



Dokument	ARV 2015 S. 112
Autor	Michael Kull
Titel	Entschädigung für Bereitschaftsdienst
Urteilsbesprechung	GS.2013.32
Publikation	ARV - Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Herausgeber	Wolfgang Portmann, Gabriel Aubert, Jean-Philippe Dunand, Adrian von Kaenel, Roland A. Müller, Serge Gaillard
Frühere Herausgeber	Boris Zürcher
ISSN	1660-0339
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

ARV 2015 S. 112

Entschädigung für Bereitschaftsdienst

Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014 (GS.2013.32)

Dr. Michael Kull, Rechtsanwalt, Basel

I. Zusammenfassung des Urteils

1. Aus dem Sachverhalt

«Bei der Beklagten handelt es sich um eine juristische Person mit Sitz in ____, die die Vermittlung und den Verleih von Personal bezweckt. Die Klägerin trat per 1. November 2007 bei ____ bzw. nachfolgend bei der ____, einer privaten Spitexorganisation, eine Stelle als Betreuerin an. Im Oktober 2011 übernahm sie die Betreuung von ____. Die Verträge mit ____ bzw. ____ sahen vor, dass die Arbeitszeit der Klägerin ca. 42 Stunden beträgt und sich nach den Bedürfnissen des Klienten und dessen Familie richtet sowie dass die Klägerin in einem ihr vom Klienten zur Verfügung gestellten Zimmer wohnt. Sie übernahm Einsätze in der Grössenordnung von einem Monat. Sie verrichtete dabei einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten, besorgte Einkäufe und bereitete Mahlzeiten zu. Nach der Beendigung eines Einsatzes begab sie sich für einen Monat nach Polen.

Mit Klage vom 26. Juni 2013 beantragt die Klägerin die kostenfällige Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von CHF 23 373.75 netto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. April 2012. Mit Eingabe vom 23. August 2013 teilte die Beklagte mit, dass zwischen der Beklagten und ____ oder zwischen der Beklagten und ____ kein Vertrag geschlossen worden sei. Zwischen der Beklagten und der ____ sei nur ein mündlicher Vertrag



geschlossen worden. Am 14. Oktober 2013 reichte die Klägerin die Klagebegründung ein. Sie macht im Wesentlichen geltend, sie sei während 24 Stunden pro Tag und während sieben Tage die Woche für die Betreuung von ___ zuständig gewesen. Tagsüber habe sie einfache Pflegeleistungen und Putzarbeiten verrichtet, Einkäufe besorgt und Mahlzeiten zubereitet. Ein ordentlicher Arbeitstag habe 9 Stunden gedauert und sei um 20:00 Uhr beendet gewesen. Aufgrund der Pflegebedürftigkeit von ___ sei sie auch während dessen Ruhezeit für ihn verantwortlich gewesen. Um 07:00 Uhr habe sodann wieder der neue Arbeitstag begonnen. Obwohl sie ___ auch am Wochenende betreut habe, sei sie von ___ angewiesen worden, lediglich eine Arbeitswoche von 5 Tagen zu rapportieren. Mit ihrer Klage macht die Klägerin die nicht abgegoltenen Stunden, Überstunden-, Nacht- und Sonntagszuschläge sowie eine Entschädigung für die Arbeitsbereitschaft während der Zeit zwischen 20:00 und 07:00 Uhr geltend.

Die Beklagte beantragt die kostenfällige Abweisung der Klage. Die Beklagte bestreitet im Wesentlichen, dass die Klägerin im Rahmen einer 24h-Betreuung Einsätze geleistet habe. Stattdessen hätten die Einsätze der Klägerin jeweils werktags von Montag bis Freitag 8 Stunden pro Tag gedauert. Die Beklagte habe die Klägerin nie angewiesen, anders zu rapportieren, als sie wirklich gearbeitet habe. Gemäss Einsatzvertrag habe sich die Klägerin zu einer wöchentlichen Arbeitsleistung von 42 Stunden verpflichtet. Gemäss den von der Klägerin unterzeichneten wöchentlichen Arbeitsrapporten habe sie werktags jeweils 8 Stunden gearbeitet. Da sie somit statt der 42 lediglich 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe, habe die Klägerin CHF 613.70 zuviel Lohn erhalten. Diesen Betrag macht die Beklagte verrechnungsweise geltend.»

2. Aus den Erwägungen

Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat. Arbeitszeit ist dabei diejenige Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer inner- und ausserhalb des Betriebes für die Bedürfnisse des Arbeitgebers zur Verfügung zu stehen hat und auch tatsächlich steht und damit

ARV 2015 S. 112, 113

über seine Zeit nicht frei verfügen kann. Daraus folgt, dass auch Bereitschaftsdienst, bei dem sich der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers zur Verfügung hält, aber keine aktive Arbeit erbringt, werde er innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet, zur Arbeitszeit gehört (*Streff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, Zürich 2012, Art. 321 N 9 m.w.H.). Arbeitsbereitschaft im Sinne der Präsenzzeit, die der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers aus verschiedenen Gründen (Warten auf Arbeit in Dienstleistungsbetrieben, innerbetrieblicher Pikettdienst, arbeitsablaufbedingte Wartezeiten) verbringen muss, zählt dabei nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich zur Arbeitszeit (*Stahelin*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 11). Pikettdienst ist eine in Art. 14 f. ArGV 1 geregelte Form des Bereitschaftsdienstes, bei der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bei besonderen Ereignissen bereithält. Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 nennt als Beispiele für «Sonderereignisse» die Behebung von Störungen, die Hilfeleistungen in Notsituationen und Kontrollgänge. Die Anrechnung von Pikett als Arbeitszeit hängt davon ab, ob er im Betrieb geleistet werden muss und ob ein Arbeitseinsatz erfolgt. Im Betrieb geleisteter Pikettdienst (sog. Arbeitsbereitschaft) ist immer Arbeitszeit. Dem im Betrieb geleisteten Pikettdienst wäre gleichzustellen, wenn der Arbeitnehmer in der freien Verfügung über seine Zeit in ähnlicher Weise eingeschränkt ist, wie wenn er im Betrieb geleistet würde (*Geiser/von Kaenel/Wyler*, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 11). Eine weitere Form des Bereitschaftsdienstes stellt die Arbeit auf Abruf dar. Die blossere Bereitschaft zum Abruf stellt kein Pikett und keine Arbeitszeit im öffentlich-rechtlichen Sinn dar (*Geiser/von Kaenel/Wyler*, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12). Mit der Arbeit auf Abruf wird ein erhöhter Arbeitsanfall aufgefangen, mit dem Pikett ein Sonderereignis im vorerwähnten Sinn. Kein Pikettdienst liegt vor, wenn während eines



Arbeitsaufgebotes keine Sonderereignisse bearbeitet werden, sondern normale Arbeit geleistet wird. Ebenso wenn ausschliesslich in Bereitschaft gearbeitet wird, da es in diesem Fall an der von Art. 14 Abs. 1 ArGV 1 vorausgesetzten normalen Arbeit, neben der Pikett geleistet wird, fehlt (*Geiser/von Kaenel/Wyler*, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 12).

Weiter stellt sich die Frage, wie Bereitschaftsdienst zu entschädigen ist. Die Frage der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes wird im Arbeitsgesetz nicht behandelt. In BGE 124 III 251 hält das Bundesgericht zunächst fest, dass Arbeitsbereitschaft im Betrieb und die einzelnen Arbeitseinsätze auch privatrechtlich Arbeitszeit darstellen und zu entlönnen sind. Das Bundesgericht hat allerdings eingeräumt, dass die Bereitschaft, d.h. die Zeit, zu der sich der Arbeitnehmer für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten muss, nicht zum selben Ansatz zu entschädigen ist wie die normale Arbeitstätigkeit (BGE 124 III 251). Die Lohnfrage für blosser Rufbereitschaft entscheidet sich primär aufgrund der einzel- oder gesamtarbeitsvertraglichen Abrede. Besteht keine Abrede, ist die Rufbereitschaft zu entlönnen, allerdings nicht zum gleichen Ansatz wie die normale Arbeitstätigkeit, da einerseits der Arbeitnehmer die Zeit noch anders nutzen kann, andererseits die betriebswirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers an der Tätigkeit oft geringer sind. Massgebend ist in erster Linie die Üblichkeit und in zweiter Linie das billige Ermessen des Richters (BGE 124 III 251; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Dies gilt auch für den Pikettdienst (*Geiser/von Kaenel/Wyler*, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 9 N 13).

Fehlt es an einer Parteivereinbarung für die Lohnfestsetzung, wären die in die Ermessensausübung einflussenden Kriterien nach der Argumentation des Bundesgerichts wohl vor allem das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität, in welcher der Arbeitnehmer die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen konnte (BGE 124 III 249 E. 3b). Da die Wartezeit von der Intensität her gesehen zwischen der eigentlichen Arbeitszeit und der Ruhezeit einzuordnen ist und keine vollkommene Freizeit darstellt, ist ein im Vergleich zum Arbeitseinsatz reduzierter Lohn gerechtfertigt (BGE 124 III 249). Die Angemessenheit hat sich an der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers zu orientieren, d.h., je grösser sie in Bezug auf die Nutzung der Wartezeiten für die individuellen Bedürfnisse ist, desto höher hat die Entschädigung zu sein, damit sie als angemessen betrachtet werden kann. Das Bundesgericht hält fest, dass die Entschädigung der Wartezeiten in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden kann. In einem Entscheid des

ARV 2015 S. 112, 114

Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 1. Dezember 2000 (JAR 2001, S. 188 ff.) erachtete das Gericht bei einem Arbeitnehmer, der jeweils innert kurzer Frist aufgrund eines Anrufes zur Arbeit erscheinen musste, einen Stundenlohn von 50% desjenigen für die effektiven Arbeitseinsätze für angemessen. Es berücksichtigte dabei, dass der Arbeitnehmer während des Bereitschaftsdienstes grundsätzlich über einen grossen Spielraum verfügt, weil er nicht im Betrieb sein muss und deshalb frei über seine Zeit verfügen kann. Allerdings wird auch erkannt, dass der Arbeitnehmer die ständige Pflicht hat, erreichbar und innerhalb kürzester Zeit verfügbar zu sein und keiner typischen Freizeitbeschäftigung nachgehen kann, ohne die Gewissheit zu haben, nicht plötzlich abgerufen zu werden. Dadurch wird die Qualität der Freizeit deutlich vermindert, was bei der Bemessung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen ist. Auch besteht eine unvermeidbare psychologische Belastung, weil immer damit gerechnet werden muss, dass ein Abruf erfolgt. Seine persönliche Freiheit wird dadurch schwerwiegend eingeschränkt, da er sich nicht allzu weit vom Arbeitsplatz entfernen kann. Das Arbeitsgericht Zürich hatte den Fall einer Arbeitnehmerin, die die Betreuung einer pflegebedürftigen Person in deren Haus übernommen und da selber auch ein Zimmer hatte, zu beurteilen. Sie machte eine wöchentliche Arbeitszeit von rund 112 Stunden geltend, wobei aber lediglich 50 Stunden auf die eigentliche berufliche Tätigkeit entfielen, der Rest hingegen «Schlaf/Erholungspikett» darstellte. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, dass dieser Schlaf/Erholungspikett nicht zusätzlich zu entschädigen sei und dass der Vertrag angesichts eines Monatslohnes von CHF 6380.20 zuzüglich 13. Monatslohn auch nicht unsittlich sei (Entscheide des



Arbeitsgerichts Zürich 2010, Nr. 22). Bei einer Coiffeuse, die ihre Einsatzzeiten in der Regel am Vortag per Fax erhielt und einen monatlichen Mindestlohn von CHF 2800.00 garantiert hatte, was je nach Einsatzhäufigkeit für den Bereitschaftsdienst CHF 3.50 bis CHF 5.05 pro Stunde ergab, wurde die Entschädigung angesichts der hohen Disponibilität über die Bereitschaftszeit als genügend angesehen (TC FR in JAR 2003, S. 160). Die Chambre d'appel GE hielt eine Entlohnung der Rufbereitschaft zu einem Viertel des vertraglichen Stundenlohnes für angemessen (JAR 2007, S. 435). In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 zu Pikettdienst hatte das Bundesgericht allerdings keine Einwendungen gegen den Entscheid der Vorinstanz gehabt, dass bei nur sehr geringfügiger Beschränkung der persönlichen Gestaltungsfreiheit eine Entschädigung der Rufbereitschaft auch entfallen könne (BGE 4A_523/2010).

In der Lehre werden folgende Bemessungskriterien herangezogen. *Streiff/von Kaenel/Rudolph* berücksichtigen das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Rufbereitschaft und die Freiheit und Intensität des Arbeitnehmers, in welcher dieser in den Wartezeiten die Zeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen kann (*Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, Zürich 2012, Art. 319 N 18). Letzteres hängt vor allem von der Abrufzeit ab, d.h., innert welcher Frist sich der Arbeitnehmer zur Arbeit einzufinden hat (so *Egli*, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 2000, S. 210; ähnlich *Staeclin*, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 319 N 59; *Vischer*, Der Arbeitsvertrag, Basel 2005, S. 210). *Senti* sieht als absolutes Bemessungskriterium das Ausmass der persönlichen Einschränkung des Arbeitnehmers an. Diese hängt von der Ankündigungsfrist und den Schwankungen des effektiven Einsatzes ab (*Senti*, Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Pikettdienst, ZBJV 2006, S. 671). Andere Autoren wie *Schürer* und *Byrne-Sutton* gehen davon aus, dass der Bereitschaftsdienst mit mindestens ca. 25% des Lohnes für die effektive Arbeitszeit entgolten werden muss, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (*Schürer*, Arbeit und Recht, Zürich 2013, S. 127; *Byrne-Sutton*, Le contrat de travail à temps partiel, Zürich 2001, S. 101). *Henneberger* und *Rieder* nehmen zunächst den Lohn des effektiven Arbeitseinsatzes als Ausgangspunkt und setzen die Entschädigung in Prozenten von diesem fest. Als erste Determinante nehmen sie die Ankündigungsfrist, als zweite die Relation zwischen effektiven Arbeitseinsätzen und Bereitschaftsdienst (*Henneberger/Rieder*, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, S. 8 ff.).

Der Klägerin stand während ihrer jeweiligen Einsätze ein eigenes Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden ___ zur Verfügung. Während ihrer Abwesenheit wurde dieses Zimmer von ___ bewohnt. Der Antwort des Arztes lässt sich entnehmen, dass ___ aufgrund seiner schweren Erkrankung und der damit verbundenen Hilflosigkeit rund um die Uhr be-

ARV 2015 S. 112, 115

treut werden musste und auch während der Nacht nicht alleine gelassen werden konnte. Man habe ihn indes alleine im Bett liegen lassen können und es sei keine Sitzwache nötig gewesen. Er habe aber Hilfe gebraucht, wenn er während der Nacht zum Beispiel auf das WC gemusst habe. Auch die Klägerin selber hat anlässlich ihrer Befragung u.a. dieses Beispiel angeführt. Die Zeugin ___ nannte das Beispiel Fenster öffnen. Was die Häufigkeit derartiger Hilfeleistungen anbelangt, hat die Klägerin angeführt, dies sei etwa 3–4 Mal pro Woche vorgekommen.

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Klägerin zwischen 20:00 und 07:00 Uhr in ihrem Zimmer in der Wohnung des zu betreuenden ___ aufhielt und sich für allfällige Abrufe bereithielt. Zu effektiven Einsätzen kam es lediglich 3–4 Mal pro Woche, wobei diese Einsätze von kurzer Dauer gewesen sein dürften. Da der von der Klägerin erbrachte Bereitschaftsdienst in der Wohnung der zu betreuenden Person und damit am Arbeitsort selber erfolgte, zählt die Präsenzzeit zwischen 20:00 und 07:00 Uhr im Umfang von 11 Stunden ohne weiteres sowohl im öffentlich-rechtlichen als auch im privatrechtlichen Sinn zur Arbeitszeit. Bezüglich der Entschädigung des Bereitschaftsdienstes haben die Parteien keine Regelung getroffen. Auch der GAV Personalverleih regelt die Entschädigung von Bereitschaftsdienst nicht. Die Klägerin



setzt für den Bereitschaftsdienst einen Stundenlohn von CHF 10.01 (55% des Grundlohnes) ein. Sie verweist unter anderem auf die Entschädigung von Sitzwachen sowie von Betreuerinnen einer privaten Spitexorganisation. Die von der Klägerin angeführte Entschädigung bei Sitzwachen betrifft einen durchgehenden Nachtdienst. Die Sitzwache zeichnet sich zudem dadurch aus, dass die Sitzwache bei einer Person, die schwer krank ist oder im Sterben liegt, am Bett sitzt, um diese Person zu begleiten und menschliche Nähe zu vermitteln. Eine derartige Tätigkeit steht aber vorliegend nicht zur Beurteilung. Zudem war eine Sitzwache laut Dr. ___ bei ___ auch gar nicht nötig. Auch auf die Ansätze für Nachtbereitschaft einer Betreuerin bei einer privaten Spitexorganisation kann nicht ohne weiteres abgestellt werden, da Angaben zum genauen Tätigkeitsbereich, zur massgebenden Stufe der Dienstleistung sowie zur Intensität der Bereitschaft sowie zur Einsatzfähigkeit fehlen.

Massgebend für die Bemessung ist daher das billige Ermessen des Gerichts. Bei der Bemessung der Entschädigung für den Bereitschaftsdienst ist zunächst vom für effektive Einsätze vereinbarten Stundenlohn auszugehen. Dieser betrug CHF 17.74. Zieht man die einzelnen in der Lehre und Rechtsprechung genannten Kriterien zur Bemessung der Entschädigung heran, ergibt sich folgendes Bild: Das Interesse der zu betreuenden Person an der Bereitschaft der Klägerin ist aufgrund seiner Hilflosigkeit und Pflegebedürftigkeit als hoch einzustufen. Da der Bereitschaftsdienst vor Ort geleistet wurde und ein effektiver Einsatz damit möglichst zeitnah zum Abruf zu erfolgen hatte, ist das Ausmass der persönlichen Einschränkung ebenfalls hoch. Die Klägerin kann über die Wartezeit nur sehr eingeschränkt verfügen. Auch besteht keine Disponibilität, weil die Klägerin nie weiss, ob sie nochmals abgerufen wird. Dies schränkt nicht nur das soziale Leben ein, sondern die Arbeitnehmerin wird auch permanent mit einem psychologischen Stress belastet, weil sie jederzeit mit einem Abruf rechnen muss. Die Qualität der Zeit, welche die Klägerin für sich hat und für persönliche Angelegenheiten einsetzen kann, ist als gering einzustufen. Als reduzierender Faktor ist indes zu berücksichtigen, dass die Abrufe verglichen mit der Präsenzzeit äusserst selten waren und dass die einzelnen Einsätze eher von kurzer Dauer gewesen sein dürften. So konnte die Klägerin die Wartezeit, wenngleich aufgrund der Ortsgebundenheit in eingeschränkter Weise, für persönliche und arbeitsfremde Zwecke nutzen. Auch ist nicht völlig undenkbar, dass sie die Wohnung nur für kurze Zeit verlassen konnte. Wie von der Zeugin gehört und aus der Verrichtungsliste ersichtlich, konnte ___ alleine gelassen werden, wenn die Betreuerinnen Einkäufe erledigen mussten. Die Klägerin benötigte dafür gemäss Verrichtungsliste eine Stunde. Dies lässt den Schluss zu, dass man ___ auch während der Nacht mindestens eine Stunde hätte alleine lassen können, um eine Bekannte zu treffen oder einen Spaziergang zu unternehmen. Die heutige Technik erlaubt es überdies, dass der Arbeitnehmer mittels Mobiltelefon oder ähnlichem während des Bereitschaftsdienstes jederzeit erreichbar ist, sodass der Arbeitgeber ihn bei Bedarf abrufen kann. Die Klägerin musste die Wartezeit damit nicht zwingend in ihrem Zimmer in der Wohnung des von ihr zu betreuenden ___ verbringen. Da die Klägerin über ein Zimmer am Arbeitsort verfügte, lässt sich der von ihr geleistete Bereitschaftsdienst auch nicht ohne weiteres mit dem normalerweise im Betrieb, bspw. einer Fabrik, geleisteten Bereitschaftsdienst vergleichen. Die Klä-

ARV 2015 S. 112, 116

gerin konnte sich ab 20:00 Uhr in ihr Zimmer zurückziehen. Sie hatte dort die Möglichkeit, die Wartezeit zumindest in einem gewissen Umfang für persönliche Angelegenheiten einzusetzen, sich zu erholen und vor allem während der Nacht auch zu schlafen. Aufgrund all dieser Umstände erscheint eine Entschädigung in der Höhe von rund 50% des Stundenlohns für die effektive Arbeitszeit als angemessen. Dies ergibt einen Stundenlohn von CHF 8.87 für den Bereitschaftsdienst.



II. Kommentar

Nebst der nachfolgend thematisierten Frage der Entschädigung von Bereitschaftsdienst ist der Entscheid durchaus betreffend der anwendbaren Normen lesenswert und geeignet, mehr und weniger Bekanntes in Erinnerung zu rufen.

Im vorliegenden Fall hatte das Zivilgericht insbesondere den von der Klägerin als entschädigungspflichtig angesehenen «Bereitschaftsdienst» zwischen 20:00 Uhr abends und 07:00 Uhr morgens zu beurteilen. Die Arbeitnehmerin konnte sich in diesem Zeitraum in ihrem persönlichen Zimmer im Haus der betreuten Person aufhalten und schlafen oder einer anderweitigen Beschäftigung nachgehen, musste jedoch bei Bedarf verfügbar sein. Dabei wäre es ihr sogar möglich gewesen, die Liegenschaft zu verlassen.

Im Entscheid selbst wie auch in der Literatur wird keine einheitliche Terminologie für diese Art der Arbeitsbereitschaft verwendet. Die Bezeichnungen «Bereitschaftsdienst», «blosse Rufbereitschaft» wie auch «Pikett» dürften aber in der Konsequenz denselben Sachverhalt zu umschreiben versuchen; die Arbeitnehmerin verbringt grundsätzlich Freizeit zur freien Verfügung, muss sich jedoch bereithalten und auf Aufforderung der Arbeitgeberin zum Arbeitseinsatz antreten. Die Reaktionszeiten der Arbeitnehmer wie auch die Länge der Einsätze können sich dabei völlig unterschiedlich ausnehmen.

Im zu beurteilenden Fall hatte die Arbeitnehmerin ca. dreimal wöchentlich während diesen Phasen für kurze Zeit die betreute Person zu unterstützen. Die Arbeitnehmerin verlangte für diese Bereitschaftsphasen deshalb eine Entschädigung und knüpfte bezüglich der Höhe der Vergütung an die Praxis zur Entlohnung der Rufbereitschaft bei der Arbeit auf Abruf an. Sie verwies dabei zur Bestimmung der Üblichkeit auf den Stundenlohn von CHF 15.00 für Nachtbereitschaft bei einer privaten Spitexorganisation sowie auf die Entschädigung für Sitzwachen von CHF 30.00 pro Stunde, welche in Spitälern ausgerichtet werden soll. Sie verlangte deshalb für diesen Rufbereitschaftsdienst eine Entschädigung von 55% des Grundlohns.

An erster Stelle hielt das Zivilgericht dabei korrekt fest, dass diese Art der Rufbereitschaft grundsätzlich entschädigungspflichtig sei und stellte dabei fest, dass weder eine vertragliche Abrede noch eine gesamtarbeitsvertragliche Bestimmung zur Anwendung gelange, welche dies regeln würde. Dies bedeutet im Umkehrschluss also, dass eine Prüfung zu unterbleiben hat, wenn der Arbeitsvertrag (eine auch noch so geringe) Abgeltung für die Bereitschaftszeit vorgesehen hätte. Diese Abgeltung könnte nach den Ausführungen des Zivilgerichts sogar im Lohn inkludiert werden. Als Zusatzerfordernis müsste der Lohn dann jedoch das gesamtarbeitsvertragliche Minimum übersteigen.

Dieser Annahme einer Entschädigungspflicht ist ebenso zuzustimmen wie auch der Respektierung der Vertragsautonomie, welche die Festlegung der Höhe einer Entschädigung den Parteien überlässt.

Da im vorliegenden Fall entschädigungspflichtiger Bereitschaftsdienst geleistet, jedoch keine Vergütung vereinbart bzw. erfolgt war, wurde der Anspruch vom Zivilgericht kasuistisch unter Berücksichtigung der Marktüblichkeit und Angemessenheit bestimmt. Nach der hier vertretenen Auffassung gibt in derartigen Fällen die Marktüblichkeit den Rahmen vor, welcher dann unter dem Blickwinkel der Angemessenheit im Einzelfall zur Festlegung der Vergütungshöhe führt. Es ist dabei die Auffassung von Senti zu favorisieren (ZBJV 2006, 671), wonach es als ausschliessliches Bemessungskriterium die persönliche Einschränkung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen gilt, nicht aber das betriebswirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 319 N 18). Zu beurteilen bzw. zu entschädigen ist demnach die Qualitätseinbusse in der Freizeitgestaltung der Arbeitnehmerin.

ARV 2015 S. 112, 117

Und genau hier wurde nach der hier vertretenen Auffassung anhand des aus dem Urteil erstellten Sachverhalts eine unangemessen hohe Entschädigung zugesprochen. So gilt es im zu beurteilenden Fall zu berücksichtigen, dass die Arbeitnehmerin im Haus der



betreuten Person wohnte und dort wohl auch mehrheitlich ihre Freizeit und insbesondere die Abende verbrachte. So reiste die Arbeitnehmerin – wie dies in der Branche weit verbreitet ist – jeweils für die Arbeitseinsätze aus ihrer osteuropäische Heimat an und nach dem Arbeitseinsatz auch wieder dorthin zurück. Soziale Kontakte dürften sie deshalb in der Schweiz kaum welche gepflegt haben und aus Gründen der Sparsamkeit (der Arbeitserwerb wird in der Regel ausschliesslich für den Lebensunterhalt in der Heimat verwendet) auch ohne eine einsatzbedingte Notwendigkeit viel Zeit in ihrem Zimmer verbracht haben. Die Arbeitnehmerin hätte ihre Freizeit gar auswärts verbringen können, wäre sie mittels Mobiltelefon oder Pager bei Bedarf erreichbar gewesen. Weiter war die effektive Arbeitszeit während dieser Ruhezeiten lohntechnisch vernachlässigbar und wurde im Entscheid auch nicht thematisiert. Diese dürfte denn auch keinen zusätzlichen Entschädigungsanspruch verschaffen. So beschränkten sich diese in der Regel auf einige Minuten.

Diese hier getätigten Annahmen wie auch der Fall an sich stellen die Regel bei solchen Konstellationen dar. Damit ist aber offenkundig, dass die persönliche Einschränkung im vorliegenden Fall geringer gewesen sein dürfte, als dass dies das Zivilgericht festgestellt hatte, in dem es die Qualität der Zeit der Arbeitnehmerin als gering eingestuft und deshalb die Hälfte des vereinbarten Arbeitsstundenansatzes als Vergütung zugesprochen hatte. Eine Entschädigung von ca. CHF 2.00 pro Stunde bis maximal CHF 30.00 pro Nacht wäre den Umständen angemessen gewesen und entspricht der üblichen Praxis, welche private Betreuungsdienste mit ihren Arbeitnehmern vertraglich vereinbaren.

Abschliessend sei jedoch noch die Anmerkung erlaubt, dass die Ausführungen des Zivilgerichts und der weiteren Lehre und Rechtsprechung betreffend des Vorrangs der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Regelung kaum absolute Geltung beanspruchen können, wie dies mindestens konkludent unter Abstützung auf das Bundesgericht und die herrschende Lehre behauptet wird. Dies liefe darauf hinaus, dass bei der Festlegung einer Entschädigung eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle niemals stattfinden könnte. Es erscheint aber durchaus denkbar, dass eine obere Instanz einst die Überprüfung der Entschädigung für Bereitschaftszeit auch bei einer vertraglich vorgesehenen Entschädigung vornehmen wird, sollte diese allzu gering bzw. nur in symbolischer Höhe ausfallen. Auch wenn in Einzelfällen gar schon ein gänzlicher Verzicht als zulässig erachtet wurde, gilt es gleichwohl immer eine kasuistische Sichtweise einzunehmen. Diese hat aber den Fokus nicht bloss auf den Einzelfall zu richten, sondern auf das gelebte Arbeitsverhältnis als Ganzes. So ist davon auszugehen, dass Pflegerinnen öfters für längere Zeit angestellt sind und dabei verschiedene Patienten betreuen, da derartige 24-Stunden-Betreuungsdienste nur in wenigen Fällen über Jahre andauern. Entsprechend erscheint es nahe liegend, dass eine für sämtliche Einsätze vereinbarte Abgeltung des Bereitschaftsdienstes zwar im Einzelfall durchaus einmal zu tief liegen mag, im Mittel über sämtliche Einsätze jedoch eine durchaus korrekte Abgeltung darstellen kann. Dies gilt umso mehr, wenn die vertragliche Regelung für eine Vielzahl von Mitarbeiterinnen Geltung beansprucht. Hieraus erklärt sich die (gerechtfertigte) Zurückhaltung der Gerichte bei der Überprüfung einer vertraglichen Abgeltungsvereinbarung.

Ein gerichtlicher Eingriff in die Privatautonomie erscheint deshalb nur dann indiziert, wenn die konkrete Regelung nahe am Übervorteilungstatbestand nach Art. 21 OR liegt oder diesen gar erfüllt. Als Anspruchsgrundlage kann dabei neben dem vorerwähnten Gesetzesartikel auch eine Verletzung von Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 angerufen werden.