

# Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – oder die Krux mit den Lichtverhältnissen

## Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020

Das Bundesgericht setzte sich in einem kürzlich ergangenen Urteil mit dem Schutz der Gesundheit am Arbeitsplatz auseinander. Gegenstand des Verfahrens bildete ein Gesuch um eine Ausnahmegewilligung für eine Küche im Untergeschoss eines Restaurants. Der Beitrag bildet die rechtlichen Rahmenbedingungen für ständige Arbeitsplätze im Untergeschoss und ohne Sicht ins Freie ab und würdigt den bundesgerichtlichen Entscheid vor diesem Hintergrund kritisch.

<b>I. Sachverhalt, Entscheid und Erwägungen des Bundesgerichts</b> .....	406
1. Welche Verhältnisse lagen dem Entscheid zugrunde? .....	406
2. Rechtliche Einordnung der Verhältnisse .....	406
<b>II. Würdigung des Entscheids</b> .....	408
1. Vorbemerkungen .....	408
2. Zu den Lichtverhältnissen .....	408
3. Methodisches .....	409
4. Ausblick .....	410
<b>III. Zusammenfassung</b> .....	411

### Zitiervorschlag:

MARC WOHLWEND, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – oder die Krux mit den Lichtverhältnissen, sui generis 2020, S. 405

Marc Wohlwend, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Sozialrecht an der ZHAW School of Management and Law und Doktorand im Doktoratsprogramm Biomedical Ethics and Law / Law Track an der Universität Zürich (wohw@zhaw.ch). Der Autor dankt Sabine Steiger-Sackmann und Philipp Egli für wertvolle Anregungen und Diskussionen.

URL: [sui-generis.ch/151](https://sui-generis.ch/151)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.151>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

# I. Sachverhalt, Entscheid und Erwägungen des Bundesgerichts

## 1. Welche Verhältnisse lagen dem Entscheid zugrunde?

- 1 Die Restaurantbesitzerin A. ersuchte um eine Ausnahmegewilligung für einen ständigen Arbeitsplatz ohne Sicht ins Freie im Restaurant B.<sup>1</sup> A. begründete das Gesuch u.a. damit, dass der Schutz der Gesundheit des Küchenchefs gewährleistet sei und der Aufwand für den Einbau eines Fensters zu gross wäre.<sup>2</sup> Durch die Böschung entstünde zudem ein Sammler für Abfall, Laub und Schnee.<sup>3</sup> Die Böschung schüfe aber auch eine Absturzgefahr.<sup>4</sup>
- 2 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn (AWA SO) wäre A. insoweit entgegengekommen, als dass es im Untergeschoss ein Kontaktfenster<sup>5</sup> mit der Fläche von einem Quadratmeter bei einem Böschungswinkel von maximal 45 Grad akzeptiert hätte, sofern der entstandene Lichthof mit einer Absturzsicherung versehen und das Fenster als Notausstieg ausgebildet worden wäre.<sup>6</sup>
- 3 Das AWA SO wies das Gesuch ab, nachdem A. nicht auf das Entgegenkommen eingegangen war.<sup>7</sup> A. war mit der Ablehnung des Gesuchs nicht einverstanden und wehrte sich vor allen kantonalen Instanzen.<sup>8</sup> Das Bundesgericht hob den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn schliesslich auf.<sup>9</sup>

1 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./1.

2 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./1.

3 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./1.

4 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./1.

5 Als Kontaktfenster gelten klarverglaste Fenster, die sich für die betroffenen Arbeitnehmenden in deren näherem Arbeitsumfeld befinden und gelegentlich für einen Blick in die Aussenwelt aufgesucht werden können (Vgl. SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz [nachfolgend: Wegleitung ArGV 3 und 4], S. 324 - 12).

6 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./2.

7 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./2.

8 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./3.; Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 Sachverhalt A.

9 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020.

## 2. Rechtliche Einordnung der Verhältnisse

### a) Erwägungen der Vorinstanz

Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn hatte im Wesentlichen erwogen, dass eine natürliche Beleuchtung bei Arbeitsräumen die Regel sei.<sup>10</sup> Ausnahmen würden nur toleriert, wenn der technischen oder sicherheitsbedingten Notwendigkeit ein höherer Stellenwert beigemessen werde als dem Anteil natürlichen Lichts, keine andere Lösung realisierbar und die Forderung nach natürlicher Beleuchtung unverhältnismässig sei.<sup>11</sup> Es stelle kein Problem dar, in der Küche des Restaurants B. für natürliches Licht zu sorgen.<sup>12</sup> Die Behauptung von A., der Einbau des Fensters koste eine hohe fünfstellige Summe, entbehre jeglicher Grundlage, weshalb dieser auch nicht unverhältnismässig sei.<sup>13</sup>

### b) Einschlägige Rechtsnormen

Das Bundesgericht fasste in E. 4 die einschlägigen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz bezüglich der Lichtverhältnisse zusammen (Art. 6 ArGV<sup>14</sup>, Art. 15 und Art. 24 Abs. 5 ArGV<sup>3</sup>):<sup>16</sup>

- Räume, Arbeitsplätze und Verkehrswege seien angemessen natürlich *oder* künstlich zu beleuchten (Art. 15 Abs. 1 ArGV 3). In Arbeitsräumen müsste grundsätzlich Tageslicht *und* zusätzlich dazu der Art und den Anforderungen der Arbeit angepasstes künstliches Licht vorhanden sein (Art. 15 Abs. 2 ArGV 3). Räume ohne Tageslicht bedürften der kompensatorischen Massnahmen, damit sie insgesamt den Anforderungen des Gesundheitsschutzes genügen (Art. 15 Abs. 3 ArGV 3).
- Ständige Arbeitsplätze hätten die Sicht ins Freie zu ermöglichen (Art. 24 Abs. 5 Satz 1 ArGV 3). In Räumen ohne Fassadenfenster seien ständige Arbeitsplätze nur zulässig, wenn der Gesundheitsschutz durch kompensatorische Massnahmen genügend sichergestellt sei (Art. 24 Abs. 5 Satz 2 ArGV 3).
- Hiervon (Art. 15 und Art. 24 ArGV 3) seien Ausnahmen im Einzelfall möglich, sofern andere, ebenso wirksame Massnahmen zum Schutz der Gesundheit getroffen würden oder die Anwendung zu einer unverhältnismässigen Härte führen würde *und* der Schutz der Arbeitnehmenden dennoch gewährleistet wäre (Art. 39 Abs. 1 ArGV 3).

10 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 3.

11 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. II./3.

12 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 3.

13 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 3.

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

15 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (ArGV 3, esundheitsschutz; SR 822.113).

16 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 4 (Hervorhebungen durch den Autor).

c) *Implizite Ausnahmegewilligung?*

- 6 A. hatte vorgebracht, das AWA SO habe kompensatorische Massnahmen verfügt, weshalb (implizit) davon auszugehen sei, dass das AWA SO die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung als erfüllt betrachtet habe.<sup>17</sup> Denn ein Kontaktfenster falle nur in Betracht, wenn ein ständiger Arbeitsplatz mit Sicht ins Freie nicht möglich sei, da ein Kontaktfenster definitionsgemäss von den betroffenen Arbeitnehmenden gelegentlich für einen Blick in die Aussenwelt aufgesucht werde.<sup>18</sup>
- 7 Das Bundesgericht erwog zunächst, dass es sich bei einer Küche in einem Restaurant um einen ständigen Arbeitsplatz handelt.<sup>19</sup> Denn nach Praxis der Verwaltungsbehörden gilt ein Arbeitsbereich als ständiger Arbeitsplatz, wenn er mehr als zweieinhalb Tage pro Woche durch eine oder mehrere arbeitnehmende Personen nacheinander besetzt ist.<sup>20</sup>
- 8 Das Bundesgericht stellte dann klar, dass A. um eine Ausnahmegewilligung nach Art. 39 Abs. 1 ArGV 3 für einen ständigen Arbeitsplatz ohne Sicht ins Freie ersucht habe, tatsächlich aber ein Arbeitsraum ohne Tageslicht zu beurteilen sei.<sup>21</sup> Die Vorinstanz habe den Einbau eines Kontaktfensters bestätigt, weshalb die Küche als Arbeitsraum mit Tageslicht anzusehen sei.<sup>22</sup> Ein Kontaktfenster könne zwar auch eine kompensatorische Massnahme i.S.v. Art. 24 Abs. 5 ArGV 3 sein, doch sei es vorliegend eine Massnahme zur Schaffung von Tageslicht, weshalb die Vorinstanz nicht (implizit) die Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung für einen Arbeitsplatz ohne Sicht ins Freie bejaht habe.<sup>23</sup>

d) *Fehlendes Prognoseverfahren*

- 9 Das Bundesgericht stellte in der Folge fest, dass im vorinstanzlichen Urteil eine hinreichende Verhältnismässigkeitsprüfung fehlte.<sup>24</sup> Die Vorinstanz habe es unterlassen, den Tagesablauf, die effektiven Arbeitszeiten und die Dauer, die sich der Küchenchef an den verschiedenen Orten im Restaurant B. aufhält, festzustellen.<sup>25</sup> Für eine rechtsgenügende Verhältnismässigkeitsprüfung sei von Bedeutung, ob der Küchenchef während

der Nebenarbeitszeiten gewisse Arbeiten ausserhalb der Küche – im Freien oder im Bereich des Ess- und Aufenthaltsraumes im Erdgeschoss – erledigen könne.<sup>26</sup>

Das Bundesgericht wies der Vollständigkeit halber noch darauf hin, dass dem Ergebnis einer einzelfallspezifischen Verhältnismässigkeitsprüfung die Wegleitung des SECO im Grundsatz nicht entgegenstehe, gemäss derselben ein Arbeitsraum ohne Tageslicht toleriert werde, wenn der technischen oder sicherheitsbedingten Notwendigkeit ein höherer Stellenwert beigemessen werden kann als dem natürlichen Licht, keine andere Lösung realisierbar und die Forderung nach natürlicher Beleuchtung unverhältnismässig ist.<sup>27</sup> Das Bundesgericht will demnach Art. 15 ArGV 3 verhältnismässig anwenden, bezieht sich dabei aber auf die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung. Das ist methodisch nicht über alle Zweifel erhaben.<sup>28</sup>

e) *Prognoseinhalt*

Das Bundesgericht gab der Vorinstanz schliesslich mit auf den Weg, dass der Einbau eines Kontaktfensters zwar geeignet sei, der Küche ein gewisses Mass an Tageslicht zuzuführen, eine genauere Betrachtung jedoch Fragen aufwerfen könne.<sup>29</sup> Es sei ferner zu beachten, dass das Restaurant B. lediglich in den Abendstunden ab 17 Uhr geöffnet habe, weshalb insbesondere in den Wintermonaten aufgrund der kurzen Tage und des tiefen Sonnenstandes während der Hauptarbeitszeiten gar kein Tageslicht in die Küche fallen dürfte.<sup>30</sup>

Ausserdem sei die Erforderlichkeit des Kontaktfensters zu prüfen, wobei es zu berücksichtigen gelte, dass neben den hellen Farben in der Küche auch organisatorische Kompensationsmassnahmen ergriffen werden könnten, um den baulichen Defiziten entgegenzuwirken.<sup>31</sup> Das Bundesgericht hob hervor, dass der Küchenchef das Erdgeschoss mit einem Kontaktfenster von circa 80m<sup>2</sup> in zehn Meter Gehdistanz habe und diesen Arbeitsbereich wohl regelmässig aufsuchen könne.<sup>32</sup>

17 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.1.

18 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.1.

19 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.2.

20 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 324 - 11.

21 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.2.1.

22 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.2.2 (Hervorhebung durch den Autor).

23 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 5.2.3 (Hervorhebung durch den Autor).

24 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.2.3.

25 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.2.3.

26 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.2.4.

27 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.2.4 (Hervorhebung durch den Autor).

28 Siehe unten Ziff. II./3.

29 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.3.1.

30 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.3.1.

31 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.3.2.

32 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.3.2 (Hervorhebung durch den Autor).

## II. Würdigung des Entscheids

### 1. Vorbemerkungen

- 13 Die Beschwerde wurde gutgeheissen, weil die berührten Interessen rechtsfehlerhaft ermittelt waren. Der Entscheid mutet auf den ersten Blick als übliche Konsequenz einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips an. Erst auf den zweiten Blick lassen sich Fehler betreffend die Einordnung in die Systematik der Regelung der Lichtverhältnisse am Arbeitsplatz erkennen. Dieser Regelung ist daher nachfolgend auf den Grund zu gehen.

### 2. Zu den Lichtverhältnissen

#### a) Arbeitsraum ohne Tageslicht

- 14 Ein Arbeitsraum muss grundsätzlich Tageslicht haben (Art. 15 Abs. 2 ArGV 3). Arbeitsräume ohne Tageslicht dürfen benutzt werden, wenn bauliche oder organisatorische Massnahmen sicherstellen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmenden ausreichend geschützt ist (Art. 15 Abs. 3 ArGV 3). Der Gesundheitsschutz ist u.a. genügend, wenn mehrere kompensatorische Massnahmen kombiniert werden.<sup>33</sup>
- 15 Zwei der gemäss SECO möglichen Schutzkonzepte bedingen die Arbeitsplatzrotation von einem Arbeitsplatz *ohne* zu einem Arbeitsplatz mit *hohem* Tageslichtanteil.<sup>34</sup> Die Arbeitnehmenden müssen durch Rotation während mindestens der Hälfte der Arbeitszeit eine Tätigkeit an Arbeitsplätzen mit hohem Tageslichtanteil ausführen können.<sup>35</sup> Zwar hat der Küchenchef den Ess- und Aufenthaltsraum in zehn Meter Gehdistanz. Es ist aber zu bezweifeln, dass er sich dort tatsächlich während der Hälfte seiner Arbeitszeit aufhalten kann.
- 16 Wird der Arbeitsraum mit tageslichtähnlicher Beleuchtung ausgestattet, werden die arbeitshygienischen Richtwerte<sup>36</sup> strikte eingehalten und darf auch ein *von den Arbeitsplätzen getrennter* Ess- und Aufenthaltsraum mit zweckmässigen Sitzplätzen und Blick ins Freie für (unbezahlte) Pausen aufgesucht werden,<sup>37</sup> wäre dem Gesundheitsschutz ebenfalls Genüge getan.<sup>38</sup> Weil sich der Küchenchef im Erdgeschoss bei den Gästen des Restaurants über die Qualität der Speisen erkundigt, ist der Ess- und Aufenthaltsraum wohl kein vom Arbeitsplatz getrennter (Pausen-)Raum. Ob es einen anderen Pausen-

33 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 8f. und 10.

34 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 9.

35 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 9.

36 Die strikte Einhaltung der arbeitshygienischen Richtwerte betrifft das Luftvolumen (Art. 12 ArGV 3), das Raumklima, Lüftung und Luftverschmutzung (Art. 16, 17 und 18 ArGV 3) sowie Lärm und Vibrationen (Art. 22 ArGV 3).

37 Vgl. Art. 33 ArGV 3.

38 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 9.

raum gibt, der den erwähnten Anforderungen entspricht, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

#### b) Ständige Arbeitsplätze ohne Sicht ins Freie

Wenn wir uns den Wortlaut von Art. 24 Abs. 5 Satz 1 ArGV 3 vergegenwärtigen, müssen alle ständigen Arbeitsplätze die Sicht ins Freie erlauben. In *Räumen* ohne Fassadenfenster sind ständige Arbeitsplätze zulässig, wenn sie durch kompensatorische Massnahmen den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden gewährleisten (Art. 24 Abs. 5 Satz 2 ArGV 3). Aber sind mit «Räumen ohne Fassadenfenster» auch unterirdische Arbeitsräume gemeint? Oder anders gefragt, sind Arbeitsplätze im fensterlosen Untergeschoss zulässig?

Nach der hier vertretenen Auffassung erfasst Satz 2 von Art. 24 Abs. 5 ArGV 3 aus hermeneutischen Gesichtspunkten nur die oberirdischen Arbeitsplätze, weil in Satz 1 der Norm von Standorten mit Sicht ins Freie und in der Folge in Satz 2 von Arbeitsräumen mit *Fassadenfenstern* gesprochen wird und Fassadenfenster nur oberirdisch sein können. Auch aufgrund systematischer Überlegungen müssen (ständige) Arbeitsplätze im fensterlosen Untergrund grundsätzlich unzulässig sein, weil solche in Industriebetrieben gemäss Art. 4 ArGV 4<sup>39</sup> nur ausnahmsweise bewilligt werden.

Das Fassadenfenster im «Ess- und Aufenthaltsraum» im Erdgeschoss kann vorliegend kein Kontaktfenster sein, weil sich dieses nicht im näherem Arbeitsumfeld der betroffenen Person befindet und wohl auch nicht bei Bedarf aufgesucht werden kann.<sup>40</sup> Zwar befindet sich das Erdgeschoss in zehn Meter Gehdistanz, jedoch in einem anderen Arbeitsraum, weil die Gäste im «Ess- und Aufenthaltsraum» ihre Speisen einnehmen.<sup>41</sup> Durch eine Arbeitsplatzrotation wiederum wäre die Gesundheit ausreichend geschützt.<sup>42</sup>

Das Kontaktfenster von mindestens einem Quadratmeter in einem vom Gästebereich getrennten Ess- und Aufenthaltsraum sollte nach Möglichkeit die Aussicht in einen belebten oder begrüneten Aussenraum bieten und sich im näheren Arbeitsumfeld befinden.<sup>43</sup> Ausserdem muss es bei Bedarf aufgesucht werden können, was sich bei einem Restaurant als schwierig erweisen könnte, weil in der Gastronomie i.d.R. die Wartezeit der Gäste nicht vom Bedürfnis des Küchenpersonals nach Erholung abhängig ist.

39 Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (ArGV 4, SR 822.114).

40 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 324 - 12.

41 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./1.

42 Siehe oben unter II./2./a.

43 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 324 - 12.

21 Eine Blickverbindung ins Freie erlaubt kurze, aktive Erholungsphasen – tagsüber, in der Dämmerung und auch in der Nacht.<sup>44</sup> Der Hinweis des Bundesgerichts, dass insbesondere in den Wintermonaten ohnehin kein Tageslicht in die Küche kommen würde, ist aus Sicht des Gesundheitsschutzes irrelevant.

### c) Zwischenergebnis

22 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass das einzubauende Fenster zusammen mit einer Anpassung der Arbeitsflächen aus der unterirdischen Küche ohne Fenster einen (ständigen) Arbeitsplatz mit Tageslicht und Sicht ins Freie machen würde. Die Voraussetzungen der Ausnahmegewilligung waren daher auch nicht als (implizit) erfüllt zu betrachten. Die Einordnung als Massnahme zur Schaffung von Tageslicht lässt ausser Acht, dass die Küche ein ständiger Arbeitsplatz ist, der grundsätzlich die Sicht ins Freie erlauben muss.

23 Für eine (verhältnismässige) Anwendung von Art. 15 und Art. 24 Abs. 5 ArGV 3 betreffend den vorliegenden Sachverhalt bleibt kein Raum, sofern nicht auf kurzem Wege ein vom Gästebereich getrennter Ess- und Aufenthaltsraum mit Sicht ins Freie erreichbar ist. Zwar ist es denkbar, dass die Küche im Restaurant B. den Anforderungen an einen gesunden Arbeitsraum entsprechen kann. Ständige Arbeitsplätze ohne Sicht ins Freie sind allerdings nur ausnahmsweise zu bewilligen.<sup>45</sup>

24 Es war vorliegend – entgegen den Erwägungen des Bundesgerichts – nicht eine (verhältnismässige) Anwendung von Art. 15 und/oder Art. 24 ArGV 3 zu beurteilen, sondern die Voraussetzungen von Art. 39 ArGV 3, die eine Interessenabwägung enthalten.<sup>46</sup>

## 3. Methodisches

### a) Verhältnismässigkeit versus Interessenabwägung

25 Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut, weil die Vorinstanz die relevanten Interessen nicht ermittelt hatte, also den Sachverhalt mangelhaft festgestellt hatte (Art. 97 Abs. 1 BGG<sup>47</sup>). Fehler bei der Ermittlung und der Analyse der relevanten Verhältnisse können als wesentliche Verletzung der Verhältnismässigkeitsbeurteilung

im formellen Sinn<sup>48</sup> oder als Rechtsfehler der Interessenabwägung eingeordnet werden.<sup>49</sup>

Die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils war zwar im Ergebnis richtig, weil es auf einem Rechtsfehler beruhte (fehlerhafte Ermittlung der relevanten Verhältnisse), doch verlässt das Bundesgericht den methodisch zulässigen Rahmen, wenn es die Vorinstanz darauf hinweist, welche organisatorischen Massnahmen welchen Überlegungen zum Arbeitsbereich im Erdgeschoss mit dem 80m<sup>2</sup>-Kontaktfenster gegenüberzustellen sind.<sup>50</sup>

Denn ein ständiger Arbeitsplatz ohne Sicht ins Freie ist als Ausnahme nach Art. 39 ArGV 3 zu bewilligen, der eine Interessenabwägung vorausgeht. Mit seinen Hinweisen betreffend die relevanten Interessen korrigiert das Bundesgericht diese Norm aber gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip.

### b) Normkorrektur via Verhältnismässigkeit

Der Auslöser einer Normkorrektur muss ein *unhaltbares* Auslegungsergebnis sein.<sup>51</sup> Um eine Korrektur rechtfertigen zu können, muss das Auslegungsergebnis demnach in einen Konflikt mit den grundlegenden Werten der geltenden Rechtsordnung treten.<sup>52</sup> Dabei kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip *keine residuale Schutzposition* zu, weshalb es nicht als Korrektornorm anerkannt ist.<sup>53</sup>

Was im Allgemeinen gilt, muss im Besonderen für die gesetzlichen Regeln für Ausnahmegewilligungen gelten, die für die Behörden gezielt Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume vorsehen.<sup>54</sup> Ausnahmegewilligungen sind nicht restriktiv, sondern korrekt zu erteilen, d.h. dass die gesetzliche Grundlage im Lichte des allgemeinen Gesetzeszwecks auszulegen und anzuwenden ist.<sup>55</sup> Würde nun aber eine Ausnahme mit Bezugnahme auf das Verhältnismässigkeitsprinzip bewilligt, würden die entscheidenden Richterinnen und Richter ihre (subjektiven) persönlichen Richtigkeitsvorstellungen ver-

44 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 324 - 11.

45 So auch das Verwaltungsgericht Zürich in seinem Entscheid VB.2013.00138 vom 18. September 2013 E. 6.4.

46 Siehe PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 44 N 47 ff.

47 Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110).

48 MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 97f.

49 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 46), § 26 N 41, m.H.a. BGE 130 I 16 E. 5.4 und BGE 123 II 88 E. 2c/d.

50 Urteil des Bundesgerichts 2C\_1044/2019 vom 18. Mai 2020 E. 6.3.

51 DAVID HOFSTETTER, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss. Zürich 2014, N 410.

52 HOFSTETTER (Fn. 51), N 411.

53 HOFSTETTER (Fn. 51), N 421.

54 MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 68 und 94.

55 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 46), § 44 N 48.

schleiern,<sup>56</sup> anstatt eine Interessenabwägung<sup>57</sup> anhand (objektiver) gesetzlicher Kriterien durchzuführen.

c) *Verhältnismässiger Gesundheitsschutz?*

- 30 Die Vorgaben für die Lichtverhältnisse am (ständigen) Arbeitsplatz bezwecken den Gesundheitsschutz, der die Arbeitgebenden verpflichtet, grundsätzlich jede Beeinträchtigung der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu vermeiden.<sup>58</sup> Gerade im Bereich des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz kann eine Tendenz beobachtet werden, die gesetzlichen Vorgaben mit Verhältnismässigkeitsüberlegungen zu übersteuern.
- 31 Ein aktuelles Beispiel ist die Sistierung der Arbeits- und Ruhezeiten zu Beginn der Corona-Pandemie.<sup>59</sup> Diese Massnahme sollte Personalengpässen vorbeugen, die die Gesundheitsversorgung hätten unterbrechen können.<sup>60</sup> Weil das Arbeitsgesetz Regeln für Notfälle kennt, in denen das Leben und die Gesundheit von Menschen auf dem Spiel stehen, war aber die Aussetzung der Arbeits- und Ruhezeiten gar nicht erforderlich.<sup>61</sup>
- 32 Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass der Gesundheitsschutz auch in privaten Arbeitsverhältnissen gewährleistet ist (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV<sup>62</sup>).<sup>63</sup> Dem Schutz der Gesundheit muss stets die höchste Priorität zukommen (bei Verhältnismässigkeitsprüfungen und bei Inter-

56 HANSJÖRG SEILER, *Praktische Rechtsanwendung, Was leistet die juristische Methodenlehre?*, Bern 2009, S. 82.

57 Der Interessenabwägung mangelt es an einer brauchbaren methodischen Durchdringung, weil es an rechtlichen Regeln für die Bewertung und Abwägung der festgestellten Interessen und zwar sowohl für die Zuteilung der Interessen auf die verschiedenen Interessen tragenden Personen als auch für die Gewichtung verschiedenartiger Interessen fehlt (vgl. SEILER [Fn. 56], S. 90). Die Gefahr des reinen Dezisionismus ist im vorliegenden Kontext etwas entschärft, weil die gesuchstellende Person mitwirkt, indem sie die relevanten Interessen für eine Ausnahmegewilligung in die Waagschale wirft, und die zuständige Behörde entscheidet, ob diese Interessen den (fehlenden) Schutz der Gesundheit der arbeitnehmenden Personen (Art. 6 ArG) überwiegen.

58 ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ, *ArG Kommentar*, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 6 N 1.

59 Siehe Art. 10a Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2 vom 20. März 2020 mit Wirkung seit 21. März 2020 (AS 2020 867) inkl. Änderung vom 27. März 2020 mit Wirkung seit 28. März 2020 (AS 2020 1101), aufgehoben durch Änderung vom 20. Mai 2020 mit Wirkung seit 30. Mai 2020 (AS 2020 1751), mit dem vom 21. März bis am 29. Mai 2020 für die Angestellten in Spitalabteilungen, die infolge der COVID-19-Erkrankungen eine massive Zunahme an Arbeit erfahren hatten, die Arbeits- und Ruhezeiten sistiert worden sind.

60 Vgl. MARC WOHLWEND, *Gesundheitsschutz auf COVID-19-Stationen*, Jusletter vom 4. Mai 2020.

61 MARC WOHLWEND, *Weniger oder doch mehr Gesundheitsschutz in Pflegeberufen?*, *Pflegerecht* 3/2020.

62 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

63 THOMAS GÄCHTER, *Arbeitsschutz*, in: Poledna/Kieser (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bd. VIII, *Gesundheitsrecht*, S. 291 ff., N 26.

essenabwägungen).<sup>64</sup> Der Schutz der Gesundheit darf nicht leichtfertig abgebaut werden, nur weil andere gewichtige öffentliche oder private Interessen auf den Plan treten.

#### 4. Ausblick

##### a) Art. 39 ArGV 3

Ausnahmegewilligungen nach Art. 39 Abs. 1 ArGV 3 können *im Einzelfall* betreffend sämtliche Bestimmungen der ArGV 3, also auch hinsichtlich Art. 15 und Art. 24 ArGV 3 gewährt werden, wenn der Betrieb entweder ebenso wirksame Massnahmen trifft (Bst. a) oder ein Härtefall vorliegt und die Gesundheit der Arbeitnehmenden trotzdem geschützt ist (Bst. b). Bei den «ebenso wirksamen Massnahmen» handelt es sich um kompensatorische Massnahmen, mit denen dem Gesundheitsschutz Genüge getan wird.<sup>65</sup>

Nicht zu vergessen ist, dass den betroffenen Arbeitnehmenden oder deren Vertretung im Betrieb Gelegenheit gegeben wird, sich zur Ausnahmegewilligung zu äussern (Art. 39 Abs. 2 ArGV 3), was der zuständigen Behörde mitzuteilen ist.<sup>66</sup> Der Küchenchef liess sich vorliegend dahingehend vernehmen, dass er während seiner 30 Dienstjahre noch nie in einer Küche mit Tageslicht gearbeitet habe und die Situation daher als unproblematisch ansehe.<sup>67</sup> Es sei hier empfohlen, die Meinung des eidgenössischen Arbeitsinspektorats einzuholen.<sup>68</sup>

##### b) Härtefälle

Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung nach Bst. a von Art. 39 Abs. 1 ArGV 3 ist, wie bereits das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn erkannte, dass der technischen oder sicherheitsbedingten Notwendigkeit ein höherer Stellenwert als dem Tageslicht am ständigen Arbeitsplatz beigemessen wird, keine andere Lösung realisierbar ist und die Forderung nach natürlicher Beleuchtung unverhältnismässig ist.<sup>69</sup> Diese Voraussetzungen sind also kumulativ zu erfüllen.

Der Schutz vor äusseren Einflüssen kann technisch notwendig sein, bspw. bei Messlaboren des Bundesamtes für Meteorologie, die eine stabile Atmosphäre erfordern (Temperatur, Feuchtigkeit, Vibrationen), bei Radio- oder Fernsehstudios (Lärm, Vibrationen) oder aber bei

64 HANS-ULRICH SCHEIDEGGER / CHRISTINE PITTELOUD, Art. 6-8 und 40-43 ArG, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), *Arbeitsgesetz*, Bern 2005, Art. 6 N 19.

65 SECO, *Wegleitung ArGV 3 und 4*, S. 315-6.

66 Art. 39 Abs. 2 ArGV 3.

67 Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. I./4.

68 SECO, *Wegleitung ArGV 3 und 4*, S. 339-2.

69 SECO, *Wegleitung ArGV 3 und 4*, S. 315-6.

Faraday-Käfigen (elektromagnetische Felder). Dasselbe gilt, wenn Produkte fabriziert werden, die durch Licht beschädigt oder zerstört werden können.<sup>70</sup>

37 Der Nachweis der sicherheitsbedingten Notwendigkeit kann bspw. bei EDV-Räumen, Tresorräumen von Banken, militärischen Bauten, Steuerzentralen von Kernkraftwerken, Kraftwerken (Schutz vor äusseren Einflüssen) oder zum Schutz der Umwelt vor Strahlung oder Explosionsfolgen erbracht werden.<sup>71</sup>

38 Die Küche im Restaurant B. jedenfalls muss nicht wegen einer technischen oder sicherheitsbedingten Notwendigkeit auf Tageslicht verzichten.

c) *Auswege*

39 In solchen Fällen besteht der einzige Ausweg darin, dass zu den gemäss ArG zu gewährenden längeren Pausen<sup>72</sup> zusätzlich zwei Pausen à je 20 Minuten pro Halbtag gewährt werden, die an einem Ort mit Sicht ins Freie verbracht werden dürfen.<sup>73</sup> Diese Massnahme ist im «Shop-Ville-RailCity-Entscheid» vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich als geeignete und verhältnismässige Massnahme eingestuft worden.<sup>74</sup> Die Pausen dürfen aber nicht vom Ersuchen darum abhängig gemacht werden.<sup>75</sup> Die Betroffenen sind darüber hinaus zwingend über die Bedeutung von Tageslicht zu informieren.<sup>76</sup>

40 Die für den Detailhandel zulässigen organisatorischen Massnahmen können nach der hier vertretenen Auffassung auch in der Gastronomie angewendet werden. Weil vorliegend das Restaurant B. erst in den Abendstunden ab 17 Uhr geöffnet hat und wohl bis circa 22 Uhr warme Küche anbietet, erscheinen zusätzlich zur Pause nach Art. 15 Abs. 1 ArG bezahlte Pausen von 20 Minuten vor und nach der Küchenarbeit als vertretbar. Dass es bezahlte Pausen sind, ergibt sich aus der Systematik des Arbeitsgesetzes, wonach es Sache der Arbeitgebenden ist, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen, und der Gesundheitsschutz daher zu ihren Lasten gehen muss.<sup>77</sup>

70 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 6.

71 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 315 - 7.

72 Art. 15 Abs. 1 ArG: eine halbe Stunde bei einer Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden respektive eine Stunde bei einer Arbeitszeit von mehr als neun Stunden.

73 SECO, Wegleitung ArGV 3 und 4, S. 324 - 14.

74 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2013.00138 vom 18. September 2013 E. 6.6.

75 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2013.00138 vom 18. September 2013 E. 6.3.3.

76 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2013.00138 vom 18. September 2013 E. 4.3.4.

77 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2013.00138 vom 18. September 2013 E. 6.4.

### III. Zusammenfassung

Die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids durch das Bundesgericht war im Ergebnis richtig, weil der Sachverhalt rechtsfehlerhaft festgestellt worden war (fehlendes Prognoseverfahren). Mit seinen Hinweisen zum Prognoseinhalt verlässt es den methodisch zulässigen Rahmen, weil dadurch Art. 39 ArGV 3 gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip korrigiert würde, was unzulässig ist.

Ständige Arbeitsplätze im Untergeschoss und ohne Sicht ins Freie sind grundsätzlich unzulässig (Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 24 Abs. 5 ArGV 3). Sie können ausnahmsweise bewilligt werden, wenn der ständige Arbeitsplatz unterirdisch technisch oder sicherheitsbedingt notwendig ist, keine andere Lösung realisierbar ist und die Forderung nach natürlicher Beleuchtung unverhältnismässig ist (Art. 39 Abs. 1 Bst. a ArGV 3). Weil die Küche im Restaurant B. nicht technisch oder sicherheitsbedingt unterirdisch sein muss, müsste ein Härtefall vorliegen und die Gesundheit der Arbeitnehmenden trotzdem geschützt sein, um sie als ständigen Arbeitsplatz ausnahmsweise zu bewilligen (Art. 39 Abs. 1 Bst. b ArGV 3).

Durch eine Kombination von mehreren kompensatorischen Massnahmen könnte zwar der Schutz für die Gesundheit der Arbeitnehmenden trotz fehlender natürlicher Lichtverhältnisse genügend ausgestaltet werden. Doch vorliegend wäre ein solcher – analog zum «Shop-Ville-RailCity-Entscheid» – wohl nur durch bezahlte Pausen zu gewährleisten.

Vor der (geplanten) Umnutzung zu einem Restaurant war ein Hochstudhaus renoviert worden, in dem ursprünglich eine Antiquitätensammlung bewilligt war.<sup>78</sup> Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn ging bei dieser Ausgangslage davon aus, dass keine Ausnahmesituation vorlag.<sup>79</sup> Wir dürfen auf das Ergebnis der (erneuten) Interessenabwägung gespannt sein.

78 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. II./3.2.

79 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2019.106 vom 7. November 2019 E. II./3.2.