

### 3.7. Arbeitsrecht / Droit du travail

**(6) Arbeit auf Abruf ist eine zulässige Beschäftigungsform. Der vom Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst ist zwingend entschädigungspflichtig, kann jedoch auch im Stundenlohn für die effektiv geleistete Arbeit mitenthalten sein.**

Bundesgericht, 4. Zivilabteilung, 6.5.1998, i.S. X. c. Y. GmbH, Berufung; BGE 124 III 249 ff.

Bemerkungen von Dr. iur. CHRISTOPH SENTI,  
St. Gallen



Das Instrument "Arbeit auf Abruf" ist reizvoll für den Unternehmer – und heikel für den Juristen. Im Urteil vom 6. Mai 1998 hat das Bundesgericht in Bezug auf diese Form des Arbeitsvertrages ein Grundsatzurteil gefällt.

#### *Zusammenfassung des Sachverhalts:*

X. (Kläger) arbeitete vom 15. Januar bis zum 9., eventuell 17. Oktober 1996 als Handlanger beim Eisenlegerbetrieb Y. GmbH (Beklagte). Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte er geltend, die Arbeitgeberin habe ihn weniger Stunden arbeiten lassen, als ihm der Gesamtarbeitsvertrag garantiere. Er verlangte, die Differenz sei mit dem normalen Stundenansatz zu vergüten und klagte bei der Gewerbekammer des Seebezirks auf Zahlung von Fr. 17'987.65. Die Gewerbekammer hiess die Klage am 11. Februar 1997 im Betrag von Fr. 1'834.70 gut. Der Kläger rekurrierte sodann ans Freiburger Kantonsgericht, das ihm am 6. November Fr. 1914.– zusprach. Das Bundesgericht schützt die eidgenössische Berufung, welche der Kläger gegen dieses Urteil erhoben hat.

#### *Zusammenfassung der Erwägungen:*

In Übereinstimmung mit dem Kläger geht das Bundesgericht von einem Arbeitsvertrag aus, in welchem 'Arbeit auf Abruf' vereinbart wurde. Es verwirft jedoch die klägerische Argumentation, wonach es sich dabei um eine gesetzeswidrige und damit nichtige Beschäftigungsform handle, weil das Gesetz die Vereinbarung einer bestimmten oder mindestens bestimmbarer Arbeitszeit verlange. Die Zulässigkeit von Arbeit auf Abruf wird ausdrücklich bejaht und zwar sowohl unter dem Aspekt des Einzelarbeitsvertragsrechts als auch im Hinblick auf den im konkreten Fall anwendbaren Landesmantelvertrag der Baubranche.

Eingehend setzt sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, ob der durch den Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst durch die Arbeitgeberin zu entschädigen sei. Dabei entscheidet es sich für die Pflicht zur Lohnzahlung. Es fügt jedoch ausdrücklich hinzu, dass der Bereitschaftsdienst auch im Lohn der Hauptleistung, d.h. in der Entschädigung für die vom Kläger effektiv geleistete Arbeit enthalten sein kann. In casu sieht der anwendbare Gesamtarbeitsvertrag jedoch einen Mindestlohn vor, welcher ausschliesslich als Entgelt für die Hauptleistung

zu verstehen ist. Folglich ist der Lohn für den geleisteten Bereitschaftsdienst nicht enthalten und die vom Kläger geleistete Rufbereitschaft separat zu vergüten.

In Bezug auf die Höhe dieser Vergütung beschränkt sich das Bundesgericht auf die Aussage, dass der Stundenlohn tiefer zu bemessen sei als derjenige für effektiv geleistete Arbeit.

#### *Bemerkungen:*

Das Bundesgericht prüfte im Wesentlichen zwei Fragen. Erstens war zu klären, ob im schweizerischen Arbeitsrecht die Vertragsform 'Arbeit auf Abruf' zulässig ist, und zweitens befasste es sich mit der Frage der Entschädigungspflicht des Arbeitgebers für den vom Arbeitnehmer geleisteten Bereitschaftsdienst.

Als ausdrücklich zulässig beurteilt das Bundesgericht Beschäftigungsformen mit einem zeitlich unregelmässigen Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers. In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre wird dabei unterschieden zwischen der uneigentlichen Teilzeitarbeit einerseits und der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit andererseits. Bei der uneigentlichen Teilzeitarbeit ist der Arbeitnehmer nur dann zum Arbeitsantritt verpflichtet, wenn er für jeden einzelnen Einsatz seine Zustimmung gibt. Es steht ihm offen, dem Abruf zuzustimmen oder die Aufnahme der Arbeit abzulehnen und bis zum nächsten Aufgebot zu warten. Wurde jedoch zwischen Arbeitgeber und -nehmer eine kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit vereinbart, so hat der Angestellte dem Aufruf Folge zu leisten (Arbeit auf Abruf).

Die zweite Form der Arbeitszeiteinteilung liegt klar im Interesse des Arbeitgebers, und dieser ist selbstverständlich daran interessiert, dass der vom Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst unentgeltlich erbracht wird. Mit dieser Vertragsform kann der Arbeitgeber seine Produktionskapazitäten optimal auf den jeweiligen Produktionsbedarf ausrichten. Bei grosser Nachfrage ruft der Arbeitgeber zusätzliche Arbeitskräfte ab und bezahlt die effektiv geleisteten Arbeitsstunden. In Zeiten tiefer Nachfrage leistet der Arbeitnehmer lediglich Bereitschaftsdienst, und dem Arbeitgeber entstehen keine Kosten.

Ob ein Arbeitsverhältnis als Voll- oder Teilzeitarbeit bezeichnet werden kann oder ob es sich um Arbeit auf Abruf handelt, ist ausserordentlich schwierig zu beurteilen. Die Ausprägungsformen sind, je nach den Bedürfnissen der Unternehmung, extrem unterschiedlich. Die Gemeinsamkeit aller Formen von Arbeit auf Abruf liegt in der Leistung von Bereitschaftsdienst durch den Arbeitnehmer, welcher bei Bedarf zur Leistung von Arbeit abgerufen werden kann. Wie stark der Arbeitnehmer jedoch aufgrund eines solchen Arbeitsvertrages in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt wird, hängt von den konkreten Umständen ab.

Zu beachten ist einerseits die Zeitspanne, welche dem Arbeitnehmer von der Mitteilung (Abruf) bis zum Arbeitsantritt verbleibt. Je kürzer dieser Zeitraum, umso stärker ist die Einschränkung in Bezug auf die Nutzung des Bereitschaftsdienstes für seine eigenen Bedürfnisse. Arbeitneh-

mer, welche innerhalb von Stunden oder gar "so schnell wie möglich" beim Arbeitgeber erscheinen müssen, haben sicherlich weniger die Möglichkeit, den Bereitschaftsdienst mit einer sinnvollen Tätigkeit zu nutzen, als jemand, welcher jeweils eine Woche im Voraus über seinen Einsatz aufgeklärt wird. Ein weiteres Problem liegt in den Schwankungen des effektiv geleisteten Arbeitspensums. Je grösser die Unterschiede betreffend der (monatlich) geleisteten Arbeitszeit, umso schwieriger wird die Vorhersehbarkeit der noch kommenden Einsätze, und vor allem schwankt auch die Höhe der Entlohnung des Arbeitnehmers. Diese beiden Faktoren sind von zentraler Bedeutung für die Qualifizierung eines Arbeitsvertrages. Je grösser und unregelmässiger die Schwankungen und je kürzer die Zeitspanne zwischen Abruf und Arbeitseinsatz, desto mehr bewegen sich die Vertragsparteien im Bereich der Arbeit auf Abruf.

Doch auch ein 'gewöhnlicher' Arbeitsvertrag eröffnet mit Hilfe der bestehenden und altbekannten Instrumente des Arbeitsrechts eine beachtliche Flexibilität. Laut Art. 321c OR ist jeder Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet, sofern diese notwendig sind, er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden können. Bis zu einem gewissen Ausmass leistet somit jeder Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf, indem der Arbeitgeber (auch kurzfristig) Überstunden anordnen kann. Der hauptsächlichste Unterschied zur kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit liegt lediglich darin, dass der Arbeitnehmer keinen Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung leistet, sondern ihm der Einsatz in der Regel während der effektiven Arbeitszeit mitgeteilt wird. Vor allem aber beträgt die Anzahl der geleisteten Überstunden regelmässig nur einen Bruchteil der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit, weshalb die Schwankungen im Verhältnis zur gesamten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden eher klein sind.

Mit Hilfe des Instrumentes der gleitenden Arbeitszeit kann der Arbeitnehmer den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeiten bis zu einem gewissen Grade nach eigenem Gutdünken festlegen. Zu respektieren hat er lediglich die Blockzeiten, während welcher er zur Anwesenheit (und Arbeitsleistung) verpflichtet ist. Häufig ist jedoch auch hier eine Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des Arbeitgebers gefordert, womit der Angestellte von sich aus gewisse Unterschiede im Arbeitsvolumen ausgleicht.

Schliesslich sind auch weitere vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zu erwähnen, bei denen der Arbeitgeber einseitig und im Voraus die Arbeitszeiten abändern kann. Denkbar ist bspw. eine Vertragsklausel, wonach Arbeitszeitänderungen jeweils mindestens einen Monat im Voraus bekannt gegeben werden, und der Arbeitnehmer kündigen muss, sofern er mit diesen nicht einverstanden ist (Änderungskündigung). Auch wenn diese Vertragsform genau betrachtet in den Bereich der uneigentlichen Teilzeitarbeit fällt (Zustimmung des Arbeitnehmers für jeden neuen Arbeitseinsatz), wird wohl ein stillschweigendes Akzept des Arbeitnehmers den Regelfall bilden, sofern sich die Arbeitszeitänderungen in einem gewissen Rahmen halten.

Wo nun die bestehenden Instrumente des Arbeitsrechts überstrapaziert werden, ist eine vertragliche Vereinbarung von Arbeit auf Abruf notwendig. Der Arbeitnehmer leistet Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung und kommt nur dann zum Einsatz, wenn der Arbeitgeber ihm eine Arbeit zuweisen kann. In seinem Urteil bezeichnet das Bundesgericht die Beschäftigungsform "Arbeit auf Abruf" ausdrücklich als zulässig. Mit deren Verurteilung als unzulässige Vereinbarung hätte das höchstrichterliche Urteil nicht nur der herrschenden Lehre widersprochen, sondern vor allem auch eine Lawine von Abgrenzungsproblemen losgetreten, da, wie oben dargelegt, der Übergang von Voll- oder Teilzeitarbeit zu Arbeit auf Abruf fließend ist.

Von grösserem Interesse und Bedeutung ist jedoch vor allem die zweite Frage, welche das Bundesgericht im vorliegenden Urteil entschieden hat: *Der ausserhalb der Unternehmung durch den Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst ist zu entschädigen*. In der Begründung des Urteils lässt sich das Bundesgericht von der Überlegung leiten, dass auch der Bereitschaftsdienst als Arbeit, im Sinne einer "auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen" zu verstehen ist. Mit Hinweis auf Art. 320 Abs. 2 OR wird zudem erwähnt, dass der Bereitschaftsdienst nur gegen Lohn zu erwarten ist, denn der Arbeitnehmer leistet ihn nicht uneigennützig, sondern im Hinblick auf die (entgeltliche) Hauptleistung. Ein wesentliches Charakteristikum des Arbeitsvertrages ist die Entlohnung des Arbeitnehmers. Begründen liesse sich ein unentgeltlicher Bereitschaftsdienst daher nur mit der Berufung auf ein gemischtes Vertragsverhältnis, in dem der (unentgeltliche) Bereitschaftsdienst als Auftrag und der (entschädigungspflichtige) Arbeitseinsatz als Arbeitsvertrag betrachtet wird. Diesem Ansatz hat das Bundesgericht mit der zwingenden Entschädigungspflicht des Bereitschaftsdienstes einen Riegel geschoben. Zudem bleibt auch zu erwähnen, dass der jederzeitige Widerruf bzw. die Kündbarkeit des Auftrages nach Art. 404 OR zwingender Natur ist (BGE 115 II 464). Der Arbeitnehmer könnte daher, unter Vorbehalt von Abs. 2 desselben Artikels, seinen Bereitschaftsdienst jederzeit abbrechen.

An der Begründung des Bundesgerichtes, wonach es sich beim Bereitschaftsdienst um eine "auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen" handelt und dieser darum zu entschädigen sei, stört m.E. vor allem *ein* Gegenargument: Der Arbeitnehmer wartet zwar auf den Abruf des Arbeitgebers, er kann aber ohne grösseren Aufwand jederzeit erreichbar sein (bspw. mittels einem Pager, Telefonbeantworter oder Fax). Vor allem wenn zwischen dem Aufruf zur Arbeit und dem Arbeitseinsatz eine längere Zeitspanne liegt, wird der Arbeitnehmer in seiner persönlichen Freiheit womöglich nur noch marginal eingeschränkt. Mit anderen Worten kann er trotz der "auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichteten planmässigen Verrichtung eines Menschen" wesentlich über seine Zeit verfügen und *während des Bereitschaftsdienstes seinen eigenen Bedürfnissen nachgehen*. Dies kann sowohl eine unentgeltliche Tätigkeit sein

(Erledigung des Haushaltes, Beschäftigung mit einem Hobby) als auch, sofern es mit den anderen arbeitsvertraglichen Pflichten vereinbar und die Flexibilität genügend gross ist, eine eigentliche Erwerbstätigkeit.

Zuzustimmen ist dem Bundesgericht in Bezug auf die Begründung, dass ein Arbeitnehmer nur dann Bereitschaftsdienst leisten wird, wenn auch Aussicht auf eine (entgeltliche) Hauptleistung besteht bzw. wenn er damit rechnen kann, zur Arbeit aufgerufen zu werden. Der Bereitschaftsdienst ist somit untrennbar mit der entgeltlichen Arbeitsleistung verknüpft. Der Angestellte impliziert also eine Entschädigung des Bereitschaftsdienstes in dem Sinne, als alles zusammen im Rahmen der effektiv geleisteten Arbeit entschädigt wird. Dies sind die Umstände im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR, welche den Schluss zulassen, dass die Leistung (in casu der Bereitschaftsdienst) nur gegen Lohn zu erwarten ist.

Ein ganz wesentliches Argument für eine Entschädigung des Bereitschaftsdienstes ergibt sich zudem aus dem Wesen des Arbeitsvertrages. Auch wenn in Bezug auf die Lohnhöhe gewisse erfolgsorientierte Elemente existieren (Provision, Gewinnzuschlag etc.), so ist doch der eigentliche Arbeitsvertrag gekennzeichnet durch das fehlende wirtschaftliche Risiko. Ist ein mehr oder weniger fixer Monatslohn vereinbart, so hängt der Bestand der Lohnforderung nicht vom wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung ab. Dieser Grundsatz zieht sich quer durch das gesamte Einzelarbeitsvertragsrecht. Neben dem fehlenden Unterordnungsverhältnis ist dies ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zum Gesellschaftsvertrag, wo in der Regel alle Gesellschafter gemeinsam am wirtschaftlichen Erfolg partizipieren (vgl. bspw. Art. 532 OR). Die Zulassung eines unentgeltlichen Bereitschaftsdienstes wäre gleichbedeutend mit der Abwälzung des Beschäftigungsrisikos auf den Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber vereinbart Arbeit auf Abruf und auferlegt dem Arbeitnehmer Bereitschaftsdienst, sobald ersterer nicht mehr genügend Arbeit zur Verfügung stellen kann. Bei einem unentgeltlichen Bereitschaftsdienst hätte der Arbeitnehmer somit einen wesentlichen Teil des unternehmerischen Risikos zu tragen, weil er immer dann kein Lohn verdiente, wenn ihm wegen mangelnder Nachfrage nur ungenügend Arbeit zugewiesen werden könnte.

So klar die Entschädigungspflicht des Arbeitgebers für den geleisteten Bereitschaftsdienst, so schwierig ist deren Bemessung. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist (Art. 322 Abs. 1 OR). Lässt sich die Höhe des Lohnes nicht feststellen, so hat der Richter nach Billigkeit zu entscheiden (ZK-STAEHELIN, Art. 322 N 33).

Aus wirtschaftlicher Sicht handelt es sich für den Arbeitgeber bei der Vereinbarung von Arbeit auf Abruf um eine Versicherung. Der Arbeitgeber vereinbart mit dem Arbeitnehmer, dass eine vertragliche Leistung (Arbeit) geschuldet wird, sobald ein bestimmtes Ereignis eintritt (Bedarf des Arbeitgebers). In diesem Sinne entspricht die Entschädigung für den geleisteten Bereitschaftsdienst einer Risikoprämie für das Recht des Arbeitgebers, im Versicherungs-

fall den Angestellten zur Arbeitsleistung aufbieten zu können.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Lohnes für geleisteten Bereitschaftsdienst ist sicherlich die Höhe des konkreten, für die geleistete Arbeit bezahlten Stundenlohnes an den Arbeitnehmer. Je höher die Entschädigung der effektiv geleisteten Arbeit, umso wertvoller ist diese für den Arbeitgeber. Aus diesem Grund drängt sich auch der Schluss auf, dass der Bereitschaftsdienst einer hochqualifizierten (und damit gut entlohnten) Person für den Arbeitgeber wertvoller sein muss als die Abrufbereitschaft eines Angestellten mit einem tiefen Stundenansatz. Zuzustimmen ist ausserdem der Meinung des Bundesgerichtes, wonach die Entschädigung für den geleisteten Bereitschaftsdienst tiefer sein wird als der Stundenlohn für effektiv geleistete Arbeit. Der Arbeitnehmer seinerseits wird einen umso höheren Lohn für den Bereitschaftsdienst verlangen, je stärker er in seiner persönlichen Freiheit eingeschränkt wird. Wie oben dargestellt, hängt die Möglichkeit der Nutzung des Bereitschaftsdienstes für die persönlichen Bedürfnisse ganz wesentlich von zwei Bedingungen ab: Erstens von der Zeitspanne zwischen Abruf und Arbeitseinsatz und zweitens von den Schwankungen der effektiven Beschäftigung. Aus diesem Grund sind diese beiden Aspekte m.E. auf jeden Fall zu berücksichtigen. Unbedeutend für die Bestimmung der Entschädigung sind die finanziellen Verhältnisse des Arbeitnehmers. Bei der Bestimmung des monetären Wertes von Abrufbereitschaft geht es um einen Versuch der Bestimmung einer Marktleistung. Die Freiheit des Richters aufgrund von Art. 322 Abs. 2 OR darf nicht dazu führen, dass aus sozialen Überlegungen heraus via Rechtsprechung ein dem schweizerischen System fremder Mindestlohn eingeführt wird.

Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass die Entschädigung des Bereitschaftsdienstes auch im Rahmen der Lohnzahlung für die effektiv geleistete Arbeit erfolgen kann. Mit anderen Worten ist es grundsätzlich nicht notwendig, den vom Arbeitgeber bezahlten Lohn in Bereitschaftsdienst und effektiv geleistete Arbeit aufzuschlüsseln. Trotz dieser Bemerkung wird man in der Praxis aus folgenden Gründen nicht umhin kommen, die Höhe des für den Bereitschaftsdienst bezahlten Lohnes getrennt zu bestimmen:

In jeder geleisteten Stunde Arbeit ist ein bestimmter Anteil für den erbrachten Bereitschaftsdienst enthalten. Je mehr der Angestellte arbeitet, umso tiefer ist aber auch die Anzahl der geleisteten Stunden Bereitschaftsdienst. Dies führt zum absurden Ergebnis, dass die Entschädigung für Bereitschaftsdienst umso höher ausfällt, je kürzer dieser gedauert hat. Bei Arbeitsverhältnissen mit starken Schwankungen in Bezug auf die effektiv geleistete Arbeit führt dies zu einer von Fall zu Fall unterschiedlichen Entlohnung. Zweitens erkennt auch das Bundesgericht, dass im Falle von gesamtarbeitsvertraglichen Mindestlohnvorschriften der Bereitschaftsdienst nicht im Stundenlohn enthalten sein kann. Drittens können Löhne unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbotes zu einem Vergleich Anlass geben (Art. 3 Abs. 2 GIG). Auch dort muss der Stundenlohn eines

Arbeitnehmers mit Bereitschaftsdienst (vorbehältlich anderer Gründe) höher sein als derjenige seiner Kollegin, welche Voll- oder Teilzeitarbeit ohne Bereitschaftsdienst leistet. In der Praxis aber wird vermutlich vor allem derjenige Fall zu Kopfzerbrechen führen, wo der Arbeitgeber seinen Angestellten kündigt und letzterer während der gesamten Kündigungsfrist nur noch Bereitschaftsdienst leistet, jedoch nicht mehr zur Arbeit abgerufen wird. Da zu vermuten ist, dass der zukünftig geleistete Bereitschaftsdienst nicht bereits im dem im Vormonat ausbezahlten Lohn enthalten ist, muss der Richter im Streitfall den Wert der während der Kündigungsfrist erbrachten Leistung bestimmen.

Zu erwähnen bleibt schliesslich noch die Bemerkung des Bundesgerichtes, ob nicht analog zur Ferienentschädigung zu verlangen wäre, dass der Teil des Arbeitslohnes, welcher den Bereitschaftsdienst abgelten soll, klar aufzuführen ist. Bevor diese Frage entschieden wird, wäre m.E. noch eingehend zu prüfen, wie sich diese Praxis des Bundesgerichtes bewährt hat. Einerseits ist es dem Arbeitgeber sicherlich zuzumuten, seinem Angestellten die relevanten Informationen betreffend Ferienguthaben in Form einer detaillierten Lohnabrechnung zu vermitteln. Andererseits aber erscheint es stossend, dass ein Arbeitnehmer, sogar entgegen einer ausdrücklichen, schriftlichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag, nachträglich einen Ferienzuschlag einfordern kann, nur weil der Arbeitgeber es in Unkenntnis der bundesgerichtlichen Praxis unterliess, den Ferienanteil in jeder einzelnen Lohnabrechnung aufzuführen. Gerechtfertigt wäre eine solch detaillierte Abrechnungspflicht vielleicht einzig aus der Überlegung, dass der Arbeitnehmer vermutlich mehr Bereitschaftsdienst leisten als Ferien beziehen wird.