



Thesenpapier

Höchst Arbeitszeit gemäss der Gleichstellungsnorm Art. 9 Abs. 5 ArG

Dr. iur. Heinz Heller

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Heller Rechtsanwälte AG, Zürich

St.Galler Tagung zum Arbeitsrecht, Freitag, 28. November 2014, Grand Casino Luzern



INHALTSVERZEICHNIS

1. Interessenlage und Fragestellung.....	3
2. Höchstarbeitszeitgrenzen nach Art. 9 Abs. 1 ArG.....	3
3. Die Gleichstellungsnorm Art. 9 Abs. 5 ArG.....	3
a. <i>Wortlaut der Gleichstellungsnorm.....</i>	3
b. <i>Eindimensionale Gleichstellungsnorm.....</i>	4
4. Der Betriebsbegriff in der Gleichstellungsnorm.....	4
a. <i>Betrieb.....</i>	4
b. <i>Industrieller Betrieb.....</i>	4
c. <i>Restriktiver Betriebsbegriff in der Gleichstellungsnorm?.....</i>	5
5. 50-Prozent-Regel des SECO.....	5
a. <i>Zählen Köpfe oder Stellenprozente?.....</i>	6
b. <i>Argumente gegen die 50-Prozent-Regel.....</i>	6
c. <i>Alternativen zur 50-Prozent-Regel.....</i>	7
d. <i>Die Gleichstellungsnorm und die Entschädigung der ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr.....</i>	8
6. Methodik für die Beratungsarbeit.....	8
a. <i>Aufgabenstellung.....</i>	8
b. <i>Numerus Clausus von Fällen betriebs-einheitlicher Höchstarbeitszeiten.....</i>	8
c. <i>Methodik für die Beratungsarbeit.....</i>	9
7. Klarstellungen.....	9



1. Interessenlage und Fragestellung

Überzeitarbeit, also jene Überstundenarbeit¹, die die Höchstleistungszeitgrenzen des Arbeitsgesetzes (ArG)² überschreitet, ist mit 125% des Lohns zu entschädigen (Art. 13 ArG). Dieser Arbeitnehmeranspruch ist – im Gegensatz zu den Überstundenansprüchen nach Art. 321c OR³ – zwingender Natur, sofern nicht Zeitkompensation vereinbart wurde.⁴ Mit Blick auf die Kontrollierbarkeit der Lohnkosten ist für Arbeitgeber ist also von Bedeutung, welche Höchstleistungszeitgrenze für die Arbeitnehmer gilt.

2. Höchstleistungszeitgrenzen nach Art. 9 Abs. 1 ArG

Das Arbeitsgesetz verwendet im Zusammenhang mit den Höchstleistungszeiten den Begriff der „Beschäftigten“. Darunter sind nicht nur die Arbeitnehmer jenes Arbeitgebers zu verstehen, in dessen Betrieb die „Beschäftigten“ arbeiten. Auch Leiharbeiter, die dem Weisungsrecht des Betriebs unterstehen, gelten beispielsweise als Beschäftigte.⁵

Das Arbeitsgesetz sieht in Art. 9 Abs. 1 ArG Höchstleistungszeitgrenzen von 45 und 50 Stunden pro Woche vor. Nachfolgend werden aus Verständlichkeitsgründen als „Angestellte“ respektive „Arbeiter“ jene Beschäftigte bezeichnet, für die gemäss Art. 9 Abs. 1 ArG eine wöchentliche Höchstleistungszeit von 45 respektive 50 Stunden gilt.

3. Die Gleichstellungsnorm Art. 9 Abs. 5 ArG

Für industrielle Betriebe gilt eine einheitliche Höchstleistungszeit für alle Beschäftigten. Bei nicht-industriellen Betrieben (oder Betriebsteilen) gilt gemäss Arbeitsgesetz dagegen grundsätzlich keine einheitliche Höchstleistungszeit. Vielmehr richtet sich diese für jeden einzelnen Beschäftigten nach seiner Funktion (Art. 9 Abs. 1 lit. a und b ArG).

a. Wortlaut der Gleichstellungsnorm

Für eine spezielle Konstellation sieht das Arbeitsgesetz allerdings eine einheitliche Höchstleistungszeit auch für nicht-industrielle Betriebe vor. Art. 9 Abs. 5 ArG lautet:

„Auf Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, die im gleichen Betrieb oder Betriebsteil zusammen mit Arbeitnehmern beschäftigt werden, für die eine längere wöchentliche Höchstleistungszeit gilt, ist diese ebenfalls anwendbar.“

¹ Der Begriff der „Überstunden“ kann (rechtsterminologisch korrekt) sowohl für Überstunden nach OR (Art. 321c OR) wie für Überzeit nach ArG (Art. 9 ff. ArG) verwendet werden (Nachweis bei HEINZ HELLER: Traditionelle und neue Ansätze des Managements von Überstunden und Überzeit, in: AJP 5/2014 612).

² Nicht nur das Arbeitsgesetz, sondern auch andere Erlasse sehen Höchstleistungszeitgrenzen vor; vgl. ADRIAN VON KAENEL, in: THOMAS GEISER / ADRIAN VON KAENEL / RÉMY WYLER (Hrsg.): Arbeitsgesetz (2005) ad Art. 9 ArG Rz. 38.

³ Art. 321c Abs. 3 OR.

⁴ Art. 13 ArG.

⁵ THOMAS GEISER in: THOMAS GEISER / ADRIAN VON KAENEL / RÉMY WYLER (Hrsg.): Arbeitsgesetz (2005) ad Art. 1 ArG Rz. 7.



Die *höhere* Höchst Arbeitszeit kann die Höchst Arbeitszeit von 50 Wochenstunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG sein, aber auch eine andere, beispielsweise in den Fällen der Art. 9 Abs. 3 und 4 ArG.

Nachfolgend wird der zitierte Art. 9 Abs. 5 ArG als „*Gleichstellungsnorm*“ bezeichnet, da er (gleich wie Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG für alle Beschäftigten *industrieller* Betriebe) eine *einheitliche* Höchst Arbeitszeit für *nicht-industrielle* Betriebe oder Betriebsteile statuiert.

b. Eindimensionale Gleichstellungsnorm

Denkbar wäre eine Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten, die für nicht-industrielle Betriebe – beispielsweise je nach Mehrheitsverhältnissen – eine einheitliche betriebliche Höchst Arbeitszeit von 45 oder 50 Wochenstunden festlegt. Die Gleichstellungsnorm Art. 9 Abs. 5 ArG verzichtet darauf. Sie wirkt nur in eine Richtung – nach oben: Sie erhöht die Höchst Arbeitszeit für Angestellte.

4. Der Betriebsbegriff in der Gleichstellungsnorm

a. Betrieb

Ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes nur für einzelne Teile eines Betriebes gegeben sind, ist das Arbeitsgesetz nur auf diese anwendbar (Art. 1 Abs. 2 ArG). Jede Art von Arbeitsorganisation ist demnach ein Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes, die mindestens einen Arbeitnehmer dauernd oder vorübergehend beschäftigt.⁶

Der Begriff des „*Betriebs*“ ist demnach nicht mit dem Begriff des Arbeitgebers gleichzusetzen.⁷ Ein Arbeitgeber kann seine Arbeitnehmer in mehreren Betrieben beschäftigen.

b. Industrieller Betrieb

Der Begriff des „*industriellen Betriebs*“, auf den in Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG abgestellt wird (Höchst Arbeitszeit von 45 Wochenstunden), ist in Art. 5 Abs. 2 ArG definiert.⁸ Vorausgesetzt wird nebst anderem eine feste Anlage von dauerndem Charakter. Zudem liegt nur dann ein industrieller Betrieb vor, wenn mindestens sechs industrielle Arbeiter beschäftigt werden.⁹ Der industrielle Betrieb ist namentlich von Dienstleistungsbetrieben, vom Handel und vom Baugewerbe abzugrenzen.¹⁰

⁶ GEISER (Fn. 5) ad Art. 1 ArG Rz. 7.

⁷ GEISER (Fn. 5) ad Art. 1 ArG Rz. 7.

⁸ Vgl. GEISER (Fn. 5) ad Art. 5 ArG Rz. 11.

⁹ Art. 5 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 ArGV4.

¹⁰ Vgl. GEISER (Fn. 5) ad Art. 5 ArG Rz. 10 und 17.



c. Restriktiver Betriebsbegriff in der Gleichstellungsnorm?

Die Wirkung der Gleichstellungsnorm kann sich nicht nur auf den *ganzen* Betrieb, sondern gemäss ausdrücklichem Wortlaut der Norm¹¹ auch lediglich auf Betriebsteile beschränken.¹² Nach THOMAS GEISER muss ein Betriebsteil „klar abgrenzbar und unterscheidbar“ sein, damit sich Sondernormen nur auf diesen auswirken.¹³

ADRIAN VON KAENEL scheint den Betriebsbegriff der Gleichstellungsnorm restriktiv auszulegen. Nach ihm kann die Gleichstellungsnorm nur im „selben Arbeitsumfeld“ wirken, beispielsweise „im selben überschaubaren Raum“ oder wenn „Arbeitsabläufe funktional zusammenhängen und sich deshalb ein täglicher Kontakt ergibt“.¹⁴ VON KAENEL argumentiert, in der Formulierung „die im gleichen Betrieb oder Betriebsteil zusammen mit Arbeitnehmern beschäftigt werden“¹⁵ käme der Wendung „zusammen arbeiten“ eine eigenständige Bedeutung zu.

Nach Ansicht des Schreibenden unterscheidet sich der Betriebsbegriff in der Gleichstellungsnorm nicht vom Betriebsbegriff im übrigen Arbeitsgesetz:

- Hätte der Gesetzgeber nur jene Beschäftigten gemeint, die gewissermassen *im gleichen Team* arbeiten, hätte er den „Betrieb“ und den „Betriebsteil“ nicht ausdrücklich erwähnt.
- Zudem bleibt die Gleichstellungsnorm widerspruchsfrei, wenn man der Wendung „zusammen arbeitet“ keine eigenständige Bedeutung zumisst, und wird widersprüchlich, wenn man nebst den Einheiten „Betrieb“ und „Betriebsteil“ noch eine neue, fallweise noch kleinere Einheit schafft (das Team?), die zudem kaum definiert beziehungsweise schwer fassbar scheint.
- Auch die Botschaft zum Arbeitsgesetz hält fest, die Gleichstellungsnorm diene der „einheitlichen Ordnung im Betrieb“¹⁶ und nicht der einheitlichen Ordnung im selben Arbeitsumfeld.

5. 50-Prozent-Regel des SECO

Gemäss Bundesamt für Wirtschaft SECO kommt die Gleichstellungsnorm nur zur Anwendung, wenn die Arbeiter die Mehrheit bilden:

„In Betrieben oder Betriebsteilen, die mehrheitlich Arbeitnehmer [...] beschäftigen, auf welche die wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 50 Stunden anwendbar ist, soll keine

¹¹ Art. 9 Abs. 5 ArG.

¹² Gleicher Ansicht offenbar Bundesamt für Wirtschaft SECO (Hrsg.): Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 (6. Überarbeitung 2011) ad Art. 9 Abs. 5 ArG.

¹³ GEISER (Fn. 5) ad Art. 5 ArG Rz. 7 und 31.

¹⁴ VON KAENEL (Fn. 2) ad Art. 9 ArG Rz. 60.

¹⁵ Art. 9 Abs. 5 ArG.

¹⁶ „Der einheitlichen Ordnung im Betrieb gilt die Vorschrift, dass auf Bureaupersonal, technische und andere Angestellte, die im gleichen Betrieb oder Betriebsteil zusammen mit Arbeitnehmern beschäftigt werden, für welche eine längere wöchentliche Höchst Arbeitszeit gilt, diese ebenfalls anwendbar ist [...]“ (Botschaft zum Arbeitsgesetz vom 30. September 1960, BBl 1960 II 970; Hervorhebungen im Zitat durch den Schreibenden).



*Diskriminierung unter den Beschäftigten hinsichtlich der Höchstarbeitszeit vorkommen. Dies ist der Sinn dieser Norm.*¹⁷

a. Zählen Köpfe oder Stellenprozente?

Sowohl das SECO wie die Literatur lassen offen, ob die Arbeiter bei der Gleichstellungsnorm nach Köpfen oder nach Stellenprozente zu zählen sind. Ein Beispiel: In einem Betrieb sind drei Angestellte und drei Arbeiter beschäftigt. Alle arbeiten Vollzeit, bis auf einen Angestellten, der 90% arbeitet:

- Wendet man die 50-Prozent-Regel des SECO nach Köpfen an, gilt für die drei Angestellten eine Höchstarbeitszeit von 45 Stunden pro Woche und für die drei Arbeiter eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche.¹⁸ Denn die Arbeiter bilden nur die Hälfte der Beschäftigten, aber nicht die Mehrheit.
- Wendet man die 50-Prozent-Regel des SECO nach Stellenprozente an, gilt für alle sechs Beschäftigten einheitlich eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche. Denn in diesem Fall bilden die 300 Stellenprozente der Arbeiter eine Mehrheit gegenüber den 290 Stellenprozente der Angestellten.

b. Argumente gegen die 50-Prozent-Regel

Das Hauptargument, das gegen die starre 50-Prozent-Regel des SECO spricht, ist die Rechtssicherheit. Ein Beispiel: Angenommen, im oben eingeführten Beispielbetrieb trete bei den Angestellten eine zweimonatige Vakanz ein. *Während* der Vakanz sind die Angestellten – gleichgültig, ob man nach Köpfen oder Stellenprozente rechnet – in der Unterzahl. Somit gilt für die Angestellten

- *vor* der Vakanz eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden (wenn man nach Köpfen rechnet),
- *während* der Vakanz eine Höchstarbeitszeit von 50 Wochenstunden,
- und danach wieder eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden.

Das Beispiel lässt sich variieren. Rechnet man nach Stellenprozente und setzt einen Betrieb mit Beschäftigten voraus, die auf Abruf arbeiten und bei dem sich Angestellte und Arbeiter ungefähr die Waage halten, müssen die betrieblich geltenden Höchstarbeitszeiten ständig neu berechnet werden.

Die starre 50%-Regel des SECO kann sich demnach – je nach Ausgangslage – als schwer umsetzbar erweisen.

Zudem lässt sich die 50-Prozent-Regel weder aus dem Wortlaut des Gesetzes ableiten, noch aus den Materialien¹⁹, noch aus den Kommentierungen der Gleichstellungsnorm durch die herrschende Lehre²⁰.

Zudem ist der Normzweck der Gleichstellungsnorm nicht die Anpassung der Höchstarbeitszeit nach Massgabe der Mehrheit der Beschäftigten. Denn sonst wäre die

¹⁷ SECO-Wegleitung Arbeitsgesetz (Fn. 12) ad Art. 9 Abs. 5 ArG (Hervorhebungen im Zitat durch den Schreibenden).

¹⁸ Art. 9 Abs. 1 ArG.

¹⁹ Botschaft Arbeitsgesetz (Fn. 16) 970.

²⁰ Vgl. WALTHER HUG: Kommentar zum Arbeitsgesetz (1971) ad Art. 9 Rz. 9; ROLAND MÜLLER: ArG Kommentar (2. A. 2009) ad Art. 9 Abs. 5; VON KAENEL (Fn. 2) ad Art. 9 ArG Rz. 59 bis 61.



Gleichstellungsnorm nicht eindimensional, sondern würde in beide Richtungen wirken, je nach Mehrheitsverhältnissen.

Der Normzweck der Gleichstellungsnorm ist vielmehr a) die einheitliche Ordnung im Betrieb²¹ sowie b) die Vermeidung von Diskriminierung der Arbeiter²². In allen Fällen, in denen die Angestellten die betriebliche Mehrheit bilden, wird eine Minderheit der Beschäftigten diskriminiert, nämlich die Minderheit der Arbeiter, für die eine höhere Höchstarbeitszeit gilt.

Der Ansatz, die Gleichbehandlung von Angestellten und Arbeitern erst ab einem Arbeiteranteil von über 50% zuzulassen, ergibt sich nach Ansicht des Schreibenden somit *nicht* aus dem Normzweck der Gleichstellungsnorm.

Auch das Gegenstück zur Gleichstellungsnorm, die betriebs-einheitliche Höchstarbeitszeit in den industriellen Betrieben (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG) stellt nicht auf eine Überzahl der industriellen Arbeiter ab, sondern auf andere betriebsprägende Merkmale (Art. 5 Abs. 2 ArG).

Zudem wird mit den Höchstarbeitszeitgrenzen im Wesentlichen die Grenze zu den zwingend zu entschädigenden Überstunden festgelegt,²³ während die Höchstarbeitszeitgrenzen per se nicht direkt als Gesundheitsnormen gelten. Deswegen werden sie auch nicht auf höhere leitende Angestellte angewendet.²⁴ Folglich kann auch nicht argumentiert werden, es sei aus gesundheitlichen Gründen auf eine Mehrheit von Arbeitern abzustellen, um die gesundheitlichen Auswirkungen möglichst gering zu halten. Das Bundesgericht stellte fest, *„dass die gesetzliche Beschränkung der Arbeitszeit auf 50 Stunden pro Woche nicht allein auf Überlegungen des Gesundheitsschutzes beruht, sondern allgemeine sozial- und kulturpolitische Aspekte berücksichtigt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 30. September 1960 zum Entwurf des Arbeitsgesetzes, BBl 1960 II 965 f.) und insbesondere dem Bedürfnis der Arbeitnehmerschaft nach mehr Freizeit entgegenkommt (BBl 1960 II 969). Mithin würde eine allein auf den Gesundheitsschutz gemäss Art. 6 ArG gestützte Höchstarbeitszeit nicht notwendigerweise bei 50 bzw. 55 Stunden, sondern allenfalls – je nach Art der Tätigkeit, beruflichem Umfeld und Konstitution des Betroffenen – deutlich darüber liegen [...]“*²⁵

c. Alternativen zur 50-Prozent-Regel

Aus all diesen Gründen wären nach Ansicht des Schreibenden deshalb Alternativen zur 50-Prozent-Regel zu prüfen.

Richtig ist sicher, dem nicht unerheblichen Rechtsmissbrauchspotenzial der Gleichstellungsnorm Grenzen zu setzen. Dem SECO ist deshalb beizupflichten, wenn es ausführt: *„Eine Umkehrung [...] [von Art. 9 Abs. 5 ArG] ist [...] nicht statthaft. So kann z.B. eine grosse Versicherungsgesellschaft, für deren Belegschaft eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden gilt, wegen der Beschäftigung eines*

²¹ Siehe oben Fn. 16.

²² Werden Angestellte und Arbeiter *„zusammen in einem Betrieb beschäftigt, würde die gesetzliche Diskriminierung der Arbeiter auffallen, und es käme zu unerfreulichen Diskussionen über die Gerechtigkeit des Arbeitsrechts“* (MÜLLER, Fn. 20, ad Art. 9 Abs. 5 ArG); vgl. auch VON KAENEL (Fn. 2) ad Art. 9 ArG Rz. 59.

²³ Art. 321c Abs. 3 OR sowie Art. 9 und 13 ArG.

²⁴ Art. 3 lit. d ArG sowie Art. 3a lit. b ArG; vgl. GEISER (Fn. 5) ad Art. 3a ArG Rz. 2.

²⁵ BGE 2P.251/2001 / 2A.407/2001 vom 14. Juni 2002, Erw. 5.2.2.



*Unterhaltsmechanikers oder -elektrikers nicht verlangen, dass die wöchentliche Höchst Arbeitszeit von 50 Stunden auch für die übrigen Beschäftigten gelten solle.*²⁶

“Quoten-Arbeiter” sollten also nicht zur Anwendung der Gleichstellungsnorm führen.

Eine Alternative zur 50-Prozent-Regel wäre aber, darauf abzustellen, ob wesentliche Teile der Beschäftigten Arbeiter sind, oder ob die Beschäftigung von Arbeitern als branchen- oder betriebstypisch erscheint – was beispielsweise für das Reinigungsteam in der Versicherung nicht zutreffen würde.

d. Die Gleichstellungsnorm und die Entschädigung der ersten 60 Überzeitstunden pro Jahr

Offen ist auch die Frage, wie sich die Gleichstellungsnorm auf die Regel auswirkt, wonach “dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels” die Überstunden erst ab der 61. Überzeitstunde pro Jahr zwingend zu entschädigen sind (Art. 13 ArG). Gilt diese Regel weiterhin, auch wenn für diese Arbeitnehmerkategorie (aufgrund der Gleichstellungsnorm) die Höchst Arbeitszeit von 50 Wochenstunden gilt, und nicht die “reguläre” Höchst Arbeitszeit von 45 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 ArG)?

Die Botschaft zum Arbeitsgesetz begründet die 60-Stunden-Regel: “Diese Differenzierung steht im Zusammenhang mit den Vorteilen, die der Angestellte in verschiedener Richtung geniesst, so namentlich, dass er von seinem Monatsgehalt wegen kürzerer Abwesenheit zu persönlichen Zwecken keine Abzüge erleidet.”²⁷ Wenn die Höchst Arbeitszeit nicht mehr bei 45, sondern bei 50 Wochenstunden liegt, dehnt sich für die Angestellten die Grenze aus, innert derer vertraglich auf die Abgeltung von Überstunden verzichtet werden kann. Dieser Nachteil spricht dafür, den Angestellten im Bereich der Gleichstellungsnorm die Überzeit nicht erst ab der 61. Überzeitstunde pro Jahr *zwingend* zu entschädigen, sondern – gleich wie bei den Arbeitern – schon ab der ersten Überzeitstunde pro Jahr. Anders würde die Beurteilung ausfallen, wenn man sich eng an den Wortlaut von Art. 13 ArG hält.

6. Methodik für die Beratungsarbeit

a. Aufgabenstellung

Arbeitgeber, die für ihre Angestellten in einem Betrieb grundsätzlich von 45 Wochenstunden Höchst Arbeitszeit ausgehen, dürfen legitimerweise prüfen, diese Höchst Arbeitszeiten auf Basis der Gleichstellungsnorm auf 50 Wochenstunden auszudehnen.

In diesen Fällen könnten Überstundenkompensation oder -entschädigung vertraglich nicht nur bis zur Höchst Arbeitszeitgrenze von 45 Wochenstunden ausgeschlossen werden (Art. 321c Abs. 3 OR), sondern bis zur Höchst Arbeitszeitgrenze von 50 Wochenstunden²⁸.

b. Numerus Clausus von Fällen betriebs-einheitlicher Höchst Arbeitszeiten

²⁶ SECO-Wegleitung Arbeitsgesetz (Fn. 12) ad Art. 9 Abs. 5 ArG.

²⁷ Botschaft Arbeitsgesetz (Fn. 16) 972.

²⁸ Oder bis zu einer anderen höheren Höchst Arbeitszeitgrenze, vgl. beispielsweise Art. 9 Abs. 2 und 3 ArG.



Das Arbeitsgesetz geht nicht von einheitlichen Höchstarbeitszeiten für alle Arbeitnehmer des gleichen Arbeitgebers aus. Denn die „*Masseinheit*“ der Höchstarbeitszeitbestimmungen ist der Betrieb oder die Beschäftigtenfunktion, aber nicht der Arbeitgeber. Hingegen sieht das Arbeitsgesetz für zwei Arten von Betrieben eine einheitliche Höchstarbeitszeit vor:

1. Industrielle Betriebe oder Betriebsteile (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG).
2. Nicht-industrielle Betriebe oder Betriebsteile, in denen *“Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels [...] zusammen mit Arbeitnehmern beschäftigt werden, für die eine längere wöchentliche Höchstarbeitszeit gilt”* (Art. 9 Abs. 5 ArG).

Die Beratung muss sich an dieser Struktur orientieren, und es empfiehlt sich folgende Arbeitsmethodik:

c. Methodik für die Beratungsarbeit

1. In einem ersten Schritt ist der zu prüfende Betrieb oder Betriebsteil zu definieren.
2. Mit dem zweiten Schritt wird geprüft, ob dem Betrieb oder Betriebsteil industrieller Charakter im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ArG zukommt. Diesfalls gilt – Unterstellungsverfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 ArG vorausgesetzt – die Wochenhöchstarbeitszeit von 45 Stunden für alle hier Beschäftigten (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG).
3. Falls dem Betrieb (oder Betriebsteil) nicht-industrieller Charakter zukommt, ist drittens zu prüfen, ob im gleichen Betrieb (oder Betriebsteil) Angestellte zusammen mit *„Arbeitnehmern beschäftigt werden, für die eine längere wöchentliche Höchstarbeitszeit gilt“* (Art. 9 Abs. 5 ArG):

Folgt man der oben beschriebenen 50-Prozent-Regel des SECO, wäre spezifisch zu erfassen, ob für eine Mehrheit der Beschäftigten, allenfalls für eine Mehrheit der Stellenprozentente eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von über 45 Wochenstunden²⁹ gilt. Diesfalls gilt die höhere Wochenhöchstarbeitszeit für den ganzen Betrieb oder Betriebsteil³⁰.

Im Zweifelsfall, oder wenn man von der 50-Prozent-Regel des SECO abweichen möchte, können auch Auskünfte beim zuständigen kantonalen Arbeitsinspektorat eingeholt oder sogar Absprachen mit dem Arbeitsinspektorat getroffen werden. Weil das kantonale Arbeitsinspektorat zugleich Kontrollbehörde ist, sollten Behördenkontakte aber gut vorbereitet sein.

7. Klarstellungen

Es kann nicht garantiert werden, die in vorliegendem Thesenpapier vorgenommene rechtliche Analyse würde von Gerichten oder von den Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes geteilt. Literatur zu den hier abgehandelten Themen ist rar, Gerichtspraxis – soweit ersichtlich – nicht existierend.

²⁹ Also 50 Wochenstunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG oder eine andere Höchstarbeitszeitgrenze gemäss Art. 9 Abs. 3 und 4 ArG.

³⁰ Oder, folgt man der Ansicht von KAENELS, lediglich für das *„gleiche Arbeitsumfeld“* (siehe oben Fn. 14).



Diese Klarstellung gilt insbesondere mit Bezug auf die in diesem Artikel geäußerte abweichende Meinung zur 50-Prozent-Regel des SECO bezüglich Art. 9 Abs. 5 ArG.

Zudem befasst sich vorliegender Text nur mit Verhältnissen, auf die das Arbeitsgesetz direkt zur Anwendung gelangt, und nicht mit Verhältnissen, bei denen auch andere Rechtsquellen zu berücksichtigen sind.