

Pikettdienst / Arbeit auf Abruf

Besondere Bestimmungen für besondere Arbeitsformen

Beim Pikett werden Arbeitnehmer nebst der normalen Arbeit für Einsätze aufgeboden. Es gelten strenge Anforderungen an Dienst- und Ruhezeiten. Arbeit auf Abruf dient der Flexibilisierung der Arbeitszeit im Interesse des Arbeitgebers; sie darf aber nicht zu einer Überwälzung des Betriebsrisikos führen.

Von Marc Ph. Prinz und Florian Schaub

Arbeitsvertragliche Hauptpflicht des Arbeitnehmers ist die entgeltliche Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers während einer *bestimmten oder unbestimmten Zeit* (Art. 319 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]).

Das OR selbst lässt aber offen, was unter «Arbeitszeit» genau zu verstehen ist.

Antwort auf die Frage gibt Art. 13 Abs. 1 der Verordnung 1 (ArGV 1) zum Arbeitsgesetz (ArG): Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; grundsätzlich nicht dazu zählt der normale Weg von und zu der Arbeit.

Der Begriff Arbeitszeit beschlägt den *Umfang* der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung im Sinne der konkreten zeitlichen Beanspruchung des Arbeitnehmers pro Tag, Woche, Monat oder Jahr. Die Arbeitszeit muss daher bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Insoweit kann zwischen *Voll- und Teilzeitarbeit* unterschieden werden, wobei bei Letzterer eine Arbeitsleistung vereinbart wird, die kürzer ist als die betriebsübliche volle Arbeitszeit des Arbeitgebers.

Davon zu unterscheiden ist die *Dauer des Arbeitsverhältnisses*. Der Arbeitsvertrag kann auf unbestimmte Zeit abgeschlossen oder auf eine bestimmte (kürzere oder längere) Dauer befristet werden. Pikettdienst und (echter) Arbeit auf Abruf ist insoweit gemein, dass sie im Rahmen eines auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses erbracht werden. Sie unterscheiden sich daher von sog. *Aushilfs- oder Ge-*



Beim Pikettdienst gelten strenge Anforderungen an Dienst- und Ruhezeiten.

genheitsarbeit, worunter isolierte Einmal-einsätze verstanden werden.

Pikettdienst

Einsätze in Notfällen

Beim «Pikettdienst» hält sich der Arbeitnehmer *neben seiner normalen Arbeit* für allfällige Einsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Not-situationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1). Die Rufbereitschaft dient dem Einsatz in besonderen Ausnahmefällen. Verrichten Arbeitnehmer bei einem Einsatz ihre normale Arbeit, liegt kein Pikettdienst vor.

Soweit der Pikettdienst im Betrieb des Arbeitgebers geleistet wird, gilt er voll als Arbeitszeit. Bei Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebes wird dagegen nur die effektive Einsatzdauer (inkl. Wegzeiten) angerechnet (Art. 15 ArGV 1). Die allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über die wöchentliche Höchstarbeitszeit bleiben auch auf den Pikettdienst anwendbar. Art. 12 Abs. 1 lit. c ArG stellt aber klar, dass durch Piketteinsätze sog. *Überzeitarbeit* geleistet werden darf.

Dienstplanung und Ruhezeiten

Wenn Pikettdienst in der Nacht, am Sonntag oder an gesetzlichen Feiertagen geleistet werden muss, ist eine entsprechen-



Bei der Arbeit auf Abruf muss zwischen der «echten» und der «unechten» Unterschieden werden.

de Bewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) einzuholen. Arbeitnehmer dürfen aber auch dann nur mit ihrem Einverständnis für Nacht- oder Sonntagsarbeit herangezogen werden (vgl. Art. 17 und 19 ArG). Es empfiehlt sich, das Einverständnis des Arbeitnehmers im Voraus im Rahmen einer Pikettdienstvereinbarung einzuholen; möglich bleibt aber auch dessen (vorgängige) Zustimmung im Einzelfall.

Für die Dienstplanung ist zu berücksichtigen, dass ein Arbeitnehmer in einem Zeitraum von vier Wochen grundsätzlich nur während maximal sieben (aufeinanderfolgenden oder einzelnen) Tagen auf Pikett sein darf; die Anzahl möglicher Einsätze während dieser Tage ist dabei nicht begrenzt. Im Anschluss an den letzten Dienst darf der Arbeitnehmer während zweier Wochen nicht mehr zum Pikett aufgeboden werden, und zwar unabhängig davon, ob es während der letzten Dienstzeit zu einem Einsatz gekommen ist oder nicht (Art. 15 Abs. 1 ArGV 1). Die zwei Wochen ohne Pikettdienst können entweder innerhalb der vierwöchigen Einsatzplanung eingeschlossen sein oder sich an diese anschliessen.

Auch beim Pikettdienst ist die tägliche Ruhezeit von elf Stunden (Art. 15a Abs. 1

ArG) einzuhalten, sie darf aber durch Piketteinsätze unterbrochen werden. Wenn aber aufgrund solcher Einsätze eine minimale Ruhezeit von vier zusammenhängenden Stunden nicht erreicht wird, muss die tägliche Ruhezeit von elf Stunden im Anschluss an den letzten Einsatz nachgewährt werden (Art. 19 Abs. 3 ArGV 1).

Entschädigung für Rufbereitschaft?

Das Bundesgericht hat entschieden, dass auch Rufbereitschaft ausserhalb des Betriebs zu vergüten ist. Soweit diese vom Arbeitnehmer aber auch für private Verrichtungen genutzt werden kann, braucht sie nicht dem Lohn für die Haupttätigkeit zu entsprechen. Bei Fehlen einer vertraglichen Abrede schuldet der Arbeitgeber, was üblich ist (Art. 322 Abs. 1 OR).

In der Praxis ist es daher ratsam, die Frage der Pikettentschädigung klar vertraglich zu regeln. Wenn vereinbart wird, dass diese im Hauptlohn eingeschlossen ist, sollte der betreffende Anteil aber separat ausgewiesen werden.

Arbeit auf Abruf

Im Gegensatz zum Pikettdienst ist «Arbeit auf Abruf» gesetzlich nicht geregelt, und entsprechend vielseitig sind die Ge-

staltungsmöglichkeiten in der Praxis. Es handelt sich dabei im weitesten Sinne um Teilzeitarbeit, welche nicht nach einem im Voraus festgelegten Einsatzplan erbracht wird.

Die Besonderheit bei Arbeit auf Abruf liegt darin, dass im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses einzelne Arbeitseinsätze jeweils auf Initiative des Arbeitgebers hin erfolgen, das Arbeitsverhältnis mithin aktive und inaktive Phasen aufweist. Die inaktiven Phasen können, müssen aber nicht durch einen Bereitschaftsdienst ergänzt werden.

«Unechte» Arbeit auf Abruf

Von uneigentlicher Arbeit auf Abruf spricht man beim Fehlen einer Einsatzpflicht des Arbeitnehmers, sodass für jeden Einsatz ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen werden muss. Der «Abruf» des Arbeitnehmers entspricht hier rechtlich einer Vertragsofferte, welche der Arbeitnehmer durch seinen Einsatz (ausdrücklich oder konkludent) annimmt. In der Praxis wird daher regelmässig ein sog. Rahmenarbeitsvertrag geschlossen, durch welchen die Arbeitsbedingungen für zukünftige Einsätze im Voraus festgelegt werden.

Mangels Einsatzpflicht des Arbeitnehmers muss sich dieser zwischen den vereinbarten Einsätzen auch nicht zur Verfügung des Arbeitgebers halten. Als entschädigungspflichtige Arbeitszeit gilt jeweils nur die effektive Arbeitsleistung.

«Echte» Arbeit auf Abruf

Bei der echten Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer dagegen eine Pflicht, dem Abruf des Arbeitgebers Folge zu leisten. Hauptanwendungsfall ist die sog. KAPOVAZ (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit). Die vertragliche Ermächtigung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer einseitig abzurufen, erlaubt ihm dadurch eine optimale Anpassung der Arbeitszeit an seine Produktionskapazität oder Auftragslage.

Gegenstück dieser Befolgungspflicht ist die Pflicht des Arbeitgebers, auch den zwischen den Einsätzen zu leistenden Bereitschaftsdienst zu entschädigen. Laut Bundesgericht dient auch die ausserhalb des Betriebs geleistete Arbeitsbereit-

schaft der Befriedigung von Bedürfnissen des Arbeitgebers und ist daher nur gegen Lohn zu erwarten. Allerdings hat der Arbeitgeber hieran regelmässig ein geringeres betriebswirtschaftliches Interesse als an der Tätigkeit, für welche er den Arbeitnehmer eingestellt hat, und kann der Arbeitnehmer die ausserhalb des Betriebs geleistete Bereitschaft auch für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen. Die Rufbereitschaft muss deshalb – abweichende Vereinbarung vorbehalten – *nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt* werden.

Recht auf Arbeitszuweisung?

Echte Arbeit auf Abruf führt zu Einsätzen mit variablem Umfang und Lohn sowie einem (tiefer bezahlten) Bereitschaftsdienst, während dessen der Arbeitnehmer aufgrund seiner Befolgungspflicht keiner anderweitigen Arbeit nachgehen kann. Es besteht somit das Risiko, dass der Arbeitnehmer unter Umständen *kein existenzsicherndes Einkommen* erzielen kann. Echte Arbeit auf Abruf steht somit in ei-

nem Spannungsverhältnis zum arbeitsrechtlichen Prinzip, dass der Arbeitgeber sein *Betriebsrisiko nicht einseitig auf den Arbeitnehmer überwälzen* darf (Art. 324 Abs. 1 OR). Zudem widerspricht sie dem Schutzzweck der in Art. 335c OR vorgesehenen *zwingenden Kündigungsfristen*. In Rechtsprechung und juristischer Lehre hat sich daher die Auffassung durchgesetzt, dass zumindest während der Kündigungsfrist die *übliche Arbeit zugewiesen* bzw. der *durchschnittliche Lohn bezahlt* werden muss. Wie es sich damit im ungekündigten Arbeitsverhältnis verhält, ist nicht abschliessend geklärt. Einigkeit besteht aber darin, dass der Arbeitnehmer eine *abrupte und erhebliche Reduktion seines Arbeitspensums nicht dulden* muss.

Klare Vereinbarungen notwendig

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es in der Praxis ratsam ist, die sich bei den verschiedenen Formen von Rufbereitschaft stellenden Fragen (Befolgungspflicht, Entlohnung, Abrufzeit

etc.) *ausdrücklich und klar vertraglich* zu regeln.

Bei echter Arbeit auf Abruf empfiehlt sich zudem, eine *Mindesteinsatzdauer* festzulegen. Damit kann den mit diesem Modell verbundenen Unsicherheiten bezüglich Schwankung des Arbeitspensums und des Lohns des Arbeitnehmers angemessene Rechnung getragen werden.



Marc Ph. Prinz, LL.M., ist Partner und Teamleiter der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER an den Standorten Basel und Zürich.



Florian Schaub ist Anwalt im Arbeitsrechtsteam der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Offene Jobs online

Wir bleiben dran, bis es passt.

Sind Sie auf der Suche nach einer qualifizierten Fachperson für Ihr Personalwesen? Oder suchen Sie eine neue Herausforderung im HR?

Careerplus ist die führende Schweizer Personalberatung für die Rekrutierung von qualifizierten Fachleuten für die Berufsgruppen HR, Finanzen, Sales, Bau, Industrie, IT und Gesundheit.

 **careerplus**
Passt perfekt.

www.careerplus.ch

Pikettdienst / Arbeit auf Abruf: Fragen & Antworten

Wie viele Mitarbeitende braucht es für einen 24/7-Pikettdienst?

Wir geben rechtssichere Antworten auf die wichtigsten Praxisfragen zu Pikettdienst und Arbeit auf Abruf.

Von Marc Ph. Prinz und Florian Schaub

Was muss für einen 24/7-Pikettdienst beachtet werden?

Da der einzelne Arbeitnehmer innerhalb von vier Wochen während maximal sieben Tagen auf Pikett sein darf und sich an den letzten Dienst zwei dienstfreie Wochen anschliessen müssen, sind dafür im Prinzip vier Arbeitnehmer erforderlich. Erfahrungsgemäss verlangen die Arbeitsämter aber mindestens fünf Arbeitnehmer, um Ferienabsenzen oder kurzfristige Ausfälle (bei Krankheit, Unfall etc.) kompensieren zu können.

Kann von dieser Regel auch abgewichen werden?

Ausnahmsweise erlaubt Art. 14 Abs. 3 ArGV 1, dass ein Arbeitnehmer im Zeitraum von vier Wochen an bis zu 14 Tagen auf Pikett sein darf. Dies aber nur unter der Voraussetzung, dass aufgrund von Grösse und Struktur des Betriebs die erforderlichen Personalressourcen fehlen und die effektiven Piketteinsätze im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf Einsätze pro Monat ausmachen.

In der Praxis üben die Behörden bei der Anwendung dieser Ausnahmebestimmung grosse Zurückhaltung. Laut SECO sind den Arbeitnehmern zudem trotz dieser allfälligen Lockerung jeweils zusammenhängende Wochen ohne Pikettverpflichtungen einzuräumen.

Wie ist die Entschädigung für Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebs zu bemessen?

Wir empfehlen in jedem Fall, diese Frage vertraglich zu regeln. Beim Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung bemisst sich der Ansatz nach der Üblichkeit oder Billigkeit. Massgebend ist dabei, wie stark der

Arbeitnehmer in der Gestaltungsfreiheit seiner Freizeit im Interesse des Arbeitgebers beschränkt ist. Zu berücksichtigen sind neben der Höhe des Entschädigungsansatzes die Dauer der Rufbereitschaft, deren Lage (z.B. nur während Bürozeiten oder auch in der Nacht und an Wochenenden) und die erforderliche Reaktionszeit. Die Anknüpfung an tatsächliche oder hypothetische Einsätze ist dagegen nur beschränkt tauglich.

Dies hat zur Folge, dass laut Bundesgericht bei nur geringfügiger Beschränkung der persönlichen Gestaltungsfreiheit des Arbeitnehmers eine Entschädigung auch entfallen kann. Bei sehr kurzer Interventionszeit kann dagegen von Freizeit kaum vernünftiger Gebrauch gemacht werden. Als Faustregel kann in Anlehnung an die Sonderbestimmung in Art. 8a Abs. 1 ArGV 2 (für Krankenanstalten und Kliniken) festgehalten werden, dass die Zeitspanne zwischen dem Aufruf an den Arbeitnehmer und dem Eintreffen am Arbeitsort grundsätzlich mindestens 30 Minuten betragen sollte.

Was passiert, wenn bei Arbeit auf Abruf nicht genügend Arbeit zugewiesen werden kann?

Das Bundesgericht hatte in einem neueren Urteil (4A_534/2017 vom 27. August 2018) Gelegenheit, sich dazu zu äussern. Zu beurteilen waren Lohnforderungen eines Malers, der für einen Einzelunternehmer in unregelmässigem Umfang und im Stundenlohn tätig war. Das Gericht kam zum Schluss, die Parteien hätten Teilzeit mit Arbeit auf Abruf vereinbart. Letzteres sei zulässig, stosse aber bei einem unvermittelten Einbruch des monatlichen Arbeitsvolumens an seine Grenze. Der Arbeitgeber dürfe nicht von einem Tag auf

den anderen auf die Dienste des Arbeitnehmers verzichten und ihn so um seinen Verdienst bringen.

Im konkreten Fall hatte es im Belieben des Arbeitgebers gestanden, den Arbeitnehmer einseitig nach eigenen Bedürfnissen abzurufen und damit dessen Arbeitszeit und Vergütung zu bestimmen. Dies führte dazu, dass der Arbeitnehmer in einzelnen Monaten überhaupt nicht eingesetzt wurde und damit auch keinen Lohn verdiente. Das Bundesgericht sah darin eine verbotene Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer. Kann die Arbeit aus Verschulden des Arbeitgebers nicht geleistet werden, gerät dieser in sog. Annahmeverzug und bleibt zur Weiterausrichtung des Lohnes verpflichtet (Art. 324 Abs. 1 OR). Da sich aus der Abmachung der Parteien keine Rückschlüsse auf das konkret zu erwartende Arbeitsvolumen ziehen liessen, ermittelte das Bundesgericht anhand von Stundenrapporten vorangegangener Monate ein durchschnittliches Pensum von 25 Prozent und sprach dem Arbeitnehmer den darauf entfallenden Stundenlohn zu.

SEMINARTIPP

**Arbeitsrecht 4.0 & New Work
Rechtliche Stolpersteine
bei Arbeit 4.0 vermeiden**

Digitale Technologien und Geräte verändern die Arbeitswelt. Es stehen Flexibilität, Kollaboration und Konnektivität im Vordergrund. Die Digitalisierung hat auch Auswirkungen auf den Arbeitsplatz, und die Arbeitszeit und bisherige arbeitsrechtliche Anforderungen sind teilweise nur noch schwer einzuhalten.

Anmeldung und weitere Infos:
www.praxisseminare.ch