

Arbeitsschutz für Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit

Beim Erlass des Arbeitsgesetzes vor bald sechzig Jahren wurden Arbeitnehmende, die eine wissenschaftliche Tätigkeit ausüben, vom Geltungsbereich ausgenommen. Eine wissenschaftliche Karriere ist heute oft mit prekären Arbeitsbedingungen verbunden. Daher stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt war und ist, diese Arbeitnehmenden generell vom Schutzbereich auszunehmen. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage anhand der Entstehungsgeschichte nach und analysiert die Situation aus der heutigen Perspektive.

I. Einleitung	202
II. Wirkungen der Ausnahme vom Geltungsbereich	202
1. Regelungsbereiche des Arbeitsgesetzes	202
2. Rechtslage bei Erlass des ArG	202
3. Heutige Rechtslage	203
III. Materialien zum Arbeitsgesetz	204
1. Unmittelbare Vorarbeiten	204
2. Vorläufer des Arbeitsgesetzes	204
3. Verschiedene Vorentwürfe des Arbeitsgesetzes	205
IV. Auslegung der Ausnahmebestimmung	206
1. Verordnung	206
2. Wegleitung	206
3. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung	207
4. Lehre	207
V. Kritik und Folgerungen	208
1. Geringerer Umfang des Arbeitsschutzes	208
2. Fehlende sachliche Gründe	208
3. Schwierige Auslegung	209
4. Seltene Anwendung	209
5. Streichung der Ausnahmebestimmung	210

Zitiervorschlag:

SABINE STEIGER-SACKMANN, Arbeitsschutz für Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit, in: Güggi/Haux/Ranzoni/Schlegel/Sieber-Gasser/Thommen (Hrsg.), *sui generis #unbequem* 2023, S. 201

Die Reihe «#unbequem» soll das Wirken von Daniel Hürlimann für eine offene Wissensgesellschaft weitertragen. Im Unterschied zu üblichen Artikeln in *sui generis* sind die Texte weder auf juristische Fragen beschränkt noch werden sie einer doppelblinden Peer Review unterzogen. Sie werden vom Herausgeber:innen-Team in einem offenen Verfahren gesichtet und kommentiert. Alles weitere ist dem Vorwort dieser Reihe zu entnehmen.

Herausgegeben von Nils Güggi / Dario Haux / Luca Ranzoni / Stefan Schlegel / Charlotte Sieber-Gasser / Marc Thommen

Dr. iur. Sabine Steiger-Sackmann, ehem. Dozentin an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Winterthur (xsg3@zhaw.ch).

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.243>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Mit dem Arbeitsgesetz¹ hat der Bund seine Kompetenz wahrgenommen und Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmenden erlassen². Anlass dazu war die Erweiterung des bestehenden Arbeitsschutzes in den Fabriken und bezüglich Ruhezeiten, denn auch Arbeitnehmende im Dienstleistungssektor sollten schweizweit dem gesetzlichen Schutz unterstehen³. Allerdings nimmt das Gesetz einzelne Gruppen von diesem Schutz aus, u.a. «Arbeitnehmer, die eine ... wissenschaftliche Tätigkeit ausüben»⁴.
- 2 Ein wissenschaftlicher Karriereweg ist steinig. Wer ihn einschlägt, muss mit geringer Arbeitsplatzsicherheit und wenig Planbarkeit, mit hoher Arbeitsbelastung im Verhältnis zur Besoldung, teilweise auch mit Gesundheitsgefährdungen und mit toxischen Abhängigkeiten und Diskriminierungen umgehen können⁵. Umso erstaunlicher ist es, dass es das Parlament nicht nötig fand, diese Arbeitnehmenden dem Arbeitsgesetz zu unterstellen, und dass daran bis heute niemand gerüttelt hat. Angesichts dessen stellen sich viele Fragen: Wie wurde diese Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich damals begründet? Welche triftigen Gründe rechtfertigten diese Ausnahme von der Regel⁶? Welche Interessengruppen haben sich für die Ausnahme stark gemacht? Mit welchen Argumenten? Was waren und sind die konkreten Auswirkungen davon? Ist die Ausnahme heute noch gerechtfertigt?
- 3 Um diese Fragen zu beantworten, soll nun zunächst aufgezeigt werden, was die rechtlichen Auswirkungen dieser Ausnahmegestaltung beim Erlass des Gesetzes waren und heute noch sind (Rz. 4 ff.). Um herauszufinden, was die Gründe für die Sonderbehandlung der Arbeitnehmenden mit wissenschaftlicher Tätigkeit waren, ist ein Blick in die Entstehungsgeschichte des Arbeitsschutzes in der Schweiz nötig (Rz. 17 ff.), bevor die geltende Regelung und ihre Auslegung (Rz. 32 ff.) einer kritischen Analyse unterzogen werden können (Rz. 48 ff.).

1 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11).

2 Durch Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 erhielt Art. 34^{ter} aBV (alte Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 [aBV; SR 101]) folgende Fassung: «Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen: a) über den Schutz der Arbeitnehmer; ...».

3 S. hinten Rz. 23 ff.

4 Art. 3 Abs. 1 lit. d ArG.

5 S. für Hochschulen z.B.: PHILIPP DUBACH, Wissenschaftlicher Nachwuchs an Schweizer Universitäten: Statistische Kennzahlen zu Arbeitsbedingungen und Karriereperspektiven, Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBF (Hrsg.), Bern 2014; THOMAS HILDBRAND, Next Generation: Für eine wirksame Nachwuchsförderung, Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (Hrsg.), Köniz 2018; VICTOR LEGLER / NICOLAS PEKARI / MICHELLE COHEN, SNSF Early Career Researcher Survey, Survey report, Lausanne 2022.

6 Art. 8 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]); BGE 138 I 225 E. 3.6.

II. Wirkungen der Ausnahme vom Geltungsbereich

1. Regelungsbereiche des Arbeitsgesetzes

Das Arbeitsgesetz regelt in seinen materiellen Teilen drei Bereiche. Einmal den Schutz der Arbeitnehmenden in Bezug auf ihre Gesundheit und persönliche Integrität (1), Arbeits- und Ruhezeiten (2) und Sonderschutzbestimmungen für jugendliche und weibliche Arbeitnehmende (3). Obwohl der Bund aufgrund der Verfassungsbestimmung Art. 110 Abs. 1 lit. a BV den Schutz sämtlicher Arbeitnehmender bundesweit regeln kann, gibt es Arbeitnehmende, die das Gesetz von diesem Schutz ausgenommen hat. Dies erfolgte gesetzestechnisch auf zwei Wegen: Gewisse Betriebe (und damit deren Belegschaft) unterstehen dem Arbeitsgesetz nicht (Art. 2 ArG), und in Betrieben, die an sich dem ArG unterstehen, wurden einzelne Gruppen von Arbeitnehmenden vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen (Art. 3 ArG).

2. Rechtslage bei Erlass des ArG

Beim Inkrafttreten des ArG im Jahr 1966 unterstanden die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden nicht dem Gesetz, da sie vom betrieblichen Geltungsbereich ausgenommen waren (Art. 2 ArG). Zudem enthielt das ArG einen generellen Vorbehalt für Vorschriften über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis (Art. 71 lit. b ArG). Somit waren damals alle Arbeitnehmenden, also auch die wissenschaftlich Tätigen, in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen und in den Kernverwaltungen von allen drei Regelungsbereichen des Gesetzes ausgenommen.

Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit in der Privatwirtschaft genossen ebenfalls keinen arbeitsgesetzlichen Schutz, weil sie durch Art. 3 lit. d ArG vom persönlichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen waren, genauso wie höhere leitende und künstlerisch tätige Arbeitnehmende.

Als Folge dieser Ausnahmen galten für Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit keinerlei Vorschriften über den Gesundheitsschutz, selbst wenn die Arbeit mit spezifischen Gesundheitsgefahren verbunden waren, was gerade an Arbeitsplätzen mit naturwissenschaftlicher oder technischer Forschung vorkommen kann. Diese Arbeitnehmenden konnten in der Privatwirtschaft rund um die Uhr, also auch nachts und an Sonntagen eingesetzt werden und ohne irgendwelche garantierten Ruhezeiten. Für Schwangere und Mütter galten keinerlei Schutzvorschriften, so dass z.B. eine Beschäftigung gleich nach der Niederkunft legal war.

3. Heutige Rechtslage

a) Anwendbare Schutzbereiche

- 8 In der Zwischenzeit wurden sowohl das ArG wie die Verordnungen dazu mehrfach revidiert. Von grosser Bedeutung ist die Ergänzung mit Art. 3a ArG⁷: Drei Vorschriften über den Gesundheitsschutz (Art. 6, 35 und 36a ArG) sind nun anwendbar u.a. auf die Verwaltungen des Bundes, der Kantone und Gemeinden und auf «Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbstständige künstlerische Tätigkeit ausüben» (Art. 3a lit. b ArG).
- 9 Konkret bedeutet dies, dass private und öffentliche Betriebe heute ihre wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden wie alle anderen Mitarbeitenden vor Gefahren für die Gesundheit und die persönliche Integrität schützen müssen (Art. 6 ArG und ArGV³⁸). Für schwangere Frauen und stillende Mütter können beschwerliche und gefährliche Arbeiten untersagt oder an Bedingungen geknüpft werden, und diese Arbeitnehmerinnen geniessen einen gewissen Einkommensschutz, wenn sie nicht für ungefährliche Ersatzarbeiten eingesetzt werden können (Art. 35, 36a ArG). Es ist die Aufgabe v.a. der kantonalen Arbeitsinspektorate, die Einhaltung der Schutzbestimmungen zu kontrollieren (Art. 41 ArG).
- 10 Die Verbesserung der Rechtslage hat für wissenschaftlich Tätige zwar Gesundheitsschutz gebracht, aber von den anderen Schutzbereichen des ArG (Arbeits- und Ruhezeiten allgemein sowie im Kontext von Schwangerschaft, Mutterschaft und Familienpflichten) sind sie nach wie vor ausgeschlossen⁹.
- 11 Für öffentlich-rechtlich Angestellte gilt allerdings heute ein etwas besserer Schutz, denn die Personalgesetze dürfen von den Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz und über die Arbeits- und Ruhezeit nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abweichen (Art. 71 lit. b ArG). Darüber hinaus profitieren die Arbeitnehmenden in öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit vom Schutz des ArG (Art. 7 Abs. 1 ArGV¹⁰ e contrario)¹¹. Da staatliche Hochschulen in der Schweiz eine eigene Rechts-

persönlichkeit haben¹², unterstehen ihre Arbeitsverhältnisse somit grundsätzlich dem ArG, sofern es nicht Ausnahmen für einzelne Gruppen (wie z.B. wissenschaftlich Tätige) gibt.

b) Ausgenommene Schutzbereiche

Um es nochmals deutlich zu machen: Für wissenschaftlich tätige Arbeitnehmende – sei es in öffentlich-rechtlichen oder in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – gelten aufgrund der Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich (Art. 3 lit. d ArG) nach wie vor *nicht* die Bestimmungen über Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 9 ff. ArG), wichtige Mutterschutzbestimmungen (Art. 35a und 35b ArG) und der Schutz der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten (Art. 36 ArG).

Dies hat zur Folge, dass Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit schlechter gestellt sind als die übrigen Arbeitnehmenden. Da sie von den *Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen ausgenommen* sind, müssen ihre Arbeitgebenden nicht für die Erfassung der Arbeitszeiten sorgen¹³, was die Durchsetzung von Ansprüchen wegen Überstunden erschwert. Es bestehen keine Ansprüche aus Überzeit (Art. 13 ArG). Arbeitgebende müssen keine Bewilligungen für die Beschäftigung nachts und an Sonntagen einholen. Es müssen weder Pausen noch Ruhezeiten eingehalten werden, d.h. ein Arbeitseinsatz rund um die Uhr ist prinzipiell zulässig¹⁴.

Für Arbeitnehmerinnen mit wissenschaftlicher Tätigkeit ist der Ausschluss vom arbeitsgesetzlichen Schutz während der *Schwangerschaft und nach der Niederkunft* einschneidend, weil die Schutzbestimmungen von Art. 35a und 35b ArG nicht zur Anwendung kommen. Nach diesen Bestimmungen könnten sie nämlich während der Schwangerschaft auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben und dürften ab der 8. Woche vor der Niederkunft nicht mehr nachts beschäftigt werden. Nach der Geburt des Kindes dürften sie während den ersten 8 Wochen gar nicht arbeiten und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis. Zum Stillen müsste ihnen die erforderliche Zeit freigegeben werden. Während der ganzen Schwangerschaft und bis 16 Wochen nach der Niederkunft hätten

7 Botschaft II vom 15. Juni 1992 über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) (BB1 1992 V 520), S. 659, insbes. S. 661 ff.; Botschaft vom 2. Februar 1994 über die Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (BB1 1994 II 157), S. 176.

8 Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz) (ArGV3; SR 822.113).

9 Hinten Rz. 12.

10 Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV1; SR 822.111).

11 THOMAS GEISER, in: Geiser/Kaenel/Wyler, Stämpflis Handkommentar, Kommentar Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 2 ArGN 11 (zit. HK ArGBEARBEITER:IN).

12 Z.B. Art. 5 ETH-Gesetz (Bundesgesetz über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 [ETH-Gesetz; SR 414.110]); § 1 UniG (Universitätsgesetz des Kantons Zürich vom 15. März 1998 [UniG; LS 415.11]); Art. 1 UG (Gesetz über die Universität St. Gallen vom 26. Mai 1988 [UG; sGS 217.11]).

13 Arbeitnehmende mit grosser Autonomie und einem Jahreseinkommen über CHF 120'000 könnten gem. Art. 73a ArGV1 auf die Erfassung der Arbeitszeiten verzichten. Auch eine vereinfachte Erfassung käme u.U. in Frage (Art. 73b ArGV1). Bei Positionen mit weitreichender Entscheidungsfreiheit kann die Ausnahme für höhere leitende Angestellte greifen (Art. 3 lit. d ArG, Art. 9 ArGV1).

14 Nur gegen offensichtlich missbräuchliche Arbeitszeiten kann gestützt auf Art. 6 ArG eingeschritten werden (Urteil des Bundesgerichts 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002 E. 5.3).

die üblicherweise während der Nacht beschäftigten Forscherinnen Anspruch auf eine Tagesarbeit und, falls dies nicht möglich ist, Anspruch auf 80 Prozent des Lohnes. Alle diese Rechte können die Forscherinnen aber nicht beanspruchen, weil sie gem. Art. 3 lit. d ArG vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen sind.

- 15 Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit können sich auch nicht auf den *Familienschutz* gem. Art. 36 ArG berufen. Dies bedeutet insbesondere, dass sie nicht (wie alle anderen Arbeitnehmenden) Anspruch auf drei Urlaubstage haben, wenn sie ein krankes Kind oder ein Familienmitglied notfallmässig betreuen müssen.
- 16 Angesichts dieser Beeinträchtigung der Rechtsstellung von Arbeitnehmenden mit wissenschaftlicher Tätigkeit im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmenden stellt sich die Frage nach der *ratio legis*. Was waren die Gründe, um ihre Rechte derart zu beschneiden, indem man sie vom persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen hat? Antworten darauf sind in den Materialien zu suchen.

III. Materialien zum Arbeitsgesetz

1. Unmittelbare Vorarbeiten

a) Botschaft

- 17 Der vom Bundesrat vorgelegte Gesetzesentwurf enthielt Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich u.a. für «Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben»¹⁵. Als Begründung nannte der Bundesrat, dass Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, «wegen ihrer besonderen Stellung im Betrieb» keines öffentlich-rechtlichen Schutzes bedürfen¹⁶. Aus «ähnlichen Überlegungen» seien auch die Personen ausgenommen, die eine wissenschaftliche Tätigkeit im Betrieb ausüben¹⁷. Ausserdem führte der Bundesrat an, dass diese Bestimmung in der Vernehmlassung zu einem früheren Entwurf unangefochten geblieben sei¹⁸, und sie auf bereits geltenden Bestimmungen beruhe¹⁹.
- 18 Worin die besondere Stellung im Betrieb bei wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden besteht, erläuterte der Bundesrat nicht näher. Er zeigte dem Parlament nicht auf, welche Konsequenzen diese Ausnahme für die betroffenen

15 Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (BB1 1960 II 909), S. 1033.

16 Botschaft Arbeitsgesetz 1960 (Fn. 15), S. 947.

17 Botschaft Arbeitsgesetz 1960 (Fn. 15), S. 948.

18 Botschaft Arbeitsgesetz 1960 (Fn. 15), S. 947.

19 Dazu hinten Rz. 20 ff.

Arbeitnehmenden hat²⁰. Er setzte sich auch nicht mit der Verfassungsmässigkeit dieser Bestimmung auseinander.

b) Parlamentsdebatte

Angesichts der knappen und oberflächlichen Ausführungen in der Botschaft erstaunt es nicht, dass die Ausnahme für wissenschaftlich tätige Arbeitnehmende in den parlamentarischen Beratungen nicht zur Sprache gekommen ist. Einzig in der Eintretensdebatte monierte ein Nationalrat: «Unter den zahlreichen Ausnahmen gibt es Bestimmungen, die nicht befriedigen, beispielsweise jene, dass Arbeitnehmer in einer höheren leitenden Stellung oder künstlerisch selbständig Tätige nicht unter diese Bestimmung fallen»²¹. Auch bei ihm blieben also die wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden unerwähnt. In der Folge stimmte das Parlament dem Entwurf des Bundesrates bzw. den Anträgen der vorberatenden Kommissionen diskussionslos zu²².

2. Vorläufer des Arbeitsgesetzes

Das Ausbleiben einer vertieften Auseinandersetzung mit Sinn und Zweck der Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich des ArG mag damit zusammenhängen, dass die Vorläufer des Arbeitsgesetzes verwandte Bestimmungen kannten²³. Dies trifft jedoch nur für die *leitenden* Angestellten zu; sie waren vom persönlichen Geltungsbereich des Fabrikgesetzes²⁴ und des Bundesgesetzes über die wöchentliche Ruhezeit explizit ausgenommen²⁵, nicht aber *wissenschaftlich* tätige Arbeitnehmende²⁶. Sowohl das Fabrikgesetz als auch das Ruhezeitgesetz wurden mit Erlass des Arbeitsgesetzes anfangs 1966 aufgehoben²⁷.

Das Ruhezeitgesetz nahm «die Anstalten, die der Kunst, der Wissenschaft, der Erziehung oder dem Unterricht dienen», vom betrieblichen Geltungsbereich aus und dadurch war auf alle in diesen Anstalten Beschäftigten das Gesetz nicht anwendbar²⁸. Beim 1931 verabschiedeten Ruhezeitgesetz war der Sinn dieser Abgrenzung

20 Dazu vorne Rz. 7.

21 Votum zum Eintreten Philipp Schmid, AB 1962 N 127 f.

22 Antrag der Kommission, AB 1962 N 146 und Abstimmung, AB 1963 S 28.

23 Botschaft Arbeitsgesetz 1960 (Fn. 15), S. 947.

24 Art. 3 Abs. 1 lit. d Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 3. Oktober 1919: «Personen, denen der Fabrikhaber eine höhere leitende Stellung in der Betriebsführung oder eine auswärtige Vertretung übertragen hat.»

25 Art. 2 Abs. 2 lit. c Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit (Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. September 1931): «Personen, denen eine höhere Vertrauensstellung im Betrieb oder eine auswärtige Vertretung des Betriebes übertragen ist.»

26 Ausdrücklich KARL WEGMANN, Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes, in: Naegeli (Hrsg.) Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966, S. 78.

27 Art. 72 Abs. 1 lit. b und d ArG.

28 Art. 1 Abs. 2 Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit vom 26. September 1931.

klarzustellen, dass diese aufgezählten Betriebe nicht als «Gewerbe» gelten und auszunehmen sind, weil damals nur für das Gewerbewesen eine Gesetzgebungskompetenz bestand²⁹.

- 22 Aufgrund dieses Befundes muss weiter untersucht werden, wer aus welchen Gründen der Ansicht war, dass wissenschaftlich tätige Arbeitnehmende nicht des arbeitsgesetzlichen Schutzes bedürfen. Dafür ist ein vertiefter Blick in die wechselvolle Entstehungsgeschichte des ArG nötig.

3. Verschiedene Vorentwürfe des Arbeitsgesetzes

a) Grundlagen

- 23 Seit 1877 galten für die Arbeitnehmenden in den Fabriken³⁰ Arbeitsschutzbestimmungen aufgrund des Fabrikgesetzes³¹, aber der Arbeitsschutz für die übrigen Arbeitnehmenden liess noch lange auf sich warten. Die ersten Ansätze für ein Arbeitsgesetz reichen bis an den Anfang des 20. Jahrhunderts zurück³².

- 24 Mit der Volksabstimmung von 1908 erhielt der Bund die Kompetenz, «auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen»³³, aber erst 1947 kam die Befugnis dazu, Bestimmungen über den Schutz aller Arbeitnehmenden in der Schweiz zu erlassen³⁴. Aus diesem Grund bezogen sich die ersten Gesetzesentwürfe nur auf die Arbeit in den gewerblichen Betrieben, auf die das Fabrikgesetz nicht anwendbar war. Erst die Gesetzgebungsarbeiten nach 1947 konnten auf einen allgemeinen Arbeitsschutz hinwirken.

- 25 Die zahlreichen Materialien zum ArG, die vielen Gesetzesentwürfe, Vernehmlassungsergebnisse, Kommissionsberichte und Eingaben, welche einen Zeitraum von rund 60 Jahren abdecken³⁵, geben leider wenig Preis zur Frage, wer aus welchen Gründen einen Schutzbedarf für wissenschaftlich tätige Arbeitnehmende verneinte.

b) Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich

- 26 Bestimmungen, welche die wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden betreffen, tauchten in den Vorarbeiten

²⁹ S. dazu Rz. 24.

³⁰ Davon ausgenommen war u.a. das «Personal kaufmännischer und technischer Bureaux» gem. Art. 3 Verordnung über den Vollzug des Bundesgesetzes betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 3. Oktober 1919.

³¹ Bundesgesetz betreffend die Arbeit in Fabriken vom 23. März 1877, (BBl 1877 II 483), S. 483 ff.

³² Botschaft Arbeitsgesetz 1960 (Fn. 15), S. 917 ff.

³³ Art. 34^{ter} aBV, angenommen in der Volksabstimmung vom 5. Juli 1908.

³⁴ In der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 wurde Art. 34^{ter} aBV mit folgender Fassung angenommen: «Der Bund ist befugt, Vorschriften aufzustellen: a) über den Schutz der Arbeitnehmer; ...».

³⁵ Die erwähnten Dokumente finden sich im Bundesarchiv unter der Signatur E7170B#111.01.

zum Arbeitsgesetz erstmals auf im «Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in den Gewerben, vom 16. November 1934, überreicht von der Nationalen Aktion für die wirtschaftliche Verteidigung». Die Nationale Aktionsgemeinschaft für wirtschaftliche Verteidigung (NAG) war ein Zusammenschluss von Arbeitnehmerorganisationen ausserhalb des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB). Sie wurde 1932 aufgrund einer Initiative der Vereinigung schweizerischer Angestelltenverbände (VSA) gegründet, welche später im Gewerkschaftsdachverband Travail Suisse aufging³⁶. In ihrem Gesetzes-Entwurf sah die NAG in Art. 3 lit. e vor, dass öffentliche und gemeinnützige Anstalten, die der Wissenschaft und dem Unterricht dienen, diesem Gesetz nicht unterstehen.

Diese Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich ist 27 wahrscheinlich vom erst drei Jahre zuvor erlassenen Ruhezeitgesetz inspiriert³⁷. Es erstaunt aber dennoch, dass eine Angestelltenvereinigung diese Ausnahme nun für alle drei Schutzbereiche des Arbeitsgesetzes postulierte, also über die Arbeitszeitbestimmungen hinaus auch für Gesundheits- und Mutterschutz. Eine nähere Begründung für diesen Vorschlag lässt sich den Materialien nicht entnehmen.

Die Ausnahme für Betriebe, die der Wissenschaft und dem Unterricht dienen, finden sich in den weiteren Entwürfen wie dem Entwurf Pfister von 1935³⁸ und im Gegenentwurf des SGB von 1935³⁹. In der Vernehmlassung gab es dazu keine Stellungnahmen, einzig die Angestelltenverbände fanden nun doch, dass «Erziehungsinstitute» unter das Gesetz fallen sollten⁴⁰.

c) Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich

Eine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich findet 29 sich erstmals im Entwurf Germann/Hug von 1948⁴¹. Laut diesem Entwurf der beiden Rechtsprofessoren⁴² sollten in den Betrieben, die dem ArG unterstehen, ausgenommen sein: ... «b) Arbeitnehmer, denen eine höhere leitende Tätigkeit im Betrieb oder eine vorwiegend wissenschaftliche oder künstlerische Tätigkeit übertragen ist» (Art. 3).

³⁶ Wikipedia, Nationale Aktionsgemeinschaft für wirtschaftliche Verteidigung.

³⁷ Vorne Rz. 20 f.

³⁸ Art. 1 Abs. 2 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben (Arbeitsgesetz), im Auftrage des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements ausgearbeitet und diesem Ende März 1935 eingereicht, Direktor H. Pfister, Bern.

³⁹ Art. 2 Abs. 1 Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Arbeit im Handel und in den Gewerben, Dem eidgen. Volkswirtschaftsdepartement eingereicht vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund, Oktober 1935.

⁴⁰ BIGA, Zusammenfassung der Stellungnahmen von Behörden, Verbänden und weiteren Interessenten zum Vorentwurf (Pfister von März 1935), Stand Ende April 1936, S. 15.

⁴¹ Entwurf Germann/Hug für ein Bundesgesetz über den Arbeitsschutz in Industrie und Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen (Arbeitsschutzgesetz), März 1948.

⁴² Oscar Adolf Germann (1889-1979) und Walther Hug (1898-1980).

Im erläuternden Bericht schreiben die Gesetzesautoren, dass für den Fall, dass «freie Berufe» dem Gesetz unterstellt werden, «für gewisse qualifizierte Mitarbeiter Ausnahmen vorgesehen werden» müssen⁴³. Es ist aber unklar, ob sie damit Mitarbeitende mit vorwiegend wissenschaftlicher Tätigkeit meinten und aus welchen Gründen «gewisse qualifizierten Mitarbeiter» vom Schutzbereich des Gesetzes ausgenommen werden müssen.

- 30 Die Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich wurde in die späteren Gesetzesentwürfe übernommen. Der bereinigte Entwurf von 1949 enthält sodann den heute noch geltenden Wortlaut: «Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit im Betrieb ausüben oder denen eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit im Betrieb übertragen ist»⁴⁴. Es genügte also nicht mehr eine «vorwiegend» wissenschaftliche Tätigkeit, um vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen zu werden.
- 31 Diese Ausnahmebestimmung blieb bei weiteren Gesetzesentwürfen unverändert. Weder in der Vernehmlassung noch in den vorberatenden Kommissionen kam sie je zur Sprache⁴⁵. Die Materialien lassen also im Dunkeln, was die Rechtfertigung oder der konkrete Bedarf für den Ausschluss von wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden vom Arbeitsschutz waren. Dies erschwert die Auslegung der heute noch geltenden Ausnahmebestimmung.

IV. Auslegung der Ausnahmebestimmung

- 32 Die Materialien zum Arbeitsgesetz geben weder für eine historische noch eine historisch-teleologische Auslegung etwas her. Die Auslegung der Ausnahmebestimmung für «Arbeitnehmer, die ... eine wissenschaftliche ... Tätigkeit ausüben» (Art. 3 lit. d ArG) muss sich daher auf andere Quellen stützen.

1. Verordnung

- 33 Die erste Verordnung zum ArG von 1966 enthielt noch keine Ausführungsbestimmungen zum Begriff der wissenschaftlichen Tätigkeit⁴⁶. Laut Art. 10 der heutigen Verordnung (ArGV1) liegt eine wissenschaftliche Tätigkeit in Forschung und Lehre vor, wenn Arbeitnehmende in Bezug auf die Zielsetzung der Arbeit, deren Ausführung

43 Entwurf Germann/Hug zu einem Bundesgesetz über den Arbeitsschutz (Arbeitsschutzgesetz), Erläuternder Bericht, Februar 1948, S. 9.

44 Art. 3 Abs. 2 lit. c Bereinigter Entwurf Germann/Hug ausgestellt auf Grund der Beratungen der kleinen Expertenkommission, Oktober 1949.

45 BIGA, Zusammenfassung der Meinungsäusserungen zum Entwurf vom Dezember 1950, September 1953, S. 43.

46 Verordnung I vom 14. Januar 1966 zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), AS 1966 IV 57, S. 86 ff.

und Einteilung eine grosse Freiheit zukommt (Abs. 1). Forschung umfasst neben der Grundlagenforschung auch die angewandte Forschung, nicht aber deren Umsetzung in die Praxis wie die Entwicklung und die Produktion (Abs. 2). Und auf das technische und das administrative Personal in der Forschung sind die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Gesetzes und seiner Verordnungen anwendbar (Abs. 3).

Indem die Verordnung Forschung *und* Lehre zu wissenschaftlicher Tätigkeit zählt, wird die Ausnahmebestimmung ausgeweitet, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage besteht⁴⁷. Unklar ist, ob Arbeitnehmende, die nur in der Lehre tätig sind, ohne eigene Forschung zu betreiben, auch unter die Ausnahme fallen.

Die Verordnung grenzt zwar die Tätigkeit in der Grundlagen- und angewandten Forschung von jener in der Produktion ab, umschiffet aber die schwierige Frage, was unter *wissenschaftlicher* Tätigkeit zu verstehen ist. Sie führt vielmehr als weiteres auslegungsbedürftiges Kriterium eine «grosse Freiheit» in Zielsetzung, Ausführung und Einteilung der Arbeit ein. Dies ist angesichts des Gesetzeswortlautes erstaunlich, denn Art. 3 lit. d ArG verlangt nur bei der künstlerischen Tätigkeit, dass diese «selbständig» ausgeführt wird, nicht aber bei der wissenschaftlichen Tätigkeit. Weshalb eine grosse Freiheit bei der Ausgestaltung von wissenschaftlicher Tätigkeit den Schutzbedarf in Bezug auf Begrenzung der Arbeitszeiten, Einhaltung von Ruhezeiten und Mutterschaftsschutz obsolet machen soll, ist nur schwer nachzuvollziehen. Ausserdem gibt es ausserhalb der Forschung viele Arbeitnehmende mit grossen Entscheidungs- und Handlungsspielräumen, ohne dass solche Arbeitsbedingungen zum Verlust des arbeitsgesetzlichen Schutzes führen.

2. Wegleitung

Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat aufgrund von Art. 42 ArG Wegleitungen zum Arbeitsgesetz und seinen Verordnungen erlassen, um bundesweit einen einheitlichen Vollzug zu gewährleisten.

Die Wegleitung betont, dass die Ausnahmebestimmungen «eher restriktiv zu handhaben» sind⁴⁸ und setzt dies gleich um, indem nur Personen unter die Ausnahme fallen, die einer «ausschliesslich» wissenschaftlichen Tätigkeit nachgehen. Andererseits will sie den Anwendungsbereich über die Verordnung hinaus verstanden wissen, indem wissenschaftliche Tätigkeit in den Bereichen der Forschung *oder* der Lehre dazu zählen.

47 So auch HK ArG-GEISER, Art. 3 N 25.

48 SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, S. 110 – 1 (Allgemeines); so auch HANS PETER TSCHUDI, Schweizerisches Arbeitsschutzrecht, Bern 1985, S. 29.

38 Interessanterweise macht die Begleitung keine Ausführungen zur «grossen Freiheit», welche laut Verordnung wissenschaftliche Tätigkeit charakterisieren soll. Sie versucht vielmehr auf die Wirkung der Arbeitszeitvorschriften bezogen zu argumentieren: «Das entscheidende Kriterium ist, dass diese Tätigkeit hauptsächlich aus geistig intellektuellen Schritten besteht, die nur bei einer günstigen Disposition des Wissenschaftlers in Gang kommen und nur zu einem Abschluss führen, wenn sie ungestört und ohne von aussen aufgezwungene Unterbrechung oder Behinderung jeglicher Art ausgeführt werden kann. Eine solche Tätigkeit kann Literaturforschung und Laborversuche einschliessen, sofern sie vom Forscher selbst gemacht werden»⁴⁹. Wer demgegenüber «gemäss den Weisungen des Forschers» arbeitet, untersteht dem ArG⁵⁰.

39 Auch hier ist anzumerken, dass viele Arbeitstätigkeiten in der Dienstleistungsbranche aus geistig intellektuellen Schritten bestehen, die einer günstigen Disposition der Arbeitnehmenden bedürfen und durch Unterbrechungen gestört werden können (z.B. Arbeitnehmende in Architektur- und Planungsbüros, in Anwaltskanzleien oder im Journalismus). Dennoch unterstehen solche Arbeitnehmende zu Recht allen drei Bereichen des Arbeitsgesetzes.

3. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

40 In der publizierten Verwaltungspraxis und in veröffentlichten Urteilen finden sich erstaunlich wenig Fälle, bei denen es um die Anwendung der Ausnahmebestimmung für wissenschaftlich Tätige ging⁵¹, während die «höhere leitende Tätigkeit» zu zahlreichen Entscheiden Anlass gab⁵².

41 Zwei Jahre nach Inkrafttreten des ArG erliess das Industrie- und Gewerbeinspektorat des Kantons Thurgau in einem nicht näher erläuterten Fall eine Verfügung, die wie folgt zusammengefasst wurde⁵³: «Als «wissenschaftlich» kann eine Tätigkeit im Sinne des ArG nur betrachtet werden, wenn sie ausschliesslich oder überwiegend im Dienste reiner Forschung und ausserhalb der Produktion erfolgt. Folglich gelten Tätigkeiten, die unmittelbar oder mittelbar mit der Produktion zusammenhängen ... nicht

als «wissenschaftlich», und zwar auch dann nicht, wenn wissenschaftliche Arbeitsmethoden angewendet werden. Ob es sich bei der wissenschaftlichen Tätigkeit um rein geistige oder geistig-manuelle Arbeit handelt, ist bedeutungslos»⁵⁴.

Es sind keine Urteile des Bundesgerichts publiziert, die sich mit der Auslegung von Art. 3 lit. d ArG in Bezug auf wissenschaftlich Tätige befassen. Bei den kantonalen Urteilen⁵⁵ fällt einzig ein neueres Urteil aus dem Kanton Genf auf⁵⁶. Eine Biologin, die in einem Startup im Biotechnologiebereich u.a. Experimente mit Robotern auszuführen hatte, machte u.a. die Bezahlung von Überzeit aufgrund von Art. 13 ArG geltend. Das Gericht konnte die Frage jedoch offenlassen, ob ihre Tätigkeit als «wissenschaftlich» zu qualifizieren ist, weil der Umfang der Mehrarbeit nicht genügend bewiesen war.

4. Lehre

Wenn so gut wie keine Anwendungsfälle bekannt sind, muss sich die Auslegung auf die juristische Lehre stützen. Was unter «*wissenschaftlicher Tätigkeit*» im Sinne von Art. 3 lit. d ArG zu verstehen ist, wird in den wenigen einschlägigen Publikationen folgendermassen umschrieben⁵⁷:

- Wissenschaftliche Tätigkeit erfolgt ausschliesslich oder überwiegend im Dienste «reiner Forschung» und ausserhalb der Produktion⁵⁸.
- Sie ist der Forschung und Erfindung gewidmet⁵⁹.
- Forschung ist nicht nur zweckfreie Forschung (Grundlagenforschung), sondern auch angewandte Forschung (z.B. die Arbeit in den Forschungsinstituten der Industrie)⁶⁰.
- Es geht darum, mit wissenschaftlichen Methoden neue Erkenntnis zu gewinnen oder Bekanntes zu erhärten⁶¹.
- Sie lässt «dem Wissenschaftler eine grosse Freiheit und viel Initiative bei der Einteilung der Arbeit»⁶².

49 SECO, Begleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, S. 110 – 1 (zu Abs. 2).

50 SECO, Begleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, S. 110 – 1 (zu Abs. 3).

51 Eine telefonische Anfrage beim Arbeitsinspektorat Basel-Stadt vom 29. März 2023 ergab, dass dort keine Fälle betr. «wissenschaftlicher Tätigkeit» aus den letzten Jahren vorliegen, obwohl es an den Hochschulen und in der forschungsintensiven Industrie in diesem Kanton entsprechende Arbeitsplätze in grosser Zahl gibt.

52 Z.B. BGE 126 III 337; BGE 144 III 327; Urteil des Bundesgerichts 4A_30/2021 vom 16. Juli 2021 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_258/2010 vom 23. August 2010 E. 2f.

53 Verfügung vom 7. Oktober 1968, publiziert in ARV 1969, N 21, S. 55.

54 Erwähnt bei WALTER F. BIGLER, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 3. Aufl., Bern 1986, Art. 3 lit. d ArG, S. 33 (zit. BIGLER, Komm. ArG); WALTER HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, Art. 3 lit. d ArG N 15 (zit. HUG, Komm. ArG); ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ, Orell Füssli Kommentar, Kommentar ArG, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 3 ArG N 12 (zit. MÜLLER/MADUZ, OFK ArG).

55 Die Suche umfasste die Urteile auf www.entscheidsuche.ch und Swisslex.

56 Urteil der Arbeitskammer des Zivilgerichts des Kantons Genf C/6982/2019 vom 13. Juni 2022.

57 Z.T. sind diese Umschreibungen in die Verordnung oder in die Begleitung eingeflossen.

58 BIGLER, Komm. ArG, Art. 3 lit. d, S. 33; HUG, Komm. ArG, Art. 3 lit. d N 15.

59 HUG, Komm. ArG, Art. 3 lit. d N 15.

60 MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 3 N 12.

61 HK ArG-GEISER, Art. 3 N 23.

62 HUG, Komm. ArG, Art. 3 lit. d N 15; auch TSCHUDI (Fn. 48), S. 29.

- Es ist bedeutungslos, ob es sich um rein geistige oder geistig-manuelle Arbeit handelt⁶³.
- Nicht jegliche Tätigkeit, die eine wissenschaftliche Ausbildung voraussetzt oder wissenschaftliche Methoden anwendet, zählt dazu⁶⁴.
- Auch nicht jede Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse in die Praxis (z.B. die Tätigkeit als Laborchemiker einer Färberei, als Rechtskonsultent eines Unternehmens)⁶⁵.

44 Kontrovers wird erläutert, ob das *Unterrichten* zur wissenschaftlichen Tätigkeit zu zählen ist und zur Ausnahme vom Geltungsbereich des ArG führt. Einzelne Autoren bejahen dies mit Verweis auf die Verordnung⁶⁶. GEISER beanstandet als einziger, dass für die Ausdehnung auf die Lehre keine gesetzliche Grundlage bestehe⁶⁷. Er plädiert dafür, dass die Lehrtätigkeit nur als wissenschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG gelten kann, wenn es dabei um die Verbreitung der eigenen wissenschaftlichen Erkenntnis geht; nur insoweit bestehe ein genügender Zusammenhang mit der Forschung⁶⁸. Hier muss man sich jedoch fragen, wer sich im Unterricht auf die Weitergabe eigener wissenschaftlicher Erkenntnisse beschränken kann, denn in Lehrgängen ist zum grössten Teil Fachwissen zu vermitteln, das aus mehreren Quellen stammt.

45 Unsicherheit besteht bei *Forschungsassistierenden*, weil sie in der Regel nicht die geforderte Freiheit bei der Zielsetzung der Arbeit, deren Ausführung und Einteilung haben (ausser bei ihrer eigenen Forschung)⁶⁹. Daher sind sie eher nicht vom Geltungsbereich des ArG gem. Art. 3 lit. d ArG ausgenommen.

46 Implizit gehen die Autoren davon aus, dass nur Personen, die einer *ausschliesslich* wissenschaftlichen Forschungs- oder Lehrtätigkeit nachgehen, unter die Ausnahme fallen, wie dies das SECO in der Wegleitung explizit formuliert hat⁷⁰. Einzig STAEHELIN weist deutlich darauf hin, dass die für die Behandlung der Patienten zuständigen Ärzte eines Spitals dem ArG unterstehen, auch wenn sie im gleichen Arbeitsverhältnis daneben noch als Dozenten an

63 BIGLER, Komm. ArG, Art. 3 lit. d, S. 33.

64 HK ArG-GEISER, Art. 3 N23; HUG, Komm. ArG, Art. 3 lit. d N15; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 3 N12; TSCHUDI (Fn. 48), S. 29.

65 MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 3 N12; so auch HK ArG-GEISER, Art. 3 N24.

66 MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 3 N12; ADRIAN STAEHELIN, Zur Anwendung des Arbeitsgesetzes auf öffentlichrechtliche Betriebe, namentlich auf öffentliche Spitäler, ARV 2002, S. 8.

67 S. vorne Fn. 48.

68 HK ArG-GEISER, Art. 3 N25. Lehrer können aber unter die Ausnahme nach Art. 3 lit. e ArG fallen.

69 HK ArG-GEISER, Art. 3 N24; MÜLLER/MADUZ, OFK ArG, Art. 3 N13.

70 S. vorne Rz. 37.

einer Universität wirken und auch sonst wissenschaftlich tätig sind⁷¹.

Wer eine *Begründung* für die Ausnahme der wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden anführt, beruft sich auf die Botschaft zum ArG, wonach diese Arbeitnehmenden «wegen ihrer besonderen Stellung im Betrieb keines öffentlich-rechtlichen Schutzes bedürfen»⁷² oder führt deren Qualifikation (ohne nähere Begründung) an⁷³.

V. Kritik und Folgerungen

1. Geringerer Umfang des Arbeitsschutzes

Die Arbeitgebenden von wissenschaftlich tätigen Arbeitnehmenden müssen nach heutiger Rechtslage Massnahmen zum Schutz der physischen und psychischen *Gesundheit* und der persönlichen Integrität treffen (Art. 3a ArG i.V.m. Art. 6 ArG).

Die Ausnahme in Art. 3 lit. d ArG betrifft heute die übrigen Bereiche des ArG, nämlich die *Arbeits- und Ruhezeiten* und wichtige Rechte bei *Mutterschaft* und den arbeitsgesetzlichen *Familienschutz*⁷⁴. Es fragt sich, ob ein derart geringerer Schutz im Vergleich zu den übrigen Arbeitnehmenden sachlich gerechtfertigt ist. Was soll das alles mit einer wissenschaftlichen Tätigkeit zu tun haben?

Die Arbeitsbedingungen sind bei den meisten wissenschaftlichen Tätigkeiten und bei sonstigen intellektuellen Tätigkeiten nicht so unterschiedlich ausgestaltet, dass die ungleiche Behandlung den verfassungsmässigen Anforderungen an die *Rechtsgleichheit* genügt.

2. Fehlende sachliche Gründe

Weder die Materialien noch die übrigen Rechtsquellen liefern eine überzeugende Rechtfertigung für die Ausnahme der Arbeitnehmenden mit wissenschaftlicher Tätigkeit. Bei einer Ausnahmebestimmung möchte man doch meinen, dass es dafür triftige Gründe braucht. Die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) gebietet, dass eine Rechtsnorm rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger und sachlicher Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist⁷⁵. Es müsste demnach Argumente geben, weshalb die für Arbeitnehmende allgemein geltenden Regeln bei der Gruppe der Arbeitnehmenden

71 STAEHELIN (Fn. 66), S. 8.

72 BIGLER, Komm. ArG, Art. 3 lit. d, S. 32; WEGMANN (Fn. 26), S. 78.

73 TSCHUDI (Fn. 48), S. 29.

74 Vorne Rz. 12 ff.

75 RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Egli/Hettich/Hongler/Schindler/Schmid/Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 8 BV N38 m.w.H.

mit wissenschaftlicher Tätigkeit nicht umsetzbar sind, zu unerwünschten Ergebnissen führen oder keinem Bedarf entsprechen. Solche Argumente können aber nicht gesehen werden. Der Verweis auf «qualifizierte Mitarbeiter»⁷⁶ und eine angeblich «besondere Stellung»⁷⁷ scheint jedoch eher einem (heute überholten) Elitedenken zu entspringen und hat mit den tatsächlichen Arbeitsbedingungen nichts zu tun.

52 Die heutigen Arbeitsbedingungen von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern deuten im Gegenteil eher auf einen *erhöhten Schutzbedarf* hin, jedenfalls nicht auf einen geringeren⁷⁸. Ihre Arbeitsstellen sind häufig befristet, was zu einer generellen Belastung und zu verstärkter Abhängigkeit führt. Mit solchen Stellen ist meistens der Erfolg einer wissenschaftlichen Karriere verknüpft, was einer übermässigen zeitlichen Belastung Vorschub leistet. Denn gerade Arbeitnehmende mit hoher intrinsischer Motivation erleben sog. interessierte Selbstgefährdung⁷⁹. Auch sie brauchen Pausen und arbeitsfreie Zeit, um gesund und sozial integriert zu bleiben. Und Forscherinnen, die Mütter werden, sind heute immer noch in einer vulnerablen Position, sei es wegen der Befristung ihrer Stellen oder wegen des wenig familienfreundlichen Arbeitsumfelds⁸⁰. Es lässt sich also nicht begründen, weshalb der übliche arbeitsgesetzliche Schutz für sie entbehrlich sein soll.

53 Gleich alle wissenschaftlich Tätigen auszunehmen, wie dies heute der Fall ist, kann weder als nötig noch als sachlich begründbar gelten. Es mag sein, dass es an einzelnen Forschungsarbeitsplätzen nicht möglich ist, die Pausen einzuhalten, dass Forschende auch nachts oder an Sonntagen präsent sein müssen, ansonsten ein konkretes Projekt nicht realisiert werden kann. Es würde genügen, für *diese* Fälle die Anwendung *einzelner* Bestimmungen des ArG auszunehmen.

54 Für gewisse Forschungstätigkeiten könnten einzelne Bestimmungen des ArG ausgenommen werden (gem. Art. 27 ArG in ArGV²⁸¹). Vorbild dafür könnte die Arbeitszeit-Richtlinie der EU sein⁸². Mitgliedsstaaten dürfen nämlich Abweichungen von den Bestimmungen über tägliche

76 Vorne Rz. 29.

77 Vorne Rz. 17.

78 S. vorne Fn. 5.

79 Ausführlich dazu: ANDREAS KRAUSE / COSIMA DORSEMAGEN / JÖRG STADLINGER / SOPHIE BAERISWYL, Indirekte Steuerung und interessierte Selbstgefährdung: Ergebnisse aus Befragungen und Fallstudien, in: Badura/Ducki/Schröder/Klose/Meyer/Achilles (Hrsg.): Fehlzeiten-Report 2012, Berlin 2012, S. 191 ff.

80 HILDBRAND (Fn. 5), S. 25.

81 Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen) (ArGV2; SR 822.112).

82 EG-Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

Ruhezeit, Ruhepausen, wöchentliche Ruhezeit, Dauer der Nacharbeit und Bezugszeiträume erlassen bei «Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion gewährleistet sein muss», und zwar (u.a.) «bei Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten»⁸³. Indem der konkrete Bedarf (Kontinuität) für die Ausnahme massgebend ist, könnte man mit einer analogen Bestimmung im schweizerischen Recht sachgerechter legiferieren und die schwierigen Auslegungsprobleme einer wissenschaftlichen Tätigkeit vermeiden.

3. Schwierige Auslegung

Es bestehen aufgrund der untersuchten Quellen grosse Unsicherheiten über die Auslegung der Ausnahmebestimmung für wissenschaftlich tätige Arbeitnehmende gem. Art. 3 lit. d ArG. Angesichts der heutigen Arbeitsbedingungen lassen sich kaum Arbeitsplätze ermitteln, an denen eine *ausschliessliche* wissenschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird⁸⁴. Auch wissenschaftlich Tätige müssen nämlich regelmässig einen beträchtlichen administrativen Aufwand bewältigen oder haben Personalführungsaufgaben.

Arbeitnehmende mit Forschungsaufgaben sind heute kaum mehr Einzelkämpfer im eigenen Labor oder im «stillen Kämmerlein»; sie sind vielmehr meist Teil einer Forschungsgruppe und an unternehmensinterne Vorgaben oder an Rahmenbedingungen von Förderinstitutionen gebunden. Es ist daher nicht nur bei den Assistierenden, sondern auch bei den Verantwortlichen für Forschungsprojekte fraglich, ob sie über die geforderte *Freiheit* verfügen, welche die wissenschaftliche Tätigkeit charakterisieren soll⁸⁵.

4. Seltene Anwendung

Dass so wenig Praxis zu den Ausnahmen für Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit publiziert ist, deutet darauf hin, dass es keine Konflikte bei der Umsetzung gibt. Dies kann einmal daran liegen, dass die Ausnahme von den Arbeitgebenden nicht beansprucht wird. Es macht z.B. für einen Betrieb wenig Sinn, die «wissenschaftlich Tätigen» vom Antrag auszunehmen, wenn er für die Hilfskräfte in Forschungsprojekten eine Nacht- und Sonntagsarbeitsbewilligungen einholen muss. Auch die Arbeitszeiterfassung scheint nicht zu Streitfällen Anlass zu geben (aus welchen Gründen auch immer).

Die geringe Zahl von Fällen kann aber auch darauf zurückzuführen sein, dass die Arbeitsinspektorate die Bestimmung (entgegen der Wegleitung) grosszügig anwenden,

83 Art. 17 Abs. 3 lit. c EG-Richtlinie 2003/88/EG (Fn. 82).

84 Vorne Rz. 41 und 46.

85 Vorne Rz. 33 und 35.

oder dass sie die entsprechenden Betriebe schon gar nicht kontrollieren⁸⁶.

5. Streichung der Ausnahmebestimmung

59 Zusammenfassend ergibt sich: Die geltende Ausnahmebestimmung wird auf Arbeitnehmende mit wissenschaftlicher Tätigkeit offenbar kaum angewandt. Es ergäben sich auch unabsehbare Auslegungs- und Abgrenzungsprobleme. Die Begründung für diese Ausnahme ist sowohl in den Materialien wie in der Literatur dürftig. Sie ist auch sachlich nicht gerechtfertigt und widerspricht

86 Betr. ArG-Vollzug s. etwa RAFAEL WEISSBRODT / BOZICA KRSMANOVIC / STÉPHANIE HANNART, Transformation numérique, évolution des risques et efficacité des normes de protection de la santé au travail, in: Dagron/Dupont/Lempen (Hrsg.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genf 2021, S. 161 ff.; HEINZ HELLER, Die Arbeitszeiterfassung per 1.1.2016 – Betrachtungen aus Sicht der Anwaltschaft, in: Anwaltsrevue 2015, S. 473. Ausserdem Interpellation Maillard vom 2. Dezember 2020, 20.4398, «Ungenügender Personalbestand bei den kantonalen Arbeitsinspektoraten...».

einer rechtsgleichen Behandlung. Die negativen Auswirkungen für die Betroffenen⁸⁷ wurden offenbar nie wirklich bedacht; sie lassen sich jedenfalls allein wegen einer wissenschaftlichen Tätigkeit nicht rechtfertigen.

Eine Streichung der generellen Ausnahme von Arbeitnehmenden mit wissenschaftlicher Tätigkeit in Art. 3 lit. d ArG drängt sich auf. Durch Verordnung könnten einzelne Bestimmungen des ArG ausgenommen werden, wenn dies nötig ist, um spezifische Forschungsprojekte realisieren zu können.

Auch wenn aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Inkohärenz und die Defizite der heutigen Regelung offensichtlich sind, ist ohne Manifestation politischer Interessen keine Änderung zu erwarten⁸⁸.

87 Vorne Rz. 12 ff.

88 So auch THOMAS GEISER, Arbeitsgesetz, in: Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht Zürich, 2018, N 16.18.

Résumé

Il y a près de soixante ans, le législateur décidait d'exclure les travailleurs scientifiques du champ d'application de la loi fédérale sur le travail. Aujourd'hui, les carrières scientifiques sont souvent liées à des conditions de travail précaires. La question se pose de savoir s'il était, et s'il est toujours, justifié d'exclure de manière générale ce type de travailleurs du champ de protection de la loi. Pour y répondre, l'article examine l'historicité de la loi sur le travail et analyse la situation d'un point de vue actuel.

#unbequem

La série « #unbequem » a pour but de poursuivre l'engagement de Daniel Hürlimann en faveur d'une société dans laquelle le savoir est accessible à tous. Contrairement aux articles habituellement publiés chez sui generis, les textes de cette série ne se limitent pas aux questions juridiques et ne sont pas soumis à la procédure d'évaluation par les pairs en double aveugle. Ils sont examinés et commentés par la rédaction dans le cadre d'une procédure ouverte. Pour plus d'informations, veuillez consulter la préface de cette série.