



Bern, 17. November 2021

Arbeit auf Abruf regeln

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 19.3748, Cramer vom
20. Juni 2019



Inhaltsverzeichnis

1	Das Postulat	4
2	Einleitung: Was ist ein Arbeitsvertrag auf Abruf?	5
2.1	Nach dem Obligationenrecht	5
2.1.1	Der Arbeitsvertrag und seine verschiedenen Formen gemäss den Definitionen im OR	5
2.1.2	Der Arbeitsvertrag auf Abruf	5
2.1.3	Abgrenzung zu anderen Formen von Arbeitsverträgen	6
2.1.4	Begriffsbestimmung im vorliegenden Bericht.....	6
2.2	Für die Arbeitslosenversicherung.....	7
3	Untersuchung nach dem Obligationenrecht (OR).....	7
3.1	Arbeitszeit und Arbeit auf Abruf.....	7
3.2	Variable Arbeitszeit.....	8
3.3	Vom Arbeitgeber frei festgelegte Arbeitszeit	8
3.3.1	Kündigungsfristen	9
3.3.2	Annahmeverzug des Arbeitgebers und Betriebsrisiko	9
3.4	Einordnung der Bereitschaftszeit	11
3.4.1	Einordnung der Arbeitszeit.....	11
3.4.2	Entschädigung	12
3.5	Beurteilung	13
4	Untersuchung nach dem Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)	14
4.1	Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung	14
4.1.1	Einleitung.....	14
4.1.2	Voraussetzungen	14
4.2	Im Fall des Arbeitsvertrags auf Abruf.....	17
4.2.1	Das Arbeitsverhältnis wurde beendet	17
4.2.2	Das Arbeitsverhältnis wird fortgeführt	17
4.2.3	Subrogation	19
4.2.4	Ständige Abrufsbereitschaft.....	20
4.2.5	Arbeitsvertrag auf Abruf, der mit dem Ziel der Schadenminderung geschlossen wurde.....	21
5	Perspektiven.....	22
5.1	Aus dem Blickwinkel des Obligationenrechts	22
5.1.1	Obligationenrecht: frühere Vorstösse	22
5.1.2	Obligationenrecht: Po. 19.3748 Cramer	24
5.1.3	Obligationenrecht: Handlungsbedarf	24
5.2	Aus dem Blickwinkel der Arbeitslosenversicherung	29
5.2.1	Prüfung des Vorschlags im Postulat	29
5.2.2	Auf die aktuelle Rechtsordnung einwirken.....	29
5.3	Schlussfolgerungen.....	32
6	Bibliografie	34



Zusammenfassung

Das Postulat Cramer 19.3748 beauftragt den Bundesrat, im Rahmen eines Berichts zu prüfen, ob die Arbeit auf Abruf im Obligationenrecht (OR) und im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) zufriedenstellend geregelt ist.

Der vorliegende Bericht enthält eine Auslegeordnung und untersucht einige mögliche Perspektiven. Insbesondere fokussiert er auf die Vor- und Nachteile einer Regelung im Rahmen des OR und auf mögliche Verbesserungen der gesetzlichen Regelung der Arbeitslosenversicherung (ALV).

Aus der Untersuchung geht hervor, dass Arbeit auf Abruf nach dem geltenden Recht – sei es OR oder AVIG – zulässig ist und das Recht zwar deren Entschädigung garantiert, dieser Form der Arbeit aber Grenzen setzt. Diese Grenzen summieren und ergänzen sich so gut, dass der Schutz insgesamt als zufriedenstellend angesehen werden kann. De facto wird diese Form der flexiblen Arbeit nicht verboten, gleichzeitig wird aber das Ungleichgewicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers korrigiert.

Die aktuelle gesetzliche Regelung, die den Schutz von Arbeitnehmern auf Abruf gewährleistet, ist zugegebenermassen recht komplex. Ihre Umsetzung stellt für alle beteiligten Akteure eine Herausforderung dar. Im Grossen und Ganzen funktioniert das System jedoch zufriedenstellend und der Bericht zeigt, dass derzeit kein zwingender Handlungsbedarf besteht, das OR oder das AVIG allein im Hinblick auf die Arbeit auf Abruf anzupassen.

In dieser Hinsicht sind umfassendere Überlegungen angebracht. Die Digitalisierung führt zur Entstehung atypischer Arbeitsverhältnisse. Diese stellen die Einordnung des unselbstständigen Arbeitsverhältnisses in Frage, die eine Voraussetzung für die Anwendung des Schutzes des Arbeitsrechts und der ALV darstellt. Der Bundesrat untersucht die Entwicklung atypischer Arbeitsformen derzeit im Rahmen mehrerer Berichte zu Digitalisierungsfragen.



1 Das Postulat

Das Thema «Flexibilisierung der Arbeitszeit» wird von allen Akteuren der Arbeitswelt mit besonderer Aufmerksamkeit verfolgt. Insbesondere Arbeitsverträge auf Abruf sind regelmässig Gegenstand politischer Debatten. Auch aus rechtlicher Sicht sind sie in der Lehre wie in der Rechtsprechung ein viel diskutiertes Thema.

Vor diesem Hintergrund reichte Robert Cramer, Mitglied des Ständerats (Genf, Grüne Fraktion) am 20. Juni 2019 ein Postulat mit dem Titel «Arbeit auf Abruf regeln» (19.3748) mit folgendem Inhalt ein: «Arbeit auf Abruf ist immer verbreiteter. Damit ist eine Reihe von Problemen verbunden. Es ist angezeigt, genauer zu prüfen, ob die geltende Gesetzgebung angesichts dieser neuen Realität noch genügt. Im Hinblick auf eine bessere Regelung der Arbeit auf Abruf wird der Bundesrat aufgefordert, insbesondere die folgenden Möglichkeiten zu prüfen:

1. Eine Ergänzung von Artikel 319 des Obligationenrechts mit einem Absatz 3 mit folgendem Wortlaut: «Der Arbeitsvertrag bestimmt zwingend mindestens die durchschnittliche Arbeitszeit.»
2. Eine Bestimmung, wonach für die Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung einzig verlangt wird, dass Beiträge für einen monatlichen Bruttolohn von mindestens 500 Schweizerfranken bezahlt wurden; so erhielten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, die in den letzten zwei Jahren während 12 Monaten einen Bruttomindestlohn von 500 Schweizerfranken pro Monat verdient haben, Anrecht auf Taggelder.»

Am 11. September 2019 nahm der Ständerat das Postulat entgegen der Empfehlung des Bundesrates an.

Der vorliegende Bericht befasst sich mit der Arbeit auf Abruf. Nach einer Einleitung, in welcher der Arbeitsvertrag auf Abruf definiert wird, folgt er der zweiteiligen Struktur des Postulats. So prüft der Bericht zunächst, ob die Frage der Arbeit auf Abruf im Obligationenrecht (OR)¹ zufriedenstellend geregelt ist. Anschliessend befasst er sich mit der Regelung im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)². Auf der Grundlage dieser Auslegeordnung werden schliesslich einige denkbare Perspektiven untersucht und entsprechende Schlussfolgerungen gezogen.

Für den Teil des Berichts, der sich auf das OR bezieht, wurden keine externen Stellen herangezogen. Für den der ALV gewidmeten Teil wurden die Durchführungsorgane des AVIG konsultiert.

¹ SR 220

² Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG), SR 837.0



2 Einleitung: Was ist ein Arbeitsvertrag auf Abruf?

2.1 Nach dem Obligationenrecht

2.1.1 Der Arbeitsvertrag und seine verschiedenen Formen gemäss den Definitionen im OR

Der Arbeitsvertrag ist in Art. 319 Abs. 1 OR³ definiert: «Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.» Nach dieser Definition weist der Arbeitsvertrag die folgenden allgemein anerkannten rechtlichen Merkmale auf: das Erbringen einer Arbeitsleistung, ein untergeordnetes Verhältnis, einen Lohn und eine Dauer.⁴ Art. 319 Abs. 2 OR erwähnt den Teilzeitarbeitsvertrag und legt fest, dass dieser ebenfalls als Arbeitsvertrag gilt. In den allgemeinen Regelungen von Art. 319 ff. OR werden keine weiteren Formen von Arbeitsverträgen definiert, wengleich vereinzelt einige Sonderformen genannt werden, darunter die Akkordlohnarbeit (Art. 326 f. OR) oder die Heimarbeit (Art. 328a OR). Das OR definiert jedoch besondere Arbeitsverträge, die Sonderregelungen unterliegen: der Lehrvertrag (Art. 344 ff. OR), der Handelsreisendenvertrag (Art. 347 ff. OR) und der Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR).

2.1.2 Der Arbeitsvertrag auf Abruf

Der Arbeitsvertrag «auf Abruf» ist also im OR nicht definiert. Diese Form der Arbeit besteht darin, dass der Arbeitnehmer nach Massgabe des zu bewältigenden Arbeitsvolumens beschäftigt wird. Der Arbeitgeber «ruft» den Arbeitnehmer also «ab», wenn er ihn braucht. In der übrigen Zeit hält der Arbeitnehmer sich bereit. Die Arbeit auf Abruf weist demnach mehrere Merkmale auf:

- Die Arbeitszeiten, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich eine Leistung erbringt, werden nicht im Voraus festgelegt, beispielsweise in Form einer Dauer oder regelmässiger Arbeitsstunden. Vielmehr werden sie vom Arbeitgeber einseitig nach seinen Bedürfnissen bestimmt.
- Da die tatsächlichen Arbeitszeiten nicht im Voraus festgelegt werden, sind sie in puncto Dauer, Häufigkeit und Zeitpunkt ihrer Festlegung variabel.
- Ausserhalb der eigentlichen Arbeitszeiten wird für den Arbeitnehmer eine Bereitschaftszeit festgelegt, in der er sich für den Fall bereithält, dass der Arbeitgeber ihn braucht.
- Variable Arbeitszeiten haben auch variable Einkommen zur Folge.

Das Bundesgericht unterscheidet zwischen echter Arbeit auf Abruf, bei welcher der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Angebote des Arbeitgebers anzunehmen, und unechter Arbeit auf Abruf, bei denen der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, den Abrufen des Arbeitgebers Folge zu leisten.⁵

³ SR 220

⁴ BGer, 06.08.2020, 4A_64/2020, Erw. 6.1 und zitierte Verweise.

⁵ BGer, 07.10.2017, 4A_334/2017, Erw. 2.2.



2.1.3 Abgrenzung zu anderen Formen von Arbeitsverträgen

Neben der Unterscheidung zwischen echt und unecht kann die Arbeit auf Abruf von anderen Arten von Arbeitsverträgen abgegrenzt werden. Hier beleuchten wir die Abgrenzung zum Pikettdienst, zur Teilzeit- und zur Gelegenheitsarbeit.

Der Pikettdienst ist in Art. 14 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)⁶ wie folgt definiert: «Beim Pikettdienst hält sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin neben der normalen Arbeit für allfällige Arbeitseinsätze bereit für die Behebung von Störungen, die Hilfeleistung in Notsituationen, für Kontrollgänge oder für ähnliche Sonderereignisse.» Wie bei der Arbeit auf Abruf hält sich der Arbeitnehmer bereit und wird nach Bedarf abgerufen. Der Pikettdienst unterscheidet sich jedoch in zwei Punkten von der Arbeit auf Abruf: Es handelt sich dabei um einen separaten Zeitraum, der zur üblichen Arbeit hinzukommt, und die auszuführenden Aufgaben entsprechen nicht den normalen Arbeitsaufgaben, sondern ergeben sich gemäss der gesetzlichen Definition aus Sonderereignissen wie Interventionen in Notsituationen.⁷

Teilzeitarbeit ist eine allgemeine Kategorie, die sich durch eine kürzere Arbeitszeit als die normalerweise – in der Regel wöchentlich – festgelegte Zeit auszeichnet. Es gibt mehrere Formen von Teilzeitarbeit, insbesondere abhängig davon, ob die Arbeitszeit regelmässig oder unregelmässig ist⁸. Arbeit auf Abruf wird häufig als Form der unregelmässigen Teilzeitarbeit angesehen. Dies bedeutet, dass die Arbeitszeiten oder -stunden variabel sind. Arbeit auf Abruf unterscheidet sich von anderen Formen der unregelmässigen Teilzeitarbeit dadurch, dass die Arbeitszeiten bei Letzteren nicht nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers festgelegt werden. So kann der Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten oder -stunden in einem gewissen Rahmen selbstständig bestimmen. Es stellt sich auch die Frage, ob es sich überhaupt um Arbeit auf Abruf handelt, wenn die Abruffrist für die Arbeitszeiten und -stunden lang ist oder wenn Arbeitszeiten für längere Zeiträume festgelegt werden.⁹

Als Gelegenheitsarbeit werden vereinzelte und unregelmässige Einsätze bezeichnet, die nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers bestimmt werden. Diese Merkmale sind identisch mit denen der Arbeit auf Abruf. Allerdings unterscheidet sich die Gelegenheitsarbeit dadurch, dass für jeden Einsatz – unter Vorbehalt von Rechtsmissbrauch und «Kettenverträgen» – ein separater Vertrag abgeschlossen wird und für den Arbeitnehmer keine Verpflichtung besteht, zukünftige Arbeitsangebote anzunehmen¹⁰.

2.1.4 Begriffsbestimmung im vorliegenden Bericht

Im vorliegenden Bericht beschränken wir uns auf echte Arbeit auf Abruf (nachstehend «Arbeit auf Abruf»), da das im Postulat angesprochene Problem diese Art der Arbeit betrifft. Bei unechter Arbeit auf Abruf behält der Arbeitnehmer aufgrund der Tatsache, dass er potenzielle Angebote des Arbeitgebers ablehnen kann, die Kontrolle über seine Zeit. Somit kann er auch Arbeitseinsätze bei anderen Arbeitgebern leisten und über andere Einkommen verfügen. Im Gegensatz dazu muss ein Arbeitnehmer, der zur Annahme der Angebote eines Arbeitgebers verpflichtet ist, sich bereithalten und kann folglich nicht mehr frei über seine Zeit verfügen. Das im Postulat beschriebene Grundproblem der Arbeit auf Abruf¹¹ ist das Ausbleiben von Arbeit in Verbindung mit der Bereitschaftspflicht des Arbeitnehmers und der Freiheit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer abzurufen oder nicht. Wer auf Abruf

⁶ SR 822.111

⁷ Zu dieser Unterscheidung siehe insbesondere SENTI (2020), 2 ff.

⁸ Siehe unter anderem CS-DUNAND, Art. 319 OR N. 50

⁹ Zum Zusammenhang zwischen Abruffrist und dem Begriff der Arbeit auf Abruf siehe ZEIN, 531 f.

¹⁰ BGer, 8C_318/2014, 21.05.2015, Erw. 5.1. Zu «Kettenverträgen» siehe BGE 139 III 145, Erw. 4.1

¹¹ Siehe insbesondere MURER, 356; BYRNE-SUTTON, 93-94



arbeitet und kein Arbeitsangebot erhält, bezieht nämlich kein Einkommen und kann nicht anderweitig über seine Zeit verfügen. Eben diese Kombination von Merkmalen macht Arbeit auf Abruf zu einer prekären Arbeitsform¹², vor allem dann, wenn der Lohn tief ist.

2.2 Für die Arbeitslosenversicherung

Die Art des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags hat Auswirkungen auf den Anspruch der versicherten Person auf Leistungen der ALV. In der Praxis ist nicht immer klar feststellbar, ob ein Arbeitsvertrag auf Abruf vorliegt. Die Standpunkte des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers können sich diesbezüglich widersprechen. Die Vollzugsstellen der ALV müssen daher möglicherweise zunächst zu einem Entscheid über diese Frage gelangen. Erheben die Parteien eine Zivilklage, um genau zu klären, ob ein Arbeitsverhältnis auf Abruf vorliegt, sind die Vollzugsstellen der ALV trotzdem an den Entscheid des Zivilgerichts und an die arbeitsrechtliche Definition gebunden (siehe Abschnitt 2.1).

3 Untersuchung nach dem Obligationenrecht (OR)

3.1 Arbeitszeit und Arbeit auf Abruf

Der Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR zeichnet sich durch eine zeitlich bestimmte Arbeitsleistung aus, für welche der Arbeitnehmer einen Lohn erhält. Der Lohn und die Arbeitszeit stehen in einem direkten Austauschverhältnis zueinander. Ob ein ausreichendes Einkommen erzielt wird, ist von der geleisteten Arbeitszeit abhängig. Eine vertraglich festgelegte Arbeitszeit ermöglicht also den Bezug eines fixen Lohns und gewährleistet ein stabiles, vorhersehbares Einkommen. Auch das Arbeitsvolumen wird durch diese Arbeitszeit bestimmt. Für gewöhnlich handelt es sich dabei beispielsweise um die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer an seinen Arbeitsort begibt, wo er seinem Arbeitgeber zur Verfügung steht. Davor und danach kann er frei über seine Zeit verfügen. Dieses klassische («typische») Arbeitsmodell umfasst aus vertraglicher Sicht zwei Elemente: Erstens wird im Vertrag eine Arbeitszeit festgelegt. Zweitens wird diese Arbeitszeit klar von der Freizeit abgegrenzt, in welcher der Arbeitnehmer keine Verpflichtung hat. Arbeit auf Abruf stellt diese beiden Elemente in Frage: Einerseits schwankt die Arbeitszeit, die einseitig vom Arbeitgeber festgelegt wird, und andererseits wird die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer bereithält, aber keine Arbeitsleistung erbringt, von der Zeit unterschieden, in der er tatsächlich Arbeit verrichtet, ohne dass er aber vollkommen frei ist. Dies hat zwangsläufig Auswirkungen auf das Einkommen des Arbeitnehmers, das variabel und während seiner Bereitschaftszeit potenziell nicht gewährleistet ist. Es stellt sich also die Frage, ob diese Zwischenkategorie zwischen Freizeit und tatsächlicher Arbeitszeit entschädigt wird. «Nullstundenverträge» beinhalten beide Aspekte: Einerseits wird vertraglich keine Arbeitszeit festgelegt, sondern der Arbeitgeber kann diese einseitig bestimmen, und andererseits wird die Bereitschaftszeit des Arbeitnehmers als nicht entschädigte Freizeit betrachtet. Eine Kassiererin, die nach dem klassischen Modell arbeitet, begibt sich beispielsweise morgens in die Filiale und geht abends

¹² Zu diesem Begriff und seiner Anwendung auf die Arbeit auf Abruf siehe insbesondere BUNDESRAT (2006), 4



wieder nach Hause. Für diese Arbeitszeit wird sie bezahlt. Arbeitet sie aber auf Abruf, wird sie gerufen, wenn Kundschaft da ist, arbeitet während der Zeit, in der sie gebraucht wird, und geht wieder, wenn keine Arbeit mehr da ist. Erst beim nächsten Abruf kehrt sie wieder zurück. Sie wird für die Zeiträume bezahlt, in denen sie arbeitet.

Die Frage ist, ob solche Verträge nach dem Arbeitsrecht der Schweiz möglich sind. Ist eine variable Arbeitszeit möglich? Darf sie vom Arbeitgeber einseitig und frei festgelegt werden? Gilt die Bereitschaftszeit aus rechtlicher Sicht als Freizeit oder Arbeitszeit oder als separate Zwischenkategorie?

3.2 Variable Arbeitszeit

Die Regelung der Arbeitszeit umfasst mehrere Aspekte: Die Gesetzgebung kann eine gesetzliche Arbeitszeit festlegen, sie kann Höchstarbeitszeiten festlegen oder vorsehen, dass die Arbeitszeit im Arbeitsvertrag aufgeführt sein muss. Das schweizerische Recht kennt keine gesetzliche Arbeitszeit. Das Arbeitsgesetz (ArG) begrenzt die Arbeitszeit in Kap. III «Arbeits- und Ruhezeit» in mehrfacher Hinsicht. Insbesondere legt es eine wöchentliche Höchstarbeitszeit fest (Art. 9 Abs. 1 ArG). Obwohl die Arbeitszeit laut Art. 319 Abs. 1 OR ein wesentliches Element des Arbeitsvertrags ist, sehen Art. 319 ff. OR keine spezifischen Regelungen vor und verlangen insbesondere nicht, dass der Arbeitsvertrag eine fixe Arbeitszeit vorsieht. Die Arbeitszeit wird in Art. 321c Abs. 1 OR indirekt erwähnt, in dem Überstunden als mehr Arbeitsstunden als der «zeitliche Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist» definiert werden. Art. 330b Abs. 1 lit. e OR sieht eine schriftliche Information über die wöchentliche Arbeitszeit vor. Diese Bestimmung wurde zur Erleichterung von Kontrollen im Rahmen von flankierenden Massnahmen erlassen, schreibt jedoch weder die Schriftform für die betreffenden Arbeitsverträge¹³ noch die Verständigung über eine fixe Arbeitszeit¹⁴ vor. Nach einigen Lehrmeinungen muss die Arbeitszeit als wesentliches Element des Vertrags bestimmt oder bestimmbar sein¹⁵, doch das Bundesgericht hat gerade in Bezug auf Arbeit auf Abruf anders entschieden.¹⁶ Folglich sind flexible Arbeitsformen, mit denen variable oder unregelmässige Arbeitszeiten verbunden sind, nach schweizerischem Recht möglich (zum Beispiel flexible Arbeitszeiten oder Jahresarbeitszeiten).¹⁷ Ferien, Ruhezeiten und wöchentliche Höchstarbeitszeit ebenso wie der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) bilden den Rahmen für mögliche Abweichungen. Für den Sonderfall der Arbeit auf Abruf ist nun noch zu klären, ob der Arbeitgeber über diese Abweichungen frei bestimmen kann.

3.3 Vom Arbeitgeber frei festgelegte Arbeitszeit

Im Arbeitsvertrag sind im Allgemeinen Arbeitszeitregelungen enthalten. Wie oben dargelegt, muss nicht unbedingt eine fixe Arbeitszeit vereinbart werden. So ist es möglich, eine Mindestarbeitszeit oder eine durchschnittliche Arbeitszeit festzulegen und Schwankungen zuzulassen. Bei einem Arbeitsvertrag auf Abruf bleibt dem Arbeitgeber das Recht vorbehalten, die Arbeitszeit nach seinen Bedürfnissen festzulegen, und der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Angebote des Arbeitnehmers anzunehmen. Im

¹³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Art. 330b OR N. 3

¹⁴ PIETRUSKAK, N. 30

¹⁵ BYRNE-SUTTON, 103-104; GEISER (2014), 235 und AUBERT, 226, auf der Grundlage anderer Argumente

¹⁶ BGE 124 III 249, Erw. 2a

¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321 OR N. 9



vorliegenden Kapitel (3.3) wird untersucht, welche Grenzen einer solchen Klausel durch die verbindlichen Regelungen des Arbeitsrechts gesetzt sind. Die Rechtsprechung hat sich dabei auf die Regelungen über Kündigungsfristen (Art. 335 ff. OR, nachfolgend Kap. 3.3.1) und den Annahmeverzug des Arbeitgebers (Art. 324 OR, nachfolgend Kap. 3.3.2) gestützt. Die rechtliche Regelung der Bereitschaftszeit wird in Kap. 3.4 untersucht.

3.3.1 Kündigungsfristen

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder der Vertragsparteien gekündigt werden (Art. 335 Abs. 1 OR). Gesetzliche Kündigungsfristen sind in Art. 335b ff. OR vorgesehen. Nach Ablauf der Probezeit dürfen die in Art. 335c Abs. 1 OR vorgesehenen gesetzlichen Fristen durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden (Art. 335c Abs. 2 OR). Kündigungsfristen sollen dem Arbeitnehmer ermöglichen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden und gleichzeitig seine Ressourcen im Wesentlichen aufrechtzuerhalten.¹⁸ Auf dieser Grundlage urteilte das Bundesgericht wie folgt: «Erlaubt der Arbeitsvertrag auf Abruf eine plötzliche und bedeutende Verminderung des monatlichen Arbeitspensums, liegt darin eine Umgehung des Schutzes, der mit den zwingenden Kündigungsfristen von Art. 335c OR gewährleistet werden soll; daraus resultiert ein offensichtlicher Verstoss gegen Art. 335c OR...».¹⁹ Somit wird der Freiheit, die Arbeitszeit einseitig festzulegen, eine erste Grenze gesetzt: Wird der Arbeitsvertrag aufgelöst, darf der Arbeitgeber nicht beschliessen, das Arbeitspensum in bedeutendem Umfang zu vermindern. Tut er dies, ist er verpflichtet, den Lohn für den Arbeitszeitausfall zu zahlen. Eine gewisse Unsicherheit bleibt dahingehend bestehen, was «plötzlich» bedeutet. In Bezug auf den zu zahlenden Lohn entschied das Bundesgericht, dass der Lohn «sich nach dem während eines bestimmten Zeitraums bezogenen angemessenen Durchschnittslohn bemisst...» in sinngemässer Anwendung von Art. 37, Abs. 1 bis 3 AVIV.²⁰

So ist heute anerkannt, dass die Regelungen über die Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer während dieser eine durchschnittliche Arbeitszeit und somit auch das entsprechende Einkommen bis zum Vertragsende garantieren.²¹ Die Sachlage von BGE 125 III 65 und die Auswirkungen des Urteils sind sehr schlüssig: Eine Sicherheitskraft, die auf Abruf arbeitete und stundenweise bezahlt wurde, verdiente rund CHF 4'000.–. Der Arbeitgeber kündigte der Sicherheitskraft, weil er keine Arbeit mehr für sie hatte, und diese fand sich im Januar 1997 mit einem Lohn von CHF 300.– wieder. Der Sicherheitskraft wurden eine gesetzliche Kündigungsfrist von zwei Monaten und die Zahlung eines Lohns für den verbleibenden Zeitraum zuerkannt, der in etwa in der Grössenordnung von CHF 2'000.– lag.²²

3.3.2 Annahmeverzug des Arbeitgebers und Betriebsrisiko

Bei dem oben genannten Entscheid BGE 125 III 65 stützte sich das Bundesgericht auch auf Art. 324 OR. Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, wenn die Arbeit infolge seines Verschuldens nicht geleistet werden kann oder er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung

¹⁸ BGE 125 III 65 c, 4b, aa; 124 III 346, Erw. 2b

¹⁹ BGE 125 III 65 c, 4b, aa

²⁰ BGE 125 III 65, Erw. 5

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321 OR N. 18 sowie zitierte kantonale Entscheide.

²² Der Arbeitnehmer forderte vor dem Bundesgericht die Zahlung von CHF 7'631.70. Dieser Betrag entsprach der Summe, die ihm in erster Instanz für die Monate Januar bis April 1997 zugesprochen wurden und nach dem Durchschnittslohn in den Jahren 1995 und 1996 bemessen wurde (siehe BGE 125 III 65, Sachverhalt, lit. B).



verpflichtet ist. Im Zusammenhang mit Arbeit auf Abruf entschied das Bundesgericht: «aus Art. 324 Abs. 1 OR geht hervor, dass nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trägt. Verweigert der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen die Annahme der Arbeitsleistung, gerät er somit in Annahmeverzug und bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet (BGE 124 III 346, Erw. 2a, S. 349 und Verweise). Diese Regelung ist verbindlich und der Arbeitnehmer darf während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung nicht rechtswirksam auf seine Forderungen verzichten (Art. 362 und 341 Abs. 1 OR).»²³ Mit Verweis darauf, dass die Regelungen von Art. 326 OR über die Akkordlohnarbeit ein Anwendungsfall des Annahmeverzugs des Arbeitgebers sind, schloss das Gericht, dass Art. 326 OR «... bestätigt, dass der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 324 Abs. 1 OR nicht beabsichtigte, den Arbeitgeber abhängig von seinen eigenen Bedürfnissen einseitig die Arbeitszeit und die Bezahlung des Arbeitnehmers bestimmen zu lassen» und dass «das Gesetz keine Ausnahme von der Anwendung von Art. 324 Abs. 1 OR zugunsten der Arbeit auf Abruf vorsieht. ... Daher muss eingeräumt werden, dass die beklagte Behörde eindeutig gegen diese Bestimmung verstossen hat, indem sie annahm, dass der Arbeitnehmer rechtswirksam zustimmen konnte, die nach dem Gesetz vom Arbeitgeber zu tragenden Risiken zu übernehmen.»²⁴

Die aus dieser Passage hervorgehende Auslegung des Bundesgerichts scheint darauf hinzudeuten, dass Arbeit auf Abruf an sich gegen das Verbot verstösst, das Betriebsrisiko auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Dies entspräche auch einer gewissen Logik, da Arbeit auf Abruf dem Arbeitgeber die Möglichkeit bietet, die Arbeitszeit seinen Bedürfnissen anzupassen. Diese Bedürfnisse sind von wirtschaftlichen Faktoren abhängig, deren Risiko er als freier Unternehmer tragen muss. Das Bundesgericht räumt jedoch ausdrücklich ein, dass Arbeit auf Abruf rechtmässig ist, dem Arbeitnehmer aber wie oben angegeben Anspruch auf einen während eines bestimmten Zeitraums bezogenen angemessenen Durchschnittslohn gewährt.

In dem vor dem Bundesgericht verhandelten Fall ging es um die Zahlung des Lohns während der Kündigungsfrist. Die Problematik der Arbeit auf Abruf während der Kündigungsfrist kann auf der Grundlage von Art. 335a ff. OR gelöst werden. Der praktische Nutzen der in Art. 324 OR vorgesehenen Regelung besteht darin, eine Grenze für den Fall zu setzen, dass der Vertrag nicht aufgelöst wird. Somit bleibt Arbeit auf Abruf möglich und der Arbeitgeber kann das Arbeitsvolumen einseitig nach seinen Bedürfnissen bestimmen. Allerdings muss er ein ausreichendes Arbeitsvolumen anbieten, denn ansonsten gerät er in Annahmeverzug und bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet.

Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung bestätigt, insbesondere in einem aktuellen Entscheid des Bundesgerichts im Fall eines Anstreichers, der im Zeitraum von etwa einem Jahr in einigen Monaten für 80 Stunden und in anderen überhaupt nicht abgerufen wurde, wenigstens wie die Gerichte in diesem Fall feststellen konnten.²⁵ Das Bundesgericht bestätigte, dass «selbst wenn das Arbeitsvolumen auf Abruf per Definition je nach den Umständen schwankt, der Arbeitgeber – der gemäss der verbindlichen Regelung von Art. 324 Abs. 1 OR das Betriebsrisiko trägt – nicht einfach von einem Tag auf den anderen entscheiden kann, einen Arbeitnehmer nicht mehr einzusetzen und ihm keinen Lohn mehr zu bezahlen (siehe Art. 326 OR). Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist hat der Arbeitnehmer daher Anspruch auf seinen Lohn, der sich nach dem während eines bestimmten Zeitraums bezogenen angemessenen

²³ BGE 126 III 65, Erw. 5

²⁴ *Ebenda*

²⁵ BGer, 4A_534/2017, 27.8.2018, siehe lit. a



Durchschnittslohn bemisst...»²⁶. Der Arbeitnehmer auf Abruf muss sich also «... während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses auf ein bestimmtes Arbeitsvolumen verlassen können, ohne dass er hinsichtlich seines Durchschnittslohns der Willkür seines Arbeitgebers ausgesetzt ist ...»²⁷. Dieser Entscheid wurde kritisiert, da er de facto ein Verbot der Arbeit auf Abruf bedeuten würde.²⁸ Er kann jedoch auch so verstanden werden, dass er diese Form der Arbeit zwar zulässt, ihr aber auch Grenzen setzt: Eine plötzliche und bedeutende Verminderung des Arbeitspensums ist nicht möglich und hat die Zahlung eines Lohns zur Folge, welcher der durchschnittlichen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entspricht. Die Lehre räumt mit überwiegender Mehrheit ein, dass Arbeit auf Abruf mit einer Begrenzung möglicher Schwankungen zulässig ist. Dabei stützt sie sich auf Art. 324 OR, aber auch auf die sinngemässe Anwendung von Art. 326 Abs. 1 und 4 OR oder Art. 349a Abs. 2 OR, der einem Handelsreisenden, dessen Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ein «angemessenes Entgelt» gewährt²⁹. Ein anderer Lehransatz besteht darin, sich auf den Grundsatz des Vertrauens zu stützen und dem Arbeitnehmer auf Abruf zu garantieren, dass ihm die während eines bestimmten Zeitraums mit einer gewissen Regelmässigkeit geleistete Arbeit auch danach angeboten wird³⁰, da er nach Treu und Glauben davon ausgehen kann, dass seine Arbeitsleistung in Zukunft in gleichem Umfang in Anspruch genommen wird.

Natürlich lässt dieser Ansatz, nach dem Schwankungen des Arbeitsvolumens bis zu einem gewissen Grad zulässig sind, mehrere Fragen offen³¹, insbesondere die Folgenden: Welcher Bezugszeitraum sollte bei der Beurteilung einer plötzlichen und bedeutenden Verminderung oder einer Regelmässigkeit des Arbeitsvolumens zugrunde gelegt werden? Wie gross muss die Schwankung sein, um als plötzlich und bedeutend zu gelten und somit als unrechtmässige Übertragung des Betriebsrisikos angesehen zu werden? Auf jeden Fall steht fest, dass der Arbeitnehmer auf Abruf auf der Grundlage der allgemeinen bindenden Regelungen des Arbeitsvertragsrechts über eine garantierte Mindestarbeitszeit oder wenigstens über einen entsprechenden Lohn verfügt.

Zu klären ist auch noch die Frage, ob die Bereitschaftszeit als zu entschädigende Arbeitszeit oder als Freizeit zu betrachten ist, für die keine Entschädigung gezahlt wird.

3.4 Einordnung der Bereitschaftszeit

3.4.1 Einordnung der Arbeitszeit

Im BGE 124 III 249 definierte das Bundesgericht, das in einem Fall von Arbeit auf Abruf zu urteilen hatte, den Begriff der «Arbeit» wie folgt: Eine Person «arbeitet» insofern, als sie sich bereithält, die Bedürfnisse des Arbeitgebers zu befriedigen. Dabei muss es sich nicht unbedingt um ein Tätigsein handeln. Auch die blossе Arbeitsbereitschaft dient der Bedürfnisbefriedigung des Arbeitgebers.³² So kam das Bundesgericht zu dem Schluss, dass die im Betrieb des Arbeitgebers zugebrachte

²⁶ *Ebenda*, Erw. 4.1

²⁷ *Ebenda*, Erw. 4.3

²⁸ VON KAENEL (2019), 232 (N. 1 und 3)

²⁹ Insbesondere BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, Art. 319 N. 16; AUBERT, 226; SENTI (1998), 1243; HENNEBERGER/RIEDER, 1065-1067; CS-DUNAND, Art. 319 N. 57; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 N. 18; WYLER/HEINZER, 267 und 271; und im engeren Sinne, RONCORONI, 1418. Für eine vollständige Übersicht siehe ZEIN, 536-537

³⁰ BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 N. 30; BRÜHWILER, Art. 319 OR N. 11 f.

³¹ Siehe VON KAENEL, 232-233

³² Erw. 3b.



Bereitschaftszeit als normale Arbeitszeit gilt und der Zeit gleichgestellt ist, die der Arbeitnehmer mit der Leistung der vereinbarten Arbeit verbringt.³³ Wird die Bereitschaftszeit ausserhalb des Arbeitgeberbetriebs verbracht, handelt es sich ebenfalls um für die Bedürfnisse des Arbeitgebers aufgewendete Arbeitszeit, sodass sie ebenfalls als Arbeitszeit einzuordnen ist.³⁴ Diese Rechtsprechung ist etabliert und bisher unangefochten.

Die beiden Formen der Bereitschaftszeit – inner- oder ausserhalb des Arbeitgeberbetriebs – werden unterschiedslos als Arbeitszeit eingestuft, in Bezug auf die Entschädigung aber unterschiedlich behandelt.

3.4.2 Entschädigung

Das Bundesgericht entschied, dass ein Arbeitnehmer, der im Arbeitgeberbetrieb darauf wartet, eine Arbeit zugeteilt zu bekommen, diese Zeit nicht für seine eigenen Bedürfnisse nutzen darf, da es sich um Arbeitszeit handelt, die zum vollen Lohn zu entschädigen ist.³⁵ Die ausserhalb des Betriebs zugebrachte Bereitschaftszeit dient jedoch nicht in vollem Umfang den Bedürfnissen des Arbeitgebers und kann für die eigenen Bedürfnisse des Arbeitnehmers verwendet werden, solange sich dies mit der Bereitschaftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber vereinbaren lässt.³⁶ Diese Bereitschaftszeit, so das Bundesgericht, muss somit nicht in vollem Umfang entschädigt werden. Gemäss Art. 322 Abs. 1 OR ist der Lohn zu entrichten, der üblich ist, sofern er nicht durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Ansonsten ist er nach Billigkeit zu bestimmen.

Ein wichtiges Element der Rechtsprechung besteht darin, dass diese Regelungen vertraglich abgeändert werden können. So können die Parteien vereinbaren, die Bereitschaftszeit im Betrieb zu einem reduzierten Satz zu entschädigen oder jegliche Entschädigung auszuschliessen, sowie die Entschädigung der Bereitschaftszeit ausserhalb des Betriebs in den Lohn einbeziehen.³⁷ Ein durch Gesamtarbeitsvertrag vorgesehener Mindestlohn kann jedoch nicht so ausgelegt werden, dass er die Entschädigung für die Bereitschaftszeit beinhaltet.³⁸ Bei der Berücksichtigung einer Entschädigung für die Bereitschaftszeit im Lohn müssen die allgemeinen Grenzen des Vertragsrechts eingehalten werden³⁹: So räumte das Bundesgericht ein, dass ein Lohn in der Grössenordnung von CHF 4'000.–, welcher die Entschädigung der Bereitschaftszeit beinhaltet, angesichts der Höhe des Lohns und der geringen Einschränkungen des ausgeübten Pikettdienstes nicht gegen die guten Sitten verstösst (Art. 20 OR)⁴⁰. Daraus kann abgeleitet werden, dass Klauseln, welche die Entschädigung der Bereitschaftszeit beinhalten, gegen die guten Sitten verstossen und daher rechtswidrig sein können, wenn der Lohn tief und der Bereitschaftsdienst mit Einschränkungen verbunden ist.

Diese Rechtsprechung über den Entschädigungssatz für die Bereitschaftszeit wurde vom Bundesgericht und den kantonalen Gerichten bestätigt und konsequent auf die Arbeit auf Abruf, aber auch auf andere Formen von Bereitschaftszeit wie den Pikettdienst angewandt.⁴¹ Auf die Arbeit auf Abruf wirkt sich dies wie folgt aus:

³³ Erw. 3a.

³⁴ Erw. 3b.

³⁵ BGE 124 III 249, Erw. 3a

³⁶ BGE 124 III 249, Erw. 3b

³⁷ BGE 124 III 249, Erw. 3a und c

³⁸ BGE 124 III 249, Erw. 3c

³⁹ GEISER (1997), 1334-1336; CLASS, 37-38

⁴⁰ BGer, 4A_523/2010, 22.11.2010, Erw. 5.2.

⁴¹ Siehe die von HENNEBERGER/RIEDER, 1059-1060 und ZEIN, 535 zitierten Beispiele.



- Die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer bereithält, ist als Arbeitszeit zu betrachten.
- Diese Bereitschaftszeit ist zum vollen Satz zu entschädigen, wenn der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers Bereitschaftsdienst leistet, oder zu einem reduzierten Satz im Verhältnis zum Grundlohn, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsort verlassen kann und nur abrufbar sein muss.
- Die Entschädigung der Bereitschaftszeit gemäss den beiden Formen kann vertraglich frei angepasst werden und im Lohn enthalten sein.
- Ist sie nicht vertraglich festgelegt und lässt sie sich auch nicht aus der üblichen Praxis ableiten, bestimmt sich die Entschädigung der Bereitschaftszeit ausserhalb des Arbeitgeberbetriebs nach billigem Ermessen gemäss dem Grad der Freiheit, über die der Arbeitnehmer verfügt: Diesbezüglich sind die Abrufhäufigkeit und die für die Annahme des Abrufs verfügbare Zeit zu berücksichtigen.⁴²

3.5 Beurteilung

Die Grenzen der Arbeit auf Abruf wurden von der Rechtsprechung auf der Grundlage der allgemeinen Regelungen des Arbeitsvertragsrechts festgelegt.

Die Bereitschaftszeit gilt somit als Arbeitszeit und muss aufgrund dieser Tatsache entschädigt werden. Auf diesen Schutz kann jedoch durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag verzichtet werden. Bei einer isolierten Betrachtung der Möglichkeit, die Entschädigung der Bereitschaftszeit vertraglich auszuschliessen, müsste eingeräumt werden, dass «Nullstundenverträge» möglich sind: Der Arbeitnehmer erhält keine Entschädigung für seine Bereitschaftszeit, sodass er keine Entschädigung erhält, wenn der Arbeitgeber seine Leistungen nicht in Anspruch nimmt. Wie wir gesehen haben, müssen solche Klauseln jedoch zunächst die allgemeinen Grenzen des Vertragsrechts einhalten und können gegen die guten Sitten verstossen – und somit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR nichtig sein –, wenn der Lohn tief und die Abrufregelung mit Einschränkungen verbunden ist. Vor allem aber schliesst die Tatsache, dass dem Arbeitnehmer auf der Grundlage der verbindlichen Regelungen über Kündigungsfristen, den Annahmeverzug des Arbeitgebers und die Übertragung des Betriebsrisikos ein ausreichendes Arbeitsvolumen garantiert werden muss, die Möglichkeit solcher Verträge aus. Die flexible Auslegung dieser Grenze, die darin besteht, gewisse Schwankungen des Arbeitsvolumens zuzulassen, bedeutet, dass de facto kein Verbot der Arbeit auf Abruf besteht, da der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, die Arbeitszeit gemäss seinen Bedürfnissen anzupassen. Im Hinblick auf die Grenzen dieser Freiheit und die anzuwendenden Kriterien bestehen Unsicherheiten, sodass die genaue Grenze der möglichen Arbeitszeitschwankungen nicht präzise festgelegt ist. Dennoch verfügen die Gerichte über die notwendigen rechtlichen Grundlagen, um in einem konkreten Fall zu entscheiden, selbst wenn die aktuellen Rechtsgrundsätze noch genauer festgelegt werden können.

⁴² In diesem Sinne auf der Grundlage der Rechtsprechung und der Lehre, HENNEBERGER/RIEDER, 1062 ff. und 1065 ff.



4 Untersuchung nach dem Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG)

4.1 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung

4.1.1 Einleitung

Ziel der Arbeitslosenversicherung (ALV) ist, Arbeitslosen einen angemessenen Einkommensersatz zu garantieren und Arbeitssuchende rasch wieder in den Arbeitsmarkt einzugliedern (Art. 1a AVIG). Die Absicherung im Fall der Arbeitslosigkeit, wie wir sie heute kennen, ist im Wesentlichen dazu gedacht, Menschen, die einen Arbeitsausfall erleiden, die notwendige Zeit zu geben, einen Arbeitsplatz zu finden, der ihren Qualifikationen am besten entspricht.

Eine der Hauptleistungen der ALV besteht demnach darin, Arbeitslosen eine Entschädigung für ihren Erwerbsausfall zu gewähren. So wird bei einem Verlust des Arbeitsplatzes unter bestimmten Voraussetzungen (siehe unten, Kap. 4.1.2) eine angemessene Entschädigung gezahlt.

In dieser Hinsicht besteht die Aufgabe der ALV weder darin, den Arbeitsausfall des Arbeitnehmers, der sich noch in einem Arbeitsverhältnis befindet, noch das Betriebsrisiko zu decken. In Ausnahmefällen entschädigt die ALV Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst wurde. Dadurch entsteht eine relativ komplexe Rechtslage, die wir in den folgenden Kapiteln behandeln werden.

4.1.2 Voraussetzungen

Nach dem Gesetz hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung (ALE), wenn sie alle in Art. 8 AVIG vorgesehenen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Danach muss sie:

- ganz oder teilweise arbeitslos sein (Art. 10 AVIG),
- einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten haben (Art. 11 und 11a AVIG),
- in der Schweiz wohnen (Art. 12 AVIG),
- die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht haben, noch eine Altersrente der AHV beziehen (Art. 39 und 40 AHVG),
- die Beitragszeit erfüllt haben oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit sein (Art. 13 und 14 AVIG),
- vermittlungsfähig sein (Art. 15 AVIG) und
- die Kontrollvorschriften erfüllen (Art. 17 AVIG).

Für die Zwecke dieser Untersuchung sind vier dieser Voraussetzungen von besonderer Bedeutung.

4.1.2.1 Arbeitslos sein

Der Anspruch auf ALE setzt insbesondere voraus, dass die versicherte Person ganz oder teilweise arbeitslos ist (Art. 8 Abs. 1 lit. a AVIG).



Eine versicherte Person, die in keinem Arbeitsverhältnis steht und eine Vollzeitbeschäftigung sucht, gilt als ganz arbeitslos; als teilweise arbeitslos gilt hingegen eine versicherte Person, die in keinem Arbeitsverhältnis steht und lediglich eine Teilzeitbeschäftigung sucht. Ebenfalls als teilweise arbeitslos gilt eine versicherte Person, die eine Teilzeitbeschäftigung hat und eine Vollzeit- oder eine weitere Teilzeitbeschäftigung sucht (Art. 10 Abs. 1 und 2 AVIG). Teilweise arbeitslos zu sein, setzt die Bereitschaft der versicherten Person voraus, ihre Teilzeitbeschäftigung aufzugeben, wenn sie eine dauerhafte Vollzeitbeschäftigung findet.

Als arbeitslos gilt auch eine versicherte Person, die Lohn- oder Entschädigungsansprüche ihrem ehemaligen Arbeitgeber gegenüber hat, deren Arbeitsverhältnis aber endgültig beendet ist (faktische Arbeitslosigkeit). Nach Praxis und Rechtsprechung beginnt Arbeitslosigkeit nicht erst mit der rechtlichen Auflösung, sondern schon mit der tatsächlichen, definitiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Entscheidend ist, ob die Vertragsparteien die für das Arbeitsverhältnis charakteristischen Leistungen weiterhin erbringen oder nicht (Arbeit und Lohn). So gilt beispielsweise ein Arbeitnehmer, der einen Rahmenarbeitsvertrag abgeschlossen hat, bei dem die Temporärfirma nur für die tatsächliche Dauer des Einsatzes zur Lohnzahlung verpflichtet ist, während des Zeitraums zwischen zwei Einsätzen ebenfalls als arbeitslos.⁴³

Nicht als arbeitslos gilt hingegen eine versicherte Person, die Vertragspartei eines Arbeitsvertrags ist, deren normale Arbeitszeit aber vorübergehend aus wirtschaftlichen Gründen oder aufgrund von schlechtem Wetter verkürzt ist.⁴⁴

4.1.2.2 Einen Arbeitsausfall erleiden

Die versicherte Person hat Anspruch auf ALE, wenn sie neben anderen Voraussetzungen einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleidet (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG). Gemäss dieser Bestimmung ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er einen Verdienstaufschlag zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert (Art. 11 Abs. 1 AVIG). Anders ausgedrückt: Der Arbeitsausfall eröffnet einen Anspruch auf ALE, wenn er eine Mindestdauer erreicht, die einen Mindestverdienstaufschlag zur Folge hat.

Bei teilweise arbeitslosen Personen ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er innerhalb von zwei Wochen mindestens zwei volle Arbeitstage ausmacht (Art. 5 AVIV).⁴⁵ Ein Verdienstaufschlag liegt vor, wenn der Einkommensverlust mehr als 20 % oder 30 % des versicherten Verdienstes beträgt.

4.1.2.3 Die Beitragszeit erfüllen

Art. 13 Abs. 1 AVIG sieht vor, dass die versicherte Person die Beitragszeit erfüllt hat, wenn sie innerhalb der dafür vorgesehenen Rahmenfrist (Art. 9 AVIG) während mindestens zwölf Monaten eine beitragspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

⁴³ BGE 119 V 156; SECO, AVIG-Praxis ALE, B82

⁴⁴ Diese Eventualitäten sind durch die Kurzarbeitsentschädigung (KAE) und die Schlechtwetterentschädigung (SWE) gedeckt.

⁴⁵ BGer, 8C 455/2008



Die Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (AVIV)⁴⁶ gibt an, dass als Beitragsmonat jeder volle Kalendermonat zählt, in dem die versicherte Person beitragspflichtig ist (Art. 11 Abs. 1). Beitragszeiten, die nicht einen vollen Kalendermonat umfassen, werden zusammengezählt. Je 30 Kalendertage gelten als ein Beitragsmonat (Art. 11 Abs. 2).

Die Beitragszeit von Teilzeitbeschäftigten wird nach den gleichen Regelungen ermittelt wie bei Arbeitnehmern mit Vollzeitbeschäftigung. Übt die versicherte Person gleichzeitig mehrere Teilzeitbeschäftigungen aus, so wird die Beitragszeit nur einmal gezählt (Art. 11 Abs. 4).

In dieser Hinsicht ist es unerheblich, ob die versicherte Person während eines Arbeitsverhältnisses regelmässig oder unregelmässig, stunden- oder tageweise, teil- oder vollzeitbeschäftigt war (wie im Fall eines Arbeitsvertrags auf Abruf). Hat die versicherte Person jeden Monat bei demselben Arbeitgeber gearbeitet, kann die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden.

Leistet sie somit im Rahmen eines einzigen Arbeitsvertrages (Arbeitsvertrag auf Abruf) unregelmässige Einsätze, werden alle Monate in denen gearbeitet worden ist, als ganze Beitragsmonate angerechnet. Gleiches gilt für die Monate, in denen die versicherte Person nur wenige Tage oder sogar nur einen Tag gearbeitet hat. Monate, in denen sie gar nicht gearbeitet hat, gelten nicht als Beitragszeit.⁴⁷

4.1.2.4 Vermittlungsfähig sein

Als vermittlungsfähig gilt eine Person, wenn sie bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Die Vermittlungsfähigkeit umfasst somit zwei Elemente: einerseits die Arbeitsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, eine Arbeit – oder genauer gesagt eine unselbstständige Erwerbstätigkeit – zu leisten, ohne dass die versicherte Person aus in ihrer Person liegenden Gründen daran gehindert wird; andererseits die Bereitschaft, eine zumutbare Arbeit im Sinne von Art. 16 AVIG anzunehmen. Letzteres setzt nicht nur die Bereitschaft voraus, eine solche Arbeit anzunehmen, wenn sie sich ergibt, sondern auch eine ausreichende Verfügbarkeit in Bezug auf den zeitlichen Umfang, den die versicherte Person der Beschäftigung widmen kann, und in Bezug auf die Anzahl der potenziellen Arbeitgeber.⁴⁸

Ist eine versicherte Person also bereit, in der Lage und berechtigt, eine Arbeit auszuüben, und ist sie arbeitssuchend, so gilt sie unabhängig von ihren Chancen auf dem Arbeitsmarkt grundsätzlich als vermittlungsfähig. Ist sie jedoch aufgrund ihrer persönlichen oder familiären Situation oder aus terminlichen Gründen nicht bereit oder in der Lage, sich bereitzuhalten, wie es in der Regel von einem Arbeitnehmer erwartet werden kann, so muss sie als vermittlungsunfähig betrachtet werden.⁴⁹

Teilweise arbeitslose versicherte Personen gelten somit als vermittlungsfähig, wenn sie bereit und in der Lage sind, eine zumutbare Arbeit im Umfang von mindestens 20 % einer Vollzeitstelle anzunehmen.⁵⁰ Infolgedessen stellt eine Arbeit, die vom Arbeitnehmer eine ständige Abrufbereitschaft

⁴⁶ SR 837.02

⁴⁷ BGer, 8C_20/2008 und 8C_836/2008; SECO, AVIG-Praxis ALE, B150a

⁴⁸ BGer, 125 V 51 Erw. 6a; BGer, 123 V 214 Erw. 3; TF, 8C_435/2019 Erw. 3.1

⁴⁹ SECO, AVIG-Praxis ALE, B247

⁵⁰ BGer, 120 V 385



erfordert, ohne einen bestimmten Beschäftigungsumfang zu garantieren, seine Vermittlungsfähigkeit in Frage und gilt nicht als zumutbar.⁵¹

4.2 Im Fall des Arbeitsvertrags auf Abruf

4.2.1 Das Arbeitsverhältnis wurde beendet

Wird der Arbeitsvertrag auf Abruf unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist aufgelöst, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Leistungen für Arbeitslose zu den gleichen Bedingungen wie jede andere versicherte Person. Wird das Arbeitsverhältnis aufgelöst und alle rechtlichen Voraussetzungen sind erfüllt, hat die Person Anspruch auf ALE. Die Tatsache, dass es sich um einen Arbeitsvertrag auf Abruf handelt, ist in dieser Situation unerheblich.

4.2.2 Das Arbeitsverhältnis wird fortgeführt

Wird der Arbeitsvertrag auf Abruf nicht aufgelöst, aber die Anzahl der Abrufe wird reduziert oder diese entfallen ganz, befindet sich der Arbeitnehmer in einer besonderen Situation, in der er nur im Ausnahmefall Anspruch auf Leistungen für Arbeitslose hat.

4.2.2.1 Grundsatz

Unter diesen Umständen ist die in Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG vorgesehene Voraussetzung (einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleiden) nicht erfüllt. Da das vorübergehende Ausbleiben von Arbeit vertraglich vereinbart wurde, erleidet der Arbeitnehmer auf Abruf während des Zeitraums, in dem er nicht abgerufen wird, keinen Arbeits- und Verdienstauffall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG.

Nach ständiger Rechtsprechung wird der Arbeitsausfall in der Regel abhängig von der in dem betroffenen Beruf oder Tätigkeitsbereich üblichen Arbeitszeit oder gegebenenfalls abhängig von der in einer besonderen Abrede (beispielsweise durch einen GAV) vorgesehenen Arbeitszeit berechnet. Im Fall der Arbeit auf Abruf erleidet der Arbeitnehmer im Prinzip keinen anrechenbaren Arbeits- bzw. Verdienstauffall, wenn er nicht abgerufen wird.⁵² Folglich hat er keinen Anspruch auf Leistungen für Arbeitslose.

4.2.2.2 Ausnahme

Eine Abweichung von diesem Grundsatz wurde von der Rechtsprechung und der Praxis anerkannt. Verpflichtet sich eine Person, unbefristet Arbeit auf Abruf zu leisten, und werden die Abrufe eingestellt oder vorübergehend reduziert, nachdem die versicherte Person während eines längeren Zeitraums (Beobachtungszeitraum) mehr oder weniger regelmässig abgerufen wurde, können der Arbeits- und

⁵¹ SECO, AVIG-Praxis ALE, B296

⁵² BGer, 8C 532/2017, Erw. 2.2



Verdienstausfall ausnahmsweise angerechnet werden. Je regelmässiger die Abrufe waren, desto kürzer ist der Beobachtungszeitraum.⁵³

Um festzustellen, ob die ausgeübte Tätigkeit ausreichend regelmässig ist, hat die Ausgleichsstelle der ALV⁵⁴ in dieser Hinsicht genaue Kriterien festgelegt⁵⁵.

Wenn das Arbeitsverhältnis auf Abruf weniger als zwei Jahre gedauert hat

Als Beobachtungszeitraum werden die letzten zwölf Monate oder die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses herangezogen, wenn es zwischen sechs und zwölf Monaten gedauert hat. Bei einer Tätigkeit mit einer Dauer von weniger als sechs Monaten hält die Ausgleichsstelle der ALV es für unmöglich, eine Normalarbeitszeit zu bestimmen.

Darüber hinaus kann eine Arbeitszeit nur dann als normal gelten, wenn die monatlichen Schwankungen nicht mehr als plus/minus 20 % der durchschnittlichen Stundenzahl betragen, die während des Beobachtungszeitraum von zwölf Monaten monatlich geleistet wurden, oder 10 %, wenn dieser Zeitraum nur sechs Monate lang ist. Ist der Beobachtungszeitraum kürzer als zwölf, aber länger als sechs Monate, wird die Obergrenze der zulässigen Schwankungen proportional angepasst. So liegt die Obergrenze bei einem Beobachtungszeitraum von acht Monaten beispielsweise bei 13 % (20 %: 12 x 8). Übersteigen die Schwankungen auch nur in einem einzigen Monat die zulässige Abweichung, kann von einer Normalarbeitszeit nicht mehr die Rede sein. Folglich sind der Arbeits- und Verdienstaussfall nicht anrechenbar und der Anspruch auf ALE kann nicht anerkannt werden. Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese Beurteilungsmethode für Arbeitsverträge auf Abruf mit relativ kurzer Dauer angemessen ist.⁵⁶

Angenommen, eine versicherte Person hat in einem Zeitraum von zwölf Monaten vor dem Arbeitsausfall zwei Monate lang nicht und zwei weitere Monate nur zwei bzw. sechs Tage gearbeitet. Unter diesen Umständen liegt es auf der Hand, dass die Schwankungen der Arbeitszeit zu gross sind, als dass die ausgeübte Tätigkeit als ausreichend regelmässig angesehen, ein anrechenbarer Arbeitsausfall berücksichtigt und ein Anspruch auf ALE begründet werden könnte.⁵⁷

Wenn das Arbeitsverhältnis auf Abruf zwei Jahre oder mehr gedauert hat

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁸ ist es in diesem Fall gerechtfertigt, den Beobachtungszeitraum auf mehr als zwölf Monate auszudehnen. In diesem Fall müssen die Anzahl Arbeitsstunden pro Jahr und die Schwankungen gegenüber dem Jahresdurchschnitt berücksichtigt werden.⁵⁹ Abzustellen ist somit auf die Anzahl der pro Jahr geleisteten Arbeitsstunden (rückwirkend ab dem Datum der Anmeldung bei der ALV), wobei zu prüfen ist, in welchem Umfang diese vom Jahresdurchschnitt abweicht, d. h. von der durchschnittlichen Anzahl der pro Jahr geleisteten Arbeitsstunden. Die ALV stützt sich dabei höchstens auf die fünf Jahre vor dem Beschäftigungsrückgang. Lässt sich die Normalarbeitszeit bei mehrjährigen Arbeitsverhältnissen aus

⁵³ BGer, 8C 812/2017 und die zitierte Rechtsprechung

⁵⁴ Die Ausgleichsstelle der ALV wird gemäss Art. 83 AVIG vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) geführt.

⁵⁵ SECO, AVIG-Praxis ALE, B95 ff.

⁵⁶ BGer, 8C 417/2013, Erw. 5.2.2

⁵⁷ BGer, 8C 812 2017, Erw. 5.4

⁵⁸ EVG, C 9/06; BGer 8C_625/2013, veröffentlicht in ARV 1/2014 S. 62

⁵⁹ BGer, 8C 379/2010



dem Vergleich der monatlichen Arbeitsstunden ermitteln, erübrigt sich ein zusätzlicher Vergleich der jährlichen Arbeitsstunden.⁶⁰

Diese Art der Umsetzung der von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmeregelung wird im Allgemeinen von den Vollzugsstellen der ALV akzeptiert. Deren Erfahrung zeigt jedoch, dass es bei der Anwendung einige Hindernisse gibt (siehe unten, Kap. 5.2.2.3).

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass diese Art der Berechnung manchmal zu irritierenden Ergebnissen führen kann. So hat sich gezeigt, dass je länger die Arbeitszeit ist, die eine versicherte Person geltend machen kann, desto vorteilhafter dies für sie ist. Bei einem kurzen Zeitraum wird der Anspruch der versicherten Person auf ALE häufig abgelehnt, weil sie im betreffenden Zeitraum mindestens einmal eine Schwankung von 20 % aufweist.

4.2.3 Subrogation

Bestehen begründete Zweifel darüber, ob die versicherte Person für die Zeit ihres Arbeitsausfalls gegenüber ihrem Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat (Zweifel am Bestehen von Ansprüchen) oder ob ihre Forderungen erfüllt werden (Zweifel an der Realisierbarkeit bestehender Ansprüche), zahlt die ALV ALE aus. Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche der versicherten Person (Legalzession) samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die ALV über (Art. 29 AVIG).

Nach dieser Bestimmung setzt der Anspruch auf Zahlung von ALE nicht voraus, dass die versicherte Person ihre Ansprüche bereits im Zeitpunkt der Anmeldung bei der ALV auf gerichtlichem Weg geltend gemacht hat, und die Arbeitslosenkasse muss die Forderung durchsetzen, in die sie subrogiert ist.

Lohnforderungen können bei Nichteinhaltung der Kündigungsfristen nach Art. 335c OR oder bei einer Kündigung zur Unzeit nach Art. 336c OR entstehen. Um einen Lohnanspruch im Arbeitsrecht zu begründen, muss der Arbeitgeber die Leistungen des Arbeitnehmers nicht in Anspruch nehmen, auch wenn Letzterer diese anbieten muss. Verhindert der Arbeitgeber die Ausführung der Arbeit durch eigenes Verschulden oder gerät er aus anderen Gründen in Annahmeverzug, ist er zur Lohnzahlung verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer die Arbeit noch leisten muss (Art. 324 Abs. 1 OR).⁶¹

Während der Kündigungsfrist

Bestätigt der Arbeitgeber, dass die Einstellung oder Reduzierung der Abrufe nicht vorübergehender Natur ist und er nicht mehr die Absicht hat, den Arbeitnehmer wie in der Vergangenheit abzurufen, wird diese Situation in der Praxis der ALV einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gleichgestellt. Diese Praxis gründet auf der oben ausgeführten Rechtsprechung des Bundesgerichts (Kap. 3.3.1), wonach der Arbeitgeber den Schutz, der mit den zwingenden Kündigungsfristen gewährleistet werden soll, nicht umgehen darf, indem er plötzlich entscheidet, den Arbeitnehmer nicht mehr abzurufen, anstatt das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu beenden.⁶²

⁶⁰ Für ein Zahlenbeispiel siehe SECO, AVIG-Praxis ALE, B97 und oben Kap. 3.3

⁶¹ SECO, AVIG-Praxis ALE, B98 und C198 ff.

⁶² BGE 125 III 65, Erw. 4b



Bei der Umsetzung sehen sich die Vollzugsstellen der ALV der Schwierigkeit ausgesetzt, zu entscheiden, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich vorübergehend nicht mehr abrufen will oder ob er die Kündigungsfrist nicht einhält. In der Tat zeigen sich Arbeitgeber nicht immer sehr kooperativ und Arbeitnehmer werden manchmal falsch informiert.

In einer solchen Situation richtet die Arbeitslosenkasse die ALE ab dem Beginn der Kündigungsfrist (Arbeitslosigkeit) aus und tritt gegenüber dem Arbeitgeber gemäss Art. 29 AVIG in die Rechte des Versicherten ein. In diesem Zusammenhang hat der Arbeitnehmer, wie oben ausgeführt, während der Kündigungsfrist Anspruch auf die Zahlung eines Lohns, der dem Durchschnitt der vor der Kündigung erhaltenen Entschädigungen entspricht.⁶³

Im Fall eines vorübergehenden Einbruchs der Abrufe (siehe oben, Kap. 4.2.2.2)

Das Bundesgericht hat festgestellt, dass das wirtschaftliche Risiko des Unternehmens gemäss der verbindlichen Regelung in Art. 324 Abs. 1 OR ausschliesslich vom Arbeitgeber zu tragen ist (siehe oben, Kap. 3.3.2). Folglich muss sich der Arbeitnehmer auf Abruf während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses auf ein bestimmtes Arbeitsvolumen verlassen können, ohne dass er hinsichtlich seines Durchschnittslohns der Willkür seines Arbeitgebers ausgesetzt ist.

Werden die Abrufe eingestellt oder vorübergehend reduziert und der Arbeits- und Verdienstausschlag ist durch die ALV anrechenbar, gilt auch in diesem Fall Art. 29 AVIG. Die Forderungen, welche die Arbeitslosenkasse, die in die Rechte des Arbeitnehmers eintritt, geltend macht, betreffen also nicht nur den Zeitraum der Kündigungsfrist.

Wenn die Parteien sich in einem Schlichtungsverfahren befinden, ist es für die ALV, welche in die Forderungen des Arbeitnehmers eingetreten ist, manchmal schwierig, mit dem Arbeitgeber eine Einigung zu finden, die den gesetzlichen Rahmen des OR einhält, insbesondere angesichts der Anstrengungen, die der Arbeitgeber unternehmen muss, um den fälligen Durchschnittslohn zu ermitteln.

4.2.4 Ständige Abrufbereitschaft

Arbeit auf Abruf gilt als unzumutbar im Sinne von Art. 16 AVIG, wenn sie eine ständige Abrufbereitschaft des Arbeitnehmers über den Umfang der garantierten Beschäftigung hinaus erfordert. Die Annahme einer solchen Arbeit liegt nicht im Interesse der ALV, da die ständige Abrufbereitschaft ohne garantierten Beschäftigungsumfang die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person in Frage stellen und die Zuweisung einer zumutbaren Arbeit verhindern kann.⁶⁴

Kündigt die versicherte Person folglich einen Arbeitsvertrag auf Abruf infolge ausserordentlicher und nicht absehbarer Beschäftigungsschwankungen, wird sie nicht sanktioniert (in Analogie zu Art. 16 Abs. 2 lit. g AVIG). In diesem Fall besteht kein berechtigter Grund, die Anspruchsberechtigung auf ALE wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG einzustellen.⁶⁵

⁶³ Siehe oben Punkt 3.3.1 und die zitierten Verweise

⁶⁴ SECO, AVIG-Praxis ALE, B296; Botschaft des Bundesrates zur zweiten Teilrevision des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, BBl 1994 I 357

⁶⁵ SECO, AVIG-Praxis ALE, B99



4.2.5 Arbeitsvertrag auf Abruf, der mit dem Ziel der Schadenminderung geschlossen wurde

4.2.5.1 Anspruch auf Entschädigungen

Jede versicherte Person muss alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen (Art. 17 AVIG).

So wird einer Person, die ihre Arbeit verliert und anschliessend ein Arbeitsverhältnis auf Abruf akzeptiert, um den Schaden der ALV zu mindern, bei der Eröffnung einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug nicht zwangsläufig der Anspruch auf Entschädigungen verweigert. Bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust eines Arbeitsplatzes nicht freiwillig, sondern um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, eingegangen wurde, handelt es sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung um eine notgedrungene Übergangslösung. Mit Aufnahme eines Abrufverhältnisses tut die versicherte Person nur das, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht gehalten ist (Art. 17 AVIG).⁶⁶

Dauert das Arbeitsverhältnis auf Abruf jedoch über einen längeren Zeitraum an, wird es zur Normalität, und der Gedanke der Schadenminderung geht verloren. Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf.⁶⁷

Als Beispiel sei eine versicherte Person genannt, die ihre Vollzeitstelle verliert und anschliessend eine Arbeit auf Abruf annimmt, ohne sich umgehend arbeitslos zu melden. Meldet sich diese Person nach sieben Monaten bei der ALV an, ohne diese Arbeit auf Abruf aufzugeben, hat sie Anspruch auf Entschädigung, da sie die Arbeit auf Abruf angenommen hat, um den Schaden zu mindern. Meldet sich dieselbe Person nach einem Zeitraum von 13 Monaten bei der ALV an, ohne ihre Tätigkeit auf Abruf aufzugeben, prüfen die Vollzugsstellen der ALV ihren Anspruch nach den in Kapitel 4.2.2 aufgeführten Regelungen.⁶⁸

4.2.5.2 Zwischenverdienst

Nimmt eine arbeitslose Person im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht gegenüber der Versicherung eine Arbeit auf Abruf an, kann diese Arbeit als Zwischenverdienst (ZV) im Sinne von Art. 24 AVIG betrachtet werden.⁶⁹ Der ZV (Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit, das die versicherte Person innerhalb einer Kontrollperiode erzielt und das geringer ist als die ihr zustehende ALE)⁷⁰ berechtigt die versicherte Person zu einer Entschädigung des Verdienstaufschlags, d. h. der Differenz zwischen dem versicherten Verdienst und dem ZV, wobei Letzterer den beruflichen und örtlichen Gepflogenheiten für die geleistete Arbeit entsprechen muss.

⁶⁶ BGer, C 266/06 vom 26. Juli 2007, Erw. 3.2 (SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6)

⁶⁷ SECO, AVIG-Praxis ALE, B100

⁶⁸ SECO, AVIG-Praxis ALE, B101-B101a

⁶⁹ ARV, 1996/97 S. 209

⁷⁰ SECO, AVIG-Praxis ALE, C123



Im Fall eines Arbeitsvertrags auf Abruf, der während einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug geschlossen und als ZV für den Leistungsanspruch berücksichtigt wurde, kann jedoch im Rahmen einer erneuten Prüfung der Voraussetzungen für den Leistungsanspruch für die eventuelle Eröffnung einer weiteren Rahmenfrist nicht mehr gesagt werden, dass die Tätigkeit – angesichts der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses – zum Zweck der Schadenminderung ausgeübt wird.⁷¹ Das Bundesgericht hat vor Kurzem bestätigt, dass im Fall der Arbeit auf Abruf nur ein vorübergehender sozialer Schutz durch die ALV gewährt werden sollte. Eine Fortsetzung dieses Versicherungsschutzes über eine anfängliche Rahmenfrist für den Leistungsbezug hinaus ist nicht nur systemfremd, sondern führt auch zu einer inakzeptablen Ungleichbehandlung gegenüber (ganz arbeitslosen) versicherten Personen, die während einer laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug ein Zwischeneinkommen in Teilzeit angenommen haben, um ihrer Schadenminderungspflicht nachzukommen.⁷²

Aus Sicht der Anwendung der ALV verursachen auf Abruf beschäftigte Personen kein besonderes Problem, nachdem die Arbeitslosenkasse den Antrag auf ALE geprüft und genehmigt hat. Insbesondere wird die Vermittlungsfähigkeit der Person durch diese Situation nicht in entscheidendem Masse beeinträchtigt, auch wenn sie gewisse Schwierigkeiten für das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) bei der Beratung und Beteiligung der versicherten Person an arbeitsmarktlichen Massnahmen mit sich bringen kann. Wie bereits ausgeführt, kann eine zu unregelmässige Arbeit auf Abruf jedoch jederzeit ohne jegliche Sanktion mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie nicht zumutbar ist.

5 Perspektiven

5.1 Aus dem Blickwinkel des Obligationenrechts

5.1.1 Obligationenrecht: frühere Vorstösse

5.1.1.1 Pa. Iv. 02.417 Dormann

Die Pa. Iv. 02.417 Dormann «Regelung der Arbeit auf Abruf» wurde am 22. März 2002 eingereicht. Sie forderte eine Regelung der Arbeit auf Abruf im Obligationenrecht oder in einem Spezialgesetz in Bezug auf die folgenden drei Punkte: Regelung der Entlöhnung der Bereitschaftszeit, Festlegung einer Mindestabruffrist für die auszuführenden Arbeiten und Festlegung einer Mindestarbeitszeit.

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK-N) gab der Initiative am 18. November 2002 Folge. Ebenso tat dies der Nationalrat am 23. September 2003. Die WAK-N bildete eine Subkommission. Diese führte Anhörungen durch und beauftragte das Bundesamt für Justiz, ihr Optionen für die Umsetzung der geforderten Gesetzesänderungen vorzulegen. Nach Prüfung dieser

⁷¹ BGer, 8C 46/2014

⁷² BGer, 8C 778/2019



Vorschläge entschied die Mehrheit der Kommission, nicht auf die Vorschläge der Subkommission einzutreten und die Initiative abzuschreiben.⁷³ Der Nationalrat folgte der Mehrheit der Kommission mit 101 zu 79 Stimmen.⁷⁴

Einerseits vertrat die Mehrheit der WAK-N die Meinung, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts trotz des realen Missbrauchsrisikos ausreichenden Schutz biete und die Flexibilität des Schweizer Arbeitsrechts erhalten bleiben müsse. Die Arbeit auf Abruf entspreche einem Bedürfnis der Unternehmen und einem gewissen Interesse der Arbeitnehmer. Eine Gesetzgebung würde den Rückgriff auf diese Arbeitsform erschweren und sie in die Illegalität abdrängen.⁷⁵ Andererseits hob die Minderheit die prekäre Natur dieser Arbeitsform hervor, die von einer Umlagerung des Risikos auf die Arbeitnehmer und ein oft tiefes Lohnniveau sowie die Unsicherheit bezüglich der Beschäftigung charakterisiert werde. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde als unzureichend bewertet, da sie es ermögliche, von der Entlohnung der Bereitschaftszeit abzurücken, und die Arbeitnehmer, die sich vor Gericht auf ihre Rechte berufen, dem Risiko der Kündigung aussetze.⁷⁶

5.1.1.2 Pa. Iv. 14.411 Carobbio⁷⁷

Mit der Pa. Iv. 14.411 Carobbio «Regulierung der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit» wurde am 20. März 2014 ein neues Begehren zur Regelung der Arbeit auf Abruf im Parlament eingereicht. Die Initiative hebt die atypische, wirtschaftlich prekäre Natur dieser Arbeitsform hervor, die den Arbeitnehmern keinerlei Organisationsfreiheit zugesteht und kein existenzsicherndes Einkommen gewährleistet. Sie stellt fest, dass die geltende Gesetzgebung einer grossen Zahl von Personen, die auf Abruf arbeiten, keinen ausreichenden Schutz und keinen Gesamtarbeitsvertrag bietet. Deshalb schlägt die Initiative eine Regulierung auf mehreren Ebenen vor. Der vorgeschlagene Art. 354a OR beinhaltet einen speziellen Arbeitsvertrag für die Arbeit auf Abruf. Dieser Ansatz bedeutet, dass die betreffende Arbeitsform an sich zulässig ist. Allerdings werden einige Vorbehalte angeführt: Eine schriftliche Vereinbarung muss eine angemessene Vergütung für die Bereitschaftszeit sowie ein garantiertes Arbeitspensum festlegen (Abs. 1), Konkurrenzverbotsklauseln sind verboten (Abs. 2) und der Bundesrat muss die Mindestvergütung für die Bereitschaftszeit in Bezug auf den Lohn und entsprechend der Abrufsfrist festlegen (Abs. 3).

Die RK-N behandelte die Initiative am 29. Mai 2015 und die Mehrheit entschied, nicht darauf einzutreten. Die Mehrheit kam zur Einschätzung⁷⁸, dass die Flexibilität der Arbeit auf Abruf den Unternehmen einen Vorteil biete und den flexiblen Charakter des Schweizer Arbeitsmarkts widerspiegele, der eine unentbehrliche Säule des Wohlstandes der Schweiz darstellt. Die Arbeit auf Abruf habe ausserdem auch Vorteile für die Arbeitnehmer, die dadurch Zugang zu Arbeiten erhielten, die ansonsten nicht existierten und die nicht notwendigerweise schlechte Arbeitsbedingungen mit sich brächten. Eine Regelung sei deshalb Sache der Sozialpartner. Eine Minderheit der Kommission schlug vor, auf die Initiative einzutreten, und hob die prekären Arbeitsbedingungen, die Verlagerung des Betriebsrisikos auf die Arbeitnehmer und die negativen Auswirkungen auf die Sozialversicherungen, namentlich die

⁷³ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 13. September 2004, Kap. 3.1

⁷⁴ AB 2005 N 448

⁷⁵ Bericht der Kommission, Kap. 3.3; AB 2005 N 446 f.

⁷⁶ Bericht der Kommission, Kap. 3.3; insbesondere AB 2005 N 445.

⁷⁷ Siehe auch Pa. Iv. 14.410 Carobbio «Öffentliches Beschaffungswesen. Verzicht auf kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit als Zuschlagskriterium»

⁷⁸ Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 29. Mai 2015, Kap. 3, Mehrheits- und Minderheitsmeinung.



Sozialhilfe, hervor, die sehr tiefe Einkommen ergänzen müsse. Der Nationalrat folgte am 23. September 2015 der Kommissionsmehrheit und lehnte mit 106 zu 54 Stimmen bei 1 Enthaltung ab, der Initiative Folge zu geben.⁷⁹

5.1.1.3 Beurteilung

Aufgrund der zwei früheren Vorstösse können zwei Feststellungen gemacht werden. Zunächst wurde die Problematik erkannt und sie wurde zum Gegenstand langer, vertiefter politischer Debatten, insbesondere was die Pa. Iv. 02.417 Dormann betrifft. So hat das Parlament in Bezug auf diese Initiative versucht, die Arbeit auf Abruf zu reglementieren, und hat konkrete Vorschläge für die Reglementierung diskutiert. Die zweite Feststellung lautet allerdings, dass die Versuche zu keinem Resultat führten. Zweimal lehnte das Parlament es ab, die Arbeit auf Abruf zu reglementieren, im Falle der Pa. Iv. 14.411 Carobbio beschloss es sogar mit grosser Mehrheit, gar nicht erst auf das Geschäft einzugehen. Es geht deshalb darum zu prüfen, ob angesichts der politischen Schwierigkeit, zu einem konkreten Ergebnis zu kommen, ein weiterer Vorstoss lanciert werden soll.

5.1.2 Obligationenrecht: Po. 19.3748 Cramer

Das Postulat schlägt die folgende Regelung in Art. 319 OR vor: «Der Arbeitsvertrag bestimmt zwingend mindestens die durchschnittliche Arbeitszeit.»

Arbeitnehmer profitieren mit dieser Lösung von einer fest im Vertrag verankerten Arbeitszeit. Es handelt sich um eine durchschnittliche Arbeitszeit. Die durchschnittliche Arbeitszeit kann als Zeitraum betrachtet werden, der sich über einen Referenzzeitraum erstreckt, z. B. über ein Jahr. Dies bedeutet, dass innerhalb dieses Referenzzeitraums Schwankungen möglich sind. Die Arbeit auf Abruf müsste auf dieser Grundlage organisiert werden, denn der Arbeitgeber könnte so Arbeitnehmer nach Bedarf abrufen. Der Arbeitgeber müsste dennoch den Lohn entsprechend der festgelegten Arbeitszeit bezahlen. So könnten zum Beispiel Arbeitnehmer mit einer durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von 20 Stunden in manchen Wochen für 1 oder 2 Stunden abgerufen werden, in anderen Wochen wiederum für 30 oder 40 Stunden. Letztlich müsste der Arbeitgeber den Lohn für 20 Wochenstunden bezahlen. Der Begriff der durchschnittlichen Arbeitszeit unterscheidet sich von der Mindestarbeitszeit, die zum Beispiel die Pa. Iv. 02.417 Dormann forderte. Die Garantie einer Mindestarbeitszeit hat jedoch eine für beide Formen der Arbeitszeit gleiche Wirkung. Wenn eine Mindest- oder Durchschnittsarbeitszeit von 20 Stunden im Vertrag festgehalten wäre, müsste der Lohn für diese 20 Stunden bezahlt werden. Die Auswirkungen einer solchen Reglementierung werden im Folgenden unter Kap. 5.1.3.24 untersucht.

5.1.3 Obligationenrecht: Handlungsbedarf

5.1.3.1 Problem und mögliche Lösungen

Eine Reglementierung der Arbeit auf Abruf zielt darauf ab, eine Mindestarbeitszeit zu garantieren, was auch ein Mindesteinkommen sicherstellen würde. Diese Garantie darf jedoch die Möglichkeit nicht ausschliessen, auf die Arbeit auf Abruf zurückzugreifen, denn diese flexible Form der Arbeit soll den

⁷⁹ AB 2015 N 1790



Unternehmen und dem Schweizer Arbeitsmarkt nicht entzogen werden. Wir konzentrieren uns hier auf die Problematik der Garantie einer Mindestarbeitszeit bzw. eines Mindesteinkommens, die uns in Bezug auf die Arbeit auf Abruf zentral erscheint und auf die auch das Postulat 19.3748 Cramer eingeht. Wir beschäftigen uns explizit nicht mit einer eventuellen Regelung über eine Mindestabrufsfrist, wie sie zum Beispiel die Pa. Iv. 02.417 Dormann anspricht. Wenn die Bereitschaftszeit als Arbeitszeit betrachtet und angemessen entlohnt wird, steht der Ausführung kurzfristiger Arbeitseinsätze nichts im Wege. Kurzfristige Einsätze sind ausserdem ein inhärenter Teil der Bereitschaftszeit, die am Arbeitsort verbracht werden muss. Eine Mindestabrufsfrist würde nicht allen Formen der Arbeit auf Abruf gerecht und würde ein Hindernis für die gewünschte Flexibilität darstellen. Diese Flexibilität ist ausserdem aus Sicht des Schutzes der betroffenen Arbeitnehmer zulässig, sofern diese durch eine Mindestarbeitszeit angemessen geschützt werden. Die Mindestabrufsfrist kann jedoch als Kriterium für die Höhe der Vergütung für die Bereitschaftszeit in Erwägung gezogen werden, wie dies nachfolgend ausgeführt wird.

Auf der Grundlage der aktuellen Regelungen über die Arbeitszeit und der Rechtsprechung können verschiedene Ansätze ausgemacht werden.

Zuerst müsste festgelegt werden, dass die Bereitschaftszeit nach einem bestimmten Tarif vergütet wird, wie dies die Rechtsprechung bereits festgestellt hat. Im Gegensatz zur Rechtsprechung müsste jedoch ein Mindesttarif im Gesetz festgeschrieben werden, den die Vertragsparteien nicht unterschreiten dürften. So würde z. B. ein Arbeitnehmer, der für 40 Stunden pro Woche auf Abruf ist und in einer Woche keinen Abruf erhält, für diese Bereitschaftszeit vergütet. Wenn der Vergütungstarif bei 25 % festgesetzt würde, erhielte der Arbeitnehmer ein Viertel des Lohnes, den er erhalten hätte, wenn er tatsächlich 40 Stunden gearbeitet hätte. Bei diesem Ansatz muss der politische Kompromiss auf der Ebene des gesetzlich festzuschreibenden Vergütungstarifs gefunden werden. Es besteht ausserdem die Möglichkeit, einen Tarif vorzusehen, der abhängig von der Abrufsfrist und der verpflichtenden Wirkung des Abrufs variieren kann (siehe z. B. den Vorschlag des Art. 354a, Abs. 3 E-OR der Pa. Iv. 14.411 Carobbio sowie Kap. 3.4.2). Die Reglementierung kann ausserdem darauf verzichten, einen Mindesttarif festzulegen, und sich darauf beschränken festzuhalten, dass die Bereitschaftszeit zwingend vergütet werden muss. Der Gesetzestext könnte die Kriterien für die Festlegung des Tarifs präzisieren, wobei die durch die Vertragsparteien festgelegten Tarife der Rechtsprechung überlassen würden. Die derzeitige Praxis der Gerichte, selbst einen Vergütungstarif festzulegen, wenn dieser Punkt nicht vertraglich geregelt wurde, könnte für die Ermessung des Vergütungstarifs beibehalten werden.

Ein anderer Ansatz wäre, den Arbeitnehmern eine effektive Mindestarbeitszeit zu garantieren, wie dies auch die Rechtsprechung bereits auf Basis der zwingenden Regelungen über die Kündigungsfristen und des Verbots der Übertragung des Betriebsrisikos auf Arbeitnehmer tut. Dieser Ansatz würde es erlauben, die zulässigen Grenzen eindeutig festzulegen, insbesondere in Bezug auf die Anwendung der Regelung über das Betriebsrisiko auf ungekündigte Verträge. Arbeitnehmer hätten so die Sicherheit, einen Lohn zu erhalten, der dieser effektiven Mindestarbeitszeit entspricht. Da es sich dabei um einen Zeitraum der aktiven Tätigkeit handelt, wäre der volle Lohn geschuldet. Über dieses Minimum hinaus bliebe der Arbeitgeber frei darin, die effektive Tätigkeitszeit seinen Bedürfnissen anzupassen. Der politische Kompromiss muss auf der Ebene der gesetzlich festzuschreibenden Mindestarbeitszeit gefunden werden. Wenn diese Mindestarbeitszeit auf 10 Wochenstunden festgelegt wird, hat ein Arbeitnehmer, der während 40 Stunden pro Woche auf Abruf ist, die Garantie, ein Viertel seines Lohnes zu erreichen, auch wenn seine Dienste nicht in Anspruch genommen werden. Bei diesem Ansatz muss



die Vergütung der Bereitschaftszeit in Übereinstimmung mit der aktuellen Rechtsprechung berücksichtigt werden. Diese Vergütung würde zu derjenigen, die im Gesetz vorgesehen ist, hinzukommen, wobei den Vertragsparteien die Möglichkeit offenbliebe, im Vertrag keine Vergütung vorzusehen.

Dieser zweite Ansatz besteht anders ausgedrückt darin, eine gesetzliche Mindestarbeitszeit festzulegen. Die im Postulat Cramer vorgeschlagene Lösung fällt in diese Lösungskategorie (siehe Kap. 5.1.3). Sie unterscheidet sich davon in zwei Punkten: Zunächst legt die gesetzliche Regelung keine bestimmte Arbeitszeit fest, verlangt jedoch, dass dieser Punkt vertraglich geregelt wird. Weiterhin fordert das Postulat, wie bereits erwähnt, die Festlegung einer «durchschnittlichen» Arbeitszeit.

Die Ansätze, die eine Vergütung der Bereitschaftszeit sowie eine minimale (oder durchschnittliche) Arbeitszeit vorschreiben, sind gleichwertig, denn beide garantieren einen ausreichenden Schutz. Es besteht deshalb die Möglichkeit, sich auf eine der beiden Massnahmen zu beschränken. Die beiden Regelungen können freilich auch kumuliert werden: Eine Person, die von 10 Mindestarbeitsstunden pro Woche und einem Mindestvergütungstarif von 25 % für die auf 40 Wochenstunden festgelegte Bereitschaftszeit profitiert, würde in einer Woche, in der sie nicht abgerufen wird, die Vergütung für das Äquivalent von 17,5 von 40 tatsächlichen Arbeitsstunden ($10 + (0,25 \times 30)$) erhalten.⁸⁰ Wie oben erwähnt, ist die Vergütung der Bereitschaftszeit aktuell bereits anerkannt. Sie käme zu einer eventuellen gesetzlichen Mindestarbeitszeit hinzu, könnte jedoch gestützt auf die aktuelle Rechtsprechung von den Vertragsparteien beiseitegelassen werden.

5.1.3.2 Vor- und Nachteile einer Reglementierung

Das geltende Recht bietet bereits Grundlagen für den Schutz der Arbeitnehmer

Wie in Kap. 3 ausgeführt, bietet das geltende Recht bereits Schutz in Bezug auf die Arbeit auf Abruf. Die allgemeinen Regelungen des Obligationenrechts bieten eine ausreichende rechtliche Grundlage, die es erlaubt, der Arbeit auf Abruf Grenzen zu setzen. Dieser Schutz kann trotz der verbleibenden Unsicherheiten und Unvollkommenheiten als ausreichend betrachtet werden. Die Freiheit, die er den Vertragsparteien in Verbindung mit der Vergütung der Bereitschaftszeit lässt, ist unproblematisch, sofern die Rechtsprechung eine Garantie der Mindestarbeitszeit zugesteht. Die Unsicherheiten in Bezug auf Konstellationen, die diese Garantie ausschalten, sowie auf den Umfang dieser Garantie sind sicherlich nicht zufriedenstellend. Der aktuelle rechtliche Rahmen bietet jedoch eine gute Basis dafür, Ansprüche vor Gericht geltend zu machen und den bestehenden Schutz anzuwenden, was es ermöglicht, die Praxis auf dem Rechtsweg zu entwickeln und zu präzisieren. Dieser Rahmen bietet ausserdem die nötige Flexibilität hinsichtlich der Anwendung der gesetzlichen Regelungen auf diverse auftretende Situationen und des Reglementierungsfreiraums der Vertragsparteien und der Sozialpartner. Dieser gesetzliche Rahmen ist allerdings von der bedeutenden Stellung geprägt, die der Rechtsprechung überlassen wird. Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer die Gerichte anrufen müssen, wenn sie ihre Rechte im vollen Umfang geltend machen wollen. Die psychologischen und praktischen Hindernisse, die mit einem gerichtlichen Vorgehen verbunden sind – etwa die Angst davor, gegen den Arbeitgeber vorzugehen, die ungenügende Kenntnis der Rechte und die mit einem Prozess

⁸⁰ In unserem Beispiel werden die 10 Mindestarbeitsstunden von den 40 Stunden Bereitschaftszeit abgezogen.



verbundenen finanziellen Risiken –, dürfen nicht ignoriert werden. Dies insbesondere, wenn es sich um Arbeitnehmer handelt, die sich in einer prekären Situation befinden.

Hinzu kommt der Schutz, den die ALV in durch die Rechtsprechung präzise definierten Fällen bietet. Dieser Schutz ergänzt die Garantien, die das Arbeitsrecht bietet, in mehreren Punkten: Zuerst deckt die ALV in Fällen, in denen die frühere Tätigkeit den von der ALV festgelegten regulatorischen Kriterien entspricht, eine eventuelle Reduktion der Arbeitszeit in laufenden Verträgen ab. Weiterhin interveniert die ALV vor dem Ende der Vertragsdauer, wenn der Vertrag aufgelöst wird, was Arbeitnehmer von der Verantwortung befreit, gegen ihren Arbeitgeber gerichtlich vorzugehen (aufgrund der Subrogation). Schliesslich unterstützt die ALV Arbeitnehmer, die einen als zu prekär eingestuftem Arbeitsvertrag über Arbeit auf Abruf kündigen, indem sie keine Einstellungsphase anwendet, und sie bietet in spezifischen Fällen Schutz, in denen die Arbeit auf Abruf als Schadenminderung oder Zwischenverdienst bewertet wird. Es bleibt jedoch zu bedenken, dass die Analyse der konkreten Situation den Arbeitslosenstellen Schwierigkeiten bereitet, insbesondere was den Nachweis betrifft, ob ein Unterbruch des Arbeitsverhältnisses auf Abruf vorübergehend ist oder tatsächlich dessen Ende darstellt.

Vorteile einer gesetzlichen Reglementierung

Der Vorteil einer gesetzlichen Reglementierung im OR läge darin, eindeutige Grenzen entsprechend der aktuellen Rechtsprechung festzulegen. Ebenso wäre die Rechtslage im Falle einer gesetzlichen Reglementierung von vornherein bei Vertragsabschluss bekannt. Überlässt man die Sache der Rechtsprechung, erfordert eine präzise Lösung ein Gerichtsverfahren mit allen Schwierigkeiten, die ein solches für Arbeitnehmer mit sich bringt. Ausserdem muss das Verfahrensende abgewartet werden.

Nachteile einer gesetzlichen Reglementierung

Eine gesetzliche Lösung, sofern sie in allen Fällen der Klärung der Rechtslage dient, entspricht nicht notwendigerweise dem besten Schutz für Arbeitnehmer. Dieser hängt vom Mindestvergütungstarif für die Bereitschaftszeit oder der garantierten Mindestarbeitszeit ab, die gesetzlich festgeschrieben würden. Dieser entscheidende Punkt muss Gegenstand eines politischen Kompromisses sein, der schwer zu finden ist, wie die früheren Vorstösse zur Regelung der Arbeit auf Abruf zeigen, die alle fehlschlagen. Wenn hingegen der Mindestvergütungstarif für die Bereitschaftszeit oder die garantierte Mindestarbeitszeit nicht gesetzlich festgelegt würden, würde das Gleichgewicht der Interessen der beiden Vertragsparteien durch die Rechtsprechung bestimmt. Diese Option würde eine rechtliche Unsicherheit aufrechterhalten. Im Gegensatz dazu hätte sie den Vorteil der Flexibilität und würde die Berücksichtigung verschiedener Abrufkonstellationen erlauben.

Die gewählte Lösung muss ein gutes Gleichgewicht zwischen dem Freiraum der Vertragsparteien und dem Arbeitnehmerschutz finden. In dieser Hinsicht sind die zur Diskussion eingereichten Anträge zu starr. Die Lösung, die das Postulat 19.3748 Cramer zur Prüfung vorlegt, besteht deshalb darin, die Festlegung einer durchschnittlichen Arbeitszeit zu fordern. Diese Massnahme ist sicherlich eine Antwort auf das Problem der Arbeit auf Abruf. Sie erscheint jedoch zu restriktiv und berücksichtigt die Eigenheiten dieser Arbeitsform nicht. Nehmen wir zum Beispiel an, dass ein Vertrag eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 20 Stunden vorsieht. Nehmen wir weiter an, dass ein Arbeitnehmer in einem Zeitraum mit schwacher Auslastung über vier Wochen wie folgt eingesetzt wird: 5 Stunden, 0 Stunden, 20 Stunden und 10 Stunden. Die vorgeschlagene Regelung impliziert die Zahlung eines Lohns für 80 Stunden, obwohl die tatsächliche Arbeitszeit nur 35 Stunden beträgt. Die



Regelung bringt damit einen negativen Saldo von 45 Stunden mit sich, der später durch den Arbeitnehmer kompensiert werden müsste. Umgekehrt müsste der Arbeitgeber die Überzeit kompensieren, wenn die tatsächliche Arbeitszeit den Durchschnitt von 20 Stunden in einem bestimmten Zeitraum überschreitet. Somit ist festzustellen, dass die Belastung für den Arbeitgeber viel zu hoch ist und sich nicht durch einen angemessenen Mindestschutz für den Arbeitnehmer rechtfertigen lässt. Ebenso steht fest, dass eine durchschnittliche Arbeitszeit, die zum Beispiel die Anhäufung eines Negativsaldos mit sich bringt, der zwingend kompensiert werden muss, nicht mit der Natur der Arbeit auf Abruf vereinbar ist, die darin besteht, dass die Arbeitszeit den tatsächlichen Bedürfnissen des Arbeitgebers angepasst werden kann. Schliesslich schliesst die vorgeschlagene Lösung nicht aus, dass «symbolische» Arbeitszeiten (z. B. 1 oder 2 Stunden) im Vertrag vorgesehen werden, die keinen ausreichenden Schutz bringen. Deshalb scheint aus Sicht des Gleichgewichts zwischen Schutz und Flexibilität die politische Entscheidung für eine Mindestarbeitszeit vorteilhaft: Der Lohn ist geschuldet, wenn die tatsächliche Arbeitszeit tiefer liegt und der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer über diese Grenze hinaus frei einsetzen.

Was die Pa. Iv. 14.411 Carobbio betrifft, sieht der vorgeschlagene Art. 354a, Abs. 1 E-OR bezüglich der Rechtmässigkeit der Arbeit auf Abruf eine Kombination aus einer «angemessenen separaten Entschädigung des Bereitschaftsdienstes» und «einer garantierten Einsatzzeit» vor. Es scheint möglich, die garantierte Einsatzzeit als garantierte Mindestarbeitszeit und nicht als fixe Arbeitszeit zu interpretieren. Auch in diesem Fall würde jedoch der vorgeschlagene Schutz über das notwendige Mass hinausgehen. Wir sehen also, dass eine dieser beiden Bedingungen für einen angemessenen Arbeitnehmerschutz ausreicht (siehe Kap. 5.1.3.1).

Eine eventuelle Reglementierung müsste schliesslich zusätzliche Elemente berücksichtigen, die die aktuelle Rechtslage charakterisieren. Dabei denken wir in erster Linie an die Tatsache, dass die Entgeltlichkeit der Bereitschaftszeit, die im BGE 124 III 249 bezüglich der Arbeit auf Abruf geregelt ist, auch für andere Formen der Bereitschaft wie den Pikettdienst gilt. Es muss festgestellt werden, in welchem Masse eine eventuelle Reglementierung der Arbeit auf Abruf diese anderen Formen von Arbeit, die eine Bereitschaftszeit beinhalten, betreffen würde.⁸¹ Somit verfügen die Gerichte aktuell über einen Spielraum, innerhalb dessen sie die Vergütung für die Bereitschaftszeit festlegen können, wenn die Vertragsparteien diese nicht vertraglich festgelegt haben und sie sich nicht aus dem Usus ergibt. In diesen Fällen legt das Gericht die Höhe der Vergütung nach billigem Ermessen fest. Die Häufigkeit der Abrufe und die Frist, innerhalb derer eine Person zur Verfügung stehen muss, sind deshalb zwei Kriterien, die angewandt werden, um die Bereitschaftszeit und somit die Höhe der Vergütung mehr oder weniger zwingend festzulegen.

⁸¹ Weiteres zu dieser Problematik in Verbindung mit dem Pikettdienst: siehe SENTI, 2020, 4–7



5.2 Aus dem Blickwinkel der Arbeitslosenversicherung

5.2.1 Prüfung des Vorschlags im Postulat

Das Postulat schlägt vor, dass der Zugang zur ALV den Versicherten offenstehen soll, die einem Arbeitsvertrag auf Abruf unterstehen, sofern sie ein einziges Kriterium erfüllen, nämlich, dass sie Beiträge auf der Basis eines Bruttomonatslohns von mindestens CHF 500.– entrichtet haben. Mit anderen Worten: Jeder Arbeitnehmer auf Abruf, der während 12 Monaten innerhalb der letzten 2 Jahre einen Bruttomonatslohn von mindestens CHF 500.– verdient hat, hätte Anrecht auf Arbeitslosenentschädigung durch die ALV.

Indem es als einzige Bedingung für die Entschädigung die Grenze eines beitragspflichtigen Lohns von CHF 500.– vorschlägt, hält sich das Postulat nicht an die Systematik des AVIG und berücksichtigt nicht die Bedingungen, die durch den Gesetzgeber in Art. 8 AVIG festgeschrieben wurden und die, auf alle versicherten Personen angewandt, die Gleichbehandlung garantieren. Das Postulat lässt insbesondere den Arbeitsausfall, den Mindestverdienst und die Vermittlungsfähigkeit ausser Acht. Im Hinblick darauf ist zu erwähnen, dass eine versicherte, einem Arbeitsvertrag auf Abruf unterstellte Person in der Lage sein muss, diesen zu kündigen, um ein stabileres Arbeitsverhältnis annehmen zu können.⁸² Allein aus diesen Gründen kann die im Postulat vorgeschlagene Lösung nicht berücksichtigt werden.

Darüber hinaus berücksichtigt das Postulat die Tatsache nicht, dass Arbeitnehmer auf Abruf nicht ohne Schutz sind, wenn der Arbeitgeber seine vertraglichen Verpflichtungen missachtet. Die ALV garantiert ihnen über die Subrogation (siehe Kap. 4.2.3) den Erhalt einer Arbeitslosenentschädigung und befreit sie gleichzeitig von der Last, gegen ihren Arbeitgeber gerichtlich vorgehen zu müssen.

Schliesslich muss auch bedacht werden, dass jede Ausweitung des Schutzes durch die ALV bedeuten würde, dass die Arbeitgeber einen noch grösseren Teil des Betriebsrisikos auf die ALV abwälzen könnten.

5.2.2 Auf die aktuelle Rechtsordnung einwirken

Angesichts der Erfahrungen der Vollzugsstellen der ALV sowie der Erfahrungen aus der mit Covid-19 verbundenen Situation bestünde ein Weg, auf den Schutz von Personen mit einem (ungekündigten) Arbeitsvertrag auf Abruf durch die ALV einzuwirken, darin, die aktuelle Praxis anzupassen. In den nachfolgenden Kapiteln untersuchen wir diesbezüglich mehrere Möglichkeiten.

5.2.2.1 Das Schwankungssystem verbessern

Wie weiter oben (Kap. 4.2.2.2) dargelegt, stützt sich das Recht auf Arbeitslosenunterstützung im Falle eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses auf Abruf auf die Durchsetzung der Ausnahme, die die Rechtsprechung zulässt und die durch Weisungen der Ausgleichsstelle der ALV präzisiert wird und die darin besteht, aufgrund der monatlichen oder sogar jährlichen Schwankungen eine normale Arbeitszeit festzulegen.

⁸² EVG, C 135/98



Die aktuelle Praxis bietet zwar Personen einen ausreichenden Schutz, die sich seit mehr als zwei Jahren (und seit Einführung des Jahresvergleichs über bis zu 5 Jahre zusätzlich zum Monatsvergleich) in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf befinden. Für Personen, deren Arbeitsverhältnis weniger als zwei Jahre andauert hat, ist die Qualität der Arbeitslosenunterstützung jedoch weniger klar. Werden die Schwankungen über einen kurzen Zeitraum untersucht, wird der versicherten Person die ALE öfter verwehrt, denn sie setzt mindestens eine Schwankung von 20 % im betreffenden Zeitraum voraus.

Der Schutz der Personen, die sich seit weniger als zwei Jahren in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf befinden, kann indessen nicht durch eine Ausweitung der Toleranzgrenzen für Schwankungen verbessert werden. Eine solche Lösung ist dem zu berücksichtigenden Arbeitsausfall nicht angemessen und mit demselben nicht vereinbar. Die Schwankungen werden vom Bundesgericht in gewissem Masse berücksichtigt. Die entsprechenden Interventionen der ALV für das Auffangen dieser Schwankungen sollten sich deshalb auch im vom Bundesgericht vorgegebenen Rahmen bewegen.

Es scheint deshalb, dass dieser erste Vorschlag der Prüfung insofern nicht standhält, dass er keine Garantie ermöglicht, die gesetzlich und durch die Rechtsprechung festgelegten Bedingungen zu erfüllen.

5.2.2.2 Das Schwankungssystem abschaffen

Der Autor des Postulats vertritt die Ansicht, dass das Recht auf Leistungen der ALV für Arbeitnehmer auf Abruf im Allgemeinen zu schwer erwerblich sei. Die aktuelle Ordnung müsste tiefgreifender verändert werden, indem die Bedingung, dass Abrufe über einen längeren Zeitraum konstant erfolgen, bevor sie zurückgehen (Schwankungssystem), abgeschafft wird.

So würde, wenn Arbeitnehmer auf Abruf infolge eines Rückgangs der Abrufe unter einem laufenden Vertrag Leistungen der ALV einfordern, auf die Kontrolle der Schwankungen verzichtet. Das Recht auf Leistungen würde beispielsweise ausschliesslich unter dem Blickwinkel des normalen Verlusts der Arbeitsstelle in den letzten 6 oder 12 Monaten betrachtet. Anders ausgedrückt wäre die Bedingung des Verlustes der Arbeitsstelle erfüllt, wenn die Abrufe gegenüber den letzten 6 oder 12 Monaten vor dem zu berücksichtigenden Verlust der Arbeitsstelle um 20 % zurückgingen, ohne dass die Bedingung regelmässiger Abrufe über einen längeren Zeitraum vor deren Rückgang gestellt würde.

Hier muss erwähnt werden, dass bereits ein Vorstoss in diesem Sinne eingereicht worden ist. Aufgrund der aussergewöhnlichen Umstände in Verbindung mit der Covid-19-Pandemie traten besondere Bestimmungen bezüglich der ALV in Kraft⁸³, die insbesondere das Recht von Arbeitnehmern auf Abruf auf Arbeitslosenentschädigung betreffen. Im Rahmen dieser aussergewöhnlichen Massnahmen war es möglich, bei versicherten Personen, die in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis auf Abruf standen und die der Arbeitgeber aufgrund der Pandemie nicht mehr aufbot, auf das Schwankungssystem zu verzichten. Diese Personen wurden als Arbeitslose betrachtet, deren Verdienstaufschlag berücksichtigt werden konnte. Der Arbeitgeber war indessen angehalten, eine Bestätigung auszustellen, dass er die betreffende Person aufgrund der Pandemie nicht mehr abgerufen und parallel dazu keine KAE für diese Person beantragt hatte. Darüber hinaus verzichtete die ALV in diesem Zeitraum darauf, den Art. 29 AVIG (Subrogation) auf Arbeitnehmer auf Abruf anzuwenden.

⁸³ Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033; Covid-19-Gesetz, SR 818.102.



Aus dieser Erfahrung geht hervor, dass der Rückgriff auf Arbeit auf Abruf hauptsächlich bestimmte Sektoren betrifft, in denen die Löhne tief sind und gewisse Schwierigkeiten mit der Einhaltung der Bestimmungen des OR bestehen. In dieser Hinsicht interveniert die ALV nur im Nachhinein und es ist nicht ihre Aufgabe, alle Konsequenzen zu tragen, die aus der Missachtung der gesetzlichen Bestimmungen und Konventionen erwachsen (Kündigungsfristen, Stellenangebote usw.)

So betrachtet beinhaltet jede zusätzliche Ausweitung des Schutzes für Arbeitnehmer auf Abruf zulasten der ALV auch das Risiko, einen Anreiz dafür zu schaffen, öfter auf diese Arbeitsform zurückzugreifen.

5.2.2.3 Ausnahmeregelungen abschaffen

An diesem Punkt muss die Frage nach der Sachdienlichkeit der Kostenübernahme durch die ALV für diese Arbeitnehmer, obwohl ihr Arbeitsverhältnis auf Abruf ungekündigt ist, gestellt werden.

Einerseits wird die Anwendung dieser Regelung für die Vollzugsstellen der ALV nicht immer vereinfacht. Eines der Hauptprobleme besteht darin, die Mittel zur Überprüfung zu erhalten, ob eine normale Arbeitszeit festgelegt werden kann (notwendige Vergleichbarkeit und Möglichkeit, die Arbeitszeiten über die letzten fünf Jahre zurückzuverfolgen). Oft sind die nötigen Dokumente (Stundenrapporte, Arbeitszeiterfassung, Stechkarten usw.) nicht mehr verfügbar, die Arbeitgeber können oder wollen diese Dokumente nicht mehr beschaffen oder haben die Arbeitszeit nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfasst. So ist es in gewissen Branchen wie dem Gast- oder Baugewerbe nicht selten, dass die Arbeitszeit nicht oder zumindest nicht vollständig erfasst wird.

Die Berechnung der Schwankungen wird mitunter von den Vollzugsstellen der ALV als kompliziert und sehr aufwendig angesehen. Die Schwierigkeit wird weiter verstärkt, wenn es darum geht, die Schwankung für Versicherte zu berechnen, die für mehrere Arbeitgeber arbeiten. Für die Arbeitslosenkasse kann sich die Bearbeitung dieser Fälle (Klärung und Berechnung der normalen Arbeitszeit) deshalb als langwierig und fehlerbehaftet herausstellen. Hinzu kommt, dass der Gesamtprozess aufgrund seiner Komplexität das Risiko in sich birgt, von den Versicherten nicht immer verstanden zu werden, was dazu führen kann, dass sie sich nicht als arbeitslos melden, wenn die Abrufe zurückgehen, und so ihr eventuelles Recht auf Leistungen verlieren.

Wenn man andererseits berücksichtigt, dass die durch die Rechtsprechung und die Ausgleichsstelle der ALV vorgesehene Abweichung vom allgemeinen Gesetzesprinzip (versicherte Arbeitnehmer auf Abruf unterliegen im Zeitraum, in dem sie nicht abgerufen werden, keinem Arbeits- und keinem Verdienstausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 1 AVIG) eine Umlagerung des Betriebsrisikos auf die ALV darstellt, muss die Frage gestellt werden, ob diese Abweichung nicht fallengelassen werden sollte. Dabei muss präzisiert werden, dass die Umlagerung des Betriebsrisikos auf die ALV nur dann auftritt, wenn die ALV den durch den Arbeitgeber geschuldeten Lohn nicht auf Basis der Subrogation der Arbeitnehmerrechte zurückfordern kann.



5.3 Schlussfolgerungen

Dieser Bericht erlaubt die Feststellung, dass das geltende Recht in Bezug auf das OR und das AVIG die Arbeit auf Abruf erlaubt und deren Abgeltung garantiert, dieser Arbeitsform jedoch auch Grenzen setzt. Diese Grenzen addieren und ergänzen sich, sodass der Schutz heute insgesamt als zufriedenstellend betrachtet werden kann, denn er verbietet faktisch diese flexible Arbeitsform nicht, korrigiert jedoch das Ungleichgewicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers.

Was das OR betrifft, hat die Rechtsprechung auf Basis der allgemeinen Regelungen über Arbeitsverträge einige Schutzvorkehrungen für Arbeitnehmer auf Abruf erlassen. Die erste Ebene dieses Schutzes besteht darin, die Bereitschaftszeit als Arbeitszeit zu qualifizieren, die vergütet werden muss, allenfalls zu einem reduzierten Tarif. Diese Regelung kann durch eine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ausgesetzt werden, wird jedoch durch die zweite Ebene ergänzt, die darin besteht, Arbeitnehmern auf Abruf eine Mindestarbeitszeit zuzusichern. Die Regelung stützt sich auf das Verbot der Umlagerung des Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer, zu dem die zwingenden Bestimmungen über Kündigungsfristen für gekündigte Verträge hinzukommt. Die noch offenen, diskutierten Fragen bedeuten, dass diesem System eine gewisse Rechtsunsicherheit anhaftet. Es ist deshalb jedoch nicht weniger praktikabel und wird durch die Rechtsprechung nicht weniger angewandt. Eine gesetzliche Reglementierung ist sicherlich möglich, scheint jedoch angesichts der aktuellen Situation unnötig und wäre mit vielen Schwierigkeiten verbunden. Die früheren Vorstösse haben gezeigt, dass eine starke politische Opposition gegen eine Reglementierung besteht. Deshalb wäre eine zufriedenstellende Gesetzeslösung, die ein Gleichgewicht zwischen den Vorteilen dieser flexiblen Arbeitsform und den notwendigen Grenzen schaffen würde, schwer zu finden. Einerseits geht es darum, keine Regeln oder Schwellen zu setzen, die diese Arbeitsform de facto verbieten. Sowohl der Vorschlag des Postulats 19.3748 Cramer als auch derjenige der Pa. Iv. 14.411 Carobbio scheinen dieses Risiko zu beinhalten und sind deshalb nicht angemessen. Es besteht jedoch andererseits das Risiko, dass fixe Grenzwerte, etwa ein Mindesttarif für die Vergütung der Bereitschaftszeit, so tief ausfallen, dass faktisch kein Schutz besteht. Schliesslich müssen auch andere Formen der Arbeit bedacht werden, die eine Bereitschaftszeit beinhalten. Angesichts der aktuell insgesamt zufriedenstellenden Situation und der Schwierigkeiten eines Gesetzgebungsverfahrens ist es vorzuziehen, sich an die aktuelle Rechtslage zu halten und sich nicht in ein solches Verfahren zu stürzen, dessen Ausgang äusserst unsicher wäre.

Was die ALV betrifft, so bietet diese den Arbeitnehmern auf Abruf ausreichend Schutz:

- Wenn das Arbeitsverhältnis auf Abruf beendet wird, haben die Arbeitnehmer dieselben Rechte auf Leistungen wie alle anderen Versicherten.
- Wenn Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag auf Abruf mit der Begründung kündigen, dass dieser zu extrem und bezüglich der Schwankungen zu unvorhersehbar sei, ist ihr Recht auf Leistungen nicht betroffen und sie unterliegen keinen Sanktionen.
- Zwischenverdienste in Form von Arbeit auf Abruf sind möglich.
- Versicherte haben dank Subrogation schon während der Kündigungsfrist Anspruch auf ALE, sofern der Arbeitgeber sie nicht mehr aufzubieten gedenkt, ein momentaner Rückgang der Abrufe vorliegt oder ein Arbeitsausfall berücksichtigt werden muss.

Für den Fall, dass der Arbeitsvertrag weiterläuft, die Abrufe jedoch zurückgegangen oder unterblieben sind, wurde ein grosszügigerer Schutz der Versicherten unter der aktuellen Rechtsordnung untersucht.



Insbesondere ist eine Änderung der Verwaltungsweisungen im Sinne eines Verzichts auf das Schwankungssystem und einer Prüfung des Anspruchs auf Leistungen durch die ALV ausschliesslich unter dem Blickwinkel des Verlustes der normalen Arbeit in den vergangenen 6 oder 12 Monaten (die dabei in Betracht gezogene Bedingung eines Arbeitsausfalls wäre erfüllt, wenn die Abrufe innerhalb von 6 oder 12 Monaten vor dem berücksichtigten Arbeitsausfall um durchschnittlich 20 % zurückgehen würden, ohne dass darüber hinaus die Bedingung regelmässiger Abrufe über einen längeren Zeitraum vor dem Rückgang der Abrufe gestellt würde) nicht wünschenswert, da sie das Risiko beinhaltet, einen Anreiz für den häufigeren Rückgriff auf diese Arbeitsform zu schaffen. Darüber hinaus dürfte der verstärkte Schutz der Arbeitnehmer in solchen Situationen nicht in den Verantwortungsbereich der ALV fallen. Eine Verbesserung der Abdeckung durch die ALV würde tatsächlich eine Verlagerung des Betriebsrisikos des Arbeitgebers auf die ALV bedeuten, weshalb sie nicht in Betracht gezogen werden sollte. Dieser Nachteil besteht jedoch nicht, wenn die ALV die vom Arbeitgeber geschuldeten Löhne unter Subrogation der Arbeitnehmerrechte auf Basis von Art. 324 OR zurückfordern kann.

Der vorliegende Bericht zeigt, dass die Rechtsordnung zum Schutz von Arbeitnehmenden auf Abruf zugegebenermassen relativ komplex ist und ihre Umsetzung eine Herausforderung für alle Akteure darstellt. Diese Ordnung erwächst sowohl aus den anwendbaren Regelungen des Arbeitsrechts als auch der ALV. Das aktuelle System funktioniert insgesamt jedoch in zufriedenstellender Weise und es besteht zurzeit kein zwingender Bedarf, das OR oder das AVIG einzig für die Arbeit auf Abruf abzuändern.

Im Allgemeinen bleiben die atypischen prekären Arbeitsformen ein aktuelles Thema, Ausschliesslich die Arbeit auf Abruf zu reglementieren, scheint jedoch angesichts des Erscheinens anderer atypischer Anstellungsformen nicht mehr der heutigen Realität zu entsprechen. Neue Arbeitsformen in Verbindung mit der Digitalisierung stellen die Qualifizierung von Lohnarbeitsverhältnissen infrage, die eine zwingende Bedingung für die Anwendung des Arbeitnehmerschutzes aus dem Arbeitsrecht und durch die ALV darstellen. Es ist deshalb wichtig, die Entwicklung der atypischen Arbeitsformen in diesem Kontext zu verfolgen. Der Bundesrat hat sich bereits vertieft mit diesen Themen befasst und 2017 einen Bericht über die Auswirkungen der Digitalisierung auf den Arbeitsmarkt erarbeitet. Im Bereich des Arbeitsrechts und der ALV hat dieser keinen Handlungsbedarf festgestellt. Ein spezifisches Mandat im Bereich der Sozialversicherungen ist auf dem Weg. Daraus sollte ein detaillierter Bericht über die bezüglich der Digitalisierung wünschenswerten Reformen resultieren. Diese Themen sind ausserdem Gegenstand eines Folgeberichts, der für 2022 geplant ist.



6 Bibliografie

- AUBERT, Gabriel, Le travail à temps partiel irrégulier, in: Mélanges Alexandre Berenstein, Lausanne 1989, 215 ff.
- BRUCHEZ, Christian/MANGOLD, Patrick/SCHWAAB, Jean-Christophe, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 2019
- BRÜHWILER, Jürg Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014
- BYRNE-SUTTON, Pascale, Le contrat de travail à temps partiel, Zürich 2001
- CLASS, Edi, Rechtsansprüche bei Arbeit auf Abruf, Plädoyer 5/98, 36 ff.
- BUNDESRAT, Bericht des Bundesrats vom 1. November 2006 in Antwort auf das Postulat 97.3070 Rennwald vom 6. März 1997 (Atypische Beschäftigungsformen)
- DUNAND, Jean-Philippe, Art. 319, in DUNAND, Jean-Philippe/MAHON, Pascal (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013 (zitiert CS-DUNAND)
- GEISER, Thomas, Grundlagen und Schranken flexibler Arbeitszeiten im Einzelarbeitsvertragsrecht, AJP 1997, 1327 ff.
- GEISER, Thomas, Flexibilisierung der Arbeitszeiten – Möglichkeit und Schranken, in BÄNI, Eva-Maria/OBRIST, Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014, 233 ff.
- HENNBERGER, Fred/RIEDER, Stefan, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, 1057 ff.
- KIESER Ueli, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, AJP 2020
- KUPFER BUCHER Barbara, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 2019
- LEU Agnes, Die Zumutbarkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Blick auf die Arbeitslosenversicherung, 2008
- MONNARD SÉCHAUD Corinne, La coordination des assurances sociales avec le droit du travail, 2004
- MURER, Erwin, Soll die Arbeit auf Abruf geregelt werden?, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, 355 ff.
- NUSSBAUMER Thomas, Arbeitslosenversicherung, Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 3. Aufl. 2016
- RIEMER-KAFKA Gabriela, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Stämpfli, 2019
- PIETRUSZAK, Thomas, Die Informationspflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 330b OR – zu Hintergrund, Inhalt und Rechtsfolgen der neuen Regelung, Jusletter 29. Mai 2006, Nr. 30.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 2010
- RONCORONI, Giacomo, Arbeit auf Abruf und Gelegenheitsarbeit, AJP 1998, 1410 ff.
- RUBIN Boris, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014
- RUBIN Boris, Assurance-chômage et service public de l'emploi, Genf – Zürich – Basel 2019
- SENTI, Christoph, Bemerkungen, Bundesgericht, 4. Zivilabteilung, 6.5.1998, i.S. X. c. Y. GmbH, Berufung: BGE 124 III 249 ff., AJP 1998, 1241 ff. (zitiert: SENTI, 1998)
- SENTI, Christoph, Pikettdienst: Neuere Entwicklungen und aktuelle Probleme, ARV 2020, 1 ff. (zitiert: SENTI, 2020)
- STAEHELIN, Adrian, Die Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses, in: GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg (Hrsg.), Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, 383 ff.; und jüngst
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012



VON KAENEL, Adrian, Arbeit auf Abruf: Keine abrupte Reduktion der Arbeitsabrufe, ARV 2019, 230 ff.
(zitiert: VON KAENEL, 2019)
ZEIN, Bassem, Aménager la durée de travail – Horaires de travail, service de piquet et travail sur appel,
AJP 2017, 524 ff.