

Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht



Universität St.Gallen

**Gutachten im Auftrag des Verbandes Schweizer Assi-
tenz- und Oberärztinnen und -ärzte (VSAO) betreffend
Auslegung von Art. 8a ArGV2 (Pikettdienst)**

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

Manuel Stengel, M.A. HSG

St. Gallen, August 2010

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-------------|---|-----------|
| A. | Literaturhinweise | II |
| B. | Abkürzungsverzeichnis..... | IV |
| I. | Einleitung | 1 |
| 1. | Auftrag | 1 |
| 2. | Vorgehen | 1 |
| II. | Grundlagen..... | 1 |
| III. | Auslegung von Art. 8a ArGV2..... | 3 |
| 1. | Grundsatz | 3 |
| 2. | Grammatikalisches Auslegungselement | 3 |
| 3. | Systematisches Auslegungselement..... | 5 |
| 4. | Historisches Auslegungselement | 8 |
| 5. | Teleologisches Auslegungselement..... | 9 |
| IV. | Schlussfolgerungen | 11 |

A. Literaturhinweise

BIGLER FRIEDRICH WALTER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 1. Aufl. (mitlerw. 3. Aufl., 1986), Bern 1966.

BOHNY PETER PAUL, Konkurrenzverbot, in: GEISER, THOMAS/MÜNCH PETER (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung (S. 139-168), Basel/Frankfurt am Main 1997.

BRÜHWILER URS, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996.

BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Commentaire du contrat de travail, 3^e édit., Lausanne 2004.

EHRAT FELIX R., In: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Basel/Genf/München 2007. (zit. Ehrat, Basler Kommentar).

GEISER THOMAS, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz – Handkommentar zum Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009.

HASENBÖHLER FRANZ, Richter und Gesetzgeber in der Schweiz, in: Frank Richard (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz: Ergebnisse einer internationalen Richtertagung, ZSR-Beiheft 12, 2. Aufl., Basel 1997.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Aufl., Bern 2009.

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Bern 2010.

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 1. Abt., Einleitung umfassend die Art. 1-10 ZGB, Bern 1966.

MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Arbeitsrecht, Einzelarbeitsvertrag, Besondere Arbeitsvertragsverhältnisse, Rechtsdurchsetzung, St. Gallen 1991.

POLEDNA THOMAS, in: Ehrenzeller Bernhard/Schweizer Rainer J./Mastronardi Philippe/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen 2008.

PORTMANN WOLFGANG, In: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 4. Aufl., Ba-

sel/Genf/München 2007. (zit. Portmann, Basler Kommentar).

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007.

REHBINDER MANFRED, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 2. Abt., 2. Teilbd., 2. Absch., Art. 331-355 OR, 2. Aufl., Bern 1996. (zit. Rehbinder, BK).

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002.

SPIRO KARL, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948.

STAHELIN ADRIAN, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2c, 3. Aufl., Zürich 1996. (zit. Staehelin, ZK).

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006.

TSCHUDI HANS-PETER/GEISER THOMAS/WYLER RÉMY, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz – Handkommentar zum Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005.

VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., in: Von Büren Roland/Girsberger Daniel/Kramer Ernst A./Sutter-Somm Thomas/Tercier Pierre/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Teilbd. 4, Basel 2005.

VON KAENEL ADRIAN, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz – Handkommentar zum Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005.

WYLER RÉMY, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008.

ZELLER ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag: Methodenlehre für die juristische Praxis, Zürich 1989.

B. Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|---|
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| a.M. | anderer Meinung |
| Art. | Artikel |
| BAK | Basler Kommentar |
| BGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht |
| BEK | Berner Kommentar |
| bspw. | beispielsweise |
| Bst. | Buchstabe |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101) |
| E. | Erwägung |
| EAV | Einzelarbeitsvertrag |
| f. | und folgende/r (Artikel, Seite, etc.) |
| ff. | und folgende (Artikel, Seiten, etc.) |
| GAV | Gesamtarbeitsvertrag |
| i.d.R. | in der Regel |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| Kap. | Kapitel |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| N | Nota |
| OGer | Obergericht |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220 |
| Rz. | Randziffer |
| SPR | Schweizerisches Privatrecht |

u.a. unter anderem

vgl. vergleiche

z.B. zum Beispiel

Ziff. Ziffer

I. Einleitung

1. Auftrag

Der Pikettdienst wurde auf den 1.1.2010 neu geregelt. Neu gilt nach Art. 8a ArGV2 grundsätzlich eine Interventionszeit von 30 Minuten. Nach Absatz 2 sind Ausnahmen möglich, wenn zwingende Gründe vorliegen. Das Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht der Universität St. Gallen (FAA-HSG) wurde beauftragt, im Rahmen eines Gutachtens zu untersuchen, was "zwingende Gründe" im Sinne von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 sind.

2. Vorgehen

Das Gutachten beschränkt sich auf die Beantwortung der konkreten Frage. Innerhalb dieser Fragen oder Teilfragen wird die Antwort - sofern sinnvoll - in einen Theorieteil und die Subsumtion unterteilt. Nach einem kurzen Überblick über das System des Pikettdienstes wird Art. 8a Abs. 2 ArGV2 nach den klassischen Auslegungselementen untersucht.

II. Grundlagen

Das Arbeitsgesetz setzt fest, wie lange die Arbeitszeit maximal sein darf.¹ Es erlaubt gewisse Überschreitungen,² sieht dann aber vor, dass diese Zeiten mit einem Zuschlag zu vergüten sind, wenn sie nicht innert nützlicher Frist in Freizeit ausgeglichen werden können.³ Das Arbeitsgesetz umschreibt aber nicht selber, was unter Arbeit zu verstehen ist.

Der Begriff der Arbeitszeit wird erst auf Verordnungsstufe definiert. Als Arbeitszeit gilt die Zeit, "während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat", wobei der Arbeitsweg grundsätzlich davon ausgenommen ist.⁴ Die Verordnung führt sodann den Begriff des **Pikettdienstes** ein. Bei diesem hält sich der Arbeitnehmer neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit zur Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse.⁵ Die Verordnung bestimmt sodann, wann und wie häufig solcher Pikettdienst angeordnet werden darf.

¹ Art. 9 ArG.

² Art. 12 ArG.

³ Art. 13 ArG.

⁴ Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

⁵ Art. 14 Abs. 1 ArGV1.

Schliesslich regelt die Verordnung unter welchen Voraussetzungen der **Pikettdienst an die Arbeitszeit anzurechnen** ist. Die Frage ist entscheidend, wenn es darum geht, welche Zeit maximal gearbeitet werden darf und ob Überzeit vorliegt, welche mit einem Zuschlag zu entschädigen ist. Die Verordnung hält fest, dass die gesamte zur Verfügung gestellte Pikettzeit Arbeitszeit ist, wenn der Pikettdienst im Betrieb geleistet wird. Wird der Pikettdienst jedoch ausserhalb des Betriebes geleistet, so sind nur jene Zeiten als Arbeitszeiten zu rechnen, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich abgerufen wird. Allerdings zählt dann auch die Wegzeit als Arbeitszeit. Damit wird zwischen der so genannten **Arbeitsbereitschaft** (Pikettdienst im Betrieb) und der **Rufbereitschaft** (Pikettdienst ausserhalb des Betriebes) unterschieden.⁶

Weder das ArG noch die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz regelt aber die Länge der zumutbaren Interventionszeit zwischen dem Einsatzaufruf und dem Eintreffen am Arbeitsort. Dies hat zur Konsequenz, dass den Arbeitnehmern die Auflage gemacht werden kann, nach dem Aufruf zum Einsatz innert sehr kurzer Frist einzutreffen.

Am 27. November 2009 verabschiedete der Bundesrat in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz neue Regeln unter anderem in Bezug auf den Pikettdienst.⁷ Die an dieser Stelle zu untersuchenden Änderungen, welche am 1. Januar 2010 in Kraft getreten sind, betreffen die Interventionszeit.⁸

Neu muss im Rahmen des Pikettdienstes die Zeitspanne zwischen dem Einsatzaufruf an den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin und seinem oder ihrem Eintreffen am Arbeitsort grundsätzlich mindestens 30 Minuten betragen. Davon kann allerdings aus zwingenden Gründen abgewichen werden. Ist die Interventionszeit aus zwingenden Gründen kürzer als 30 Minuten, so haben die Arbeitnehmer Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10 Prozent der inaktiven Pikettdienstzeit. Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewandte Zeit ausserhalb einer Intervention sowie der Zeit für den Arbeitsweg verstanden. Die für die Intervention effektiv aufgewandte Zeit sowie die Wegzeit zählen als Arbeitszeit und werden zur Zeitgutschrift dazugerechnet.

Es soll im Folgenden untersucht werden, was zwingende Gründe sind, die es erlauben, eine Interventionszeit von unter 30 Minuten festzulegen.

⁶ REHBINDER, 2002, Rz. 437.

⁷ AS 2009 6549.

⁸ Art. 8a ArGV2.

III. Auslegung von Art. 8a ArGV2

1. Grundsatz

Bei der Auslegung von Gesetzen kann grundsätzlich zwischen der eigentlichen Interpretation und dem Bereich des Richterrechts unterschieden werden. Die eigentliche Interpretation bewegt sich im Rahmen des noch möglichen Wortsinns (*intra verba legis*), ist eine innerhalb des Wortsinns der abstrakten Norm konkretisierende, "erklärende und entwickelnde Auslegung".⁹ Im Bereich Richterrecht geht man über die Wortsinnsgrenze hinaus (*praeter verba legis*) oder weicht vom Wortsinn ab (*contra verba legis*). Die Übergänge zwischen diesen beiden Bereichen ist jedoch fliessend.¹⁰ So ist etwa die Konkretisierung einer Generalklausel grundsätzlich im Bereich der Auslegung einzuordnen, es ist jedoch offensichtlich, dass diese Konkretisierung im Ergebnis zu eigentlichem Richterrecht führt.¹¹

Die vorliegend zu interpretierende Regelung wird im Folgenden nach den klassischen Auslegungselementen, dem sprachlich-grammatikalischen (Wortlaut), dem historischen, dem systematischen und dem teleologischen Auslegungselement - untersucht.

2. Grammatikalisches Auslegungselement

Der Wortlaut einer auszulegenden Bestimmung und der ihm zu entnehmende Wortsinn sind naturgemäß der Startpunkt jeder Interpretation. Zu unterscheiden ist bei der Wortlautauslegung zunächst nach "Tatbestand" und nach der "Rechtsfolgeanordnung". Die in dieser Arbeit zu analysierende Passage lautet: "Ist die Interventionszeit aus zwingenden Gründen kürzer als 30 Minuten, so haben die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10 Prozent der inaktiven Pikettdienstzeit." Dabei umschreibt die erste Satzhälfte das "Tatbestandselement" und der zweite Teil die "Sanktion". Vorliegend interessiert hauptsächlich die Auslegung des Tatbestandselements. Nach herkömmlicher Lehre wird im Bereich Tatbestandselement weiter zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandselementen unterschieden.¹² Dabei sind die deskriptiven Tatbestandselemente Verweise auf einen sogenannten "Wirklichkeitssachverhalt", wie bspw. "Tier" in Art. 56 OR oder "Gebäude" in Art. 58 OR.¹³ Die normativen Tatbestandselemente verweisen dagegen nicht auf die "physische Wirklichkeitsebene", sondern auf Abstraktionen und Wertungen.¹⁴ Darunter fallen u.a. juristi-

⁹ SPIRO, 1948, S. 3.

¹⁰ KRAMER, 2010, S. 53.

¹¹ HASENBÖHLER, 1997, S. 107.

¹² nachweis in KRAMER, 2010, S. 58.

¹³ KRAMER, 2010, S. 58.

¹⁴ Hier und im Folgenden: KRAMER, 2010, S. 64 ff.

sche Fachausdrücke (sog. *termini technici*) wie bspw. "Eigentum", "Besitz", "Wandelung" und dergleichen, aber auch nicht spezifisch juristisch geprägte unbestimmte Rechtsbegriffe wie bspw. "übermässige Einwirkung", "Kindeswohl", "übermässige Erschwerung" und dergleichen.¹⁵

Der Ausdruck "zwingende Gründe" zählt hierbei nicht zu den juristischen Fachausdrücken, sondern zu den **unbestimmten Rechtsbegriffen**. Die Bedeutung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe lässt sich mit dem sog. "Drei-Bereich-Modell" etwas genauer ermitteln.¹⁶ Dabei wird nach KOCH Folgendes untersucht: "Hinsichtlich einiger Gegenstände kann klar entschieden werden, dass der fragliche Ausdruck auf sie anwendbar ist (positive Kandidaten); auf einige andere kann der Ausdruck ebenso unzweifelhaft nicht angewendet werden (negative Kandidaten); schliesslich verbleibt eine Klasse von Gegenständen, hinsichtlich derer über Anwendung bzw. Nichtanwendung nicht entschieden werden kann (neutrale Kandidaten)."^{17,18} Unbestimmte Rechtsbegriffe tendieren dazu, dass ihnen eine grosse Menge neutraler Kandidaten zugeordnet werden können, während die Zahl positiver Kandidaten, die eindeutig subsumiert werden können, eher gering ausfällt.

Ähnlich verhält es sich im vorliegenden Fall. Zu den in Art. 8a Abs. 2 ArGV2 genannten "zwingenden Gründen" lassen sich zunächst nur sehr wenige negative Kandidaten finden. Klar ist allerdings, dass es sich um **tatsächliche Gründe** handeln muss. Somit fällt eine willkürliche Anordnung einer Interventionszeit von unter 30 Minuten ohne Grund unter die negativen Kandidaten und ist nicht durch den Wortlaut gedeckt. Aus dem Zusatz "**zwingende**" kann abgeleitet werden, dass die Verordnung nicht jegliche Begründung für die Anordnung einer Interventionszeit unter 30 Minuten gelten lassen will. Erfasst werden nur jene Gründe, die dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit offen lassen, als bestimmte Anordnungen zu treffen. Kann eine Situation somit durch mehrere Massnahmen bereinigt werden, kann man dem Wortlaut nach nicht mehr von zwingenden Gründen sprechen, was zu einer Zuordnung unter die negativen Kandidaten führt. Umgekehrt sind auch sehr wenige positive Kandidaten ersichtlich. Vorstellbar sind etwa unerwartete Naturereignisse und andere Katastrophen. Aber auch dort ist entscheidend, welche Massnahmen getroffen werden können. Und letztlich kann nach dem Wortlaut angenommen werden, dass **ausschliesslich** zwingende Gründe eine Anordnung einer Interventionszeit unter 30 Minuten erlauben. Das kann aus dem Fehlen eines Zusatzes

¹⁵ Darunter fallen im Übrigen auch die Generalklauseln, welche einen zentralen Regelungsgehalt einer gesetzlichen Vorschrift ausmachen (bspw. "Treu und Glauben").

¹⁶ ZELLER, 1989, S. 99 ff.

¹⁷ KOCH, ARSP 1975, S. 34 f.

¹⁸ Dieses Modell hat allerdings ausschliesslich klassifikatorische Bedeutung.

wie "insbesondere" oder "namentlich" abgeleitet werden.¹⁹ Es handelt sich also um eine "taxative" und nicht um eine "demonstrative" Aufzählung. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, die auf eine gegenteiligen Auffassung deuten.

Unseres Erachtens ist damit festzustellen, dass zwar einige negative Kandidaten zugeordnet werden können, dass die übrigen Fälle jedoch den neutralen Kandidaten zugeordnet werden müssen. Kategorien von Situationen, welche unzweifelhaft unter das Tatbestandselement "zwingende Gründe" subsumiert werden können sind nicht ersichtlich, da stets im Einzelfall die zur Verfügung stehenden Massnahmen berücksichtigt werden müssen. Vorstellbar sind jedoch wie bereits erwähnt Katastrophen aller Art. Somit liegt eine grosse Anzahl neutraler Kandidaten vor. Ob diese unter die in Art. 8a Abs. 2 ArGV2 geforderten "zwingenden Gründe" fallen, ist daher anhand der übrigen Auslegungselemente zu entscheiden. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass im Zivilrecht die Frage, ob ein Fall einer gesetzlichen Regelung unterstellt werden kann, noch nicht negativ entschieden ist, wenn ein negativer Kandidat vorliegt, da hier, anders als im Strafrecht, Analogieschlüsse "praeter verba legis" grundsätzlich möglich sind.²⁰

3. Systematisches Auslegungselement

Bei der systematischen Auslegung geht es darum, die zu analysierende Norm zum einen bezüglich seiner formellen Stellung im Aufbau eines Gesetzes (äusseres System) und zum anderen bezüglich der Wertentscheidungen der betroffenen Rechtsordnung (inneres System) zu betrachten.²¹ Eine isolierte Interpretation einzelner Elemente - wie bspw. einzelner Artikel - ist unzulässig. Bei der systematischen Auslegung wird u.a. der Satzbau, die Abfolge der Absätze einzelner Artikel, die Überschriften (Marginalien) oder der Aufbau des ganzen Gesetzes berücksichtigt. Es geht dabei um eine widerspruchsfreie und harmonische Auslegung der fraglichen Bestimmung.²² Da eine Rechtsordnung nicht nur formell kohärent, sondern auch in ihren Wertentscheidungen konsistent sein sollte, ist eine Norm auch stets mit Blick auf die der Rechtsordnung zugrundeliegenden Rechtsprinzipien zu interpretieren. Mit anderen Worten sind einzelne Regelungen im Licht der Gesamtrechtsordnung möglichst "systemkonform" zu interpretieren. Ergibt sich aus der Analyse, dass eine Norm nicht in das "innere System" resp. die Wertentscheidungen einer Rechtsordnung passen, so ist diese Norm restriktiv zu interpre-

¹⁹ Es ist allerdings zu beachten, dass das Fehlen für sich alleine noch kein eindeutiges Indiz für oder gegen eine taxative oder demonstrative Aufzählung ist. Vgl. z.B. Art. 336 OR, bei der ein solcher Zusatz fehlt, die aber trotzdem nicht abschliessend ist (BGE 131 III 535).

²⁰ Vgl. bspw. BGE 104 II 15.

²¹ Hier und im Folgenden KRAMER, 2010, S. 89 f.

²² Dasselbe gilt im übrigen auch für die Auslegung von Verträgen (WIEGAND, BAK, 2008, Art. 18 OR N 38).

tieren und sollte auch nicht analog angewendet werden.²³

Betrachtet man den Satzbau von Art. 8a Abs. 2 ArGV2, so kann man nichts Neues über den (positiven) Gehalt der "zwingenden Gründe" erfahren. Dass es sich um eine abschliessende Aufzählung handelt wurde bereits bei der grammatischen Interpretation erläutert. Die Abfolge der Absätze lässt erkennen, dass es sich bei Art. 8a Abs. 2 ArGV2 um eine Ausnahme vom Grundsatz in Abs. 1 handelt. Im Prinzip erklärt Abs. 2, was in Abs. 1 unter dem Ausdruck "Die Interventionszeit (...) muss grundsätzlich mindestens 30 Minuten betragen" zu verstehen ist und enthält Präzisierungen. Der Umstand, dass es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, impliziert zumindest eine gewisse Zurückhaltung bei der Interpretation der Ausnahme, um den Grundsatz nicht völlig auszuhöhlen. Aus den weiteren Artikeln im Umfeld der zu untersuchenden Bestimmung und den Überschriften lassen sich dagegen keine weiteren Erkenntnisse gewinnen.

Bei der Interpretation einzelner Begriffe ist nach Möglichkeit eine mit der übrigen Rechtsordnung formell konsistente Auslegung anzustreben. Insbesondere ist danach zu streben, denselben Begriff im selben Gesetz gleich zu interpretieren. Das ist jedoch eher ein Wunsch der Rechtsanwender an den Gesetzgeber, der von diesem Prinzip abweichen kann, als ein Interpretationsgrundsatz. Liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor (wie bspw. eine Botschaft), die eine abweichende Interpretation stützen, scheint es sinnvoll, davon auszugehen, dass die Begriffe vom Gesetzgeber konsistent verwendet wurden. Es ist daher ein Blick auf das übrige System arbeitsgesetzlicher Normen (Arbeitsgesetz und Verordnungen 1-5) zu werfen. Man findet lediglich in Art. 9 Abs. 4 ArG ebenfalls den Begriff "zwingende Gründe". In diesem Artikel geht es um die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit um höchstens 4 Stunden, die nur dann und nur solange bewilligt wird, als zwingende Gründe dies rechtfertigen. Zwingende Gründe im Sinne von Art. 9 Abs. 4 ArG sind nach Meinung des seco bspw. übergangsrechtliche Probleme, wenn der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes auf Betriebe oder Arbeitnehmer ausgedehnt wurde, die bisher nicht dem Arbeitsgesetz unterstanden.²⁴ Des Weiteren kann auch die Bewältigung der Folgen unerwarteter Naturereignisse (z.B. Waldbrände, Sturmschäden, Überschwemmungen usw.) oder anderer Katastrophen als zwingender Grund gelten, die Arbeitszeit über eine längere Dauer zu erhöhen.²⁵ Es ist dabei zu beachten, dass bei der Anwendung dieser Bestimmung immer vorausgesetzt ist, dass die Situation durch andere Massnahmen einschliesslich der Ausschöpfung der zulässigen Überzeit nicht bereinigt werden kann, mithin von dieser Bestimmung zurückhaltend Gebrauch gemacht

²³ KRAMER, 2010, S. 99.

²⁴ SECO, Wegleitung zum ArG und den Verordnungen 1 und 2, 2010, 009-2.

²⁵ VON KAENEL, ArG-Kommentar, 2005, Art. 9 ArG N 50 mit Verweis auf die Wegleitung des seco.

werden soll.²⁶ Im gleichen Sinn ist unseres Erachtens auch Art. 8a Abs. 2 ArGV2 zu interpretieren. Eine solche Interpretation wird auch, wie bereits angedeutet, durch die grammatisches Auslegung gestützt.

Das bedeutet somit für die vorliegende Bestimmung, dass auch hier davon ausgegangen werden kann, dass für eine gewisse Zeit nach der Veröffentlichung der neuen Bestimmung, die Umstellung auf die mind. 30 Minuten Interventionszeit als zwingende Gründe anerkannt werden können. Allerdings dürfte diese Anpassung nicht allzu lange dauern und müsste u.E. wohl nach einem Jahr vollständig abgeschlossen sein. Ebenso klar ist die Anwendung von Abs. 2 bei erwähnten Katastrophen, sofern keine anderen Massnahmen greifen. Es ist einleuchtend, dass bei Katastrophen der Bedarf an medizinischem Personal unter Umständen in einer Weise ansteigt, die nicht geplant werden kann oder muss. Aus der Interpretation von Art. 9 Abs. 4 ArG ist jedoch auch ersichtlich, dass bspw. rein finanzielle Überlegungen in der Regel keine zwingenden Gründe im Sinne von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 darstellen können. Kann also ein Pikettdienst im Notfall unter finanziellem Mehraufwand organisiert werden, der den Grundsatz von Art. 8a Abs. 1 ArGV2 einhält, ist dies i.d.R. der Anwendung von Abs. 2 vorzuziehen. Ähnlich verhält es sich mit organisatorischen und technischen Schwierigkeiten. Das seco vertritt die Meinung, dass technische und organisatorische Gründe ausreichen, um sich auf Abs. 2 berufen zu können.²⁷ Hier ist unseres Erachtens jedoch klar festzuhalten, dass nur dann von zwingenden Gründen gesprochen werden kann, wenn es praktisch unmöglich ist, einen mit Abs. 1 konformen Pikettdienst zu organisieren, z.B. aus Platzmangel. An den Platzverhältnissen kann die Krankenhausleitung selten etwas selbständig ändern. Kann ein mit Abs. 1 konformer Pikettdienst jedoch nicht organisiert werden, weil schlicht die personellen Ressourcen fehlen, so kann das nicht längerfristig²⁸ als zwingender Grund betrachtet werden. Entscheidend ist jedoch stets der konkrete Einzelfall.

Eine in dieser Weise restriktive Interpretation der "zwingenden Gründe" in Art. 8a Abs. 2 ArGV2 wird auch durch die Betrachtung des "inneren Systems" der Rechtsordnung gestützt. Dabei geht es darum, den Wertentscheidungen der übrigen betroffenen Rechtsordnung Rechnung zu tragen. Bei der arbeitsgesetzlichen Gesetzgebung handelt es sich um eine Arbeitsschutzgesetzgebung.²⁹ Ziel dieser Gesetzgebung war es denn auch, den Schutz der Gesundheit und die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu garantieren, aber trotzdem die Konkurrenzfä-

²⁶ So bereits BIGLER, Kommentar zum ArG, 1966, Art. 9 ArG N 6; VON KAENEL, ArG-Kommentar, 2005, Art. 9 ArG N 50.

²⁷ SECO, Wegleitung zum ArG und den Verordnungen 1 und 2, 2010, 208a - 1.

²⁸ Vgl. zur Übergangsfrist weiter oben.

²⁹ TSCHUDI/GEISER/WYLER, ArG-Kommentar, 2005, Einleitung N 1.

higkeit und das Überleben der Betriebe sicherzustellen.³⁰ Klar ist mit Blick auf die vorliegende Bestimmung, dass Abs. 1 von Art. 8a ArGV2 die Arbeitnehmerschutzbestimmung darstellt und Abs. 2 das Zugeständnis an die Unternehmen. Da jedoch alle Krankenanstalten und Kliniken die Vorschriften in Art. 8a ArGV2 anwenden müssen,³¹ fallen die Argumente bezüglich der Wettbewerbsfähigkeit (und damit der finanziellen Mehrbelastung) mehrheitlich dahin. Es bleiben die Grundwerte des Arbeitnehmerschutzes und allenfalls der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit der Krankenanstalten und Kliniken. Bezüglich des Überlebens des Betriebs ist allerdings noch Folgendes anzumerken: Wie bereits erwähnt und erläutert können rein finanzielle Überlegungen die Anwendung von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 nicht dauerhaft rechtfertigen. Dasselbe gilt auch für das wirtschaftliche Überleben eines Betriebes. Auf Dauer kann dieses Argument nicht dazu dienen, Pikettdienst mit kurzer Einsatzzeit anzuordnen. Das gilt sowohl für die vom Kanton getragenen als auch für die privatrechtlich organisierten Spitäler. Kurzfristig ist das jedoch vorstellbar, bspw. im Sinne einer Übergangsfrist zum Anwerben neuer Investoren, etc. Ebenso vorstellbar ist eine Anwendung von Art. 8a Abs. 2 ArGV2, wenn das Funktionieren einer Krankenanstalt oder einer Klinik und damit die gesundheitliche Grundversorgung einer Region gefährdet ist (bspw. wegen fehlender Bewerbungen auf offene Stellen, nicht jedoch wegen Budgetbeschränkungen).

Unseres Erachtens wird damit klar, dass die Arbeitnehmerschutzbestimmung von Art. 8a Abs. 1 ArGV2 nur in der Not (Überleben des Betriebs/Katastrophen etc.) und zeitlich begrenzt durch Abs. 2 ersetzt werden darf. Das bedeutet eine restriktive Anwendung von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 wie oben dargestellt. Es sind keine Gründe ersichtlich, die dauerhaft eine Anwendung von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 rechtfertigen könnten.

4. Historisches Auslegungselement

Bei der historischen Betrachtung einer Norm wird zwischen der objektiven und der subjektiven Betrachtung resp. der geltungszeitlichen und der entstehungszeitlichen Interpretation unterschieden. Das Bundesgericht hat sich bisher nicht eindeutig für eine dieser beiden Varianten entschieden. Anzumerken ist allerdings, dass es sich bei der Auslegung von Gesetzen nicht um einen Akt der Vergangenheitsbewältigung, sondern um ein gegenwarts- bzw. zukunftsbezogenes Geschäft handelt, da aktuelle Streitfälle zu lösen sind. "Dem entspricht es, das Gesetz im Streitfall so zu interpretieren, dass es dieser Funktion - Bewältigung gegenwärtiger Konfliktlagen - am adäquatesten gerecht wird."³² Nichtsdestotrotz gibt die Entstehungsge-

³⁰ TSCHUDI/GEISER/WYLER, ArG-Kommentar, 2005, Einleitung N 2.

³¹ Art. 15 Abs. 1 ArGV2.

³² KRAMER, 2010, S. 133.

schichte eines Gesetzes oft entscheidende Aufschlüsse darüber, wie ein unklares Gesetz verstanden werden sollte. Speziell bei einer relativ jungen Gesetzgebung ist es daher nicht nur ratsam, sondern vielmehr unverzichtbar, bei der Interpretation jeweils die Materialien zu konsultieren.³³ Beachtlich können in jedem Fall nur solche Materialien sein, aus denen sich klar ergibt, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Vorschrift unbestrittenmassen zu messen wollte.³⁴

Im vorliegenden Fall erübrigt sich die Diskussion bezüglich geltungszeitlicher oder entstehungszeitlicher Methode, da es sich um eine sehr neue Bestimmung handelt und somit die geltungszeitliche und die entstehungszeitliche Interpretation identisch sind. Bezuglich der zu konsultierenden Materialien ist zu beachten, dass es sich bei der vorliegenden Bestimmung um eine Verordnung handelt. Damit liegt lediglich der erläuternde Bericht des seco und allenfalls noch der Bericht über die Anhörung der Teilrevision der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vor. In letzterem werden allerdings lediglich die Antworten der Teilnehmer der Anhörung zusammengefasst und ist daher nicht geeignet, Schlüsse daraus zu ziehen. Im erläuternden Bericht des seco wird wohl auf Art. 8a ArGV2 eingegangen. Erläutert werden allerdings lediglich die Berechnung der Zeitgutschrift und die Gründe für die Einführung einer Regel für die Interventionszeit im Rahmen des Pikettdienstes. Bezuglich der "zwingenden Gründe" in Art. 8a Abs. 2 ArGV2 ist diesem Bericht nichts zu entnehmen. Somit kann das historische Auslegungselement im vorliegenden Fall keine Hilfe bei der Auslegung des fraglichen Ausdruckes leisten.

5. Teleologisches Auslegungselement

Bei der teleologischen Auslegung fragt man nach dem rechtspolitischen Zweck einer Norm.³⁵ Wie bei der historischen Auslegung kann auch bei der teleologischen Auslegung zwischen der subjektiven und der objektiven Methode unterschieden werden. Aber ebenso wie bei der historischen sind auch hier die beiden Interpretationen im vorliegenden Fall identisch. Erster Ansatzpunkt für die teleologische Auslegung ist im Prinzip der Wortsinn. "Es handelt sich um einen Schluss vom "Mittel" (der gesetzlichen Anordnung) auf den "Zweck" (legislativpolitische Absicht). Aus dem Gewonnenen schliessen wir wieder zurück auf den Gesetzesinhalt (Schluss vom Zweck auf die Mittel)."³⁶ Des Weiteren ist auch der Kontext der Regelung zu beachten. Nicht selten findet man in den Gesetzesmaterialien jedoch die entscheidenden

³³ Bspw. BGE 131 II 361; KRAMER, 2010, S. 137.

³⁴ KRAMER, 2010, S. 138.

³⁵ KRAMER, 2010, S. 146.

³⁶ MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Art. 1 ZGB N 207.

Aufschlüsse über die hinter einer Anordnung stehenden Zwecküberleung.³⁷ Häufig ist man aber auch auf eine Eigenwertung, welcher Zweck der gesetzlichen Bestimmung am vernünftigsten zugemessen werden soll, angewiesen.

Im vorliegenden Fall ist dem erläuternden Bericht des seco Folgendes zu entnehmen: "Man muss sich vor Augen halten, dass sich eine Person, die zu Hause Pikettdienst leistet, bei einer Interventionszeit von weniger als 30 Minuten dauernd in Bereitschaft halten muss. Sie muss somit innert Kürze das Haus verlassen können und kann nicht von ihrer Freizeit profitieren. (...) Es ist zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmende, die Pikettdienst leisten, nicht über eine eigentliche Ruhezeit verfügen, da sie permanent in Erwartung eines allfälligen Aufrufs zur Arbeit sind."³⁸ Daraus sind unseres Erachtens zwei grundsätzliche Ziele herauszulesen. Zum einen soll klarerweise erreicht werden, dass Arbeitnehmer, welche ihre Ruhezeit resp. Freizeit wegen der Arbeit nicht nutzen können, dafür eine Gegenleistung erhalten³⁹ indem diese Zeit (ganz oder teilweise) zu Lasten der wöchentlichen Höchstarbeitszeit geht. Zum anderen soll der Arbeitnehmer möglichst nicht zu dieser Art von Pikettdienst herangezogen werden. Das zweite Ziel ist etwas weniger offensichtlich aus dem erklärenden Bericht des seco herauszulesen. Doch mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der Bestimmung, dass nämlich im Grundsatz die Interventionszeit mindestens 30 Minuten zu betragen hat, ist auch dieses zweite Ziel unseres Erachtens nicht zu bestreiten. Die beiden Ziele unterstützen eine restriktive Interpretation der "zwingenden Gründe" in Art. 8a Abs. 2 ArGV2, wie bei der systematischen Auslegung dargestellt. Demnach ist in erster Linie dafür zu sorgen, dass die Interventionszeit mindestens 30 Minuten beträgt, damit die Arbeitnehmer ihre Freizeit resp. Ruhezeit in Anspruch nehmen können. Davon ist nur in der Not abzuweichen. Es lässt sich somit festhalten, dass auch die teleologische Interpretation zwar inhaltlich wenig über die "zwingenden Gründe" hervorbringt, dass jedoch zumindest die bisherigen Ergebnisse gestützt werden. Insbesondere sprechen bei einer teleologischen Betrachtung die der zu beurteilenden Norm zu Grunde liegenden Ziele für eine restriktive Interpretation.

³⁷ BGE 133 V 9 E. 3.6.

³⁸ Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz, S. 3.

³⁹ Dabei ist allerdings anzumerken, dass mit diesem Artikel noch nicht feststeht, wie die Bezahlung dieser Zeit aussieht.

IV. Schlussfolgerungen

Bei der Auslegung von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 sind wir in unserem Gutachten zu folgenden Ergebnissen gelangt:

Die **grammatikalische Auslegung** hat ergeben, dass von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 nur jene Gründe erfasst werden, die dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit offen lassen, als die Anordnung einer kurzen Interventionszeit zu treffen. Die "Aufzählung" ist abschliessend. Ganze Kategorien von Situationen, welche unzweifelhaft unter das Tatbestandselement "zwingende Gründe" subsumiert werden können sind nicht ohne Weiteres ersichtlich, da stets im Einzelfall die zur Verfügung stehenden Massnahmen berücksichtigt werden müssen. Klar ist jedoch, dass es sich um tatsächliche Gründe handeln muss (keine willkürliche Anordnung).

Aus **systematischer Sicht** lässt sich sagen, dass die Abfolge der Absätze erkennen lässt, dass es sich bei Art. 8a Abs. 2 ArGV2 um eine Ausnahme vom Grundsatz in Abs. 1 handelt. Der Umstand, dass es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, impliziert eine gewisse Zurückhaltung bei der Interpretation der Ausnahme, um den Grundsatz nicht völlig auszuhöhlen. Mit Blick auf die übrige arbeitsgesetzlichen Normen findet man in Art. 9 Abs. 4 ArG ebenfalls den Begriff "zwingende Gründe". Um dieselben Ausdrücke im gleichen Gesetz konsistent zu verwenden, ist unseres Erachtens auch Art. 8a Abs. 2 ArGV2 so zu interpretieren wie Art. 9 Abs. 4 ArG. Das bedeutet zunächst, dass für eine gewisse Zeit nach der Veröffentlichung der neuen Bestimmung, die **Umstellung** auf die min. 30 Minuten Interventionszeit als zwingende Gründe anerkannt werden können (solange sich natürlich tatsächliche Probleme daraus ergeben). Ebenso klar ist die Anwendung von Abs. 2 bei **Katastrophen**, sofern keine anderen Massnahmen greifen. Rein **finanzielle Überlegungen** können jedoch in der Regel keine zwingenden Gründe im Sinne von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 darstellen. Ähnlich verhält es sich mit **organisatorischen und technischen Schwierigkeiten**. Hier ist unseres Erachtens festzuhalten, dass nur dann von zwingenden Gründen gesprochen werden kann, wenn es praktisch unmöglich ist, einen mit Abs. 1 konformen Pikettdienst zu organisieren. Gestützt wird diese Interpretation durch die Betrachtung des "inneren Systems" der Rechtsordnung. Ziel der arbeitsgesetzlichen Normierung war es, den Schutz der Gesundheit und die Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu garantieren, aber trotzdem die Konkurrenzfähigkeit und das Überleben der Betriebe sicherzustellen. Unseres Erachtens wird dadurch klar, dass die Arbeitnehmerschutzbestimmung von Art. 8a Abs. 1 ArGV2 nur in der Not (Überleben des Betriebs/Katastrophen etc.) und zeitlich begrenzt durch Abs. 2 ersetzt werden darf.

Das **historische Auslegungselement** kann im vorliegenden Fall keine Hilfe bei der Auslegung des Ausdrucks "zwingende Gründe" leisten.

Die **teleologische Interpretation** hat ergeben, dass der zu untersuchenden Norm zwei Ziele zu Grunde liegen. Zum einen sollen die Arbeitnehmer möglichst nicht zu einem Pikettdienst mit einer Interventionszeit von weniger als 30 Minuten herangezogen werden. Weicht man in der Not von diesem Grundsatz ab, so muss diese Zeit zu Lasten der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gehen. Diese Sicht stützt die bei der systematischen Auslegung erarbeiteten Ergebnisse.

Die "zwingenden Gründe" von Art. 8a Abs. 2 ArGV2 sind demnach restriktiv zu interpretieren und beinhalten nur Gründe, die dem Arbeitgeber keine andere Möglichkeit offen lassen, als die Anordnung einer kurzen Interventionszeit zu treffen, wie u.U. tatsächlich vorhandene Probleme bei der Umstellung auf die neue Bestimmung oder Umwelt- und andere Katastrophen. Nicht ohne Weiteres fallen jedoch technische oder organisatorische Probleme längerfristig unter die zwingenden Gründe, ebenso wenig wie rein finanzielle Überlegungen.

St. Gallen, den 18. August 2010

Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht (FAA-HSG)



Prof. Dr. Thomas Geiser



Manuel Stengel, M.A. HSG