
Zu Rechtsfragen der Umsetzung der EU-Arbeitszeitrichtlinie im österreichischen Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

Gert-Peter Reissner*

1. Problemstellung

Die Novelle zum KA-AZG¹ BGBl I 2014/76 stellt die Länder und Gemeinden als Krankenanstaltenträger organisatorisch und finanziell vor besondere Herausforderungen.

Da zu dieser Novelle kein dem Artikel 1 Absatz 4 der Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG² über einen Konsultationsmechanismus und einen künftigen Stabilitätspakt der Gebietskörperschaften³ entsprechender Gesetzesentwurf den Ländern zur Begutachtung übermittelt wurde, stellen sich Fragen im Zusammenhang mit Art 4 – 6 legis citatae. Darin wird unter anderem festgelegt, dass die abzugeltenden zusätzlichen finanziellen Ausgaben eines Vertragspartners, die etwa aufgrund eines Gesetzes, zu dem keine Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb einer gewissen Frist gegeben wurde, entstanden sind, von jener Gebietskörperschaft, der das rechtsetzende Organ angehört, zu ersetzen sind. Die abzugeltenden zusätzlichen finanziellen Ausgaben sind gem Art 4 Abs 3 leg cit „bei den Verhandlungen über die nächste Finanzausgleichsperiode als bestehende Verpflichtungen einvernehmlich einzubinden“.

Die zitierte Vereinbarung gilt jedoch nicht für rechtsetzende Maßnahmen, die „eine Gebietskörperschaft aufgrund zwingender Maßnahmen des Gemeinschaftsrechts zu setzen verpflichtet ist“ (Art 6 Abs 1 Zahl 1 leg cit). Im Detail ergeben sich dabei folgende Fragen:

- 1) Ist die zeitliche Beschränkung des so genannten „Opting-out“ und somit die Festlegung von Bestimmungen im KA-AZG (vergleiche § 3 Abs 2, § 4 Abs 4b leg cit), wonach – selbst bei Vorliegen einer ausdrücklichen Zustimmung des Dienstnehmers – die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bis zum 31. 12.

* Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*, Institut für Arbeitsrecht, Sozialrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck

¹ Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz Bundesgesetzblatt I 1997/8 in der geltenden Fassung.

² Bundes-Verfassungsgesetz 1920 idF 1929, BGBl 1930/1 idGF.

³ Publiziert zB im Landesgesetzblatt Vorarlberg 1999/2.

2017 nicht mehr als 60 Stunden, bis zum 30. 6. 2021 nicht mehr als 55 Stunden und ab dem 1. 7. 2021 nicht mehr als 48 Stunden betragen darf, europarechtlich, insbesondere aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie⁴, zwingend im Sinne des Art 6 Abs 1 Z 1 der Art-15a-Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus gefordert?

- 2) Ist die Regelung im KA-AZG über das sog „Opting-out“, wonach – zusätzlich zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder Zustimmung der Personalvertretung – auch jeder einzelne DN einer Arbeitszeitverlängerung über 48 Wochenstunden schriftlich zustimmen muss (vgl § 4 Abs 4b letzter Satz, § 8 Abs 1 letzter Satz KA-AZG), europarechtlich, insb aufgrund der RL 2003/88/EG, zwingend iSd Art 6 Abs 1 Z 1 der Art-15a-Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus gefordert?
- 3) die Regelung im KA-AZG, wonach – selbst bei Vorliegen einer ausdrücklichen Zustimmung des DN – eine Arbeitszeitverlängerung über 48 Wochenstunden nur möglich ist, wenn verlängerte Dienste durch BV oder das Einvernehmen mit der Personalvertretung zugelassen wurden (§ 4 Abs 1 KA-AZG) und darüber hinaus hierzu eine BV oder das Einvernehmen mit der Personalvertretung vorliegt (vgl § 4 Abs 4b erster Satz KA-AZG), europarechtlich, insb aufgrund der EU-Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, zwingend iSd Art 6 Abs 1 Z 1 der Art-15a-Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus gefordert?
- 4) Ist die Regelung im KA-AZG (vgl § 11b Abs 1 leg cit), dass die Zustimmung eines DN zum „Opting-out“ mit einer Vorankündigungsfrist von acht Wochen (jederzeit) schriftlich widerrufen werden kann, europarechtlich, insb aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, zwingend iSd Art 6 Abs 1 Z 1 der Art-15a-Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus gefordert?
- 5) Ist die Regelung im KA-AZG (vgl § 7 Abs 3 leg cit und demgegenüber § 12 Abs 2 AZG⁵), wonach nach verlängerten Diensten die Ruhezeit mindestens elf Stunden betragen muss und sich diese Ruhezeit unmittelbar an den verlängerten Dienst anschließen muss, europarechtlich, insb aufgrund der RL 2003/88/EG, zwingend iSd Art 6 Abs 1 Z 1 der Art-15a-Vereinbarung über den Konsultationsmechanismus gefordert?
- 6) Wäre eine Regelung im KA-AZG europarechtlich, insb aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, zulässig, welche vorsieht, dass – in Anlehnung an § 20a AZG – nach einem Einsatz im Rufbereitschaftsdienst die Ruhezeit von derzeit elf auf acht Stunden reduziert werden kann?

2. Allgemeines zur Arbeitszeitrichtlinie

Die RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (Arbeitszeitrichtlinie

⁴ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, Amtsblatt 2003 L 299/9 vom 18. 11. 2003.

⁵ Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461 idgF.

beziehungsweise RL 2003/88) normiert Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung (Art 1 Abs 1 RL 2003/88). Sie verfolgt das Ziel, die Sicherheit, die Arbeitshygiene und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu verbessern. Dieses Ziel darf keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden (Erwägungsgrund 4 RL 2003/88).

Dem folgend regelt die RL (a) die täglichen und wöchentlichen Mindestruhezeiten, den Mindestjahresurlaub, die Ruhepausen und die wöchentliche Höchstarbeitszeit sowie (b) bestimmte Aspekte der Nacht- und der Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus (Art 1 Abs 2 RL 2003/88).

Bei der Anwendung einzelner Bestimmungen der RL ist allerdings eine gewisse Flexibilität erlaubt, wobei jedoch die Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der AN zu beachten sind (Erwgr 15 RL 2003/88). Des Weiteren sollten die Mitgliedstaaten oder die Sozialpartner je nach Lage des Falles die Möglichkeit haben, von einzelnen Bestimmungen der RL abzuweichen. Dabei müssen sie jedoch den betroffenen AN in der Regel gleichwertige Ausgleichsruhezeiten gewähren (Erwgr 16 RL 2003/88).

Die gegenständliche RL ist am 2. 8. 2004 in Kraft getreten und hat gleichzeitig die Vorgänger-Richtlinie 93/104/EG aufgehoben, die Pflichten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in letzterer RL enthaltenen Umsetzungsfristen allerdings beibehalten (Art 27 und 28 RL 2003/88).

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Union, konkret des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), sollen durch die RL 2003/88 Mindestvorschriften festgelegt werden, die dazu bestimmt sind, die Lebens- und Arbeitsbedingungen der AN durch eine Angleichung namentlich der innerstaatlichen Arbeitszeitvorschriften zu verbessern. Diese Harmonisierung der Arbeitszeitgestaltung auf der Ebene der Union durch Gewährung von – ua täglichen und wöchentlichen – Mindestruhezeiten und angemessenen Ruhepausen sowie die Festlegung einer Obergrenze für die wöchentliche Arbeitszeit soll einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der AN gewährleisten⁶.

Nach ebenfalls stRsp des EuGH normiert Art 6 litera b RL 2003/88 mit einer durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit pro Siebentageszeitraum von 48 Stunden einschließlich der Überstunden „eine besonderes wichtige Regel des Sozialrechts der Union, deren Reichweite nicht irgendwelchen Bedingungen oder Beschränkungen unterworfen werden darf und die den Einzelnen Rechte verleiht, die sie unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen können“⁷. Von diesem Grundsatz dürfen die Mitgliedstaaten nur abweichen, wenn sie alle in Art 22 Abs 1 Unterabsatz 1 RL 2003/88 genannten Bedingungen einhalten. Dem folgend ist es möglich, den Mindestschutz zu bestimmen, der auf jeden Fall einzuhalten ist⁸.

Als „Arbeitszeit“ gilt dabei jede Zeitspanne, „während deren ein AN gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem AG

⁶ ZB EuGH 5. 10. 2004, C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer ua*, EU:C:2004:584, Randnummer 32.

⁷ ZB EuGH 25. 11. 2010, C-429/09, *Fuß II*, EU:C:2010:717, Rn 49.

⁸ EuGH 14. 10. 2010, C-243/09, *Fuß I*, EU:C:2010:609, Rn 34.

zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder seine Aufgaben wahrnimmt“. Dieser Begriff ist im Gegensatz zur Ruhezeit zu sehen, da beide Begriffe einander ausschließen⁹.

3. Zu Frage 1): Zur zeitlichen Beschränkung des Opting-outs in Bezug auf die durchschnittliche Wochenarbeitszeit

Die erste zu begutachtende Frage ist der durchschnittlichen Höchstarbeitszeit pro Woche gewidmet. Hier gibt es unionsrechtlich eine Opting-out-Möglichkeit für den AN. Im KA-AZG ist nun diese Opting-out-Möglichkeit vorgesehen, allerdings wird diese sozusagen mit Übergangsbestimmungen zurückgenommen bzw zeitlich beschränkt. Zu prüfen ist nun, ob diese zeitliche Beschränkung nach der Arbeitszeitrichtlinie zwingend vorzusehen ist oder der Bundesgesetzgeber hier strenger regelt als nach der RL erforderlich. Angesprochen sind § 3 Abs 2 sowie § 4 Abs 4b KA-AZG, wonach – selbst bei Vorliegen einer ausdrücklichen Zustimmung des DN – die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bis zum 31. 12. 2017 nicht mehr als 60 Stunden, bis zum 30. 6. 2021 nicht mehr als 55 Stunden und ab dem 1. 7. 2021 nicht mehr als 48 Stunden betragen darf.

3.1. Unionsrechtliche Vorgaben. Die unionsrechtlichen Vorgaben zum Thema finden sich zunächst in Art 6 Arbeitszeitrichtlinie über die „wöchentliche Höchstarbeitszeit“. Demnach treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN:

- a) die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird;
- b) die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet.

Von Interesse ist im gegebenen Zusammenhang lit b leg cit, also die Höchstgrenze von 48 Stunden durchschnittliche Arbeitszeit pro Woche.

Dazu treten Regelungen aus dem Kapitel 5 der RL (Art 17 und die folgenden leg cit), welches unter der Überschrift „Abweichungen und Ausnahmen“ steht. Einzelne Passagen der Art 17 ff der Arbeitszeitrichtlinie beziehen sich hierbei auch auf den Art 6 leg cit. Im gegebenen Zusammenhang sind dabei aber Abs 1 (die Ausnahme bezieht sich auf AN, deren „Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder nicht im Voraus festgelegt wird oder von den AN selbst festgelegt werden kann“) oder Abs 5 des Art 17 der RL (bezieht sich auf „Ärzte in der Ausbildung“) nicht einschlägig.

Von Relevanz ist allerdings der unter der Überschrift „Sonstige Bestimmungen“ stehende Art 22 der Arbeitszeitrichtlinie. Nach Abs 1 leg cit ist es einem Mitgliedstaat freigestellt, Art 6 nicht anzuwenden, wenn er die allgemeinen

⁹ ZB EuGH 1. 12. 2005, C-14/04, *Dellas*, EU:C:2005:728, Rn 42 mit weiteren Nachweisen.

Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN einhält und mit den erforderlichen Maßnahmen dafür sorgt, dass

- a) kein Arbeitgeber von einem AN verlangt, im Durchschnitt des in Art 16 lit b genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten, es sei denn, der AN hat sich hierzu bereit erklärt;
- b) keinem AN Nachteile daraus entstehen, dass er nicht bereit ist, eine solche Arbeit zu leisten;
- c) der AG aktuelle Listen über alle AN führt, die eine solche Arbeit leisten;
- d) die Listen den zuständigen Behörden zur Verfügung gestellt werden, die aus Gründen der Sicherheit und/oder des Schutzes der Gesundheit der AN die Möglichkeit zur Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit unterbinden oder einschränken können;
- e) der AG die zuständigen Behörden auf Ersuchen darüber unterrichtet, welche AN sich dazu bereit erklärt haben, im Durchschnitt des in Art 16 lit b genannten Bezugszeitraums mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten.

Im zwei Mal von Art 22 Abs 1 der RL angesprochenen Art 16 lit b leg cit findet sich ein „Bezugszeitraum“ für die wöchentliche Höchstarbeitszeit von „bis zu vier Monaten“.

Nach stRsp des EuGH bietet Art 22 Abs 1 der RL 2003/88 den Mitgliedstaaten die (bloße) Möglichkeit, Art 6 dieser RL nicht anzuwenden, soweit sie die allgemeinen Grundsätze der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN einhalten und eine Reihe von in dieser Bestimmung genannten kumulativen Voraussetzungen erfüllen. Dazu zählt ua die in Art 22 Abs 1 UAbs 1 lit c der RL 2003/88 normierte Voraussetzung, wonach Maßnahmen getroffen werden müssen, damit keinem AN Nachteile daraus entstehen, dass er nicht bereit ist, eine Arbeit zu leisten, deren durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit die in Art 6 lit b der RL 2003/88 genannte Höchstgrenze überschreitet¹⁰.

3.2. Die (Neu-)Regelungen im KA-AZG. Nach einer Legaldefinition des Begriffs „Wochenarbeitszeit“ in § 2 Z 3 KA-AZG („Arbeitszeit innerhalb des Zeitraumes von Montag bis einschließlich Sonntag“¹¹) findet sich die Grundanordnung zum Thema in § 3 Abs 2 leg cit. Demnach darf die Wochenarbeitszeit

1. innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von bis zu 17 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden und
2. in den einzelnen Wochen des Durchrechnungszeitraumes 60 Stunden nicht überschreiten, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt wird.

Derartige „andere Bestimmungen“ ergeben sich insb aus § 4 KA-AZG über den „verlängerten Dienst“. Gem Abs 1 leg cit können durch BV¹² längere Arbeitszeiten zugelassen werden, wenn DN während der Arbeitszeit nicht durchgehend in

¹⁰ ZB EuGH 14. 10. 2010, Rs C-243/09, *Fuß I*, EU:C:2010:609, Rn 35.

¹¹ Abweichende Regelungen sind gem § 4 Abs 6 KA-AZG möglich.

¹² Bzw nach § 4 Abs 2 KA-AZG bei Vorhandensein einer Personalvertretung durch Einvernehmen mit dieser.

Anspruch genommen werden und dies aus wichtigen organisatorischen Gründen unbedingt notwendig ist (verlängerte Dienste). Eine Verlängerung ist nur insoweit zulässig, als die zu erwartende (echte) Inanspruchnahme (ieS) innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden pro Woche nicht überschreitet.

Wurden verlängerte Dienste nach § 4 Abs 1 (- 3) KA-AZG zugelassen, darf gem § 4 Abs 4 leg cit

1. die Dauer eines verlängerten Dienstes 25 Stunden¹³,
2. die Wochenarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden,
3. die Arbeitszeit in den einzelnen Wochen des Durchrechnungszeitraumes 72 Stunden nicht überschreiten.

Eine zeitlich befristete Ausnahme gegenüber § 4 Abs 4 Z 2 KA-AZG (Wochenarbeitszeit von maximal 48 Stunden in einem Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen) findet sich in § 4 Abs 4b KA-AZG. Demnach kann durch BV oder im Einvernehmen mit der Personalvertretung zugelassen werden, dass die durchschnittliche Wochenarbeitszeit bis zum 31. 12. 2017 ein Ausmaß von 60 Stunden und bis zum 30. 6. 2021 ein Ausmaß von 55 Stunden aufweisen kann. Laut Satz 3 dieser Bestimmung ist eine solche Arbeitszeitverlängerung darüber hinaus nur zulässig, wenn auch der einzelne DN im Vorhinein schriftlich zugestimmt hat.

Detaillierte Rahmenbedingungen für diese individuelle Zustimmung enthält § 11b KA-AZG.

Zu dieser Normlage tritt schließlich noch § 4 Abs 1a KA-AZG. Wird demnach von einer Arbeitszeitverlängerung gem § 4 Abs 4b KA-AZG (grundsätzlich BV) nicht Gebrauch gemacht, ist § 4 Abs 1 Satz 2 KA-AZG (Beschränkung der tatsächlichen Inanspruchnahme bei verlängerten Diensten mit maximal 48 Stunden pro Woche in einem Durchrechnungszeitraum von 17 Wochen) nicht anzuwenden. In diesem Fall sind verlängerte Dienste nur zulässig, wenn durch entsprechende organisatorische Maßnahmen dafür gesorgt wird, dass den DN während der verlängerten Dienste ausreichende Erholungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Die hier in den Mittelpunkt gestellten Bestimmungen des § 4 Abs 1a, 4 und 4b KA-AZG wurden durch die Novelle BGBl I 2014/76 neu gefasst bzw eingefügt. Die Motivation für diese Neuregelungen liegt laut Materialien¹⁴ in einem Schreiben der Europäischen Kommission vom 21. 2. 2014, in dem Österreich aufgefordert wird, Unionsrechtskonformität im KA-AZG herzustellen, um in letzter Konsequenz einem Vertragsverletzungsverfahren zu entgehen. Das KA-AZG entspreche nicht der

¹³ § 4 Abs 4a KA-AZG trifft hier wieder für gewisse Zeit eine Ausnahme, welche sich ua auch auf Ärzte (Z 1 leg cit) bezieht. Demnach darf die Dauer eines verlängerten Dienstes gem § 4 Abs 4 Z 1 KA-AZG (an sich maximal 25 Stunden) bis zum 31. 12. 2017 die Dauer von 32 Stunden, bei einem verlängerten Dienst, der am Vormittag eines Samstages oder eines Tages vor einem Feiertag beginnt, 49 Stunden, und bis zum 31. 12. 2020 für alle verlängerten Dienste 29 Stunden nicht überschreiten. In einer ergänzenden Bestimmungen wird in § 4 Abs 5 leg cit das Höchstausmaß verlängerter Dienste im Durchrechnungszeitraum geregelt.

¹⁴ Initiativantrag 608/A 25. Gesetzgebungsperiode 3; Ausschussbericht 285 Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates 25. GP 1.

Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG iSd stRsp des EuGH. Ua widerspreche die durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 60 Stunden bei Vorliegen von Arbeitsbereitschaft bei verlängerten Diensten in § 4 Abs 4 Z 3 (alte Fassung) KA-AZG dem Art 6 iVm Art 2 der Arbeitszeitrichtlinie, wonach 48 Stunden durchschnittliche Wochenarbeitszeit nicht überschritten werden dürfen.

Laut IA¹⁵ werde nun Unionrechtskonformität hinsichtlich der angeführten Gesetzesbestimmungen hergestellt. Zu den nunmehrigen Abs 4 und 4b des § 4 KA-AZG wird (auszugsweise und vom Verfasser leicht redigiert) Folgendes ausgeführt:

„Art 2 der Arbeitszeitrichtlinie definiert Arbeitszeit als jede Zeitspanne, während der DN gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeiten, den DG zur Verfügung stehen und ihre Tätigkeit ausüben oder Aufgaben wahrnehmen. Ruhezeit wird definiert als jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit.

Nach stRsp des EuGH¹⁶ (siehe dazu auch 2.) sind Bereitschaftszeiten, bei denen die DN am Arbeitsplatz physisch anwesend sein müssen, als Arbeitszeit und nicht als Ruhezeit zu betrachten.

Die wöchentliche – durchschnittliche – Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum darf gem Art 6 der RL 2003/88 einschließlich der Überstunden 48 Stunden nicht überschreiten.

§ 4 Abs 4 Z 4 (aF) KA-AZG lässt nach geltendem Recht bei verlängerten Diensten bei Vorliegen von Arbeitsbereitschaft wöchentliche Arbeitszeiten unter Berücksichtigung von Arbeitsbereitschaft bis zu durchschnittlich 60 Stunden zu und verstößt daher nach Auffassung der Kommission gegen Art 6 der RL.

Art 22 der Arbeitszeitrichtlinie lässt eine Abweichung unter bestimmten Voraussetzungen zu. Wichtigste Voraussetzung ist, dass jede Überschreitung der durchschnittlich 48 Stunden nur mit individueller Zustimmung der einzelnen DN zulässig sein kann.

Mit den neu eingefügten § 4 Abs 4 – 4b KA-AZG wird die Regelung der Wochenarbeitszeit unionrechtskonform gestaltet. Gleichzeitig erfolgt eine Senkung der Dienstdauer von 49 bzw 32 Stunden in Etappen auf 25 Stunden.

Mit dem neuen § 4 Abs 4 KA-AZG werden die ab 1. 1. 2021 erlaubten Arbeitszeitgrenzen dargestellt. Ab diesem Zeitpunkt darf die Dauer eines verlängerten Dienstes 25 Stunden, die Wochenarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen im Durchschnitt 48 Stunden und die Arbeitszeit in den einzelnen Wochen des Durchrechnungszeitraumes 72 Stunden nicht überschreiten. Im Einleitungssatz wird zur Klarstellung nochmals darauf hingewiesen, dass diese Arbeitszeitgrenzen nur dann gelten, wenn verlängerte Dienste durch BV oder im Einvernehmen mit der Personalvertretung ... zugelassen wurden. (...)

§ 4 Abs 4b KA-AZG enthält die EU-rechtlich notwendige individuelle Zustimmung der DN für die Überschreitung der 48-Stunden-Grenze. Dies ist eine zusätzliche Voraussetzung neben der Zulassung durch BV (...).

¹⁵ IA 608/A 25. GP 3.

¹⁶ Zitiert werden die Entscheidungen EuGH 3. 10. 2000, C-303/98, *Sinap*, Sammlung 2000, 1-7963; 9. 9. 2003, C-151/02, *Jaeger*, Slg 2003, I-8389; 1. 12. 2005, C-14/04, *Dellas*, EU:C:2005:728.

Mittelfristig soll die durchschnittliche Wochenarbeitszeit jedoch mit 48 Stunden begrenzt werden. Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit darf mit individueller Zustimmung bis zum 31. 12. 2017 – so wie nach geltendem Recht – 60 Stunden und bis zum 31. 12. 2020 55 Stunden betragen. Ab 1. 1. 2021 darf die durchschnittliche Wochenarbeitszeit nur mehr 48 Stunden betragen. Die freiwillige Überschreitung dieser Grenze ist daher nur eine Übergangslösung.

Die weiteren nach Art 22 der Arbeitszeitrichtlinie notwendigen vorgesehenen Begleitmaßnahmen zur individuellen Zustimmung werden mit § 11b KA-AZG festgelegt.“

Im Zuge der parlamentarischen Debatte wurde ein (schließlich zum Beschluss erhobener) Abänderungsantrag eingebracht, der (auszugsweise und vom Verfasser leicht redigiert) wie folgt begründet war:

„Zu § 4 Abs 1a des Entwurfs: Die bisherige Regelung, nach der bei verlängerten Diensten die tatsächliche Inanspruchnahme 48 Stunden nicht überschreiten darf, ist bei einer zulässigen durchschnittlichen Normalarbeitszeit von 48 Stunden sinnlos, da keine Bereitschaftszeiten mehr verbleiben. Vorgesehen ist nunmehr eine flexible Lösung, bei der unter der Verantwortung der AG durch entsprechende Maßnahmen ausreichende Erholungsmöglichkeiten sichergestellt werden müssen, die iSd EU-Arbeitszeitrichtlinie einen Ausgleich für die zusätzliche Belastung durch die lange Dienstdauer und die hohe Arbeitszeit von 72 Stunden in der Einzelwoche bieten. Dies können weiterhin Bereitschaftszeiten mit entsprechenden Erholungsmöglichkeiten sein, aber auch andere Maßnahmen wie zB längere Ruhepausen. Diese Regelung hat den Vorteil, dass dabei eine unterschiedliche Belastung in verschiedenen Abteilungen berücksichtigt werden kann. Auch für die Sicherheit der Patienten sind derartige Erholungsmöglichkeiten von zentraler Bedeutung. (...)

Zu § 4 Abs 4b: Weiters wird der Zeitpunkt, ab dem eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von mehr als 48 Stunden auch nicht mehr mit Zustimmung der AN zulässig ist, um ein halbes Jahr verschoben. Damit werden den Spitälern die notwendigen Anpassungsmaßnahmen erleichtert.“

3.3. Welche der Neuregelungen zur durchschnittlichen Höchstarbeitszeit pro Woche im KA-AZG sind unionsrechtlich gefordert und welche nicht?

Wie sich ua auch aus den unter 3.2 zitierten Parlamentsmaterialien, namentlich der dort wiedergegebenen Sichtweise der Europäischen Kommission, ergibt, ist die zentrale Regelung des Art 6 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 über die „wöchentliche Höchstarbeitszeit“ ein Angelpunkt für die entsprechenden Umsetzungsvorschriften im KA-AZG. Dieser Vorgabe will der Gesetzgeber nunmehr entsprechen, wobei er die Möglichkeit eines Überschreitens der Höchstarbeitsgrenze ua mit (qualifizierter) Zustimmung des DN vorsieht.

Damit ist die zweite zentrale Bestimmung des Unionsrechts angesprochen, nämlich der Art 22 der RL 2003/88. Kern dieser Bestimmung ist Abs 1 lit a leg cit, aus dem zu entnehmen ist, dass sich ein AN „bereit erklären kann“, im Durchschnitt des in Art 16 lit b der RL 2003/88 genannten Bezugszeitraums (vier Monate) mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums zu arbeiten. Diese Möglichkeit – welche nur bei diversen flankierenden Maßnahmen zulässig ist

– setzt also ein „Bereiterklären“ des AN iS eines „Opting-outs“ voraus. Aus dem Unionsrecht ergibt sich dabei in keiner Weise, dass diese Möglichkeit vom Mitgliedstaat nur für eine Übergangszeit zulässig ist und im Laufe der Zeit zurückgefahren werden muss. Dies wird im Übrigen auch in den Erläuterungen im unter 3.2 zitierten IA bzw AB nicht angenommen. Berufungen auf unionsrechtliche Vorgaben erfolgen dort nur an bestimmten Stellen bzw bezogen auf bestimmte gesetzliche Bestimmungen.

Es kann daher festgehalten werden, dass die in § 4 Abs 4b KA-AZG idF BGBl I 2014/76 (indirekt) vorgesehene zeitliche Beschränkung der Möglichkeit eines Opting-outs mit Zustimmung des AN nach der RL 2003/88 nicht zwingend erforderlich ist.

4. Zu Frage 2): Zum Erfordernis der schriftlichen Zustimmung des DN zusätzlich zu BV hinsichtlich einer Arbeitszeitverlängerung über 48 Wochenstunden hinaus

Wie teilweise auch schon unter 3. ausgeführt, ist es nach KA-AZG (vgl insb § 4 Abs 4b letzter Satz, dazu § 11b leg cit) erforderlich, dass der AN der Arbeitszeitverlängerung „im Vorhinein schriftlich zugestimmt hat“.

Mit „Schriftlichkeit“ ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte „Unterschriftlichkeit“ gemeint, also eine persönliche Unterschrift auf einer – den erforderlichen Willen klar zum Ausdruck bringenden – Papierformerklärung¹⁷.

Mit „im Vorhinein“ wird der Gesetzgeber einen Zeitpunkt vor Antritt zur Dienstleistung auf Grundlage der gegenständlichen Arbeitszeitverlängerung verstehen. Ob die Zustimmung auch in einem am Anfang der Arbeitsbeziehung vorgelegten schriftlichen Dienstvertrag erfolgen kann, ist nicht endgültig geklärt; mE spricht letztlich nichts gegen eine derartige Vorgangsweise (vgl auch 6.).

Das Unionsrecht verlangt hingegen nur, dass sich der AN zur Leistung von über die Höchstarbeitsgrenzen hinausgehenden Diensten „bereit erklärt“. Diese Erklärung muss laut Judikatur¹⁸ „ausdrücklich und frei“ sowie unmittelbar, das heißt zB nicht durch bloßen Verweis auf eine kollektive Rechtsquelle im Arbeitsvertrag, erfolgen. Es ist hier aber weder ein Schriftformerfordernis noch das Erfordernis eines Erklärungszeitpunktes „im Vorhinein“ ersichtlich.

Der Gesetzgeber des KA-AZG hat also auch hier Voraussetzungen aufgestellt, die unionsrechtlich nicht zwingend vorgegeben sind.

Es könnte noch gefragt werden, ob aus unionsrechtlicher Sicht zumindest für eine Übergangszeit auch eine Opting-out-Regelung allein per (notwendiger) BV möglich gewesen wäre. Dies ist mE zu verneinen, ist doch der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 und der dazu ergangenen einschlägigen Rechtsprechung des EuGH¹⁹ deutlich zu entnehmen, dass es ganz zentral auf die individuelle Erklärung des AN ankommt.

¹⁷ So meines Erachtens zutreffend *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ (2015) § 11b KA-AZG Randzahl 2.

¹⁸ Vgl EuGH 5. 10. 2004, C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer ua*, EU:C:2004:584, Rn 84 und die folgende.

¹⁹ EuGH 5. 10. 2004, C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer ua*, EU:C:2004:584, Rn 84 f.

5. Zu Frage 3): Zum Erfordernis der Zulassung verlängerter Dienste durch BV und Regelung derselben in BV als Zusatzvoraussetzungen für eine Arbeitszeitverlängerung über 48 Stunden hinaus

Dass die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 einen Tarifvertrag (österreichisch: eine kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts, also Kollektivvertrag und BV) oder eine Einbindung der Sozialpartner als eine Voraussetzung für Abweichungen von ihren Grundkonzepten verlangt, ist nicht generell, sondern nur punktuell der Fall (vgl zB die – vorerst nicht interessierenden – Art 17 Abs 2 ff, 18 der RL oder den Art 19 leg cit über die Erweiterung von Bezugszeiträumen).

Es scheint daher so, dass der Gesetzgeber der KA-AZG-Novelle BGBl I 2014/76 auch hier Anforderungen aufgestellt hat, die in weiten Bereichen von der RL 2003/88 nicht zwingend gefordert sind.

Hier ist allerdings zu bedenken, dass die Zulassung verlängerter Dienste durch notwendige BV (oder entsprechende Surrogate) schon vor BGBl I 2014/76 im KA-AZG vorgesehen war. Damit ist von vornherein zweifelhaft, ob sich die die Spitäler tragenden Bundesländer auf eine Verletzung des Konsultationsmechanismus nach der einschlägigen Art-15a-Vereinbarung – eine solche hat ja offensichtlich nur im Zusammenhang mit der Novelle BGBl I 2014/76 stattgefunden – berufen können.

6. Zu Frage 4): Zum Widerruf der Zustimmung des DN zum Opting-out

Im oben unter 3.1 wiedergegebenen Art 22 Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG wird das „Bereiterklären“ durch den AN nur in einem Nebensatz angesprochen. Es werden keine besonderen formalen Anforderungen an diese Erklärung gestellt (vgl 4.), auch von einem Widerruf der Erklärung ist nicht die Rede.

Der österreichische Gesetzgeber hat nun aber in der durch die KA-AZG-Novelle BGBl I 2014/76 ins Gesetz eingefügten Bestimmung des § 11b leg cit unter dem Titel „Zustimmung“ detaillierte Regelungen zum Thema getroffen. Im gegebenen Zusammenhang interessiert vor allem die Bestimmung des § 11b Abs 1 Satz 2 KA-AZG, wonach der einzelne DN die schriftliche Zustimmung im Rahmen des § 4 Abs 4b (s auch 3., 4.) oder des § 8 Abs 1 letzter Satz KA-AZG (sog Notfälle-Regelung) „mit einer Vorankündigungsfrist von acht Wochen

1. für den nächsten Durchrechnungszeitraum,
2. bei einem Durchrechnungszeitraum von mehr als 17 Wochen auch für den nächsten 17-Wochen-Zeitraum oder verbleibenden kürzeren Zeitraum schriftlich widerrufen“ kann.

Zu fragen ist, ob die Statuierung eines derartigen Widerrufsrechts durch den Gesetzgeber aus unionsrechtlicher Sicht auch unterlassen hätte werden können. Dieses wirft nämlich in vielen Spitälern gröbere Planungsprobleme auf, zumal der Krankenhausbetrieb längerfristig angelegt ist und daher in verschiedenen Fächern mehr Ärzte als bisher beschäftigt werden müssen, um die entsprechende Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

Zur unionsrechtlichen Erforderlichkeit des gegenständlichen Widerrufsrechts ist Folgendes auszuführen: Die „Bereiterklärung“ iSd Arbeitszeitrichtlinie und die Zustimmungserklärung iSd KA-AZG sind zweifellos zivilrechtliche Akte, mit denen sich jemand verpflichtet, mehr Arbeit als an sich vorgesehen zu leisten. Diese Verpflichtung wird in Entsprechung eines diesbezüglichen Wunsches der Arbeitgeberseite erfolgen, womit im Ergebnis die idR bereits bestehende Dauerschuldbeziehung zwischen Vertragspartnern in Bezug auf das geschuldete Arbeitszeitausmaß verändert wird. Wird die Dauerschuldbeziehung als solche erst begründet, dann wird durch die gegenständliche Bereiterklärung oder Zustimmungserklärung einfach von Anfang an der Aspekt des geschuldeten Ausmaßes der Arbeitszeit anders, nämlich umfangreicher als üblich, bestimmt. Im Ergebnis geht es also jeweils um die Vereinbarung des Ausmaßes der Arbeitszeit. Das ist arbeitsrechtlich nichts Ungewöhnliches, das Ausmaß der Arbeitszeit (zB Vollzeit oder Teilzeit) ist per Vereinbarung – und nicht etwa einseitig per Weisung des AG – festzulegen.

Ist ein arbeitsrechtlicher Inhalt im Vertrag vereinbart, so sind beide Teile daraus berechtigt und verpflichtet. Eine einseitige Abstandnahme vom vereinbarten arbeitsvertraglichen Detail ist dann grundsätzlich nicht vorgesehen. Es gibt im Arbeitsrecht vielmehr ein Teilkündigungsverbot, dh es ist einem der Vertragspartner gerade nicht möglich, Teile des Arbeitsvertrags „wegzukündigen“.

Eine einseitige Abstandnahme von Arbeitsvertragsinhalten müsste somit gesondert vorgesehen sein, etwa in einem speziellen Gesetz oder im Vertrag selbst durch einen sog (Gestaltungs-)Vorbehalt.

Die soeben skizzierten Prinzipien (Vereinbarung des Arbeitszeitausmaßes, keine einseitige Abstandnahme vom Vereinbarten) sind nicht nur dem österreichischen Recht zu entnehmen, sie dürften vielmehr allen Zivilrechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sein. Als solche wären sie als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts zu qualifizieren. Die Vorgabe in Art 22 Abs 1 lit a der RL 2003/88, wonach „der AN sich hierzu bereit erklärt (hat)“, ist im Lichte dieser allgemeinen Rechtsgrundsätze auszulegen.

Der österreichische Gesetzgeber hat nun im Verhältnis dazu eine Sondersituation gesehen und aus seiner Sicht geregelt. Durch die Zustimmungserklärung des AN zu einem entsprechenden Wunsch des AG wird der Inhalt des Arbeitsvertrags abweichend vom ursprünglichen oder durchschnittlichen Inhalt verschoben, und zwar in eine insofern extreme Richtung, als quantitativ betrachtet im Verhältnis zu jenem Ausmaß, welches aus der Sicht des österreichischen Arbeitsrechts „normal“ ist, sehr viel Arbeitsleistung erbracht wird. Der österreichische Gesetzgeber hat ausgehend von dieser Situation ein „angemessenes“ Widerrufsrecht (mit entsprechender Vorlaufzeit bzw Fristenbindung) ausdrücklich vorgesehen. Es liegt aus seiner Sicht eine Konstellation vor, in der von Seiten des AN eine weitgehende Konzession an den AG gemacht wird, daher soll auch eine einseitige Möglichkeit bestehen, diese Konzession unter Berücksichtigung der Interessen des AG wieder rückgängig zu machen.

Es liegt hier also aus allgemein-zivil- bzw arbeitsrechtlicher wie auch aus unionsrechtlicher Perspektive die Einräumung eines Sonderrechts des AN, eines einseitigen Gestaltungsrechts, vor, welches im Allgemeinen nicht besteht und auch (unions-)rechtlich nicht angenommen werden muss. Dem folgend ist das gegenständliche Widerrufsrecht nicht als Umsetzung einer zwingenden unionsrechtlichen Vorgabe zu qualifizieren.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der Gesetzgeber des KA-AZG mit der Einräumung des vorliegenden Widerrufsrechts an den AN eine Regelung getroffen hat, die er aus unionsrechtlicher Sicht nicht zwingend treffen hätte müssen.

7. Zu Frage 5): Zur Ruhezeit von mindestens elf Stunden im unmittelbaren Anschluss an den verlängerten Dienst

Gem § 7 Abs 3 KA-AZG idF BGBl I 2014/76 ist vorgesehen, dass „ nach verlängerten Diensten gemäß § 4 ... die folgende Ruhezeit um jenes Ausmaß zu verlängern“ ist, „um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat, mindestens jedoch um elf Stunden“.

Die Vorgängerregelung des § 7 Abs 3 (aF) KA-AZG, welche durch die Stammfassung des KA-AZG BGBl I 1997/8 statuiert wurde, lautete hingegen: „Bei verlängerten Diensten gemäß § 4 ist innerhalb der nächsten 17 Kalenderwochen eine Ruhezeit um jenes Ausmaß, um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat, mindestens jedoch jeweils um elf Stunden zu verlängern“.

Die Neuerung besteht also darin, dass die Ruhezeit nach verlängerten Diensten nicht mehr innerhalb der nächsten 17 Kalenderwochen, sondern im unmittelbaren Anschluss an den entsprechenden Dienst (argumento „folgende Ruhezeit“) zu verlängern ist.

Es ist also zu fragen, ob dieses „unmittelbare Anschließen“ aus unionsrechtlicher Sicht vorzusehen war. Die Verlängerung als solche steht mE nicht zur Debatte, zumal eine solche schon nach altem Recht vorgesehen war.

Dazu heißt es in den Materialien zur Novelle BGBl I 2014/76²⁰ (auszugsweise und vom Verfasser leicht redigiert):

„Gem Art 3 der Arbeitszeitrichtlinie treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit allen DN pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.

Art 17 Abs 2 der Arbeitszeitrichtlinie sieht Abweichungsmöglichkeiten von Art 3, 4 und 5 leg cit vor, sofern die betroffenen DN gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten. Solche Abweichungsmöglichkeiten sind im Rahmen des Art 17 Abs 3 zulässig, wobei unter lit c sublitera i Tätigkeiten angeführt sind, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und zwar insb bei Aufnahme-, Behandlungs-

²⁰ IA 608/A 25. GP 4 f und gleichlautend AB 285 BgNR 25. GP 3.

und/ oder Pflegediensten von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen, einschließlich der Tätigkeiten von Ärzten in der Ausbildung.

Auch Art 18 der Arbeitszeitrichtlinie sieht Abweichungsmöglichkeiten von Art 3, 4, 5, 8 und 16 *leg cit* durch KollV oder BV nur vor, wenn die betroffenen DN gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten.

Nach Rechtsprechung des EuGH²¹ müssen sich gleichwertige Ausgleichsruhezeiten bei entgangener täglicher Ruhezeit „unmittelbar an die Arbeitszeit anschließen, deren Ausgleich sie dienen, um eine Ermüdung oder Überlastung des AN durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern“.

§ 7 Abs 3 KA-AZG legt nach geltendem Recht fest, dass bei verlängerten Diensten gem § 4 eine Ruhezeit um jenes Ausmaß, um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat, mindestens jedoch jeweils um elf Stunden zu verlängern ist, wobei diese Ausgleichsruhezeit innerhalb der nächsten 17 Kalenderwochen und nicht sofort erfolgen muss.

Nachdem ein Ausgleich für entgangene tägliche Ruhezeiten erst nach 17 Kalenderwochen und nicht „unmittelbar“ erfolgen muss, widerspricht diese Bestimmung – auch nach Auffassung der Kommission – Art 3 der Arbeitszeitrichtlinie und wird daher mit dem neuen § 7 Abs 3 KA-AZG geändert“.

Es wird also nur die Lage der Ruhezeit, nicht aber deren Ausmaß verändert. Und dass die Lage der Ruhezeit im vorgenommenen Sinn aus unionsrechtlichen Gründen geändert werden musste, wird in den Materialien unter Berufung auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH aus meiner Sicht richtig begründet.

Im Ergebnis bedeutet das, dass die gegenständliche Novellierung die notwendige Umsetzung einer unionsrechtlichen Vorgabe darstellt.

8. Zu Frage 6): Zur Zulässigkeit der Herabsetzung der täglichen Ruhezeit auf acht Stunden nach Einsatz im Rufbereitschaftsdienst

Gem § 7 Abs 3 KA-AZG ist vorgesehen, dass im unmittelbaren Anschluss an einen verlängerten Dienst nach § 4 KA-AZG die Ruhezeit um jenes Ausmaß zu verlängern ist, „um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat, mindestens jedoch um elf Stunden“ (dazu 7.).

Es wird nun die Frage aufgeworfen, ob dieses Mindestausmaß von elf Stunden aus unionsrechtlicher Sicht unvermeidlich ist. Verwiesen wird dabei einerseits auf die anders geartete deutsche Rechtslage, andererseits auf § 20a AZG, wo ebenfalls eine derartige Elf-Stunden-Regelung nicht vorgesehen sei.

§ 20a AZG betrifft die Rufbereitschaft, bei welcher ein AN grundsätzlich nicht am Einsatzort anwesend sein muss und seinen Aufenthalt sowie seine Zeitgestaltung frei bestimmen kann, aber für den AG erreichbar zu sein hat, um im Bedarfsfall unverzüglich die Arbeit aufnehmen zu können²². In § 20a Abs 2 AZG

²¹ Zitiert wird EuGH 9. 9. 2003, C-151/02, *Jaeger*, Slg 2003, I-8389, Rn 94.

²² Vgl *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 20a AZG Rz 1 ff mwN.

heißt es, dass dann, wenn der AN während der Rufbereitschaft Arbeiten leistet, die tägliche Ruhezeit unterbrochen werden kann, „wenn innerhalb von zwei Wochen eine andere tägliche Ruhezeit um vier Stunden verlängert wird. Ein Teil der Ruhezeit muss mindestens acht Stunden betragen“.

Es ist vorweg zu betonen, dass § 7 Abs 3 KA-AZG auf verlängerte Dienste, also auf (Voll-)Arbeitszeit im unionsrechtlichen Sinn (vgl allg 2.) und iSd österreichischen Rechts gemünzt ist, während die in Bezug genommene Vorschrift des § 20a AZG die oben umschriebene Rufbereitschaft betrifft. (Bloße) Rufbereitschaft ist nach österreichischem Verständnis, sofern es bei einer solchen bleibt, keine Arbeitszeit i.e.S., kommt es zum Einsatz, liegt selbstverständlich Arbeitszeit vor, und zwar inklusive der Zeit für An- und Rückreise zum bzw vom Einsatzort.

Unionsrechtlich ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Bereitschaftsdienst, den ein AN in Form persönlicher Anwesenheit im Betrieb des AG leistet, in vollem Umfang als Arbeitszeit anzusehen, unabhängig davon, welche Arbeitsleistungen der Betroffene während dieses Bereitschaftsdienstes tatsächlich erbracht hat.²³ Dem folgend sind Zeiten, die ein Arzt im Rahmen eines Bereitschaftsdienstes am Arbeitsplatz verbringt und während deren er auf tatsächlich zu leistende Arbeit wartet, insgesamt als Arbeitszeit und gegebenenfalls als Überstunden zu qualifizieren. Dadurch sollen alle Mindestvorschriften im Bereich der Dauer der Arbeits- und Ruhezeit für AN garantiert werden können, die von der Arbeitszeitrichtlinie aufgestellt werden und die die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der AN wirksam garantieren sollen.²⁴

Wie die Rufbereitschaft im dualistischen Konzept Arbeitszeit – Ruhezeit einzuordnen ist, ist – soweit ersichtlich²⁵ – noch nicht eindeutig geklärt. Nach „klassischem“ innerstaatlichem Verständnis im Arbeitszeitrecht würde man wohl eher von Ruhezeit als von Arbeitszeit sprechen. Unionsrechtlich ist im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitszeitrichtlinie wohl ebenfalls davon auszugehen, dass Rufbereitschaft grundsätzlich als Ruhezeit gilt, aber zu Arbeitszeit wird, wenn der AN verpflichtet ist, sich an einem vom AG bestimmten Ort aufzuhalten und sich zu dessen Verfügung zu halten, um gegebenenfalls sofort seine Leistungen erbringen zu können.²⁶

Davon losgelöst kann dennoch gefragt werden, ob und inwieweit die RL 2003/88 Anforderungen an das Ausmaß einer Ruhezeit nach einem verlängerten Dienst stellt. Auszugehen ist vom Grundsatz des Art 3 der RL 2003/88, wonach die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem AN pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird.

Art 17 der Arbeitszeitrichtlinie sieht Abweichungsmöglichkeiten ua von Art 3 leg cit vor, wobei der Abs 1 dieser Bestimmung uU auf die oben angesprochene

²³ ZB EuGH 3. 10. 2000, Rs C-303/98, *Simap*, Slg 2000 I-7963, Rn 52; 1. 12. 2005, Rs C-14/04, *Dellas ua*, EU:C:2005:728, Rn 46.

²⁴ EuGH 11. 1. 2007, Rs C-437/05, *Vorel*, EU:C:2007:23, Rn 31.

²⁵ Vgl Vorabentscheidungsersuchen in der Rs C-518/15, *Matzak*.

²⁶ ZB EuGH 1. 12. 2005, Rs C-14/04, *Dellas ua*, EU:C:2005:728, Rn 48.

Rufbereitschaft („Arbeitszeit ... wird ... wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht im Voraus festgelegt“) gemünzt sein und Bestimmungen wie § 20a AZG legitimieren könnte.

Einschlägig für die hier interessierenden verlängerten Dienste sind die Abs 2 und 3 des Art 17 sowie der Art 18 RL 2003/88/EG:

- Laut Art 17 Abs 2 RL 2003/88 kann im Wege von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder im Wege von Tarifverträgen bzw Sozialpartnervereinbarungen gem (hier relevant) Abs 3 leg cit von Art 3 der RL abgewichen werden, sofern die betroffenen DN gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher gleichwertigen Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten. Solche Abweichungsmöglichkeiten sind wie gesagt im Rahmen des Art 17 Abs 3 der RL zulässig, wobei unter lit c sublit i Tätigkeiten angeführt sind, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss, und zwar insb bei Aufnahme-, Behandlungs- und/ oder Pflegediensten von Krankenhäusern oder ähnlichen Einrichtungen, einschließlich der Tätigkeiten von Ärzten in der Ausbildung.
- Auch Art 18 der Arbeitszeitrichtlinie sieht Abweichungsmöglichkeiten von ua Art 3 leg cit durch KollV oder BV nur vor, wenn die betroffenen DN gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die in Art 17 der RL 2003/88 vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten fakultativ. Daher verpflichtet das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht zur Umsetzung in das nationale Recht. Wenn ein Mitgliedstaat aber die in dieser Bestimmung vorgesehene Befugnis in Anspruch nehmen will, unter bestimmten Umständen von den Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie, zB von deren Art 3, abzuweichen, so muss er die Entscheidung treffen, sich auf sie zu berufen²⁷. Hinzu kommt, dass die Mitgliedstaaten, wenn ihnen das Unionsrecht die Befugnis einräumt, von manchen Bestimmungen einer RL abzuweichen, ihr Ermessen unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts ausüben müssen. Zu diesen Grundsätzen gehört ua der Grundsatz der Rechtssicherheit. Dem folgend müssen mitgliedstaatliche Bestimmungen, die fakultative Abweichungen von den Vorgaben einer Richtlinie erlauben, mit der Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden, die erforderlich sind, um den Erfordernissen dieses Grundsatzes zu genügen²⁸.

Vor diesem Hintergrund ist hinsichtlich der Regelung des § 7 Abs 3 KA-AZG von Art 3 Arbeitszeitrichtlinie auszugehen, welcher einen 24-Stunden-Zeitraum festlegt, in dem mindestens elf zusammenhängende Stunden Ruhezeit für den AN enthalten sein müssen.

Eine Abweichung davon ist zunächst ua bei Krankenhauspersonal unter den in Art 17 Abs 3 lit c sublit i RL 2003/88 genannten Voraussetzungen möglich. Diese

²⁷ EuGH 21. 10. 2010, Rs C-227/09, *Accordo ua*, EU:C:2010:624, Rn 51 f.

²⁸ EuGH 21. 10. 2010, Rs C-227/09, *Accordo ua*, EU:C:2010:624, Rn 55.

Abweichung muss sodann in einer geeigneten Rechtsquelle, also etwa „im Wege einer Rechtsvorschrift“, festgelegt sein. Und schließlich muss diese die Ausnahme in Anspruch nehmende Rechtsquelle „gleichwertige Ausgleichsruhezeiten“ bzw – subsidiär – einen sonstigen „angemessenen Schutz“ vorsehen.

Bringt man diese Vorgaben im Hinblick auf die gegenständliche Problemstellung auf den Punkt, so müssen dann, wenn im Zusammenhang mit den verlängerten Diensten ein Eingriff in das Prinzip, dass pro 24-Stunden-Zeitraum elf zusammenhängende Stunden Ruhezeit gegeben sein müssen, erfolgt, „gleichwertige Ausgleichsruhezeiten“ gewährt werden. Hier wird man jedenfalls quantitative Anforderungen unter Berücksichtigung des Grundprinzips „11 Stunden in jeweils 24 Stunden“ stellen müssen.

§ 7 Abs 3 AZG behandelt nun den Fall, dass ein AN einen verlängerten Dienst geleistet hat, der 13 Stunden überstiegen hat. Bei jedem verlängerten Dienst beträgt nach herrschender Ansicht²⁹ der gebotene zusätzliche – zu den elf Stunden Ruhezeit hinzukommende – Ruhezeitausgleich („Ausgleichsruhezeit“ iSd RL) jenes Ausmaß, um das der verlängerte Dienst 13 Stunden überstiegen hat, mindestens jedoch jeweils elf Stunden.

Beispiel³⁰: Bei einem verlängerten Dienst von zB bloß 14 Stunden beträgt daher der zusätzliche Ruhezeitausgleich ebenso elf Stunden wie bei einem 24-Stunden-Dienst. Bei 25-Stunden-Diensten beträgt er bereits zwölf Stunden, bei (vorübergehend noch möglichen) 49-Stunden-Diensten von Ärzten (vgl § 4 Abs 4a Z 1 KA-AZG) immerhin 36 Stunden. In den genannten Fällen ergeben sich also Gesamtruhezeiten von $11 + 11 = 22$ Stunden, $11 + 12 = 23$ Stunden sowie $11 + 36 = 47$ Stunden.

Es zeigt sich, dass § 7 Abs 3 AZG bei bloß geringfügiger Überschreitung der von ihm – an sich sinnvollerweise – statuierten 13-Stunden-Grenze einen stark überproportionalen, vorerst nicht eingeschliffenen Ruhezeitausgleich gewährt. Synchronisiert erfolgt dieser Ruhezeitausgleich erst dann, wenn der verlängerte Dienst 24 Stunden überschreitet.

Das Unionsrecht verlangt nun wie gezeigt „gleichwertige Ausgleichsruhezeiten“. Das wird jedenfalls eine 1-zu-1-Regelung erfordern, unter Umständen auch eine leichte Überproportionalität. Die in § 7 Abs 3 KA-AZG für kleinere Fälle vorgesehene starke Überproportionalität wird durch den Begriff „gleichwertig“ aber nicht verlangt. Es wäre daher eine anfänglich stärkere Kürzung des zusätzlichen Ruhezeitausgleichs, etwa auf die vorgeschlagenen acht Stunden, für geringere Abweichungen möglich. Es kann also zusammenfassend Folgendes festgehalten werden: Zum einen ist eine Regelung wie § 20a AZG für bloße Rufbereitschaft auch im KA-AZG aus unionsrechtlicher Sicht möglich, sofern und solange der EuGH die Rufbereitschaft nicht als Arbeitszeit qualifiziert.

Zum anderen gewährt § 7 Abs 3 KA-AZG mit seinem Ruhezeitausgleichssystem bei einem gering verlängerten Dienst mehr Ruhezeit, als vor dem Hintergrund der Arbeitszeitrichtlinie erforderlich ist. Eine Herabsetzung der derzeit geltenden Elf-

²⁹ *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 7 KA-AZG Rz 10.

³⁰ Nach *Schrank*, Arbeitszeitgesetz³ § 7 KA-AZG Rz 11 mwN.

Stunden-Regelung beispielsweise auf eine Acht-Stunden-Regelung wäre somit bei nur geringfügiger Überschreitung der 13-Stunden-Grenze unionsrechtlich erlaubt.
