

# Beschwerdeentscheid

vom 6. September 2004

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

In Sachen

**M. AG**  
(Beschwerdeführerin)  
(Verwaltungsbeschwerde vom 12. Juni 2003)

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft (seco)**, Bundesgasse 8, 3003 Bern  
(Vorinstanz)  
(Verfügung vom 15. Mai 2003)

betreffend

**Arbeitsbeginn**

### hat sich ergeben:

- A. Die M. AG [...] ist spezialisiert auf den Bau von technologisch und qualitativ anspruchsvollen Komponenten, Baugruppen und Systemen. Zu ihren Kernkompetenzen gehört namentlich "Zerspanung für komplexe Komponenten, Verbindungs- und Fügetechnik, Oberflächenfinish bis zur Reinraumtauglichkeit, Montage von Baugruppen und Systemen mit hohen Sauberkeitsanforderungen". Sie beschäftigt rund 230 Mitarbeiter.

In ihrem CNC-Zentrum (Computer Numerical Control) wird seit Jahren in zwei Schichten gearbeitet. Sie hatte eine Bewilligung für die Verschiebung der Grenzen der Tagesarbeit auf 04.00 Uhr, um mit der Frühschicht zu beginnen.

Am 27. März 2003 beantragte die M. AG beim seco im Sinne der bisherigen (bis 11. Januar 2003 gültigen) Bewilligung die Verschiebung der Grenze der Tagesarbeit auf 04.30 Uhr, um zu diesem Zeitpunkt mit der Frühschicht beginnen zu können.

Mit Verfügung vom 15. Mai 2003 wies das seco das Gesuch ab. Zur Begründung führt es aus, die Arbeitsaufnahme um 04.30 Uhr falle nach dem revidierten Arbeitsgesetz in den Nachtzeitraum. Die Arbeitsaufnahme vor 05.00 Uhr sei nur mit Bewilligung zulässig. Hiefür müsste der Betrieb nachweisen können, dass dies technisch oder wirtschaftlich unentbehrlich sei. Der Wunsch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer genüge als Voraussetzung grundsätzlich nicht. Aus der Schlaufforschung sei bekannt, dass ein regelmässiger Frühbeginn vor 05.00 Uhr für die Mehrzahl aller Menschen mittel- und längerfristig gesundheitliche Schäden mit sich bringen könne. Diese Erkenntnisse seien mit ein Grund gewesen, weshalb der Gesetzgeber den (arbeitsrechtlichen) Nacht/Tag-Wechsel später in den Tag hineinverlegt habe.

- B. Gegen diese Verfügung erhob die M. AG (Beschwerdeführerin) am 12. Juni 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission EVD. Sie beantragt, die Verfügung vom 15. Mai 2003 aufzuheben und den Schichtbeginn um 04.30 Uhr zu bewilligen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung führt sie aus, sie führe ihren Zweischichtbetrieb von 04.30 Uhr bis 19.00 Uhr seit Jahren mit Erfolg. Die Frühschicht habe immer um 04.30 Uhr begonnen. Die Situation auf dem Arbeitsmarkt für qualifizierte CNC-Mechaniker sei angespannt. Um die Spezialisten zu halten und neue zu gewinnen, sei sie gezwungen, ein attraktives Schichtmodell anzubieten, bei dem sich die Mitarbeiter wohl fühlen. Wesentlich sei namentlich genügend Freiraum für Privates, Familie

oder Vereinstätigkeiten sowie eine berufsbegleitende Ausbildung. Der Belastung durch die Schichtarbeit werde durch eine Reduktion der Arbeitszeit auf sieben Stunden Rechnung getragen. Mit dieser Reduktion der Arbeitszeit und dem kurzen Arbeitsweg der Arbeitnehmer aus der Umgebung, werde dem gesundheitlichen Aspekt weit mehr Rechnung getragen als mit der Verschiebung des Arbeitsbeginns um 30 Minuten. Ohne diese Schichtordnung wäre die dauernde Besetzung aller Stellen in den vergangenen Jahren nicht möglich gewesen. Das hätte unweigerlich zu einem Verlust von Arbeitsplätzen geführt, an denen in der Region Y. [...] eher Mangel herrsche.

- C. Mit Vernehmlassung vom 13. August 2003 beantragt das seco die Abweisung der Beschwerde. Es führt aus, für einen Arbeitsbeginn vor 05.00 Uhr brauche es eine Bewilligung für Nachtarbeit. Die Voraussetzungen dafür erfülle die Beschwerdeführerin jedoch nicht, auch wenn die betroffenen Arbeitnehmer und die Betriebskommission damit einverstanden seien. Sie könne Nachtarbeit vermeiden, wenn sie mit ihrem Schichtplan, mit einem Ende der Spätschicht um 19.00 Uhr, die Zeit zwischen 05.00 Uhr und 22.00 Uhr nutze. Eine Ausnahme als geringfügige Abweichung könne nicht bewilligt werden, da Nachtarbeit grundsätzlich verboten sei und in diesem Fall durch eine Ausschöpfung des Tages- und Abendzeitraums vermieden werden könne.

Auf Anfrage der Rekurskommission EVD vom 4. September 2003 präzisierte das seco seine Praxis zur Gesetzesanwendung und bestätigte, dass ihm keine konkreten Hinweise bekannt seien, wonach die Gesundheit der Schichtmitarbeiter der Beschwerdeführerin gefährdet wäre.

Andererseits betont die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 20. November 2003, dass die Bewilligung ihrer Zweierschicht für sie und den Wirtschaftsstandort von nachhaltiger wirtschaftlicher Bedeutung sei. Der Schichtplan könne nicht einfach verschoben werden, weil das Schichtende um 19.00 Uhr der zentrale Punkt sei. Das erlaube den Mitarbeitern mehr Erholung und ermögliche ihnen die Teilnahme am sozialen Leben. Im Kanton X. [...] sei der Mangel an gelernten Fachkräften, insbesondere bei CNC-Mechanikern, sehr ausgeprägt. Wenn es ihr nicht gelinge, mit attraktiven Arbeitsmodellen die Fachkräfte zu gewinnen, würden auch die Arbeitsplätze der Angelernten und Ungelernten wegfallen. Die Folgen seien Verlust von Arbeitsplätzen und steigende Arbeitslosigkeit. Im Endeffekt könnten das Fehlen oder der Austritt von Fachkräften sogar Betriebsschliessungen zur Folge haben.

- D. An der öffentlichen Verhandlung vom 22. April 2004 hatte die Beschwerdeführerin Gelegenheit, ihren Standpunkt vor der Rekurskommission EVD nochmals eingehend darzulegen.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen 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 15. Mai 2003 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 0600 Uhr bis 2000 Uhr als Tagesarbeit, die Arbeit von 2000 Uhr bis 2300 Uhr als Abendarbeit. Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit können zwischen 0500 Uhr und 2400 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 (vgl. Art. 10 Abs. 2 ArG). Tages- und Abendarbeit sind bewilligungsfrei. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit nach Artikel 10 (Nachtarbeit) ist untersagt (Art. 16 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG).

- 2.1. 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).

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":

<sup>1</sup>Technische 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.

<sup>2</sup>Wirtschaftliche 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; oder
- 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.

<sup>3</sup>Der 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.

<sup>4</sup>Unentbehrlichkeit 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 stellt das Gesuch um Bewilligung des Frühschichtbeginns um 04.30 Uhr, um ihr langjährig bewährtes Zweischichtmodell weiterzuführen. Sie führt dazu aus, entscheidend sei, dass die zweite Schicht um 19.00 Uhr ende, damit den Mitarbeitern genügend Freiraum bleibe, um ihren privaten Interessen nachzugehen. Es sei schwierig, qualifizierte CNC-Mechaniker zu beschäftigen. Das zwingt sie, ein attraktives Schichtmodell anzubieten, in dem sich die Mitarbeiter wohl fühlen. Mit einer Arbeitszeit von lediglich sieben Stunden werde der Belastung durch die Schichtarbeit Rechnung getragen. Ihr Gesuch entspreche den Erwartungen der Mitarbeiter; in diesem Sinne sei es auch vom Präsidenten der Betriebskommission mitunterzeichnet worden. Ohne dieses Schichtmodell wäre es ihr in den vergangenen Jahren nicht möglich gewesen, alle Stellen dauernd zu besetzen. Das hätte letztlich zu einem Verlust von Arbeitsplätzen geführt, an denen in der Region Y. eher Mangel herrsche. Im Übrigen erachte sie eine Abweichung vom Tagesanfang um 30 Minuten als geringfügige Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften.

Das seco wies das Gesuch im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Arbeitsbeginn im Nachtzeitraum könnte nur bewilligt werden, wenn der Betrieb eine technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nachweisen könne; das sei nicht der Fall. Allein der Wunsch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfülle diese Voraussetzung nicht. Da das Arbeitsgesetz den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Ziel habe, sei ein möglichst gesundheitsverträgliches Arbeitszeitsystem zu wählen. Aus der Schlafforschung sei seit längerer Zeit bekannt, dass ein regelmässiger Frühbeginn vor 05.00 Uhr für die Mehrzahl aller Menschen mittel- und längerfristig gesundheitliche Schäden mit sich bringen könne.

- 3.1. Die Arbeit von 06.00 Uhr bis 20.00 Uhr gilt als Tagesarbeit; Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit können zwischen 05.00 Uhr und 24.00 Uhr vom Betrieb anders festgelegt werden (vgl. Art. 10 Abs. 1 und 2 ArG).

Beginn und Ende der Tagesarbeit können also im gesetzlichen Rahmen durch den Betrieb selbst bestimmt werden. Er kann die Nacht/Tag-Grenze für den Beginn der Tagesarbeit indessen frühestens auf 05.00 Uhr ansetzen. Eine weitere Vorverschiebung des "Tagesbeginns" durch behördliche Bewilligung ist ausgeschlossen.

Diese Möglichkeit, die Tagesgrenzen selbst zu verschieben, hat der Gesetzgeber mit der Teilrevision vom 20. März 1998 des ArG (in Kraft getreten am 1. August 2000; AS 2000 1569) eingeführt. Die bis am 31. Juli 2000 geltende Regelung sah demgegenüber in Artikel 10 Absätze 2 und 3 ArG vor (AS 1966 57, S. 61 und 62):

<sup>2</sup>Eine Verschiebung der Grenzen der Tagesarbeit kann, *sofern ein Bedürfnis nachgewiesen* wird, für industrielle Betriebe vom Bundesamt und für andere Betriebe von der kantonalen Behörde bewilligt werden.

<sup>3</sup>Bei der Verschiebung der Grenzen der Tagesarbeit darf die Arbeit nicht vor 4 Uhr beginnen und nicht länger als bis 22 Uhr, bei zweischichtiger Tagesarbeit nicht länger als bis 24 Uhr, dauern. [...]"

Zwar bedurfte es früher einer behördlichen Bewilligung, doch konnte - sofern ein Bedürfnis nachgewiesen war - die Grenze der Tagesarbeit auf 04.00 Uhr vorverlegt werden. Das erlaubte der Beschwerdeführerin bisher, ihre Frühschicht ohne weitere Bewilligung um 04.30 Uhr zu beginnen, da sie über eine Bewilligung für die Vorverschiebung der Grenze der Tagesarbeit auf 04.00 Uhr verfügte.

Der Arbeitsbeginn um 04.30 Uhr fällt nun in den Nachtzeitraum. Deshalb ist für die Arbeit von 04.30 Uhr bis 05.00 Uhr als Ausnahme vom Verbot der Nachtarbeit (vgl. Art. 17 Abs. 1 ArG) eine Bewilligung erforderlich.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Schichtbeginn in der Nacht beziehungsweise 30 Minuten Nachtarbeit bewilligt werden können.

3.2. 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).

3.2.1. 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).

Eine technische Unentbehrlichkeit in diesem Sinne für die Nachtarbeit von 04.30 Uhr bis 05.00 Uhr macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Sie räumt ein, aus rein technischer Sicht wäre es möglich, mit der Arbeit später zu beginnen und entsprechend später am Abend damit aufzuhören. Auch all-

fällige andere technische Gründe für den von der Beschwerdeführerin verfolgten Schichtplan stehen nicht im Vordergrund.

*Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit* liegt vor, wenn: die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiederingangsetzung hohe Zusatzkosten verursachen (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1) oder das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst. b ArGV 1).

In diesem Zusammenhang geht es indessen weder um die Vermeidung von hohen Zusatzkosten im Zusammenhang mit der Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens noch um unvermeidlich hohe Investitionskosten, die ohne Nachtarbeit nicht amortisiert werden könnten.

- 3.2.2. Die Beschwerdeführerin betont, sie sei bestrebt, eine attraktive Arbeitgeberin zu sein, um die notwendigen Spezialisten zu gewinnen und letztlich die Arbeitsplätze zu erhalten. Ihr Schichtplan berücksichtige sowohl die Bedürfnisse des Betriebs als auch der betroffenen Mitarbeiter.

Damit bringt sie ein wirtschaftliches Argument vor. Dieses kann am ehesten mit Artikel 28 Absatz 2 Buchstabe c ArGV 1 in Verbindung gebracht werden, wonach die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit namentlich dann vorliegt, wenn

"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."

Betreffend die Konkurrenzsituation macht die Beschwerdeführerin geltend, Z. sei sehr nahe; die Mitarbeiter könnten dorthin abwandern. [...]. Im Übrigen sei die Gefahr gross, dass gewisse Produktionszweige aus Konkurrenzgründen nach A. ausgelagert werden müssten.

Zu den Voraussetzungen, unter welchen die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit von Nachtarbeit beim Vorliegen einer Konkurrenzsituation mit dem Ausland bejaht werden kann, äusserte sich das Bundesgericht im BGE 116 Ib 270 E. 5 d. Dieser Entscheid bezieht sich auf Ziff. I/2 lit. c des Anhangs zur ArGV 1 in der am 28. September 1990, dem Datum des Urteils, gültigen ursprünglichen Fassung (AS 1966 86, S. 115). Sie lautete:

"Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit von dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nacht- oder Sonntagsarbeit liegt vor, wenn die Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland erheblich beeinträchtigt ist."

Das Bundesgericht erwog, Ziff. I/2 lit. c des Anhangs zur ArGV 1 habe ihre sachliche Grundlage in der weltwirtschaftlichen Verflechtung. Unterschiedliche Arbeitsgesetzgebung verbunden mit dem Abbau von Handelsschranken könne zu einer Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Betriebe führen, wenn in Konkurrenzländern weniger strenge Vorschriften gelten. Dabei verhalte es sich allerdings so, dass in den einzelnen Ländern für die Herstellung eines bestimmten Gutes mannigfache Standortvorteile und Standortnachteile bestehen. Mit der Liberalisierung des Welthandels werde gerade das Ziel verfolgt, Güter dort zu produzieren, wo dies am kostengünstigsten möglich sei. Diesen dem marktwirtschaftlichen Weltwirtschaftssystem immanenten Prozess könne und solle Ziff. I/2 lit. c des Anhangs zur ArGV 1 nicht verhindern. So sollten ausländische Standortvorteile infolge tieferen Lohnniveaus nicht durch Ausnahmen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausgeglichen werden. In Betracht falle vielmehr einzig eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit, die auf weniger strenge Arbeitsschutzvorschriften im Ausland zurückgehe. Diese könnten Nacht- und Sonntagsarbeit auch in der Schweiz wirtschaftlich unentbehrlich machen.

Der gesetzgeberische Grundentscheid, Nacht- und Sonntagsarbeit möglichst einzuschränken, dürfe beim Vergleich mit den Arbeitsbedingungen in Konkurrenzländern allerdings nicht aus den Augen verloren werden. Wäre für die Tragweite des Arbeitsschutzes immer die jeweils unterste Stufe massgebend, so liesse sich (...) das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot bequem aus den Angeln heben. Das wäre mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar. Ein Vergleich mit Ländern ohne ausgebauten Schutz der Arbeitnehmer verbiete sich unter diesem Gesichtspunkt in jedem Fall. Dagegen habe der Schutz des Arbeitnehmers zurückzutreten, wenn Länder mit sozial grundsätzlich gleichwertiger Regelung in bestimmten Branchen weniger strenge Vorschriften kennen, vorausgesetzt allerdings, dass mit diesen Ländern eine Konkurrenzsituation bestehe und erhebliche Auswirkungen auf die Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Unternehmungen nachgewiesen seien. Eine strengere Regelung lasse sich unter solchen Umständen in einem einzelnen Land nicht aufrechterhalten.

Die Beschwerdeführerin erwähnt zwar die Konkurrenzsituation mit Z. und mit A.. Indessen weist sie nicht vertiefend nach, inwiefern die Verhältnisse einerseits vergleichbar und andererseits unterschiedlich sind, sodass sich daraus für sie ein wesentlicher Konkurrenznachteil ergäbe, sofern ihr die Nachtarbeit verweigert würde. Insofern sind die Angaben über die Konkurrenzsituation mit dem Ausland zu wenig konkret, als dass sich daraus für die vorliegende Problematik entscheidende Schlussfolgerungen ziehen liessen.

Es ist im Übrigen nicht einzusehen, inwiefern die Konkurrenzsituation mit dem Ausland entscheidend beeinflusst würde, wenn erst ab 05.00 Uhr während dem Tages- und Abendzeitraum gearbeitet würde.

- 3.3. Das primäre Anliegen der Beschwerdeführerin liegt nicht darin, ihre Anlagen besser auszulasten, um ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber dem Ausland zu steigern. Vielmehr will sie ihr bewährtes Schichtmodell realisieren beziehungsweise beibehalten können. Deshalb sei für sie die halbe Stunde Nachtarbeit wirtschaftlich unentbehrlich. Nur so bleibe sie als attraktive Arbeitgeberin im Vergleich zu andern Arbeitgeberinnen in der Region konkurrenzfähig. Zur Gewinnung der für ihren Betrieb benötigten CNC-Spezialisten und mit Rücksicht auf die Anforderungen, welche die Tätigkeit an den CNC-Maschinen stelle, müsse sie ein attraktives Arbeitsmodell anbieten. Zentraler Punkt sei der Arbeitsschluss um 19.00 Uhr in Verbindung mit der auf sieben Stunden reduzierten Arbeitszeit. Um ihren Zweischichtbetrieb von je sieben Arbeitsstunden aufrecht zu erhalten, bedinge dies den Arbeitsbeginn um 04.30 Uhr.

Die Beschwerdeführerin führt dazu weiter aus, ihr Arbeitsmodell zeichne sich durch attraktive Arbeitszeiten aus und - damit einhergehend - familienfreundliche und sozialverträgliche Strukturen. Es erleichtere die Nutzung von Weiterbildungsangeboten und eine aktive Teilnahme am gesellschaftlichen Leben. Es werde den Mitarbeitern nicht vom Betrieb aufgezwungen, sondern nehme die von den gut ausgebildeten Mitarbeitern entsprechend bestimmt artikulierten Bedürfnisse auf; in diesem Sinne sei das Arbeitsmodell das Ergebnis eines engen partnerschaftlichen Zusammenwirkens zwischen Betrieb und Mitarbeitern.

Der Betrieb leiste durch die Reduktion der Arbeitszeit einen wesentlichen Beitrag, um dieses Arbeitsmodell zu ermöglichen. Dürfte sie das Arbeitsmodell nicht mehr anbieten, würde sich dies negativ auf die Motivation ihrer Mitarbeiter auswirken. Weniger mitarbeiterfreundliche Arbeitszeiten könnten dazu führen, dass sie nicht mehr in der Lage wäre, alle Stellen zu besetzen und schliesslich gewisse Betriebsteile schliessen müsste. Dies wiederum würde den Wirtschaftsstandort Schweiz, insbesondere die Region Y., treffen.

Dieser Sachverhalt lässt sich wie vorstehend dargelegt nicht unter einen der Tatbestände in Artikel 28 ArGV 1 subsumieren. Es stellt sich die Frage, ob damit die Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit zu verneinen sei, oder 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.

- 3.3.1. Mit dem Ausdruck "wirtschaftliche Unentbehrlichkeit" braucht der Gesetzgeber einen unbestimmten Rechtsbegriff, den er nicht weiter konkretisiert. Die

Kompetenz, den Begriff näher zu umschreiben, hat er an den Bundesrat delegiert (vgl. Art. 40 Abs. 1 Bst. b ArG).

Ein unbestimmter Rechtsbegriff gebietet eine auf den Einzelfall bezogene Auslegung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet dessen Auslegung und Anwendung eine Rechtsfrage, die grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist (vgl. BGE 119 Ib 33 E. 3b; Kötz / Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 636 und 953). Nach konstanter Praxis und Lehrmeinung ist bei der Überprüfung der Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch Zurückhaltung auszuüben und der Behörde ist dann ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht. Der Richter hat so lange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. statt vieler: BGE 119 Ib 254 E. 2b, mit Hinweisen; Häfelin / Müller, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 4. Auflage, Zürich 2002, S. 95, Rz. 454 f.).

- 3.3.2. Ausdrücklich hat der Bundesrat Unentbehrlichkeit im Zusammenhang mit dem Arbeitsverfahren (vgl. Art. 28 Abs. 1 und 2 Bst. a und b ArGV 1) sowie mit der Konkurrenzfähigkeit mit dem Ausland (vgl. Art. 28 Abs. 2 Bst c ArGV 1) statuiert. Weiter hat er auch die Befriedigung besonderer Konsumbedürfnisse explizit als unentbehrlich eingestuft (vgl. Art. 28 Abs. 3 ArGV 1) und schliesslich im Anhang zur ArGV 1 für mehrere Produktions- und Arbeitsverfahren Unentbehrlichkeit vermutet.

Absatz 1 von Artikel 28 ArGV 1 wird mit der Umschreibung von Tatbeständen eingeleitet, bei denen "insbesondere" technische Unentbehrlichkeit vorliegt. Diese Tatbestände stellen offenbar häufige Konstellationen dar, die sich in der Gesetzesanwendungspraxis - die auf das Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken (vgl. SR 821.41; BS 8 3) zurückreicht - herauskristallisiert haben. Durch die Wortwahl wird ausgedrückt, dass es daneben noch weitere Tatbestände geben kann, bei denen technische Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit anerkannt werden darf.

Absatz 2 ist gleich aufgebaut wie Absatz 1, indessen fehlt im Unterschied zu Absatz 1 das Wort "insbesondere". Ausgehend von dieser Redaktion handelt es sich um eine abschliessende Aufzählung. Man kann sich fragen, ob nicht weitere Tatbestände denkbar wären, bei denen wirtschaftliche Unentbehrlichkeit anzuerkennen ist. Angesichts des dem Bundesrat bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs zustehenden Beurteilungsspielraums liegt es indessen nicht am Richter, diese Auslegung des Bundesrates zu erweitern.

Somit ist für das Anliegen der Beschwerdeführerin eine Unentbehrlichkeit im Sinne von Artikel 17 Absatz 2 ArG und Artikel 28 ArGV 1 zu verneinen.

4. Damit stellt sich die Frage, ob die Nachtarbeitsbewilligung nach Artikel 28 ArG als ausnahmsweise geringfügige Abweichung von den Vorschriften des Gesetzes zu erteilen sei (vgl. veröffentlichter Beschwerdeentscheid der REKO/EVD vom 2. April 2004 i. S. S. [02/MB-104] E. 7 ff., abrufbar im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)). Voraussetzung hierfür ist, dass der Befolgung der Vorschriften ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betriebe vorliegt.

Das seco verneint die Möglichkeit einer Ausnahmbewilligung.

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".

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

In der Wegleitung der Vorinstanz 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.

Diese Überlegung gilt offensichtlich auch mit Blick auf das Ausmass der Schwierigkeiten, welche einer Befolgung der fraglichen Vorschriften des ArG entgegenstehen. Die Schwierigkeiten müssen "ausserordentlich" sein. Sie dürfen zudem nicht das Ergebnis einer ungenügenden Organisation der betreffenden Arbeiten oder Arbeitsabläufe sein, sondern 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.

- 4.1.1. Nach der Praxis des *seco* darf durch die Abweichung die "Substanz des Schutzgedankens" der arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht verloren gehen.

Wie der Bundesrat seinerzeit in der Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (vgl. BBl 1960 II 909) ausführte, entwickelte sich die Arbeitsschutzgesetzgebung in der Schweiz in zeitlichem Zusammenhang mit der Industrialisierung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts. Zunächst beschränkte sich die Gesetzgebung auf den Schutz der Jugendlichen und Frauen, die von den nachteiligen Folgen der Fabrikarbeit am meisten bedroht waren. Der Schutz der erwachsenen männlichen Arbeitnehmer wurde erstmals in der für die Entwicklung des schweizerischen Arbeitsschutzes bedeutsamen Periode der kantonalen Fabrikgesetze verwirklicht. Den Wendepunkt in der Entwicklung des schweizerischen Arbeitsschutzes bedeutete die Verfassungsrevision von 1874, die dem Bund die Befugnisse einräumte, "einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in den Fabriken, über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen und über den Schutz der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit der Arbeiter gefährdenden Gewerbebetrieb zu erlassen". Die neue Verfassungsbestimmung bildete die Grundlage für eine Reihe von Bundesgesetzen. Im Vordergrund stand das Bundesgesetz vom 23. März 1877 betreffend die Arbeit in den Fabriken. Diesem Gesetz folgten weitere Bundesgesetze, die in erster Linie dem Schutz der Fabrikarbeiter dienten (vgl. BBl 1960 II 909, S. 910).

Auf der Ebene des Bundes setzten nach der Jahrhundertwende neue Bestrebungen zum Ausbau des Arbeitsschutzes ein. Im Jahre 1908 wurde Artikel 34<sup>ter</sup> in die Bundesverfassung aufgenommen. Dieser ermächtigte den Bund, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen. Am 18. Juni 1914 wurde das Fabrikgesetz durch das neue Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken ersetzt, das den Arbeitsschutz für Fabrikarbeiter umfassend ordnete. Gestützt auf den ursprünglichen Artikel 34<sup>ter</sup> wurde eine Reihe von Bundesgesetzen über Teilgebiete des Arbeitsschutzes erlassen. Mit der Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 6. Juli 1947 wurde dem Bund die Möglichkeit gegeben, den Arbeitsschutz im denkbar weitesten Umfang zu ordnen, indem ihm in Absatz 1 Buchstabe a des neuen Artikels 34<sup>ter</sup> die Kompetenz zur Gesetzgebung über den Schutz der Arbeitnehmer schlechthin übertragen wurde (vgl. BBl 1960 II 909, S. 912 - 913).

Gestützt darauf wurde das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel geschaffen. Dieses dehnte den Geltungsbereich der Arbeitsschutzgesetzgebung des Bundes auf sämtliche Arbeitnehmer der Industrie, des Handels und des Gewerbes aus und passte das geltende Arbeitsschutzrecht inhaltlich den heutigen Verhältnissen und Bedürfnissen an (vgl. BBl 1960 II 909, S. 914).

Diese Entwicklung zeigt auf, dass der Gedanke des Sozialschutzes stets das zentrale Anliegen der Arbeitsschutzgesetzgebung war und auch dem heutigen Arbeitsgesetz zu Grunde liegt.

- 4.1.2. 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).

Das Bundesgericht bezieht sich in seiner Entscheidung bezüglich der Auswirkungen von Nachtarbeit auf ein Gutachten der "Faculté des Sciences Sociales et Politiques" der Universität Lausanne (vgl. Beaud/Brulhardt/Gott-raux/Levy/Messant-Laurent, Travail de nuit et autres formes d'horaires atypiques, Lausanne 1990). Demzufolge lebt der Mensch während der Nachtschicht gegen den biologischen Rhythmus, der auf Aktivität am Tag und Erholung in der Nacht ausgerichtet ist. Das habe langfristig gesundheitliche Probleme zur Folge. In Mitleidenschaft gezogen werde auch der familiäre Bereich durch den Zwang, auf die Ruhebedürfnisse des Schichtarbeit leistenden Familienmitgliedes tagsüber Rücksicht zu nehmen; überhaupt gebe es einen gemeinsamen Lebensrhythmus der Familie nicht mehr, was nicht nur zusätzliche Arbeit bei der Organisation des familiären Lebens bewirke, sondern vor allem auch die Pflege mitmenschlicher Beziehungen innerhalb der Familie nachhaltig beeinträchtige. Noch schwieriger werde die Teilnahme am öffentlichen Leben; soziale Isolierung könne die Folge sein.

Nach der Darstellung der Beschwerdeführerin will sie mit ihrem Arbeitsmodell primär den familiären und gesellschaftlichen Bedürfnissen ihrer Mitarbeiter Rechnung tragen und ihnen die Teilnahme am öffentlichen Leben ermöglichen. Es erstaunt daher nicht, dass sich die Mitarbeiter für dieses Arbeitsmodell einsetzen. Die Beschwerdeführerin führt in diesem Zusammenhang überzeugend aus, es sei entscheidend, dass die Arbeit um 19.00 Uhr ende, weil es nur so möglich sei, dass die Mitarbeiter an Abendaktivitäten - wie etwa Weiterbildung, kulturelle oder politische Anlässe - teilnehmen können, die in aller Regel um zirka 20.00 Uhr beginnen. Im Übrigen würden es die Mitar-

beiter generell vorziehen, früh am Morgen mit der Arbeit zu beginnen. Dies entspreche den Lebensgewohnheiten in ihrer Gegend.

Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, das Anliegen der Beschwerdeführerin - obwohl es eine halbe Stunde Nachtarbeit nach sich zieht - kollidiere mit dem Schutzgedanken, der den arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere dem Nachtarbeitsverbot, zu Grunde liegt.

- 4.1.3. Das seco führt weiter gesundheitliche Gründe gegen die Nachtarbeit beziehungsweise den Arbeitsbeginn um 04.30 Uhr an. Es beruft sich auf wissenschaftliche Studien, die belegen sollen, dass ein Arbeitsbeginn um 05.00 Uhr gesundheitsverträglicher ist als ein Beginn um 04.00 Uhr.

Diese Studien tendieren zwar auf einen Arbeitsbeginn zwischen 05.00 Uhr 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 1999, 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). Die Erkenntnis, 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), deckt sich mit den Erfahrungen der Beschwerdeführerin, wonach ihre Mitarbeiter generell früh mit der Arbeit beginnen wollen. Es wird festgestellt, dass es auch Modelle gebe, bei denen die Arbeit bereits um 04.00 Uhr begonnen werde. Die Folgerung hingegen, dass damit gesundheitliche Probleme verbunden sein könnten, wird nicht gezogen. Anscheinend liegt - aus gesundheitlicher Perspektive - die ideale Tag/Nachtgrenze zwischen 04.00 Uhr 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.

Demgegenüber geht es hier um die Vorverschiebung des Arbeitsbeginns um eine halbe Stunde. Nach dem revidierten Arbeitsgesetz führt dies zwar zu jeweils 30 Minuten Nachtarbeit, weil diese halbe Stunde neu in den Nachtzeitraum fällt (vgl. Art. 10 ArG). In tatsächlicher Hinsicht hat sich hingegen gegenüber früher nichts geändert, das die Gesundheitsgefährlichkeit der Nachtarbeit in einem wesentlich neuen Licht erscheinen liesse.

Das seco räumt ein, dass ihm von den Schichtmitarbeitern der Beschwerdeführerin, die ihre Schicht seit Jahren um 04.30 Uhr beginnen, keine Hinweise auf Gesundheitsschäden bekannt seien.

Wenn die Mitarbeiter den Schichtbeginn um 04.30 Uhr bisher ohne nennenswerte gesundheitliche Probleme ertragen, so ist anzunehmen, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird.

Im Übrigen betont die Beschwerdeführerin zu Recht, dass die Motivation der Mitarbeiter ein ganz entscheidender Faktor für deren Wohlbefinden und Gesundheit sei. Diese seien für das Arbeitsmodell sehr motiviert, weil es ihren Bedürfnissen - unter Anderem mit der Reduktion der Arbeitszeit auf sieben Stunden - gerecht werde. Dies bestätigt der Präsident der Betriebskommission, welcher die Interessen der Arbeitnehmer vertritt.

Gesundheitliche Gründe können somit nicht ernsthaft gegen die beantragte Bewilligung der Nachtarbeit ins Feld geführt werden.

- 4.1.4. Die Beschwerdeführerin macht mit Nachdruck geltend, um die Spezialisten (CNC-Mechaniker) zu halten und neue zu gewinnen, sei sie gezwungen, ein attraktives Schichtmodell anzubieten, bei dem sich die Mitarbeiter wohl fühlen (vgl. E. 3).

Die Schwierigkeiten der Beschwerdeführerin, die für sie 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 spezifischen Konstellation in ihrem Betrieb zusammenhängen und sich letztlich existenzbedrohend auswirken könnten.

Mit ihrem Anliegen, den Arbeitsbeginn um 04.30 Uhr zu realisieren beziehungsweise beizubehalten, schützt die Beschwerdeführerin die familiären und gesellschaftlichen Bedürfnissen ihrer Mitarbeiter. Gesundheitliche Gründe sprechen ebenfalls nicht dagegen. Unter diesen Umständen bleibt bei ei-

ner Abweichung um 30 Minuten vom "Normalen" die Substanz des Schutzgedankens wie vorstehend dargelegt gewahrt.

- 4.2. Was als geringfügige Abweichung von den hier interessierenden Vorschriften über die Arbeitszeit zu gelten hat, wird in den Gesetzesmaterialien und - soweit ersichtlich - im Schrifttum oder in der Judikatur ebenso wenig näher umschrieben.

In der Wegleitung der Vorinstanz zu Artikel 28 ArG wird hierzu - wie erwähnt - ausgeführt, die zuständige Behörde dürfe diesen Artikel nur mit aller Zurückhaltung anwenden. Massgebend sei neben dem Umfang der Abweichung auch die Dauer, für welche die Abweichung gewährt werden solle und der Umstand, dass die "Substanz" des Schutzgedankens, welcher der betreffenden Vorschrift zu Grunde liege, durch die Abweichung nicht verloren gehe.

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften um eine halbe Stunde erachte sie als geringfügig.

Diese Auffassung erscheint auf den ersten Blick verständlich, da im Übrigen 6,5 Stunden der Frühschicht in den Tageszeitraum fallen und die Abweichung in diesem Fall offensichtlich primär im Interesse der Mitarbeiter liegt und gleichzeitig ein schwerwiegendes wirtschaftliches Problem für die Beschwerdeführerin entschärft.

Aus den Materialien zu Artikel 10 ArG ergibt sich, dass der Bundesrat die Möglichkeit, die Tagesarbeit neu erst um 05.00 Uhr statt wie bisher um 04.00 Uhr zu beginnen, schon im ersten Revisionsentwurf zum ArG (vgl. Botschaft über die Änderung des Arbeitsgesetzes vom 2. Februar 1994; BBl 1994 II 157, S. 177) vorgesehen hat und dies vom Parlament so angenommen wurde (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [Amtl. Bulletin], Nationalrat [N], 22. März 1995, S. 841; Amtl. Bulletin, Ständerat [S], 28. September 1995, S. 949). Dieser erste Revisionsentwurf scheiterte dann in der Volksabstimmung vom 1. Dezember 1996. Der zweite Gesetzesentwurf hielt an der Möglichkeit fest, die Tagesarbeit um 05.00 Uhr statt wie bisher um 04.00 Uhr zu beginnen (vgl. Parlamentarische Initiative, Revision des Arbeitsgesetzes (WAK-N), Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 17. November 1997, BBl 1998 II 1394, S. 1401); damit war das Parlament wiederum diskussionslos einverstanden (vgl. Amtl. Bulletin, N, 18. Dezember 1997, S. 2799; Amtl. Bulletin, Ständerat [S], 3. März 1998, S. 187). Dieses Gesetz wurde dann in der Volksabstimmung vom 29. November 1998 angenommen.

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. Die - aus gesundheitlicher Perspektive - ideale Tag-/Nachtgrenze liegt offenbar zwischen 04.00 Uhr und 06.00 Uhr. Eine exakte Grenze lässt sich aber wissenschaftlich nicht genau bestimmen (vgl. E. 4.1.3).

Demnach muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit der Festlegung des Nacht/Tag-Wechsels grundsätzlich einen generellen Massstab setzen wollte, gleichzeitig aber mit Artikel 28 ArG daneben das notwendige Instrument bereitgestellt hat, um für den Einzelfall eine befriedigende Lösung zu ermöglichen. Diese Regelung lässt vermuten, dass der Gesetzgeber vorausgesehen hat, dass die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen zwangsläufig nicht allen Konstellationen in der Arbeitswelt gerecht werden können.

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 zum 1. August 2000) ausdrücklich die Möglichkeit der Vorverschiebung auf 04.00 Uhr eingeräumt hatte, ist eine Abweichung von der 05.00 Uhr-Grenze um eine halbe Stunde auch unter diesem Gesichtspunkt als geringfügig zu betrachten.

- 4.3. Die Beschwerdeführerin hat eine Petition beigebracht, mit der die überwiegende Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer den Schichtbeginn um 04.30 Uhr fordert und insofern einer Abweichung von den Vorschriften zustimmt. Dazu führt die Beschwerdeführerin überzeugend aus, bei den betroffenen Schichtmitarbeitern handle es sich um Personen mit einer soliden Ausbildung, die in der Lage seien, ihre Interessen selbst zu artikulieren und gegenüber dem Betrieb geltend zu machen.

Somit ergibt sich, dass unter Berücksichtigung der Grundpostulate des Arbeitsgesetzes wie "Sozialschutz der Arbeitnehmer" und "Gesundheitsschutz" alle drei Voraussetzungen zur Bewilligung einer Ausnahme nach Artikel 28 ArG erfüllt sind.

Die Beschwerdeführerin hat also nach Artikel 28 ArG Anspruch auf eine Bewilligung von 30 Minuten Nachtarbeit zur Vorverlegung des Arbeitsbeginns auf 04.30 Uhr.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Bewilligung für Nachtarbeit zum Beginn der Frühschicht um 04.30 Uhr zu Unrecht verweigerte.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Nachtarbeit für den Frühschichtbeginn um 04.30 Uhr zu bewilligen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin am 20. Juni 2003 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1 400.- ist ihr zurückzuerstatten.

Die Beschwerdeführerin hat sich nicht durch einen berufsmässigen Anwalt vertreten lassen. Es sind ihr auch sonst keine verhältnismässig hohen Kosten im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes erwachsen. Daher ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

#### **Demnach entscheidet die Rekurskommission EVD:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und der Beschwerdeführerin die beantragte Nachtarbeit zur Aufnahme der Frühschicht um 04.30 Uhr bewilligt.
2. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen. Der Beschwerdeführerin ist der Betrag von Fr. 1 400.- aus der Bundeskasse zurückzuerstatten.
3. Gegen den vorliegenden Beschwerdeentscheid kann innert dreissig Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Eingabe hat dreifach zu erfolgen und die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der Beschwerdeführerin oder deren Vertreterin zu enthalten. Der angefochtene Beschwerdeentscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführerin sie in Händen hat.
4. Dieser Entscheid wird der Beschwerdeführerin, der Vorinstanz und dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement mit Lettre Signature (LSI) und Rückschein eröffnet und dem Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen mitgeteilt.

REKURSKOMMISSION EVD

Der Präsident  
H. Urech

Die juristische Sekretärin  
U. Rüttsche