.⁶ Die Initiative fand die Zustimmung der Kommissionen für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) wie auch des Ständerates. Der SGK-N legte daraufhin am 12. Mai 2011 einen Vorentwurf mit erläuterndem Bericht vor.⁷ Damit das IAO-Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz ratifiziert werden konnte, musste das Schweizer Recht dessen Anforderungen erfüllen. Bei der Forderung des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz nach bezahlter Stillzeit war dies nicht der Fall. Art. 10 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz sieht diesbezüglich nämlich Folgendes vor:

1. Einer Frau ist das Recht auf eine oder mehrere tägliche Pausen oder eine tägliche Verkürzung der Arbeitszeit zum Bruststillen ihres Kindes zu gewähren.
2. Der Zeitraum, während dessen Stillpausen oder die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit gestattet sind, die Anzahl und die Dauer der Stillpausen und die Verfahren für die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit sind durch die innerstaatliche Gesetzgebung und Praxis festzulegen. Diese Pausen oder die Verkürzung der täglichen Arbeitszeit sind als Arbeitszeit anzurechnen und entsprechend zu bezahlen.

Die SGK-N beantragte daher, zusammen mit der Ratifikation des IAO-Abkommens Nr. 183 über den Mutterschutz Art. 35a Abs. 2 ArG wie folgt zu ändern:

²Schwangere dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen. Stillenden Müttern ist die erforderliche Zeit zum Stillen freizugeben. Die Verordnung bestimmt die Stillzeit, welche als entlohnte Arbeitszeit anzurechnen ist.

Der Bundesrat nahm dazu am 15. Februar 2012 Stellung.⁸ Seiner Ansicht nach stellte die Frage der bezahlten Stillzeit nur eine geringe Abweichung zwischen der Schweizer Rechtsordnung und den Bestimmungen des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz dar, für welche eine Änderung von Art. 35a Abs. 2 ArG nicht notwendig sei. Stattdessen kündigte der Bundesrat eine ausführliche Regelung der Entlohnung von Stillzeiten in Art. 60 Absatz 2 ArGV 1 an. Gestützt darauf genehmigte die Bundesversammlung das IAO-Übereinkommen Nr. 183 über den Mutterschutz

⁵ RÉMY WYLER (Fn. 4), Bern 2005, Art. 35a N 13.

⁶ 07.455 n.

⁷ BBl 2012 1797 ff.

⁸ BBl 2012 1823 ff.

und ermächtigte den Bundesrat zu dessen Ratifikation.⁹ Von der beantragten Anpassung von Art. 35a Abs. 2 ArG wurde abgesehen.

In der Folge wurde das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO mit der Ausarbeitung einer entsprechenden Anpassung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 beauftragt. Der Vorschlag wurde vom SECO zusammen mit einem erläuternden Bericht im November 2013 vorgelegt und schliesslich vom Bundesrat im April 2014 unverändert verabschiedet¹⁰:

Stillenden Müttern sind die für das Stillen oder für das Abpumpen von Milch erforderlichen Zeiten freizugeben. Davon wird im ersten Lebensjahr des Kindes als bezahlte Arbeitszeit angerechnet:

- a. bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten;
- b. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden: mindestens 60 Minuten;
- c. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten.

Diese Regelung, die seit 1. Juni 2014 in Kraft ist, besteht aus zwei Elementen: einem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit und einer Anrechnung als bezahlte Arbeitszeit. Was sie im Einzelnen bedeutet, soll im Folgenden näher untersucht werden. Nichts geändert hat sich am Recht der stillenden Mutter, nicht ohne ihr Einverständnis beschäftigt zu werden (Art. 35a Abs. 1 ArG), weshalb darauf nicht weiter eingegangen wird.

Das IAO-Abkommen Nr.183 über den Mutterschutz wurde am 4. Juni 2014 ratifiziert und trat für die Schweiz am 4. Juni 2015 in Kraft (SR 0.822.728.3).

III. Anspruch auf Freistellung von der Arbeit (Satz 1)

Wie bereits gemäss Art. 35a Abs. 2 ArG und dem früheren Verordnungstext ist der Arbeitgeber unter dem neuen Art. 60 Abs. 2 Satz 1 ArGV 1 verpflichtet, stillenden Müttern die für das Stillen erforderlichen Zeiten freizugeben. Neu wird dem Stillen das Abpumpen von Milch ausdrücklich gleichgestellt, wie es bislang Praxis war. In beiden Fällen besteht der Freistellungsanspruch jedoch nur, soweit es um die Ernährung des eigenen Kindes mit der eigenen Muttermilch geht.¹¹ Der Arbeitgeber muss sich diesbezüglich wohl oder übel in guten Treuen auf die Aussagen der Arbeitnehmerin verlassen.

⁹ Bundesbeschluss vom 14. Dezember 2012, BBl 2012 9727.

¹⁰ Verordnung vom 30. April 2014, in Kraft seit 1. Juni 2014 (AS 2014 999).

¹¹ WYLER (Fn. 4), ArG Art. 35a N 11.

Der Freistellungsanspruch dauert so lange, wie es für das Stillen bzw. Abpumpen erforderlich ist. Gestützt auf ihr Recht, nicht ohne ihr Einverständnis beschäftigt zu werden (Art. 35a Abs. 1 ArG), darf die stillende Mutter aber auch länger der Arbeit fernbleiben. Beide Rechte stehen der Arbeitnehmerin zu, solange sie stillt, ungeachtet des Alters des Kindes.¹² Aufgrund ihrer Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) ist die Arbeitnehmerin aber gehalten, sämtliche Arbeitsunterbrüche und Abwesenheiten dem Arbeitgeber soweit möglich und opportun vorgängig anzuzeigen, damit dieser sich darauf einrichten kann.

Aus dem Umstand, dass Gesetz und Verordnung von Stillzeit und nicht von Stillpause sprechen, ist zu folgern, dass die Vorschriften über die Pausen (Art. 15 ArG, Art. 18 ff. ArGV 1) auf die Stillzeit nicht anwendbar sind. Insbesondere müssen die Stillzeiten also nicht um die Mitte der Arbeitszeit angesetzt, sondern können entsprechend den Bedürfnissen der Mutter und des Kindes bezogen werden.

IV. Anrechnung der Stillzeit als bezahlte Arbeitszeit (Satz 2)

1. Normanalyse

Satz 2 von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 bestimmt neu, dass im ersten Lebensjahr des Kindes die für das Stillen erforderliche Zeit in einem bestimmten Umfang als bezahlte Arbeitszeit angerechnet wird, nämlich:

- a. bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten;
- b. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden: mindestens 60 Minuten;
- c. bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten.

Nach den Erläuterungen des SECO kann der entsprechende Stillkredit als eine oder mehrere Stillzeiten bezogen werden, und er soll für jedes Kind gelten.¹³ Unklar ist, ob sich das SECO bei Letzterem auf nacheinander erfolgende Einzelgeburten bezieht oder auf Mehrlingsgeburten oder auf beides. Dem Verordnungstext lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Würde der Kredit bei Mehrlingsgeburten pro Kind zur Verfügung stehen, hätte dies eine nicht unerhebliche Belastung des Arbeitgebers zur Folge. So müsste eine Mutter mit Zwillingen dem Arbeitgeber für eine (bezahlte) tägliche Arbeitszeit von 8 Stunden lediglich während 5 Stunden zur Verfügung stehen.

¹² A.M. WYLER (Fn. 4), ArG Art. 35a N 11, welcher den Freistellungsanspruch zum Stillen auf das erste Lebensjahr des Kindes beschränkt. Im Wortlaut von Art. 35a Abs. 2 ArG und Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 findet dies indessen keine Stütze.

¹³ SECO, Erläuternder Bericht zur Änderung von Artikel 60 Absatz 2 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom November 2013, S. 2.

Mit der gewählten Abstufung, die auch für kleine Pensen einen Anspruch auf eine bezahlte Stillzeit gibt, sollen teilzeitbeschäftigte Mütter gegenüber vollzeitbeschäftigten nicht benachteiligt werden¹⁴. Das ist an sich gut gemeint, doch muss man sich fragen, ob eine stillende Mutter, die beispielsweise zwei Stunden am Tag arbeitet, tatsächlich einen Anspruch auf bezahlte Stillzeit haben soll, um das Stillen zu fördern. Problematisch an der Abstufung ist weiter die fehlende Linearität, die dazu führt, dass tägliche Arbeitszeiten von mehr als 4 Stunden übermässig mit anrechenbarer Stillzeit belastet werden. Arbeitszeiten nahe über den Schwellenwerten (z.B. 4½ Stunden oder 7½ Stunden) lohnen sich für den Arbeitgeber schlicht nicht. Die Regelung setzt damit falsche Anreize bei der Einsatzplanung und schränkt möglicherweise die Flexibilität gegenüber stillenden Müttern ein. In ihrem Interesse ist das nicht. Abgesehen davon wäre es für die betriebliche Praxis wohl einfacher gewesen, wenn man sich – wenn schon – an bereits bestehenden Schwellenwerten orientiert hätte (wie z.B. für die Pausen)¹⁵, statt eine neue Abstufung einzuführen.

Fraglich ist weiter, wie das Wort «mindestens» in den lit. a–c zu verstehen ist. Dieses knüpft an die Zeit an, welche der Mutter zum Stillen freigegeben wird («davon [...] wird anrechnet [...] mindestens»). Wie verhält es sich, wenn eine Mutter eine weniger lange Freistellung als der Kredit beansprucht? Ist dann gleichwohl der volle Kredit anzurechnen? Wie verhält es sich im umgekehrten Fall, wenn der Mutter mehr Zeit freigegeben wird als der Kredit vorsieht? Hat dann eine entsprechend grössere Anrechnung zu erfolgen? Der Wortlaut von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 ist verunglückt. Das SECO geht davon aus, dass das Wort «mindestens» lediglich zum Ausdruck bringen will, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmerin eine weitergehende bezahlte Anrechnung vereinbaren können¹⁶. Fehlt eine solche ausdrückliche Vereinbarung über die bezahlte Anrechnung, wird man die Bestimmung wohl aber dahingehend auslegen dürfen, dass nur die effektiv zum Stillen freigegebene Zeit als Arbeitszeit anzurechnen ist, maximal aber im Umfang des entsprechenden Kredits.

Dass die Unterscheidung zwischen Stillen im Betrieb und ausserhalb des Betriebs aufgegeben wurde und damit die ausserhalb des Betriebs verbrachte Stillzeit in gleicher Weise als bezahlte Arbeitszeit angerechnet wird, erscheint nicht unproblematisch. Der Arbeitgeber hat nämlich keine realistische Möglichkeit zu überprüfen, ob die Arbeitnehmerin tatsächlich stillt oder abpumpt und nicht unter dem Vorwand des Stillens bezahlte Freizeit bezieht. Ein gewisses Missbrauchspotential ist nicht von der Hand zu weisen.

¹⁴ SECO (Fn. 13), S. 3.

¹⁵ Die Schwellenwerte für die Pausen sind eine tägliche Arbeitszeit von mehr als 5½ Stunden, mehr als 7 Stunden, und mehr als 9 Stunden, Art. 15 ArG.

¹⁶ SECO, Wegleitung zu Art. 60 ArGV 1, 160-1.

Schliesslich ist fraglich, wie die Formulierung «wird als bezahlte Arbeitszeit angerechnet» zu verstehen ist. Es handelt sich um einen Zwitter aus Arbeitsgesetz und Obligationenrecht. Eine Anrechnung an die Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes zwecks Einhaltung der Höchstarbeitszeiten ist ohne Weiteres möglich. Ob aber diese Arbeitszeit auch bezahlt ist, richtet sich nach dem Obligationenrecht, sprich primär nach der Vereinbarung der Parteien. Für Mütter, die im (reinen) Zeitlohn angestellt sind, ist die Handhabung klar: Die Stillzeit im Umfang des anzurechnenden Kredits gilt privatrechtlich als geleistete Arbeitszeit und ist entsprechend zu bezahlen. Es handelt sich dabei nicht um eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR, sondern um eine solche gestützt auf öffentliches Recht, woraus gemäss Art. 342 Abs. 2 OR ein privatrechtlicher Anspruch entsteht. Eine bezahlte Stillzeit von 90 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden entspricht einer Produktivitätseinbusse von rund 20 %. Auf ein Vollzeitpensum gerechnet ergibt dies einen Tag pro Woche und rund 40 Tage (= 8 Wochen) während des ersten Lebensjahrs des Kindes. Umfangmässig entspricht dies der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht im zweiten Dienstjahr (Zürcher Skala) bzw. 3. und 4. Dienstjahr (Berner Skala), die zusätzlich besteht. Anders als gegen Krankheit gibt es gegen Stillzeit aber keine gängigen Versicherungslösungen.

Unklar ist die Anwendung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 bei Leistungslöhnen (wie z.B. einem Anteil am eigenen Umsatz oder am Geschäftsergebnis oder bei Provisionen). Da in diesen Fällen nicht die Arbeitszeit bezahlt wird, sondern die Leistung oder der Erfolg, müsste eine wörtliche Anwendung der Bestimmung dazu führen, dass zwar eine Anrechnung erfolgt, ihr Wert aber Null ist und damit keine bezahlte Stillzeit resultiert.

An sich wäre es naheliegend, sich stattdessen an den Grundsätzen der Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR zu orientieren und für die anrechenbare Stillzeit nach dem Lohnausfallprinzip¹⁷ Lohnersatz zu leisten. Was dies aber konkret bedeuten kann, sei am Beispiel einer angestellten Zahnärztin illustriert, die als Lohn einen bestimmten Prozentsatz an ihrem persönlichen Umsatz erhält. Angenommen ihr Umsatzanteil beträgt pro Stunde durchschnittlich CHF 140 und sie arbeitet jeweils etwas mehr als 7 Stunden pro Tag, davon 1½ Stunden Stillzeit. Für die Stillzeit ergäbe das dann eine Umsatzgutschrift von CHF 210 pro Tag bzw. CHF 4567.50 im Monat bzw. CHF 45'675 im ersten Lebensjahr des Kindes. Das entspricht in diesem Beispiel gut zwei Monatslöhnen. Der Arbeitgeber müsste diesen Betrag selbst bezahlen, ohne dass dafür ein Umsatz von der Arbeitnehmerin erarbeitet wurde.

¹⁷ Dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324a/b N 9.

Die Aussage, die Kosten der Regelung würden sich für die Arbeitgeber auf einem geringen Niveau halten¹⁸, muss angesichts dieser Zahlen relativiert werden.

2. Genügende gesetzliche Grundlage?

Die Frage stellt sich, ob die Anordnung bezahlter Stillzeit in Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage hat.

Gemäss Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Bestimmung im Sinne dieser Bestimmung wichtig ist und daher in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden muss, sind verschiedene Kriterien zu berücksichtigen. Massgebend ist namentlich, ob die Bestimmung einen erheblichen Eingriff in die Rechte und Freiheiten der Privaten vorsieht, ob von der Bestimmung ein grosser Kreis von Personen betroffen ist oder ob gegen die Bestimmung angesichts ihres Inhalts mit Widerstand der davon Betroffenen zu rechnen ist¹⁹. Auch für wichtige politische Entscheide ist ein formelles Gesetz erforderlich²⁰. Generell eher strenge Anforderungen gelten auch, wo es um die Schaffung von öffentlichrechtlichen Pflichten geht.²¹ Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Art. 164 Abs. 2 BV). Der Bundesrat erlässt rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist (Art. 182 Abs. 1 BV).

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt die Einführung bezahlter Stillzeiten im Arbeitsverhältnis einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Arbeitgeber und damit in deren Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar. Betroffen davon sind sämtliche Arbeitgeber und damit ein grosser Kreis von Personen. Im Anhörungsverfahren zu Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 stiess die Vorlage zudem auf breite Ablehnung.²² Die Pflicht zur Entlohnung von Stillzeiten müsste demzufolge in einem formellen Gesetz enthalten sein. Richtigerweise wäre daher eine entsprechende Änderung von Art. 35a ArG erforderlich gewesen, wie es die SGK-N beantragt hatte.

¹⁸ SECO (Fn. 13), S. 2.

¹⁹ BGE 133 II 331 E. 7.2.1 m.w.Nw.

²⁰ BGE 125 I 173 E. 4a.

²¹ BGE 128 I 113 E. 3c m.w.Nw.

²² Siehe SECO, Bericht über die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens betreffend die Änderung von Artikel 60 Absatz 2 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) (Entlohnung der Stillpausen) vom März 2014, S. 4.

Jedenfalls aber bedürfte es zur Übertragung der Rechtsetzungsbefugnisse an den Verordnungsgeber einer besonderen Delegationsnorm im Bundesgesetz, welche den Gegenstand der Regelung bezeichnet²³. Eine solche Delegationsnorm fehlt indessen. Das ArG enthält keine Bestimmung, welche den Bundesrat zum Erlass von Bestimmungen über die Bezahlung von Stillzeiten ermächtigt. Da die Pflicht zur Bezahlung von Stillzeiten im ArG nicht ansatzweise vorgesehen ist, handelt es sich bei Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 mit Bezug auf die Anrechnung als bezahlte Arbeitszeit auch nicht um eine Ausführungsbestimmung, da sich Ausführungsbestimmungen an den gesetzlichen Rahmen halten müssen und insbesondere keine Vorschriften enthalten dürfen, welche die Rechte der Privaten zusätzlich beschränken oder den Privaten neue Pflichten auferlegen²⁴.

Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 ist somit nach der hier vertretenen Auffassung verfassungswidrig und bildet damit keine ausreichende Grundlage, vom Arbeitgeber die Bezahlung von Stillzeiten zu verlangen.

Fraglich ist, ob sich eine solche Pflicht direkt aus Art. 10 Abs. 2 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz herleiten lässt. Dies hängt davon ab, ob diese Bestimmung direkt anwendbar («self-executing») ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist eine staatsvertragliche Bestimmung dann direkt anwendbar, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosser Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten.²⁵

Letzteres ist mit Bezug auf Art. 10 Abs. 2 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz der Fall. Die Bestimmung hält lediglich den Grundsatz fest, dass stillenden Müttern bezahlte Stillzeiten zu gewähren sind. Sämtliche Einzelheiten sollen demgegenüber durch die innerstaatliche Gesetzgebung und Praxis festgelegt werden. Sie lässt insbesondere auch offen, von wem (in Betracht kommen nebst dem Arbeitgeber beispielsweise eine private oder staatliche Versicherung), für wie lange und zu welchen Ansätzen die Stillzeiten zu bezahlen sind. Die Bestimmung ist damit inhaltlich nicht hinreichend bestimmt und klar, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Sie ist damit nicht direkt anwendbar. Dies war offenkundig auch das Verständnis der Bundesbehörden, wäre es doch andernfalls nicht erforder-

²³ BGE 133 II 331 E. 7.2.2.

²⁴ BGE 133 II 331. E. 7.2.2; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 14 N 23 je m.w.Nw.

²⁵ BGer, Urteil 4C.422/2004 vom 13. September 2005, E. 3.1.2 m.w.Nw.

lich gewesen, vorgängig das Schweizer Recht an Art. 10 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz anzupassen, um dieses ratifizieren zu können.

Art. 10 Abs. 2 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz begründet damit ebenfalls keine Pflicht des Arbeitgebers, Stillzeiten zu bezahlen, und damit selbstverständlich auch keine gesetzliche Grundlage für Art. 60 Abs. 2 ArGV 1.

V. Fazit

Anstoss für die Einführung bezahlter Stillzeit war eine parlamentarische Initiative, mit welcher die Ratifikation des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz beantragt wurde. Das machte eine vorgängige Anpassung des Schweizer Rechts an die Vorgaben des IAO-Übereinkommens nötig, was die Einführung bezahlter Stillzeiten erforderte. Während die SGK-N eine entsprechende Anpassung von Art. 35a ArG beantragte, lehnte dies der Bundesrat als unnötig ab und führte stattdessen die Regelung im neuen Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 ein.

Der neue Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 weist inhaltlich diverse Schwächen und Unklarheiten auf. Die Anwendung der Norm kann je nach den Umständen für den Arbeitgeber zu einer empfindlichen Belastung führen.

Am Ende verfehlt Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 das Ziel allerdings ganz, da diese Bestimmung gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung verstösst und damit keine ausreichende Grundlage bildet, vom Arbeitgeber die Bezahlung von Stillzeiten zu verlangen. Das Bundesgericht kann die Verfassungsmässigkeit von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1 auf dem Wege der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle überprüfen und, wenn es diese bejaht, der Norm die Anwendung versagen.

Art. 10 des IAO-Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz ist selbst nicht direkt anwendbar.

Für bezahlte Stillzeit fehlt damit gegenwärtig eine tragfähige Rechtsgrundlage.