

Pikettdienst und Präsenzdienst: Was müssen Arbeitgeber bezahlen?

Ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 4A_11/2016) aus dem Jahr 2016 hat Fragen zu Formen von Pikettdienst und anderen „inaktiven Arbeitszeiten“ am Fall eines Klinikarztes geklärt. Das Urteil führte in der Gesundheitsbranche zu Verunsicherung, wurde doch die Klinik dazu verurteilt, dem Arzt fast eine Viertel-million Franken für geleistete Pikettdienste/Überzeitstunden nachzuzahlen.

Welche Relevanz hat dieses Urteil aber auf den Betrieb in Gemeinschaftseinrichtungen? Welche Arten von Pikett und Präsenzdienst müssen wie entschädigt werden? Gestützt auf den Entscheid des Bundesgerichts sollten die Betriebe folgende Klärung vornehmen:

- A. Welche Gesetze/Verordnungen sind auf das Arbeitsverhältnis anwendbar?
- B. Bestehen Pikettdienste oder Präsenzdienste?
- C. Wo werden die Pikettdienste geleistet (im Betrieb oder ausserhalb)?
- D. Welche Entschädigung ist für die bestehenden Anstellungen geschuldet?

A. Welche Gesetze / Verordnungen sind anwendbar?

Im Arbeitsrecht bestehen einerseits privatrechtliche und andererseits öffentlich-rechtliche Anstellungen. Für privatrechtlich angestellte Arbeitnehmende ist nebst dem Obligationenrecht (OR) das Arbeitsgesetz (ArG) mit seinen Verordnungen (ArGV) anwendbar und enthält zwingende Vorschriften.

Demgegenüber stützen sich öffentlich-rechtliche Anstellungen stets auf Gesetze und Verordnungen von Kanton oder Gemeinden, welche in der Regel vollständig absolut zwingendes Recht darstellen.

Für öffentlich-rechtlich angestellte Arbeitnehmende muss also im betroffenen Gesetzestext nachgeforscht werden, wie die Entschädigung von „inaktiver Arbeitszeit“ abzugelten ist. Sofern dazu nichts ausdrücklich geregelt ist, gilt gemäss Art. 1 ArG grundsätzlich auch das Arbeitsgesetz (auf welches häufig sogar noch ausdrücklich verwiesen wird).

Grundsätzlich müssen die öffentlichen Betriebe gemäss Art. 71 ArG nur die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz mindestens gleichwertig ausgestalten, nicht aber die Zahlung – z.B. von Pikettdiensten.

Die vom Bundesgericht angewendeten Regelungen zum Pikettdienst beschränken sich demnach auf Fälle, in welchen das Arbeitsgesetz anwendbar ist. Ausgenommen davon sind einerseits öffentlich-rechtliche Anstellungen, in welchen die anwendbaren kommunalen / kantonalen Personalgesetze eine eigene Regelung vorsehen.

Ausgenommen sind andererseits die wenigen Ausnahmefälle, welche im Arbeitsgesetz ausdrücklich genannt sind.

Ausdrücklich **nicht anwendbar ist das Arbeitsgesetz** und damit die vom Bundesgericht angewendeten Rechtsgrundlagen in folgenden Fällen:

- Beim Bestehen **eines reinen Familienbetriebs** (Art. 4 ArG):
Das Gesetz ist nicht anwendbar auf Betriebe, in denen lediglich der/die Ehegatt:in, der/die eingetragene Partner:in des/der Betriebsinhaber:in, die Verwandten in auf- und absteigender Linie und deren Ehegatt:innen oder eingetragene Partner:innen sowie deren Stiefkinder tätig sind.
- Bei der Anstellung als **leitende Angestellte** (Art. 3 Bst. d ArG):
Die Vorinstanz hatte bereits abschliessend beurteilt, ob es sich beim im konkreten Fall betroffenen Oberarzt um eine solche Anstellung handelte. Obwohl dieser hierarchisch der obersten Führungsebene angehörte und mit umfangreicher Verantwortung ausgestattet war, lehnte es diese Qualifikation ab. **In der Regel ist nur der/die CEO/Direktor:in** (als alleine über umfangreiche Kompetenzen verfügende oberste Führungsebene) von der ArG-Unterstellung ausgenommen, weil der Gesundheitsschutz möglichst für alle Angestellten gelten soll.
- Bei der Anstellung als **Fürsorger:innen, Erzieher:innen in Institutionen** (Art. 3 Bst. e ArG):
Weil diese ausgebildeten Fachleute auch die Nachtbetreuung in Institutionen sicherstellen müssen, würde eine Anwendbarkeit der Arbeitsschutzbestimmungen gerade bei kleineren Betrieben schlichtweg unmöglich. Deshalb besteht diese Ausnahmebestimmung, welche namentlich für die sozial-pädagogischen und sozial-psychologischen Ausbildungsabschlüsse gilt. Andere Grundbildungen müssen, sofern sie auf eine Tätigkeit im pädagogischen oder psychologischen Bereich ausgerichtet sind, mit einer sechsmonatigen Einführungszeit unter Anleitung einer diplomierten Fachperson und 2-3 Weiterbildungstagen pro Jahr komplettiert werden, damit sie unter die Begrifflichkeit «Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten» fallen.

In diesen Ausnahmefällen ist das Arbeitsgesetz mit seinen Verordnungen nicht anwendbar, was eine völlig eigenständige Regelung des Piketts und dessen Bezahlung erlaubt. In allen anderen Fällen muss das Nachstehende berücksichtigt werden.

B. Bestehen Pikettdienste oder Präsenzdienste?

Ist das Arbeitsgesetz anwendbar, gilt es, arbeitsrechtlich zu unterscheiden zwischen dem Pikettdienst (gemäss Art. 14 und 15 ArGV1, im neuen BGE 4A_11/2016) und dem Präsenzdienst (gemäss BGE 124 III 249 u. A., analog auch Art. 10 Abs. 2 ArGV2).

Der Pikettdienst meint die Rufbereitschaft, welche zusätzlich zu den eigentlichen Arbeitszeiten geleistet wird (Art. 14 Abs. 1 ArGV1: «neben der normalen Arbeit»). Demgegenüber ist der Präsenzdienst der eigentliche Arbeitseinsatz (typischerweise explizit als «Nachtwachen» angestellte Personen), welcher aber nur zu einem Teil mit tatsächlichen Arbeitstätigkeiten ausgefüllt ist und deshalb irreführend oft auch als Pikett betitelt wird.

Im BGE 4A_11/2016 lag Pikettdienst eines Arztes vor, welcher nebst seiner eigentlichen Arbeitszeit auch noch zu gewissen Zeiten auf Abruf war. Gleiches gilt etwa auch für die in Institutionen oftmals geleisteten Pikettdienste der Hausdienste oder Backup-Pflegefachpersonen (etwa telefonische Erreichbarkeit zum Abruf einer tertiär ausgebildeten Fachkraft).

Wenn diese nebst ihrer Arbeitszeit zusätzlich in der Freizeit (meist nachts) abrufbar sind, muss der Betrieb prüfen, inwiefern das Urteil eine Auswirkung auf die geschuldete Vergütung hat (vgl. unter C. und D.).

Klar davon abzugrenzen ist der Präsenzdienst. Zu diesem äusserte sich das Zivilgericht Basel-Stadt (Urteil GS.2013.32). Es bestätigte, dass für die Anwesenheit mit einem mehr oder weniger grossen Teil an blosser Bereithaltung/Präsenz (meist in der Nacht) zweifellos Lohn geschuldet ist. Allerdings kann dies zu einem deutlich reduzierten Ansatz oder mit einer Pauschale erfolgen; bei umfassenderen Anstellungen dürfte das Entgelt für die reine Präsenz/Bereitschaft sogar ausdrücklich als im Lohn enthalten erklärt werden (BGE 124 III 249).

Im Basler Fall einer Betreuerin im Privathaushalt bestätigte das Gericht, grundsätzlich sei fast jede Abrede über den Lohn für den Präsenzdienst zulässig. Wenn kein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) anwendbar ist, besteht weitgehende Vertragsfreiheit zwischen den Parteien. Weil in diesem Fall aber gerade keine Regelung (für die nota bene dauernde tägliche Bereitschaft/Präsenz zwischen 20 und 7 Uhr) vorlag, musste der Richter einen angemessenen Stundenlohn definieren: Er nahm für den konkreten Fall eine „starke persönliche Einschränkungen der Mitarbeiterin“ an (dauernde Aufenthaltspflicht in der Wohnung, um in einem Notfall unmittelbar eingreifen zu können) und setzte deshalb einen relativ hohen Stundenansatz von CHF 8.87 fest. Wie die Entschädigung der Präsenzdienste aussehen kann, ist unter D. festgehalten.

C. Wo werden die Pikettdienste geleistet?

Liegt nicht Präsenzdienst, sondern Pikettdienst vor, ist nachfolgend zu unterscheiden zwischen **Pikettdienst im Betrieb** (Art. 15 Abs. 1 ArGV1) oder ausserhalb des Betriebs (Art. 15 Abs. 2 ArGV1).

Das Bundesgericht kam beim Klinikarzt zum Schluss, dass wegen der kurzen Interventionszeit (musste innert 15 Minuten im Betrieb sein) und dem hierfür zu langen Arbeitsweg von einem Pikettdienst im Betrieb auszugehen sei. Dies auch deshalb, weil der Arzt sich dafür (nach seinem Umzug in einen entfernten Wohnort) tatsächlich in der Klinik aufhielt.

Somit war die volle Zeit als Arbeitszeit zu qualifizieren und führte natürlich auch zu Überstunden und Überzeit (mit zwingendem Zuschlag von 25% gemäss Art. 13 ArG!), weil der Arzt ja tagsüber sein volles Pensum leistete. Als er noch im Ort der Klinik wohnte, konnte er den Pikettdienst von zuhause aus leisten und hatte vor seinem Wegzug somit nur die Arbeitszeit bei effektiven Einsätzen als Arbeitszeit zugute.

D. Welche Entschädigung ist für die bestehenden Anstellungen geschuldet?

Es gilt also **nur der Pikettdienst im Betrieb als «vollwertige Arbeitszeit»**, welche mit vollem Lohn und Zuschlägen zu bezahlen ist, **nicht aber der Pikettdienst ausserhalb des Betriebs** und schon gar nicht der Präsenzdienst. Für diese beiden anderen Arten von inaktiver Arbeitszeit gehört bei allen betroffenen Arbeitnehmenden eine klare Regelung in den Vertrag. Zudem sind dabei in Fällen von tatsächlichem Abbruch die Gesundheitsschutzbestimmungen zu beachten (v. a. Pausen, Höchstarbeitszeiten, Ruhezeiten).

Mit einer vertraglichen Vereinbarung zum Präsenzdienst für Mitarbeiter:innen, die dem Arbeitsgesetz unterstellt sind, kann vermieden werden, dass im Streitfall das Gericht einen Stundenansatz nach seiner eigenen Einschätzung festlegt. In der Praxis sind häufig folgende drei Varianten anzutreffen, um etwa die Entlöhnung des in Institutionen oft anzutreffenden (Nacht-)Präsenzdienstes zu regeln:

1. Eine Pauschalentschädigung für den Präsenzdienst und zusätzlich voller Stundenlohn für die effektiv geleisteten Einsatzzeiten (welche von dem/der Mitarbeiter:in erfasst werden).

2. Ein fixer, tieferer Pauschalloon für die gesamten Einsatzstunden (z. B. 50 % des üblichen Lohns, wenn die Einsätze in der Regel maximal die Hälfte der Präsenzzeit ausmachen).
3. Eine Pauschale, welche auch eine gewisse Anzahl Einsatzstunden abdeckt (z.B. Einsätze von durchschnittlich bis zu 3 Stunden sind inbegriffen), darüber hinaus voller Stundenlohn (für Nächte mit aussergewöhnlich hohen Einsatzzeiten).