

Pikettdienst: Neuere Entwicklungen und aktuelle Probleme

Dr. iur. Christoph Senti

Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen und an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Projektmitarbeiter am IRP-HSG, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Advokaturbüro Frei Steger Senti, Altstätten SG

St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2019 ¹

Donnerstag, 19. September 2019, Grand Casino Luzern

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkung zur Begriffsverwendung	2
II.	Pikettdienst und Arbeit auf Abruf	2
1.	Pikettdienst im Sinne von Art. 14 f. ArGV 1	2
2.	Pikettdienst im Sinne von Art. 4b AZG	2
3.	Bereitschaftszeit nach Art. 2 Abs. 1 lit. g Chauffeurverordnung	3
4.	Arbeit auf Abruf und Bereitschaftsdienst	3
5.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	4
6.	Notwendigkeit einer Differenzierung?	5
a)	Das Kriterium der zusätzlich zu leistenden „normalen Arbeit“	6
b)	Das Kriterium der Sonderereignisse	7
c)	Keine Unterscheidung bei der Frage zur Entlöhnung	8
d)	Keine Unterscheidung bei Bereitschaftsdienst im Betrieb	9
7.	Einheitliche Behandlung von Arbeit auf Abruf und Pikettdienst	9
III.	Pikettdienst inner- oder ausserhalb des Betriebes	10
1.	Art. 8a ArGV 2 als Ausgangspunkt	10
2.	Ort des Aufenthaltes als taugliches Abgrenzungskriterium?	15
IV.	Pikettdienst und Pausen	17
1.	Fragestellung	17
2.	Sinn und Zweck von Pausen	18
3.	Verlassen des Arbeitsplatzes während der Pause	18
4.	Unterbrechen und Nachholen von Pausen?	19
5.	Bereitschaftsdienst im Betrieb und Pausen	20
V.	Pikettdienst und Überstunden, bzw. Überzeitarbeit	21
VI.	Schlusswort	23

¹ Bereinigte und ergänzte Fassung des im Tagungsband zur St. Galler Arbeitsrechtstagung vom 19. September 2019 publizierten Aufsatzes.

I. Vorbemerkung zur Begriffsverwendung

Vor allem in der Lehre ergibt sich bei näherer Analyse eine unterschiedliche Verwendung der verschiedenen Begriffe im Zusammenhang mit Arbeit auf Abruf und/oder Pikettdienst. Vorliegende Arbeit verwendet die mit dieser Thematik einhergehenden Begriffe, in Anlehnung an einen früheren Versuch zur Klärung und Strukturierung², wie folgt:

	Im Betrieb	Ausserhalb Betrieb
	Bereitschaftsdienst	
Arbeit auf Abruf	Arbeitsbereitschaft / Präsenzzeit	Rufbereitschaft
Pikettdienst	Pikettdienst im Betrieb	Pikettdienst ausserhalb Betrieb

II. Pikettdienst und Arbeit auf Abruf

1. Pikettdienst im Sinne von Art. 14 f. ArGV 1

Das Arbeitsgesetz, bzw. dessen Verordnung 1 definiert Pikettdienst als Zeitraum, während welchem sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit hält und zwar für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse³. Pikettdienst kann innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet werden. Beim Pikettdienst im Betrieb gilt die gesamte, zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit⁴, beim Pikettdienst ausserhalb des Betriebes lediglich die für einen effektiven Einsatz aufgewendete Zeit sowie die Wegzeit zu und von der Arbeit⁵.

2. Pikettdienst im Sinne von Art. 4b AZG

Arbeitnehmende konzessionierter Eisenbahn- und Bus-, Automobil-, Schifffahrts- oder anderer Unternehmen des öffentlichen Verkehrs sind mit Ausnahme der Bestimmungen zum Gesundheitsschutz vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen⁶. Für diese gilt das Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs⁷, welches den Pikettdienst ebenfalls regelt⁸. In Abweichung zur Definition in Art. 14 ArGV 1 gilt als solcher jedoch nicht die Bereitschaft „neben der

² Senti, S. 645 ff. und S. 678.

³ Art. 14 Abs. 1 ArGV 1.

⁴ Art. 15 Abs. 1 ArGV 1.

⁵ Art. 15 Abs. 2 ArGV 2.

⁶ Art. 2 Abs. 1 lit. b ArG.

⁷ Arbeitszeitgesetz, AZG, vom 8. Oktober 1971 (SR 822.21).

⁸ Art. 4b AZG.

normalen Arbeit“, sondern diejenige Zeit, während welcher sich der Arbeitnehmer „ausserhalb der geplanten Arbeitszeit“ zur Verfügung hält⁹.

Dies ist meines Erachtens dasselbe: Während die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz auf das Kriterium abstellt, ob der Arbeitnehmer neben dem Pikettdienst zusätzlich „normale Arbeit“ leistet, nimmt die Definition im Arbeitszeitgesetz auf den Zeitraum Bezug, während welchem sich der Arbeitnehmer bereit hält. Meint der Gesetzestext mit „ausserhalb der geplanten Arbeitszeit“ diejenige Zeit, welche der betreffende Arbeitnehmer ausserhalb der Zeit seiner „normalen Arbeit“ Pikettdienst leistet, deckt sich dies mehr oder weniger mit der Definition nach Art. 14 ArGV 1. Wird aber unabhängig von effektiv geleisteter Arbeit, quasi „abstrakt“¹⁰ auf den Zeitraum der normalerweise üblichen Arbeitszeiten verwiesen, definiert das AZG den Pikettdienst abweichend vom Arbeitsgesetz. Ob mit der Definition im Arbeitszeitgesetz bewusst eine, vom Arbeitsgesetz abweichende Definition, geschaffen werden wollte, wäre zu prüfen. Festzustellen ist, dass auch die Verordnung zum Arbeitszeitgesetz diverse Schutzbestimmungen enthält, die sich in derselben oder ähnlichen Form auch in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz finden¹¹.

3. Bereitschaftszeit nach Art. 2 Abs. 1 lit. g Chauffeurverordnung

Keine Definition des Pikettdienstes, dafür aber der Bereitschaftszeit findet sich in der Chauffeurverordnung¹². Als solche „(...) gilt die Zeit, in der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, am Arbeitsplatz zu bleiben, sich jedoch in Bereitschaft halten muss, um auf Anweisung hin die Fahrtätigkeit oder andere Arbeiten aufzunehmen oder wiederaufzunehmen“. Soweit ersichtlich deckt sich diese Definition weitestgehend, wenn nicht vollumfänglich mit dem Begriff des Bereitschaftsdienstes bei Arbeit auf Abruf.

4. Arbeit auf Abruf und Bereitschaftsdienst

Auch bei Arbeit auf Abruf hält sich ein Arbeitnehmer zur Arbeitsaufnahme bereit, ohne effektiv tätig zu sein. Arbeit auf Abruf definieren diverse Autoren¹³ und auch das Bundesgericht¹⁴ als eine besondere Form der Teilzeitarbeit, bei welcher die Arbeit nicht nach einem feststehenden Arbeitsplan geleistet wird (uneigentliche Teilzeitarbeit). Dies im Unterschied zur eigentlichen Teilzeitarbeit, wo zum Voraus ein festste-

⁹ Art. 4b Abs. 1 AZG; Diese Umschreibung verwendet Staehelin zur Definition der Rufbereitschaft bei Arbeit auf Abruf, welche gerade nicht als Pikettdienst gilt (vgl. ZK-Staehelin, Art. 319 N 12).

¹⁰ Also unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer noch zusätzliche normale Arbeit leistet.

¹¹ Vgl. Art. 10 bis 13 AZGV versus Art. 14, 15, 19, 26 und 69 ArGV 1.

¹² Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (ARV 1, SR 8222.221).

¹³ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 N 18; BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 35; Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12; Senti, S. 646 f.; wohl auch Stengel/Brändli, S. 56.

¹⁴ BGer 4A_509/2009, E. 2.2.

hender Arbeitsplan besteht, die Arbeit also wiederholt und mit im Voraus bestimmten - wenn auch möglicherweise unregelmässigen - Arbeitszeiten erfolgt¹⁵.

Als Bereitschaftsdienst gilt die Zeit, während welcher sich der Arbeitnehmer bei Arbeit auf Abruf zur Verfügung des Arbeitgebers hält und auf einen Einsatz wartet¹⁶.

Dieser Bereitschaftsdienst kann innerhalb (Arbeitsbereitschaft¹⁷) oder ausserhalb des Betriebes (Rufbereitschaft¹⁸) geleistet werden. Sind nun Bereitschaftsdienst (im Sinne von Arbeit auf Abruf) und Pikettdienst dasselbe?

5. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Sowohl beim Bereitschaftsdienst im Sinne von Arbeit auf Abruf als auch beim Pikettdienst wartet der Arbeitnehmer darauf, die Arbeit aufzunehmen. Beide führen zu einem unregelmässigen, effektiv geleisteten Arbeitspensum und beide können innerhalb oder ausserhalb des Betriebs geleistet werden. Insofern sind der Pikettdienst einerseits wie auch der Bereitschaftsdienst bei Arbeit auf Abruf andererseits, identisch¹⁹.

In einem jüngeren Urteil unterschied das Bundesgericht jedoch zwischen diesen beiden Dienstleistungen²⁰: „Wie die Vorinstanz selbst ausführt, erging dieses Urteil in dessen zum Pikettdienst, der neben der normalen Arbeit geleistet wird (...). Es kann offenbleiben, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, da die Leistung von Pikettdienst nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar ist; die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers bestand ausschliesslich in der Rufbereitschaft und er bezog keinen Lohn für daneben geleistete normale Arbeitsleistung.“²¹ Das Bundesgericht scheint also Pikettdienst und Arbeit auf Abruf danach zu unterscheiden, ob der Bereitschaftsdienst „neben der normalen Arbeit“ geleistet wird²².

Aber nicht nur die Frage, ob Bereitschaftsdienst „neben der normalen Arbeit“ geleistet wird, auch der Grund für den Bereitschafts- bzw. Pikettdienst wird als Abgrenzungsmerkmal beigezogen: Nach Art. 14 ArGV 1 hält sich der Arbeitnehmer beim Pikettdienst bereit „(...) für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse.“ Ein zweites Ab-

¹⁵ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 N 18; Reh binder/Stöckli und auch Staehelin erachten diese Differenzierung allerdings als unnötig (BK-Reh binder/Stöckli, Art. 319 N 27, ZK-Staehelin, Art. 319 N 52).

¹⁶ Senti, S. 657.

¹⁷ ZK-Staehelin, Art. 319 N 11; BK-Reh binder/Stöckli, Art. 319 N 4.

¹⁸ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 N 18, ZK-Staehelin, Art. 319 N 12.

¹⁹ Vischer (vgl. dort, Rz 31, mit Verweis auf Senti, S. 660) bezeichnet den Pikettdienst denn auch als eine besondere Art des Bereitschaftsdienstes.

²⁰ BGer 4A_334/2017.

²¹ BGer 4A_334/2017, E. 2.3.

²² BGer 4A_334/2017, E. 2.3, vgl. Art. 14 Abs. 1 ArGV 1; gleicher Meinung: Seco, Wegleitung, 114-2;

grenzungsmerkmal gegenüber Arbeit auf Abruf ist also der Zweck dieser Dienstleistung²³.

6. Notwendigkeit einer Differenzierung?

Ob zwischen Bereitschaftsdienst bei Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1 andererseits unterschieden werden soll, ist mehr als eine akademische Frage. Von Kaenel und das Seco vertreten die Auffassung, dass Arbeit auf Abruf im Arbeitsgesetz nicht speziell geregelt sei und nur über die allgemeinen Grundsätze des Art. 6 ArG und anderer Bestimmungen des Arbeitsgesetzes zum Gesundheitsschutz erfasst werde²⁴. Demgegenüber finden sich in der Verordnungen Nr. 1 und 2 zum Arbeitsgesetz betreffend Pikettdienst konkrete Regelungen und Einschränkungen²⁵.

Im Leitentscheid BGE 124 III 249 ff. entschied das Bundesgericht, dass bei Arbeit auf Abruf der Bereitschaftsdienst im Betrieb als normale Arbeitszeit gelte und mangels abweichender Vereinbarung entsprechend entgeltlich geleistet wird²⁶. Weiter kam es zum Schluss, dass auch der Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes als Arbeit zu qualifizieren und entsprechend zu entlönnen sei²⁷. Dieser Lohn müsse allerdings nicht wie die Haupttätigkeit bezahlt werden, da der Arbeitgeber am Bereitschaftsdienst ein geringeres betriebswirtschaftliches Interesse habe und der Arbeitnehmer den Bereitschaftsdienst auch für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen könne²⁸.

Der konkrete Sachverhalt, welcher BGE 124 III 249 ff. zugrunde lag, ergibt sich nicht in detaillierter Form aus dem Bundesgerichtsentscheid selbst. Das Bundesgericht wies die Streitsache jedoch zur genaueren Abklärung an die Vorinstanz zurück, welche feststellte, dass der Arbeitnehmer jeweils am Vorabend um ca. 20 Uhr anrufen musste, um in Erfahrung zu bringen, ob für den Folgetag Arbeit vorhanden sei und falls ja, wo sich der Einsatzort befinde²⁹. Zudem hatte sich der Arbeitnehmer nach eigenen Angaben auch den Tag hindurch zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten³⁰. Soweit ersichtlich leistete jener Arbeitnehmer keinen Bereitschaftsdienst für allfällige Einsätze infolge von Sonderereignissen im Sinne des (damals noch nicht gültigen) Art. 14 ArGV 1³¹. Der Arbeitnehmer wurde einfach dann abgerufen, wenn

²³ Brändli/Stengel, S. 56 mit Verweisen; Rudolph/von Kaenel, S. 199; Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12; Seco, Wegleitung, 114-2.

²⁴ Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12; Seco, Wegleitung, Art. 114-1.

²⁵ Art. 14, 15, 19, 26 und 69. ArGV 1, Art. 8a ArGV 2.

²⁶ BGE 124 III 251 E. 3 a m. V. a. BK-Rehbinder, Art. 321 N 7 und ZK-Staehelin/Vischer, Art. 319 N 11.

²⁷ BGE 124 III 251 E. 3 b.

²⁸ BGE 124 III 251 E. 3 b.

²⁹ KGer FR, Urteil vom 29. Dezember 1999, A2 59/98, E. 5 b und c.

³⁰ KGer FR, Urteil vom 29. Dezember 1999, A2 59/98, E. 5 b.

³¹ Das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg stammt vom 29. Dezember 1999, Art. 14 ArGV 1 wurde, wie die gesamte Verordnung, am 10. Mai 2000 erlassen.

der ordentliche Arbeitsanfall seinen Einsatz erforderlich machte³². BGE 124 III 249 ff. betraf also nicht die Leistung von Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1, sondern Rufbereitschaft bei Arbeit auf Abruf.

Wie oben gezeigt³³, wird in Lehre und Rechtsprechung zwischen Rufbereitschaft bei Arbeit auf Abruf und Pikettdienst ausserhalb des Betriebes nach zwei Kriterien unterschieden: Erstens wird Pikettdienst neben der normalen Arbeit geleistet, zweitens dient diese Dienstleistung, im Unterschied zur Arbeit auf Abruf, zur Behebung von Störungen, Hilfeleistung in Notsituationen, Durchführung von Kontrollgängen oder ähnlichen Sonderereignissen³⁴.

Leistet ein Arbeitnehmer über die Rufbereitschaft und damit zusammenhängende Einsätze keine zusätzliche „normale Arbeit“, leistet er somit keinen Pikettdienst, sondern Arbeit auf Abruf. Entsprechend greifen auch die Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes zum Pikettdienst nicht³⁵, welche diese Art von Dienstleistung näher regeln³⁶.

a) Das Kriterium der zusätzlich zu leistenden „normalen Arbeit“

Beispiel: Zwei angestellte Servicetechniker einer Unternehmung halten sich abwechselnd zur Behebung von Störungen im Maschinenpark der Unternehmung bereit. Während der eine Servicetechniker A ausschliesslich für solche Störungen abgerufen wird, erledigt der andere Servicetechniker B zusätzlich allgemeine Revisionsarbeiten im Umfang von einem halben Tag pro Woche. Letztere Arbeiten werden jeweils am Montag ausgeführt und im Stundenlohn abgerechnet.

Betrachtet man das Kriterium der (zusätzlichen) Leistung von normaler Arbeit als eine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen von Pikettdienst, leistet der Servicetechniker B Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1, Servicetechniker A hingegen nicht. Mangels zusätzlicher Aufgaben („normale Arbeit“) leistet Servicetechniker A Arbeit auf Abruf und nach Auffassung von von Kaenel wären die Schutzvorschriften der ArGV 1 zum Pikettdienst nicht anwendbar³⁷. Demgegenüber kommt Servicetechniker B in den Genuss dieser Schutzbestimmungen. Eine solche Differenzierung macht nach der vorliegend vertretenen Auffassung wenig Sinn.

Kommt hinzu, dass Servicetechniker A vielleicht auch für einen anderen Arbeitgeber tätig ist, nachdem er für die im Beispiel genannte Unternehmung lediglich Rufbereitschaft leistet. In diesem Fall wäre zu entscheiden, ob die Dienstleistung des Service-

³² Vgl. dazu die Ausführungen in KGer FR, Urteil vom 29. Dezember 1999, A2 59/98, E. 5b und c.

³³ Vgl. oben, Ziff. I lit. II.5.

³⁴ Art. 14 Abs. 1 ArGV 1.

³⁵ Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12.

³⁶ Art. 14, 15, 19, 26 und 69. ArGV 1, Art. 8a ArGV 2.

³⁷ Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12.

technikers A nicht deshalb doch als Pikettdienst gilt, wenn die „normale Arbeit“ bei einem anderen Arbeitgeber geleistet wird: Bei Mehrfachbeschäftigungen sind für die Einhaltung von Arbeits- und Ruhezeitvorschriften bekanntlich alle Arbeitsverhältnisse insgesamt zu berücksichtigen³⁸. Bei strenger Anwendung dieses Grundsatzes läge also immer dann Pikettdienst vor, wenn der sich bereithaltende Arbeitnehmer *irgendwo* zusätzlich normale Arbeit leistet.

b) Das Kriterium der Sonderereignisse

Art. 14 ArGV 1 definiert den Pikettdienst als Bereitschaftsdienst des Arbeitnehmers, während welchem er sich für allfällige Arbeitseinsätze zur Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse zur Verfügung hält. Diese funktionale³⁹ Abgrenzung gegenüber normaler Arbeit auf Abruf entscheidet an sich ebenfalls darüber, ob die Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes, bzw. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zum Tragen kommt oder nicht⁴⁰.

Beispiel: Zwei Schreinerinnen arbeiten zu je 50% bei der Unternehmung Z in einem festen Pensum. Darüber hinaus leisten beide flexible Einsätze je nach Bedarf der Arbeitgeberin. Schreinerin N wird abgerufen, wenn kurzfristig soviel Arbeit anfällt, dass diese mit den ordentlich angestellten Arbeitskräften nicht mehr abgearbeitet werden kann. Schreinerin S wird aufgrund ihrer Fähigkeiten im Umgang mit Kunden und für die Lösung besonderer Probleme hingegen nur für Spezialfälle beigezogen, nicht aber für die „normale“ Mehrarbeit.

In obigem Beispiel leistet Schreinerin N Rufbereitschaft im Sinne von Arbeit auf Abruf (Einsatz bei erhöhtem Arbeitsbedarf) und Schreinerin S leistet Pikettdienst (Einsatz für Sonderereignisse). Macht es Sinn, diese beiden Fälle nach den Vorschriften des Arbeitsgesetzes unterschiedlich zu behandeln? Beide Arbeitnehmerinnen leisten normale Arbeit im Umfang von 50% eines ordentlichen Pensums und halten sich darüber hinaus für weitere Einsätze bereit. Einzig die Tatsache, dass Schreinerin S sich für die Erledigung von Sonderereignissen zur Verfügung hält, rechtfertigt meines Erachtens keine abweichende Anwendbarkeit der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes: Beide halten sich für eine zukünftige Arbeitsleistung bereit und sind in ihrer persönlichen Freizeit womöglich im gleichen Ausmass eingeschränkt. Ob die Schreinerinnen „normale“ oder „besondere“⁴¹ Arbeit leisten, rechtfertigt meines

³⁸ Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 42, mit Verweis auf SECO, Merkblatt Mehrfachbeschäftigung beim gleichen bzw. bei mehreren Arbeitgebern, S. 1.

³⁹ Brändli/Stengel, S. 56 mit weiteren Verweisen.

⁴⁰ Rudolph/von Kaenel, S. 199; Von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 12.

⁴¹ Also ein Sonderereignis im Sinne von Art. 14 ArGV 1.

Erachtens keine unterschiedliche Behandlung nach den Vorschriften des Arbeitsgesetzes.

c) Keine Unterscheidung bei der Frage zur Entlöhnung

Im Unterschied zur Frage der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bei Pikettdienst, machen Lehre und Rechtsprechung zwischen diesen beiden Dienstleistungen bei der Entschädigungspflicht keinen Unterschied. Auch bei Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1 wird für die Frage der Entschädigungspflicht regelmässig auf den Leitscheid BGE 124 III 249 ff. verwiesen⁴², welcher Arbeit auf Abruf und nicht Pikettdienst betraf.

Die Gleichschaltung von Rufbereitschaft bei Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst andererseits bei der Entschädigungspflicht trotz unterschiedlich anwendbarer Normen bei der Arbeitszeit, lässt sich einfach begründen: „Damit ist auch gesagt, dass von der Anrechnung als Arbeitszeit im Sinne des ArG und damit an dessen Höchstarbeitszeiten strikt die Frage der Entlöhnung zu trennen ist. Diese untersteht in erster Linie der privatrechtlichen Disposition der Vertragspartner, soweit nicht gesamtarbeitsvertragliche Regelungen greifen. Pikettdienst, auch soweit er als Arbeitszeit gilt, kann also durch GAV oder Parteivereinbarung zu einem reduzierten Ansatz entschädigt oder sogar ganz mit dem Monatslohn abgegolten werden.“⁴³ Die Frage, ob und wie hoch Bereitschaftsdienst einerseits und Pikettdienst andererseits zu entschädigen ist, richtet sich also nach dem privaten Arbeitsvertragsrecht. Dem ist auch dahingehend zuzustimmen, als diesbezüglich eine Unterscheidung zwischen den beiden Dienstleistungen wenig Sinn macht: In beiden Fällen hält sich der Arbeitnehmer für einen Einsatz bereit, was das Bundesgericht als entschädigungspflichtige Arbeitsleistung qualifiziert⁴⁴.

Meines Erachtens als Ausreisser zu betrachten ist das zu Beginn erwähnte Urteil des Bundesgerichts⁴⁵, in welchem es bezüglich Entschädigungspflicht zwischen Rufbereitschaft für Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst andererseits unterschied. Diese Differenzierung steht im Widerspruch mit diversen anderen Gerichtsurteilen⁴⁶ bei welchen es zur Entschädigungspflicht von Pikettdienst direkt auf BGE 124 III 249 ff. verweist, welcher jedoch Arbeit auf Abruf betraf⁴⁷. Immerhin ergänzte das Bun-

⁴² BGer 4A_96/2017 E. 2.1; BGer 4A_528/2008 E. 2.3; BGer 4A_523/2010; Rudolph/von Kaenel, S. 200; von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 13.

⁴³ Rudolph/von Kaenel, S. 200, mit weiteren Verweisen, insbes. auf von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 13.

⁴⁴ BGE 124 III 251 E. 3 b.

⁴⁵ Vgl. oben, FN 21, BGer 4A_334/2017 E. 2.3.

⁴⁶ BGer 4A_96/2017 E. 2.1; BGer 4A_528/2008 E. 2.3; BGer 4A_523/2010.

⁴⁷ Vgl. oben, Ziff. I lit. II.6.

desgericht diese Differenzierung mit der Bemerkung, dass offen bleiben kann, ob an dieser Rechtsprechung⁴⁸ festzuhalten sei⁴⁹.

d) Keine Unterscheidung bei Bereitschaftsdienst im Betrieb

Leistet der Arbeitnehmer Arbeit auf Abruf, bzw. Bereitschaftsdienst im Betrieb, so gilt diese Zeit vollumfänglich als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes und ist auch, sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde, zum ordentlichen Lohn zu vergüten⁵⁰. Mit anderen Worten: Im Unterschied zum Bereitschaftsdienst ausserhalb der Unternehmung (Rufbereitschaft vs. Pikettdienst ausserhalb des Betriebes) wird bei dieser Arbeitsleistung „im Betrieb“ nicht zwischen Arbeit auf Abruf und Pikettdienst unterschieden.

7. Einheitliche Behandlung von Arbeit auf Abruf und Pikettdienst

Die oben aufgezeigten Ausführungen zeigen, dass sich eine einheitliche Anwendung des Arbeitsgesetzes für Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst andererseits auch für Fälle, in welchen die Arbeitsleistung ausserhalb des Betriebes geleistet wird, geradezu anbietet. Die Anwendbarkeit der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes sollten meines Erachtens nicht danach unterscheiden, welche Art von Arbeit geleistet wird, oder ob der betreffende Arbeitnehmer neben dem Bereitschaftsdienst noch ein (nur schon minimales) ordentliches Arbeitspensum leistet, möglicherweise noch bei einem anderen Arbeitgeber.

Hinzu kommt, dass keine Unterscheidung zwischen Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst andererseits stattfindet, wenn es um die privatrechtliche und vom Arbeitsgesetz nicht tangierte Frage der Entschädigung dieser Dienstleistung geht. Bei jener Frage wird zwischen diesen Dienstleistungen nicht unterschieden.

Meines Erachtens drängt es sich daher auf, für alle Arten von Bereitschaftsdienst die Schutzbestimmungen des Arbeits- oder Arbeitszeitgesetzes entweder direkt⁵¹ oder analog⁵² anzuwenden⁵³. Die Anwendbarkeit von Arbeits- oder Arbeitszeitgesetz sollte nicht davon abhängig gemacht werden, ob zusätzlich zum Bereitschaftsdienst „nor-

⁴⁸ D.h. derjenigen in BGer 4A_253/2010 E. 6, wonach bei einer nur geringen Beschränkung der Zeitgestaltung des Arbeitnehmers ein Pikettdienst auch entschädigungslos geleistet werden kann.

⁴⁹ BGer 4A_334/2017 E. 2.3.

⁵⁰ ZK-Staehelin, Art. 319 N 11, welcher diesen Bereitschaftsdienst als „innerbetrieblichen Pikettdienst“ bezeichnet; Vischer, Rz. 18, BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 319 N 4; BGE 124 III 251 E. 3 a.

⁵¹ Für Pikettdienste im Sinne von Art. 14 ArGV 1.

⁵² Bereitschaftsdienste im Sinne von Arbeit auf Abruf inner- oder ausserhalb des Betriebes, welche entweder ohne „normale Arbeit“ oder nicht für „Sonderereignisse“ geleistet werden.

⁵³ Gleicher Meinung: Zein, S. 534.

male Arbeit“ geleistet wird⁵⁴, wann diese Arbeit geleistet wird⁵⁵ oder welche Art von Arbeit im Falle eines Abrufes zu erledigen ist⁵⁶.

In diesem Sinne ist Pikettdienst im Sinne von Art. 14 ArGV 1 oder Art. 4b AZG eine Sonderform des Bereitschaftsdienstes bei Arbeit auf Abruf. Auch wenn umgekehrt nicht jede Form von Bereitschaftsdienst als Pikettdienst in diesem Sinne zu qualifizieren ist, rechtfertigt sich meines Erachtens die analoge Anwendung der Bestimmungen zum Pikettdienst für den Bereitschaftsdienst bei Arbeit auf Abruf.

Eine analoge Anwendbarkeit hat den markanten Vorteil, dass sich Unterscheidung zwischen Arbeit auf Abruf einerseits und Pikettdienst andererseits auf eine begriffliche Differenzierung ohne praktische Auswirkungen reduziert. Da beide Arten von Bereitschaftsdienst innerhalb des Betriebes wie auch bezüglich Entlohnung identisch behandelt werden, macht eine Differenzierung einzig beim Bereitschaftsdienst ausserhalb des Betriebes wenig Sinn. Zudem sollte meines Erachtens für die Anwendbarkeit der Schutzvorschriften nach Arbeits- oder Arbeitszeitgesetz nicht danach unterschieden werden, weshalb, wann oder ob darüber hinaus zusätzliche Arbeit geleistet wird.

III. Pikettdienst inner- oder ausserhalb des Betriebes

1. Art. 8a ArGV 2 als Ausgangspunkt

Auf den 1. Januar 2010 trat der damals neu erlassene Art. 8 ArGV 2 in Kraft⁵⁷. Jene Bestimmung sieht vor, dass dem Arbeitnehmer eine Zeitgutschrift von 10% der inaktiven Pikettdienstzeit gutzuschreiben ist, falls die Interventionszeit weniger als 30 Minuten beträgt. Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewendete Zeit ausserhalb einer Intervention sowie der Zeit für den Arbeitsweg verstanden⁵⁸. Absatz 3 dieser Bestimmung bestätigt im Grundsatz die Regelung in Art. 15 Abs. 1 ArGV 1, wonach Pikettdienst (im Sinne von inaktiver Pikettdienstzeit) immer dann vollumfänglich als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, wenn dieser Dienst im Betrieb geleistet wird⁵⁹.

Diese Bestimmung unterscheidet also zwischen Interventionszeiten von mehr oder weniger als 30 Minuten⁶⁰ einerseits und einer „kurzen Interventionszeit“ andererseits⁶¹. Der systematische Aufbau von Art. 8a ArGV 2 liesse vermuten, dass eine „kurze Interventionszeit“ im Sinne von Abs. 3 nicht vorliegen kann, wenn die Interven-

⁵⁴ Art. 14 Abs. 1 ArGV 1.

⁵⁵ Art. 4b Abs. 1 AZG.

⁵⁶ Art. 14 Abs. 1 ArGV 1, Art. 4b Abs. 1 AZG.

⁵⁷ Vgl. AS 2009 6549.

⁵⁸ Vgl. Art. 8a Abs. 2 ArGV 2.

⁵⁹ Vgl. zu dieser Bestimmung eingehend: Brändli/Stengel, AJP 2013, S. 55 ff. passim.

⁶⁰ Art. 8a Abs. 1 und 2 ArGV 2.

⁶¹ Art. 8a Abs. 3 ArGV 2.

tionszeit länger als die in den vorangehenden Absätzen erwähnten 30 Minuten liegt. Dies deshalb, weil eine „kurze Interventionszeit“ nach Abs. 3 bedeutet, dass kein Zeitzuschlag von 10% geschuldet ist, sondern die gesamte inaktive Pikettdienstzeit vollumfänglich als Arbeitszeit anzurechnen ist. Vom Konzept her wäre dies wohl eine Zeit, die noch kürzer ist als die bereits unterschrittenen 30 Minuten nach Art. 8 Abs. 2 ArGV 2, und zwar so kurz, dass der Pikettdienst im Betrieb geleistet werden muss. Dies ist jedoch nicht zwingend so, wie sich aus einem Urteil des Bundesgerichts ergibt: In BGer 4A_11/2016 war der Arbeitnehmer ohne weiteres befugt, den Betrieb während des Pikettdienstes zu verlassen. Er hatte jedoch auf seinem Mobiltelefon erreichbar und im Falle eines Abrufes innert 15 Minuten in der Klinik zu sein⁶². Während die Arbeitgeberin die Meinung vertrat, dass in diesem Fall lediglich eine Zeitgut-schrift von 10% für die inaktive Pikettdienstzeit geschuldet sei⁶³, erklärte das Bundesgericht, dass eine solch kurze Interventionszeit als „Pikettdienst im Betrieb“ zu qualifizieren und damit vollumfänglich als Arbeitszeit anzurechnen ist⁶⁴. Dazu lieferte das Bundesgericht folgende Begründung⁶⁵:

„Dieser Unterscheidung zwischen Pikettdienst inner- und ausserhalb des Betriebs liegt die Überlegung zugrunde, dass der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebs mehr Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten hat. Gemäss dem Regelungsgedanken von Art. 15 ArGV 1 ist daher nur von ausserhalb des Betriebs geleistetem Pikettdienst auszugehen, wenn der Arbeitnehmer diese Möglichkeiten auch nutzen kann. Dies ist zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer während des Pikettdienstes innert sehr kurzer Frist, z.B. innert 15 Minuten nach dem Anruf, intervenieren muss, den Betrieb daher unter den gegebenen Umständen kaum verlassen und somit auch nicht von seiner Freizeit profitieren kann (Urteile 4A_94/2010 vom 4. Mai 2010 E. 4.4; 4A_523/2010 vom 22. November 2010 E. 5.1). Entsprechend bestimmt der am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Art. 8a Abs. 3 ArGV 2, dass die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit gilt, wenn der (inaktive) Pikettdienst wegen der kurzen Interventionszeit im Betrieb geleistet werden muss. Anders verhält es sich nur, wenn der Arbeitnehmer den Pikettdienst tatsächlich zu Hause erbringen kann, da ihm dies namentlich bezüglich des Sozialkontakts und der Freizeitbeschäftigungen verschiedene auf dem Betriebslokal ausgeschlossene Möglichkeiten bietet und deshalb keine Gleichstellung mit dem im Betrieb erbrachten Pikettdienst gerechtfertigt ist (Urteil 4A_94/2010 vom 4. Mai 2010 E. 4.4).“

In Bezug auf die Pflicht zur vollumfänglichen Anrechnung der inaktiven Pikettdienstzeit als Arbeitszeit nahm das Bundesgericht nicht auf Art. 8 Abs. 3 ArGV 2 Bezug, sondern primär auf Art. 15 ArGV 1. Dies ist insofern bemerkenswert, als Art. 15 ArGV 1 nicht nur für eine beschränkte Kategorie von Betrieben gilt (wie Art. 8 ArGV 2)⁶⁶, sondern für alle, dem Arbeitsgesetz unterstellten Unternehmen. Mit anderen Worten:

⁶² BGer 4A_11/2016 E. 3.

⁶³ Interventionszeit von als 30 Minuten nach Art. 8a Abs. 2 ArGV 2.

⁶⁴ BGer 4A_11/2016 E. 4.1.

⁶⁵ BGer 4A_11/2016 E. 4.1.

⁶⁶ Vgl. Art. 15 ArGV 2: Krankenanstalten und Kliniken.

Die im besagten Urteil vom Bundesgericht gemachten Überlegungen zum „Pikettdienst im Betrieb“ sind für alle Betriebe relevant und nicht nur Unternehmen im Geltungsbereich von Art. 8 ArGV 2.

Zweitens spielt die Frage einer Interventionszeit von mehr oder weniger als 30 Minuten offenbar gar keine entscheidende Rolle. Massgebend ist einzig, ob der Arbeitnehmer in der Lage ist, von seinen Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten zu profitieren. Dies ist offenbar nicht der Fall, wenn sich der Arbeitnehmer formell zwar frei bewegen darf, sich aufgrund der kurzen Interventionszeit aber im Betrieb oder in dessen unmittelbarer Nähe aufhalten muss und nicht nach Hause kann⁶⁷.

Löblich und im Prinzip sinnvoll ist diese Rechtsprechung dahingehend, als für den betreffenden Arbeitnehmer schlussendlich entscheidend ist, wie stark er bei der Leistung von Pikettdienst in seiner persönlichen Freizeitgestaltung eingeschränkt ist, obwohl er sich zu Hause aufhalten darf. Diese Belastung soll darüber entscheiden, ob der Pikettdienst vollumfänglich als Arbeitszeit zählt⁶⁸, nur eine Zeitgutschrift von 10 % zu gewähren⁶⁹ oder diese Dienstleistung überhaupt nicht als Arbeitszeit anzurechnen ist⁷⁰. Der meines Erachtens eklatante Nachteil einer solchen Anwendungspraxis ist die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit im konkreten Einzelfall. Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel:

Beispiel: 3 Ärzte arbeiten im Spital X als Anästhesisten. Arzt A wohnt im gleichen Dorf in der Nähe des Spitals. Der Arbeitsweg mit dem Auto beträgt 5 Minuten. Arzt B wohnt grundsätzlich im Ausland, nutzt jedoch eine von ihm gemietete 1-Zimmerwohnung, welche sich im gleichen Dorf wie das Spital X befindet. Mangels Führerschein fährt er jeweils mit dem Fahrrad zur Arbeit. Dazu benötigt er 15 Minuten. Arzt C wohnt im Nachbardorf, sein Arbeitsweg mit dem Auto dauert ca. 25 Minuten.

Falls gewünscht, dürfen die Ärzte ihren Pikettdienst auch im Spital selbst leisten, wo ihnen eine 1-Zimmerwohnung mit Fernseher, Internet und Einbauküche zur Verfügung steht. Zudem können sie im Spital jederzeit sowohl Schwimmbad wie auch Fitnessgeräte im Krafraum oder die hauseigene Bibliothek benützen.

Die Weisung zum Pikettdienst sieht im Falle eines Abrufes eine Interventionszeit von 15 Minuten vor. Gutgeschrieben wird den Ärzten eine Zeitgutschrift von 10% für die geleistete Pikettzeit (Art. 8a Abs. 2 ArGV), Einsätze werden inkl. Wegzeit vollumfänglich als Arbeitszeit abgerechnet. Eine *Pflicht* zur Nutzung der Personalwohnung besteht nicht, die Ärzte sind in ihrem Entscheid frei, wo sie sich aufhalten.

Alle drei Ärzte kündigen ihre Stelle und fragen sich, ob die vom Spital praktizierte Regelung gesetzeskonform war oder allenfalls die Auszahlung nicht gutgeschriebe-

⁶⁷ BGer 4A_11/2016 E. 4.1; gleicher Meinung: Brändli/Stengel, S. 63, mit Verweis auf ein publiziertes Gutachten von Thomas Geiser.

⁶⁸ Art. 8a Abs. 3 ArGV 2, Art. 15 Abs. 1 ArGV 1.

⁶⁹ Art. 8a Abs. 2 ArGV 2.

⁷⁰ Art. 8a Abs. 1 ArGV 2.

ner Arbeitszeit nachgefordert werden kann. Inwieweit ist der Pikettdienst bei diesen drei Ärzten als Arbeitszeit anzurechnen?

a) Arzt A: Arbeitsweg 5 Minuten

Die Weisung des Arbeitgebers sieht eine Interventionszeit von 15 Minuten vor. Aufgrund seines kurzen Arbeitsweges hat er nach einem Abruf noch 10 Minuten Zeit zur Verrichtung persönlicher Angelegenheiten, bevor er sich zur Arbeit begeben muss. Den Pikettdienst kann er zu Hause leisten, wo er mit gewissen Einschränkungen seine Freizeit nach eigenem Wunsch gestalten kann. Soweit ersichtlich, ist für diesen Fall wohl von einer Situation nach Art. 8a Abs. 2 ArGV 2 auszugehen.

b) Arzt C: Arbeitsweg 25 Minuten

Da der Arbeitsweg für Arzt C länger als die zulässige Interventionszeit ist, wird er wohl dazu verpflichtet sein, den Pikettdienst im Betrieb (Personalwohnung) zu leisten. Dieser Fall dürfte wohl mit dem Sachverhalt in BGer 4A_11/2016 vergleichbar sein: In jenem Urteil war ein Chefarzt verpflichtet, im Falle eines Abrufes innert 15 Minuten in der Klinik zu sein. Das Bundesgericht entschied, dass ein solcher Pikettdienst aufgrund der kurzen Interventionszeit dazu führt, dass sich der Arbeitnehmer im Betrieb aufhalten muss, weshalb diese Dienstleistung nicht unter Art. 8a Abs. 2 ArGV 2 fällt, sondern als Pikettdienst im Betrieb nach Art. 8a Abs. 3 ArGV 2 bzw. Art. 15 Abs. 1 ArGV 1 zu qualifizieren ist. Dass der Arbeitnehmer frei entscheiden konnte, wo er sich aufhielt, spielte aufgrund der faktischen Einschränkung bei einer Interventionszeit von 15 Minuten keine Rolle⁷¹.

c) Arzt B: Arbeitsweg 15 Minuten

Arzt B hätte mit dem Auto wohl mehr oder weniger denselben Zeitaufwand für den Arbeitsweg wie Arzt A. Da er den Arbeitsweg jedoch mit dem Fahrrad zurücklegt, muss er sich im Falle eines Abrufes umgehend auf den Weg machen. Streng nach dem Wortlaut von Art. 8a ArGV 2 wäre dies wohl ebenfalls ein Fall nach Abs. 2: Der Arbeitnehmer ist trotz der Pflicht zum sofortigen Verlassen des Wohnortes in der Lage, den Pikettdienst zu Hause zu leisten.

Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass er bei der Gestaltung seiner persönlichen Freizeit während des Pikettdienstes deutlich eingeschränkter ist, als Arzt A. Wenn er seine 1-Zimmerwohnung jeweils umgehend verlassen muss, sind alle Freizeitaktivitäten ausgeschlossen, für deren Beendigung er im Falle eines Abru-

⁷¹ BGer 4A_11/2016, E. 4.1 mit Verweis auf BGer 4A_94/20210 E. 4.4 und BGer 4A_523/2010 E. 5.1); gleicher Meinung: SECO, Wegleitung, S. 115-1.

fes noch eine gewisse Zeit braucht (bspw. Um- oder Anziehen, Duschen, etc.), oder welche sich weiter weg als seine Wohnung befinden und damit den Arbeitsweg (per Fahrrad) verlängern. Haben wir damit einen Fall von Pikettdienst im Betrieb nach BGer 4A_11/2016?

Diese drei Beispiele eines Arbeitsverhältnisses *bei demselben Arbeitgeber mit denselben Arbeitsbedingungen* zeigen anschaulich, welche Probleme bei der Berücksichtigung des konkreten Einzelfalles entstehen können. Stellt man wie das Bundesgericht auf den konkreten Einzelfall des betreffenden Arbeitnehmers ab, wirft dies meines Erachtens folgende Fragen auf:

- Ist es angemessen, den Pikettdienst von Arzt B mit Berufung auf BGer 4A_11/2016 als Arbeitszeit anzurechnen, weil dieser den Arbeitsweg nicht mit einem Auto zurücklegt und deshalb bei seiner Freizeitgestaltung deutlich eingeschränkter ist als Arzt A?
Wie wäre zu urteilen, wenn der Weg mit dem Fahrrad nicht 15 Minuten, sondern 20 Minuten dauern würde, und Arzt B deshalb für den Pikettdienst die Personalwohnung nutzt, obwohl er bei der Nutzung eines Autos problemlos zu Hause bleiben könnte?
Wie wäre zu urteilen, wenn der Arzt B den Pikettdienst freiwillig in der Personalwohnung des Spitals verbringt (Pikettdienst im Betrieb), weil er im Spital ein besseres Freizeitangebot hat und er als Grenzgänger so seine Sozialkontakte (Arbeitskollegen) sogar besser pflegen kann, wie wenn er zu Hause bliebe?
- Darf berücksichtigt werden, dass Arzt C, welcher den Pikettdienst in der Personalwohnung des Spitals und damit im Betrieb leistet, aufgrund der Infrastruktur im Spital (Fernseher, Internet, Schwimmbad, Fitnessraum, Bibliothek) im Ergebnis womöglich mehr Möglichkeiten zur Freizeitgestaltung hat, als Arzt B, welcher als Grenzgänger ebenfalls eine 1-Zimmerwohnung bewohnt ohne dieses Angebot?
- Spielt es eine Rolle, welchen privaten Bedürfnissen Arzt A, B oder C während des Pikettdienstes effektiv nachgehen oder gerne nachgehen würden? Ist Arzt B, welcher in seiner Freizeit Bücher liest und Yoga praktiziert, weniger eingeschränkt als Arzt C, welcher in seiner Freizeit gerne wandert, segelt und taucht?
- Ist die Möglichkeit zur Pflege der Sozialkontakte während des Pikettdienstes für Arzt B anders zu beurteilen als für Arzt C, wenn sich der Freundeskreis von Arzt

B (Grenzgänger) ohnehin nicht in der Nähe befindet, Arzt C jedoch im Dorf aufgewachsen und bestens vernetzt ist?

- Wie rechnet sich die Interventionszeit von 30 Minuten? Art. 8a Abs. 1 ArGV 2 spricht vom „Eintreffen am Arbeitsort“. Handelt es sich hierbei um das Betreten des Betriebsgeländes des Arbeitgebers, das Eintreffen am Ort, wo sich der Arbeitnehmer zur Aufnahme der Arbeit vorbereitet⁷² oder den Arbeitsplatz⁷³, wo die Arbeit effektiv aufgenommen und geleistet werden kann⁷⁴.

2. Ort des Aufenthaltes als taugliches Abgrenzungskriterium?

An sich stellt sich die Frage, ob das Abstellen auf den Ort, wo Pikettdienst geleistet wird, für sich allein überhaupt ein alleinentscheidendes Abgrenzungskriterium darstellt, um darüber zu entscheiden, ob Pikettdienst im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes geleistet wird⁷⁵.

Wie im vorangehenden Beispiel aufgezeigt, ist es gut möglich, dass Arzt C in der Personalwohnung⁷⁶ aufgrund der spitaleigenen Infrastruktur seine Freizeit deutlich besser nutzen kann als Arzt B, welcher den Pikettdienst als Grenzgänger in seiner 1-Zimmerwohnung leistet. Natürlich ist die Vermutung naheliegend, dass eine vom Arbeitnehmer selbst gewählte Wohnung ein besserer Ort ist, um sich ausserhalb der Arbeitszeit zu erholen. Dies ist meines Erachtens jedoch nicht immer zwingend der Fall und führt zu einer sehr komplexen Einzelfallgerechtigkeit.

Die Unterscheidung zwischen eigener Wohnung einerseits und Personalwohnung andererseits ist auch in einer anderen Fallkonstellation von Bedeutung: Der Betriebsbegriff im Sinne von Art. 14 f. ArGV 1 richtet sich nach der allgemeinen Definition im Arbeitsgesetz⁷⁷. Als Betrieb gilt derjenige Ort, wo sich der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation einordnet, bzw. der Ort des Arbeitsplatzes, an welchem sich der Arbeitnehmer bei Ausführung seiner Arbeit aufzuhalten hat⁷⁸. Folgt man dieser Überlegung, kommt man bei den im Privathaushalt geleisteten Pflegediensten - an sich - zu folgendem Ergebnis: Betreut ein Pfleger eine ältere Person in deren eigenen Wohnung oder deren eigenem Haus, handelt es sich um einen Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes⁷⁹. Steht dem Arbeitnehmer ein eigenes Zimmer zur Verfügung, in

⁷² Bspw. Umkleidekabine oder Eingangsbereich bei der Stempeluhr.

⁷³ Bspw. den Operationssaal.

⁷⁴ Vgl. Geiser, S. 261.

⁷⁵ So an sich das Bundesgericht in BGer 4A_94/2010, wonach die Einschränkung der persönlichen Gestaltungsmöglichkeiten offenbar keine Rolle spielt, sobald der Pikettdienst zu Hause geleistet werden kann (vgl. dort, E. 4.4 mit weiteren Verweisen).

⁷⁶ Pikettdienst im Betrieb.

⁷⁷ Seco, Wegleitung, S. 115-1.

⁷⁸ Art. 18 Abs. 5 ArGV 1.

⁷⁹ Geiser, ArG-Kommentar, Art. 1 N 9.

welchem er die Nacht verbringen kann, ist dies im Prinzip wie ein Personalzimmer im Betrieb zu qualifizieren. Verbringt der Pfleger die Nacht in seinem Zimmer, weil er sich im Notfall um die zu betreuende Person kümmern muss, leistet er nach der Definition von Art. 15 Abs. ArGV 1 Pikettdienst im Betrieb, welcher vollumfänglich als Arbeitszeit gilt. Die Lösung dieser Thematik ergibt sich in der Praxis aus dem Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes, welches mit Ausnahme der Bestimmungen zum Gesundheitsschutz private Haushalte vom betrieblichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausnimmt⁸⁰. Insofern wäre anzunehmen, dass sich diese Rechtsfrage gar nicht stellt oder stellen wird. Dem sind jedoch zwei Ausnahmefälle entgegen zu halten: Erstens gilt die Ausnahme vom Geltungsbereich nur für *private* Haushaltungen. Wird in der Wohnung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt (bspw. Arzt- oder Anwaltspraxis), ist das Arbeitsgesetz anwendbar⁸¹. Zweitens stellte das Bundesgericht in BGer 2P.251/2001 bzw. 2A_407/2001 E. 5.3 fest: „(...) dennoch ist bereits hier zu bemerken, dass Arbeitspensen von gegen 100 Stunden pro Woche, (...) mit Sicherheit gegen die Gesundheitsschutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes und seiner Verordnung verstossen würden.“ Wohnt ein pflegender Arbeitnehmer im Privathaushalt des Arbeitgebers und ist er nicht nur den Tag hindurch, sondern auch Nachts für Notfälle (in seinem Zimmer) erreichbar, so leistet er an sich Pikettdienst im Betrieb, welcher vollumfänglich als Arbeitszeit gilt und zusammen mit seinen ordentlichen, tagsüber geleisteten Diensten vermutlich regelmässig die durch das Bundesgericht definierte 100-Stundengrenze überschreitet. Zu dieser Problematik äusserten sich soweit ersichtlich weder das Arbeitsgericht Zürich⁸² noch das Zivilgericht Basel Stadt⁸³, auch wenn letzteres feststellte, dass sich das, der Arbeitnehmerin im Privathaushalt zur Verfügung stehende Zimmer als Aufenthaltsort nicht ohne weiteres mit Pikettdienst „im Betrieb“ im Sinne einer Fabrik vergleichen lasse⁸⁴.

Abzulehnen ist meines Erachtens die Meinung, dass Pikettdienst *per se* als solcher ausserhalb des Betriebes gilt, nur weil dieser zu Hause geleistet werden kann⁸⁵. Wie die oben gezeigten Beispiele zeigen, ist es im konkreten Einzelfall durchaus möglich, dass das Angebot von Sozialkontakten und Freizeitaktivitäten im Betrieb besser ist als zu Hause. Korrekt ist meines Erachtens hingegen die vom Bundesgericht in BGer 4A_11/2016 bestätigte Überlegung, nicht darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer

⁸⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG.

⁸¹ Geiser, ArG-Kommentar, Art. 2 N 39 f.; Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit Spitex-Diensten von Bedeutung: Wird diese Dienstleistung als Personalverleih qualifiziert wird, gilt der Privathaushalt als Einsatzbetrieb, womit die Ausnahme nach Art. 2 lit. g ArG nicht mehr zum Tragen kommt (Wagner, S. 774).

⁸² Vgl. Entscheide 2010 Nr. 22.

⁸³ Urteil vom 27. Oktober 2014 (GS.2013.32), besprochen durch Michel Kull, Entschädigung für Bereitschaftsdienst, ARV 2015 S. 112 ff.

⁸⁴ Kull, S. 115.

⁸⁵ BGer 4A_11/2016, E. 4.1; BGer 4A_94/2010 E. 4.4 mit Verweis auf BGer 2P_134/2006, E. 3.2 und BGer 4A_528/2008, E. 4.3.

den Betrieb verlassen *darf*, sondern vielmehr, ob er diesen verlassen *kann*⁸⁶. Entscheidend ist nicht die Weisung des Arbeitgebers, sondern die effektive Situation für den Arbeitnehmer.

IV. Pikettdienst und Pausen

1. Fragestellung

Das Arbeitsgesetz verpflichtet zur Einhaltung von Pausen, wenn die Arbeitszeit eine gewisse Dauer übersteigt. Es sind folgende Pausen einzuhalten⁸⁷:

- 15 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 5.5 Stunden;
- 30 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden;
- 60 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden.

Der Bezug dieser Pausen hat in der Mitte der geleisteten Arbeitszeit zu erfolgen und falls vor oder nach der Pause eine Arbeitszeit von mehr als 5.5 Stunden geleistet wird, ist eine zusätzliche Pause zu beziehen⁸⁸.

Darf der Arbeitnehmer während der Pause seinen Arbeitsplatz nicht verlassen, gilt die Pause als Arbeitszeit⁸⁹. Als „Arbeitsplatz“ in diesem Sinne gilt nicht der Betrieb als ganzes, sondern nur der Ort im Betrieb, an welchem sich der Arbeitnehmer für die Ausübung der ihm zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat⁹⁰. Damit ist klar, dass die Pause nicht als Arbeitszeit anzurechnen ist, wenn der Arbeitnehmer zwar seinen Arbeitsplatz, nicht aber den Betrieb verlassen darf⁹¹.

Pikettdienst gilt als Arbeitszeit, wenn der Arbeitnehmer diesen im Betrieb leistet⁹², oder ausserhalb des Betriebes, dabei aber derart in seiner persönlichen Freizeit eingeschränkt ist, dass dieser Bereitschaftsdienst trotzdem als Pikettdienst im Betrieb zu qualifizieren ist⁹³.

Hat ein Arbeitnehmer, welcher die ganze Nacht im Betrieb der Arbeitgeberin vergeblich auf einen Einsatz wartet und damit „nichts“ tut, Anspruch auf den Bezug einer Pause? Streng nach Wortlaut von Arbeitsgesetz und Verordnung wäre dies an sich zu bejahen, da Pikettdienst im Betrieb als Arbeitszeit gilt. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Arbeitnehmer vollumfänglich ausgeruht ist, wenn er mangels eines Einsatzes bspw. die Nacht durchschlafen konnte.

⁸⁶ Vgl. dort, E. 4.1.

⁸⁷ Art. 15 Abs. 1 ArG.

⁸⁸ Art. 18 Abs. 2 ArGV 1.

⁸⁹ Art. 15 Abs. 2 ArG.

⁹⁰ Art. 18 Abs. 5 ArGV 1.

⁹¹ BGer 4A_343/2010 E. 4.4 mit Verweis auf Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 22 f.; Streiff/von Kanel/Rudolph, Art. 321 N 9.

⁹² Art. 15 Abs. 1 ArGV 1.

⁹³ BGer 4A_11/2016 E. 4.1; Brändli/Stengel, S. 63; Seco, Wegleitung, 115-1.

Wie verhält sich der Anspruch auf Bezug von Pausen während des Pikettdienstes, wenn letzterer als Arbeitszeit gilt?

Meines Erachtens klar ist, dass sich die Frage des Pausenbezuges nur bei der Arbeitsbereitschaft und dem Pikettdienst im Betrieb stellt. Da Pikettdienst ausserhalb des Betriebes nicht als Arbeitszeit gilt⁹⁴, besteht auch keine Pflicht zur Gewährung von Pausen.

2. Sinn und Zweck von Pausen

„Die Pausen bezwecken die kurzfristige Erholung des Arbeitnehmers und wollen seine Möglichkeit zur Verpflegung sicherstellen. Pausen sollen den Arbeitnehmer vor Überbeanspruchungen schützen und die daraus herrührende Gefahr von Arbeitsunfällen vermeiden.“⁹⁵ Beim funktionalen Ansatz steht also die Erholung und Verpflegung des Arbeitnehmers im Vordergrund. Bezogen wird die Pause dann, wenn sich der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes inner- oder ausserhalb des Betriebes erholen und verpflegen konnte. Problematisch ist der Pausenbezug während eines Bereitschaftsdienstes deshalb, weil der Arbeitnehmer je nach Interventionszeit nie im Voraus weiss, ob er über die freie Zeitperiode nun effektiv verfügen kann oder nicht. Dies ist meines Erachtens insbesondere bei längeren Pausen eine nicht zu unterschätzende Einschränkung: Hat der Arbeitnehmer im Falle eines Einsatzes umgehend an einem bestimmten Arbeitsort die Arbeit aufzunehmen, wird er kaum in der Lage sein, während der halbstündigen Pause in der Mitte des Tages in einem Restaurant oder einer Kantine sein Mittagessen mit der Gewissheit einzunehmen, dass er Bestellen und in Ruhe essen kann.

Zum Pausenbezug vertritt das Seco in seiner Wegleitung die Meinung, dass Arbeitsunterbrüche aus technischen Gründen nicht als Pause gelten, wenn ein Ausruhen nicht möglich ist, bspw. weil sich die Wiederaufnahme der Arbeit nicht vorhersagen lässt⁹⁶. Wartet der Arbeitnehmer bei einer technischen Störung im Betrieb die Wiederaufnahme seiner Arbeit ab, ist dies im Prinzip nichts anderes als Arbeitsbereitschaft bzw. Pikettdienst: Er hält sich auf Abruf bereit, um bei Eintreten eines bestimmten Ereignisses (Behebung der Störung) seine Arbeit fortzusetzen.

3. Verlassen des Arbeitsplatzes während der Pause

Die Verbindung von Arbeitsbereitschaft und Pausen findet sich auch in einem anderen Zusammenhang: Darf der Arbeitnehmer während seiner Pause den Arbeitsplatz

⁹⁴ Art. 15 Abs. 2 ArGV 1.

⁹⁵ Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 4; Vgl. zum funktionalen Ansatz der Pause die Bemerkungen von Rudolph, ARV online 2010 Nr. 666.

⁹⁶ Seco, Wegleitung, 118-1 ; gleicher Meinung Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 7 und Rudolph, ARV online 2010 Nr. 666.

nicht verlassen, ist diese Zeit als Arbeitszeit zu rapportieren⁹⁷. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Pause als nicht bezogen gilt. Konnte sich der Arbeitnehmer unter vertretbaren hygienischen Bedingungen erholen und/oder verpflegen, gilt die Pause als gewährt, auch wenn diese als Arbeitszeit anzurechnen ist⁹⁸. Müller erwähnt in diesem Zusammenhang die Arbeitsbereitschaft als einen Anwendungsfall dieser Gesetzesbestimmung⁹⁹.

4. Unterbrechen und Nachholen von Pausen?

Dürfen Pausen nachgeholt werden, wenn diese infolge ausserordentlicher Ereignisse unterbrochen werden oder nicht bezogen werden können? Dazu finden sich in Arbeitsgesetz und Verordnungen soweit ersichtlich keine ausdrückliche Regelung¹⁰⁰. Wann die gesetzlich vorgeschriebenen Pausen zu beziehen sind, ist nur ungefähr definiert¹⁰¹. Art. 19 Abs. 3 ArGV 1 sieht vor, dass die *Ruhezeit* durch Piketteinsätze unterbrochen anschliessend nachgeholt werden darf. Konkreter äussert sich dazu das Seco: Bei einem Piketteinsatz muss die Ruhezeit vor dem Piketteinsatz und danach zusammen mindestens 11 Stunden betragen¹⁰².

Meines Erachtens lässt dies folgenden Schluss zu: Wenn es zulässig ist, die Ruhezeit durch Piketteinsätze zu unterbrechen, muss dies auch für die Pause gelten. Dies umso mehr, als im Unterschied zur Ruhezeit der Zeitpunkt des Pausenbezuges nicht genau vorgeschrieben wird. Sinnvoll wäre meines Erachtens auch in solchen Fällen die Berücksichtigung von Art. 18 Abs. 3 ArGV 1, wonach nur Pausen von mehr als 30 Minuten unterbrochen werden dürfen. Dies ergibt im Ergebnis folgende Regelung: Erstens dürfen Pausen während des Pikettdienstes durch einen Piketteinsatz unterbrochen werden¹⁰³. Zweitens ist die Pause danach nachzuholen, dies aber in voller Länge. Dies aber, drittens, nur bei Pausen von 30 Minuten oder weniger, da Pausen von längerer Dauer aufgeteilt werden dürfen¹⁰⁴. Viertens müssen auch die nachgeholt Pausen „um die Mitte“ der Arbeitszeit zu liegen kommen¹⁰⁵. Fünftens ist meines Erachtens selbstverständlich, dass Pausen auch während eines allfälligen Piketteinsatzes zu beziehen sind, wenn dieser, allenfalls zusammen mit der normalen Arbeit, die Arbeitszeiten nach Art. 15 ArG erreicht.

⁹⁷ Art. 15 Abs. 2 ArG.

⁹⁸ Seco, Wegleitung, S. 015-2; Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 22.

⁹⁹ Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 22.

¹⁰⁰ Dies im Unterschied zur Möglichkeit, Pausen von mehr als einer halben Stunde aufzuteilen (Art. 18 Abs. 3 ArGV 1).

¹⁰¹ Vgl. Art. 18 Abs. 2 ArGV 1: „... um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen.“.

¹⁰² Seco, Wegleitung, 119-2.

¹⁰³ Analog zur Ruhezeit nach Art. 19 Abs. 3 ArGV 1.

¹⁰⁴ Art. 18 Abs. 3 ArGV 1.

¹⁰⁵ Art. 18 Abs. 2 ArGV 1.

5. Bereitschaftsdienst im Betrieb und Pausen

Ob und inwieweit während eines Bereitschaftsdienstes im Betrieb (also Arbeitsbereitschaft oder Pikettdienst im Betrieb) Pausen zu beziehen sind, bzw. angerechnet werden dürfen, lässt sich meines Erachtens nicht allgemein beantworten. Möglich ist immerhin die Eingrenzung der einzelnen Fälle gestützt auf folgende Überlegungen:

- a) Entscheidend für die Frage des Bezuges einer Pause ist meines Erachtens, ob die betreffende Pause ihre Funktion erfüllt. Die Funktion ist umso wichtiger, je länger die einzuhaltende Pause dauert. Mit anderen Worten: Während des Pikettdienstes kann der Zweck einer Pause von fünf Minuten erfüllt worden sein, womit diese Pause als bezogen gilt. Umgekehrt aber kann ein Arbeitnehmer die 30-minütige Pause in der Mitte des Tages wohl nicht beziehen, wenn er sich immer und per sofort bereit zu halten hat und damit ausserstande ist, sich an einem geeigneten Ort (Restaurant, Kantine) in Ruhe zu verpflegen.
- b) Hat sich der Arbeitnehmer während des Pikettdienstes am Arbeitsplatz aufzuhalten, gilt die Pause als Arbeitszeit¹⁰⁶. Dies bedeutet aber nicht per se, dass die Pause nicht bezogen werden kann, sondern lediglich, dass sie als Arbeitszeit angerechnet werden muss¹⁰⁷.
- c) Dauert die Interventionszeit so lange, dass die Pause trotz eines Abrufes vollumfänglich bezogen werden kann, ist der Pausenbezug auch während des Pikettdienstes problemlos möglich¹⁰⁸.
- d) Pausen können nachgeholt werden, wenn sie infolge eines Piketteinsatzes unterbrochen wurden. Sofern die Pause 30 Minuten oder weniger dauert, muss diese jedoch noch einmal in voller Dauer und „um die Mitte der Arbeitszeit“ bezogen werden¹⁰⁹.
- e) Meines Erachtens per se *untauglich* ist das Kriterium der Häufigkeit der Einsätze durch eine Betrachtung ex-post. Leistet ein Arbeitnehmer Bereitschaftsdienst im Betrieb und hält sich stets für einen unmittelbar zu leistenden Einsatz bereit, spielt es meines Erachtens keine Rolle, ob sich im Nachhinein zeigt, ob oder wie viele

¹⁰⁶ Art. 15 Abs. 2 ArG.

¹⁰⁷ Seco, Wegleitung, 015-2: „Sofern sich die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen unter vertretbaren hygienischen Bedingungen ausruhen und verpflegen können, gilt die Pause am Arbeitsplatz als gewährt; sie muss jedoch an die Arbeitszeit angerechnet werden.“

¹⁰⁸ Bspw. der Bezug einer Pause von 5 Minuten bei einer Interventionszeit von 15 Minuten, sofern die Vorbereitung und der Weg zum Arbeitsplatz nicht mehr als 10 Minuten dauert.

¹⁰⁹ Vgl. oben, Ziff. IV.4.

Einsätze stattfanden. Insofern erachte ich die Argumentation für untauglich, wonach die Pausen deshalb als bezogen gelten, weil keine oder nur wenige Einsätze stattfanden und der Arbeitnehmer deshalb keine effektive Arbeit zu leisten hatte.

Eine ausdrückliche Regelung zum Pausenbezug findet sich in der Chauffeurverordnung¹¹⁰. „Während der Bereitschaftszeit können keine Arbeitspausen und keine Ruhezeiten eingelegt werden.“¹¹¹ Interessant zu klären wäre, aus welchem Grund diese Regelung in die Verordnung aufgenommen wurde, während sich weder im Arbeitsgesetz noch einer Verordnung zum Arbeitsgesetz eine diesbezügliche Regelung findet¹¹².

Grosszügiger als im oben erwähnten Sinne urteilte das Bundesgericht in BGer 4A_528/2010: Bezüglich der Mittagspause von 1.5 Stunden während des Pikettdienstes mit sofortiger Interventionspflicht vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass diese Pausen als bezogen galten. Dies weil sich der Arbeitnehmer nach Angaben der Vorinstanz auch während des Pikettdienstes verpflegen und den Arbeitsplatz bzw. den Betrieb für Einkäufe und Ähnliches verlassen konnte¹¹³. Kommt hinzu, dass die Mittagspause, wurde sie durch einen Einsatz unterbrochen, nachgeholt werden konnte¹¹⁴. Mit dem Hinweis, dass dem Arbeitnehmer während der Pausen nicht dieselbe Gestaltungsfreiheit wie während der eigentlichen Freizeit zukommen muss, erachtete das Bundesgericht die Einschränkung für den Pausenbezug als nicht derart gross, dass diese nicht hätten bezogen werden können¹¹⁵.

Streitigkeiten zum Thema Pausen *nach Beendigung* des Arbeitsverhältnisses ergeben sich soweit ersichtlich deshalb, weil Pausen als bezahlte Zeit galten und deshalb zum ordentlichen Stundenlohn nachgefordert werden. Pausen sind jedoch nicht zwingend entschädigungspflichtig¹¹⁶. Dieser Streitpunkt liesse sich in der Praxis womöglich dadurch entschärfen, indem im Arbeitsvertrag die Pausen als unbezahlte Zeit vereinbart werden.

V. Pikettdienst und Überstunden, bzw. Überzeitarbeit

Im Unterschied zur Rechtsgrundlage bezüglich anrechenbarer Arbeitszeit, wird bei der Entlohnung des Bereitschaftsdienstes nicht zwischen Arbeit auf Abruf einerseits

¹¹⁰ ARV 1, SR 8222.221.

¹¹¹ Art. 7 Abs. 2 ARV 1.

¹¹² Vgl. zur Lage und Dauer der vorgeschriebenen Pausen Art. 8 ARV 1, welche allerdings nicht mit der Regelung nach Arbeitsgesetz übereinstimmen.

¹¹³ BGer 4A_528/2008, E. 4.3.

¹¹⁴ BGer 4A_528/2008, E. 4.1.

¹¹⁵ BGer 4A_528/2008, E. 4.3.

¹¹⁶ Müller, ArG-Kommentar, Art. 15 N 28; Dies selbstredend unter dem Vorbehalt abweichender verbindlicher Gesamt- oder Normalarbeitsverträge.

und Pikettdienst andererseits unterschieden¹¹⁷. Sowohl Literatur als auch Rechtsprechung verweisen dabei auf den privatrechtlichen Charakter von Lohnvereinbarungen und referenzieren auf den Leitentscheid BGE 124 III 249 ff.¹¹⁸. Ebenfalls wird regelmässig festgestellt, dass die (privatrechtliche) Frage der Entlöhnung strikte zu trennen sei von der Qualifizierung des Bereitschaftsdienstes als Arbeitszeit nach ArG¹¹⁹. Auch das Bundesgericht nimmt regelmässig Bezug auf besagtes Leiturteil, verbunden mit dem Hinweis, dass der Lohn für Bereitschaftsdienst tiefer sein kann als für die ordentliche (effektive) Arbeitsleistung¹²⁰.

An dieser Stelle soll darauf verzichtet werden, die Rechtsprechung zur Lohnhöhe beim Bereitschaftsdienst vorzunehmen¹²¹. Bemerkenswert ist dazu meines Erachtens jedoch ein Urteil des Bundesgerichts, in welchem dieses mit Hilfe der im Arbeitsgesetz verankerten Regelung der Überzeitenschädigung¹²² dieses Prinzip explizit und massiv durchbrach: In BGer 4A_11/2016 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Arbeitnehmer bei der Leistung des Pikettdienstes derart eingeschränkt war, dass der gesamte Dienst als Pikettdienst im Betrieb und damit vollumfänglich als Arbeitszeit zu qualifizieren sei¹²³. Diese Schlussfolgerung führte zu einer massiven Erhöhung der geleisteten Arbeitszeit, da der Arbeitgeber von einer Zeitgut-schrift von 10% auf der inaktiven Pikettzeit nach Art. 8a Abs. 2 ArGV 2 ausgegangen war¹²⁴. Das Ergebnis war ein hohes Guthaben an Überzeitstunden, welches es nun mit dem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen galt. Zur Berechnung dieser Überzeitforderung bemerkte das Bundesgericht:

"5.1 Geleistete Arbeitszeit, welche die gesetzliche Höchstarbeitszeit nach Art. 9 ArG überschreitet, ist sog. Überzeitarbeit (...). Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArG hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten. Dabei handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, die jede abweichende Vereinbarung ausschliesst (...). Denn wenn es zulässig wäre zu vereinbaren, die Entschädigung für Überzeitarbeit sei im Lohn bereits enthalten oder durch gewisse Sonderleistungen pauschal entschädigt, bestünde für den Arbeitgeber keinerlei Anreiz, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeit mit Freizeit auszugleichen (...). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist beim Ausgleich der Überzeitarbeit in Geld sodann zwingend der (anteilmässige) Grundlohn und die im Gesetz vorgesehene Zusatzentschädigung geschuldet (...). Denn Überzeitarbeit soll den Arbeitgeber teurer zu stehen kommen als die im Rahmen der normalen Höchstarbeitszeit geleistete Arbeit. Daher wird der Arbeitgeber von seiner finanziellen

¹¹⁷ Vgl. oben, Ziff. II.6 lit. c).

¹¹⁸ BGer 4A_96/2017 E. 2.1; BGer 4A_528/2008 E. 2.3; BGer 4A_523/2010 E. 5.1; Rudolph/von Kaenel, S. 200; von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 13.

¹¹⁹ Rudolph/von Kaenel, S. 200; von Kaenel, ArG-Kommentar, Art. 9 N 13; Müller, ArG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 9-14 N 10.

¹²⁰ BGer 4A_96/2017 E. 2.1; BGer 4A_528/2008 E. 2.3; BGer 4A_523/2010 E. 5.1.

¹²¹ Vgl. dazu: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 N 18; Kull, S. 113 ff.; Rieder, passim.

¹²² Art. 13 ArG, Art. 33 ArGV 1.

¹²³ BGer 4A_11/2016, E. 4.2 f..

¹²⁴ BGer 4A_11/2016, E. 4.

Verpflichtung nur dann befreit, wenn die Überzeit im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen wird (...).

5.2 (...) Beim Grundlohn handle es sich um denjenigen Lohn, der für die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit geschuldet ist, und nicht etwa um einen allenfalls tieferen Stundenansatz, der in einer vertraglichen Abrede (bzw. einem gemäss Arbeitsvertrag auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Reglement des Arbeitgebers) für den Pikett- bzw. Bereitschaftsdienst vereinbart wurde. Der Einwand der Beschwerdeführerin, der vom Beschwerdegegner zwischen dem 7. Oktober 2009 und 30. September 2011 in ihrem Betrieb geleistete Bereitschaftsdienst sei mit den bereits ausgerichteten Entschädigungen beglichen, verfange somit nicht.

5.3 Diese Erwägungen sind zutreffend: (...) Mit Blick auf den Schutzgedanken von Art. 13 ArG ist dabei der im Betrieb geleistete Pikettdienst nicht anders zu behandeln als ordentliche Arbeitszeit: Auch Pikett-Überzeit ist mit dem um 25 % erhöhten Grundlohn zu entschädigen, denn sonst würde der mit Art. 13 ArG angestrebte Anreiz für den Arbeitgeber, auf Überzeitarbeit zu verzichten oder die geleistete Überzeit mit Freizeit auszugleichen, vereitelt, wenn im Betrieb geleistete Pikett-Überzeit weniger teuer zu stehen käme als "ordentliche" Überzeit."

Das Bundesgericht entschied also, dass Überzeitarbeit, auch wenn es sich um solche handelt, die aus Pikettdienst im Betrieb resultiert, zum vollen (und nicht dem reduzierten) ordentlichen Grundlohn zuzüglich 25% Zuschlag zu entschädigen sei. Dies selbst dann, wenn die Parteien für den inaktiven Pikettdienst im Betrieb einen reduzierten Stundenlohn vereinbarten, was nach herrschender Lehre und dem immer wieder vom Bundesgericht selbst zitierten Leiturteil¹²⁵ ohne weiteres zulässig ist. Respektiert man den Grundsatz, dass die Frage der Anrechnung von Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes keine Aussage über die Höhe des dafür (privatrechtlich) vereinbarten Lohnes präjudiziert, hat das Bundesgericht den Bogen in BGer 4A_11/2016 sehr deutlich überspannt.

VI. Schlusswort

Zusammenfassend darf festgestellt werden, dass zur Frage des Pikettdienstes trotz der inzwischen reichlichen Lehre und Rechtsprechung nach wie vor viele Fragen offen sind. Die vorliegend erläuterten drei Themen sind nur ein kleiner Ausschnitt zu den weiteren praktischen Fragen im Zusammenhang mit dem Pikettdienst. Absicht dieser Arbeit ist ein weiterer Beitrag zu diesem äusserst komplexen und vielfältigen Thema. Dies mit dem Ziel, gewisse (Neben-)Aspekte zu klären und damit etwas mehr Rechtssicherheit und Klarheit zu schaffen.

¹²⁵ BGE 124 III 249 ff..

Altstätten/St. Gallen, 25. September 2019

Dr. Christoph Senti

Literaturverzeichnis

Brändli Sandra / Stengel Manuel:

Pikettdienst unter Art. 8a ArGV 2; AJP 2013, S. 55 ff.

Geiser, Thomas:

Flexibilisierung der Arbeitszeiten; in: Bäni / Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli; St. Gallen 2014, S. 233 ff.

Geiser, Thomas: (zit: Geiser, ArG-Kommentar):

Geiser / von Kaenel / Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

Kull, Michael:

Entschädigung für Bereitschaftsdienst; Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014 (GS.2013.32), ARV 2015, S. 112 ff.

Müller, Roland A.: (zit: Müller, ArG-Kommentar):

Geiser / von Kaenel / Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

Rehbinder Manfred / Stöckli Jean-Fritz: (zit: BK-Rehbinder/Stöckli):

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 319 - 330b OR; Bern 2010.

Rieder Stefan:

Die Entschädigung der Wartezeiten bei der Arbeit auf Abruf; Masterarbeit Universität St. Gallen, 11. Juni 2007.

Rudolph Roger:

Bundesgericht, Urteil vom 6. Oktober 2010, 4A_343/2010 - Mit Kommentar von RA Dr. iur. Roger Rudolph, ARV online 2010 Nr. 666.

Rudolph Roger / von Kaenel Adrian:

Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit; AJP 2012, S. 197 ff.

SECO:

Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2019.

Senti, Christoph:

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst; ZBJV Band 142, 2006, Heft 9, S. 645 ff.

Stahelin Adrian: (zit: ZK-Stahelin):

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Der Arbeitsvertrag; Art. 319 - 330a OR; Zürich 2006-

Streiff, Ullin / von Kaenel, Adrian / Rudolph Roger:

Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR; 7. Auflage, Zürich,

2012.

Vischer Frank:

Der Arbeitsvertrag; 4. Auflage, Basel, 2014.

von Kaenel, Adrian: (zit: von Kaenel, ArG-Kommentar):

Geiser / von Kaenel / Wyler (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar SHK, Arbeitsgesetz, Bern 2005.

Wagner, Remo:

Die Rund-um-die-Uhr-Betreuung in der Pflege; AJP 2016, S. 768 ff.

Zein, Bassim:

Aménager la durée du travail; AJP 2017, S. 524 ff.