

Besondere Fürsorgepflicht

Oft werden Personen unter 18 Jahren als Mitarbeiter angestellt. In diesem Fall sind aber durch einen Arbeitgeber erhöhte Fürsorge- und weitere Schutzpflichten zu beachten.

■ Von Nicolas Facincani und Juliane Jendis



Künstlerische Darbietungen sind vom allgemeinen Beschäftigungsverbot für Jugendliche unter 15 Jahren ausgenommen.

Einleitung

Neben der Hauptleistungspflicht, der Lohnzahlung, besteht eine wichtige Nebenpflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) darin, «die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen». Der Grad der Fürsorgepflicht hat sich dabei – dies drückt der Zusatz «gebührend» aus – nach der Konstitution der jeweiligen Arbeitnehmenden zu richten: Einer schwangeren Arbeitnehmerin etwa gebührt grössere Fürsorge als ihrer Kollegin, welche nicht in Erwartung ist.

Auch in Bezug auf jugendliche Arbeitnehmende trifft den Arbeitgeber eine erhöhte Fürsorgepflicht. Denn Jugendliche sind im Berufsalltag noch unerfahren, sie verfügen noch nicht über ein ausgeprägtes Gespür für Gefahren und sind physisch nicht gleich leistungsfähig wie ihre erwachsenen Mitarbeitenden. Ausserdem sind sie noch dabei, ihre eigene Persönlichkeit zu entwickeln und sich in der Welt und in ihrer Umwelt zurechtzufinden – sie sind deshalb besonders empfänglich für sowohl gute als auch schlechte Einflüsse. Die erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist somit gewissermassen der Gegenpol zur erhöh-

ten Schutzbedürftigkeit von jugendlichen Arbeitnehmenden.

Der Grundsatz der erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber Jugendlichen in der Arbeitswelt, der bereits gemäss Art. 328 Abs. 1 OR gilt, wird in einer Reihe von Sonderschutzvorschriften auf Gesetzes- und Verordnungsstufe konkretisiert. Diese Sonderschutzbestimmungen finden sich in Art. 29 bis Art. 32 des Arbeitsgesetzes (ArG) sowie in der Jugendarbeitsschutzverordnung, welche die Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (ArGV 5) bildet.

Geltungsbereich der Sonderschutzvorschriften

Die genannten Sonderschutzvorschriften kommen nur dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber in seinem Betrieb, der unter den Geltungsbereich des ArG fällt (a), jugendliche Arbeitnehmende beschäftigt (b und c).

a. Definition von «jugendlich»

Als jugendlich gelten Arbeitnehmende gemäss Art. 29 Abs. 1 ArG ab der Geburt bis zum 18. Lebensjahr, ohne dass dabei zwischen Kindern und Teenagern differenziert wird.

b. Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses

Sodann müssen Jugendliche als Arbeitnehmende beschäftigt werden – es muss mithin ein Arbeitsverhältnis vorliegen. Das entscheidende Abgrenzungskriterium liegt dabei im Subordinationsverhältnis: Arbeitnehmende müssen in einer fremden Arbeitsorganisation untergeordnet sein und für den Arbeitgeber Arbeitsleistung erbringen. In der Regel muss das Anstellungsverhältnis ein entgeltliches sein. Unentgeltliche Erwerbstätigkeiten wie Lehren, Praktika oder Volontariate fallen allerdings unter den Anwendungsbereich der Sonderschutzvorschriften, sofern sie zum Zweck der Ausbildung oder zur Berufswahlvorbereitung erfolgen (Art. 1 Abs. 2 ArGV 1). Umgekehrt heisst das, dass eine Anstellung, die weder der Ausbildung noch der Berufswahlvorbereitung dient, nur dann von den *leges speciales* erfasst wird, falls Jugendliche eine Gegenleistung in Form von Lohn oder Naturalien erhalten. Macht somit ein Kind – ohne irgendeine geldwerte Gegenleistung zu erhalten – bei einem Laientheater mit, so fällt diese Tätigkeit nicht unter den Geltungs-



bereich der Spezialbestimmungen. Würde dasselbe Kind aber für seinen Einsatz einen Lohn oder Gratiseintritte erhalten, so fielen die Anstellungen darunter.

c. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Damit aber das Arbeitsgesetz und die entsprechenden Verordnungen überhaupt Anwendung finden, müssen jugendliche Arbeitnehmende in einem Betrieb arbeiten, der vom Arbeitsgesetz – allenfalls auch nur teilweise – erfasst wird.

Teilweise anwendbar ist das ArG beispielsweise auf Jugendliche, die in der Bundesverwaltung die Lehre machen. Bei einem solchen Anstellungsverhältnis richten sich die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz nach dem Arbeitsgesetz (Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3a ArG); die Arbeits- und Ruhezeiten werden demgegenüber im Bundespersonalgesetz geregelt.

Neben der öffentlichen Verwaltung sind auch gewisse Wirtschaftssektoren vom betrieblichen Geltungsbereich des ArG ausgenommen (vgl. etwa Art. 2 Abs. 1 lit. d ArG). Grund dafür kann sein, dass sich die arbeitsrechtlichen Schranken zur Arbeitszeit in gewissen Sektoren als wenig zweckmässig erweisen. So ist etwa die sogenannte landwirtschaftliche Urproduktion vom Geltungsbereich des ArG ausgenommen. Eine Urproduktion liegt vor, wenn die Arbeitstätigkeit in Abhängigkeit mit dem Boden und der natürlichen Umwelt mit ihren Witterungseinflüssen vollzogen wird. Da die Arbeitszeit und der Arbeitsrhythmus im Bereich der Landwirtschaft von der Natur abhängen, erweisen sich die arbeitsrechtlichen Regelungen zur Arbeitszeit als zu eng. Hinsichtlich eines jugendlichen Arbeitnehmenden, der bei einem Winzer die Lehre absolviert, gelten deshalb die Schutzbestimmungen des ArG und seiner Verordnungen nicht (mit Ausnahme der Schutzbestimmungen zum Mindestalter, vgl. Art. 2 Abs. 4 ArG). Auf eine Arbeitnehmende aber, welche in der industriellen Tierzucht in einer Tierfabrik eine Lehre absolviert, sind demgegenüber die Sonderschutzvorschriften anwendbar, da sich diese Tätigkeit in einer künstlichen Umwelt abspielt und somit keine landwirtschaftliche Urproduktion darstellt.

Schutzbestimmungen

Die Sonderschutzvorschriften gemäss ArG und ArGV 5 regeln, ab welchem Alter und unter welchen Bedingungen jugendliche Arbeitnehmende angestellt werden dürfen. Es gilt dabei eine generelle Beschäftigungserlaubnis unter Vorbehalten für Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren (a). Für Jugendliche unter 15 Jahren gilt hingegen ein generelles Beschäftigungsverbot mit Ausnahmen (b). Zudem enthalten die Sonderschutzvorschriften für gewisse Arten von Arbeiten und bezüglich gewisser Arten von Betrieben allgemeine Beschäftigungsverbote von jugendlichen Arbeitnehmenden (c).

a. Generelle Beschäftigungserlaubnis unter Vorbehalten für Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren

Es ist generell erlaubt, Jugendliche, die bereits das 15. Altersjahr erreicht haben, anzustellen. Es bestehen aber gewisse zeitliche Einschränkungen. So bestehen absolute und relative Höchstarbeitszeiten. Die absolute tägliche Höchstarbeitszeit von jugendlichen Arbeitnehmenden beträgt 9 Stunden. Was die relative Schranke anbelangt, darf die tägliche Arbeitszeit von jugendlichen Arbeitnehmenden diejenige der anderen Arbeitnehmenden im selben Betrieb nicht überschreiten. Sind keine anderen Arbeitnehmenden im Betrieb beschäftigt, so richtet sich die relative Höchstarbeitszeit nach der ortsüblichen Arbeitszeit.

Sodann gilt, dass jugendliche Arbeitnehmende, die das 16. Altersjahr noch nicht erreicht haben, höchstens bis 20 Uhr arbeiten dürfen. Zwischen 16 und 18 Jahre alte Jugendliche dürfen höchstens bis 22 Uhr arbeiten.

Ab 16 Jahren ist es sodann möglich, Nacht- und Sonntagsarbeit zu absolvieren. Dies ist aber bewilligungspflichtig. Nacht- und Sonntagsarbeit für Jugendliche werden in der Regel nur dann bewilligt, wenn dies zum Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung notwendig ist.

b. Generelles Beschäftigungsverbot mit Ausnahmen für Jugendliche unter 15 Jahren

Eine Beschäftigung von Jugendlichen unter 15 Jahren ist grundsätzlich verboten.

i. Beschäftigungserlaubnis ab 13 Jahren für leichte Arbeiten

Trotz des generellen Beschäftigungsverbotes dürfen Jugendliche ab 13 Jahren meldefrei angestellt werden, wenn gewisse qualitative und quantitative Vorgaben eingehalten werden.

Hinsichtlich der Art der Arbeit gilt, dass es sich lediglich um «Botengänge» bzw. «leichte Arbeiten» handeln darf. Eine leichte Arbeit liegt dabei dann vor, wenn die Tätigkeit keinen negativen Einfluss auf die Gesundheit, die Sicherheit sowie die physische und psychische Entwicklung der Jugendlichen ausübt und wenn weder Schulbesuch noch Schulleistung darunter leiden. Bei der Prüfung der Frage, ob eine leichte Arbeit vorliegt, spielen auch die Arbeitszeit und die Häufigkeit der Arbeit eine Rolle. Unbedenklich ist beispielsweise der Fall, in welchem ein 14-jähriger Schüler, der schulisch keine Probleme hat und körperlich fit ist, ein Mal pro Woche nach der Schule einige Flugblätter im Quartier verteilt. Dieselbe Tätigkeit, die für den genannten 14-Jährigen eine leichte Arbeit darstellt, kann aber seinen Schulkameraden, der ohnehin schon Mühe in der Schule hat und oft übermüdet ist, überfordern. Es ist somit ein subjektiver Massstab anzuwenden.

Hinsichtlich der quantitativen Voraussetzung gilt, dass die leichte Tätigkeit während der Schulzeit einen Umfang von höchstens 3 Stunden pro Tag und maximal 9 Stunden pro Woche besitzen darf. Sodann darf der Schüler bzw. die Schülerin während der halben Dauer der Schulferien arbeiten, und zwar höchstens 8 Stunden pro Tag und maximal 40 Stunden pro Woche. Die Arbeitsleistung hat dabei zwischen 6 und 18 Uhr zu erfolgen, und es darf höchstens zwei Wochen am Stück gearbeitet werden. Die gleichen zeitlichen Einschränkungen gelten, wenn während den Ferien eine Schnupperlehre absolviert wird.

ii. Ausnahme von Tätigkeiten für kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie zu Werbezwecken

Eine weitere Ausnahme vom allgemeinen Beschäftigungsverbot von Jugendlichen unter 15 Jahren besteht für Tätigkeiten im Rahmen von kulturellen, künstlerischen und sportlichen Darbietungen sowie zu Werbezwecken. Mit dieser Ausnahme wird einem praktischen

Bedürfnis entsprochen. So besteht etwa in der Werbung eine grosse Nachfrage nach Kindern und Jugendlichen. Gemäss dem Bundesrat ist ein generelles Verbot von solchen Tätigkeiten nicht opportun und wäre im Übrigen in der Praxis kaum durchsetzbar (BBl 1994 II 157, S. 186). Zwar besteht die Gefahr, dass die betroffenen Jugendlichen wirtschaftlich ausgenutzt sowie ihre physische und psychische Entwicklung gefährdet werden könnte. Dieser Gefahr wird aber nicht mit einem absoluten Verbot begegnet, sondern mit einer Erlaubnis verbunden mit einer Meldepflicht: Der Arbeitgeber hat die geplante Anstellung mindestens 14 Tage im Voraus an die zuständige kantonale Stelle zu melden (ausgenommen von der Meldepflicht sind Tätigkeiten in Sportvereinen und Laientheater). Die Meldepflicht soll es den kantonalen Vollzugsbehörden ermöglichen, die Kontrolle über die Beschäftigung von Jugendlichen in ihrem Kanton zu erlangen. Sie sorgen dafür, dass die Sonderschutzbestimmungen eingehalten werden. Falls sie Verdacht schöpfen, dass der Jugendarbeitsschutz missachtet werden könnte, können sie Nachforschungen unternehmen und die Beschäftigung allenfalls untersagen.

Auch eine Beschäftigung für kulturelle, künstlerische und sportliche Darbietungen sowie zu Werbezwecken ist jedoch nur erlaubt, wenn sie keinen negativen Einfluss auf die Gesundheit, die Sicherheit sowie die physische und psychische Entwicklung der Jugendlichen hat sowie wenn weder Schulbesuch noch Schulleistung beeinträchtigt werden. Bei Jugendlichen, die zwischen 13 und 15 Jahre alt sind, gelten sodann die gleichen zeitlichen Einschränkungen wie bei den leichten Arbeiten.

Für Jugendliche unter 13 Jahren gelten strengere zeitliche Einschränkungen: Sie dürfen höchstens 3 Stunden pro Tag und 9 Stunden pro Woche angestellt werden.

c. Allgemeine Beschäftigungsverbote aufgrund der Art der Arbeit sowie der Art des Betriebes

Gemäss Art. 29 Abs. 3 ArG kann die Verwendung Jugendlicher für bestimmte Arbeiten zum Schutze von Leben und Gesundheit oder zur Wahrung der Sittlichkeit durch Verordnung untersagt oder von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

Der Verordnungsgeber machte von dieser Möglichkeit Gebrauch und erliess in ArGV 5 gewisse Beschäftigungsverbote. Es ist dabei zwischen Verboten aufgrund der Art der Arbeit und solchen aufgrund der Art des Betriebes zu unterscheiden.

i. Verbot aufgrund der Art der Arbeit

Gefährliche Arbeiten sind für Jugendliche grundsätzlich verboten (Art. 4 Abs. 1 ArGV 5). Als gefährlich gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 5 alle Arbeiten, die ihrer Natur nach oder aufgrund der Umstände, unter denen sie verrichtet werden, die Gesundheit, die Ausbildung und die Sicherheit der Jugendlichen sowie deren physische und psychische Entwicklung beeinträchtigen können. Gemäss Art. 4 Abs. 3 ArGV 5 legt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) fest, welche Arbeiten nach der Erfahrung und dem Stand der Technik als gefährlich gelten. Als gefährlich gelten gemäss der entsprechenden Verordnung (Verordnung des WBF über gefährliche Arbeiten für Jugendliche vom 4. Dezember 2007) etwa jene Arbeiten, welche die physische oder psychische Leistungsfähigkeit von Jugendlichen objektiv übersteigen (Art. 1 lit. a), mit dem Risiko physischen, psychischen, moralischen oder sexuellen Missbrauchs verbunden sind (Art. 1 lit. b), bei extremer Hitze, Kälte oder erheblicher Nässe durchgeführt werden (Art. 1 lit. c) oder gesundheitsgefährdende chemische Agenzien involvieren (Art. 1 lit. f).

Trotz dieses allgemeinen Beschäftigungsverbotes können gemäss Art. 4 Abs. 4 ArGV in Ausnahmefällen Einzelbewilligungen ausgestellt werden. Und zwar kann das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) mit Zustimmung des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) die Beschäftigung Jugendlicher ab 16 Jahren für gefährliche Arbeiten vorsehen, sofern dies für die Berufsbildung unentbehrlich ist. So kann beispielsweise einer lernenden Chemie- und Pharmatechnologin erlaubt werden, Arbeiten mit Explosions- oder Vergiftungsgefahr auszuüben, sofern sie einen gewissen Ausbildungsstand erreicht hat und angemessen angeleitet und beaufsichtigt wird.

ii. Verbot aufgrund der Art des Betriebes

Aufgrund des Risikos der Gefährdung der Sittlichkeit ist die Arbeit von Jugendlichen in bestimmten Betrieben untersagt (Art. 5 ArGV 5).

Und zwar ist es verboten, Jugendliche unter 16 Jahren in Filmtheatern, Zirkus- und Schaustellungsbetrieben sowie in Hotels, Restaurants und Cafés anzustellen, wenn sie dort Gäste bedienen sollen. Ist kein Kontakt zu den Gästen gegeben, so ist eine Anstellung erlaubt. Die Beschäftigung eines Jugendlichen als Küchenpersonal wäre in den genannten Betrieben also zulässig. Sodann gilt, dass das Verbot bloss nicht künstlerische Tätigkeiten (etwa den Billetverkauf im Kino) umfasst.

Jugendliche, die zwischen 16 und 18 Jahre alt sind, dürfen dann eine Tätigkeit in Hotels, Restaurants und Cafés ausüben, wenn diese Teil einer anerkannten Berufsbildung oder eines Berufswahlpraktikums bildet.

Sämtlichen Jugendlichen ist es schliesslich verboten, in Betrieben der Unterhaltung (Nachtlokale, Dancings, Discotheken und Barbetriebe) zu arbeiten.

Fazit

Der Umstand, dass bereits Jugendliche Arbeitsverhältnisse eingehen, stellt eine soziale Realität dar. Aufgrund der erhöhten Schutzbedürftigkeit von Jugendlichen in der Arbeitswelt hat ihnen der Arbeitgeber mit besonderer Fürsorge zu begegnen. Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, welche sich bereits aus Art. 328 Abs. 1 OR ergibt, wird hinsichtlich des Jugendarbeitsschutzes in Art. 29 bis 32 ArG und ArGV 5 konkretisiert. Der Arbeitgeber hat dabei immer auf die besondere Konstitution des jeweiligen Arbeitnehmenden abzustellen. Schlussendlich liegt es in der Verantwortung des Arbeitgebers – aber auch der Eltern –, die Jugendlichen nicht zu überfordern und ihnen im Zweifelsfall eine Beschäftigung zu verbieten.

AUTOREN



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt, Partner Voillat Facincani
Sutter + Partner.



Juliane Jendis, B.A., MLaw,
juristische Mitarbeiterin Voillat
Facincani Sutter + Partner.