

**Tribunal cantonal de Neuchâtel - CDP.2024.36 Cour  
de droit public (Gericht für öffentliches Recht)  
Urteil vom 27. Juni 2024**

A. A. SA hat als Gesellschaftszweck unter anderem die Herstellung und den Vertrieb von Uhrenprodukten. Bei einer Covid-19-Kontrolle des Unternehmens im Jahr 2021 stellte das Office des relations et des conditions de travail (im Folgenden: ORCT) fest, dass das Unternehmen die Stempelung von Toilettenpausen vorschreibt. Mit Schreiben vom 27. Januar 2022 vertrat das ORCT, gestützt auf die Stellungnahme des SECO, die Auffassung, dass diese Verpflichtung die Grundsätze des Bundesgesetzes über die Arbeit (ArG), insbesondere den Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmer, nicht respektiere und dass die Abweichung von diesen Grundsätzen keinem überwiegenden legitimen Interesse des Arbeitgebers diene. Folglich forderte er das Unternehmen auf, seine Praxis zu ändern und ihm die getroffenen Massnahmen mitzuteilen. Mit Schreiben vom 8. Februar 2022 teilte das Unternehmen mit, dass es nicht beabsichtige, den Forderungen der RAV nachzukommen. Im Wesentlichen argumentierte das Unternehmen, dass die Pflicht, alle Pausen zu stempeln, einschließlich der Pausen zur Linderung physiologischer Bedürfnisse und zum Rauchen von Zigaretten, nicht gegen die allgemeine Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verstoße, Missbrauch verhindere und auch auf eine gewisse Gleichbehandlung der Mitarbeiter abziele.

Mit Verfügung vom 6. April 2022 untersagte das ORCT der A. AG ihren Angestellten die Stempelung der Toilettenpausen vorzuschreiben. Es war der Ansicht, dass diese Verpflichtung gegen Artikel 6 ArG verstösst, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitszeiten so zu gestalten, dass sie für die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht schädlich sind, und dass Arbeitsunterbrechungen, die physiologischen Bedürfnissen entsprechen, nicht als Pausen betrachtet werden können, sofern sie nicht der Erholung dienen. Die Stempelpflicht stand somit im Widerspruch zum Grundsatz des Schutzes der Gesundheit der Arbeitnehmer, da sie das Personal dazu verleiten konnte, sich zurückzuhalten oder keine Flüssigkeit zu sich zu nehmen, was zu schweren physiologischen Störungen führen konnte.

A. SA legte dieses Urteil dem Département de l'emploi et de la cohésion sociale (im Folgenden: DECS) vor. Sie machte im Wesentlichen geltend, dass der Begriff der Pause im Sinne von Artikel 15 ArG gerade definiert sei als aus physiologischen Gründen notwendige Arbeitsunterbrechungen, die der Ernährung, der Entspannung und dem Sammeln neuer Kräfte dienten, dass die Pause somit im Gegensatz zu Unterbrechungen definiert sei, die aus technischen Gründen in die Arbeitsprozesse eingreifen und keine Erholung ermöglichen, dass der Gang zur Toilette einem physiologischen Bedürfnis entspreche und somit dem Zweck einer Pause im Sinne von Artikel 15 ArG entspreche, dass das Argument, die Stempelpflicht könnte die Arbeitnehmer dazu verleiten, auf die Flüssigkeitsaufnahme oder den Gang zur Toilette zu verzichten, reine Spekulation sei, dass seine Mitarbeiter während ihrer Pausenzeit über große Freiheit verfügten, dass die Dauer der Pausen im Ermessen jedes einzelnen Mitarbeiters liege und dass die für den Gang zur Toilette genutzte Zeit folglich als Pause im Sinne von Artikel 15 ArG zu qualifizieren sei. Sie erklärte, dass das Stempelsystem es ihr nicht erlaube, den Grund für die Arbeitsunterbrechung ihrer Mitarbeiter zu erfahren, dass die Stempelpflicht folglich nicht gegen ihre Pflicht zur Achtung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer verstoße, sondern im Gegenteil eine vollständige Gleichbehandlung der Mitarbeiter gewährleiste. Sie leitete somit ein überwiegendes privates Interesse ab, das die Stempelpflicht für jede Pause rechtfertige. Des Weiteren machte sie geltend, dass die angefochtene Entscheidung gegen die Wirtschaftsfreiheit verstoße, da die vom RKGV angeführte Rechtsgrundlage nicht hinreichend präzise sei, und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zuwiderlaufe, da das Amt nicht geprüft habe, ob andere Massnahmen in Betracht kämen. Mit Entscheidung vom 11. Januar 2024 wies das DECS die Beschwerde ab. Im Wesentlichen hielt es wie das ORCT fest, dass die eingerichtete Arbeitsorganisation ein Gesundheitsrisiko für die Arbeitnehmer darstellen kann, sie geeignet ist, Zeitdruck für die Arbeitnehmer zu erzeugen, die möglicherweise darauf verzichten, die Toilette aufzusuchen oder ausreichend Flüssigkeit zu sich zu nehmen, eine Verlängerung der zu vermeiden. Daraus leitete er ab, dass der Gang zur Toilette als Arbeitszeit anzusehen ist.

B. A. AG legt bei der Cour de droit public des Kantonsgerichts Beschwerde ein gegen die Entscheidung des DECS, die er für nichtig . Er beantragt

Feststellung, dass die Stempelpflicht für Toilettenpausen rechtskonform ist. Unter Wiederaufnahme der Argumente, die sie vor dem DEKS vorgebracht hatte, wirft sie dem DEKS vor, bestimmte Beschwerdepunkte nicht geprüft zu haben, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

C. Der Beschwerdegegner verzichtet auf die Einreichung einer Stellungnahme. Das DECS verweist auf seine Entscheidung und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

## K O N S I D E R A N T

im Recht

1. Die Beschwerde wurde in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Frist eingelegt und ist zulässig.

2. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV, indem sie geltend macht, der Entscheid des Departements sei nicht ausreichend begründet, indem nicht alle Argumente, die sie vor dem Departement vorgebracht habe, insbesondere das Argument der Verletzung ihrer Wirtschaftsfreiheit, erörtert würden. Dieser Vorwurf wirft Fragen auf, die untrennbar mit Prüfung der Sache in der Sache verbunden sind. Daher wird dieser Einwand, der weitgehend mit der Rechtsverletzung identisch ist, weiter unten zusammen mit der Hauptsache erörtert. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Cour de céans die Rechtsverletzung wie das DECS mit voller Kognitionsbefugnis prüft (Art. 33 JStG) und dass gemäss der Rechtsprechung eine Rückweisung der Sache ohne Prüfung der Begründetheit im vorliegenden Fall eine leere Formalität darstellen und zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen würde, was mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer Entscheidung ihrer Sache innerhalb einer angemessenen Frist unvereinbar wäre (BGE 142 II 218 E. 2.8.1).

3. a/aa) Das ArG regelt die Arbeitszeit (Art. 9 bis 13 ArG) und die Ruhezeit (Art. 15 bis 22 ArG). Die wöchentliche Höchstarbeitszeit beträgt 45 Stunden für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technisches Personal und andere Angestellte, einschliesslich des Verkaufspersonals in grossen Detailhandelsbetrieben (Art. 9 Abs. 1 Bst. a ArG); 50 Stunden für alle anderen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b ArG).

a/bb) Artikel 15 ArG muss die Arbeit durch Pausen von mindestens: (a.) einer Viertelstunde, wenn der Arbeitstag länger als fünfeinhalb Stunden dauert; (b.) einer halben Stunde, wenn der Arbeitstag länger als sieben Stunden dauert; (c.) einer Stunde, wenn der Arbeitstag länger als neun Stunden dauert, unterbrochen werden (Abs. 1). Pausen gelten als Arbeit, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin den Arbeitsplatz nicht verlassen darf (Art. 15 Abs. 2 ArG). Artikel 18 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000 enthält folgende Präzisierungen zu den Pausen: Pausen können für einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einheitlich oder unterschiedlich festgelegt werden (Abs. 1). Sie unterbrechen die Arbeit in der Mitte. Ein Arbeitsabschnitt, der vor oder nach einer Pause fünfeinhalb Stunden überschreitet, gibt gemäss Artikel 15 des Gesetzes Anspruch auf eine zusätzliche Pause (Art. 18 Abs. 2 ArGV 1). Pausen mehr als einer halben Stunde können aufgeteilt werden (Art. 18 . 3 ArGV 1). Bei variablen Arbeitszeiten wie gleitender Arbeitszeit wird die Dauer der Pausen auf der Grundlage der durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit festgelegt (Art. 32 Abs. 4 ArGV 1). Als Arbeitsplatz im Sinne von Artikel 15 Absatz 2 ArG gilt jeder Ort, an dem sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Ausführung der ihm oder ihr übertragenen Arbeit aufzuhalten hat, sei es im Betrieb oder ausserhalb (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Artikel 32 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (ArGV 3) befasst sich mit den Toiletten; den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen müssen in der Nähe der , der Pausenräume, der Garderoben und der Duschen oder Waschbecken genügend Toiletten zur Verfügung stehen (Art. 32 Abs. 1 ArGV 3). Die Anzahl der Toiletten richtet sich nach der Anzahl der gleichzeitig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Art. 32 Abs. 2 ArGV 3). In seinem Kommentar (Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, im Internet verfügbar) weist das SECO darauf hin, dass die Toiletten nach Möglichkeit im Betrieb verteilt und so angeordnet sein sollen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Gebäude nicht verlassen müssen. Zudem sollten sie nicht zu weit entfernt sein, weder von den Arbeitsplätzen noch von den Sozialräumen (Umkleieräume, Waschbecken...),

Duschen, Speisesäle und Ruheräume). Ihre Entfernung zu den Arbeitsplätzen sollte weder 100 Meter noch ein Stockwerk überschreiten (S. 332).

In seiner Botschaft an die Bundesversammlung hat der Bundesrat Pausen als aus physiologischen Gründen notwendige Arbeitsunterbrechungen definiert (BBl 1960 II 885, S. 953). Nach einigen Autoren (Müller, in Commentaire LTr, 2005, ad Art. 15 Ziff. 2, vgl. auch die anderen in der genannten Referenzen) sind Pausen Arbeitsunterbrechungen, die der Ruhe, der Entspannung Ernährung dienen, Überlastungen und das daraus resultierende Risiko von zu vermeiden. In seinem Kommentar (Kommentar zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, im Internet verfügbar) bezeichnet das SECO jede Arbeitsunterbrechung, während der sich der Arbeitnehmer ernähren und erholen kann, als Pause. Nicht als Pausen gelten hingegen alle Unterbrechungen, die aus technischen Gründen in den Arbeitsprozess eingreifen und keine Erholung ermöglichen, z. B. weil sie zu kurz sind oder der Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Arbeit nicht vorhersehbar ist (S. 118). Einige Autoren schließen Pausen aus, die von kurzer Dauer (unter 15 min) und sporadisch sind, wie z. B. Toilettenpausen, Telefonate, die nicht aufgeschoben werden können, Zigarettenpausen usw. (Gross/Frunz/Marro, Kurzkomentar Arbeitsgesetz, 1<sup>erste</sup> Auflage, 2018 zu Art. 15 Ziff. 6).

a/cc) Artikel 13 ArGV 1 definiert, was unter Arbeitszeit zu verstehen ist, nämlich die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber zur Verfügung hält (Abs. 1). In seinem Kommentar (Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2) präzisiert das SECO, dass es sich dabei um alle Tätigkeiten und Massnahmen handelt, die beispielsweise aus Gründen der Arbeitssicherheit oder der Arbeitshygiene (Anziehen und Umziehen der für den Arbeitsprozess notwendigen Kleidung usw.) durchgeführt oder getroffen werden müssen, bevor die eigentliche Arbeitshandlung beginnen kann, die als Arbeitszeit gezählt wird (S. 113). Er fügt hinzu, dass die vom Gesetz und seinen Verordnungen vorgeschriebenen Regeln zur Arbeitszeit die Vermeidung von Gesundheitsschäden bezwecken, insbesondere durch die Einhaltung der täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Mindestruhezeit (S. 113-114).

Unter Vorbehalt der Situation, die in Artikel 15 Absatz 2 ArG vorgesehen ist, stellen Pausen keine Arbeitszeit dar. Die Arbeitszeit berechnet sich somit nach der tatsächlichen Arbeitszeit abzüglich der Pausen, die in diese Zeit fallen, aber einschliesslich der Pausen, in denen der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht verlassen darf (Müller, a.a.O., zu Art. 15 Ziff. 10; Gross/Frunz/Marro, a.a.O., zu Art. 15 Ziff. 7).

b) Vorbehaltlich von Ausnahmen, hier nicht weiter berücksichtigt werden, ergibt sich aus den Artikeln 46 ArG und 73 ArGV 1 die Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitszeiten des Personals sowohl hinsichtlich ihrer Dauer als auch ihrer zeitlichen Koordinaten aufzuzeichnen, aber auch eine Vielzahl anderer Angaben wie Pausen von mindestens einer halben Stunde Dauer oder Ruhe- und Ausgleichstage zu machen. Diese Pflicht wird durch das Bedürfnis, die Gesundheit der Mitarbeitenden zu schützen, diktiert. Der Arbeitgeber muss nämlich die Arbeitszeit seiner Angestellten aufzeichnen, um die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen an die Arbeitszeit, die Ruhezeiten und die Pausen zu überprüfen. Das Gesetz sieht eine Mindestdauer für Pausen vor, die von der Arbeitslänge abhängt. So kann eine längere Pausendauer vereinbart werden (Müller, a. a. O., zu Art. 15 Ziff. 12).

c) Jeder industrielle Betrieb ist verpflichtet, eine Betriebsordnung zu haben (Art. 37 Abs. 1 ArG), die der kantonalen Behörde vorgelegt werden muss; stellt eine Behörde fest, dass die Vorschriften der Betriebsordnung nicht mit dem ArG vereinbar sind, so ist das Verfahren Artikel 51 anwendbar (Art. 39 Abs. 1 ArG).

d) Bei einem Verstoss gegen das Gesetz, eine Verordnung oder eine Verfügung meldet die kantonale Behörde, das Eidgenössische Arbeitsinspektorat oder der arbeitsmedizinische Dienst dem Zuwiderhandelnden den Verstoss und fordert ihn auf, die Vorschrift oder Verfügung, gegen die er verstossen hat, zu befolgen (Art. 51 Abs. 1 ArG). Wenn der Zuwiderhandelnde nicht reagiert

Wird der Intervention nicht Folge geleistet, erlässt die kantonale Behörde die entsprechende Verfügung unter Androhung der Strafe nach Artikel 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 51 Abs. 2 ArG). Wird eine nach Artikel 51 Absatz 2 ArG erlassene Verfügung nicht befolgt, so trifft die kantonale Behörde die erforderlichen Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 52 Abs. 1 ArG). Wenn die Nichtbefolgung einer Verfügung nach Artikel 51 Absatz 2 ArG das Leben oder die Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder die Umgebung des Betriebes ernsthaft gefährdet, kann die kantonale Behörde nach schriftlicher Mahnung die Benützung von Räumen oder Anlagen untersagen und in besonders schweren Fällen den Betrieb für eine bestimmte Zeit schliessen (Art. 52 Abs. 2 ArG).

e/aa) Gemäß der ständigen Rechtsprechung wird das Gesetz in erster Linie nach seinem Wortlaut ausgelegt (wörtliche Auslegung). Ist der Wortlaut nicht absolut klar und sind mehrere Interpretationen möglich, muss die wahre Tragweite der Norm aus allen in Betracht kommenden Elementen herausgelesen werden, insbesondere aus den Vorarbeiten (historische Auslegung), aus dem Zweck der Vorschrift, ihrem Geist sowie den ihr zugrunde liegenden Werten, insbesondere dem geschützten Interesse (teleologische Auslegung) oder aus ihrem Verhältnis zu anderen gesetzlichen Bestimmungen (systematische Auslegung). Das Bundesgericht bevorzugt keine bestimmte Auslegungsmethode, sondern lässt sich bei der Suche nach dem wahren Sinn der Norm von einem pragmatischen Pluralismus leiten. Es weicht nur dann vom wörtlichen Verständnis des Textes ab, wenn sich daraus eindeutig eine sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 144 V 333 E. 10.1).

e/bb) Die Auslegung des Gesetzes kann zur Feststellung einer Lücke führen. Eine echte (oder eigentliche) Lücke setzt voraus, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, einen Punkt zu regeln, er dies hätte tun müssen, und dass sich weder aus dem Text noch aus der Auslegung des Gesetzes eine Lösung ergibt. Wenn der Gesetzgeber hingegen freiwillig auf die Kodifizierung einer Situation verzichtet hat, die nicht unbedingt ein Eingreifen seinerseits erforderte, kommt seine Untätigkeit einem qualifizierten Schweigen gleich. Eine unzutreffend bezeichnete Lücke ist dadurch gekennzeichnet, dass das Gesetz zwar eine Antwort bietet, diese aber unbefriedigend ist. Nach der Rechtsprechung erfordert nur das Vorliegen einer eigentlichen Lücke ein Eingreifen des Richters, während es ihm nach der traditionellen Auffassung, die sich insbesondere aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung ergibt, grundsätzlich verwehrt ist, qualifiziertes Schweigen und unzutreffend bezeichnete Lücken zu korrigieren, es sei denn die Berufung auf den als massgebend geltenden Sinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch oder gar eine Verletzung der Verfassung dar (BGE 142 IV 389 E. 4.3.1).

4. a) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ein Personalhandbuch verabschiedet, das auf den 1. September 2021 datiert ist. Gemäss diesem Handbuch müssen alle Arbeitsunterbrechungen gestempelt werden. Die angebotene Pausenzeit, die also als geleistete Arbeitsstunden angerechnet wird, beträgt 15 Minuten pro Tag bei Normalarbeitszeit und 10 Minuten pro Tag bei Schichtarbeit. Die Pausen können aufgeteilt werden, und die angebotene Pausenzeit kann je nach Geschäftsverlauf gestrichen werden. Die Normalarbeitszeit (8 Stunden täglich) muss zwischen 6.30 Uhr und 17.00 Uhr geleistet werden, wobei dieser Zeitraum aus variablen und festen Zeitspannen besteht und in der Mittagszeit eine Pause von mindestens 30 Minuten eingelegt werden muss. Das Handbuch verweist auf den Tarifvertrag, wenn es um die Arbeitszeit geht, nämlich den Gesamtarbeitsvertrag der schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie (im Folgenden: GAV). Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt in diesem Fall 40 Stunden (Art. 13.1 GAV). Der GAV enthält keine spezifischen Bestimmungen zu Pausen. Toilettenpausen werden daher als Arbeitsunterbrechungen im Sinne des Handbuchs betrachtet.

Der Rechtsstreit dreht sich um die Frage, ob die Stempelung von Toilettenpausen rechtmässig ist.

b) Aus den in Erwägungsgrund 3 oben dargelegten Grundsätzen folgt, dass das Schweizer Gesetz keinen Hinweis auf das Recht der Arbeitnehmer auf Toilettenbesuch enthält, obwohl es sich dabei um ein elementares physiologisches Bedürfnis handelt. Die ArGV 3 verlangt von den Arbeitgebern zwar die Bereitstellung einer ausreichenden Anzahl sauberer Toiletten, die für Männer und Frauen getrennt sind, aber es wird nichts über deren Benutzung gesagt. Die Arbeitszeit umfasst zum einen die tatsächliche Arbeitszeit und zum anderen die Pausen, die nicht auf die Arbeitszeit angerechnet werden (und daher grundsätzlich unbezahlt sind). Kurzfristige Arbeitsunterbrechungen, wie z. B. eine Toilettenpause, müssen somit zwangsläufig in der beiden Kategorien fallen

kategorie. Der Begriff der Pause ist im Gesetz nicht eindeutig definiert. Der Gesetzgeber hat also keine eindeutige Lösung geschaffen. Auch in der Lehre wird er nicht einheitlich definiert (vgl. oben E. 3a/bb). Es handelt sich um eine eigentliche Lücke in dem Sinne, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, einen Punkt zu regeln, obwohl er dies hätte tun müssen. Dies lässt sich durch die große Vielfalt der dem ArG unterliegenden unternehmerischen Tätigkeiten und die Unmöglichkeit, die Besonderheiten jeder einzelnen Tätigkeit gesetzlich zu regeln, erklären.

Toilettenpausen stellen wie andere Kurzpausen (private Telefonate, Zigaretten usw.) grundsätzlich Arbeitsunterbrechungen dar, da der Arbeitnehmer während dieser Zeit dem Arbeitgeber nicht zur Verfügung steht. Das ArG und seine Verordnungen verbieten dem Arbeitgeber nicht ausdrücklich, diese Unterbrechungen auf die Pausenzeiten anzurechnen oder die Dauer Abwesenheit vom , auch zur Befriedigung eines physiologischen Bedürfnisses, außerhalb der vorgeschriebenen Pausenzeiten streng zu kontrollieren, insbesondere um Missbräuche zu verhindern. Die Schlussfolgerung ist die gleiche, wenn man sich auf die vorbereitenden Arbeiten bezieht. Die Unternehmen können also frei entscheiden, ob diese Unterbrechungen (bezahlte) Arbeitszeit oder (unbezahlte) Pausen darstellen. Die Arbeitsbedingungen eines Unternehmens spielen sicherlich eine Rolle für seine Attraktivität auf einem wettbewerbsorientierten Markt. Darüber hinaus unterliegen sie einer gewissen Kontrolle, da die Verwaltung und im Falle einer Beschwerde sogar der Richter die Rechtmäßigkeit der vorgeschlagenen Lösungen prüfen müssen (E. 3c und 3d oben). Insbesondere dürfen diese nicht gegen die Grundsätze des Arbeitsgesetzes und die Grundfreiheiten verstossen. Vorbehaltlich dieser Überlegungen behält der Arbeitgeber daher seine Kontrollbefugnis während der Arbeitszeit, auch wenn der Arbeitnehmer vorübergehend von seinem Arbeitsplatz abwesend ist. Er kann daher ein System zur Kontrolle und Erfassung dieser Abwesenheitszeiten einrichten.

5. a/aa) Einleitend ist anzumerken, dass die im Handbuch vorgesehene flexible Arbeitszeitregelung es einem Arbeitnehmer ermöglicht, seine Arbeit mehrmals kurz zu unterbrechen und trotzdem die geforderte Stundenzahl zu leisten.

Die Beschwerdeführerin legte zudem mehrere Beispiele von individuellen Stempelkarten aus dem Arbeitszeitmanagement-Tool vor, aus denen hervorgeht, dass die Gründe für die Pausen nicht erkennbar sind. In diesem Punkt wurde im angefochtenen Entscheid zu Recht anerkannt, dass auf diese Weise die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer gewahrt werden können (E. 3.3). Es kann darauf verwiesen werden.

a/bb) Das DECS und die ORCT sind der Ansicht, dass die Verpflichtung, die Toilettenpausen zu stempeln, einen Zeitdruck für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schafft, die darauf verzichten könnten, die Toilette aufzusuchen oder ausreichend Flüssigkeit zu sich zu nehmen, um eine Verlängerung der Arbeitstage zu vermeiden. In ihren Augen kann diese Lösung ein Gesundheitsrisiko für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer darstellen und verstösst gegen Artikel 6 Absätze 1 und 2 ArG, wonach der Arbeitgeber alle erforderlichen Massnahmen zum Schutz der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treffen muss (Art. 6 Abs. 1 ArG). Insbesondere hat er seine Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer soweit als möglich vor Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchung geschützt werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Die Beschwerdeführerin wehrt sich dagegen und argumentiert, dass diese Gefahr hypothetisch sei. Sie beruft sich auf eine Verletzung ihrer Wirtschaftsfreiheit und macht in diesem Zusammenhang geltend, dass Art. 6 ArG keine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt.

b) Gemäss Art. 27 Abs. 1 Bundesverfassung ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Sie kann sowohl von natürlichen als auch von juristischen Personen geltend gemacht werden und umfasst insbesondere die freie Berufswahl, den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Art. 27 Abs. 2 Bundesverfassung). Diese Freiheit schützt jede privatwirtschaftliche Tätigkeit, die berufsmässig ausgeübt wird und auf die eines Gewinns oder Einkommens gerichtet ist (BGE 142 II 369 E. 6.2). Wie jedes Grundrecht kann auch die Wirtschaftsfreiheit unter den Art. 36 BV festgelegten Bedingungen eingeschränkt werden. Gemäss dieser Bestimmung muss jede Einschränkung eines Grundrechts auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die bei schwerwiegenden Einschränkungen Gesetzescharakter haben muss (Abs. 1), durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz eines Grundrechts anderer gerechtfertigt sein (Abs. 2) und in einem angemessenen Verhältnis zum

angestrebten Ziel stehen (Abs. 3).

c/aa) Das ArG stützt sich mehrere Verfassungsbestimmungen, darunter Artikel 110 Abs. 1 Bst. a und b Bundesverfassung über die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Arbeitnehmerschutzes. Das Hauptziel des ArG ist der Schutz der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Artikel 6 ArG ist eine seiner grundlegenden Normen (Scheidegger/Pitteloud, in Commentaire LTr, 2005, ad Art. 6 Ziff. 7), die einem sozialpolitischen Zweck dient. Die auf dieser Bestimmung beruhenden Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit beruhen somit trotz der vom Gesetzgeber gewollten allgemeinen Formulierung Artikel 6 ArG (Scheidegger/Pitteloud, a.O., zu Art. 6 Ziff. 2) nicht nur auf einer gültigen gesetzlichen Grundlage, sondern haben auch eine verfassungsrechtliche Grundlage.

c/bb) Die Massnahmen, die in Anwendung von Artikel 6 ArG zu treffen sind, umfassen die Ergonomie und den Gesundheitsschutz, die Verhütung gesundheitsschädigender physikalischer, chemischer und biologischer Einflüsse, die Verhütung übermässiger (wie die Beibehaltung von Zwangshaltungen) oder zu stark repetitiver Anstrengungen und die geeignete Arbeitsorganisation (Art. 2 ArGV 3). Um den Arbeitgebern auferlegt werden zu können, müssen sie drei kumulative Bedingungen erfüllen: Sie müssen notwendig, technisch anwendbar und angesichts der Besonderheiten des Betriebs angemessen sein (Scheidegger/Pitteloud, a.a.O., zu Art. 6 Ziff. 15).

Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin zu Recht geltend, dass das von der Beschwerdegegnerin und dem DECS erwähnte Risiko theoretischer Natur ist. Auch wenn es tatsächlich nicht auszuschliessen ist, dass Angestellte auf den Gang zur Toilette oder auf eine ausreichende Flüssigkeitszufuhr verzichten, um eine Verlängerung des Arbeitstages zu vermeiden, muss ein solches Verhalten marginal bleiben und kann für sich allein nicht das generelle Verbot rechtfertigen, das der Beschwerdeführerin auferlegt wurde. Die Sensibilisierung der Angestellten für Bedeutung der Flüssigkeitszufuhr kann in dieser Hinsicht eine präventive Rolle spielen, um solches Verhalten einzuschränken. Die Angestellten haben zudem eine angebotene Pause von 15 Minuten, über die sie frei verfügen können (Ziff. 22.1 des Personalhandbuchs). Nichts hindert sie daran, diese Pause aufzuteilen, um ihre physiologischen Bedürfnisse während des gesamten Arbeitstages zu befriedigen. Die auferlegte Beschränkung ist somit weder notwendig noch angemessen und kann daher dem Arbeitgeber nicht auferlegt werden.

d/aa) Unter dem Vorwand, für Einhaltung der Gleichbehandlung zu sorgen, indem sie die Stempelung aller Arbeitsunterbrechungen vorschreibt, hat die Beschwerdeführerin weitere Ungleichheiten geschaffen.

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen seines Geschlechts. Das Diskriminierungsverbot schützt vor allem natürliche Personen und bezieht sich sowohl auf direkte als auch auf indirekte Diskriminierungen. Diese Verbote werden unabhängig voneinander garantiert, so eine direkt oder indirekt diskriminierte Rechtsperson berechtigt ist, ihre Klage allein Artikel 8 Abs. 2 BV zu stützen, wobei indirekte Diskriminierungen von Arbeitnehmern - in der Regel von Arbeitnehmerinnen - aufgrund des Geschlechts durch das Gleichstellungsgesetz ausdrücklich verboten sind (Martinet, in Commentaire romand sur la Constitution fédérale, 2021, ad Art. 8 ch. 56, 59).

Das Verbot der direkten oder indirekten Diskriminierung von Arbeitnehmenden aufgrund des Geschlechts findet sich auch in Art. 8 Abs. 3 Bundesverfassung. Art. 3 Abs. 1 GIG setzt diesen Verfassungsgrundsatz um. Danach ist es verboten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts direkt oder indirekt zu diskriminieren, insbesondere aufgrund ihres Zivilstandes oder ihrer familiären Situation oder, im Falle Frauen, ihrer Schwangerschaft. Das Diskriminierungsverbot gilt insbesondere für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen (Art. 3 Abs. 2 GIG).

Eine Diskriminierung wird als "unmittelbar" bezeichnet, wenn sie ausdrücklich auf dem Kriterium des Geschlechts oder auf einem Kriterium beruht, das nur auf eines der beiden Geschlechter angewendet werden kann, und wenn sie nicht objektiv gerechtfertigt ist. Eine Diskriminierung wird hingegen als "mittelbar" bezeichnet, wenn das verwendete Kriterium zwar auf eines der beiden Geschlechter anwendbar wäre, aber zur hat oder haben kann, dass ein größerer Anteil von Personen des einen Geschlechts gegenüber anderen Geschlecht benachteiligt wird, ohne dass dies objektiv gerechtfertigt wäre (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 24.02.1993 zum Gleichstellungsgesetz [im Folgenden: Botschaft], in BBl 1993 I 1163 ff., insbesondere S. 1210; BGE 145 II 153 E. 4.3.4, 144 II 65 E. 4.1).

d/bb) Einleitend ist festzuhalten, dass die Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit auf einer verfassungsrechtlichen Grundlage (Art. 8 Abs. 2 und 3 Bundesverfassung) beruhen, die direkt anwendbar ist, sowie auf dem GIG, insbesondere auf Artikel 3, der den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Diskriminierung von Mann und Frau umsetzt.

d/cc) Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Stempelung der Toilettenpausen, wie sie vom Arbeitgeber vorgeschlagen wird, unter dem Gesichtspunkt der oben genannten Grundsätze problematisch ist. Sie kann einen größeren Anteil von Frauen gegenüber Männern benachteiligen, ohne objektiv gerechtfertigt zu sein, und kann daher eine mittelbare Diskriminierung darstellen. Frauen sind mit dem Menstruationszyklus konfrontiert, der mit der Menstruation beginnt. Dieses physiologische Phänomen erfordert die Einhaltung grundlegender Hygieneregeln und damit häufigere oder sogar längere Toilettengänge, unabhängig von anderen physiologischen Bedürfnissen. Diese Diskriminierung wurde von dem Beschwerdegegner und der Beschwerdeführerin nicht diskutiert. Es ist wahrscheinlich, dass unter dem der Verhältnismässigkeit ein generelles Verbot, Toilettenpausen aus diesem Grund zu stempeln, nicht haltbar ist. Beispielsweise könnten Ausgleichsmaßnahmen in Betracht gezogen werden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass eine perfekte Gleichbehandlung in einem solchen Kontext nicht möglich ist und darauf geachtet werden muss, die Ungleichheiten, die das Stempeln von Toilettenpausen mit sich bringt, so weit wie möglich zu reduzieren. Es ist jedoch nicht Sache des Obersten Gerichtshofs, diese Frage konkreter zu untersuchen, sondern des ORCT, an das die Sache zurückverwiesen wird. Dieses muss die Beschwerdeführerin insbesondere auffordern, Ausgleichsmechanismen vorzuschlagen, um diese Ungleichheiten zu verringern. Falls nötig, wird es erneut nach dem Verfahren von Artikel 51 ArG vorgehen.

6. Aus diesem Grund ist die Beschwerde begründet, der angefochtene Entscheid sowie die Verfügung des RKGV vom 6. April 2022 werden aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an den Beschwerdegegner zurückgewiesen. Es wird ohne Kosten entschieden, da die kantonalen und kommunalen Behörden keine Kosten bezahlen (Art. 47 Abs. 2 VRPG). Die obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten des ORCT, die ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung und Komplexität der Streitsache bestimmt wird (Art. 58 Abs. 2 BGKG, durch Verweis auf Art. 67 BGKG). Da sein Vertreter keine Aufstellung der Honorare und Spesen eingereicht hat, aus der die tatsächlich geleistete Tätigkeit ersichtlich wäre, ist auf der Grundlage der Akten zu entscheiden (Art. 64 Abs. 2 BGFA, mit Verweis auf Art. 67 BGFA). Im vorliegenden Fall kann die entfaltete Kerntätigkeit auf rund 6 Stunden geschätzt werden - da die Beschwerde weitgehend die vor dem DEKS vorgebrachten Argumente aufgreift - zu einem Stundensatz von rund 280 Franken (CHF 1'680). Hinzu kommen Pauschalkosten in Höhe von 10 % (Art. 63 BGG-KostenBGG-Kosten, durch Verweis auf Art. 67, CHF 168) sowie die Mehrwertsteuer zum Satz von 8,1 %, da die Aktivitäten nach dem 1. Januar 2024 durchgeführt wurden (CHF 149.70). Somit wird der Beschwerdeführerin ein Gesamtbetrag von CHF 1'997.70 als Parteientschädigung zugesprochen. Die Sache wird an das DEKS zur erneuten Entscheidung über die vor ihm zu verhängenden Kosten und Entschädigungen zurückgewiesen.

Durch diese aus  
diesen Gründen hat der Gerichtshof für öffentliches Recht

1. lässt die Beschwerde zu, hebt die angefochtene Entscheidung sowie die Entscheidung RTÜV vom 6. April 2022 auf und verweist die Sache im Sinne der Erwägungen an den RTÜV zurück.
2. Entscheidet kostenfrei und ordnet die Rückerstattung des Vorschusses an die Beschwerdeführerin an.
3. spricht der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von 1'997.70 Franken zu, die vom ORCT zu tragen ist.
4. Verweist die Sache an das DECS zur erneuten Entscheidung über die vor ihm zu verhängenden

Kosten und Auslagen. Neuchâtel, den 27. Juni 2024