

## Die Schwierigkeiten bei Arbeit auf Abruf

Im Unterschied zur gewöhnlichen Teilzeitarbeit wird die sogenannte Arbeit auf Abruf<sup>1</sup> nicht aufgrund eines im Voraus erstellten Einsatzplans geleistet, sondern lediglich bei einem entsprechenden Abruf des Arbeitgebers. Aus diesem Konstrukt ergeben sich aus arbeitsrechtlicher Sicht einige Schwierigkeiten und Fragen.

■ Von Dr. Nicole Vögeli Galli und MLaw Rahel Tobler

### Echte oder unechte Arbeit auf Abruf

Als *echte* Arbeit auf Abruf wird ein Arbeitsverhältnis verstanden, bei welchem entweder die Lage der Arbeitszeit, deren Dauer oder beides nicht im Voraus bestimmt oder bestimmbar ist und vom Arbeitgeber einseitig bestimmt werden kann. Im Gegensatz dazu hat der Arbeitnehmende bei der *unechten* Arbeit auf Abruf das Recht, Einsätze anzunehmen oder abzulehnen. Ihn trifft keine Pflicht, dem Abruf des Arbeitgebers Folge zu leisten. Bei der *echten* Arbeit auf Abruf wird das Unternehmerrisiko faktisch auf den Arbeitnehmenden abgewälzt, wenn weder ein Minimum an Arbeitsstunden generiert wird noch die Rufbereitschaft entschädigt wird. Trotzdem ist auch *echte* Arbeit auf Abruf gemäss Bundesgericht grundsätzlich zulässig.<sup>2</sup> In den letzten Jahren wurden die Möglichkeiten durch die Rechtsprechung jedoch zunehmend eingeschränkt.

### Schwierige Abgrenzung vom Pikettdienst

Wie bei Arbeit auf Abruf wartet der Arbeitnehmende beim Pikettdienst darauf, die Arbeit aufzunehmen. Allerdings wird in der Lehre und Rechtsprechung eine Unterscheidung aufgrund von zwei Kriterien vorgenommen: Pikettdienst wird im Gegensatz zu Arbeit auf Abruf neben der normalen Arbeit geleistet. Zudem dient der Pikettdienst zur Behebung von Störungen, Hilfeleistungen in Notsituationen, Durchführungen von Kontrollgängen oder sonstigen Sonderereignissen – Arbeit auf Abruf hingegen nicht. Wenn ein Arbeitnehmender keine zusätzlichen Einsätze im Sinne einer «normalen Arbeit» leistet, werden seine Einsätze demnach nicht als Pikettdienst definiert, sondern als Arbeit auf Abruf. Das führt dazu, dass in solchen Fällen die Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes zum Pikettdienst nicht greifen. Die Unterscheidung zwischen Arbeit auf Abruf und Pikettdienst anhand dieser Kri-

terien stösst jedoch auch auf Kritik.<sup>3</sup> In der Rechtsprechung wird sodann meistens nicht zwischen Pikettdienst und Arbeit auf Abruf unterschieden. Insbesondere bei Fragen zur Entschädigungspflicht von Pikettdiensten wird oftmals auf Urteile verwiesen, welche eigentlich die Arbeit auf Abruf betreffen.

### Die Frage der Entlohnung des Bereitschaftsdiensts

Das Bundesgericht hält im Grundsatzentscheid BGE 124 III 249 fest, dass die Wartezeiten bei *echter* Arbeit auf Abruf zwingend zu entschädigen sind. Dies wird insbesondere damit begründet, dass auch der Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebs der Bedürfnisbefriedigung des Arbeitgebers diene und nur gegen Lohn zu erwarten sei. Das Bundesgericht qualifiziert das Bereithalten für einen Einsatz als entschädigungspflichtige Arbeitsleistung. Da die Bereitschaftszeit ausserhalb des Arbeitsplatzes für arbeitsfremde Verrichtungen genutzt werden kann, muss sie nicht gleich wie die Haupttätigkeit entlohnt werden. Die Höhe der Entlohnung des Bereitschaftsdiensts ist im Arbeitsvertrag zu regeln. Geht weder aus dem Einzel- noch aus dem Kollektivarbeitsvertrag hervor, wie hoch die Entschädigung sein soll, schuldet der Arbeitgeber gemäss Art. 322 Abs. 1 OR, was üblich ist oder der Billigkeit entspricht. Die Entschädigung kann zumindest bei Pikettdiensten vertraglich in den Lohn für die Haupttätigkeit eingeschlossen werden. Wird der Bereitschaftsdienst innerhalb des Betriebs geleistet, gilt die Zeit vollumfänglich als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes und ist grundsätzlich zum ordentlichen Lohn zu vergüten.<sup>4</sup>

Eine einheitliche Gerichtspraxis zur Höhe der Entlohnung der Abrufbereitschaft ausserhalb

des Betriebs besteht derzeit noch nicht. Die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst muss insbesondere davon abhängen, innert welcher Frist sich der Arbeitnehmende bei Abruf zur Arbeit einzufinden hat bzw. wie frei und intensiv der Arbeitnehmende die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen kann. Beträgt die Ankündigungsfrist weniger als eine halbe Stunde, wird der Arbeitnehmende immerhin so stark in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt, dass er einen Wohn- bzw. Aufenthaltsort in die Nähe des Arbeitsorts verlegen muss, was zu einer Einschränkung des sozialen Lebens führt. Solche Bereitschaftsdienste wären daher grundsätzlich gleich wie tatsächliche Arbeitseinsätze zu entlohnen.<sup>5</sup> Zudem ist für die Höhe der Entlohnung neben der Ankündigungszeit auch die Dauer der anrechenbaren Bereitschaftszeit wichtig. Damit ist die Zeit gemeint, in der sich der Arbeitnehmende jeweils für einen Abruf zur Verfügung halten muss (z.B. immer nachts oder immer an einem bestimmten Wochentag).<sup>6</sup>

Dass die Entschädigungshöhe nicht beliebig variieren darf, ergibt sich bereits daraus, dass das betriebliche Risiko nur dann teilweise auf den Arbeitnehmenden abgewälzt werden darf, wenn im Gegenzug ein angemessenes Entgelt garantiert bleibt. Offen bleibt, ob eine Grenze besteht, bei welcher der Arbeitnehmende durch den Bereitschaftsdienst nur so minimal eingeschränkt ist, dass möglicherweise gar keine Entschädigung mehr gerechtfertigt ist.<sup>7</sup>

Da den Arbeitnehmenden bei *unechter* Arbeit auf Abruf keine Annahmepflicht trifft, ist der Bereitschaftsdienst in diesen Fällen nicht zu entschädigen.<sup>8</sup> Immerhin steht es dem Arbeitnehmenden in diesen Fällen frei, jederzeit einer anderen Berufstätigkeit nachzugehen und Arbeitseinsätze bei Abruf abzulehnen. Die heute immer stärker aufkommende «Plattformbeschäftigung», bei welcher Dienstleistungserbringende ihre Dienste auf nationalen oder internationalen Plattformen anbieten, könnte grundsätzlich als *unechte* Arbeit auf Abruf für den Plattformbetreiber angesehen werden. Allerdings kann bei solchen Verhältnissen oftmals nicht von einer Subordination der Plattformbeschäftigten ausgegangen werden, weshalb selten ein Arbeitsverhältnis anzunehmen ist.<sup>9</sup>



**Recht auf Arbeitszuweisung – Lohnfortzahlungspflicht**

Gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts darf sich der auf Abruf beschäftigte Arbeitnehmende auf einen gewissen Beschäftigungsgrad während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses verlassen. Der Arbeitgebende musste in einem konkreten Fall substantielle Lohnnachzahlungen leisten, da er einen auf Abruf tätigen Maler nur stark schwankend beschäftigte. Der Maler wurde gemäss Arbeitsvertrag auf Abruf mit einem schwankenden Beschäftigungsgrad angestellt. Es wurde ein Stundenlohn von CHF 26.– vereinbart. In einigen Monaten wurde der Arbeitnehmende zu keinem Einsatz aufgeboten und erhielt somit auch keinen Lohn. In den anderen Monaten wurde er stark schwankend (8–80 Arbeitsstunden pro Monat) beschäftigt. Das Bundesgericht ist der Meinung, dass das vereinbarte Vorgehen dem Arbeitgebenden erlaube, die Arbeitszeit einseitig und einzig den eigenen Bedürfnissen entsprechend festzulegen. Das stelle eine Verletzung von Art. 324 OR dar, wonach der Arbeitgebende das wirtschaftliche Risiko zu tragen habe. Die Reduktion von acht auf null Arbeitsstunden innerhalb eines Monats qualifiziert das Bundesgericht als «diminution brutale», weshalb für den entsprechenden Monat eine Lohnfortzahlung geschuldet sei.<sup>10</sup> Gemäss BGE 125 III 65 besteht zudem bei Arbeit auf Abruf ein Recht des Arbeitnehmenden, während der Kündigungsfrist weiterhin die übliche Arbeit zugewiesen zu bekommen. Grund dafür ist, dass der unvermittelte Entzug der Arbeit und damit des Lohns eine Umgehung des Schutzgedankens von Kündigungsfristen darstellen könnte.<sup>11</sup>

**Kritik an der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Von Kaenel kritisiert insbesondere, dass die Bezugnahme des Bundesgerichts auf den Kalendermonat etwas Willkürliches an sich habe, da genauso auf die Arbeitswoche oder das Kalenderjahr abgestellt werden könnte, um die Konstanz der Arbeitseinsätze auf Abruf zu beurteilen. Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Reduktion von 16 auf acht Arbeitsstunden kein Problem darstelle, während eine Reduktion von acht auf null Stunden aufgrund einer «diminution brutale» jedoch zu einer Lohnnachzahlung führen solle. Auch sei die Berechnung der Entschädigung kaum erklärbar, immerhin habe das Bundesgericht in die Berechnungsgrundlage lediglich die Monate einbezogen, in welchen Arbeitseinsätze erfolgt seien. Der berechnete Durchschnitt sei durch die letzten beiden Monate sehr stark angehoben worden, da diese sehr viel einsatzstärker gewesen seien als alle anderen Monate im betroffenen Jahr. Es sei zudem offengeblieben, in welchem Verhältnis die Durchschnittslohnfortzahlung zur Entschädigung des Bereitschaftsdiensts – welche gemäss Rechtsprechung ebenfalls zu bezahlen ist – stehe bzw. ob diese Zahlungen kumulativ zu erbringen seien.<sup>12</sup>

**Fazit**

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Arbeit auf Abruf führt dazu, dass im Grunde jede kapazitätsorientierte, variable Arbeitszeit («Kapovaz») dahinfällt, da Arbeitnehmende gemäss neuer Urteile Anspruch auf eine einigermaßen konstante Beschäftigung während des Arbeitsverhältnisses bis zum Ende der Kündigungsfrist haben. Die Be-

reitschaftszeit ist bei echter Arbeit auf Abruf grundsätzlich zu entlönnen, wobei die Höhe von verschiedenen Faktoren abhängt und bisher noch keine einheitliche Gerichtspraxis zur Bestimmung besteht. Zudem spricht das Bundesgericht Arbeitnehmenden einen Anspruch auf Lohnfortzahlungen zu, wenn die Arbeitsabrufe nicht in einer gewissen Regelmässigkeit erfolgen. Zu bedenken ist im Sinne der Arbeitnehmenden tatsächlich, dass sie auf eine minimale Planungssicherheit (Mehrfachbeschäftigungen, Kinderbetreuung etc.) und finanzielle Absicherung angewiesen sind. Die gegenseitigen Pflichten bei «Kapovaz» werden in Zukunft durch die Gerichte weiter zu präzisieren sein, da einige grundlegende Fragen bis heute offengelassen wurden.

**FUSSNOTEN**

- 1 Vorliegend wird die Arbeit auf Abruf aus arbeitsrechtlicher Sicht betrachtet. Soweit dieser Begriff im Sozialversicherungsrecht verwendet wird, muss eine eigenständige Beurteilung erfolgen.
- 2 BGE 124 III 249 E.2a sowie bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A\_534/2017 vom 27. August 2018.
- 3 Vgl. z.B. Senti, Christoph: Pikettendienst: neuere Entwicklungen und aktuelle Probleme, in: ARV 2020, S. 1 ff.
4. BGE 124 III 251 E. 3b.
- 5 Henneberger, Fred/Rieder, Stefan: Bemessung der Entschädigung der Wartezeit bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 8/2011, S. 1057 ff.
- 6 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2021, Art. 319 N. 18.
- 7 Henneberger, Fred/Rieder, Stefan: Bemessung der Entschädigung der Wartezeit bei echter Arbeit auf Abruf, in: AJP 8/2011, S. 1057 ff.
- 8 Urteil des Bundesgerichts 4A\_334/2017 vom 4. Oktober 2017, E. 2.4.
- 9 Hirsiger, René: Plattformbeschäftigungen – Die drängendsten arbeitsrechtlichen Fragen, in: ARV 2019, S. 291 ff.
- 10 Leiturtel des Bundesgerichts 4A\_534/2017 vom 27. August 2018.
- 11 Streiff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2021, Art. 319 N. 18.
- 12 Von Kaenel, Adrian: Urteilsbesprechung 4A\_534/2017 vom 27. August 2018, in: ARV 2019, S. 230 ff.

**AUTORINNEN**



**Dr. Nicole Vögeli Galli** ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.



**MLaw Rahel Tobler** hat ihr Masterstudium im Jahr 2019 abgeschlossen und arbeitet zurzeit als Substitutin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.