



Gutachten
zum Pikettdienst nach Arbeitsgesetz in den Spitälern
von
Prof. Dr. iur. Thomas Geiser

Inhaltsübersicht:

I.	Ausgangslage und Fragestellung	
1.	Ausgangslage	1.1.
2.	Fragestellung	1.4.
II.	Rechtsgrundlagen	
1.	Arbeitsvertragliche Rechtsgrundlage	2.1.
2.	Rechtsgrundlagen bei öffentlichrechtlichen Anstellungen	2.4.
3.	Rechtsgrundlagen gemäss Arbeitsgesetz	
a.	Die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Spitäler	2.6.
b.	Arbeitszeitregelung im ArG und der Verordnung	2.9.
III.	Abgrenzung der Arbeitszeit von der Ruhezeit beim Pikettdienst	
1.	Fragestellung	3.1.
2.	Zweck der Abgrenzung	3.2.
3.	Kriterien	3.5.
a.	Im Betrieb/ausserhalb des Betriebes	3.6.
b.	Kriterium der ausreichenden Erholung	3.10.
c.	Kriterium der Teilnahme am Sozialleben	3.15.
d.	Kriterium des Arbeitsweges	3.17.
4.	Praktikabilität	3.19.
5.	Fragen der Durchsetzung	3.21.
a.	Öffentlichrechtliche Durchsetzungsinstrumente	3.22.
b.	Strafrechtliche Durchsetzungsinstrumente	3.25.
c.	Privatrechtliche Durchsetzungsinstrumente	3.30.
IV.	Beantwortung der Fragen im Einzelnen	
1.	Wo verläuft die Grenze im Einzelnen?	
a.	Generell	4.1.
b.	In örtlicher Hinsicht	4.6.
c.	In zeitlicher Hinsicht	4.8.
2.	Wann ist die Anordnung von Pikettdienst ausserhalb des Betriebes missbräuchlich?	4.13.
3.	Wie müsste eine allgemeingültige Abgrenzung ausgestaltet sein?	4.15.
4.	Wie sind die Beispiele zu beurteilen?	4.18.
a.	Oberärzte am Kantonsspital Bruderholz	4.19.
b.	Kanton Solothurn	4.21.
c.	Oberärzte in Olten	4.22.

Literatur:

- FRIEDRICH-WALTER BIGLER**, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Zürich 1986;
RUDOLF CANNER/RENÉ SCHOOP, Arbeitsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1976;
THOMAS GEISER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrs.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005;
HEINRICH HONSELL, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd. I, 2002;
PASCAL MAHON, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
LAURENT MOREILLON, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, Zürich 2001;
MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002;
HANS-ÜLRICH SCHEIDEGGER/CHRISTINE PITTELOUD, in: Geiser/Von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005;
HANS SCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB Bd. I, 2002;
ADRIAN STAEHELIN, Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentlichrechtliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, ARV 2002, S. 1 ff.
HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985;
HENRI ZWAHLEN, in: Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971;

I. Ausgangslage und Fragestellung

1. Ausgangslage

1.1. Das Arbeitsgesetz (ArG) enthält Bestimmungen über maximale Arbeitszeiten. Es ist bekannt, dass es gewissen Spitälern Schwierigkeiten bereitet, diese Bestimmungen einzuhalten, während andere Spitäler damit keinerlei Schwierigkeiten haben. Die Schwierigkeiten sind insbesondere darauf zurückzuführen, dass in Spitälern traditionell teilweise längere Arbeitszeiten bestehen und diese auch anders liegen als dies gemäss Arbeitsgesetz einschliesslich der dazugehörigen Verordnungen zulässig ist. Solche Schwierigkeiten sind auch aus anderen Bereichen der Wirtschaft bekannt. Soweit sie auf wirtschaftliche oder technische Sachzwänge zurück zu führen sind, wurde den besonderen Anliegen auf Verordnungsstufe Rechnung getragen¹. Das geschah auch für die Spitäler². Für diese gelten Sondervorschriften bezüglich der Verlegung der täglichen Arbeit bei Tages- und Nachtarbeit³, der Überzeit an Sonntagen⁴, der Verkürzung der täglichen Ruhezeit⁵, der Dauer der Nachtarbeit⁶ sowie der Anzahl freier Sonntage in einem Jahr⁷. Die Problematik ist dadurch verschärft worden, dass Spitäler heute auf Grund von Änderungen der Trägerschaft in weit grösserem Ausmass als früher dem Arbeitsgesetz unterstehen und überdies durch die Revision vom 22. März 2002⁸ neu die Arbeitszeitvorschriften des Gesetzes auch auf Assistenzärzte und Assistenzärztinnen anwendbar sind. Die Problematik betrifft nicht nur Spitäler im engeren Sinne sondern ebenso Pflegeheime.

1.2. Die Arbeit in den Spitälern weist **mehrere** im vorliegenden Zusammenhang wesentliche **Besonderheiten** auf:

- Es handelt sich um Betriebe, welche zwingend während 24 Stunden im Tag und während 365 Tagen im Jahr ihre Dienstleistung mit uneingeschränkter Qualität erbringen müssen.

¹ Verordnung 2 vom 10 Mai 2000 zum ArG (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen) (ArGV 2) [SR 822.112].

² Art. 15 ArGV 2.

³ Art. 5 ArGV 2.

⁴ Art. 8 Abs. 2 ArGV 2.

⁵ Art. 9 ArGV 2.

⁶ Art. 10 Abs. 2 ArGV 2.

⁷ Art. 12 Abs. 2 ArGV 2.

⁸ BBl 2001 3181; in Kraft seit dem 1.1.2005

Der Betrieb muss immer auch für Unvorhersehbares vorbereitet und in der Lage sein, auf solches zu reagieren. Auch bei diesen unvorhersehbaren Ereignissen muss der hohe Qualitätsstandard sichergestellt sein.

- Auch im Bereich der von unvorhersehbaren Ereignissen betroffenen Dienstleistungen werden Personen mit sehr unterschiedlichen Einkommen und sozialen Stellungen beschäftigt.
- Ein Teil des betroffenen Personals ist noch in Ausbildung bzw. in Weiterbildung und damit nur für eine beschränkte Zeit im entsprechenden Spital tätig. Es liegt auf der Hand, dass für solche Personen Wohnungswechsel in Kauf genommen werden müssen, wenn die Weiterbildung an verschiedenen Orten stattfinden muss. Mit der Verlängerung und stärkeren Reglementierung der Weiterbildung hat sich allerdings die Zumutbarkeit von wiederholten Wohnungswechseln abgeschwächt. Der gesellschaftliche Wandel bringt es zudem mit sich, dass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass in einer Familie nur eine Person erwerbstätig ist. Soweit ein Wohnsitzwechsel zumutbar ist, kann der Wohnort allerdings mit dem Arbeitsort koordiniert werden.
- Die verkehrstechnische Erreichbarkeit der Spitäler ist von Betrieb zu Betrieb sehr unterschiedlich.
- Teilweise verfügen die Spitäler über eigene Personalwohnungen.

1.3. Die Notwendigkeit auch bei unvorhersehbaren Ereignissen den Anforderungen zu genügen, macht es zwingend notwendig, dass Mitarbeitende neben der eigentlichen Arbeitszeit sich in Arbeitsbereitschaft für unvorhergesehene Fälle halten. Es ist von den wirtschaftlichen Gegebenheiten – und wohl auch aus Gründen der Qualität – nicht möglich, dauernd so viel Personal im Haus im Einsatz zu haben, dass auch bei allen möglichen unvorhergesehenen Ereignissen eine ausreichende Dienstleistung sicher gestellt ist.

2. Fragestellung

1.4. Muss neben eigentlicher Arbeit auch ein gewisser Bereitschaftsdienst geleistet werden, so ist zu prüfen, ob die entsprechenden Zeiten auf die Arbeitszeit im Sinne des ArG anzurechnen sind und damit für die Berechnung der maximal zulässigen Arbeitszeit berücksichtigt werden müssen oder nicht. Dabei liegt es auf der Hand, dass es entscheidend darauf ankommt, wie die Rufbereitschaft ausgestaltet ist. Entsprechend lässt sich zwischen dem **eigentlichen Pikettdienst** und der **blossen Rufbereitschaft unterscheiden**. Während der eigentliche Pikettdienst als Arbeitszeit zählt, trifft dies für die blosse Rufbereitschaft nicht zu. Daraus ergeben sich einzelne Fragen, welche am Ende dieses Gutachtens zu beantworten sind.

II. Rechtsgrundlagen

1. Arbeitsvertragliche Rechtsgrundlage

2.1. Handelt es sich bei der Anstellung um eine privatrechtliche, sind die Parteien grundsätzlich frei, wie sie die Arbeitszeit regeln, soweit sie nicht durch gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt werden. Allerdings ist zu beachten, dass der Arbeitsvertrag zwingend entgeltlich ist und damit die Leistungen des Arbeitnehmenden nicht unentgeltlich erfolgen. Die Parteien sind aber frei, wie sie die einzelnen Leistungen vergüten. Ob, bzw. unter welchen Voraussetzungen Arbeitsdienst oder Rufbereitschaft in der einen oder anderen Form wie die eigentliche

Arbeitszeit abgegolten wird, oder ob hier eine Entschädigung auf andere Weise, sei es nach Leistung oder pauschal erfolgen soll, können die Parteien frei bestimmen.

2.2. Soweit die Arbeitgeberin in irgend einer Form eine über das vertraglich Vereinbarte hinausgehende Rufbereitschaft verlangt, handelt es sich um eine Mehrleistung gegenüber dem Vereinbarten und diese Leistung ist zusätzlich zu vergüten. Die Vergütung erfolgt in der Regel mit einem zusätzlich Lohn⁹. Die Mehrleistung kann aber im gegenseitigen Einverständnis auch durch eine Minderleistung des Arbeitnehmers ausgeglichen werden¹⁰. Wollen die Parteien von den gesetzlichen Regeln abweichen, so muss dies in einer schriftlichen Vereinbarung geschehen¹¹.

2.3. Die sich daraus ergebenden zivilrechtlichen Fragen, werden in diesem Gutachten nicht weiter verfolgt. Sie sind aber für die Frage, was für die Spitäler wirtschaftlich tragbar ist, von zentraler Bedeutung.

2. Rechtsgrundlage bei öffentlichrechtlichen Anstellungen

2.4. Stellt das Spital sein Personal öffentlichrechtlich an, so richtet sich die Frage, wie Rufbereitschaft zu entschädigen ist, nach dem entsprechenden öffentlichen Recht. Da es sich bei Spitälern - soweit sie nicht privatrechtlich organisiert sind - regelmässig um kantonale oder kommunale Einrichtungen handelt, ist es das kantonale, bzw. das kommunale Recht, welches diese Frage regelt. Eidgenössische Bestimmungen gibt es in soweit keine. Das kantonale Recht hat selbstverständlich die allgemeinen Grundsätze der Verfassung sowie deren Konkretisierung in gewissen eidgenössischen Gesetzen wie dem Gleichstellungsgesetz zu beachten.

2.5. Auch diesen Fragen wird im Weiteren nicht nachgegangen.

3. Rechtsgrundlage gemäss Arbeitsgesetz

a. Die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auf Spitäler

2.6. Das ArG nimmt die Spitäler nicht von seinem betrieblichen Anwendungsbereich aus¹². Soweit das Spital privatrechtlich organisiert ist, untersteht es uneingeschränkt dem ArG. Handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Körperschaft, ist die Frage komplexer. Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArG nimmt die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden vom Anwendungsbereich des ArG grundsätzlich aus. Auf dem Verordnungsweg kann der Bundesrat zudem einerseits öffentliche Anstalten den Verwaltungen gleich stellen und damit auch vom Anwendungsbereich ausnehmen und andererseits das ArG für einzelne Betriebe der Verwaltung anwendbar erklären¹³. Der Vorbehalt der Verordnung schränkt den Anwendungsbereich somit nicht nur ein, sondern erweitert ihn auch¹⁴. Entscheidend ist, ob

⁹ Art. 321c Abs. 3 OR.

¹⁰ Art. 321c Abs. 2 OR.

¹¹ Art. 321c Abs. 3 OR.

¹² Vgl. Art. 2 ArG.

¹³ Art. 2 Abs. 2 ArG; MÜLLER, ArG, N. Abs. 1 und Abs. 2 zu Art. 2 ArG; GEISER, N. 10 ff. zu Art. 2 ArG.

¹⁴ BIGLER, Art. 2 N. 11.

das Spital die Arbeitnehmenden mehrheitlich öffentlichrechtlich oder privatrechtlich anstellt¹⁵.

2.7. Die im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes sind allerdings nicht umfassend. Art. 3 ArG stellt die Ausnahme vom ArG ausdrücklich unter den Vorbehalt von Art. 3a ArG. Diese Bestimmung erklärt die Vorschriften über den Gesundheitsschutz als auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden anwendbar¹⁶. In Klammern werden jene Gesetzesbestimmungen aufgezählt, welche dem Gesundheitsschutz im Sinne dieser Bestimmung dienen. Die Aufzählung ist grundsätzlich abschliessend¹⁷. Weitere Bestimmungen werden von der Ausdehnung nicht erfasst, selbst wenn sie indirekt die Gesundheit betreffen, wie namentlich die Bestimmungen über die Arbeitszeiten. Allerdings sind die drei als anwendbar erklärten Normen selber hochgradig auslegungsbedürftig. Art. 6 ArG und Art. 35 Abs. 1 ArG enthalten eigentliche Generalklauseln zum Gesundheitsschutz, welche in ihrer Allgemeinheit kaum über Art. 328 OR (Fürsorgepflicht) hinausgehen. Der Bundesrat hat als Verordnungsgeber hier weitgehende Kompetenzen zur Konkretisierung. Soweit die Verordnungen in Anwendung der in den genannten drei Bestimmungen vorgesehenen Delegation diese Normen konkretisieren, werden sie von der Ausdehnung gemäss Art. 3a ArG erfasst. Bezüglich der ArGV 3¹⁸ hat dies bereits die Botschaft festgehalten¹⁹. Das muss aber auch für weitere Verordnungsbestimmungen gelten²⁰. Das ist im vorliegenden Zusammenhang in sofern von Bedeutung, als sich Art. 13 ff. ArGV1, der die Arbeitszeiten und den Pikettdienst umschreibt auf Art. 6 ArG stützt und damit nach der dargestellten Auslegung zum Gesundheitsschutz gehört.

2.8. Die Frage braucht hier indessen nicht weiter vertieft zu werden, auch wenn sie im Einzelfall von zentraler Bedeutung sein kann. Es steht ausser Zweifel, dass jedenfalls auf einen grossen Teil der Spitälern in der Schweiz das Arbeitsgesetz anwendbar ist, weil sie entweder privatrechtlich organisiert sind oder wenigstens die Mehrheit ihres Personals privatrechtlich angestellt haben²¹. Zudem darf die Bedeutung von Art. 71 ArG in seiner geänderten Fassung nicht unterschätzt werden. Es ist unbestritten, dass gemäss Art. 71 Bst. b ArG in all jenen Spitälern, welche grundsätzlich unter das Arbeitsgesetz fallen, die öffentlichrechtlichen Anstellungsbedingungen bezüglich der Arbeitszeiten nicht schlechter sein dürfen, als jene des Arbeitsgesetzes²². Das gilt mit Blick auf die Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz²³ vom 7. April 2004 ohne Zweifel uneingeschränkt für Assistenzärzte in allen Spitälern²⁴. Für das übrige Personal bleibt die Frage, ob die Bestimmung von Art. 71 Bst. b ArG nur zur Anwendung gelangt, soweit das Spital als Betrieb dem ArG untersteht oder auch dann, wenn es auf Grund der Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG vom betrieblichen Anwendungsbereich ausgenommen ist²⁵. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass der betriebliche Anwendungsbereich gegeben sein muss, damit Art. 71

¹⁵ Art. 7 Abs. 1 ArGV 1; vgl. dazu: **GEISER**, N. 13 zu Art. 2 ArG.; **ZWAHLEN**, Kommentar-Hug, Art. 2 N. 12; **MÜLLER**, ArG, Art. 2 Abs. 2 N. 1; **TSCHUDI**, S. 26; **CANNER/SCHOOP**, Art. 2 N. 1.

¹⁶ Art. 3a Bst. a ArG.

¹⁷ **MÜLLER**, Art. 3 ArG N. 4; **GEISER**, Art. 3a ArG N. 2.

¹⁸ SR 822.113.

¹⁹ BB1 1992 V 662; **MÜLLER**, Art. 3 ArG N. 3.

²⁰ Z.B. Art.66 ArGV 1; vgl. **GEISER**, N. 3 zu Art. 3a ArG.

²¹ Vgl. **STAEHELIN**, ARV 2002, S. 1 ff.

²² **MAHON**, N. 10 zu Art. 71 ArG.

²³ Verordnung 1 vom 10 Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) [822.111.].

²⁴ Art. 4a ArG 1; **MAHON**, N. 14 zu Art. 71 ArG.

²⁵ Zum Umfang dieser ausnahmen vgl dazu **GEISER**, 10 ff. zu Art. 2 ArG.

Bst. b ArG anwendbar ist²⁶. Mit Fug kann das allerdings in Frage gestellt werden. Die in Art. 71 Bst. b ArG vorgesehene Einschränkung des Vorranges öffentlichrechtlicher Anstellungsbedingungen verhindert nur dann Wettbewerbsverzerrungen und schützt Arbeitnehmer unabhängig der Art ihrer Anstellung gleichmässig, wenn die Bestimmung auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Betrieb bloss wegen Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ArG nicht dem Arbeitsgesetz untersteht. Dass es ohne weiteres Möglich ist, einzelne Normen des ArG auf Betriebe und Anstellungsverhältnisse anzuwenden, die vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen sind, zeigen auch andere Bestimmungen des ArG. Schliesslich bleibt zu beachten, dass die Gesundheitsbestimmungen des ArG gemäss Art. 2 Abs. 1, Ingress und Art. 3a ArG ohnehin bezüglich des Gesundheitsschutzes auf öffentlichrechtlich organisierte Betriebe anwendbar sind²⁷.

b. Arbeitszeitregelung im ArG und der Verordnung

2.9. Das Arbeitsgesetz setzt fest, wie lange die Arbeitszeit maximal sein darf²⁸. Es erlaubt gewisse Überschreitungen²⁹, sieht dann aber vor, dass diese Zeiten mit einem Zuschlag zu vergüten sind, wenn sie nicht innert nützlicher Frist in Freizeit ausgeglichen werden können³⁰. Das Arbeitsgesetz umschreibt aber nicht selber, was unter Arbeit zu verstehen ist.

2.10. 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 Arbeitnehmers zu halten hat", wobei der Arbeitsweg grundsätzlich davon ausgenommen ist³¹. 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 Sonderereignisse³². Die Verordnung bestimmt sodann, wann und wie häufig solcher Pikettdienst angeordnet werden darf.

2.11. 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) unterschieden³³.

2.12. Zu beachten ist, dass auch nach den Regeln des Arbeitsgesetzes es nur **Arbeitszeit einerseits und Ruhezeit andererseits** gibt. Etwas Drittes gibt es nicht. Das Gesetz bietet keinerlei Grundlage für eine Zwischenform, welche es erlauben würde, gewisse Zeiten bloss zu einem Bruchteil als Arbeitszeit anzurechnen. Wohl kennt es Zuschläge für Mehrarbeit, sei

²⁶ MAHON, N. 11 zu Art. 71 ArG; GEISER, 9. zu Art. 2 ArG.

²⁷ Vgl. dazu GEISER, Kommentare zu Art. 3a ArG.

²⁸ Art. 9 ArG.

²⁹ Art. 12 ArG.

³⁰ Art. 13 ArG.

³¹ Art. 13 Abs. 1 ArGV1.

³² Art. 14 Abs. 1 ArGV1.

³³ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 437.

es in Form von Geld³⁴, sei es in Form von Zeit³⁵. Es handelt sich dabei aber immer um *Zuschläge* zur Arbeitszeit, nicht um eine reduzierte Anrechnung gewisser Zeiten. Soweit bestimmte Zeiten der Ruhezeit zuzurechnen sind und damit nicht als Arbeitszeit gelten, kann daneben bis zur gesamten gesetzlichen maximalen Arbeitszeit eigentliche Arbeit verrichtet werden.

III. Abgrenzung der Arbeitszeit von der Ruhezeit beim Pikettendienst

1. Fragestellung

3.1. Grundsätzlich ist die Unterscheidung danach, ob die entsprechende Zeit im Betrieb verbracht werden muss oder nicht, durchaus sinnvoll. Es liegt aber auf der Hand, dass diese **Abgrenzung auslegungsbedürftig** ist und nur als Ausgangspunkt dienen kann. Die Grösse des Areals eines Betriebes kann sehr unterschiedlich sein. Es können sich zudem auf dem Areal Personalwohnungen oder Personalräume befinden. Andererseits kann es nicht darauf ankommen, ob die Arbeitgeberin es dem Arbeitnehmer erlaubt, den Betrieb zu verlassen, wenn er im Falle eines Rufes innert kürzester Zeit im Betrieb einsatzbereit sein muss. In all diesen Fällen ist die Weisung der Arbeitgeberin, im Betrieb zu bleiben oder diesen zu verlassen, ein untaugliches Kriterium für die Bestimmung, ob es sich um Arbeitszeit handelt oder nicht. Es ist vielmehr nach anderen, zusätzlichen Kriterien zu fragen.

2. Zweck der Abgrenzung

3.2. Der Ordnungsgeber hat sich bei der Ausgestaltung der Verordnung an den Rahmen zu halten, welcher der Gesetzgeber steckt. Die **Verordnung ist somit gesetzeskonform auszugestalten und gesetzeskonform auszulegen**. Entscheidend ist damit die Auslegung des Gesetzes und nicht jene der Verordnung, wobei allerdings dem Ordnungsgeber selber durchaus ein erhebliches Ermessen zukommt, soweit die Verordnung die Konkretisierung des Gesetzes bezweckt, was im vorliegenden Rahmen sicher zutrifft.

3.3. Ziel der Gesetzesauslegung ist es, den **Zweck der Norm** zu ergründen. Mit der Auslegung soll bestimmt werden, was der Gesetzgeber im demokratisch legitimierten Gesetzgebungsverfahren in welcher Art regeln wollte. Deshalb kommt der so genannten teleologischen Auslegung ein gewisser Vorrang zu³⁶. Ausgangspunkt bildet dabei immer der Wortlaut der Bestimmung³⁷. Namentlich wenn sich - wie vorliegend - das Gesetz zur entscheidenden Frage gar nicht ausdrücklich äussert, gewinnt die Systematik Bedeutung. Es ist der gesamte Kontext zu beachten, um zu einer widerspruchsfreien Gesetzesauslegung zu gelangen³⁸. Die Rechtsordnung ist etwas Einheitliches, Ganzes. Die verschiedenen Regelungen bedingen sich gegenseitig. Entsprechend ist auch immer der Zweck eines bestimmten Gesetzes für die Auslegung entscheidend, der auch den Zweck der einzelnen Norm mitbestimmt.

³⁴ Z.B. Art. 13, 17a und 19 Abs. 3 ArG.

³⁵ Z.B. Art. 17b Abs. 2 ArG.

³⁶ HONSELL, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 1 ZGB.

³⁷ HONSELL, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 1 ZGB.

³⁸ HONSELL, Basler Kommentar, N. 10 zu Art. 1 ZGB.

3.4. Das Arbeitsgesetz bezweckt insbesondere **Gesundheits- und Sozialschutz der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen**³⁹. Dabei geht es um eine möglichst einheitliche Ordnung, um zu verhindern, dass Unternehmen zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes Wettbewerbsvorteile erlangen können. Die Vorschriften über die Arbeitszeit dienen beiden Zielen, auch wenn es sich bei den Regeln der Arbeitszeit nicht um den Gesundheitsschutz im engen Sinn handelt.

2. Kriterien

3.5. Mit Blick auf die dargelegte Zweckbestimmung legt das Gesetz die Arbeitszeiten so fest, dass einerseits eine **Überanstrengung ausgeschlossen** wird, was insbesondere genügend Erholungsmöglichkeiten voraussetzt, und andererseits der Arbeitnehmer **am Sozialleben teilhaben** kann. Die Unterscheidung zwischen Arbeitszeit und Freizeit hat sich folglich auch an diesen beiden Elementen aus zu richten.

a. Im Betrieb/ausserhalb des Betriebes

3.6. Die Verordnung unterscheidet zwischen dem Pikettdienst im Betrieb und jenem ausserhalb des Betriebes. Damit stellt sich einerseits die Frage, was räumlich noch zum Betrieb gehört und welche Einschränkungen ausserhalb des Betriebes möglich sind, ohne die Unterscheidung zu verfälschen.

3.7. Als "**Betrieb**" ist grundsätzlich das gesamte Areal des entsprechenden Spitals zu verstehen, einschliesslich Parkplätze, Garten usw. Befinden sich mehrere Kliniken auf dem gleichen Areal, sind diese als eine Einheit anzusehen. Zum Betrieb im genannten Sinn gehören auch Personalrestaurants und ähnliches.

3.8. Vom Sinn der Norm her liegt Pikettdienst **ausserhalb des Betriebes** nur vor, wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich die Möglichkeit hat, diese **Zeit zu Hause** zu verbringen. Dabei kann allerdings der Arbeitnehmer nicht die Einsatzmöglichkeiten dadurch vermindern, dass er einen weit entfernten Wohnort wählt. Die Arbeitgeberin kann ihm zwar grundsätzlich nicht vorschreiben, wo er zu wohnen hat. Wählt er aber einen Wohnort, der nicht in der Nähe des Betriebes liegt, so dass er einen langen Arbeitsweg hat, kann er sich nicht darauf berufen, dass er den Pikettdienst zu Hause verbringen können muss. Entscheidend ist insofern, welche Betriebsnähe für die Wohnungsnahme **möglich** und **zumutbar** ist. Zu berücksichtigen sind diesbezüglich einerseits der Wohnungsmarkt und andererseits die lokalen Verhältnisse bezüglich der sozialen Zumutbarkeit der entsprechenden Wohnungsnahme. Dabei liegt es auf der Hand, dass auch die entsprechenden Preisverhältnisse für Wohnungen am entsprechenden Ort zentrale Bedeutung haben, so dass für die einzelnen Personalkategorien von den Einkommensverhältnissen her unterschiedliche Quartiere als zumutbar erscheinen können. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, in welchem Umfang Umzüge zuzumuten sind, wenn es sich um befristete Stellen handelt, weil beispielsweise die Person noch in einer Aus- oder Weiterbildung ist. Es handelt sich dabei zweifellos um eine Wertungsfrage. Die Beantwortung hängt wohl davon ab, auf wie lange solche Stellen angelegt sind und auf welches Personenprofil sie ausgerichtet sind. Einer allein stehenden Person wird ein Umzug eher zuzumuten sein, als einer Person mit Familie, namentlich wenn der (eheliche oder aussereheliche) Partner ebenfalls erwerbstätig ist.

³⁹ REHBINDER, Arbeitsrecht, Rz. 426.

3.9. Soweit der Unterschied durch die **Zeit definiert werden** soll, welche zwischen dem Abruf und dem Einsatz einer Person maximal verstreichen darf, ist immer auch entscheidend, ob die Zeit zwischen **Abruf und Betreten des Betriebsgeländes** massgeblich sein soll, oder zwischen dem Abruf und der tatsächlichen Einsetzbarkeit. Soll eine Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Betrieben gegeben sein und sollen möglichst allgemein gültige Kriterien aufgestellt werden, so kann nur das Eintreffen auf dem Betriebsgelände massgeblich sein, nicht aber die Einsetzbarkeit bei der Arbeit. Es ist an der Arbeitgeberin, den Weg vom Betriebsgelände bis zum konkreten Arbeitsplatz genügend effizient zu gestalten. Es ist auch ihr eigenes Risiko und ihre eigene Verantwortlichkeit, was sie dafür an Zeit einerseits und organisatorischen Hilfeleistungen andererseits⁴⁰ aufwenden will.

b. Kriterium der ausreichenden Erholung

3.10. Vom Zweck der Erholung her, setzt die Freizeit voraus, dass der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in dieser Zeit sich mit anderem als seiner Arbeit beschäftigen kann. Er muss in vernünftigem Ausmass anderen Tätigkeiten nachgehen können. Es liegt dabei auf der Hand, dass dies nur möglich ist, wenn die einzelne **zusammenhängende Freizeit ein Mindestmass an Dauer** hat. Sonst ist die notwendige Bewegungsfreiheit nicht gewährt, um etwas anderes zu tun als zu warten.

3.11. Wie lange diese **Mindestzeit** sein muss, lässt sich **kaum allgemein sagen**. Nicht jede Tätigkeit erfordert die gleiche Mindstdauer. Es darf vom Arbeitnehmer auch erwartet werden, dass er diesbezüglich seine Tätigkeiten in einem gewissen Umfang den Bedürfnissen des Betriebes anpasst. Gewisse tägliche Tätigkeiten gehören aber zwingend zum menschlichen Dasein in der heutigen Gesellschaft. Das trifft insbesondere für die Bedürfnisse des Schlafens, des Kochens und Essens sowie des Einkaufens zu.

3.12. Diese Tätigkeiten werden allerdings üblicherweise **nicht zu den gleichen Tageszeiten** ausgeführt. Der Tagesrhythmus wird zudem durch die Arbeit selber bestimmt, wenn diese unregelmässig ist, was im Bereich des Spitals zutrifft. Diesen Rhythmus muss sich dann aber die Arbeitgeberin entgegenhalten lassen, weil er sich ja nach ihren Bedürfnissen richtet. Aus dem Tagesrhythmus ergibt sich, dass u.U. die Abgrenzung zwischen eigentlichem Pikettdienst (Arbeitszeit) und uneigentlichem Pikettdienst (Rufbereitschaft, Ruhezeit) je nach Tageszeit unterschiedlich sein muss. Zudem bleibt zu beachten, dass das Arbeitsgesetz mit dem grundsätzlichen Verbot der Sonntagsarbeit den Arbeitnehmern auch regelmässig eine etwas längere Erholungsphase gewähren will.

3.13. Wird der Pikettdienst in jenen Zeiten geleistet, in denen der Arbeitnehmer sich durch **Schlaf ausruhen sollte**, muss die Zeit zwischen dem Abruf zum Einsatz und der Einsatzbereitschaft so bemessen sein, dass der Arbeitnehmer vernünftig aufwachen, sich ankleiden und den Arbeitsort aufsuchen kann. Daraus ergeben sich folgende Elemente:

- Es ist zumutbar, nach Erhalt des Rufes sofort aufzustehen.
- Es muss eine gewisse Zeit für Toilette und Ankleiden eingerechnet werden. Dabei ist immerhin zu beachten, dass es sich um Berufe im Gesundheitssektor handelt, welche ein Mindestmass an Hygiene verlangen. Ein gewisses Ausmass von Waschen ist wohl vor dem Ankleiden zwingend.

⁴⁰

Z.B. reservierte Parkplätze usw.

- Es darf dem Arbeitnehmer zugemutet werden, in diesen Fällen auf ein Frühstück zu verzichten.
- Wie viel Zeit für den Arbeitsweg gerechnet werden muss, hängt von den lokalen Verhältnissen und der Tageszeit ab. Dabei sind die konkreten Wohnmöglichkeiten zu beachten. Je nach Ort des Spitals ist es den Angestellten auf Grund des Wohnungsmarktes möglich näher oder weniger nah am Arbeitsort zu wohnen.

3.14. Trifft der Pikettdienst auf Wachzeiten des Arbeitnehmers, so kann wohl vom praktischen Ablauf her mit einer kürzeren Zeit zwischen Abruf und Eintreffen auf dem Betriebsgelände gearbeitet werden. Allerdings muss auch hier mit alltäglichen Beschäftigungen wie Kochen, Essen, Waschen sowie Einkaufen gerechnet werden.

b. Kriterium der Teilnahme am Sozialleben

3.15. Arbeitszeit und Freizeit müssen so gelegt werden, dass eine Teilnahme am Familien- und Sozialleben möglich ist. Das ergibt sich aus einer Vielzahl von Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und ist auch einer der Gründe für das Verbot der Sonntagsarbeit. Dass der Gesetzgeber der Sonntagsruhe ganz besondere Bedeutung beigemessen hat, ergibt aus verschiedenen Bestimmungen, welche das Verbot der Sonntagsarbeit stärker schützen als das Verbot der Nacharbeit. Dabei steht der Umstand im Fordergrund, dass Sozialkontakte und auch der Umgang mit der Familie in einem wesentlichen Ausmass davon abhängt, dass die individuelle Freizeit zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem auch die anderen Personen Freizeit haben. Die Teilnahme am Sozialleben ist zudem nicht nur für den einzelnen Arbeitnehmer wichtig. Ihr kommt auch volkswirtschaftliche und staatspolitische Bedeutung zu. Unsere Gesellschaft baut zu einem grossen Teil auf freiwilliger, unentgeltlicher Arbeit namentlich bezüglich der Betreuung Angehöriger auf. Von Bedeutung ist diese Freiwilligenarbeit aber auch für alle möglichen sozialen und kulturellen Organisationen. Ohne die Möglichkeit eines jeden, solche Leistungen zu erbringen, würde unsere Volkswirtschaft zusammenbrechen⁴¹. Das gilt auch für das Staatswesen, beruht dieses doch ganz entscheidend auf dem Milizsystem. Viele politische Ämter werden zwingend nebenberuflich ausgeübt. Eine Partizipation der Bürger ist unerlässlich. Diese Überlegungen sind für den Pikettdienst von Bedeutung. Soweit es sich nicht um Arbeitszeit handeln soll, muss auch **während des Pikettdienstes ein gewisses Familien- und Sozialleben möglich sein**. Es muss dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin in dieser Zeit möglich sein, in einem gewissen Umfang Betreuungsarbeit für die Kinder zu übernehmen, diese beispielsweise zur Schule zu bringen oder von dort abzuholen, oder den Umgang mit Bekannten zu pflegen.

3.16. Daraus ergibt sich, dass der Arbeitnehmer während des nicht zur Arbeitszeit zählenden Pikettdienstes **nicht verpflichtet werden kann, zu Hause zu sein**. Er hat die Möglichkeit, Bekannte zu besuchen, mit den Kindern Spaziergänge zu machen usw. Mit Blick auf die modernen Kommunikationsmittel ist die Erreichbarkeit heute ausserhalb der eigenen Wohnung gewährleistet. Auch hier wiederum hängt es von den lokalen Gegebenheiten ab, in wie weit sich dadurch eine Verlängerung der Zeitspanne zwischen Abruf und Eintreffen auf dem Betriebsareal ergibt.

⁴¹ 1997 zeigte eine Studie, dass in der Schweiz Frauen durchschnittlich 30,57 und Männer durchschnittlich 16,13 Stunden pro Woche unbezahlte Arbeit leisten (SOUSA-POZA/WIDMER/SCHMID, Assigning Monetary Values to Unpaid Labour Using Input-Based Approaches: The Swiss Case, St. Gallen 1999, S. 16).

c. Kriterium des Arbeitsweges

3.17. Wie dargestellt, kann der Pikettdienst nur dann als Freizeit gelten, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, diese Zeit auch zu Hause zu verbringen⁴². Daraus ergibt sich, dass ein wesentliches Element für die Frage, welche Zeitspanne zwischen Abruf und Eintreffen maximal verlangt werden darf, damit beim Pikettdienst noch von Freizeit gesprochen werden kann, beim Arbeitsweg liegt. Der Arbeitnehmer muss den Pikettdienst zu Hause verbringen können. Entscheidend ist somit, in welchem Umkreis vom Arbeitsort zumutbarer Wohnraum vorhanden ist und welche Verkehrsmittel für den Arbeitsweg zumutbarer Weise zur Verfügung stehen.

3.18. Neben **lokalen Gegebenheiten** sind dabei wohl auch **saisonale und witterungsbedingte Unterschiede** zu beachten. Soll - aus Gründen der Praktikabilität - eine für das Arbeitsverhältnis einheitliche Lösung aufgestellt werden, muss von den saisonal widrigsten Umständen ausgegangen werden. Andernfalls ist die Umschreibung teilweise nicht mehr gesetzeskonform.

4. Praktikabilität

3.19. Bei einer gesetzeskonformen Ausgestaltung und Auslegung der Verordnung zeigt sich somit, dass die Abgrenzung zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit beim Pikettdienst nicht ausschliesslich nach dem formalen Kriterium erfolgen kann, ob der Arbeitnehmer das Betriebsareal verlassen darf oder nicht. Vielmehr kommt es auf das konkrete Ausmass der Einschränkungen an, welche die Regelung für den Arbeitnehmer mit sich bringt. Indessen sprechen Gründe der Praktikabilität dafür, eine gewisse einheitliche Regel aufzustellen. Insofern macht es Sinn, auf eine bestimmte Zeitspanne zwischen Abruf und Eintreffen im Betriebsareal abzustellen.

3.20. Eine solche allgemeine Regel kann aber immer nur im Sinne einer **tatsächlichen Vermutung** verstanden werden⁴³, von der im Einzelfall auf Grund von Besonderheiten abgewichen werden kann und muss. Es ist sowohl möglich, dass eine Regelung mit einer kürzeren Interventionszeit noch als gesetzeskonform angesehen werden kann, weil auf Grund der konkreten Umstände ein Einsatz trotz ausreichender Bewegungsfreiheit des Mitarbeiters schneller möglich ist, wie auch, dass eine der allgemeinen Norm entsprechende Regelung als ungenügend erscheint, weil auf Grund der konkreten Gegebenheiten z.B. mit einem längeren Arbeitsweg gerechnet werden muss. Für die Besonderheiten des Einzelfalls, welche eine Abweichung rechtfertigen, ist jeweils diejenige Partei beweispflichtig, die sich darauf beruft.

5. Fragen der Durchsetzung

3.21. Die Rechtsordnung geht davon aus, dass sich die **Rechtssubjekte grundsätzlich gesetzeskonform verhalten**. Diese Erwartung besteht ganz besonders gegenüber Betrieben der öffentlichen Hand und privatwirtschaftlichen Unternehmen, welche eine öffentliche Aufgabe erfüllen. Insofern ist zu erwarten, dass sich die Spitälern an die gesetzlichen Vorgaben halten. Die Erfahrung lehrt aber, dass dies nicht immer zutrifft. Deshalb sieht das Gesetz subsidiär direkte oder indirekte Zwangsmittel zur Durchsetzung des Rechts vor.

⁴² Vorn Rz. 3.8.

⁴³ Zum Begriff vgl. BGE 114 II 298; 130 II 485 f.; vgl. auch SCHMID, N. 68 zu Art. 8 ZGB.

a. Öffentlichrechtliche Durchsetzungsinstrumente

3.22. Der Vollzug des Arbeitsgesetzes obliegt in erster Linie den Kantonen, welche auch die zuständigen Behörden zu bezeichnen haben⁴⁴. Die zuständigen Behörden können in den Betrieben Abklärungen darüber treffen, ob das Arbeitsgesetz eingehalten wird. Die Arbeitgeberinnen müssen den Behörden die dafür dienlichen Auskünfte erteilen⁴⁵. Die Behörde kann eine Betriebsbesichtigung vornehmen, die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber befragen sowie Dokumente, namentlich Verzeichnisse und Stundenpläne erheben⁴⁶.

3.23. Stellt die kantonale Behörde fest, dass Vorschriften nicht eingehalten worden sind, so macht sie die Fehlbaren darauf aufmerksam und verlangt von ihnen die Einhaltung der nicht befolgten Vorschriften oder Verfügungen⁴⁷. Leistet der Fehlbare dieser Aufforderung keine Folge, so erlässt die kantonale Behörde eine entsprechende Verfügung und droht den verantwortlichen Personen für den Fall der Nichtbefolgung eine Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB an⁴⁸. Selbstverständlich können diese Verfügungen angefochten werden⁴⁹. Die Behörde kann - soweit das von den Umständen her überhaupt möglich ist - mit direktem Verwaltungszwang auch den rechtmässigen Zustand wieder herstellen⁵⁰.

3.24. Die Behörde handelt von Amtes wegen oder auf Anzeige hin⁵¹.

b. Strafrechtliche Durchsetzungsinstrumente

3.25. Die Durchsetzung erfolgt indirekt auch dadurch, dass die Verletzung arbeitsgesetzlicher Vorschriften strafrechtliche Folgen haben kann. Dabei ist zu **differenzieren**.

3.26. Die Verletzung von Vorschriften des Arbeitsgesetzes kann eine **Sorgfaltspflichtsverletzung** begründen, soweit es um allgemeine Tatbestände des StGB geht. Das ist im Zusammenhang mit Spitälern von Bedeutung, wenn Medizinalpersonen auf Grund einer durch zu lange Arbeitszeiten bedingten Übermüdung ein Kunstfehler unterläuft. Wer strafbar ist, richtet sich dabei nach den Regeln des StGB.

3.27. Soweit einer Verfügung zuwidergehandelt wird, welche mit einer Strafandrohung nach **Art. 292 StGB** versehen worden ist, wird jene Person nach dieser Bestimmung strafbar, an die sich die Verfügung gerichtet hat.

3.28. Überdies sieht das ArG selber eine **Bestrafung des Arbeitgebers** vor, wenn er den Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit vorsätzlich zuwiderhandelt⁵². Die Verletzung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz ist auch dann strafbar, wenn sie bloss fahrlässig begangen worden ist⁵³.

⁴⁴ Art. 41 ArG; vgl. **SCHEIDEGGER/PITTELOUD**, N. 4 zu Art. 41 ArG.

⁴⁵ Art. 45 ArG.

⁴⁶ **MOREILLON**, N. 7 zu Art. 51 ArG.

⁴⁷ Art. 51 Abs. 1 ArG.

⁴⁸ Art. 51 Abs. 2 ArG.

⁴⁹ **MOREILLON**, N. 10 zu Art. 51 ArG.

⁵⁰ Art. 52 ArG.

⁵¹ **MOREILLON**, N. 7 zu Art. 51 ArG.

⁵² Art. 59 Abs. 1 Bst. b ArG.

⁵³ Art. 59 Abs. 1 Bst. a ArG.

3.29. Der **Arbeitnehmer** ist gemäss ArG strafbar, wenn er die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz vorsätzlich verletzt⁵⁴. Bei einer fahrlässigen Verletzung ist er nur strafbar, wenn durch die Widerhandlung auch andere Personen ernstlich gefährdet werden⁵⁵. Hier stellt sich die Frage, in welchem Umfang die Bestimmungen über die Arbeitszeiten zum Gesundheitsschutz zu zählen sind⁵⁶.

b. Privatrechtliche Durchsetzungsinstrumente

3.30. Die so genannte **Rezeptionsklausel**⁵⁷ bewirkt, dass jede öffentlichrechtliche Vorschrift über die Arbeit, welche der Arbeitgeberin eine öffentlichrechtliche Pflicht auferlegt und Inhalt eines Arbeitsvertrages sein könnte, dem Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung einräumt⁵⁸. Soweit das Arbeitsgesetz die Arbeitgeberin verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine gewissen Frei- und Ruhezeit einzuräumen, hat er somit gegenüber der Arbeitgeberin auch einen zivilrechtlichen Anspruch darauf.

3.31. Daraus ergibt sich in erster Linie ein Erfüllungsanspruch⁵⁹. Nach herrschender Lehre besteht dieser auch bezüglich des Gewährens der Frei- und Ruhezeit⁶⁰. Fraglich kann allerdings erscheinen, ob es sich bei den Regeln über die Frei- und Ruhezeit nur um eine Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers handelt und nicht um eine selbständige Verpflichtung der Arbeitgeberin. Dann besteht auch **kein selbständiger Erfüllungsanspruch**.

3.31. Unabhängig von dieser rechtlichen Qualifikation besteht ein **Leistungsverweigerungsrecht** bezüglich der nichtgesetzeskonformen Arbeitsstunden⁶¹. Eine rechtswidrige Leistung kann nicht Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung sein⁶². Der Arbeitnehmer ist somit nicht verpflichtet, diese Leistungen zu erbringen. Allerdings kann es praktisch unmöglich sein, zu bestimmen, welche Stunden zulässig sind und welche nicht, wenn der Stundenplan als Ganzes nicht dem Gesetz entspricht. Dann hat die Arbeitgeberin die Arbeit nicht so organisiert, dass der Arbeitnehmer seine Leistung gesetzes- und vertragskonform erbringen kann. Die Arbeitgeberin hat für die Erfüllung des Vertrages notwendige Vorbereitungshandlungen nicht getroffen. Sie befindet sich nach den allgemeinen Regeln im Annahmeverzug⁶³. Der Arbeitnehmer ist diesfalls berechtigt, seine Leistung, d.h. die Arbeit, gänzlich zu verweigern. Die Arbeitgeberin bleibt dennoch verpflichtet, den Lohn weiter zu bezahlen, was das Arbeitsvertragsrecht ausdrücklich festhält⁶⁴.

3.32. Soweit der Arbeitnehmer die Arbeit dennoch leistet und wegen der Überbeanspruchung zu Schaden kommt, wird die Arbeitgeberin schadenersatzpflichtig⁶⁵. Es

⁵⁴ Art. 60 Abs. 1 ArG.

⁵⁵ Art. 60 Abs. 2 ArG.

⁵⁶ Vgl. vorn Rz. 2.7.

⁵⁷ Art. 242 Abs. 2 OR.

⁵⁸ **VISCHER**, S. 12 f.

⁵⁹ **STAEHELIN**, N. 13 ff. zu Art. 342 OR.

⁶⁰ **STAEHELIN**, N. 14 zu Art. 342 OR.

⁶¹ **STAEHELIN**, N. 21 zu Art. 342 OR.

⁶² Art. 20 OR.

⁶³ Art. 91 ff. OR.

⁶⁴ Art. 224 OR; **STREIFF/VON KAENEL**, N 8 zu Art. 342 OR.

⁶⁵ **STAEHELIN**, N. 20 zu Art. 342 OR.

liegt eine Verletzung der Fürsorgepflicht vor⁶⁶. Die Haftung richtet sich mangels Sondernormen im Arbeitsvertragsrecht nach Art. 97 ff. OR⁶⁷.

IV. Beantwortung der Fragen im Einzelnen

1. *Wo verläuft die Grenze im Einzelnen?*

a. Generell

4.1. Wie aufgezeigt ist das entscheidende Kriterium für die Unterscheidung zwischen Pikettdienst, der als Arbeitszeit zählt, und solchem, der zur Ruhezeit zu rechnen ist, die Frage, welche Freiheit in der Lebensgestaltung die Rufbereitschaft dem Arbeitnehmer belässt. Dass es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der auslegungsbedürftig ist und der rechtsanwendenden Behörde einen erheblichen Ermessensspielraum belässt, steht ausser Zweifel.

4.2. Damit der Pikettdienst nicht als Arbeitszeit gilt, muss dem Arbeitnehmer ein ausreichender Freiraum gewährt werden, der es erlaubt, alltäglichen Verrichtungen nachzugehen und ein gewisses Familien- und Sozialleben auch in dieser Zeit wahrzunehmen.

4.3. Was das im Einzelnen bedeutet hängt zudem vom sozialen und geographischen Umfeld und der Lebensstellung ab. Eine gewisse Pauschalisierung muss aus Gründen der Praktikabilität als zulässig angesehen werden, wobei aber ein Abweichen sowohl zu Gunsten des Arbeitnehmers wie auch zu Gunsten der Arbeitgeberin möglich sein muss, wenn die Besonderheiten des Einzelfalls dies gebieten.

4.4. Dabei kann es sich allerdings nur um geographische und soziale Besonderheiten handeln. Bezüglich der Frage, ob es sich um Arbeitszeit oder um Ruhezeit handelt, sieht weder das Gesetz noch die Verordnung eine Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen der Arbeitgeberin vor. Die Verordnung berücksichtigt diese Anliegen vielmehr bei der Zulässigkeit des Pikettdienstes dem Umfang nach⁶⁸.

b. In örtlicher Hinsicht

4.5. In örtlicher Hinsicht ist für die Unterscheidung entscheidend, ob der Arbeitnehmer sich vom Arbeitsort bzw. der Betriebsstätte entfernen darf und gegebenenfalls in welchem Umfang.

4.6. Soweit eine **Entfernung nicht zulässig** ist, handelt es sich wohl in jedem Fall um Arbeitszeit. Die Einschränkung hat diesfalls ein Ausmass, dass die Annahme von Ruhezeit ausschliesst.

4.7. Ist eine **Entfernung vom Arbeitsplatz zulässig**, wird diese im Zusammenhang mit Spitälern kaum je örtlich umschrieben werden können. Das Kriterium wird regelmässig ein zeitliches sein. Wie lange jemand braucht, um von einem bestimmten Ort zum Arbeitsplatz zu gelangen, hängt entscheidend von seinen individuellen Fähigkeiten und Möglichkeiten ab. Es

⁶⁶ Art. 328 OR.

⁶⁷ VISCHER, S. 192.

⁶⁸ Art. 14 ArGV 1.

wird nicht jede Person die gleichen Verkehrsmittel benützen können und wollen. Soweit es sich um Mittel des Individualverkehrs handelt (namentlich Auto und Velo) ist auch nicht jede Person in der Lage gleich schnell zu fahren. Eine örtliche Umschreibung wäre deshalb unzweckmässig, weil sie gar nicht sicherstellen könnte, dass der Arbeitnehmer tatsächlich innert nützlicher Frist bei einem Ruf am Arbeitsplatz erscheint. Wird ein örtliches Kriterium mit einem zeitlichen kombiniert, führt dies zu einem rechtlich bedenklichen Ergebnis. Sofern der Arbeitnehmer mit dem eigenen Auto zum Arbeitsplatz gelangt, was jedenfalls bei nächtlichem Pikettdienst unumgänglich scheint, würde nämlich der Arbeitgeber dadurch dem Arbeitnehmer eine bestimmte Fahrweise vorschreiben. Der Arbeitgeber liefe dann Gefahr, zivil- und strafrechtlich verantwortlich zu werden, weil er den Arbeitnehmer angestiftet hat, zu schnell zu fahren.

c. In zeitlicher Hinsicht

4.8. Für die Frage, welche zeitlichen Schranken zu ziehen sind, ist - wie dargelegt - darauf abzustellen, dass die Ruhezeit dem Arbeitnehmer einen ausreichenden Freiraum gewähren muss, der es erlaubt, alltäglichen Verrichtungen nachzugehen und ein gewisses Familien- und Sozialleben auch in dieser Zeit wahrzunehmen. Die entsprechenden Bedürfnisse variieren nach dem Tagesrhythmus sowie den geographischen und sozialen Gegebenheiten.

4.9. Sollen **generelle Kriterien** aufgestellt werden, ist sinnvoller Weise nicht auf die Zeit zwischen Ruf und Arbeitsbereitschaft abzustellen sondern zwischen **Ruf und Betreten des Betriebsareals**. Von diesem Punkt an ist es die Risikosphäre der Arbeitgeberin, welche Zeit mit Zugangskontrollen und Ähnlichem, dem verbleibenden Arbeitsweg und der Arbeitvorbereitung vergeht.

4.10. Stark verallgemeinern lässt sich wohl die Frage, wie viel **Zeit** dem Arbeitnehmer **zwischen dem Ruf** und dem Zeitpunkt zur Verfügung stehen muss, in dem er den **Arbeitsweg antritt**. Erfolgt der Ruf zu einer Tageszeit, in der der Arbeitnehmer normalerweise schläft, muss wohl für Erwachen, Körperpflege und Ankleiden mit mindestens 10 bis 15 Minuten gerechnet werden. Diese Zeitspanne dürfte auch bei anderen Tätigkeiten (Kochen, Einkaufen, Betreuen von Kleinkindern) realistisch sein.

4.11. Wie viel **Zeit für den Arbeitsweg** zu berechnen ist, hängt demgegenüber von den **örtlichen Gegebenheiten** ab. Zum einen ist zu prüfen, in welcher Distanz und an welchen Orten dem entsprechenden Personal ein Wohnen möglich und zumutbar ist. Zum andern hängt die Dauer des Arbeitsweges von den zumutbaren Verkehrsmitteln und den entsprechenden Verkehrsverhältnissen ab.

4.12. Daraus ergibt sich, dass wohl nur in sehr kleinräumigen Verhältnissen die Grenze zwischen Arbeitszeit und Ruhezeit bei einer Rufzeit von 30 Minuten liegen kann.

2. Wann ist die Anordnung von Pikettdienst ausserhalb des Betriebes missbräuchlich?

4.13. Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Pikettdienst im Betrieb, der zur Arbeitszeit zählt, und dem Pikettdienst ausserhalb des Betriebes, der grundsätzlich als Ruhezeit gilt, hat eine Arbeitgeberin ein Interesse daran, die Verpflichtung, im Betrieb zu bleiben, möglichst zu meiden. Von daher scheint die Frage berechtigt, welches die Grenzen für die Zulässigkeit

eines Pikettdienstes ausserhalb des Betriebes sind. Kann es rechtsmissbräuchlich sein, Pikettdienst ausserhalb des Betriebes anzuordnen, um damit Arbeitszeitvorschriften zu umgehen?

4.14. Diese Frage ist allerdings dogmatisch falsch gestellt. Es ist nicht eine Frage des Rechtsmissbrauchs einer solchen Anordnung. Es wird nicht ein Recht durch die Arbeitgeberin missbraucht. Vielmehr handelt es sich um eine Frage der Auslegung des Begriffs der Arbeitszeit. Wie vorstehend dargelegt⁶⁹, kann auch ein Pikettdienst ausserhalb des Betriebes Arbeitszeit darstellen, wenn der Arbeitnehmer durch die Anforderungen an die Einsatzbereitschaft in seiner Freizeitgestaltung derart eingeschränkt wird, dass nicht mehr von Ruhezeit ausgegangen werden kann. Die Rechtsfolge bei einer solchen Anordnung ist, dass der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes zwar rechtmässig ist, aber als Arbeitszeit zählt.

3. Wie müsste eine allgemeingültige Abgrenzung ausgestaltet sein?

4.15. Wie dargelegt ist es ohne weiteres vorstellbar und sinnvoll aus Gründen der Praktikabilität die Abgrenzung *auf Verordnungsstufe* durch das Festsetzen eines bestimmten Zeitrahmens zu ziehen. Allerdings darf es sich dabei nur um eine **tatsächliche Vermutung** handeln, welche auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls sowohl in die eine als auch in die andere Richtung umgestossen werden kann. Demgegenüber ist ein alleiniges Abstellen auf den Einzelfall kaum um- und durchsetzbar. Es müssten immer die konkreten Umstände sowohl mit Bezug auf die geographischen Verhältnisse, wie den Wohnungsmarkt, die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Arbeitnehmers und seine familiäre Situation abgeklärt werden. Da einzelne dieser Umstände sich im Laufe eines Arbeitsverhältnisses ändern können, müsste auch regelmässig diesen Veränderungen Rechnung getragen werden. Das ist organisatorisch kaum zu bewerkstelligen und schafft eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Letztere erschwert sowohl den zuständigen Behörden die Kontrolle wie auch die Durchsetzung im Falle eines Rechtsstreites.

4.16. Eine entsprechende Regelung mit einer tatsächlichen Vermutung sollte sodann die **Zeit festsetzen**, welche die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer **mindestens zwischen dem Ruf und dem Eintreffen** auf dem Betriebsgelände einräumen muss, damit der Pikettdienst noch als Ruhezeit gelten darf. Abzustellen ist dabei auf das **Eintreffen auf dem Betriebsgelände**, nicht auf den Zeitpunkt der Einsatzbereitschaft. Vom Betreten des Betriebsgeländes an hängt nämlich die Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers von der Organisation der Arbeitgeberin ab und gehört damit zu ihrer Risikosphäre.

4.17. Soll nicht nach den Tageszeiten differenziert werden, kann sich als minimale Zeit für eine solche tatsächliche Vermutung eine **halbe Stunde** rechtfertigen. Diese Zeitspanne liegt allerdings mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen an der unteren Grenze dessen, was sich als allgemeine Richtlinie rechtfertigt, wenn damit auch Personen mit familiären Betreuungspflichten erfasst werden und die Regelung rund um die Uhr gelten soll.

4. Wie sind die Beispiele zu beurteilen?

4.18. Es sind mir drei Beispiele unterbreitet worden, bei denen allerdings der Sachverhalt immer sehr kurz gehalten ist. Von daher ist eine Beurteilung nur unter Vorbehalt möglich.

⁶⁹ Vorn Rz. 3.19. f.

Sollten sich Besonderheiten ergeben, die mir nicht bekannt sind, ist eine abweichende Beurteilung möglich.

a. Oberärzte am Kantonsspital Bruderholz

4.19. Hier wird offenbar eine Einsatzbereitschaft innert 10 Minuten erwartet. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Regel keinerlei Freizeitgestaltung erlaubt. Es handelt sich von daher bei einem in dieser Art ausgestalteten Pikettdienst um Arbeitszeit.

4.20. Wenn überdies pro Monat 9 Tage Pikettdienst zu leisten sind, dürfte damit die in Art. 14 Abs. 2 ArGV 1 aufgestellte Regel über den maximal zulässigen Pikettdienst nicht immer eingehalten sein. Diese Regel gilt unabhängig davon, ob der Pikettdienst an die Arbeitszeit anzurechnen ist oder nicht.

b. Kanton Solothurn

4.21. Hier wird offenbar die Einsatzbereitschaft während des Pikettdienstes auf 15 Minuten festgelegt und umfasst zusammen mit dem Präsenzdienst 24 Stunden. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Regelung nicht zulässig ist, unabhängig davon, ob nach 15 Minuten die Arbeitnehmerin einsatzbereit oder nur auf dem Gelände eintreffen muss. Ein erholsames Schlafen ist unter diesen Umständen nicht möglich. Innert 24 Stunden muss es aber möglich sein zu schlafen.

c. Oberärzte in Olten

4.22. Hier ist offenbar eine Frist für die Einsatzbereitschaft von 10 Minuten vorgesehen. Es liegt auf der Hand, dass dies wohl nicht einmal ein Verlassen des Spitals erlaubt und von daher eine Einschränkung in der Lebensgestaltung mit sich bringt, welche es nicht erlaubt, diesen Dienst als Ruhezeit zu berücksichtigen.

*

St. Gallen, 9. September 2005

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser