

Beschwerdeentscheid

vom 16. Juni 2005

Es wirken mit: Ernst Diener, Claude Morvant, Maria Amgwerd, Richter
Ursula Rüttsche, juristische Sekretärin

In Sachen

S. AG,
(Beschwerdeführerin)
vertreten durch (...)
(Verwaltungsbeschwerde vom 2. Juli 2004)

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Effingerstrasse 31, 3003 Bern
(Vorinstanz)
(Verfügung vom 3. Juni 2004)

betreffend

Nacharbeit

hat sich ergeben:

- A. Die S. AG ist Herstellerin und Anbieterin von Lüftungs- und Klimageräten. Ihre Geschäftsbereiche umfassen den Bau von Klimageräten, Ventilationsspenglerei und Pulverbeschichtung. Sie beschäftigt rund 280 Mitarbeiter.

In ihrem Produktionswerk in H. betreibt sie eine eigene Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung. In der vollautomatisierten Blechbearbeitung arbeiten jeweils zwei Mitarbeiter und in der Pulverbeschichtung vier. Seit 1995 / 1996 arbeiten 12 Mitarbeiter im Zweischichtbetrieb von 04.00 Uhr bis 13.00 Uhr sowie von 13.00 Uhr bis 22.00 Uhr.

Die Bewilligung für Nachtarbeit des seco vom 26. Juni 2003 für die Zeit vom 7. Juli 2003 - 10. Juli 2004 erlaubte der S. AG für die Betriebsteile Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung gemäss Variante 1 einen Zweischichtbetrieb von Montag bis Freitag von 04.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 13.00 Uhr bis 23.00 Uhr für maximal zwölf Männer und Frauen. Die Variante 2 erlaubte einen Dreischichtbetrieb von Montag bis Freitag / Samstag-Nacht von 06.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr für maximal zwölf Männer und Frauen sowie von 22.00 Uhr bis 06.00 Uhr für maximal acht Männer und Frauen. Mit dieser Bewilligung wurde jene vom 4. Juni 2002 unverändert erneuert.

Am 7. Mai 2004 beantragte die S. AG beim seco, die bis 10. Juli 2004 gültige Nachtarbeitsbewilligung wiederum unverändert zu erneuern.

Mit Schreiben vom 11. Mai 2004 unterbreitete das seco der S. AG einen Bewilligungsentwurf mit einer Variante 1 für zwei Schichten und einer Variante 2 für drei Schichten. Dazu hielt es fest, das revidierte Arbeitsgesetz, das seit 1. August 2000 in Kraft ist, erlaube die Verschiebung des Beginns der Tagesarbeit auf 04.00 Uhr nicht mehr. Ein Arbeitsbeginn vor 05.00 Uhr falle immer in den Nachtzeitraum und müsse bewilligt werden. Hiefür müsse der Betrieb nachweisen können, dass dies technisch oder wirtschaftlich unentbehrlich sei. Der Wunsch der Arbeitnehmer genüge als Voraussetzung grundsätzlich nicht. Aus der Schlafforschung sei bekannt, dass ein regelmässiger Arbeitsbeginn vor 05.00 Uhr für die Mehrzahl aller Menschen mittel- und längerfristig gesundheitliche Schäden mit sich bringen könne. Nach dem Arbeitsgesetz seien wenn immer möglich gesundheitsverträgliche Arbeitszeitsysteme zu wählen. Aus diesen Gründen müsse das Gesuch um Schichtbeginn um 04.00 Uhr abgelehnt werden.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2004 ersuchte die S. AG das seco die Frage des Schichtbeginns um 04.00 Uhr nochmals neu zu beurteilen. Zur Begründung machte sie geltend, im Mai 2002 sei die zwingende Notwendigkeit des Schichtbeginns gegenüber dem seco begründet worden. Das seco habe die wirtschaftlich unent-

behrliche Betriebsweise anerkannt und den Schichtbeginn um 04.00 Uhr bewilligt. Bisher habe sie sich bemüht, den Dreischichtbetrieb zu vermeiden. Sollte ihr der Schichtbeginn um 04.00 Uhr verweigert werden, müsste sie diesen jedoch in Erwägung ziehen.

Am 3. Juni 2004 bewilligte das seco der S. AG für die Betriebsteile Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung wegen wirtschaftlich unentbehrlicher Betriebsweise gemäss Variante 1 - entgegen deren Antrag - einen Zweischichtbetrieb von Montag bis Freitag von 05.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 23.00 Uhr für maximal zwölf Männer und Frauen sowie gemäss Variante 2 von Montag bis Freitag / Samstag-Nacht einen Dreischichtbetrieb von 06.00 Uhr bis 14.00 Uhr und von 14.00 Uhr bis 22.00 Uhr für maximal zwölf Männer und Frauen sowie von 22.00 Uhr bis 06.00 Uhr für maximal acht Männer und Frauen. Diese Bewilligung gilt vom 11. Juli 2004 bis am 10. Juli 2007.

B. Diese Bewilligung focht die S. AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt T., am 2. Juli 2004 mit Beschwerde bei der Rekurskommission EVD an. Sie beantragt Folgendes:

1. Die Verfügung des Staatssekretariats für Wirtschaft seco, Direktion für Arbeit, vom 3. Juni 2004 sei aufzuheben.
2. Der S. AG sei die Bewilligung zu erteilen, in ihrem Betriebsteil "Blechbearbeitung, Pulverbeschichtung" mit maximal sechs Männern in einer Frühschicht von 4.00 Uhr bis 13.00 Uhr und mit maximal sechs Männern in einer Spätschicht von 13.00 Uhr bis 22.00 Uhr mit Schichtwechsel alle zwei Wochen zu arbeiten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge betreffend das Haupt- und Massnahmeverfahren zulasten der Beschwerdegegnerin / Vorinstanz, bzw. des Bundes.
4. Die vom Staatssekretariat für Wirtschaft seco, Direktion für Arbeit, der S. AG am 26. Juni 2003 erteilte Bewilligung für Nachtarbeit sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über die vorliegende Beschwerde zu verlängern.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, der Schichtbeginn um 04.00 Uhr in den Betriebsteilen Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung sei für sie nach wie vor wirtschaftlich unentbehrlich. Der Beginn der Morgenschicht um 05.00 Uhr hätte den Beginn der Nachmittagschicht um 14.00 Uhr zur Folge. Entsprechend könnte die (gesetzlich vorgeschriebene) Pause in der zweiten Schicht frühestens zwischen 17.30 Uhr und 18.00 Uhr stattfinden. Zu dieser Zeit seien jedoch die für die Pausenablösung benötigten Tagesmitarbeiter mit Spezialkenntnissen nicht mehr im Betrieb. Daher müssten die Anlagen während dieser Zeit stillgelegt werden, was zu erheblichen Mehrkosten führte. Damit die hohen Betriebskosten wirtschaftlich vernünftig auf die Produkte der S. AG verlegt werden könnten, müssten die Anlagen ununterbrochen während mindestens 18 Stunden laufen. Nur so könne sie den Dreischichtbetrieb vermeiden.

Die von ihr ersuchte Nachtarbeitsbewilligung sei insofern verhältnismässig als sie sich auf sechs Mitarbeiter für die erste sowie sechs Mitarbeiter für die zweite Schicht beschränke und nur die Vorverlegung des Arbeitsbeginns um eine Stunde (von 05.00 Uhr auf 04.00 Uhr) vorsehe. Von den sechs Mitarbeitern überwachten jeweils zwei die Anlage im Blechbearbeitungscenter; deren Arbeit bestehe also im Wesentlichen aus Präsenz. Alle zwölf betroffenen Schichtmitarbeiter bevorzugten den Beginn der Frühschicht um 04.00 Uhr. Ein Schichtende um 13.00 Uhr beziehungsweise 22.00 Uhr erleichtere es ihnen, den Kontakt zu ihrer Familie und zu Freunden zu pflegen.

Im Übrigen sei das seco im angefochtenen Entscheid nicht auf die Argumente der Beschwerdeführerin eingegangen. Insbesondere habe es nicht begründet, weshalb es der Auffassung sei, der Schichtbeginn um 04.00 Uhr sei für die Beschwerdeführerin nicht wirtschaftlich unentbehrlich. Dies erstaune umso mehr, als das seco die Nachtarbeitsbewilligung am 26. Juni 2003 noch mit der Begründung der „wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit“ erteilte.

- C. Mit Zwischenverfügung vom 13. Juli 2004 verlängerte die Rekurskommission EVD die vom seco im Rahmen der Verfügung vom 26. Juni 2003 erteilte Bewilligung für Nachtarbeit bis zum Entscheid in der Hauptsache.
- D. Am 26. Juli 2004 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine Kopie eines am 6. Juli 2004 an das seco gerichteten Schreibens des Bau- Umwelt- und Wirtschaftsdepartements des Kantons L. ein. Darin wird ausgeführt, es sei unverständlich, dass das seco - ohne die grundlegenden Fakten einzuverlangen oder zu prüfen - der S. AG die Nachtarbeitsbewilligung zum Schichtbeginn um 04.00 Uhr nicht erneuert habe. Sie unterstützten die gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde und ersuchten das seco, die Angelegenheit auf Grund der beigebrachten Unterlagen nochmals zu prüfen.

Mit Vernehmlassung vom 1. September 2004 beantragt das seco die Abweisung der Beschwerde. Es führt aus, Studien belegten, dass der Schichtbeginn um 04.00 Uhr für die Gesundheit sehr schädlich sei. Unter den alten arbeitsrechtlichen Bestimmungen sei der Schichtbeginn um 04.00 Uhr noch zulässig gewesen. Neu müsse der Betrieb jedoch eine technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit dafür nachweisen können. Es genüge grundsätzlich nicht, wenn die Mitarbeiter den Schichtbeginn um 04.00 Uhr wünschten. Das seco habe die Praxis befolgt, den Betrieben nach der Änderung des Arbeitsgesetzes eine Übergangsfrist zur Neustrukturierung innerhalb des Betriebs zu geben. Hätte die Beschwerdeführerin die Unentbehrlichkeit für den 4-Uhr-Beginn bereits in den Jahren 2002 und 2003

belegen können, so wäre dem Betrieb eine Bewilligung für drei Jahre ausgestellt worden. Da dies nicht der Fall gewesen sei, habe es auf den Bewilligungen vom 4. Juni 2002 sowie vom 26. Juni 2003 vermerkt, dass diese ohne Präjudiz für weitere Bewilligungen erteilt würden, da der vorliegende Stundenplan den gesetzlichen Vorschriften nur teilweise entspreche (4-Uhr Beginn). Nach Auffassung des seco stünden der Verschiebung des Arbeitsbeginns auf 05.00 Uhr hauptsächlich organisatorische Gründe und der Wunsch der Mitarbeiter entgegen und nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Kostensteigerung wegen Stilllegung der Anlagen. Die Wünsche der Mitarbeiter würden nur dann berücksichtigt, wenn diese nicht mit gesundheitlichen Nachteilen verbunden seien. Aus Gründen der Gleichbehandlung könne der Schichtbeginn um 04.00 Uhr nicht mehr bewilligt werden.

Mit Schreiben vom 30. September 2004 führt die Beschwerdeführerin aus, die Studien, auf die sich das seco stütze, belegten die Schädlichkeit des Schichtbeginns um 04.00 Uhr nicht. Den absolut besten Schichtplan gebe es nicht. Von zentraler Bedeutung sei der Einbezug der Mitarbeiter in die Schichtgestaltung; diese wünschten den Schichtbeginn um 04.00 Uhr und das damit verbundene frühere Schichtende. Dies steigere deren Zufriedenheit und Motivation, was sich arbeitsmedizinisch wiederum positiv auswirke.

- E. An der öffentlichen Verhandlung vom 30. Mai 2005 hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, ihren Standpunkt vor der Rekurskommission EVD nochmals eingehend darzulegen.

Auf die Vorbringen der Parteien wird - soweit sie für den Entscheid als erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission EVD zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid des seco vom 3. Juni 2004 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; vgl. Art. 5 Abs. 1). Diese Verfügung kann nach Artikel 55 Arbeitsgesetz (zitiert in E. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Beschwerde bei der Rekurskommission EVD angefochten werden.

Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 48 Bst. a VwVG).

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (vgl. Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (vgl. Art. 63 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Nach dem Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) gilt die Arbeit von 06.00 Uhr bis 20.00 Uhr als Tagesarbeit, die Arbeit von 20.00 Uhr bis 23.00 Uhr ist Abendarbeit. Tages- und Abendarbeit sind bewilligungsfrei. Abendarbeit kann vom Arbeitgeber nach Anhörung der Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder, wo eine solche nicht besteht, der betroffenen Arbeitnehmer eingeführt werden (Art. 10 Abs. 1 ArG). Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit können zwischen 05.00 Uhr und 24.00 Uhr anders festgelegt werden, wenn die Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmt. Die betriebliche Tages- und Abendarbeit beträgt auch in diesem Falle höchstens 17 Stunden (Art. 10 Abs. 2 ArG).

Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit nach Artikel 10 ist untersagt. Vorbehalten bleiben die nach Artikel 17 bewilligten Ausnahmen (vgl. Art. 16 ArG). Desgleichen ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern zwischen Samstag 23.00 Uhr und Sonntag 23.00 Uhr unter Vorbehalt der nach Artikel 19 bewilligten Ausnahmen untersagt (vgl. Art. 18 ArG).

Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 ArG). Das Bundesamt ist für die Bewilligung zuständig (vgl. Art. 17 Abs. 5 ArG).

- 2.1. Die Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) bestimmt in Artikel 28 unter der Sachüberschrift "Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit":

¹Technische Unentbehrlichkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen oder aufgeschoben werden können, weil:

- a. mit der Unterbrechung oder dem Aufschub erhebliche und unzumutbare Nachteile für die Produktion und das Arbeitsergebnis oder die Betriebseinrichtungen verbunden sind;
- b. andernfalls die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder die Umgebung des Betriebes gefährdet werden.

²Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt vor, wenn:

- a. die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiederingangsetzung hohe Zusatzkosten verursachen, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit eine merkliche Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs gegenüber seinen Konkurrenten zur Folge hat oder haben könnte;
- b. das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können;
- c. die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit vergleichbarem sozialem Standard wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland erheblich beeinträchtigt ist und durch die Bewilligung die Beschäftigung mit grosser Wahrscheinlichkeit gesichert wird.

³Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt sind die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist. Solche Konsumbedürfnisse sind:

- a. täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde; und
- b. bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt.

⁴Unentbehrlichkeit wird für die im Anhang aufgeführten Produktions- und Arbeitsverfahren vermutet.

2.2. Die zuständige Behörde ist ermächtigt, in ihren Arbeitszeitbewilligungen ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung vorzusehen, soweit der Befolgung dieser Vorschriften ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betriebe vorliegt (Art. 28 ArG).

3. Die Beschwerdeführerin rügt, das seco sei im angefochtenen Entscheid nicht auf ihre Argumente eingegangen. Insbesondere habe es nicht begründet, weshalb es der Auffassung sei, der Schichtbeginn um 04.00 Uhr sei für die Beschwerdeführerin nicht wirtschaftlich unentbehrlich.

Sinngemäss macht sie damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Wie es sich damit verhält, ist vorab zu prüfen.

- 3.1. Nach Artikel 35 VwVG sind schriftliche Verfügungen zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die Behörde kann indessen auf Begründung und Rechtsmittelbelehrung verzichten, wenn sie den Begehren der Parteien voll entspricht und keine Partei eine Begründung verlangt.

Artikel 50 Absatz 1 ArG bestimmt, dass die auf Grund des Gesetzes oder einer Verordnung getroffenen Verfügungen schriftlich zu eröffnen sind. Verfügungen, durch welche ein Gesuch ganz oder teilweise abgelehnt wird, sind zu begründen, unter Hinweis auf Beschwerderecht, Beschwerdefrist und Beschwerdeinstanz.

Ein Anspruch auf Begründung ergibt sich im Übrigen generell aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Der Gehörsanspruch gewährleistet allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Allgemeinheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (vgl. hierzu und zum Folgenden: Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung in: ZBI 1998 S. 97 ff., insb. S. 100 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 122 I 53 E. 4a, 120 Ib 379 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen).

- 3.2. Aufgrund des Gesuchs um Erneuerung der Arbeitszeitbewilligung unterbreitete das seco der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. Mai 2004 einen Verfügungsentwurf und erklärte, dass es den Schichtbeginn um 04.00 Uhr nicht mehr bewilligen könne. Auf etwas mehr als einer Seite erläuterte es, inwiefern sich im Jahr 2000 die Rechtslage geändert habe und dass die Beschwerdeführerin die nun erforderlichen Voraussetzungen für einen Schichtbeginn um 04.00 Uhr nicht (mehr) erfülle.

Die Beschwerdeführerin nutzte die Gelegenheit zur Stellungnahme, indem sie mit Schreiben vom 18. Mai 2004 an das seco darlegte, aus welchen Gründen der Schichtbeginn um 04.00 Uhr für sie nach wie vor unentbehrlich sei.

Mit diesem Vorgehen ist der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör im Sinne der vorstehend erwähnten Rechtsgrundsätze gewährt worden.

- 3.3. Die „Bewilligung für Nachtarbeit“ vom 3. Juni 2004 ist eine Formularverfügung, in welcher als Begründung lediglich "wirtschaftlich unentbehrliche Betriebsweise" festgehalten ist und im Übrigen auf die Rechtsgrundlagen im Arbeitsgesetz verwiesen wird.

Da es sich bei den Arbeitszeitbewilligungen um Verfügungen handelt, die in grosser Zahl ausgestellt werden, ist nicht zu beanstanden, dass sie als Formular ausgestaltet sind und die Begründung sich gezwungenermassen auf wenige Stichworte beschränkt. In Verbindung mit der vorgängig eingeräumten Möglichkeit, sich zur Rechtsauffassung des seco und zum Verfügungsentwurf zu äussern, ist die Beschwerdeführerin dennoch in die Lage versetzt worden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in Kenntnis der wesentlichen Umstände an die Beschwerdeinstanz weiter zu ziehen.

Die Begründung braucht nicht zwingend in der Verfügung selbst enthalten zu sein, sie kann sich insbesondere auch aus einer separaten schriftlichen Mitteilung ergeben (vgl. BGE 113 II 204 E. 2) wie sie mit dem Schreiben des seco vom 11. Mai 2004 vorliegt. Insofern entspricht in diesem Fall die minimale Begründung in der angefochtenen Verfügung den Anforderungen nach Artikel 29 Absatz 2 BV und damit Artikel 35 VwVG.

- 3.4. Im Übrigen bietet im Beschwerdeverfahren die Vernehmlassung zur Beschwerde (vgl. Art. 57 VwVG) der Vorinstanz Gelegenheit, die Begründung der angefochtenen Verfügung inhaltlich zu vertiefen.

Das seco erläutert in seiner Vernehmlassung an die Rekurskommission EVD vom 1. September 2004 die Gründe für diesen Entscheid noch einmal eingehend und erklärt insbesondere, weshalb der Beschwerdeführerin der Schichtbeginn um 04.00 Uhr nicht bewilligt werden könne. Für die Jahre 2002 und 2003 habe sie der Beschwerdeführerin den Schichtbeginn um 04.00 Uhr ausnahmsweise und jeweils auf ein Jahr befristet bewilligt, um ihr Zeit für eine allfällige Umstrukturierung zu geben. Im Sinne einer Vorwarnung habe das seco bereits in diesen beiden Verfügungen vermerkt, dass der Arbeitszeitplan den gesetzlichen Vorschriften nur teilweise entspreche (4-Uhr Beginn).

Die Beschwerdeführerin hatte nach Akteneinsicht Gelegenheit, sich mit Eingabe vom 30. September 2004 zum Standpunkt des seco zu äussern.

Soweit man annehmen wollte, das rechtliche Gehör sei infolge ungenügender Begründung der angefochtenen Verfügung verletzt worden, wäre dieser Mangel als geheilt zu betrachten (vgl. BGE 126 I 68 E. 2; Häfelin / Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 986 f.; Kölz / Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 131, 155, 257). Denn im vorliegenden Verfahren besteht die Möglichkeit, sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei zu überprüfen (Art. 49 VwVG). Der Rekurskommission EVD kommt insofern die gleiche Prüfungsbefugnis wie dem seco zu.

4. Die „Bewilligung für Nachtarbeit“ des seco vom 3. Juni 2004 erlaubt für die Betriebsteile Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung mit der Begründung: "wirtschaftlich unentbehrliche Betriebsweise" folgende zwei Arbeitszeit-Varianten:

Art	Wochentage	Beginn frühestens	Ende spätestens	Maximal Männer Frauen
Variante 1:				
1. Schicht	Montag bis Freitag	05:00	14:00	12
2. Schicht	Montag bis Freitag	14:00	23:00	12
Variante 2:				
1. Schicht	Montag bis Freitag	06:00	14:00	12
2. Schicht	Montag bis Freitag	14:00	22:00	12
3. Schicht	Montag/Dienstag-Nacht bis Freitag/Samstag- Nacht	22:00	06:00	8

Damit hat das seco der Beschwerdeführerin für die Betriebsteile Blechbearbeitung und Pulverbeschichtung einerseits den Dreischichtbetrieb mit sieben Stunden Nachtarbeit (23.00 Uhr bis 06.00 Uhr) bewilligt und andererseits im Zweischichtbetrieb eine Stunde Nachtarbeit zum Arbeitsbeginn um 04.00 Uhr verweigert.

Die Ablehnung des Arbeitsbeginns um 04.00 Uhr begründet das seco hauptsächlich mit zwei Argumenten.

- Die S. AG müsse für den Schichtbeginn um 04.00 Uhr den Nachweis der technischen beziehungsweise wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit erbringen.
- Aus der Schlafforschung sei bekannt, dass ein regelmässiger Arbeitsbeginn vor 05.00 Uhr gesundheitliche Schäden mit sich bringen könne. Wenn immer möglich seien gesundheitsverträgliche Arbeitszeitsysteme zu wählen.

Die Beschwerdeführerin ist in erster Linie an der Beibehaltung des Zweischichtbetriebs interessiert und möchte den Dreischichtbetrieb nach Möglichkeit vermeiden. Im Folgenden ist vor dem Hintergrund der massgebenden Bestimmungen zu prüfen, ob das seco den Arbeitsbeginn um 04.00 Uhr für den Zweischichtbetrieb zu Recht verweigerte und wie dieser Entscheid im Lichte des bewilligten Dreischichtbetriebs zu werten ist.

- 4.1. Das Anliegen der Beschwerdeführerin besteht darin, ihre Anlagen 18 Stunden pro Tag laufen zu lassen, damit die Möglichkeiten der automatischen Anlagen angesichts der hohen Betriebskosten voll ausgeschöpft werden können. Sie möchte die mit einer temporären Stilllegung der Anlagen verbundenen Mehrkosten sowie zusätzliche Kosten für die Sicherstellung der Schichtpausenablösung vermeiden. Nur so bleibe sie konkurrenzfähig.

Das seco macht geltend, der Beschwerdeführerin wäre der Arbeitsbeginn um 04.00 Uhr für drei Jahre bewilligt worden, falls diese die Unentbehrlichkeit für den 4-Uhr-Beginn bereits in den Jahren 2002 und 2003 hätte belegen können. Das seco habe die Praxis verfolgt, den Betrieben nach der Änderung des Arbeitsgesetzes eine Übergangsfrist zur Neustrukturierung innerhalb des Betriebs zu geben. Auf den Bewilligungen vom 4. Juni 2002 sowie vom 26. Juni 2003 habe es deshalb vermerkt, dass diese ohne Präjudiz für weitere Bewilligungen erteilt würden, da der bewilligte Stundenplan den gesetzlichen Vorschriften nur teilweise entspreche (4-Uhr-Beginn). Nach Auffassung des seco stehen einem Arbeitsbeginn um 05.00 Uhr hauptsächlich organisatorische Gründe und der Wunsch der Mitarbeiter entgegen und nicht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Kostensteigerung wegen Stilllegung der Anlagen.

- 4.1.1. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird vom Bundesamt bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (vgl. Art. 17 Abs. 2 und 5 ArG).

Der Bundesrat hat Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit in Artikel 28 ArGV 1 im Sinne von Artikel 40 Absatz 1 Buchstabe b ArG wie folgt näher umschrieben:

Technische Unentbehrlichkeit liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen oder aufgeschoben werden können (vgl. Art. 28 Abs. 1 ArGV 1).

Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt vor, wenn: die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiederingangsetzung hohe Zusatzkosten

verursachen (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1), das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst. b ArGV 1) oder die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit einem vergleichbaren sozialen Standard wegen längeren Arbeitszeiten im Ausland erheblich beeinträchtigt ist (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1).

- 4.1.2. Die Beschwerdeführerin macht keine technische Unentbehrlichkeit im oben dargelegten Sinne oder allfällige andere technische Gründe geltend.

Mit ihren Vorbringen beruft sie sich auf ein wirtschaftliches Argument. Dabei geht es bei der Beschwerdeführerin nicht um unvermeidlich hohe Investitionskosten, die ohne Nachtarbeit nicht amortisiert werden könnten oder um die Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit einem vergleichbaren sozialen Standard.

Am ehesten kann das Argument der Beschwerdeführerin mit Artikel 28 Absatz 2 Buchstabe a ArGV 1 in Verbindung gebracht werden wonach die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit namentlich dann vorliegt, wenn

"die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiederingangsetzung hohe Zusatzkosten verursachen, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit eine merkliche Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs gegenüber seinen Konkurrenten zur Folge hat oder haben könnte"

- 4.1.3. In der Wegleitung des seco zu dieser Bestimmung wird festgehalten, dass es dabei um Produktionsverfahren gehe, die bei jedem Unterbruch ausserordentlich hohe Verluste an Energie, Material oder Produktionszeit verursachen. Beim Abstellen und Leerfahren einer Anlage könne Ausschussmaterial anfallen, Energie werde gebraucht, und es werde Produktionszeit für Reinigungsarbeiten verbraucht, ohne dass ein brauchbares Produkt entstehe. Beim Wiederanfahren könne ebenfalls Ausschussmaterial anfallen, weil nicht von Anfang an die verlangte Qualität erreicht werde oder zusätzliche Energie und Produktionszeit ohne positives Resultat verbraucht werde. Diese zusätzlichen Verluste seien aber nur relevant, wenn sich daraus eine Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Betrieben ergebe, die zum Beispiel nach anderen Verfahren mit geringeren oder vernachlässigbaren Unterbruchskosten arbeiten oder sich nicht an Nachtarbeitsverbote halten müssen. Die Begründung der Unentbehrlichkeit nach Buchstabe a sei deshalb oft mit einer solchen nach Buchstabe c der Bestimmung verbunden.

Bei den Kosten für die Sicherstellung der Schichtpausenablösung zur Vermeidung einer Stilllegung der Anlagen handelt es sich nicht um Kosten, die durch die Unterbrechung und Wiederingangsetzung eines Arbeitsverfahrens verursacht werden.

- 4.1.4. Nach der Wegleitung des seco ist die hier interessierende Vorschrift auf Produktionsverfahren zugeschnitten, die ihrer Natur nach bei jedem Unterbruch Verluste an Energie, Material und Zeit verursachen. Darunter sind Verluste zu verstehen, die dem jeweiligen Verfahren immanent sind.

Die Beschwerdeführerin möchte dagegen Kosten vermeiden, die ohne Sicherstellung der Pausenablösung bei einem Stillstand der Anlagen entstünden. Insofern geht es um Kosten, die bei Ausfällen jeglicher Art von Anlagen entstehen. Es handelt sich also nicht um Kosten, die sich aus der Natur des speziellen Produktionsverfahrens ergeben.

Demzufolge lässt sich die Situation im Betrieb der Beschwerdeführerin nicht unter den Tatbestand von Artikel 28 Absatz 2 Buchstabe a ArGV 1 subsumieren.

- 4.1.5. Nach der Wegleitung des seco ist die Begründung der Unentbehrlichkeit nach Buchstabe a oft mit einer solchen nach Buchstabe c der Bestimmung (Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit einem vergleichbaren sozialen Standard) verbunden.

Die Beschwerdeführerin erwähnt zwar eine Konkurrenzsituation mit einem Betrieb aus S.. Ihre Angaben diesbezüglich sind aber zu wenig konkret, als dass sich daraus für die vorliegende Problematik entscheidende Schlussfolgerungen nach Artikel 28 Absatz 2 Buchstabe c ArGV 1 ziehen liessen. Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, inwiefern ein Arbeitsbeginn im Tageszeitraum die Konkurrenzsituation mit dem Ausland entscheidend beeinflusste.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass sich die Situation im Betrieb der Beschwerdeführerin insgesamt nicht unter einen der Tatbestände nach Artikel 28 ArGV 1 subsumieren lässt.

- 4.2. Es stellt sich daher die Frage, ob nebst den in der Verordnung ausdrücklich geregelten Tatbeständen weitere in Betracht fallen, bei denen im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 ArG Nachtarbeit aus wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich

erscheint oder ob die Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit im Sinne des Gesetzes zu verneinen ist.

Absatz 1 von Artikel 28 ArGV 1 wird mit der Umschreibung von Tatbeständen eingeleitet, bei denen "insbesondere" technische Unentbehrlichkeit vorliegt. Durch die Wortwahl wird ausgedrückt, dass es daneben noch weitere Tatbestände technischer Unentbehrlichkeit von Nachtarbeit geben kann.

Im Unterschied zu Absatz 1 fehlt in Absatz 2 das Wort "insbesondere". Auf Grund dieser Redaktion ist von einer abschliessenden Aufzählung auszugehen. Weitere Tatbestände wären allenfalls denkbar, es liegt indessen nicht am Richter, diese Auslegung des Bundesrates zu erweitern (vgl. unveröffentlichter Entscheidung der REKO/EVD vom 6. September 2004 i. S. M. [MB/2003-8] E. 3.3.2).

Somit ist für das Anliegen der Beschwerdeführerin eine Unentbehrlichkeit im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 ArG, wie sie in Artikel 28 ArGV 1 enger umschrieben wird, zu verneinen.

- 4.3. Es stellt sich die Frage, ob die Nachtarbeitsbewilligung nach Artikel 28 ArG als ausnahmsweise geringfügige Abweichung von den Vorschriften des Gesetzes zu erteilen ist (vgl. unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO/EVD vom 2. April 2004 i. S. S. [02/MB-104] E. 7 ff.). Das seco äussert sich zur Möglichkeit einer Ausnahmbewilligung nicht.

Die Gründe der Beschwerdeführerin für einen Schichtbeginn um 04.00 Uhr sind in Wesentlichen die folgenden:

- die zusätzlichen Kosten vermeiden, die bei einem Schichtbeginn um 05.00 Uhr entstünden;
- den Dreischichtbetrieb möglichst vermeiden;
- dem Wunsch der Mitarbeiter entsprechen.

Im Übrigen betont die Beschwerdeführerin, von ihren 280 Mitarbeitern im Betrieb seien lediglich 12 von der einen Stunde Nachtarbeit betroffen. Jeweils zwei der sechs pro Schicht betroffenen Mitarbeiter überwachten die Anlage im Blechbearbeitungscenter; deren Arbeit bestehe also im Wesentlichen aus Präsenz. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit stelle eine Abweichung von 60 Minuten vom Tagesanfang eine geringfügige Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften dar.

- 4.3.1. Die zentralen Tatbestandselemente von Artikel 28 ArG sind "geringfügige Abweichungen von den Vorschriften", "ausserordentliche Schwierigkeiten, die der Befolgung entgegenstehen" sowie "das Einverständnis der Mehrheit der Arbeitnehmer oder ihrer Betriebsvertretung".

Was als "ausserordentliche entgegenstehende Schwierigkeiten" und "geringfügige Abweichung" zu gelten hat, wird weder in den Gesetzesmaterialien noch - soweit ersichtlich - im Schrifttum oder in der Judikatur näher umschrieben.

In der Wegleitung des seco zu Artikel 28 ArG wird hierzu - mit Blick auf den Umfang der Abweichungen - ausgeführt, die zuständige Behörde dürfe diesen Artikel nur mit aller Zurückhaltung und unter Berücksichtigung der Konsequenzen für den ordnungsgemässen Gesetzesvollzug anwenden. Massgebend sei, dass die "Substanz" des Schutzgedankens, welcher der betreffenden Vorschrift zu Grunde liege, durch die Abweichung nicht verloren gehe. Die Schwierigkeiten müssen "ausserordentlich" sein. Zudem dürfen sie nicht das Ergebnis einer ungenügenden Organisation der betreffenden Arbeiten oder Arbeitsabläufe sein, sondern sie müssen sich aus Umständen ergeben, die objektiv dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen sind, wie etwa Fahrpläne öffentlicher Transportmittel, Abwesenheiten in Folge von Militärdienst oder Krankheit etc. Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass sie sich nicht auf andere Weise beheben lassen (vgl. Walther Hug, Commentaire de la loi fédérale sur le travail, Berne 1971, Bemerkungen zu Artikel 28 ArG, Ziff. II.2., S. 238 - 239). Solche objektive und anerkennungswürdige Schwierigkeiten können demnach betrieblicher Natur sein oder im Umfeld der Arbeitnehmer begründet sein.

Die Rekurskommission EVD hat in Bezug auf Artikel 28 ArG erkannt, dass der Gesetzgeber damit das notwendige Instrumentarium bereitgestellt habe, um im Einzelfall - abweichend vom generellen Massstab für den Nacht/Tag-Wechsel - eine befriedigende Lösung zu ermöglichen (vgl. Entscheid der REKO/EVD vom 6. September 2004 i. S. M. [MB/2003-8] E. 4.2).

- 4.3.2. Die Beschwerdeführerin legt mit den folgenden Argumenten dar, inwiefern für sie ein Schichtbeginn um 05.00 Uhr mit neuen Kosten verbunden wäre.

Sie führt aus, während der Pausen der Schichtmitarbeiter würden die Anlagen jeweils durch bestimmte Tagesmitarbeiter mit Spezialwissen betrieben. Die Pausen hätten nach der gesetzlichen Regelung um die Mitte einer Schicht zu erfolgen. Bei einem Schichtbeginn um 04.00 Uhr finde die Pause der Nachmittagsschicht um 16.30 Uhr statt, also 3.5 Arbeitsstunden nach Beginn der Nachmittagsschicht um 13.00 Uhr. Würde die Nachmittagsschicht

schicht - in Folge des Schichtbeginns um 05.00 Uhr - um 14.00 Uhr beginnen und wollte man die Pause um 16.30 Uhr beibehalten, um die Ablösung durch vorhandene Spezialisten sichern zu können, müssten die Schichtmitarbeiter nach der Pause bis zum Schichtende um 23.00 Uhr 6.5 Stunden ohne Pause arbeiten. Wenn die Nachmittagsschichtpause zwischen 17.30 und 18.00 Uhr stattfinden müsste, stünden die für die Bedienung der Anlagen während den Pausen ausgebildeten Tagesmitarbeiter nicht mehr zur Verfügung, weil deren Arbeitszeit um 17.00 Uhr ende.

Die zusätzlichen Kosten für die Sicherstellung der Pausenablösungen ergäben sich unter anderem wegen der Notwendigkeit des Beizugs oder der Ausbildung von weiteren Spezialisten für die Pausenablösung. Extern fände man kaum neue Mitarbeiter, die bereit wären, sich lediglich für die halbe Stunde Pausenablösung am Nachmittag anstellen zu lassen. Infolgedessen müsste die Pausenablösung intern geregelt werden, was sich mit einem täglichen Zweischichtbetrieb während 18 Stunden kaum organisieren lasse. Eine gestaffelte Pause der Mitarbeiter sei nicht möglich, da die einzelnen Schichtmitarbeiter in einen bestimmten Arbeitsablauf eingebunden seien und kein Glied in der Arbeits-Kette fehlen dürfe.

Eine detaillierte Berechnung zeige, dass eine Stilllegung der Anlagen infolge eines Schichtbeginns um 05.00 Uhr jährliche Mehrkosten von insgesamt über Fr. 380 000.- und eine Verteuerung der Fertigungskosten um 7 Prozent zur Folge hätte. Dies führte zu einer merklichen Schwächung der Beschwerdeführerin gegenüber ihrem Hauptkonkurrenten aus dem Südtirol.

Die Schwierigkeiten, die für die Beschwerdeführerin mit einem Schichtbeginn um 05.00 Uhr verbunden wären und insofern der Einhaltung der Vorschrift entgegenstehen, sind in dem Sinne ausserordentlich, als es sich um Schwierigkeiten handelt, die mit der dargelegten spezifischen Konstellation in ihrem Betrieb zusammenhängen.

- 4.3.3. Das seco hat der Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Verfügung, ausgehend von der gesetzlichen Tages- und Abendarbeit von 06.00 Uhr bis 23.00 Uhr (17 Stunden; vgl. Art. 10 Abs. 1 und 2 ArG), für den Zeitraum zwischen 05.00 Uhr und 06.00 Uhr eine Stunde Nachtarbeit bewilligt. Indem es die Arbeit von 05.00 Uhr bis 23.00 Uhr bewilligte, trug es dem Bedürfnis nach einem 18 Stunden Arbeitstag im Zweischichtbetrieb Rechnung. Damit geht die Bewilligung über die blosse Verschiebung der Grenzen der Tages- und Abendarbeit - die höchstens 17 Stunden umfassen darf - hinaus.

Insofern hat das seco ein "dringendes Bedürfnis" für Nachtarbeit nach Artikel 17 Absatz 4 ArG beziehungsweise 18 Stunden für einen Zweischichtbetrieb

offenbar als nachgewiesen erachtet. Betreffend Sinn und Zweck dieser Bestimmung wird in der Wegleitung des seco ausgeführt:

Dieser Absatz enthält eine Ausnahmeregelung zu Absatz 2. Sie besagt, dass Nachtarbeit zwischen 5 Uhr und 6 Uhr sowie zwischen 23 Uhr und 24 Uhr bewilligt wird, sofern ein dringendes Bedürfnis vorliegt. Diese Abweichung berücksichtigt bestehende Zweischichtsysteme, die häufig Schichtlängen von bis zu 9 Stunden aufweisen. Da der gesamte bewilligungsfreie Tages- und Abendzeitraum nicht 18 sondern nur 17 Stunden umfasst, müsste für eine einzige Randstunde die technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nachgewiesen werden. Dies würde in vielen Fällen zu einem aufwendigen Verfahren führen, und der Unentbehrlichkeitsnachweis wäre wohl häufig schwierig. Aus Überlegungen der Verhältnismässigkeit wollte der Gesetzgeber dieses weit verbreitete Schichtsystem nicht unnötig behindern.

In diesem Sinne anerkannte das seco die besondere Situation für eine Stunde Nachtarbeit, ohne dass es jedoch prüfen musste, ob eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit gegeben sei.

Weiter fällt in Betracht, dass das seco der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung mit der Variante 2 den Dreischichtbetrieb bewilligte. Damit anerkannte das seco, dass die mit dem Dreischichtbetrieb zwangsläufig verbundene Nachtarbeit von 23.00 Uhr bis 06.00 Uhr aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (vgl. Art. 17 Abs. 2 ArG). In dessen möchte die Beschwerdeführerin den Dreischichtbetrieb mit sieben Stunden Nachtarbeit - ungeachtet der Bewilligung - nach Möglichkeit vermeiden.

Somit geht es einzig noch um die Frage, ob der bewilligte Schichtplan, der einen Zeitraum von 18 Stunden mit einer Stunde Nachtarbeit umfasst, ausnahmsweise um eine Stunde vorverschoben werden kann, um die betriebspezifische Problemsituation der S. AG verhältnismässig und befriedigend zu lösen.

- 4.3.4. Das Anliegen der Beschwerdeführerin deckt sich mit den familiär und gesellschaftlich begründeten Bedürfnissen ihrer Mitarbeiter. Sie führt überzeugend aus, die Mitarbeiter könnten bei Schichtende um 13.00 Uhr noch zu Hause mit ihren Familien oder in einem Restaurant zu Mittag essen. Weil der Betrieb über keine Kantine verfüge und in den Restaurants der Umgebung warme Küche nur bis 14.00 Uhr erhältlich sei, könnten die Mitarbeiter bei Schichtende um 14.00 Uhr keine warme Mahlzeit mehr einnehmen. Abends habe ein Schichtende um 22.00 Uhr den Vorteil, dass sie ihre Familien und Freunde noch sehen könnten, bevor diese zu Bett gingen. Da die Mitarbeiter in Hitzkirch selbst oder in der näheren Umgebung wohnten, brauchten sie für die kurzen Arbeitswege nur wenig Zeit.

Die Beschwerdeführerin betont weiter, dass es für sie von zentraler Bedeutung sei, die Schichtmitarbeiter in die Arbeitszeitgestaltung mit einzubeziehen. Dies steigere deren Zufriedenheit und Motivation, was sich arbeitsmedizinisch wiederum positiv auswirke. Deshalb wolle sie dem Wunsch der betroffenen zwölf Schichtmitarbeiter, die den Schichtbeginn um 04.00 Uhr und das damit verbundene, frühere Schichtende bevorzugten, nachkommen.

Seit Einführung des Zweischichtbetriebs im Jahr 1995 / 1996 seien die Arbeitszeiten nie verändert worden. Diese Kontinuität bewerteten insbesondere die langjährigen Schichtmitarbeiter als positiv. In einer Petition forderten die betroffenen Mitarbeiter den Schichtbeginn um 04.00 Uhr. Damit stimmen sie einer Abweichung von den Vorschriften zu.

Die Bewilligung einer Stunde Nachtarbeit respektierte somit das Grundpostulat des Arbeitsgesetzes "Sozialschutz der Arbeitnehmer" (vgl. unveröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO/EVD vom 6. September 2004 i. S. M. [MB/2003-8] E. 4.1.1) und entspräche gleichzeitig dem Wunsch der Arbeitnehmer.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll das Nachtarbeitsverbot den negativen Auswirkungen von Nachtarbeit auf die Gesundheit, das familiäre und das soziale Leben Rechnung tragen (vgl. BGE 116 Ib 270 E. 4a; Hans Ueli Schürer, Arbeitsrecht in der Gerichtspraxis, Band II, Zürich 1997, Kapitel 1.3). Unter den gegebenen Umständen kann indessen nicht gesagt werden, das Anliegen der Beschwerdeführerin kollidiere - obwohl es eine Stunde Nachtarbeit nach sich zieht - mit dem Schutz des familiären und sozialen Lebens, der mit dem Nachtarbeitsverbot angestrebt wird. Die Nachteile für den Betrieb erbrächten demzufolge keine Vorteile für die Mitarbeiter, im Gegenteil.

- 4.3.5. Das seco macht generell geltend, ein regelmässiger Arbeitsbeginn vor 05.00 Uhr könne gesundheitliche Schäden mit sich bringen.

Die wissenschaftlichen Studien, auf die sich das seco beruft, tendieren zwar auf einen Arbeitsbeginn zwischen 05.00 und 06.00 Uhr, da die Schichtmitarbeiter dann genügend Schlaf hätten. Hingegen geht daraus nicht hervor, dass ein früherer Beginn gesundheitsschädigend ist (vgl. BGAG-Report [Berufsgenossenschaftliches Institut Arbeit und Gesundheit, Dresden], Literaturstudie zu Lage und Dauer der Arbeitszeit aus Sicht des Arbeitsschutzes, Hrsg: Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften (HVBG), Sankt Augustin 2002, S. 65; Leitfaden zur Einführung und Gestaltung von Nacht- und Schichtarbeit, Hrsg: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, bearbeitet von Dr. Beate Beermann, Dortmund 2002, S. 14;

Plain Language about shiftwork, Roger R. Rosa, Michael J. Colligan, Hrsg: U.S. Department of Health and Human Services, Cincinnati 1997, S. 23).

Es wird die Erkenntnis gewonnen, dass die Aufnahme der Arbeit grösstenteils eine Sache der örtlichen Gebräuche sei (vgl. Europäische Zeitstudien, best, Schichtarbeit und Gesundheit, Hrsg: Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, Luxemburg 2000, S. 16 - 17), und es wird festgestellt, dass es auch Modelle gebe, bei denen die Arbeit bereits um 04.00 Uhr aufgenommen werde. Die Folgerung hingegen, dass damit gesundheitliche Probleme verbunden sein könnten, wird nicht gezogen. Offenbar liegt die ideale Tag / Nachtgrenze - aus gesundheitlicher Perspektive - zwischen 04.00 und 06.00 Uhr. Eine exakte Grenze lässt sich aber wissenschaftlich nicht genau bestimmen.

Selbst wenn anzunehmen ist, dass sich regelmässige Nachtarbeit während längerer Zeit negativ auf die Gesundheit auswirken kann, dürfte diese Erkenntnis im vorliegenden Fall nicht unbesehen gegen eine Bewilligung der beantragten Nachtarbeit verwendet werden. Die einschlägigen Studien beschäftigen sich mit der Frage, wie sich Arbeit, die während *mehreren* Stunden in der Nacht ausgeführt wird, über längere Zeit auswirkt.

Bei den Schichtmitarbeitern der Beschwerdeführerin, die ihre Schicht seit 1995 / 1996 um 04.00 Uhr beginnen, liegen keine Hinweise auf Gesundheitsschäden vor. In tatsächlicher Hinsicht gibt es gegenüber früher keine Änderungen, welche die Gefährlichkeit der Nachtarbeit für die Gesundheit in einem wesentlich neuen Licht erscheinen liesse. Lediglich die Bezeichnung des Zeitraums von 04.00 Uhr bis 05.00 Uhr hat sich nach der Revision des Arbeitsgesetzes geändert. Wenn die Mitarbeiter durch den bisherigen Schichtbeginn um 04.00 Uhr keine nennenswerten gesundheitlichen Probleme hatten, so ist anzunehmen, dass dies auch in Zukunft nicht der Fall sein wird.

Des Weiteren erklärt das seco nicht, weshalb der Dreischichtbetrieb mit sieben Stunden Nachtarbeit gesetzeskonform sein soll, während es die Bewilligung für eine Stunde Nachtarbeit, die zu Realisierung des von der Beschwerdeführerin begehrten Zweischicht-Arbeitsmodells nötig wäre, mit dem Hinweis auf das Arbeitsgesetz, das dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer verpflichtet sei, verweigert.

Gesundheitliche Gründe können somit nicht ernsthaft gegen die beantragte Bewilligung der Nachtarbeit ins Feld geführt werden. Sie können auch nicht als Argument gegen die Wünsche der Mitarbeiter verwendet werden.

- 4.3.6. Damit bleibt die Frage zu klären, ob es sich beim Schichtbeginn um 04.00 Uhr um eine geringfügige Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften handelt. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Abweichung von einer Stunde geringfügig, da nur 12 ihrer 280 Mitarbeiter von der einstündigen Nacharbeit betroffen seien, wobei die Arbeit von zwei Mitarbeitern pro Schicht aus reiner Präsenzzeit bestehe. Zudem fielen 7 Stunden der Frühschicht in den Tageszeitraum.

Im (unveröffentlichten) Entscheid vom 6. September 2004 i. S. M. [MB/2003-8] hatte die Rekurskommission EVD eine vergleichbare Interessenlage zu beurteilen; in jenem Fall erachtete sie die gewünschte halbe Stunde Abweichung als geringfügig.

Der Grund, weshalb die Grenze der Tagesarbeit neu nur noch bis auf 05.00 Uhr vorverlegt werden kann, ist in der Tendenz erklärbar, lässt sich indessen an Hand von wissenschaftlichen Studien nicht zwingend begründen. Da es keinen wissenschaftlich erhärteten Grund für die exakte Festlegung der Tagesgrenze auf 05.00 Uhr gibt und der Gesetzgeber jahrelang (seit Inkrafttreten des Arbeitsgesetzes auf den 1. Februar 1966 bis zu dessen Teilrevision, die auf den 1. August 2000 in Kraft trat) ausdrücklich die Möglichkeit der Vorverschiebung auf 04.00 Uhr eingeräumt hatte, ist eine Abweichung von der 05.00 Uhr-Grenze um eine Stunde auch unter diesem Gesichtspunkt als geringfügig zu betrachten.

Die Substanz des Schutzgedankens wird mit einer solchen Abweichung von der gesetzlichen Tag-/Nachtgrenze nicht gefährdet. Dies umso weniger, als die Abweichung in diesem Fall offensichtlich im Interesse der Mitarbeiter liegt und dadurch gleichzeitig ein schwerwiegendes wirtschaftliches Problem für die Beschwerdeführerin entschärft wird.

- 4.3.7. Indem der Bundesrat in Artikel 28 Absatz 2 ArGV 1 die Möglichkeit der Bewilligung von Nacharbeit bei wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit vorsieht, bringt er zum Ausdruck, dass er wirtschaftliche Gründe als Voraussetzung für Nacharbeitsbewilligungen in Betracht zieht.

Angesichts dessen, dass das Zweischichtmodell mit 4-Uhr-Beginn sowohl für den Betrieb als auch für die Mitarbeiter nur Vorteile bringt, die Anliegen der Schichtmitarbeiter damit respektiert werden und folglich das Postulat "Sozialschutz" verwirklicht wird und dass die mit einem 4-Uhr-Beginn angeblich verbundenen, gesundheitlichen Probleme wissenschaftlich nicht bewiesen sind, liegt eine verhältnismässige Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften vor.

Insofern schlägt die Abwägung der sich widerstreitenden Interessen, die letztlich keinen Schichtplan ohne Nachteile erkennen lassen, zu Gunsten der Bewilligung des 4-Uhr-Schichtbeginns aus.

Im Übrigen kann auch nicht gesagt werden, das Dreischicht-Arbeitsmodell - das sieben Stunden Nachtarbeit enthält und das sowohl der Betrieb wie auch die Mitarbeiter vermeiden möchten - erfülle Sinn und Zweck der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen besser als das Zweischicht-Arbeitsmodell, das den Wünschen der Mitarbeiter gerecht wird und nur eine Stunde Nachtarbeit umfasst.

5. Es ergibt sich somit, dass auf Grund der spezifischen Situation der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen zur Bewilligung einer Ausnahme nach Artikel 28 ArG erfüllt sind. Die Beschwerdeführerin hat deshalb Anspruch auf eine Bewilligung von 60 Minuten Nachtarbeit zur Vorverlegung des Arbeitsbeginns auf 04.00 Uhr.

Das seco hat die Bewilligung für Nachtarbeit für den Beginn der Frühschicht um 04.00 Uhr zu Unrecht verweigert. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der angefochtene Entscheid teilweise, in Bezug auf Arbeitszeit-Variante 1, aufzuheben. Antragsgemäss ist der Zweischichtbetrieb von 04.00 Uhr bis 13.00 Uhr sowie von 13.00 Uhr bis 22.00 Uhr zu bewilligen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin obsiegende Partei. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Keine Verfahrenskosten werden jedoch Vorinstanzen auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin am 13. Juli 2004 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1 700.- ist ihr zurückzuerstatten (vgl. Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Nach Artikel 64 Absatz 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Die Beschwerdeführerin ist durch einen berufsmässigen Rechtsanwalt vertreten. Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung ist daher von Amtes wegen und nach Ermessen festzusetzen.

Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Das Honorar

richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des in diesem Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Tarif). Der danach in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (vgl. Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung).

Im vorliegenden Fall geht das Rechtsbegehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Summe. Daher ist in diesem Fall die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands des Rechtsvertreters zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 214 E. 4b und 5). Nach der Kostenverordnung (vgl. Art. 8 Abs. 3 und 4 in Verbindung mit Art. 9) und des Tarifs des Bundesgerichts (vgl. Art. 6 ff.) und unter Berücksichtigung der Praxis der Rekurskommission EVD erscheint eine Entschädigung von Fr. 3 500.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demnach entscheidet die RekurskommissionEVD:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid teilweise, soweit die Arbeitszeit-Variante 1 betreffend, aufgehoben und der Beschwerdeführerin die beantragte Nachtarbeit zur Aufnahme der Frühschicht um 04.00 Uhr bewilligt.

Die Arbeitszeit in der Variante 1 wird dahingehend abgeändert, als die 1. Schicht von 04.00 Uhr bis 13.00 Uhr und die 2. Schicht von 13.00 Uhr bis 22.00 Uhr dauert.

2. Verfahrenskosten.
3. Parteientschädigung.
4. Rechtsmittelbelehrung.
5. Eröffnung.

REKURSKOMMISSION EVD

Der Präsident
H. Urech

Die juristische Sekretärin
U. Rüsche