

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst

Dr. iur. Christoph Senti

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter HSG

Advokaturbüro
Frei Steger Grosser Senti
Kriessernstr. 40
9450 Altstätten
www.9450.ch

FAA
Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht
Guisanstr. 92
9010 St. Gallen
www.faa.unisg.ch

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis

1 Pikettdienst und Arbeit auf Abruf	1
1.1 Arbeit auf Abruf	1
1.2 Erscheinungsformen von Arbeit auf Abruf	2
1.3 Pflicht zur Arbeitsaufnahme: Weisung oder Vereinbarung	3
1.4 Bereitschaftsdienst	3
1.4.1 Typisches Merkmal von Arbeitsverträgen auf Abruf	3
1.4.2 Mögliche Erscheinungsformen von Bereitschaftsdienst	3
1.4.2.1 Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit	4
1.4.2.2 Unbestimmte Lage, (un)bestimmte Dauer der Arbeitszeit	5
1.4.2.3 Weitere Erscheinungsformen	6
1.5 Eigener Definitionsversuch	7
1.5.1 Arbeit auf Abruf	7
1.5.2 Bereitschaftsdienst	8
1.5.3 Gliederung und weitere Definitionen	8
1.5.3.1 Gliederung und Definitionen nach Lage und Dauer der Arbeitszeit	8
1.5.3.1.1 Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit	9
1.5.3.1.2 Unbestimmte Lage, (un)bestimmte Dauer der Arbeitszeit	10
1.6 Pikettdienst als besondere Art des Bereitschaftsdienstes	10
2 Rechtsgrundlagen des Pikettdienstes	11
2.1 Arbeitsgesetz und Verordnungen	11
2.1.1 Definition in Art. 14 Abs. 1 ArGV 1	11
2.1.2 Pikettdienst als Dienstleistung neben der normalen Arbeit	11
2.1.3 Pikettdienst innerhalb und ausserhalb des Betriebes	12
2.1.4 Die 30-Minuten Regel des SECO	12
2.1.5 Keine Aussage über Entlohnung	13
2.2 Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal	13
2.3 Normalarbeitsvertrag für Erzieher in Heimen und Internaten	14
2.4 Bundespersonalgesetz und diverse Verordnungen	15
2.4.1 Bundespersonalverordnung	15
2.4.2 Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung	16
2.4.3 Weitere Verordnungen	16
2.5 Kantonale Rechtsgrundlagen	16
3 Einzelfragen zum Pikettdienst	17
3.1 Zulässigkeit von Pikettdienst	17
3.2 Entlohnung des Pikettdienstes	17
3.2.1 Zwingende Entlohnung von Arbeitsbereitschaft?	17
3.2.2 Rufbereitschaft	18

3.2.2.1 Zwingende Entschädigungspflicht	18
3.2.2.2 Ankündigungsfrist	19
3.2.2.3 Andere Einflussfaktoren	19
3.2.2.4 Formen der Entlöhnung von Rufbereitschaft	19
3.3 Pikettdienst und/oder Überstunden?	20
3.4 Pikettdienst und Kündigungsfrist	21
Anhang I	23

Literaturverzeichnis

ARG-BEARBEITER:

Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.): Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005.

BRÜHWILER, JÜRIG:

Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319 - 343, 2. Auflage, Bern 1996.

CLASS, EDI:

Rechtsansprüche bei Arbeit auf Abruf; in: Plädoyer 5/1998, S. 36ff.

FRÖLICH ARMIN:

Rechtsfragen bei Arbeitsverhältnissen mit kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit; Diss. Würzburg 1990.

GEISER, THOMAS (zit.: GEISER, Flexibilisierung):

Flexibilisierung der Arbeitszeit und des Lohnes; in ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 1998, S. 77ff.

GEISER, THOMAS (zit.: GEISER, neue Arbeitsformen):

Neue Arbeitsformen, flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer Arbeitsplätze; in: AJP 1995

HÄBERLI, CHRISTOPH:

Arbeit auf Abruf: Schlechte Noten fürs Bundesgericht; in: Plädoyer, 6/1998, S. 24f.

HOLENWEGER, TONI:

In: BAILLOD / HOLENWEGER / LEY / SAXENHOFER, Handbuch Arbeitszeit, Perspektiven, Probleme, Praxisbeispiele; 2. Auflage, Zürich 1993.

REHBINDER, MANFRED (zit.: Rehbinder, Arbeitsrecht):

Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Auflage, Bern 1999.

REHBINDER, MANFRED (zit.: Reh binder, Regelung der Teilzeitarbeit):

Die Regelung der Teilzeitarbeit im Gesetzesrecht; in: REHBINDER (Hrsg.), Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 30; Bern 1987, S. 37 ff.

RONCORONI GIACOMO:

Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit; in: AJP 12/1998, S. 1410ff.

SECO (zit.: SECO, Bericht über die Revision der Verordnung 1):

Bericht über die Revision der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1), Entwurf Vernehmlassung 1999.

SECO, (zit.: SECO, Wegleitung):

Wegleitung zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen. Jeweils aktuelle Fassung, download unter:

<http://www.seco.admin.ch/publikationen/00140/index.html?lang=de> und
<http://www.seco.admin.ch/publikationen/00031/index.html?lang=de>

SENTI, CHRISTOPH:

Besprechung von BGE 124 III 249ff.; in: AJP 10/1998, S. 1241ff.

SENTI, CHRISTOPH (zit.: SENTI, Überstunden):

Überstunden, in: AJP 4/2003, S. 373 ff.

VISCHER, FRANK:

Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2005.

WYLER, REMY:

Droit du travail et jurisprudence recente: Apercu de quelques arrêts federaux et cantonaux; In: JDT 1998 I 98ff.

1 Pikettdienst und Arbeit auf Abruf

Pikettdienst ist aus sozialpolitischen Gründen mit einem sehr schlechten Ruf behaftet. Obwohl Pikettdienst in sehr unterschiedlichen Ausprägungsformen anzutreffen ist, gibt es eine Gemeinsamkeit: In allen Fällen handelt es sich um eine Tätigkeit, die mit Arbeit auf Abruf im Zusammenhang steht.

1.1 Arbeit auf Abruf

„Die Arbeit auf Abruf wird definiert als Teilzeitarbeit, die im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsvertrages geleistet wird und bei welcher Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze durch Parteivereinbarung oder einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden.“¹ Gemäss dieser Definition stellt Arbeit auf Abruf eine Form von Teilzeitarbeit dar, bei welcher sowohl der Zeitpunkt als auch die Dauer der Arbeitseinsätze unbestimmt ist. FRÖHLICH definiert Arbeit auf Abruf als Arbeitsverhältnis, in welchem entweder Lage oder Lage und Dauer der Arbeitszeit nicht von vornherein vertraglich bestimmt sind². Der Abruf des Arbeitnehmers erfolgt einseitig durch den Arbeitgeber³. Ob es sich dabei um Teilzeitarbeit handelt, lässt FRÖHLICH offen. Andere Autoren bezeichnen jene Arbeitsverhältnisse als Arbeit auf Abruf, bei welchen entweder die Lage der Arbeitszeit, deren Dauer oder sowohl Lage als auch Dauer variabel, d.h. unbestimmt sind⁴.

Gegenüber einem herkömmlichen Arbeitsverhältnis zeichnet sich Arbeit auf Abruf durch Schwankungen aus. Schwanken, d. h. unbestimmt sein, können gemäss der Definition von FRÖHLICH entweder nur die Lage der Arbeitszeit oder die Lage und deren Dauer⁵. Weshalb solche Arbeitsverhältnisse, bei welchen zwar die Lage der Arbeitszeit nicht jedoch die Dauer im Voraus bestimmt ist, nicht als Arbeit auf Abruf qualifiziert werden sollen, begründet FRÖHLICH nicht weiter. Er räumt aber ein, dass auch solche Arbeitsverhältnisse unter den Begriff der Kapovaz⁶ fallen, bei denen das Bestimmungsrecht des Arbeitgebers zur Festlegung der Arbeitszeitlage eingeschränkt ist⁷.

1 RONCORONI, S. 1411 (im Original teilweise kursiv); m.V.a. AUBERT, S. 218; BRÜHWILER, Art. 319 N 12, STREIFF/VON KAENEL, Art. 319 N 18; u.a.

2 FRÖHLICH, S. 7.

3 FRÖHLICH, S. 7.

4 GEISER, S. 85, REHBINDER, Regelung der Teilzeitarbeit, S. 40; Ebenso: ARTHUR HELBLING, Diplomarbeit, S. 3; BIGA in JAR 1994 S. 90 f.; HÄBERLI, plädoyer, 6/98, S. 24.

5 FRÖHLICH, S. 7.

6 Sog. „Kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit“, FRÖHLICH, S. 7.

7 FRÖHLICH, S. 46.

1.2 Erscheinungsformen von Arbeit auf Abruf

In Bezug auf die Lage und Dauer der Arbeitsleistung sind folgende Fallkonstellationen denkbar⁸:

		Lage	
		bestimmt	unbestimmt
Dauer	bestimmt	normaler Vertrag: Voll- oder Teilzeitarbeit	Arbeit auf Abruf (Bsp.: Jahresarbeitszeit)
	unbestimmt	Arbeit auf Abruf (Bsp.: Abruf nur Montags)	Arbeit auf Abruf

Abbildung 1: Mögliche Erscheinungsformen von Arbeit auf Abruf

Unbestimmte Lage, unbestimmte Dauer

Sind weder Lage noch Dauer der Arbeitszeit im Voraus bestimmt, so liegt der klassische Fall von Arbeit auf Abruf vor: Der Arbeitnehmer leistet Bereitschaftsdienst und wird in unregelmässigen Abständen abgerufen. Unter diesen Bedingungen schwankt sowohl das Einkommen des Angestellten, als auch die Dauer der effektiven Arbeitszeit.

Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer

Vereinbaren die Parteien dass der Arbeitnehmer nur am Montag oder Dienstag zur Arbeit abgerufen werden kann, so ist die Lage der Arbeitszeit bestimmt. Der Arbeitgeber wird aber womöglich nicht jede Woche von diesem Recht Gebrauch machen, womit die Dauer der monatlich insgesamt und effektiv geleisteten Arbeit schwankt. Der Unterschied zur ersten Gruppe (unbestimmte Dauer und unbestimmte Lage) liegt in der beschränkten Einsatzzeit: Da ein Einsatz lediglich am Montag oder Dienstag vorgesehen ist, kann er während der übrigen Arbeitstage nicht abgerufen werden⁹. Die Rahmenarbeitszeit, d.h. diejenige Zeit, während welcher ein Einsatz überhaupt angeordnet werden kann, ist kürzer als die übliche Arbeitszeit von fünf Tagen pro Woche.

Unbestimmte Lage, bestimmte Dauer

Häufig kommt es vor, dass die jährliche oder monatliche Arbeitszeit in etwa gleich hoch ist, deren Verteilung aber saisonalen Schwankungen unterliegt. In diesem Fall ist die Dauer der Arbeitszeit bestimmt, deren Verteilung über die Periode hinweg (die Lage der Arbeitszeit) kennt der Unternehmer jedoch nicht im Voraus¹⁰. Wird im Arbeitsvertrag eine bestimmte Dauer der Arbeitszeit festgelegt¹¹, so findet bei deren unregelmässiger Verteilung häufig das Modell der Jahresarbeitszeit Anwendung:

⁸ CLASS differenziert die verschiedenen Erscheinungsformen zum Teil nach festem und variablem Monatslohn (CLASS, S. 36). Eine solche Gliederung stimmt mit der vorliegenden insoweit überein, als eine feste Entlohnung nur dann möglich ist, wenn der Umfang der zu leistenden Arbeit mindestens ansatzweise im Voraus bestimmt ist.

⁹ RONCORONI, S. 1413.

¹⁰ GEISER, S. 79 f.

¹¹ Bspw.: „Die jährliche Arbeitszeit beträgt 2080 Stunden.“

Darin wird die jährliche, vom Arbeitnehmer zu leistende Arbeitszeit angegeben, wobei sich der Arbeitgeber vorbehält, innerhalb einer gewissen Bandbreite¹² die Arbeitszeit den eintretenden Nachfrageschwankungen entsprechend zu verteilen¹³.

1.3 Pflicht zur Arbeitsaufnahme: Weisung oder Vereinbarung

Ein weiterer Aspekt von Arbeit auf Abruf ist die Frage, ob der Arbeitnehmer im Falle eines Abrufes durch die Arbeitgeberin verpflichtet ist, die Arbeit aufzunehmen. Keine Arbeit auf Abruf liegt vor, wenn ein Einsatz nur in gegenseitigem Einverständnis beider Vertragsparteien stattfindet, der Angestellte also das Recht hat, einen Einsatz abzulehnen¹⁴. Richtet sich die Festlegung des Zeitpunktes und die Dauer jedes einzelnen Einsatzes nach einer separaten vertraglichen Vereinbarung, so hat der Arbeitgeber kein Weisungsrecht gegenüber dem Angestellten. Eine solche Beschäftigungsform stellt eine Form von Aushilfs- bzw. Gelegenheitsarbeit dar¹⁵.

1.4 Bereitschaftsdienst

1.4.1 Typisches Merkmal von Arbeitsverträgen auf Abruf

Die Unregelmässigkeit und Unvorhersehbarkeit des Arbeitseinsatzes sowie die Pflicht des Arbeitnehmers, dem Abruf Folge zu leisten, bedingen, dass der Arbeitnehmer Bereitschaftsdienst leistet: Er muss sich für einen möglichen Einsatz bereit halten, weiss jedoch nicht im Voraus, ob und wann dieser stattfinden wird. Nach der in Literatur¹⁶ und Rechtsprechung¹⁷ üblichen Verwendung des Begriffes wird darunter diejenige Zeitperiode verstanden, während der sich ein Mitarbeiter zur Verfügung des Arbeitgebers hält und auf seinen Einsatz wartet¹⁸. Bereitschaftsdienst ergibt sich als logische Konsequenz aus den Charakteristika von Arbeitsverträgen auf Abruf¹⁹. Den Bereitschaftsdienst als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal gegenüber anderen Vertragsarten zu betrachten empfiehlt sich m. E. jedoch nicht, weil die Erscheinungsformen von Bereitschaftsdienst selbst ungenau und vielfältig sind. Je nachdem, ob sowohl Lage und Dauer der Arbeitszeit oder nur eines von beiden unbestimmt ist, hat der Bereitschaftsdienst eine andere Ausprägungsform.

1.4.2 Mögliche Erscheinungsformen von Bereitschaftsdienst

Die oben erwähnten Fallkonstellationen von Arbeit auf Abruf²⁰ zeigen deutlich, dass es auch Vertragsformen gibt, die für Mitarbeitende weniger einschneidend und trotzdem als Arbeit auf Abruf zu qualifizieren sind. Zu nennen ist namentlich das Instrument der Jahresarbeitszeit, bei welcher zwar die durchschnittliche Dauer der Arbeits-

¹² Bspw. zwischen 35 und 45 Stunden pro Woche.

¹³ GEISER, S. 79 f.; HOLENWEGER, S. 421; FRÖHLICH, S. 44.

¹⁴ VISCHER, S. 47; Vgl. auch ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 71.

¹⁵ VISCHER, S. 47; AUBERT, temps partiel, S 178 ff.; GEISER, Neue Arbeitsformen, S. 558; WYLER, JDT 1998 I 99f.; RONCORONI, S. 1411.

¹⁶ Vgl. bspw. VISCHER, S. 45.

¹⁷ BGE 124 III 251.

¹⁸ Vgl. dazu auch die Definition in Art. 30 Abs. 2 aArGV 1.

¹⁹ SENTI, S. 1241; Das Tribunal des prud'hommes de Genève bezeichnet den Bereitschaftsdienst denn auch als charakteristisches Merkmal eines Vertrages auf Abruf (Urteil vom 27. Mai 1988, in JAR 1989, S. 94 f.).

²⁰ Vgl. oben, S. 2.

zeit, nicht aber deren Lage im Voraus bestimmt ist. Dieses Arbeitszeitmodell ist heute weit verbreitet²¹ und gehört in diesem Sinne zur Kategorie der Arbeitsverhältnisse auf Abruf²².

Klarheit über die Beschäftigungsform 'Arbeit auf Abruf' erhält man nur, wenn es gelingt, die verschiedenen Erscheinungsformen von Bereitschaftsdienst auszuleuchten. Problematisch ist der Bereitschaftsdienst für den Arbeitnehmer nicht per se, sondern nur, wenn er in bestimmter Art und Weise zu leisten ist.

In Anlehnung an die Gliederung von Arbeit auf Abruf nach Abbildung 1²³ werden nachfolgend zwei Fallbeispiele in allgemeiner Form dargestellt. Sie dienen dem besseren Verständnis und gliedern die möglichen Erscheinungsformen des Bereitschaftsdienstes in zwei Gruppen. Auf dieser Grundlage aufbauend, erfolgt ein eigener Definitionsversuch des Bereitschaftsdienstes sowie die Definition und Abgrenzung weiterer Begriffe im Zusammenhang mit Arbeit auf Abruf.

1.4.2.1 Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit

Fallbeispiel 1:

Die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer nur jeweils Donnerstag und Freitag zur Arbeit zu erscheinen hat. Falls ein Einsatz notwendig ist, erfolgt der Abruf bis spätestens Mittwoch 18.00 Uhr. Falls bis zu jenem Zeitpunkt kein Abruf erfolgt, wird der Angestellte überhaupt nicht zur Arbeit aufgeboten. Falls ein Abruf erfolgt, hat er am Donnerstag und/oder Freitag eine bestimmte Anzahl Stunden zu leisten.

Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	∴ frei	∴ frei
∴	∴	∴	∴	∴	∴	∴
12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	∴	∴
∴	∴	∴	∴	∴	∴	∴
14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	∴ frei	∴ frei
∴	∴	∴	∴	∴	∴	∴
18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	∴	∴

Abbildung 2: Fallbeispiel 1: Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit

Ist die Lage der Arbeitszeit nicht aber deren Dauer bestimmt, so setzt sich eine Arbeitswoche oder ein -monat aus zwei Arten von Zeitperioden zusammen: Erstens die arbeitsfreie Zeit, während welcher der Angestellte mit Sicherheit nicht zum Einsatz kommt²⁴. Zweitens diejenigen Tage oder Wochen, während denen ein Arbeitseinsatz möglich ist aber nicht zwingend erfolgen muss²⁵. Damit reduzieren sich die theoretisch maximal möglichen Arbeitseinsätze auf eine bestimmte Anzahl Tage. Der Angestellte muss während der arbeitsfreien Zeit lediglich den Aufruf zur Arbeit empfangen können, kommt aber auf keinen Fall zum Einsatz. Folglich leistet er während jener Periode auch keinen Bereitschaftsdienst. Ist ein Abruf erfolgt, so erbringt der Mitarbeiter in der vorgesehenen Zeitperiode eine effektive Arbeitsleistung. Wird der Angestellte nicht abgerufen, so weiss er, dass er über die Periode eines möglichen Ein-

²¹ Vgl. bspw. GRAF/HENNEBERGER/SCHMID, S. 38; HOLENWEGER, S. 422; Art. 12 Ziff. 1 ff. GAV Maschinenindustrie.

²² Vgl. zur Definition, unten, S. 8.

²³ Vgl. oben, S. 2.

²⁴ Im Fallbeispiel 1 sind dies Montag bis Mittwoch und selbstverständlich das Wochenende.

²⁵ Im Fallbeispiel 1: Donnerstag und Freitag

satzes verfügen und diese für seine eigenen Bedürfnisse nutzen kann²⁶. Auch in diesem Fall leistet er keinen Bereitschaftsdienst.

Für den Angestellten ergibt sich die Einschränkung seiner Freizeit aus der Tatsache, dass er, selbst wenn kein Abruf erfolgt, nicht vollumfänglich über die freie Zeit verfügen kann. Vielmehr muss er jede Woche von Neuem mit einem Abruf und dem damit verbundenen Arbeitseinsatz rechnen.

1.4.2.2 Unbestimmte Lage, (un)bestimmte Dauer der Arbeitszeit

Fallbeispiel 2:

Die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer während der ganzen Woche abgerufen werden kann. Der Abruf muss mindestens einen halben Tag (4 Stunden) im Voraus erfolgen.

Variante a: bestimmte Dauer der Arbeitszeit

Die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer im Durchschnitt 70 Stunden pro Monat zum Einsatz gelangt.

Variante b: unbestimmte Dauer der Arbeitszeit

In Bezug auf die Dauer der Arbeitszeit wird ausdrücklich festgestellt, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine durchschnittliche oder minimale Beschäftigung besitzt.

Montag	Dienstag	Mittwoch	Donnerstag	Freitag	Samstag	Sonntag
8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	8:00 Uhr	⋮	⋮
⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	frei	frei
12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	12:00 Uhr	⋮	⋮
⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	frei	frei
14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	14:00 Uhr	⋮	⋮
⋮	⋮	⋮	⋮	⋮	frei	frei
18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	18:00 Uhr	⋮	⋮

Abbildung 3: Fallbeispiel 2: Unbestimmte Lage mit bestimmter oder unbestimmter Dauer der Arbeitszeit

Als zweite Erscheinungsform von Arbeit auf Abruf ist eine Vereinbarung ohne Fixierung der Lage der Arbeitszeit möglich. Dabei kann die Dauer der Arbeitszeit ebenfalls offen gelassen oder in Form einer durchschnittlichen Anzahl Arbeitsstunden festgelegt werden²⁷. Bei unbestimmter Lage der Arbeitszeit beschränkt sich die Periode möglicher Arbeitseinsätze nicht auf eine bestimmte Anzahl von Tagen. Der Arbeitnehmer muss also während der üblichen Arbeitszeit jederzeit damit rechnen, zur Arbeit aufgeboten zu werden. Folglich leistet er entweder Bereitschaftsdienst oder effektive Arbeit²⁸.

Wurde bezüglich der Arbeitszeit eine durchschnittliche Dauer festgelegt, stellt diese für den Arbeitnehmer den einzigen Anhaltspunkt dar. Der Angestellte kann davon ausgehen, dass er über eine bestimmte Zeitperiode hinweg im ursprünglich vereinbarten Umfang beschäftigt wird²⁹.

²⁶ Wurde der Angestellte bis Mittwoch Abend nicht abgerufen, so weiss er, dass er über Donnerstag und Freitag frei verfügen kann.

²⁷ Bsp.: Der Einsatz kann beliebig erfolgen, die Anstellung beträgt im Jahresdurchschnitt 50%.

²⁸ Bsp.: Der Einsatz beträgt im Durchschnitt 50%, kann aber zwischen 0% und 100% schwanken. Folglich muss der Arbeitnehmer damit rechnen, jederzeit zu 100% beschäftigt zu werden.

²⁹ Bsp.: Ist eine Jahresarbeitszeit vereinbart, so wird der Angestellte über das gesamte Jahr hinweg in etwa diesem Umfang beschäftigt werden, auch wenn die effektiven Arbeitszeiten über das Jahr hindurch schwanken.

Falls sowohl Lage als auch Dauer Arbeitszeit unbestimmt sind, leistet der Arbeitnehmer ebenfalls während der gesamten Woche Bereitschaftsdienst. Er hat sich unabhängig von einem effektiven Arbeitseinsatz permanent in Bereitschaft zu halten, weil es keine Zeitperioden gibt, während denen er nicht abgerufen werden könnte (exkl. Samstag und Sonntag)³⁰. Von der zweiten Möglichkeit (unbestimmte Lage, bestimmte Dauer) unterscheidet sich die dritte Erscheinungsform (Lage und Dauer unbestimmt) nur dahingehend, als bei letzterer keine durchschnittliche Arbeitszeit als Richtgrösse vereinbart ist.

1.4.2.3 Weitere Erscheinungsformen

Arbeitsverträge auf Abruf lassen sich aufgrund deren Merkmale (weitestgehend) dem ersten oder zweiten Fallbeispiel zuordnen. Entweder leistet ein Angestellter Bereitschaftsdienst, indem er den Aufruf zur Arbeit abwartet³¹, oder er hält sich eine bestimmte Zeitperiode frei, wobei er jedoch noch vor deren Beginn weiss, ob er zum Einsatz kommt oder nicht³². Die stark unterschiedlichen Ausprägungsformen von Arbeit auf Abruf ergeben sich aus den Details der vertraglichen Regelung. Nachfolgend einige Beispiele, welche das breite Spektrum von Arbeitsverträgen auf Abruf aufzeigen sollen:

1. Ein Bergrestaurant verfügt über eine grosse Terasse. An schönen Tagen benötigt der Arbeitgeber 2 Personen im Service, wenn es regnet niemanden. Jeweils am Vorabend wird den beiden Serviertöchtern mitgeteilt, ob das Wetter einen Einsatz notwendig macht.
2. In einem stark auf den Wintertourismus ausgerichteten Feriendorf hängt der Wochenendumsatz des lokalen Lebensmitteldetailisten sehr stark vom Wetter ab (Eigentümer von Ferienwohnungen, die sich mit Lebensmittel eindecken). Bei schönem Wetter benötigt die Arbeitgeberin 10 Personen, bei schlechtem Wetter genügen 3 Angestellte. Ein Abruf erfolgt nur am Samstag Morgen, während der restlichen Woche haben die Angestellten fixe Arbeitszeiten.
3. In einer Klinik leisten 8 verschiedene Ärzte während einem Wochenende in zwei Monaten Pikettdienst. Der verantwortliche Arzt erhält einen Pager und muss bei Abruf zuerst telefonieren und (in der Regel) anschliessend innerhalb von 30 Minuten in der Klinik erscheinen. Der Lohn für den Pikettdienst am Wochenende ist gemäss Vertrag im Monatsgehalt inbegriffen.
4. Eine Gruppe von Informatikern wird (abwechslungsweise) für den betriebsinternen 24-Stunden Nottfalldienst eingesetzt. Das System wird mittels einer Fernwartung überwacht, womit der Angestellte im Falle von Komplikationen mittels Laptop und Funkmodem (via Internet) in das System eingreifen und Probleme beheben kann.
5. Eine Hausfrau und Mutter von 2 Kindern geht einer Teilzeitbeschäftigung nach. Mit dem Arbeitgeber vereinbarte sie, dass sie im Durchschnitt rund zwei Halbtage pro Woche arbeiten kann. An welchem Tag bestimmt der Arbeitgeber, je nach Ar-

³⁰ Bsp.: Der Angestellte kann während der ganzen Woche abgerufen werden.

³¹ Fallbeispiel 2

³² Fallbeispiel 1.

beitsanfall in der Unternehmung, die Ankündigung erfolgt jeweils zu Beginn der Woche. Der Arbeitnehmerin entstehen insofern keine Einschränkungen, als sie die Hausarbeit auf die arbeitsfreien Tage legen kann.

6. Eine Produktionsfirma beschäftigt ihre Angestellten gestützt auf eine geplante Jahresarbeitszeit und bezahlt (trotz schwankender Beschäftigung) ein fixes Monatsgehalt. Die zu leistende Arbeitszeit wird den Angestellten jeweils 1 Monat im Voraus mitgeteilt und ist auf das Jahr hinaus gerechnet jeweils in etwa gleich hoch. Beschäftigungsschwankungen werden wie Überstundenarbeit behandelt.
7. Eine kleine Unternehmung beschäftigt eine Sekretärin zu 50%, möchte jedoch während der üblichen Bürozeiten permanent erreichbar sein. Mit der Sekretärin wird vereinbart, dass ausserhalb ihrer Arbeitszeit die Anrufe auf ihr Handy umgeleitet werden und sie die eingehenden Gespräche zu notieren hat. Für diese Arbeit wird ihr ein Mobiltelefon zur Verfügung gestellt und eine Entschädigung in Form einer monatlichen Pauschale bezahlt.

1.5 Eigener Definitionsversuch

1.5.1 Arbeit auf Abruf

Arbeitsverhältnisse auf Abruf haben gemeinsam, dass erstens die Lage der Arbeitszeit, deren Dauer oder beides zusammen nicht im Voraus bekannt ist und zweitens der Angestellte dann seine Arbeit aufnimmt, wenn der Arbeitgeber die Arbeitskraft benötigt.

Alle übrigen Merkmale von Arbeit auf Abruf, (Schwankungen von Arbeitszeit und Einkommen, Leisten von Bereitschaftsdienst) ergeben sich als Folge der ersten beiden Merkmale. Es gibt allerdings auch Formen von Arbeit auf Abruf, bei welchen einzelne dieser Merkmale wegfallen. Arbeitsverträge mit Jahresarbeitszeiten sind zwar als Arbeit auf Abruf zu qualifizieren, da die gesamte Arbeitszeit über das Jahr hinaus jedoch festgelegt ist (Dauer der Arbeitszeit) kann im Vertrag ein fixer (durchschnittlicher) Monatslohn vereinbart werden. Meines Erachtens scheint es sinnvoll, sich bei der Definition von Arbeit auf Abruf auf das Merkmal der Bestimmtheit von Lage und/oder Dauer der Arbeitszeit zu beschränken.

Der Arbeitnehmer führt nur dann eine aktive Tätigkeit aus, wenn er vom Arbeitgeber dazu aufgefordert wird. In Bezug auf das Recht des Arbeitgebers zum Abruf seines Angestellten wird zwischen echter und unechter Arbeit auf Abruf unterschieden. Bei der echten Arbeit auf Abruf hat der Angestellte dem Aufruf zur Arbeit Folge zu leisten. Bei der unechten Arbeit auf Abruf benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Arbeitnehmers. In diesem Fall kann also letzterer die Arbeit 'verweigern', was häufig auch als sogenannte Gelegenheitsarbeit bezeichnet wird³³.

Ob Arbeit auf Abruf auch zwingend Teilzeitarbeit sein muss, kann m. E. offen bleiben und ist nicht weiter von Bedeutung³⁴. Insbesondere im Hinblick auf die noch vorzunehmende weitere Differenzierung ist eine anfängliche Beschränkung von Arbeit auf Abruf auf Teilzeitarbeitsverhältnisse nicht sinnvoll.

³³ VISCHER, S, 47.

³⁴ Im Zusammenhang mit der Thematik der Jahresarbeitszeit bezeichnet HOLENWEGER Vertragsverhältnisse, bei welchen keine Vollzeitarbeit geleistet wird und die Lage der Arbeitszeit offen ist als variable Teilzeitarbeit (HOLLENWEGER, S. 425).

Arbeit auf Abruf:

Arbeitsverhältnis, bei welchem entweder die Lage der Arbeitszeit, deren Dauer oder beides nicht im Voraus bestimmt oder bestimmbar ist.

Bei der echten Arbeit auf Abruf steht dem Arbeitgeber das Recht zu, Zeitpunkt und Dauer des effektiven Arbeitseinsatzes einseitig zu bestimmen, d.h. der oder die Angestellte hat bei Abruf die Pflicht zur Aufnahme der Tätigkeit. Bei der unechten Arbeit auf Abruf (Gelegenheitsarbeit) steht dem oder der Angestellten das Recht zu, einen Arbeitseinsatz abzulehnen.

1.5.2 Bereitschaftsdienst

Bereitschaftsdienst in den oben erwähnten Fallbeispielen von Arbeit auf Abruf³⁵ lässt sich in zwei Gruppen gliedern: Entweder befindet sich der Angestellte permanent in Bereitschaft und hat innerhalb einer gewissen Frist am Arbeitsplatz zu erscheinen und die Arbeit aufzunehmen. Dies ist sicherlich die 'klassische' Form von Bereitschaftsdienst und betrifft die oben erwähnte Gruppe mit unbestimmter Lage der Arbeitszeit³⁶. Oder aber ein effektiver Arbeitseinsatz ist nur während eines bestimmten Zeitraumes vorgesehen, bzw. vereinbart³⁷. Diese Regelung schränkt den Arbeitnehmer dahingehend ein, als er über diesen Zeitraum solange nicht verfügen kann, bis ihn der Arbeitgeber über einen möglichen Einsatz informiert³⁸. Ausserhalb dieser Periode kann ihn der Arbeitgeber nicht abrufen, und bis zum Beginn einer möglichen Einsatzperiode weiss der Angestellte, ob er am Arbeitsplatz zu erscheinen hat oder nicht. Der Arbeitnehmer hält sich in diesem Fall nicht 'zur Verfügung' des Arbeitgebers, was bei der Definition des Begriffes 'Bereitschaftsdienst' zu berücksichtigen ist.³⁹ Bei beiden Gruppen ist der Arbeitnehmer in seiner Autonomie eingeschränkt, auch wenn er nicht effektiv für den Arbeitgeber tätig ist.

In Anlehnung an RONCORONI⁴⁰ sei der Bereitschaftsdienst definiert als Zeitraum ohne effektive Beschäftigung, während dem sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers hält oder welchen sich der Arbeitnehmer für einen allfälligen Arbeitseinsatz frei halten muss.

Je nach Dauer der Ankündigungsfrist bedeutet dies für den Angestellten eine mehr oder weniger grosse Einschränkung seiner persönlichen Freiheit. Stark eingeschränkt ist eine Mitarbeiterin, wenn sie sofort am Arbeitsplatz zu erscheinen hat. Weniger stark ist die Einschränkung, wenn Arbeitseinsätze einen Monat im Voraus bekannt gegeben werden.

Bereitschaftsdienst:

Zeitraum ohne effektive Beschäftigung, während dessen sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers hält, oder welchen sich der Arbeitnehmer für einen allfälligen Arbeitseinsatz freizuhalten hat.

1.5.3 Gliederung und weitere Definitionen**1.5.3.1 Gliederung und Definitionen nach Lage und Dauer der Arbeitszeit**

Aufbauend auf den oben geschilderten zwei Fallbeispielen⁴¹ lassen sich weitere Begriffsbestimmungen vornehmen.

³⁵ Vgl. oben, S. 4 ff.

³⁶ Fallbeispiel 2, oben, Ziff. 1.4.2.2, S. 5.

³⁷ Fallbeispiel 1, oben, Ziff. 1.4.2.1, S. 4

³⁸ Dies betrifft die erste Gruppe, wo die Lage einer effektiven Arbeitszeit bestimmt, die Dauer der Beschäftigung jedoch offen ist.

³⁹ Vgl. oben, S. 3.

⁴⁰ RONCORONI, S. 1414.

⁴¹ Vgl. oben, Ziff. 1.4.2.1, S. 4.

1.5.3.1.1 Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit

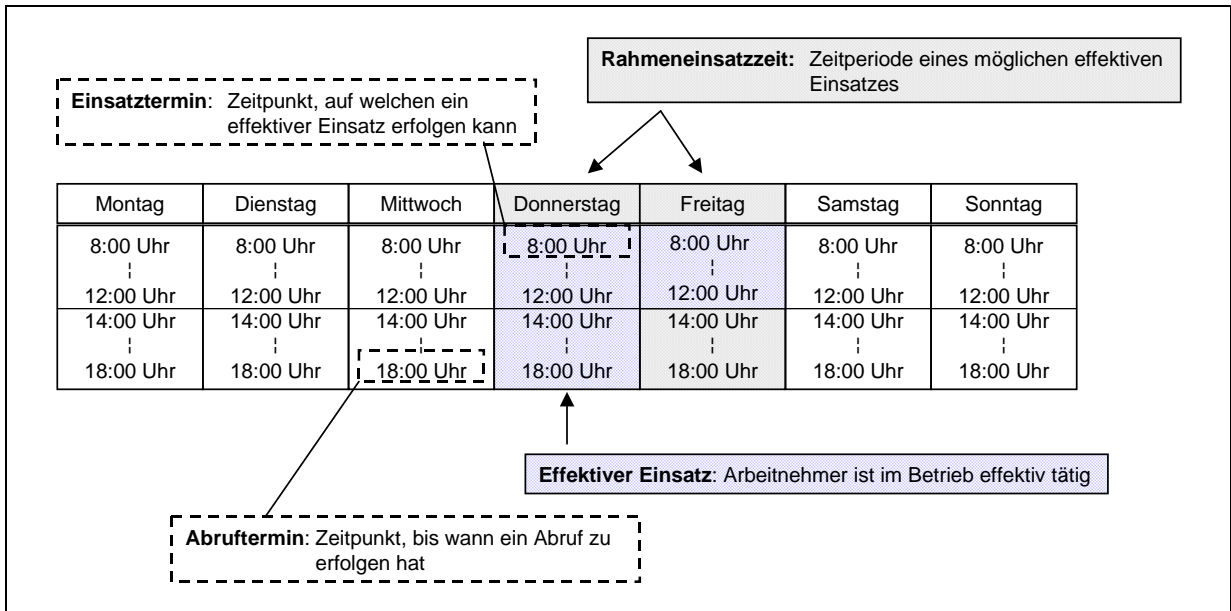


Abbildung 4: Fallbeispiel 1: Bestimmte Lage, unbestimmte Dauer der Arbeitszeit

Der Angestellte kann nur während der Rahmeneinsatzzeit, d.h. am Donnerstag oder Freitag eingesetzt werden. Wird er während dieser Zeit abgerufen, so leistet er einen effektiven Einsatz, d.h. der Angestellte arbeitet im Betrieb. Der frühestmögliche Zeitpunkt, auf welchen der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter abrufen kann, ist der Einsatztermin, vorliegend Donnerstag, 8:00 Uhr. Sofern ein Einsatz überhaupt erfolgen soll, hat der Arbeitgeber den Abruftermin einzuhalten und somit dem Angestellten bis Mittwoch Abend, 18:00 Uhr über den Einsatz zu informieren.

Rahmeneinsatzzeit:
Zeitraum eines möglichen Einsatzes

Effektiver Einsatz:
Arbeitseinsatz des Angestellten im Betrieb aufgrund des Abrufes durch den Arbeitgeber

Einsatztermin:
Zeitpunkt, auf welchen ein effektiver Einsatz erfolgen kann.

Abruftermin:
Zeitpunkt, bis wann ein Abruf spätestens zu erfolgen hat.

1.5.3.1.2 Unbestimmte Lage, (un)bestimmte Dauer der Arbeitszeit

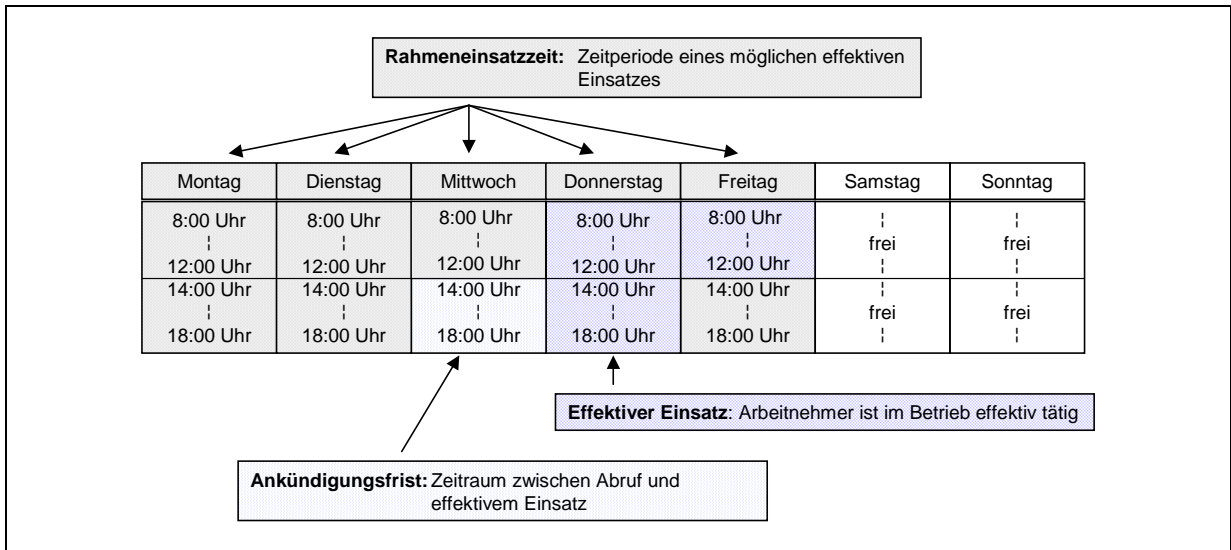


Abbildung 5: Fallbeispiel 2: Unbestimmte Lage mit bestimmter oder unbestimmter Dauer der Arbeitszeit

Die Rahmeneinsatzzeit als Zeitraum, in welchem der Angestellte abgerufen werden kann, ist in diesem Beispiel deckungsgleich mit der üblichen Arbeitszeit, d.h. Montag bis Freitag, 8:00 bis 12:00 Uhr und 14:00 bis 18:00 Uhr. Der Abruf des Arbeitgebers erfolgt mindestens einen halben Tag im Voraus, d.h. zwischen Abruf und Einsatz verbleibt dem Angestellten immer eine minimale Frist von 4 Stunden (übliche Bürozeit).

In diesem Beispiel kann eine minimale, eine durchschnittliche oder überhaupt keine Anzahl Stunden effektiver Arbeit vereinbart werden. Eine solche Regelung ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag, ist aber aus Abbildung 5 nicht ersichtlich.

Fallbeispiel 2 ist wohl die häufigere Form von Arbeit auf Abruf. Zu beachten ist, dass die Ankündigungsfrist im Arbeitsvertrag sehr kurz oder sehr lang bemessen werden kann. Bei sehr langen Fristen, bspw. Ankündigung der konkreten Arbeitszeiten 1 Monat im Voraus, wird sich die Frage einer Entschädigung des Bereitschaftsdienstes sicherlich nicht oder bedeutend weniger dringlich stellen. Trotzdem handelt es sich um Arbeit auf Abruf, solange entweder die Lage oder der Umfang der Arbeitszeit nicht im Voraus festgelegt ist und der Angestellte bei Abruf zu erscheinen hat.

Ankündigungsfrist:

Zeitraum zwischen Abruf durch den Arbeitgeber und effektivem Einsatz, bzw. Einsatztermin.

1.6 Pikettdienst als besondere Art des Bereitschaftsdienstes

Bereitschaftsdienst kann sowohl innerhalb wie auch ausserhalb der Unternehmung geleistet werden. Im ersten Fall wartet die oder der Angestellte innerhalb der Unternehmung auf den Einsatz. Diese Art von Arbeitsleistung wird als Arbeitsbereitschaft⁴² oder Präsenzzeit⁴³ bezeichnet. Den Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung definiert das Bundesgericht⁴⁴ und auch ein Teil der Lehre⁴⁵ als Rufbereit-

⁴² REHBINDER, Arbeitsrecht, N 96, 437.

⁴³ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 11; BK-REHBINDER, Art. 319 N 4.

⁴⁴ BGE 124 III 251.

schaft. Bei dieser Tätigkeit ist weiter zu unterscheiden, ob es sich um eine ausserordentliche Tätigkeit für Notfälle und andere Ausnahmesituationen handelt, oder die Rufbereitschaft und die damit verbundenen Einsätze die eigentliche, vertraglich vereinbarte (Haupt-)tätigkeit bildet. Eine anschauliche Übersicht findet sich in Anhang I des vorliegenden Aufsatzes.

Nachfolgend wird unter Pikettdienst derjenige Bereitschaftsdienst verstanden, welcher ausserhalb der Unternehmung geleistet wird und für Einsätze infolge ausserordentlicher Ereignisse vorgesehen ist. Zu beachten ist, dass die vorliegend verwendete Definition - in Abweichung zu Art. 14 ArGV 1 - nicht voraussetzt, dass der Pikettdienst *neben der normalen Arbeit* geleistet wird. Denkbar sind auch Arbeitsverhältnisse, welche *ausschliesslich* aus der Leistung von Pikettdienst bestehen.

Pikettdienst:

Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung für Einsätze aufgrund ausserordentlicher Ereignisse, wie bspw. Hilfeleistung in Notfällen, Behebung von Störungen etc.

Leistet ein Angestellter Pikettdienst, so hat er sich für einen allfälligen Einsatz bereit zu halten. Wie oben gezeigt, sind zwei Arten von Bereitschaftsdienst zu beobachten⁴⁶: Zum Einen kann dies ein Zeitraum sein, welchen sich die oder der Angestellte freizuhalten hat⁴⁷. Häufiger aber wird wohl derjenige Bereitschaftsdienst sein, während welchem die oder der Mitarbeitende auf einen Abruf wartet und mehr oder weniger unverzüglich die Arbeit aufzunehmen hat⁴⁸.

2 Rechtsgrundlagen des Pikettdienstes

2.1 Arbeitsgesetz und Verordnungen

2.1.1 Definition in Art. 14 Abs. 1 ArGV 1

Die Definition des Pikettdienstes nach geltendem Recht findet sich in Art. 14 Abs. 1 ArGV 1:

Art. 14 ArGV 1

Beim Pikettdienst hält sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse.

Pikettdienst ist der Zeitraum, während welchem sich ein Arbeitnehmer neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit hält. Der Einsatz des Angestellten ist vorgesehen für die Behebung von Störungen, Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder ähnliche Sonderereignisse.

2.1.2 Pikettdienst als Dienstleistung neben der normalen Arbeit

Vorweg ist meines Erachtens beachtlich, dass die in der Verordnung zum Arbeitsgesetz vorgesehenen Grenzen des Pikettdienstes nur dann gelten, wenn die oder der

⁴⁵ ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 11; BK-REHBINDER, Art. 319 N 4.

⁴⁶ Vgl. oben, Ziff. 1.4.2, S. 3.

⁴⁷ Vgl. oben, Fallbeispiel 1, Ziff. 1.4.2.1, S. 4.

⁴⁸ Vgl. oben, Fallbeispiel 2, Ziff. 1.4.2.2, S. 5.

Angestellte *neben der normalen Arbeit* Pikettdienst leistet⁴⁹. E contrario ergibt sich aus dieser Vorschrift, dass im Grundsatz unbeschränkt Pikettdienst geleistet werden darf, wenn dies die einzige Art der Anstellung darstellt, der Angestellte also nicht zusätzliche Arbeit leistet⁵⁰.

Nicht ausdrücklich erklärt das Gesetz, ob es sich bei der Hauptbeschäftigung, welche neben dem Pikettdienst geleistet wird, um Arbeit für denselben Arbeitgeber handeln muss. Mit anderen Worten: Muss ein Arbeitgeber, welcher eine Angestellte ausschliesslich im Pikettdienst beschäftigt, die Vorschriften gemäss Art. 14 Abs. 2 ArGV 1 einhalten, wenn diese gleichzeitig bei einem anderen Arbeitgeber tätig ist? Bezüglich dieser Frage geht es um die Problematik der Mehrfachbeschäftigung, welche für Arbeitgeber darum ernsthafte Probleme aufwerfen kann, weil bezüglich Arbeitszeitvorschriften die *gesamte* durch die oder den Angestellten bei allen Arbeitgebern geleistete Arbeitszeit relevant ist⁵¹. Folgt man dem Schutzzweck des Arbeitsgesetzes, wäre Pikettdienst als solcher 'neben der normalen Arbeitszeit' zu qualifizieren, wenn die oder der Angestellte einer weiteren Beschäftigung nachgeht. Umgekehrt aber sind meines Erachtens auch Fälle denkbar, bei welchen ein solcher Schutz nicht notwendig ist, namentlich wenn ein Angestellter Pikettdienst leistet und diese Arbeit im Falle eines Abrufes jederzeit unterbrechen kann⁵².

2.1.3 Pikettdienst innerhalb und ausserhalb des Betriebes

Die Verordnung zum Arbeitsgesetz unterscheidet zwischen einem Pikettdienst inner- und ausserhalb des Betriebes. Ersterer gilt vollumfänglich als Arbeitszeit, während der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes nur insoweit anzurechnen ist, als der Angestellte tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird⁵³. Diese Regelung entspricht der ehemals gültigen Verordnung, wonach der Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit anzurechnen ist, wenn dieser innerhalb der Unternehmung geleistet wird⁵⁴. Zusätzlich geht die neue Regelung einen Schritt weiter und deklariert beim Pikettdienst ausserhalb des Betriebes die Wegzeit zu und von der Arbeit ebenfalls als Arbeitszeit⁵⁵. Dies in Abweichung von der Grundregel, dass der Arbeitsweg an sich nicht an die Arbeitszeit anzurechnen ist⁵⁶.

2.1.4 Die 30-Minuten Regel des SECO

In der Wegleitung zum Arbeitsgesetz erklärt das SECO den Pikettdienst, bei welchem der Angestellte innerhalb von 30 Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen hat, als im Betrieb geleisteten Pikettdienst, welcher folglich als Arbeitszeit anzurechnen ist⁵⁷. Diese Gesetzesinterpretation stiess auf vehemente Kritik und führte nach diversen Gesprächen dazu, dass das SECO seine Meinung revidierte und die Änderung der

49 Art. 14 Abs. 1 ArGV 1.

50 Vermutlich gleicher Meinung: VISCHER, S. 49

51 ARG-VON KAENEL, Art. 9 N 42.

52 Bsp.: Ein Arzt arbeitet (als Angestellter) an einem Forschungsprojekt, während er für einen anderen Arbeitgeber Pikettdienst leistet.

53 Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.

54 Art. 30 Abs. 2 aArGV 1.

55 Art. 15 Abs. 2 ArGV 1; Art. 30 Abs. 2 aArGV 1.

56 Art. 13 Abs. 1 ArGV 1.

57 SECO, Wegleitung, S. 115-2; Vgl. auch den Entwurf des seco zur Globalbewilligung für die Regelung des Pikettdienstes mit Einsatzzeit bis 30 Minuten in den Krankenanstalten und Kliniken, vom 3. September 2004.

Wegleitung in Aussicht stellte⁵⁸. Zu legitimieren versuchte das SECO den Ansatz der Interventionszeit mit Hilfe einer Einigung zwischen den Sozialpartnern. Offensichtlich ist, dass für eine Qualifizierung von Rufbereitschaft mit einer Interventionszeit von weniger als 30 Minuten keine genügende Rechtsgrundlage auszumachen ist. Die Rufbereitschaft als Bereitschaftsdienst im Betrieb zu qualifizieren ergab sich für das SECO vermutlich aus der Überlegung, dass eine Angestellte, welche innert 30 Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen hat, ähnlich eingeschränkt ist, wie wenn sie Präsenzdienst leisten würde. Ob dem - in allgemeiner Form - so ist, darf meines Erachtens bezweifelt werden. Offensichtlich ist ein Angestellter, welcher innert 30 Minuten am Arbeitsplatz zu erscheinen hat, in seiner persönlichen Freiheit relativ stark eingeschränkt. Trotzdem aber kann er eine solche Wartezeit weit besser nutzen, als ein Angestellter, welcher *im Betrieb* Bereitschaftsdienst leistet⁵⁹. Ein Abstellen auf die Interventionszeit bezüglich der Frage, ob Bereitschaftsdienst inner- oder ausserhalb des Betriebes geleistet wird, scheint mir unglücklich. Die Interventionszeit ist ein wichtiges und meines Erachtens das absolut ausschlaggebende Kriterium in Bezug auf das Ausmass der persönlichen Einschränkung eines Angestellten. Die Interventionszeit findet jedoch in der bestehenden Fassung der Verordnung zum Arbeitsgesetz keinerlei Grundlage und führte aufgrund der derzeit örtlichen Abgrenzung zu neuen Problemen⁶⁰.

2.1.5 Keine Aussage über Entlöhnung

Auch wenn das Arbeitsgesetz den Bereitschafts- bzw. Pikettdienst definiert und vorschreibt, wann ein solcher an die geleistete Arbeitszeit anzurechnen ist, macht das Gesetz keinerlei Aussagen über die Höhe des für diese Arbeit zu bezahlenden Lohnes⁶¹. Auf die Frage der Entlöhnung von Bereitschaftsdienst wird später eingegangen⁶².

2.2 Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal

Gestützt auf Art. 359a OR erliess der Bundesrat am 23. Dezember 1971 einen Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (NAV-P)⁶³. Art. 10 Abs. 2 und 3 des NAV-P lauten:

Art. 10 Abs. 2 und 3 NAV-P

² Die für den Bereitschaftsdienst in der Anstalt aufgewendete Zeit gilt als Arbeitszeit.

³ Die Zeit des Bereitschaftsdienstes, bei dem der Arbeitnehmer ausserhalb des Arbeitsplatzes und der normalen Arbeitszeit auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers steht, ist durch angemessene, den Verhältnissen Rechnung tragende Freizeit auszugleichen oder angemessen in Geld zu vergü-

⁵⁸ SECO, Mitteilung vom 11. November 2004; Vgl. auch NZZ Nr. 272 vom 20./21. November 2004, S. 17.

⁵⁹ So können bspw. Hausarbeiten erledigt, Besuche gemacht oder Einkäufe getätigt werden.

⁶⁰ Bsp.: Leistet eine Krankenschwester, welche sich im Personalhaus aufhält, im Falle eines Abrufes jedoch erst innerhalb von 40 Minuten bereit sein muss, Bereitschaftsdienst inner- oder ausserhalb der Unternehmung?

⁶¹ VISCHER, S. 45; ARG-VON KAENEL, Art. 9 N 13.

⁶² Vgl. unten, Ziff. 3.2, S. 17 ff.

⁶³ SR 221.215.328.4.

ten. Sie gilt als Arbeitszeit, soweit der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird.

Auch in dieser Bestimmung wird Bereitschaftsdienst nur insoweit definiert, als sich der Arbeitnehmer auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. M. E. von besonderem Interesse sind namentlich zwei Aspekte:

Erstens ist der Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes und ausserhalb der Arbeitszeit mit zusätzlicher Freizeit oder Lohn angemessen abzugelten. Aus dem Wortlaut des Bundesratsbeschlusses ergibt sich nicht klar, ob die zusätzliche Freizeit vom Arbeitgeber zu vergüten ist. Bei unbezahlter Freizeit könnte dieser zusätzliche - unbezahlte - Freizeit beliebig anordnen und hätte für den geleisteten Bereitschaftsdienst weder eine Entschädigung zu entrichten noch müsste diese mit bezahlter Arbeitszeit kompensiert werden. Insoweit würde es auch keinen Sinn machen, dem Arbeitgeber die Wahl zwischen unbezahlter Freizeit und zusätzlicher Vergütung zu lassen. Offensichtlich würde sich ein Arbeitgeber für Ersteres entscheiden. Folglich kann nicht Sinn der Regelung sein, Bereitschaftsdienst sei mit zusätzlicher unbezahlter Freizeit zu kompensieren. Von Bedeutung ist aber vorab die Tatsache, dass Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes entschädigungspflichtig ist, und zwar in 'angemessener' Höhe, also nicht zum vollen Stunden- oder Monatslohn⁶⁴. Dies entspricht vom Ergebnis her dem Leitentscheid in BGE 124 II 249ff., wo ebenfalls eine Entschädigungspflicht postuliert wird.

Zweitens unterscheidet Art. 10 Abs. 3 NAV-P zwischen Entlohnung des Bereitschaftsdienstes einerseits und Anrechnung als Arbeitszeit andererseits. Obwohl der Arbeitgeber zur Entschädigung von Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung verpflichtet ist, gilt diese Dienstleistung nur insofern als Arbeitszeit, soweit der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird⁶⁵. Art. 10 Abs. 3 NAV-P unterscheidet demnach zwischen Entlohnung und Arbeitszeit. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als das Arbeitsgesetz sich in Bezug auf den Bereitschaftsdienst nur zur Arbeitszeit äussert, nicht aber betreffend der Entlohnung⁶⁶.

2.3 Normalarbeitsvertrag für Erzieher in Heimen und Internaten

Eine ähnliche Regelung wie im Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal findet sich in der Verordnung des Bundesrates über den Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten (NAV-H)⁶⁷. Art. 10 NAV-H äussert sich zum Bereitschaftsdienst wie folgt:

Art. 10 NAV-H

¹ Die Zeit, in der sich der Arbeitnehmer innerhalb oder ausserhalb des Heimes zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss, gilt als Arbeitszeit, soweit der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird.

² Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben über den Ausgleich durch Freizeit oder die Abgeltung des Bereitschaftsdienstes eine Regelung zu treffen.

⁶⁴ Man beachte, dass dieser Bundesratsbeschluss aus dem Jahre 1971 stammt und damit 27 Jahre älter ist als der Leitentscheid in BGE 124 II 249.

⁶⁵ Art. 10 Abs. 3, letzter Satz, Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal.

⁶⁶ ARG-VON KAENEL, Art. 9 N 13.

⁶⁷ Vom 16. Januar 1985; SR 221.215.324.1.

Bereitschaftsdienst wird als Zeit definiert, während welcher sich der Arbeitnehmer innerhalb oder ausserhalb des Heimes zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss. Diese Zeit gilt als Arbeitszeit, sofern der Arbeitnehmer tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Definition des Bereitschaftsdienstes und die Bestimmung betreffend Anrechnung der Arbeitszeit entspricht derjenigen des Normalarbeitsvertrages für das Pflegepersonal⁶⁸. Im Übrigen schreibt Art. 10 Abs. 2 vor, dass die Vertragsparteien selbst regeln müssen, ob der Bereitschaftsdienst mit Freizeit kompensiert oder ausbezahlt wird. Weitere Vorgaben finden sich im Normalarbeitsvertrag für Erzieher in Heimen und Internaten nicht.

M. E. gelten die beim Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal gemachten Feststellungen auch im vorliegenden Fall: Erstens hat der Arbeitgeber im Falle einer Kompensation des Bereitschaftsdienstes mit Freizeit letztere zu bezahlen, und zweitens ist auch bei Art. 10 NAV-H streng zwischen Arbeitszeit einerseits und Entlohnung andererseits zu unterscheiden⁶⁹.

2.4 Bundespersonalgesetz und diverse Verordnungen

Das Bundespersonalgesetz auferlegt dem Bundesrat den Erlass von Ausführungsbestimmungen⁷⁰, was er mit der Einführung der Bundespersonalverordnung tat. Hinzu kamen diverse weitere Verordnungen, welche den Pikettdienst mehr oder weniger ausführlich erwähnen. Zu nennen sind bspw. die Bundespersonalverordnung⁷¹, die Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung⁷², die Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung⁷³ und diverse weitere Verordnungen⁷⁴.

2.4.1 Bundespersonalverordnung

Obwohl sich im Bundespersonalgesetz selbst keinerlei Vorschriften zur Arbeit auf Abruf finden, verwendet die Bundespersonalverordnung den Begriff des Pikettdienstes. Dies allerdings ohne nähere Definition und lediglich im Zusammenhang mit der Entlohnung:

- Für die Leistung von Pikettdienst können Vergütungen ausgerichtet werden, wobei das EFD die Anrechnungsweise und die Höhe der Vergütung regeln soll⁷⁵.
- Auf Vergütungen für Pikettdienst wird der Teuerungsausgleich gewährt⁷⁶.

⁶⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 2 und 3 NAV Pflegepersonal.

⁶⁹ Vgl. oben, S. 14

⁷⁰ Art. 37 BPG.

⁷¹ BPV, vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3).

⁷² BVPV-EDA, vom 20. September 2002 (SR 172.220.111.343.3).

⁷³ VBPV, vom 6. Dezember 2001 (SR 172.220.111.31).

⁷⁴ Personalverordnung für den Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 15. März 2001 (SR 172.220.113), Personalverordnung des Bundesgerichts vom 27. August 2001 (SR 172.220.114), Verordnung vom 30. November 2001 über das Überwachungsgeschwader (SR 510.102), Verordnung vom 18. Dezember 1995 über die Nationalstrassen (SR 725.111), Verordnung vom 26. Juni 191 über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität (SR 732.32), Verordnung vom 3. Dezember 1990 über die nationale Alarmzentrale (SR 732.34), Verordnung vom 14. Dezember 1995 über den Einsatz militärischer Mittel im Rahmen des koordinierten AC Schutzes und zugunsten der nationalen Alarmzentrale (SR 732.345), Seeschiffahrtsverordnung vom 20. November 1956 (SR 747.301).

⁷⁵ Art. 45 BPV.

⁷⁶ Art. 44 BPV.

Weitere Vorschriften betreffend Pikettdienst oder Arbeit auf Abruf im Allgemeinen enthält die Bundespersonalverordnung nicht. Insbesondere wird nicht näher definiert, was genau unter Pikettdienst zu verstehen ist.

2.4.2 Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung

Die Höhe der Vergütung für geleisteten Pikettdienst beträgt für Angestellte je nach Lohnklasse Fr. 6.- oder Fr. 7.- pro Stunde. Anstelle dieser Vergütung kann auch - analog zum früher gültigen System⁷⁷ - eine Zeitgutschrift von 10% und eine Vergütung von Fr. 1.20 pro geleistete Stunde Pikettdienst ausgerichtet werden⁷⁸. Diese Entschädigung entspricht derjenigen des Bereitschaftsdienstes gemäss ehemals geltendem Recht⁷⁹.

In Bezug auf die Frage, was als Pikettdienst gilt und ob diese Tätigkeit als Arbeitszeit anzurechnen ist, verzichtet die Verordnung auf eine eigenständige Regelung und verweist diesbezüglich auf Art. 14 f. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz⁸⁰. Damit wurde sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse eine einheitliche Grundlage geschaffen: Der in der Unternehmung geleistete Pikettdienst⁸¹ gilt unabhängig von einer effektiven Tätigkeit vollumfänglich als Arbeitszeit⁸². Leistet der Bedienstete Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes, so zählt diese Dienstleistung nur dann als Arbeitszeit, wenn der Angestellte auch zur Arbeit abgerufen wird. In diesem Fall kann er aber auch den Hin- und Rückweg zum Arbeitsort als Arbeitszeit geltend machen⁸³.

2.4.3 Weitere Verordnungen

Die übrigen Verordnungen konkretisieren den Pikettdienst nicht näher. Zu finden sind einzig Feststellungen, dass Pikettdienst zu leisten ist und von wem dieser angeordnet werden kann⁸⁴, oder dass dieser mit Lohn zu entschädigen oder mit entsprechender Freizeit zu kompensieren sei⁸⁵.

2.5 Kantonale Rechtsgrundlagen

Auf kantonaler Ebene finden sich diverse Erlasse, welche den Bereitschaftsdienst regeln. Die Verordnung über den Staatsdienst des Kantons St. Gallen⁸⁶ sieht für Bereitschaftsdienst die Ausrichtung von Inkonvenienzzulagen vor⁸⁷. Wie hoch diese Inkonvenienzzulagen im Einzelfall sind, ist im Einzelfall zu prüfen. Interessant wäre vor allem die Frage, ob diese Zulagen für geleisteten Bereitschaftsdienst eine Ent-

⁷⁷ Vgl. Art. 4 ff. VO EFD Pikettdienst.

⁷⁸ Art. 13 Abs. 1 und 2 VBPV.

⁷⁹ Vgl. Art. 4 ff. VO EFD Pikettdienst.

⁸⁰ Art. 13 Abs. 3 VBPV.

⁸¹ Was dem früheren Präsenzdienst entspricht (Art. 2 Abs. 2 VO EFD Pikettdienst).

⁸² Art. 15 Abs. 1 ArGV 1.

⁸³ Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.

⁸⁴ Vgl. bspw. Art. 30 Personalverordnung des Bundesgerichts, Art. 9 Verordnung über das Überwachungsgeschwader, Art. 42 Verordnung über die Nationalstrassen, Art. 18 Verordnung über die Einsatzorganisation bei erhöhter Radioaktivität etc.

⁸⁵ Art. 23 Abs. 4 Seeschiffsverkehrsverordnung.

⁸⁶ Vom 5. März 1996 (sGS 143.20).

⁸⁷ Art. 26 Abs. 1 lit. c und e VO Staatsdienst; Bezüglich der Höhe solcher Zulagen, vgl. Anhang 4 der Verordnung.

löhnung darstellen, die dem üblichen Lohn eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses⁸⁸ entspricht.

3 Einzelfragen zum Pikettdienst

3.1 Zulässigkeit von Pikettdienst

Mit dem Bundesgerichtsentscheid BGE 124 III 249 klärte das Bundesgericht die Streitfrage über die Zulässigkeit von kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit und qualifizierte Arbeit auf Abruf als zulässige Beschäftigungsform⁸⁹. Dieser Entscheid ist sicherlich richtig, da nicht einzusehen ist, weshalb der Arbeitgeber nicht das Recht haben soll, Bereitschaftsdienst anzuordnen, welcher nicht zwingend in der Unternehmung zu leisten ist, wenn ihn in aller Regel ohnehin keine Beschäftigungspflicht trifft⁹⁰. Sozialpolitisch problematisch ist nicht die Vereinbarung oder Anordnung von Bereitschaftsdienst per se, sondern die Tatsache, dass diese Art der Arbeitsleistung, auch wenn zwingend entschädigungspflichtig, zu einem reduzierten Stundensatz vergütet werden darf⁹¹.

Im erwähnten Bundesgerichtsentscheid leistete der Angestellte neben der ordentlichen Arbeit zusätzlich Rufbereitschaft. Insofern ging es um einen Fall von Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1. Zweifellos ebenfalls zulässig ist Rufbereitschaft, welche die oder der Angestellte als Haupttätigkeit ausübt, d.h. nicht zusätzlich bzw. neben der normalen Arbeit.

3.2 Entlöhnung des Pikettdienstes

Obwohl das Arbeitsgesetz vorschreibt, welche Art von Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit anzurechnen ist, macht es damit keine Aussage über die Frage der Entlöhnung dieser Arbeitsleistung⁹².

3.2.1 Zwingende Entlöhnung von Arbeitsbereitschaft?

Nach der Meinung von VISCHER war schon vor dem Leitentscheid des Bundesgerichts unbestritten, dass Bereitschaftsdienst im Betrieb als Arbeitszeit gilt und „entsprechend“ zu entlöhnen ist⁹³. Dass ein Arbeitgeber die Arbeitsbereitschaft seines Angestellten zum vollen Lohn zu entschädigen hat, ist meines Erachtens nicht zwingend. Erstens kennt das Schweizerische Arbeitsrecht im Grundsatz keine staatlichen Mindestlöhne⁹⁴. Zweitens finden sich insbesondere in Gesamtarbeitsverträgen häufig Bestimmungen, die für erschwerte Arbeitsbedingungen Zulagen vorsehen, was im Ergebnis eine bessere Entlöhnung für strengere Arbeit bedeutet⁹⁵. Wenn es

⁸⁸ Art. 322 Abs. 1 OR.

⁸⁹ VISCHER, S. 45.

⁹⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 319 N 17.

⁹¹ BGE 124 III 251 f.

⁹² ARG-VON KAENEL, Art. 9 N 13.

⁹³ VISCHER, S. 45, m. V. a. BK-REHBINDER, Art. 321 N 7 und ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 11.

⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 322 N 8; Davon ausgenommen sind selbstverständlich Mindestlöhne von Gesamt- oder Normalarbeitsverträgen oder öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

⁹⁵ Vgl. bspw. Art. 57 LMV Bauhauptgewerbe.

zulässig ist, erschwerte Arbeitsbedingungen mit einem höheren Entgelt zu bezahlen, muss es meines Erachtens auch möglich sein, für leichte bzw. weniger intensive Arbeit einen tieferen Lohn zu vereinbaren⁹⁶. Diese Betrachtungsweise deckt sich auch mit der Begründung des Bundesgerichts in Bezug auf die Entschädigung von Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebes⁹⁷:

„Ebenso zu bejahen ist, dass ein solcher Bereitschaftsdienst nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR), denn der Arbeitnehmer leistet ihn nicht uneigennützig, sondern im Hinblick auf die (entgeltliche) Hauptleistung. Allerdings hat der Arbeitgeber an diesem Dienst regelmässig ein geringeres betriebswirtschaftliches Interesse als an der Tätigkeit, für welche er den Arbeitnehmer eigentlich eingestellt hat. Dazu kommt, dass ausserhalb des Betriebs geleistete Bereitschaftszeit für arbeitsfremde Verrichtungen genutzt werden kann, soweit dies nicht die vereinbarte Einsatzbereitschaft mindert oder ausschliesst. Folglich muss die Rufbereitschaft - abweichende Vereinbarung vorbehalten - nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden.“

Selbstverständlich setzt eine tiefere Entlohnung eine entsprechende Vereinbarung voraus und im Falle eines Abrufes zur Arbeit ist jene Zeit zum vollen Lohn (da normale Arbeit) zu entschädigen. Ebenso ist eine tiefere Entlohnung nur insoweit möglich, als eine solche Willensübereinkunft nicht zwingende Mindestlohnvorschriften verletzt.

Das Bundesgericht hält im Leitentscheid vom 6. Mai 1998 ebenfalls fest, dass Bereitschaftsdienst im Betrieb „entsprechend“ zu entschädigen sei, womit vermutlich eine volle Entlohnung zum ordentlichen Stundensatz gemeint ist⁹⁸. Als Begründung macht das Gericht den Hinweis, dass der Arbeitnehmer über diese Zeit nicht anderweitig verfügen könne. Zuzustimmen ist dem Gericht, dass eine volle Entlohnung dann geschuldet ist, wenn die Einschränkungen des Angestellten ein Ausmass annehmen, welches einer ordentlichen Arbeitsleistung entspricht. Meines Erachtens sind aber durchaus Fälle denkbar, bei welchen die persönliche Einschränkung des Angestellten weniger stark ausfällt und die daher durchaus mit der Situation von Rufbereitschaft vergleichbar sind.

3.2.2 Rufbereitschaft

3.2.2.1 Zwingende Entschädigungspflicht

Bei Rufbereitschaft erklärte das Bundesgericht ausdrücklich, dass diese Art von Arbeitsleistung zu einem tieferen als dem ordentlichen Stundensatz entschädigt werden darf. Mit dem Grundsatz, dass aber eine Entlohnung zu erfolgen hat, legte das Bundesgericht die Grenzen der Entlohnung von Rufbereitschaft fest: Mehr als Null und weniger als der ordentliche Stundenlohn.

Meines Erachtens absolut entscheidendes Kriterium für eine Entlohnung ist das Ausmass der persönlichen Einschränkung der oder des Angestellten. Aus den weiter oben gemachten Beispielen⁹⁹ werden die vielen unterschiedlichen Erscheinungsfor-

⁹⁶ Bsp: Ein Krankenpfleger leistet Arbeitsbereitschaft insofern 'im Betrieb', als er sich auf dem Spitalareal aufzuhalten hat, weil eine Einsatzbereitschaft innert 20 Minuten verlangt wird. Er ist aber frei, während dieser Zeit zu schlafen (Personalhaus), zu essen (Kantine) oder sich sonstwie zu unterhalten (Aufenthaltsräume).

⁹⁷ BGE 124 III 251 f.

⁹⁸ BGE 124 III 251, m. V. a. BK-REHBINDER, Art. 321 N 7 und ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 11.

⁹⁹ Vgl. oben, S. 6.

men von Rufbereitschaft erkennbar und auch das mit der Erbringung dieser Arbeitsleistung verbundene Ausmass an persönlicher Einschränkung der Mitarbeitenden. Massgeblich bestimmt wird das Ausmass der persönlichen Einschränkung des Angestellten durch die Ankündigungsfrist, d.h. die Zeitperiode zwischen Abruf und effektivem Einsatz. Je kürzer diese Frist, umso schneller muss der Angestellte am Arbeitsplatz erscheinen und umso stärker ist er in seiner privaten Tätigkeit eingeschränkt.

3.2.2.2 Ankündigungsfrist

Die Ankündigungsfrist ist meines Erachtens das entscheidende Kriterium bezüglich der Frage, ob und wenn ja, wie hoch der Bereitschaftsdienst des Angestellten zu entlöhen ist.

Die Verordnung Nr. 1 zum Arbeitsgesetz sieht vor, dass die Arbeitszeiten so früh als möglich, in der Regel aber mindestens zwei Wochen vor einem geplanten Einsatz¹⁰⁰ feststehen. Fest steht meines Erachtens, dass bei einer Ankündigungsfrist von 2 Wochen oder länger keine Entschädigung für einen allfällig geleisteten Bereitschaftsdienst zu bezahlen ist. Wenn der Arbeitgeber gemäss den Vorschriften der Verordnung Nr. 1 zum Arbeitsgesetz das Recht hat, zwei Wochen vorher den Einsatzplan bekannt zu geben, muss eine solche Frist auf jeden Fall auch bei Arbeit auf Abruf zulässig sein. Mit Recht darf man bei einer solch langen Ankündigungsfrist danach fragen, ob ein Angestellter überhaupt Bereitschaftsdienst leistet, wenn er frühestens innert 2 Wochen abgerufen werden kann.

Je kürzer diese Frist wird, umso grösser wird die Einschränkung des Angestellten in seiner persönlichen Freiheit. Wo genau aber diese Grenze zu ziehen ist, lässt sich meines Erachtens nur anhand des Einzelfalles klären und scheint mir ausserordentlich schwierig.

3.2.2.3 Andere Einflussfaktoren

Sozialpolitisch problematisch ist Arbeit auf Abruf, weil die oder der Angestellte zu einem tieferen als dem ordentlichen Lohn Bereitschaftsdienst leistet und diese Zeit, wegen der Verpflichtung zur Aufnahme der Arbeitsleistung, nicht oder nur schwer anderweitig nutzbringend verwerten kann. In diesem Sinne empfiehlt es sich, das Arbeitsverhältnis so flexibel wie möglich zu gestalten, um dem Angestellten einen möglichst grossen Handlungsspielraum zu gewähren. Denkbar sind beispielsweise folgende Möglichkeiten:

- Zur Verfügung stellen von Kommunikationsmitteln, die es dem Angestellten erlauben, sich während der Rufbereitschaft frei zu bewegen (Pager, Mobiltelefon etc.) oder im Falle eines Abrufes nicht zwingend in der Unternehmung erscheinen zu müssen (Fernzugriff auf Computernetzwerk);
- Beschränkung der Treuepflicht des Angestellten¹⁰¹, frühzeitige Ankündigung von Überstunden und andere Massnahmen, um ihm die Verwertung der Wartezeit zu anderen (nebenberuflichen) Zwecken zu ermöglichen;

3.2.2.4 Formen der Entlöhnung von Rufbereitschaft

Das Bundesgericht erklärte im *Leitentscheid* ausdrücklich, dass Rufbereitschaft auch im ordentlichen Monatslohn enthalten sein kann, somit also nicht zwingend separat

¹⁰⁰ Art. 69 ArGV 1.

¹⁰¹ Art. 321a OR.

zu entschädigen ist¹⁰². Wird Rufbereitschaft separat vergütet, so kann diese im Stundenlohn als 'normaler' Lohn, oder in Form eines Lohnzuschlages ausbezahlt werden. Letzteres ist insbesondere im öffentlichen Arbeitsrecht weit verbreitet¹⁰³. Eine Vereinbarung, wonach Rufbereitschaft im ordentlichen Monatslohn enthalten sein soll, ist selbstverständlich nur dann gültig, wenn das dem Angestellten ausbezahlte Monatsgehalt höher ist als ein, bspw. in einem Gesamtarbeitsvertrag, zwingend vorgeschriebener Minimallohn¹⁰⁴. Weiter fragte sich das Bundesgericht, ob in diesem Fall nicht zu verlangen wäre, jenen Teil des Lohnes in den einzelnen Lohnabrechnungen separat aufzuführen, wie dies gemäss konstanter Rechtsprechung beim Ferienlohn zu erfolgen hat¹⁰⁵.

Die Vereinbarung, wonach die Entschädigung für Rufbereitschaft im ordentlichen Monatslohn enthalten sein soll, ist meines Erachtens nur dann sinnvoll, wenn die Rufbereitschaft regelmässig geleistet wird, deren Ausmass also im Voraus bestimmt oder bestimmbar ist. In allen anderen Fällen führte eine solche Abrede zu einer unterschiedlich hohen Entlohnung, da trotz unterschiedlich langer Rufbereitschaft das Monatsgehalt gleich hoch bleibt.

Ob Rufbereitschaft in Form eines Stundenlohnes oder eines Lohnzuschlages ausgerichtet wird, macht meines Erachtens keinen grossen Unterschied. In beiden Fällen handelt es sich um Lohn im Sinne eines Entgelts für geleistete Arbeit¹⁰⁶ mit allen diesbezüglichen rechtlichen Konsequenzen. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder während der Kündigungsfrist. Zu erwähnen ist, dass der Begriff 'Lohnzuschlag' oder 'Lohnzulage' insofern verfänglich ist, als es sich nicht um eine Zulage oder einen Zuschlag im Sinne einer Inkonvenienzentschädigung für erschwerte Arbeitsbedingungen handelt¹⁰⁷. Rufbereitschaft ist eine Arbeitsleistung, was das Bundesgericht in BGE 124 III 249 ff. als eine, „auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung“ definierte¹⁰⁸. Entschädigungen für geleistete Rufbereitschaft sind auch dann als Lohn im Sinne von Art. 322 OR zu betrachten, wenn sie als Zulagen oder Zuschläge bezeichnet werden, was insbesondere bei der Berechnung des 13. Monatslohnes oder des Überstunden- oder Überzeitzuschlages von Bedeutung sein kann.

3.3 Pikettdienst und/oder Überstunden?

Art. 321c OR verleiht dem Arbeitgeber das Recht, den Angestellten zur Leistung von Überstunden anzuhalten, wenn diese notwendig sind, letzterer diese zu leisten vermag und sie ihm zugemutet werden können. Wie beim Abruf während des Bereitschaftsdienstes hat der Arbeitgeber also das Recht, den Angestellten kurzfristig zur Aufnahme der Arbeit aufzufordern. Eine weitere Gemeinsamkeit von Überstundenarbeit und Arbeit auf Abruf ist die Unvorhersehbarkeit des Einsatzes, da in beiden Fäl-

¹⁰² BGE 124 III 252.

¹⁰³ Vgl. bspw. Art. 26 Abs. 1 lit. c und e VO Staatsdienst; Bezüglich der Höhe solcher Zulagen, vgl. Anhang 4 der Verordnung.

¹⁰⁴ Dies war in BGE 124 III 249 nicht der Fall, weshalb das Bundesgericht nicht zu prüfen hatte, ob eine diesbezügliche Vereinbarung getroffen worden war (vgl. dort, S. 252).

¹⁰⁵ BGE 124 III 252.

¹⁰⁶ Art. 322 OR.

¹⁰⁷ Wie bspw. eine Schmutz-, Lärm- oder Staubzulage.

¹⁰⁸ BGE 124 III 251 m. V. a. BK-REHBINDER, Art. 319 N 1 und ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 5.

len eine mittel- oder gar langfristige Planung nicht möglich ist. Worin liegt der Unterschied zwischen Bereitschaftsdienst und Überstunden- oder Überzeitarbeit? Erfolgt während des Bereitschaftsdienstes der Abruf durch den Arbeitgeber, hat der Angestellte diesem Abruf Folge zu leisten. Verweigert er die Arbeit, verletzt er seine vertraglichen Pflichten¹⁰⁹. Demgegenüber ist die Pflicht des Angestellten zur Leistung von Überstunden- oder Überzeitarbeit keine unbeschränkte. Vielmehr hat er diese nur zu leisten, wenn sie ihm zugemutet werden kann, was im konkreten Fall anhand einer Interessenabwägung zu entscheiden ist¹¹⁰. Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass ein Abruf während des Bereitschaftsdienstes nicht zwingend bedeutet, dass der Mitarbeiter mehr als die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit leistet. Demgegenüber fallen Überstunden nicht unter die normale Arbeitszeit, sondern gehen definitionsgemäss über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinaus. Leistet eine Angestellte Pikettdienst, d.h. Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes, so gilt diese Zeit nicht als ordentliche Arbeitszeit¹¹¹ und kommt entsprechend auch nicht als Überstunde oder Überzeit in Frage. Demgegenüber ist es jedoch durchaus denkbar, dass im Falle eines effektiven Einsatzes der abgerufene Angestellte Überstunden oder gar Überzeitarbeit leistet¹¹².

Schwierigkeiten kann die Abgrenzung zwischen (ausdrücklich) angeordneten Überstunden und Arbeit auf Abruf dort verursachen, wo der Angestellte keinen Bereitschaftsdienst leistet, sondern auf eine im Voraus bestimmte Periode hin zur Arbeit abgerufen wird¹¹³.

Vielfach aber wird sich die Frage von Überstunden nur schon darum nicht stellen, weil bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf in aller Regel keine maximale Arbeitszeit vereinbart wird und damit auch keine Überstunden - im Sinne einer das vertraglich vereinbarte Pensum übersteigende Mehrarbeit - geleistet werden können. Sehr wohl zur Diskussion stehen kann jedoch die Frage von Überzeitarbeit, weil diesbezüglich nicht auf eine vertragliche Vereinbarung, sondern die wöchentliche Höchstarbeitszeit gemäss Arbeitsgesetz¹¹⁴ abzustellen ist.

3.4 Pikettdienst und Kündigungsfrist

Zu erwähnen ist schliesslich noch das Urteil BGE 125 III 65 ff. im Zusammenhang mit Arbeit auf Abruf: In jener Entscheidung stellte das Bundesgericht fest, dass eine Verletzung der Vorschriften des Kündigungsschutzes vorliegt, wenn der Arbeitsvertrag eine plötzliche und bedeutende Verminderung des monatlichen Arbeitspensums zulässt¹¹⁵. Vereinbart war das Recht des Arbeitgebers, die zu leistende Arbeitszeit für den Folgemonat jeweils am Ende des laufenden Monats festzulegen. Dabei garantierte der Arbeitgeber jedoch keinerlei minimale Arbeitszeit.

¹⁰⁹ Dies gilt natürlich nicht, wenn es dem Angestellten gemäss vertraglicher Vereinbarung offen steht, ein Angebot anzunehmen oder abzuweisen. In diesem Fall handelt es sich jedoch um unechte Arbeit auf Abruf (vgl. oben, S. 8).

¹¹⁰ SENTI, Überstunden, S. 374.

¹¹¹ Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.

¹¹² Bei Abruf des Angestellten gilt die effektive Tätigkeit inklusive der Reisezeit zum und vom Arbeitsplatz als Arbeitszeit (Art. 15 Abs. 2 ArGV 1).

¹¹³ Vgl. oben, Fallbeispiel 1, Ziff. 1.4.2.1, S. 4.

¹¹⁴ Vgl. Art. 9 ArG.

¹¹⁵ BGE 125 III 65 (Regeste).

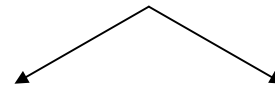
Mit der Begründung, dass der Angestellte für die Suche eines neuen Arbeitsplatzes auf eine (bezahlte) Kündigungsfrist angewiesen sei, verweigerte das Bundesgericht dem Arbeitgeber den Anspruch, von seiner Freiheit auf Zuweisung oder Nicht-Zuweisung von Arbeit Gebrauch zu machen. Weisen die Einsätze des Angestellten eine gewisse Regelmässigkeit auf, so ist für die Entlohnung während der Kündigungsfrist auf die durchschnittliche Arbeitsleistung der Vormonate abzustellen¹¹⁶.

¹¹⁶ BGE 125 III 70 (am Ende).

Definitionen und Begriffe zu Arbeit auf Abruf

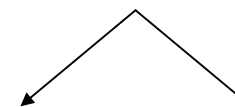
OBERBEGRIFF	
EArGV 1 ¹	Bereitschaftsdienst
ArGV 1 ² :	Pikettendienst (nicht explizit) ³
aArG ⁴ :	Bereitschaftsdienst (nicht explizit)
NAV-P ⁵ :	Bereitschaftsdienst (nicht explizit)
NAV-H ⁶ :	Bereitschaftsdienst (nicht explizit)
aVO Pikett ⁷ :	Pikettendienst
BPG ⁸ , etc.:	Pikettendienst (nicht explizit)
BGer ⁹ :	Bereitschaftsdienst / Arbeitsbereitschaft
STAEHELIN ¹⁰ :	Arbeitsbereitschaft
REHBINDER ¹¹ :	Arbeitsbereitschaft
BRÜHWILER ¹² :	Arbeitsbereitschaft
VISCHER ¹³ :	Bereitschaftsdienst
eigene Def.:	Bereitschaftsdienst

BEREITSCHAFT IM BETRIEB	
EArGV 1:	Arbeitsbereitschaft
ArGV 1:	Pikettendienst (nur für a.o. Tätigkeiten wie Notfälle)
aArG:	Bereitschaftsdienst im Betrieb (nicht explizit)
NAV-P:	Bereitschaftsdienst in der Anstalt
NAV-H:	Bereitschaftsdienst innerhalb des Heimes
aVO Pikett:	Präsenzdienst
BPG:	Verweis auf ArGV 1
BGer:	Bereitschaftsdienst
STAEHELIN:	Präsenzzeit/ innerbetriebl. Pikettendienst
REHBINDER:	Präsenzzeit ¹⁴ / Arbeitsbereitschaft ¹⁵
BRÜHWILER:	Präsenzzeit
VISCHER ¹⁶ :	Bereitschaftsdienst im Betrieb
eigene Def.:	Arbeitsbereitschaft



BEREITSCHAFT AUSSERHALB DES BETRIEBES	
EArGV 1:	Rufbereitschaft
ArGV 1:	-- (vgl. unten)
aArG:	Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes
NAV-P:	Bereitschaftsdienst ausserhalb des Arbeitsplatzes und der normalen Arbeitszeit
NAV-H:	Bereitschaftsdienst ausserhalb des Heimes
aVO Pikett:	Bereitschaftsdienst
BPG:	Verweis auf ArGV 1
BGer:	Rufbereitschaft
STAEHELIN ¹⁷ :	Rufbereitschaft
REHBINDER ¹⁸ :	Rufbereitschaft
BRÜHWILER:	Rufbereitschaft
VISCHER ¹⁹ :	Rufbereitschaft
eigene Def.:	Rufbereitschaft

A.O. TÄTIGKEITEN (NOTFÄLLE, ..)	
EArGV 1:	Pikettendienst
ArGV 1:	Pikettendienst
REHBINDER:	Pikettendienst
VISCHER ²⁰ :	Pikettendienst
eigene Def.:	Pikettendienst



NORMALE TÄTIGKEIT	
EArGV 1:	Arbeit auf Abruf
ArGV 1:	--
eigene Def.:	--

-
- 1 Art. 30a Vernehmlassungsentwurf der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz.
2 (Geltendes) Arbeitsgesetz und die dazugehörige Verordnung 1.
3 Nicht explizit: Der Erlass erwähnt den Begriff nicht ausdrücklich als Oberbegriff. Der Begriff wird jedoch sowohl für die Kategorie ‘Warten im Betrieb’ als auch für die
4 Kategorie ‘Warten zu Hause’ verwendet.
5 (Aufgehobenes) Arbeitsgesetz und die dazugehörige (aufgehobene) Verordnung 1 (Art. 30 aArGV 1).
6 Bundesratsbeschluss über den Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal (SR 221.215.328.4).
7 Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten (SR 221.215.324.1).
8 (Aufgehobene) Verordnung des EFD über den Pikettdienst in der allgemeinen Bundesverwaltung
9 (Geltendes) Bundespersonalgesetz (BPG), Bundespersonalverordnung (BPV) und diverse weitere Verordnungen, die sich auf die BPV abstützen.
10 BGE 124 III 251.
11 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 11.
12 BK-REHBINDER, Art. 319 N 4; Beachte jedoch die andersartige Verwendung der Begriffe in: REHBINDER, Arbeitsrecht, N 96, 437
13 BRÜHWILER, Art. 319 Ziff. 4 lit. a.
14 VISCHER, S. 45.
15 BK-REHBINDER, Art. 319 N 4.
16 REHBINDER, Arbeitsrecht, N 96, 437.
17 VISCHER, S. 45.
18 ZK-SCHÖNENBERGER/STAEHELIN, Art. 319 N 12
19 BK-REHBINDER, Art. 319 N 4.
20 VISCHER, S. 45.
21 VISCHER, S. 49.