Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-1967/2007

{T 1/2}

Urteil vom 28. März 2008

Besetzung

Richter Hans-Jacob Heitz (Vorsitz), Richter Ronald Flury, Richterin Eva Schneeberger (Kammerpräsidentin); Gerichtsschreiber Kaspar Luginbühl.

Parteien

Gewerkschaft UNIA, Weltpoststrasse 20, 3000 Bern 15, Beschwerdeführerin,

gegen

Micarna SA, 21, route de l'industrie, 1784 Courtepin, vertreten durch Migros-Genossenschafts-Bund, Limmatstrasse 152, Postfach 266, 8005 Zürich, Beschwerdegegnerin,

Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Direktion für Arbeit, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Vorinstanz.

Gegenstand

Arbeitszeitbewilligungen.

Sachverhalt:

A.

Mit Gesuch vom 23. Dezember 2006 beantragte der Migros-Genossenschafts-Bund (MGB) beim Staatssekretariat für Wirtschaft (seco, Vorinstanz) in zwölf Teilgesuchen neue Arbeitszeitbewilligungen für die Micarna SA (Beschwerdegegnerin) in Courtepin/FR. Zusätzlich beantragte der MGB, die Betriebe der Micarna SA und der ehemaligen Optigal SA seien unter einer einheitlichen Betriebsnummer zu vereinigen. Als Grund für die Gesuche brachte der MGB vor, dass aufgrund der Fusion zwischen der Micarna SA und der Optigal SA alle Betriebe der Optigal SA auf die Micarna SA übergegangen seien, und somit eine einheitliche Arbeitszeitregelung notwendig sei. Die Vorinstanz hat nach Prüfung der Gesuche der Micarna SA insgesamt 17 Arbeitszeitbewilligungen der drei Klassen „Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et pour les jours fériés (Art. 17, 19 et 20 LTr)"; „Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et du dimanche (Art. 17, 19 LTr)" sowie „Permis de travail de nuit et du dimanche (Service de piquet) (Art. 14 et 15 OLT)"[1] erteilt. Von der Erteilung einer einheitlichen Betriebsnummer sah die Vorinstanz hingegen ab.

B.

Mit Eingabe vom 15. März 2007 (Eingang 16. März 2007) erhob die Gewerkschaft UNIA (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen sämtliche von der Vorinstanz ausgestellten Arbeitszeitbewilligungen. Ihre Beschwerdelegitimation stützte die Beschwerdeführerin auf Art. 48 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) in Verbindung mit Art. 58 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11). In materieller Hinsicht brachte die Beschwerdeführerin vor, heute sei arbeitswissenschaftlich erwiesen, dass die Nachtruhe für die Erholung des Menschen unentbehrlich sei. Langfristige oder dauernde Nachtarbeit habe nachweislich gesundheitliche Folgen. In Art. 16 ArG sei ein grundsätzliches Nachtarbeitsverbot festgehalten. Laut Art. 17 Abs. 2 ArG könne dauernde Nachtarbeit nur bewilligt werden, wenn für den antragstellenden Betrieb eine technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit vorliege. Die Unentbehrlichkeit brauche gemäss Art. 28 Abs. 4 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1,

1 LTr = Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11); OLT = Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111).

SR 822.111) lediglich in jenen Fällen nicht nachgewiesen zu werden, die im Anhang zur ArGV 1 aufgeführt seien. Dazu würden fleischverarbeitende Betriebe jedoch nicht gehören. Den besonderen Bedürfnissen fleischverarbeitender Betriebe werde in Art. 27a der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112) Rechnung getragen, indem an zwei Wochentagen ab 02:00 Uhr und an den restlichen Tagen ab 04:00 Uhr ohne behördliche Bewilligung gearbeitet werden könne. Würde unter diesen Umständen dauernde Nachtarbeit trotzdem bewilligt, werde der Schutzgedanke der Arbeitsgesetzgebung ausgehöhlt. Die Beschwerdegegnerin mache für die Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit sowohl technische als auch wirtschaftliche Gründe geltend und führe zudem die Konsumbedürfnisse als Unentbehrlichkeitsgrund an. Diese Tatbestände seien in Art. 28 Abs. 1 bis 3 ArGV 1 geregelt. Soweit die Beschwerdegegnerin geltend mache, die Konsumbedürfnisse für Fleischwaren seien von starken Schwankungen geprägt, könne diesem Argument nicht gefolgt werden, zumal sie nicht ausführe, inwiefern die Konsumbedürfnisse kurzfristig ansteigen und sinken würden. Vielmehr seien die Gewohnheiten der Verbraucher absehbar, denn eine erhöhte Nachfrage nach Fleischwaren bestehe im Vorfeld von Fest- und Feiertagen. Dies genüge jedoch für einen Bedürfnisnachweis nicht. Zur technischen Unentbehrlichkeit bringe die Beschwerdegegnerin vor, dass die Qualität der Prozesse und der Endprodukte nur gewährleistet werden könne, wenn die Systeme und Abläufe innerhalb des Betriebes nahtlos aufeinanderfolgend abgestimmt seien. In organisatorischer Hinsicht seien diese Ausführungen zwar verständlich. Jedoch sei nicht ersichtlich, inwiefern unter diesen Umständen nicht ein Wechselschichtsystem eingeführt werden könne. Schliesslich sei auch die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nicht gegeben, denn diese liege laut Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 nur dann vor, wenn die Unterbrechung des Arbeitsverfahrens hohe Zusatzkosten verursache. Dies habe die Beschwerdegegnerin nicht dargetan. Nebst der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin die gesetzlichen Voraussetzungen für die Einführung der Dauernachtarbeit nicht erfülle, habe die Vorinstanz ohnehin entschieden, ihre Bewilligungspraxis den Empfehlungen der Eidgenössischen Arbeitskommission (EAK) anzupassen. Dauernachtarbeit solle im Fall von Unentbehrlichkeit nur dann zugelassen werden, wenn (a) keine Gegenschichten existierten, (b) die Arbeit ausschliesslich nachts ausgeführt werden könne, und (c) in Betrieben mit Wechselschichten nachweislich nicht genügend Personal rekrutiert werden könne.

Die Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit sei in Art. 25 Abs. 3 ArG sowie Art. 30 ArGV 1 geregelt. Dauernachtarbeit könne eingeführt werden, sofern die in Art. 30 ArGV 1 statuierten Voraussetzungen erfüllt seien. Jedoch sei die Dauernachtarbeit als Ausnahme anzusehen, denn Art. 25 Abs. 1 ArG sowie Art. 30 ArGV 1 und Art. 34 Abs. 4 ArGV 1 gäben dem Wechselschichtsystem den Vorrang. Weiter sehe Art. 41 Bst. e ArGV 1 vor, dass das Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für Nachtarbeit das Einverständnis der Betroffenen belegen müsse. Das Gesuch vom 23. Dezember 2006 begnüge sich mit dem Hinweis, dass die Organisationsstruktur der Personalkommission die Mitsprache der Arbeitnehmer sichere. Auch wenn die Arbeitnehmer der Micarna SA im Jahr 2004 ihre Zustimmung gegeben hätten, fehle nach wie vor die Einverständniserklärung der neu dazugekommenen ehemaligen Optigal SA Mitarbeiter. Art. 41 Bst. f ArGV 1 verlange für die Bewilligungserteilung zudem die Resultate einer medizinischen Eignungsprüfung der betroffenen Arbeitnehmer. Gemäss Art. 45 Bst. e ArGV 1 sei diese Untersuchung bei Dauernachtarbeit obligatorisch. Die Ergebnisse einer solchen Untersuchung fehlten beim Gesuch vollständig. Was die Verlängerung der Höchstarbeitszeit betreffe, handle es sich nicht um Fälle gemäss Art. 22 Abs. 1 ArGV 1, wonach die Höchstarbeitszeit in einem Mittel von sechs Monaten nicht überschritten werden dürfe, sondern um solche gemäss Art. 22 Abs. 2 ArGV 1, wonach ein Ausgleich innerhalb von vier Wochen stattzufinden habe. Ein Ausgleich innerhalb von sechs Monaten sei nur bei saisonalen Schwankungen möglich, wobei diese bei der Beschwerdegegnerin nicht stattfänden.

C.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 20. April 2007 äusserte sich die Beschwerdegegnerin dahingehend, dass die Beschwerdeführerin branchenfremd sei. Da lediglich Gewerkschaften der Branche die Verbandsbeschwerde gemäss Art. 58 ArG ergreifen können, sei vorliegend nicht auf die Beschwerde einzutreten. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. August 2007 wurde der Beschwerdegegnerin mitgeteilt, dass über die Prozessvoraussetzungen im Endentscheid befunden werde, und dass es sich dabei um Rechtsfragen handle, die von Amtes wegen und unabhängig von allfälligen Parteianträgen zu beurteilen seien. Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2007 wurde der

Antrag der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

Materiell brachte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort im Wesentlichen vor, dass fleischverarbeitende Betriebe ein Bindeglied in der Produktionskette seien. Durch verschiedene Änderungen in den wirtschafts- und agrarpolitischen Rahmenbedingungen sowie auf der bilateralen Ebene mit der EU seien bei der Beschwerdegegnerin hohe Investitionskosten angefallen. Aus Qualitätsgründen sei ein integriertes Vorgehen von der Primärproduktion bis hin zum Verkauf unabdingbar. Der fleischverarbeitende Betrieb habe in diesem Umfeld seine Selbständigkeit weitgehend verloren, denn die Produktion und die Vermarktung würden zunehmend von den vorgelagerten (Landwirtschaft) und den nachgelagerten Stufen (Gross-, Detailhändler) mitbestimmt. Bei Fleisch handle es sich mit einem Pro-Kopf-Konsum von 60 Kg jährlich um ein Grundnahrungsmittel. Mit einem Selbstversorgungsgrad von 95% komme bei der Deckung der Konsumentenbedürfnisse den fleischverarbeitenden Betrieben daher eine hohe Bedeutung zu. Die Nachfrage sei von einer starken Volatilität innerhalb der einzelnen Fleischgruppen und -Sorten geprägt. Nebst den saisonalen Schwankungen hätten die fleischverarbeitenden Betriebe demnach auch zyklische und strukturelle Schwankungen im Fleischkonsum bzw. den verschiedenen Produktegruppen auszugleichen. Aus all diesen Gründen sei die Möglichkeit, eine flexible Anpassung der Produktion über entsprechende Betriebs- und Arbeitszeiten auf Wochen-, Monats- und Jahresbasis über Nacht- und Sonntagsarbeit und eine diesbezügliche Ausrichtung des Arbeitsplatzes sicherzustellen.

Daneben betreibe sie eine Personalpolitik, die stark auf der Mitsprache der Arbeitnehmer beruhe. So setze sie sich mit den Bedürfnissen und Wünschen der Mitarbeiter betreffend Dauernachtarbeit auseinander und führe diese nur ein, wenn keine Gegenschichten existierten, die Arbeit ausschliesslich in der Nacht ausgeführt werden könne oder für die Betroffenen aus sozialen bzw. familiären Gründen ein anderes Modell nicht in Frage komme. Bei von Dauernachtarbeit Betroffenen würden zusätzliche Massnahmen für die Arbeitssicherheit, den Gesundheitsschutz und die Gesundheitsförderung ergriffen. Ob die Voraussetzungen für Dauernachtarbeit bestünden werde periodisch, jedoch spätestens alle drei Jahre durch die Geschäftsleitung und die Personalkommission überprüft. Der diesbezügliche von der Geschäftsleitung und der Personalkommission am 10. November 2005 gefasste Be-

schluss sei der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht worden. Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Fusionsprozesses zwischen Micarna SA und Optigal SA von den Personalverbänden der Micarna SA Courtepin und Batzenheid sowie von Optigal SA zusammen mit dem Metzgereipersonalverband der Schweiz ein neues Personalreglement ausgearbeitet worden sei, welches integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrages bilde und von den Mitarbeitern nach Erläuterung an der Belegschaftsversammlung mittels von ihnen unterschriebener Zustimmungserklärung übernommen worden sei. In diesem Personalreglement sei sowohl die Verlängerung der Höchstarbeitszeit mit Ausgleich als auch der Einsatz im Rahmen von Nacht- und Sonntagsarbeit vorgesehen. Schliesslich werde festgehalten, dass die medizinischen Eignungsprüfungen gemäss den gesetzlichen Bestimmungen periodisch im Rahmen von Folgeuntersuchungen erneuert würden, was der Vorinstanz bekannt sei.

D.
Mit Schreiben vom 14. Mai 2007 reichte die Beschwerdeführerin die vom Bundesverwaltungsgericht verlangte Nachbesserung ihrer Beschwerde ein und machte Ausführungen zu den angefochtenen Bewilligungen differenziert nach Sonntags- sowie Nacht- und Feiertagsarbeit einerseits, nach Betrieben bzw. Betriebsteilen andererseits. Die Beschwerdeführerin wies im Rahmen allgemeiner Ausführungen abermals darauf hin, dass das Einverständnis der Arbeitnehmer für Dauernachtarbeit vor Gesuchseinreichung eingeholt werden müsse, was auch für die Resultate der medizinischen Untersuchung gelte. Zudem seien die Bewilligungen für eine weit grössere Anzahl Personen erteilt worden, als überhaupt bei der Beschwerdegegnerin beschäftigt seien.

Vorerst machte die Beschwerdeführerin Ausführungen zu den Bewilligungen, die die Betriebsteile der ehemaligen Optigal SA betreffen (Betriebsnummer 100224) und heute zur Micarna Division Volaille zusammengefasst sind. Zur Bewilligung 07-9460 (viande hachée, Erneuerung der Bewilligung) führte sie aus, dass das Gesuch vom 26. Dezember 2006 vollumfänglich auf das Gesuch vom 22. März 2004 verweise. Gespräche mit der Belegschaft hätten ergeben, dass in der betreffenden Abteilung ohnehin nur selten in der Nacht oder am Sonntag gearbeitet werde, weshalb nicht rein präventiv eine Bewilligung dazu hätte erteilt werden dürfen. Bezüglich Verlängerung der Höchstarbeitszeit könne festgehalten werden, dass es sich bei einem fleischverar-

beitenden Betrieb nicht um einen Betrieb mit witterungsbedingten Arbeitsausfällen handle, weshalb die Bewilligung nicht für einen Ausgleich innerhalb von sechs Monaten, sondern innerhalb von vier Wochen hätte erteilt werden müssen.

Bei den Bewilligungen 07-9461 bis 07-9466 handle es sich ausschliesslich um neue. Deshalb sei nicht einzusehen, warum sie die Vorinstanz erteilt habe, habe sich die Beschwerdegegnerin doch ausschliesslich auf ihr Gesuch aus dem Jahr 2004 gestützt. Die Bewilligungen seien demnach ohne Angaben zur Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit erteilt worden. Daher sei es für die Beschwerdeführerin auch sehr schwierig, zu den lediglich hypothetischen Begründungen Stellung zu nehmen. Jedenfalls sei zu den Bewilligungen 07-9461 und 07-9462 (emballage, transport int/ext) festzuhalten, dass Geflügelfleisch aufgrund der Sprüh-Luft-Kühlung nicht sofort verpackt und ausgeliefert werden müsse. Vielmehr sei eine Haltbarkeit von sieben Tagen gegeben, weshalb auch die Konsumbedürfnisse kein Grund seien. Bei Bewilligung 07-9463 (abatoir/eviscération/ ACM/chickway/filetage) sei nicht ersichtlich, weshalb für lediglich eine Schicht Dauernachtarbeit beantragt werde, zumal das Filettieren von Hühnern bei deren vorgängigen Abkühlung direkt nach der Schlachtung ohnehin leichter falle. Obwohl die Beschwerdegegnerin keine Sonntagsarbeit beantragt habe, habe die Vorinstanz eine Bewilligung für den Zeitraum zwischen Samstag, 22:00 Uhr, und Sonntag, 22:00 Uhr, erteilt. Zu Bewilligung 07-9464 (produit élaboré/ emballage) sei zu sagen, dass bis anhin im betreffenden Betriebsteil keine Nachtschicht gefahren werde, weshalb die vorsorgliche Erteilung nicht gerechtfertigt sei. Die Bewilligung 07-9465 (logistique/commissionnement) betreffe insgesamt 750 Personen. Aufgrund der grossen Zahl der Mitarbeiter sei nicht verständlich, warum kein Wechselschichtsystem eingeführt werden könne. Bewilligung 07-9466 (technique d'entreprise) betreffe den technischen Support. Weil im Bereich Geflügel grundsätzlich keine Nachtarbeit notwendig sei, brauche es demnach auch keine technische Unterstützung. Bewilligung 07-9467 (maintien/infrastructure, technique, technique de maison) sei aufgrund der darin vorgesehenen Piketteinsätze, die sich im normalen Rahmen bewegten, nicht zu beanstanden. Jedoch habe die Vorinstanz eine Verlängerung der Höchstarbeitszeit bewilligt, obwohl keine beantragt worden sei. Ausserdem habe der Ausgleich wiederum binnen vier Wochen und nicht innerhalb von sechs Monaten zu erfolgen.

Zu den Bewilligungen, die für die Betriebsteile der alten Micarna SA (Bereich Fleisch, Betriebsnummer 100106) erteilt wurden, führte die Beschwerdeführerin aus, dass es sich ausschliesslich um die Erneuerung bereits bestehender Bewilligungen handle. Die Bewilligungen 07-9451, 07-9456 und 07-9457 seien alleine aufgrund des Gesuches aus dem Jahr 2004 erteilt worden. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die aktuellen "Zahlen und Angaben" in Anbetracht der erfolgten Fusion zu prüfen. In den betroffenen Bereichen werde schon heute rund um die Uhr gearbeitet, weshalb nicht verständlich sei, dass unter diesen Umständen dauerhafte Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit nötig sei. Weiter werde das Bedürfnis nach Sonntagsarbeit und die Notwendigkeit der Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit auf 49 Stunden bestritten. Zu Bewilligung 07-9458 macht die Beschwerdeführerin geltend, die Beschwerdegegnerin leide nicht unter saisonalen Schwankungen, weshalb der Ausgleich nicht innerhalb von sechs Monaten, sondern binnen vier Wochen zu erfolgen habe. Die Bewilligung 07-9459 sei nicht zu beanstanden, soweit es um den üblichen Pikettdienst gehe. Jedoch habe die Vorinstanz über das Gesuch hinausgehend die Verlängerung der Höchstarbeitszeit bewilligt. Zudem würden wiederum fälschlicherweise Ausgleichsmodalitäten von sechs Monaten bewilligt. Zu den neu erteilten Bewilligungen 07-9452, 07-9453, 07-9454 und 07-9455 bleibe anzufügen, dass sie ohne eingehende Prüfung, ob ein Wechselschichtsystem möglich sei, erteilt worden seien. Zudem sei der Ausgleichsmodus für die Höchstarbeitszeiten zu rügen.

E.

In ihrer Beschwerdeantwort zur Nachbesserung der Beschwerde vom 27. Juli 2007 brachte die Beschwerdegegnerin vor, sie beschäftige 1'118 Arbeitnehmer aus 46 verschiedenen Ländern. Weiter machte die Beschwerdegegnerin abermals darauf aufmerksam, dass die Zustimmung für Nacht- und Feiertagsarbeit im Rahmen der Übernahme des neuen Betriebsreglementes als integrativer Bestandteil des Arbeitsvertrags durch den Betriebsrat abgegeben worden sei. Die medizinischen Eignungs- und Vorsorgeuntersuchungen für Dauernachtarbeit würden von der Praxisgemeinschaft Dres. med. A. und M. Monney in Courtepin durchgeführt. Die Kontrollen würden unabhängig von Dauernachtarbeit bei jedem Mitarbeiter ein Mal jährlich durchgeführt. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen seien für die Vorinstanz jederzeit einsehbar.

Da die erteilten Bewilligungen unter zwei verschiedenen Betriebsnummern ausgestellt worden seien, ergäben sich Überschneidungen. Die Beschwerdegegnerin habe Bewilligungen für elf klar definierte Betriebsteile verlangt. Die Vorinstanz habe jedoch unter zwei verschiedenen Betriebsnummern insgesamt 17 Bewilligungen ausgestellt. So entspreche Bewilligung 07-9460 Bewilligung 07-9452, 07-9461 korreliere mit 07-9454, 07-9462 mit 07-9455, 07-9465 mit 07-9457, 07-9466 mit 07-9458 und schliesslich 07-9467 mit 07-9459. Dies habe zwar zu einer Vervielfachung der Bewilligungen, nicht aber zu einer Vervielfachung der Betriebe geführt. Aus dieser Tatsache ergebe sich, dass die in den Bewilligungen angegebene Zahl der Mitarbeiter höher sei, als die der tatsächlich Beschäftigten.

Die Beschwerdegegnerin brachte neu vor, dass sie den Detailhandel mittels eines Systems des automatischen Filialnachschubes beliefere. Der Verkauf von Fleisch oder Fleischprodukten durch den Detailhändler löse automatisch eine entsprechende Nachbestellung aus. Somit liege auf der Hand, dass im Endeffekt der Kunde durch sein Verhalten bestimme, welchen Bestell-Lieferrhythmus die Beschwerdegegnerin einhalten müsse. Der Bestell-Lieferrhythmus (Zeit zwischen Eingang der Bestellung inklusive Produktion, Verpackung etc. und Lieferung der Ware) betrage heute je nach Produkt zwischen zwölf und 24 Stunden. Unter diesen Umständen sei klar, dass eine erhöhte Flexibilität und Lieferbereitschaft notwendig sei. Spätestens seit den BSE-Fällen und der Maul- und Klauenseuche sei erstellt, dass der Kunde die Produktion von Fleischprodukten ganz erheblich beeinflussen könne. Dass zwischen Bestellungseingang und Lieferung lediglich ein kurzer Zeitraum liegen dürfe, ergebe sich desweitern auch aus dem Lebensmittelhygienerecht. Unter diesen Umständen sei schliesslich nicht verwunderlich, dass Nacht- und Sonntagsarbeit sowohl in technischer Hinsicht als auch aufgrund von Konsumentenbedürfnissen unentbehrlich sei. Am Wochenende und vor Feiertagen würden jeweils 60% des Umsatzes erzielt, was verständlich mache, dass Just-in-Time Produktion unabdingbar sei.

F.

Mit Eingabe vom 15. August 2007 nahm die Vorinstanz zur Beschwerde sowie zur Nachbesserung der Beschwerde Stellung. Sie brachte vor, dass die angefochtenen Bewilligungen unabhängig davon, ob es sich um Betriebe der ehemaligen Optigal SA oder der alten Micarna SA handle, aufgrund derselben Voraussetzungen erteilt worden seien.

Die Betriebsnummern seien nicht vereinheitlicht worden, weil die Arbeit in den jeweiligen Einheiten anders organisiert sei, und die Bewilligungen dementsprechend hätten individualisiert werden müssen. Da die Arbeitnehmer jedoch u.U. von einem Betriebsteil in den anderen wechseln würden, seien die Bewilligungen für mehr Personen ausgestellt worden, als aktuell angestellt seien. Gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG werde dauernde oder regelmässige Nachtarbeit bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sei. Die Definition ergebe sich aus Art. 28 ArGV 1 und stelle der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit das besondere Konsumbedürfnis gleich. Um den Nachweis eines besonderen Konsumbedürfnisses erbringen zu können, müsse der Gesuchsteller darlegen, dass er Waren oder Dienstleistungen herstelle, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als Mangel empfunden würde und die täglich benötigt würden. Das Bedürfnis nach der Ware müsse dauernd oder z.B. aufgrund des Freizeitverhaltens der Bevölkerung nachts im besonderen Masse vorhanden sein. Den Nachweis des besonderen Konsumbedürfnisses habe die Beschwerdegegnerin in ihrem Gesuch vom 22. März 2004 rechtsgenüglich erbracht. Dass ein besonderes Konsumbedürfnis bestehe, ergebe sich auch aus Art. 27a ArGV 2, wonach in fleischverarbeitenden Betrieben teilweise Nachtarbeit geleistet werden kann. Schliesslich müsse der Nachweis des besonderen Konsumbedürfnisses nicht in jedem Bewilligungsgesuch neu erbracht werden; die Praxis der Vorinstanz gehe dahin, dass der Nachweis erst nach Ablauf von sechs bis acht Jahren neu zu erbringen sei. Da die Vorinstanz den Nachweis der Unentbehrlichkeit gestützt auf das besondere Konsumbedürfnis gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 als erbracht angesehen habe, seien die wirtschaftliche bzw. die technische Unentbehrlichkeit nicht mehr gesondert geprüft worden.

Dauernachtarbeit werde gestützt auf Art. 30 ArGV 1 dann bewilligt, wenn sie aus betrieblichen Gründen notwendig sei. Betriebliche Notwendigkeit liege vor, wenn keine Gegenschichten existierten, die Arbeit nur in der Nacht ausgeführt werden könne, oder nachweisbar nicht genügend Personal rekrutiert werden könne für ein Wechselschichtsystem. Die Tätigkeiten in einem fleischverarbeitenden Betrieb würden typischerweise in der Nacht oder in den frühen Morgenstunden ausgeübt. Dies werde in Art. 27a ArGV 2 berücksichtigt. Zudem könne dem Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 26. Dezember 2006 entnommen werden, dass die Einsatzpläne der Mitarbeitenden differenziert und dem Betriebsbedürfnis entsprechend gestaltet seien. Die

Einsätze würden zudem gestaffelt erfolgen. Im allgemeinen werde bei der Beschwerdegegnerin mehr Nacht- als Tagesarbeit geleistet. Es finde während der Nacht kein Schichtenwechsel statt, oder ein Wechsel der Arbeitszeit erfolge erst nach acht Wochen. Aus diesem Grund sei von Dauernachtarbeit auszugehen, auch wenn in vielen Fällen lediglich zwei oder drei Stunden am Anfang oder am Ende einer Schicht in die Nacht fielen. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin seien die Bewilligungen für Dauernachtarbeit nicht aufgrund von Personalmangel erteilt worden, sondern vielmehr, weil eine betriebliche Notwendigkeit gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 habe bejaht werden können. Was die Einverständniserklärung zur Dauernachtarbeit betreffe, so hätten die Arbeitnehmer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b ArG im jeweiligen Betrieb bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung der Stundenpläne ein Mitspracherecht. Hingegen müssten die auf dem Mitspracherecht basierenden schriftlichen Einverständniserklärungen nicht zusammen mit dem Gesuch eingereicht werden, weil es sich dabei nicht um eine Voraussetzung zur Bewilligungserteilung handle. In der Praxis sei ein Arbeitsvertrag, der Nacht- und Sonntagsarbeit vorsehe, als Nachweis für das Einverständnis genügend. Die Überprüfung, ob die Einverständniserklärung im konkreten Fall vorliege, sei Sache der kantonalen Vollzugsbehörden. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Gesuch vom 22. März 2004 bestätigt, dass die Einverständniserklärungen vorlägen. Was die Arbeitnehmer der ehemaligen Optigal SA betreffe, so hätten diese im Rahmen früherer Gesuche deren Zustimmung zu Nacht- und Sonntagsarbeit gegeben. Obligatorische medizinische Untersuchungen seien gemäss Art. 45 ArGV 1 unter anderem bei Dauernachtarbeit durchzuführen. Auch hier handle es sich jedoch nicht um eine Bewilligungsvoraussetzung, sondern um eine Kontrollaufgabe der Betriebskontrolle. Was die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit betreffe, so sei in den Bewilligungen versehentlich Art. 22 Abs. 2 ArGV 1 anstelle von Art. 22 Abs. 1 ArGV 1 als rechtliche Grundlage angegeben worden. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin unterliege die Tätigkeit der Beschwerdegegnerin durchaus saisonalen Schwankungen und sei zudem witterungsabhängig. Demnach seien die Bewilligungen zur Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit im Rahmen von Art. 22 Abs. 1 ArGV 1 zu Recht erteilt worden.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2007 schloss sich die Beschwerdegegnerin ausdrücklich den Ausführungen der Vorinstanz an und verzichtete ihrerseits auf eine Stellungnahme dazu.

G.
Mit Duplik vom 31. Oktober 2007 äusserte sich die Beschwerdeführerin abermals ausführlich zu den Voraussetzungen für Dauernachtarbeit und wies insbesondere darauf hin, dass die Einverständniserklärung der Arbeitnehmer zu Dauernachtarbeit sowie die medizinische Untersuchung der von Nachtarbeit Betroffenen Bewilligungsvoraussetzungen seien. Die Vorinstanz habe nicht geprüft, ob die Arbeitnehmer ihr Einverständnis für Dauernachtarbeit gegeben hätten und ob die obligatorischen medizinischen Untersuchungen durchgeführt worden seien.

H.
Mit Instruktionsverfügung vom 19. November 2007 gab das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin abermals die Gelegenheit, sich u.a. zur Unentbehrlichkeit von Dauernachtarbeit, bezogen auf die einzelnen Betriebsteile der Beschwerdegegnerin, zu äussern.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2007 äusserte sich die Beschwerdegegnerin dahingehend, dass das Merkblatt der Vorinstanz eine Verwaltungsverordnung darstelle, die nicht weiter als die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gehen könne. Weiter führte sie aus, dass das Gesetz zwar eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Nachtarbeit mit Wechselschichten und Dauernachtarbeit mache, jedoch darauf hinzuweisen sei, dass Dauernachtarbeit nicht per se habe ausgeschlossen werden sollen, sondern bei deren Bewilligung jeweils auf die örtlichen und die betrieblichen Gegebenheiten abzustellen sei. Zudem komme dem Element der Autoselektion und der Freiwilligkeit der Arbeitnehmer grosse Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang könne die Voraussetzung des Personalmangels auf dem Merkblatt nicht dahingehend verstanden werden, dass Personen, die keine Wechselschichten wünschten, entlassen werden müssten. Vielmehr sei der Wunsch der Arbeitnehmer nach Dauernachtarbeit zu respektieren und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Weiter wies die Beschwerdegegnerin auf einen durch ihre Geschäftsleitung und Personalkommission getroffenen Protokollbeschluss hin, der Dauernachtarbeit vorsehe. Die betriebliche Notwendigkeit von Dauernachtarbeit sei dadurch erstellt, dass die Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin nicht bereit seien, in einem Wechselschichtsystem zu arbeiten. Schliesslich machte die Beschwerdegegnerin Ausführungen dazu, wieviele der Arbeitnehmer in den verschiedenen Betriebsteilen Kinder

hätten, und deshalb aus sozialen und familiären Gründen nicht gewillt seien, in einem Wechselschichtsystem zu arbeiten.

I.
Mit Schreiben vom 7. Januar 2008 legte die Vorinstanz dar, dass sie keine Ausführungen dazu machen könne, wieviele Personen in den Betrieben der Beschwerdegegnerin gleichzeitig Nachtarbeit leisten. Die Bewilligungen seien unter zwei Betriebsnummern für jeweils gleich viele Arbeitnehmer ausgestellt worden. Im Nachhinein wäre es besser gewesen, die Betriebe der Micarna SA und jene der ehemaligen Optigal SA unter einer Betriebsnummer zu vereinigen. Generell gesehen handle es sich bei fleischverarbeitenden Betrieben um eine Branche, in der mehr Nacht- als Tagesarbeit geleistet werde. Schliesslich sei auch darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen an die Gesuchseinreichung nicht übertrieben sein dürften. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unter Vermeidung unnötiger Verzögerungen genügend abgeklärt. In Bezug auf das Merkblatt könne festgehalten werden, dass die Voraussetzungen alternativ anwendbar seien. Insbesondere die Voraussetzung, wonach die Arbeitnehmer entweder kein Wechselschichtsystem wünschten oder aber nicht genügend qualifiziertes Personal gefunden werden könne, sei alternativ zu verstehen. In Bezug auf die einzelnen Bewilligungen habe sie als erstellt erachtet, dass die Mitarbeiter kein Wechselschichtsystem wünschten, oder aber keine Wechselschichten vorhanden seien.

J.
Mit Schreiben vom 29. Januar 2008 erklärte die Beschwerdeführerin ihren Verzicht auf eine weitere Stellungnahme.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die angefochtenen Arbeitszeitbewilligungen stellen Verfügungen im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Gemäss Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) unterliegen Verfügungen des seco über die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 33 Bst. d und Art. 37 VGG i.V.m. Art. 44 VwVG).

Die angefochtenen Bewilligungen wurden am 13. Februar 2007 in der französischsprachigen Ausgabe des Bundesblattes publiziert

(BBl 2007 1136 ff.). Die 30-tägige Rechtsmittelfrist begann am der Veröffentlichung folgenden Tag, somit am 14. Februar 2007, zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Dies ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin auch dann der Fall, wenn die Beschwerdeführerin allenfalls schon vor der Publikation Akteneinsicht genommen haben sollte (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 23 zu Art. 44). Mit Postaufgabe vom 15. März 2007 ist die Rechtsmittelfrist somit gewahrt.

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Beschwerdelegitimation auf Art. 48 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 58 ArG. Laut Art. 48 VwVG sind jene Personen, Organisationen und Behörden zur Einreichung eines Rechtsmittels legitimiert, denen ein Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Laut Art. 58 ArG sind zur Beschwerde gegen Verfügungen von kantonalen Behörden oder Bundesbehörden die Verbände der beteiligten Arbeitgeber und der Arbeitnehmer berechtigt. Art. 58 ArG stipuliert demnach die ideelle Verbandsbeschwerde für Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände (vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, N 1026 ff.). Die ideelle Verbandsbeschwerde zeichnet sich dadurch aus, dass in Abgrenzung zur egoistischen Verbandsbeschwerde und zur Drittbeschwerde weder der Verband selbst noch seine Mitglieder persönlich betroffen sein müssen, damit der Verband beschwerdelegitimiert ist (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 5. A., Zürich 2006, N. 1790 ff.). Gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Arbeitnehmer, für welche der Verband einsteht, nicht selbst Mitglied des Verbandes sein (THOMAS GEISER/ ADRIAN VON KAENEL/RÉMY WYLER, Loi sur le travail, Komm., Bern 2005, N. 2 zu Art. 58, BGE 116 Ib 284 E. 1). Unerheblich ist weiter, ob die von der Verfügung betroffenen Arbeitnehmer an der Beschwerdeführung ein Interesse bekunden oder nicht (BGE 98 Ib 344 E. 1). Voraussetzung ist jedoch, dass der beschwerdeführende Verband die Verteidigung beruflicher, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Interessen seiner Mitglieder zum Zweck hat (unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 2A.578/1999 vom 5. Mai. 2000, E. 1b). In der Regel wird als weiteres Legitimationserfordernis angesehen, dass der beschwerdeführende Verband die Interessen der Arbeitnehmer in dem von der Verfügung betroffenen Sektor oder der betroffenen Branche verfolgt. Gerade in der neueren Lehre wird das Erfordernis aber nicht mehr explizit erwähnt (bejahend: BGE 98 Ib 344 E. 1, BGE 116 Ib 271

E. 1a, BGE 116 Ib 284 E. 1 sowie HÄNER, a.a.O.; ohne explizite Erwähnung: BGE 125 III 82 E. 1a; unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 2A.578/1999 vom 5. Mai. 2000 E. 1b sowie RÉMY WYLER, Droit du travail, Bern 2002, S. 480).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin ein Arbeitnehmerverband ist. Art. 3 Abs. 1 der UNIA-Statuten hält fest, dass die Beschwerdeführerin "die sozialen, wirtschaftlichen, politischen, beruflichen und kulturellen Interessen der ArbeitnehmerInnen" fördert. Gemäss Art. 3 Abs. 3 erster Satz UNIA-Statuten setzt die Beschwerdeführerin zur Erreichung ihrer Ziele "die Mittel des gemeinsamen Kampfes, der kollektiven Verhandlung und der solidarischen Unterstützung" ein. Daraus erhellt, dass sowohl die Zweckbestimmung als auch die Definition derselben gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre genügen, um dieses Legitimationserfordernis zu erfüllen.

Bei den Fleischprodukten der Beschwerdegegnerin handelt es sich um Lebensmittel. Die Beschwerdeführerin ist Sozialpartnerin in etlichen Gesamtarbeitsverträgen der Lebens- und Genussmittelindustrie (z.B. Nestlé Fabriken Konolfingen und Basel; fenaco; Feldschlösschen-Getränke AG; Schweizerischer Bierbrauerverband; Schweizer Schokoladenindustrie sowie Coop etc.). Den Tätigkeitsbereich der Beschwerdegegnerin (Fleischproduktion und -Verarbeitung) als in sich geschlossene Branche zu betrachten ist schon aufgrund von Abgrenzungsproblematiken nicht möglich. Auch wenn die Arbeitsabläufe in den Anlagen der Beschwerdeführerin anders sein mögen als jene in anderen Bereichen der Lebensmittelproduktion und -Verarbeitung, so handelt es sich doch um Bereiche auf derselben Produktionsstufe und mit einer ähnlichen Zielsetzung (Belieferung der Detailhändler mit Lebensmitteln). Wie aufgezeigt, erfüllt die Beschwerdeführerin demnach alle Voraussetzungen für die Legitimation zur Verbandsbeschwerde.

Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Die Beschwerdeführerin ist demnach beschwerdelegitimiert und auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin hat Beschwerde gegen alle 17 am 13. Februar 2007 erteilten Arbeitszeitbewilligungen eingereicht. Es handelt sich

dabei um Bewilligungen folgender drei Klassen:

„Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et pour les jours fériés (Art. 17, 19 et 20 LTr)“;

„Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et du dimanche (Art. 17, 19 LTr)“;

„Permis du travail de nuit et du dimanche (Service de piquet) (Art. 14 et 15 OLT)“.

Bei der nachfolgenden Beurteilung, ob die Arbeitszeitbewilligungen zu Recht erteilt worden sind, wird nicht auf die formellen einzelnen Bewilligungen, sondern auf die Art der mit den Bewilligungen zugestandenen Ausnahmen abgestellt. Es wird demnach vorerst ermittelt, ob die Bewilligungen in formellrechtlicher Hinsicht korrekt ausgestellt worden sind (E. 3). Danach ist zu eruieren, ob die Bewilligungen für Nacht- bzw. Dauernachtarbeit unter Wahrung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen erteilt worden sind (E. 4 f.). In einem weiteren Schritt wird beurteilt, ob die Bewilligungen für die Feiertags- und Sonntagsarbeit sowie die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeiten im Zusammenhang mit der Dauernachtarbeit zu Recht ausgestellt worden sind (E. 6, 8). Schliesslich ist zu eruieren, ob sich die Bewilligungen für die Nacht- und Sonntagsarbeit des Pikettdienstes im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegen (E. 7).

3.

Die Beschwerdeführerin bringt vorerst in formeller Hinsicht vor, die Vorinstanz hätte überprüfen müssen, ob die für Dauernachtarbeit obligatorische medizinische Untersuchung bei den davon betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (nachfolgend: Arbeitnehmer) durchgeführt worden sei. Ausserdem habe die Vorinstanz keine Belege dafür verlangt, dass die von Dauernachtarbeit betroffenen Arbeitnehmer schriftlich ihr Einverständnis für Dauernachtarbeit gegeben hätten. Schliesslich seien Arbeitszeitbewilligungen für insgesamt 3'750 Mitarbeiter ausgestellt worden, was angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin lediglich ein Drittel dieser Zahl beschäftige, nicht angehe.

3.1

Die Voraussetzungen, unter denen Nachtarbeit und insbesondere Dauernachtarbeit bewilligt werden können sind, wie unten aufzuzeigen sein wird, grundsätzlich in Art. 17 ff. ArG geregelt. Art. 17 Abs. 6 legt fest, dass jene Arbeitnehmer, welche zu Nachtarbeit herangezogen werden sollen, ihr Einverständnis dazu geben müssen. Ohne Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmer kann dieser mithin nicht zu

Nachtarbeit gezwungen werden. Dabei genügt, wenn das Einverständnis im Rahmen des Arbeitsvertrages gegeben wurde (GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O., N. 9 zu Art. 17). Gemäss Art. 41 Bst. e Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) muss der gesuchstellende Betrieb seinem Gesuch die Bestätigung beilegen, dass das Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer eingeholt worden ist. Unbestritten ist, dass die Vorinstanz die einzelnen Einverständniserklärungen nicht erhalten hat. Dies kann jedoch vorliegend auch nicht massgeblich sein, da gemäss Art. 41 Bst. e ArGV 1 lediglich eine Bestätigung, dass die Erklärungen abgegeben worden sind, und nicht die Erklärungen selbst, beigelegt werden müssen. Unbestritten ist jedoch ebenso, dass die Beschwerdegegnerin im Gesuch vom 23. Dezember 2006 nicht bestätigt hat, dass die Einverständniserklärungen vorliegen.

Die medizinische Untersuchung ist in Art. 17c ArG geregelt. Demnach haben Arbeitnehmer, welche längerfristig Nachtarbeit verrichten, Anspruch auf eine medizinische Untersuchung. Gemäss Art. 17c Abs. 2 ArG kann die medizinische Untersuchung für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmer obligatorisch erklärt werden. Leisten Arbeitnehmer dauernde Nachtarbeit, ist die medizinische Untersuchung laut Art. 45 Abs. 1 Bst. e ArGV 1 obligatorisch. Die Untersuchung hat gemäss Abs. 2 dieses Artikels erstmals vor Antritt der Nachtarbeit zu erfolgen, und danach alle zwei Jahre bzw. jedes Jahr, sofern der betroffene Arbeitnehmer älter als 45-jährig ist. Laut Art. 49 Abs. 1 ArG muss der Gesuchsteller sein Gesuch begründen und die erforderlichen Unterlagen beilegen. Art. 41 ArGV 1, der die dem Gesuch beizulegenden Unterlagen bezeichnet, hält in Bst. f fest, dass dazu die Ergebnisse der medizinischen Untersuchungen gehören. Dass die Vorinstanz diese von der Beschwerdegegnerin nicht erhalten und auch später nicht nachgefordert hat, ist unbestritten.

3.2

Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, handelt es sich weder bei den Einverständniserklärungen noch bei der medizinischen Untersuchung um Bewilligungsvoraussetzungen: Art. 17 Abs. 6 ArG hält fest, dass der von Nachtarbeit betroffene Arbeitnehmer dazu sein Einverständnis geben muss. Dabei handelt es sich um eine Schutznorm für den Arbeitnehmer, die er gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen kann. Verweigert der Arbeitnehmer sein Einverständnis, darf er vom Arbeitgeber nicht zu Nachtarbeit herangezogen werden. Dies bedeutet allerdings nicht, dass dem Arbeitgeber deshalb nicht trotzdem eine Bewilli-

gung für Nachtarbeit erteilt werden kann. Selbst wenn einzelne Arbeitnehmer nicht in der Nacht arbeiten wollen, dürfen jene, die damit einverstanden sind, beim Erfüllen der Bewilligungsvoraussetzungen (Unentbehrlichkeit etc., siehe E. 4 ff.) trotzdem zur Nachtarbeit herangezogen werden. In diesem Zusammenhang sind denn auch die Anordnungen von Art. 49 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 41 ArGV 1 zu verstehen. Wohl wird in Art. 49 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 41 ArGV vom Gesuchsteller verlangt, dass er seinem Gesuch die erforderlichen Unterlagen – wozu auch die Bestätigung, dass die Arbeitnehmer ihr Einverständnis zu Nachtarbeit gegeben haben gehört – beilegt. Bei diesen Normen handelt es sich jedoch nicht um materiellrechtliche Voraussetzungen, sondern um reine Verfahrensanordnungen, die der Vorinstanz die Arbeit erleichtern und die Zeit bis zur Erteilung der Bewilligung verkürzen sollen. Dasselbe gilt für die medizinische Untersuchung gemäss Art. 17c ArG. Dieser Artikel hält lediglich fest, dass Arbeitnehmer, welche längerfristig Nachtarbeit leisten, Anspruch auf eine medizinische Untersuchung haben. Dabei handelt es sich um einen Anspruch dem Arbeitgeber gegenüber. Dass es sich auch um eine Bewilligungsvoraussetzung handeln soll, sieht das Arbeitsgesetz nicht vor.

Sollte Art. 41 ArGV 1 das Einreichen einer Bestätigung, dass die Arbeitnehmer in Nachtarbeit eingewilligt haben, sowie die Unterlagen der medizinischen Untersuchungen als Bewilligungsvoraussetzung stipulieren, so ist anzumerken, dass Verordnungsrecht grundsätzlich nicht weiter gehen kann als Gesetzesrecht. Dies bedeutet, dass sich eine Anordnung in einer Verordnung grundsätzlich auf eine genügende Delegationsnorm in einem formellen Gesetz stützen muss (Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, N 12 zu Art. 36). Wie oben aufgezeigt wurde, ist dies vorliegend nicht der Fall, denn Art. 17 Abs. 6 und Art. 17c ArG geben dem Arbeitnehmer einen Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, führen hingegen keineswegs eine Bewilligungsvoraussetzung ein.

3.3

Den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann auch insofern nicht gefolgt werden, soweit sie geltend macht, die Zielsetzungen der Arbeitsgesetzgebung würden ausgehöhlt, wenn die Vorinstanz anlässlich einer Bewilligungserteilung nicht prüfe, ob die Einverständniserklärung zur Nachtarbeit eingeholt und die medizinische Untersuchung durchgeführt worden seien. Die gesetzliche Handhabe zur Vermeidung von

Verletzungen der arbeitsrechtlichen Vorschriften bietet Art. 51 ArG. Demnach muss die Vorinstanz tätig werden, wenn Hinweise oder Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der jeweilige Arbeitgeber arbeitsrechtliche Vorschriften nicht respektiert bzw. ihn betreffenden Verfügungen zuwider handelt. Stellt sie einen Verstoss fest, kann sie gemäss Art. 51 Abs. 2 ArG Sanktionen ergreifen (BGE 131 II 200 E. 5.3). Ob die Vorinstanz demnach anlässlich einer Bewilligungserteilung bzgl. Einverständniserklärung und medizinische Untersuchungen weitere Abklärungen treffen will, ist ihrem Ermessen als Behörde, die den Sachverhalt laut Art. 12 VwVG von Amtes wegen abklärt, anheim gestellt. Vorliegend bestehen für das erkennende Gericht keinerlei Anhaltspunkte, die einen Ermessensmissbrauch durch die Vorinstanz nahelegen würden: bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um einen Betrieb, der seit Jahren über Bewilligungen für Nachtarbeit verfügt. Die Nachtarbeit ist im Personalreglement der Beschwerdegegnerin, welches sowohl für die Betriebe der Micarna SA als auch für jene der Optigal SA gilt, vorgesehen (Ziff. 23 ff.); das Personalreglement bildet integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags. Zudem hat die Beschwerdegegnerin einen Betriebsratsbeschluss erlassen, welcher dauernde Nachtarbeit vorsieht (Beschluss vom 10. November 2005). Auch erklärt die Beschwerdegegnerin in ihrem Personalreglement medizinische Untersuchungen für ihre Arbeitnehmer, welche dauernd oder regelmässig nachts arbeiten, für obligatorisch und belegte in diesem Zusammenhang glaubhaft, dass die Untersuchungen von ihrer vertrauensärztlichen Praxisgemeinschaft Dres. Monney vorgenommen würden. Die Vorinstanz konnte unter diesen Umständen zu Recht davon ausgehen, dass die betroffenen Arbeitnehmer ihr Einverständnis für das Leisten von Nachtarbeit gegeben und die medizinischen Untersuchungen stattgefunden haben.

Aus diesen Gründen ist das diesbezügliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen.

3.4

Nicht ersichtlich ist, inwiefern der Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach die Arbeitszeitbewilligungen für 3'750 Mitarbeiter ausgestellt worden seien, von rechtlicher Relevanz sein kann. Die Arbeitsgesetzgebung sieht in Art. 42 ArGV 1 lediglich vor, dass in den Bewilligungen die Anzahl Arbeitnehmer pro Schicht anzugeben sei. Nirgends wird hingegen festgehalten, dass die Bewilligungen nicht für mehr Arbeitnehmer ausgestellt werden dürfen, als tatsächlich im Betrieb arbeiten.

Bei richtiger Lesart hätte die Beschwerdeführerin ausserdem erkennen können, dass aufgrund der zwei verschiedenen Betriebsnummern insgesamt sechs der Bewilligungen einer Betriebsnummer mit sechs der andern Betriebsnummer korrelieren. Diese jeweiligen Verfügungen zählen demnach nur einfach. Wird zudem korrekterweise zusammengezählt, wieviele Personen maximal gleichzeitig in der Nacht arbeiten dürfen, so kommt man auf ca. 1'500 Arbeitnehmer, was ungefähr der Belegschaft der Beschwerdegegnerin entspricht. Dass sich die Bewilligungen auf die ganze Belegschaft beziehen müssen (und nicht nur auf die Hälfte) ist folgerichtig, weil im Fall von Schichtenwechseln jene Personen, die vorher am Tag gearbeitet haben, von der jeweiligen Bewilligung auch umfasst werden müssen.

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen implizit die Aufhebung der angefochtenen Bewilligungen aus formellen Gründen verlangt, ist ihr Antrag abzuweisen.

4.

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde in materieller Hinsicht im Wesentlichen damit, dass die Arbeitszeitbewilligungen erteilt worden seien, ohne dass die Beschwerdegegnerin die Unentbehrlichkeit von Nachtarbeit, insbesondere von Dauernachtarbeit, genügend dargetan habe. Es gilt demnach vorerst abzuklären, unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen Bewilligungen für Nachtarbeit per se erteilt werden können. In einem weiteren Schritt ist zu ermitteln, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Arbeitszeitbewilligungen betreffend Dauernachtarbeit erfüllt sind.

4.1

Art. 16 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) hält fest, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeiten gemäss Art. 10 ArG unter Vorbehalt von Art. 17 ArG verboten ist. Laut Art. 10 Abs. 1 ArG gilt als Tagesarbeit die Arbeitszeit zwischen 06:00 Uhr und 20:00 Uhr. Der Zeitraum zwischen 20:00 Uhr und 23:00 Uhr gilt als Abendarbeit. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung können Beginn und Ende der Tages- bzw. Abendarbeit mit Zustimmung der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer auf 05:00 Uhr bzw. 24:00 Uhr festgelegt werden. Im vorliegenden Fall ist allerdings festzuhalten, dass gemäss Art. 27a Abs. 1 Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112) fleischverarbeitende Betriebe an zwei Tagen pro Woche den Arbeitsbe-

ginn bewilligungsfrei auf 02:00 Uhr und an den übrigen Tagen auf 04:00 Uhr, sowie am Sonntag auf 17:00 Uhr legen dürfen. Daraus folgt, dass die bewilligungsfreie betriebliche Arbeitszeit für fleischverarbeitende Betriebe werktags den Zeitraum zwischen 02:00 Uhr bzw. 04:00 Uhr bis 23:00 Uhr bzw. 24:00 Uhr umfasst.

Die Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit sind in Art. 17 ArG geregelt. Demnach wird dauernde oder wiederkehrende Nachtarbeit bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist. Dabei fällt auf, dass der Gesetzgeber bei dieser Ausnahmebestimmung die dauernde Nachtarbeit vorerst nicht an andere Bedingungen knüpft als die wiederkehrende Nachtarbeit. Vielmehr soll Nachtarbeit per se nur jenen Betrieben gestattet werden, die eine technische oder alternativ dazu eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit rechtsgenüglich darlegen.

Die Begriffe der technischen und der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit sind in Art. 28 ArGV 1 konkretisiert. Gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 sind der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist, gleichgestellt. Damit ein Konsumbedürfnis als besonderes angesehen wird, müssen die beiden Voraussetzungen in Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1 gegeben sein. Demnach muss es sich um (a) täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde, handeln und (b) das Bedürfnis danach muss dauernd sein, oder aber in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortreten. Für bestimmte Arten von Betrieben bzw. Produktions- oder Arbeitsverfahren wird gemäss Art. 28 Abs. 4 ArGV 1 i.V.m. dem Anhang zur ArGV 1 ein besonderes Konsumbedürfnis als rechtlich erstellt erachtet. Falls sich das Produktions- oder Arbeitsverfahren des gesuchstellenden Betriebs nicht im Anhang zur ArGV 1 findet, ist es ihm unbenommen, ein besonderes Konsumbedürfnis nach den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1 nachzuweisen. Bei der Herstellung von Fleischprodukten handelt es sich nicht um ein im Anhang zur ArGV 1 aufgeführtes Produktions- oder Arbeitsverfahren. Folglich ist zu prüfen, inwiefern die Beschwerdegegnerin ein besonderes Konsumbedürfnis im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen gemäss Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1 nachgewiesen hat.

4.2
Gemäss Ziff. 7 der aktuellen Ernährungsbilanz liegt der jährliche Pro-Kopf-Konsum von Fleischprodukten bei knapp 52 Kg. Dies ergibt einen täglichen Pro-Kopf-Konsum von ca. 140 Gramm bzw. einen wöchentlichen Pro-Kopf-Konsum von ungefähr einem Kilogramm. Desweitern kann festgehalten werden, dass die grosse Mehrheit der Schweizer Bevölkerung in mehr oder weniger grossen Abständen Fleischprodukte konsumiert. Gemäss der aktuellen Erhebung von Proviande verzichten lediglich 5% der Schweizer Bevölkerung vollständig auf Fleischprodukte. Ungefähr 80% der Bevölkerung konsumieren hingegen mehrmals wöchentlich Fleischwaren. 75% der Konsumenten erachten Fleischprodukte als wichtigen Bestandteil der Ernährung (vgl. Ergebnisse der Repräsentativbefragung des Marktforschungsinstitutes Dichter Research, Zürich, im Auftrag von Proviande, Bern, 2006, S. 3 ff., 12).

Bei dieser Datenlage kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass es sich bei Fleischprodukten um unentbehrliche Grundnahrungsmittel handelt, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung gemäss Art. 28 Abs. 3 Bst. a ArGV 1 als wesentlicher Mangel empfunden würde. Dies umso mehr, als auch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in seinen "Empfehlungen für eine gesunde Ernährung" (Stand: April 2007) u.a. den Verzehr von Fleisch als Eiweisslieferant, und somit als eine Basis der Ernährung, nahelegt. Aufgrund des mehrmaligen wöchentlichen Fleischkonsums eines grossen Teils der Bevölkerung ist ebenso offensichtlich, dass es sich bei Fleischwaren gemäss Art. 28 Abs. 3 Bst. b ArGV 1 um ein dauerndes Konsumbedürfnis handelt.

4.3
Ist erstellt, dass es sich beim jeweiligen Produkt um ein besonderes Konsumbedürfnis handelt, muss gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 als weitere Voraussetzung für die Gewährung von Nachtarbeit die Befriedigung desselben im öffentlichen Interesse liegen und nicht ohne Nacht- bzw. Sonntagsarbeit möglich sein.

Der Begriff des öffentlichen Interesses ist auslegungsbedürftig (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. A., Zürich 2005, N 314). Das öffentliche Interesse ist – im Gegensatz zu den Individualinteressen – mit dem Allgemeininteresse gleichzusetzen. Als öffentliche Interessen gelten daher die Interessen der Gesellschaft, aber auch die Interessen des der Gesellschaft dienenden Staates. In diesem Zusammenhang ist der Staat insbesondere zum Schutz der

Rechte der Einzelnen, wobei v.a. die Grundrechte zu erwähnen sind, aber auch für die Förderung der Wohlfahrt des Einzelnen, verantwortlich (EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, Die Schweizerische Bundesverfassung, Komm., Zürich 2002, N 27 ff. zu Art. 5).

Es ist klarerweise Staatsaufgabe, für angemessene Rahmenbedingungen zwecks Versorgung der Bürger mit Nahrung zu sorgen. Dieser Verpflichtung ist in Art. 104 Abs. 1 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) enthalten. Dieser Artikel bestimmt, dass für die Landwirtschaft Rahmenbedingungen zu schaffen sind, die eine sichere Versorgung der Bevölkerung erlauben. Dass dabei auch die Verarbeitung und Lagerung der Lebensmittel sichergestellt sein muss, ergibt sich im Grundsatz aus Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV, wonach Vorschriften über den Umgang mit Lebensmitteln erlassen werden müssen. Unter normalen Umständen gehört zu einer sicheren Versorgung mit Lebensmitteln gemäss Art. 104 Abs. 1 Bst. a BV auch die Versorgung mit Fleischprodukten. Insofern liegt es durchaus im öffentlichen Interesse, dass, sofern für die Versorgung mit Fleischprodukten notwendig, in fleischverarbeitenden Betrieben Nachtarbeit geleistet werden kann.

4.4
Bei der Prüfung der Frage, inwiefern Nachtarbeit für die Befriedigung des Konsumbedürfnisses nach Fleischwaren notwendig ist, ist differenziert vorzugehen.

4.4.1
Einerseits ist die Notwendigkeit teilweise schon gemäss Art. 27a ArGV 2 gesetzlich dokumentiert, wonach fleischverarbeitende Betriebe zwei Mal wöchentlich um 02:00 Uhr mit der Arbeit beginnen dürfen, und an den restlichen Tagen um 04:00 Uhr. Anderseits ergibt sich die Notwendigkeit der Nachtarbeit aus lebensmittelpolizeilichen Gründen. So muss der fleischverarbeitende Betrieb gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a und c Hygieneverordnung des EDI vom 23. November 2005 (HyV, SR 817.024.1) sicherstellen, dass die Arbeitsvorgänge nicht unterbrochen werden und das für die Verarbeitung bestimmte Fleisch nur "nach und nach, je nach Bedarf in die Arbeitsräume gebracht wird". Wird Fleisch gekühlt, so darf die Kühlkette nicht mehr unterbrochen werden. Aufgetautes Hackfleisch und andere Fleischzubereitungen dürfen nach Art. 32 Abs. 4 HyV nicht wieder eingefroren werden. Wie die Beschwerdeführerin korrekt ausführt, ist es gemäss zitierten Normen

zwar grundsätzlich möglich, Fleisch bis zur Weiterverarbeitung tiefzukühlen und die Arbeit entsprechend zu unterbrechen. Bei einem weiteren Arbeitsschritt würde das Fleisch jedoch u.U. wieder aufgetaut, und könnte danach nicht mehr eingefroren werden. Die Argumentation der Beschwerdeführerin zur sog. Sprühluftkühlung stösst demnach ins Leere. Es ist offensichtlich, dass das Aufrechterhalten der Kühlkette bei einem Kleinbetrieb logistisch keine grösseren Probleme stellt. Bei einer Betriebsgrösse wie jener der Beschwerdegegnerin wäre dies logistisch jedoch ausserordentlich schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Es würde daher dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit widersprechen, die Beschwerdegegnerin auf eine Stufe mit einem Kleinbetrieb zu stellen. Ferner kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin die Detailhändler naturgemäss v.a. morgens mit ihren Waren beliefern muss, damit der Tagesbedarf der Konsumenten gedeckt werden kann. Damit die Anforderungen an die Frische des Fleisches auch nach einem allenfalls längeren Transport zum Detailhändler gewährleistet werden können, ist Nachtarbeit bei einem grossen Vertriebsnetz unentbehrlich.

4.4.2

Im Gegensatz zum Vorbringen der Beschwerdeführerin sind die Konsumbedürfnisse nicht immer absehbar. Die von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführten Szenarien sind nicht nur nachvollziehbar, sondern auch notorisch: so kann der Absatz von Fleischprodukten abgesehen von bekannten Ereignissen wie Weihnachten etc. auch aufgrund nicht vorhersehbarer äusserer Umstände erheblich schwanken. Die in den letzten Jahren regelmässig wiederkehrenden Verbraucherängste vor Rinderkrankheiten wie BSE oder Maul- und Klauenseuche sowie vor Geflügelkrankheiten wie SARS bzw. Vogelgrippe und der damit einhergehenden Stallpflicht können den Absatz von Fleischprodukten erheblich beeinflussen (zu SARS: Internetauftritt Schweizer Bauer > Tiere > Geflügel; zu BSE: Informationsblatt Nr. 2258 des Landwirtschaftlichen Informationsdienstes LIB vom 6. Mai 1996). Dies ist ohne weiteres daran ersichtlich, dass die absoluten Verkaufszahlen von Fleisch während der letzten 15 Jahre erheblichen Schwankungen unterlagen, was wiederum Auswirkungen auf die Produktion hatte. Die inländische Bruttoproduktion von Fleischprodukten lag 1990 bei ca. 496'000 Tonnen; im Jahr 2000 lag sie bei lediglich 425'000 Tonnen. Dies ergibt einen Rückgang von 71'000 Tonnen bzw. 14%. Bis zum Jahr 2006 hat sich die Produktion wieder langsam auf 454'000 Tonnen erholt. Die Schwankungen von einzelnen Fleischsorten wie Geflügel oder Rindsfleisch waren noch stärker. Somit ist erstellt, dass die Produktion von

Fleischwaren nicht nur längerfristigen, sondern auch kurzfristigen Schwankungen unterliegt (Internetauftritt Schweizerischer Bauernverband > Markt, Preise, Statistik > Tierhaltung, tierische Produktion). Unter diesen Umständen ist offensichtlich, dass die Beschwerdegegnerin ihre Produktion nur sehr beschränkt auf lange Sicht planen kann und – unter anderem mittels Nachtarbeit – die Möglichkeit haben muss, flexibel auf die Gegebenheiten zu reagieren.

4.4.3
Aufgrund der Wichtigkeit von Fleischprodukten als Grundnahrungsmittel ist es im öffentlichen Interesse unentbehrlich, dass die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit haben muss, nachts Arbeiter beschäftigen zu können. Im Gegensatz zum Vorbringen der Beschwerdeführerin handelt es sich dabei nicht um Arbeitsspitzen, denen mit einer kantonalen Sonderbewilligung begegnet werden kann. Eine hohe Arbeitsbelastung kann aufgrund der zuvor dargelegten Umstände durchaus länger andauern. Zudem müssen die Detailhändler v.a. morgens beliefert werden, weshalb vorangehende Nachtarbeit unter lebensmittelhygienischen Aspekten bei einem Grossbetrieb unentbehrlich ist.

4.5
Weitere Voraussetzungen als jene gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 und Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1 für Nachtarbeit per se sind im Gegensatz zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin gerade nicht zu erfüllen. Insbesondere muss der gesuchstellende Betrieb nicht gleichzeitig neben einem besonderen Konsumbedürfnis auch eine wirtschaftliche oder technische Unentbehrlichkeit nachweisen. Vielmehr handelt es sich bei den drei Ausnahmekriterien, die für eine Bewilligungserteilung für Nachtarbeit erfüllt sein müssen, um alternative (GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O., N 4 zu Art. 17). In diesem Zusammenhang kann denn auch dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdegegnerin ihre Gesuche allenfalls zusätzlich auf die wirtschaftliche und/ oder die technische Unentbehrlichkeit gestützt hat. Rechtlich irrelevant ist ebenso, ob Fleischprodukte einem "dringenden Bedürfnis" entsprechen, wie es Art. 17 Abs. 3 und 19 Abs. 2 ArG für die Bewilligung von vorübergehender Nacht- bzw. Sonntagsarbeit verlangen (BGE 120 Ib 332 E. 1, wo die Unterschiede der Anforderungen an Sonntags- und Nachtarbeit ausführlich behandelt werden). Vielmehr ist das Bedürfnis nach dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit u.a. dann nachgewiesen, wenn ein dauerndes Konsumbedürfnis im öffentlichen Interesse, das nur durch das Leisten von Nachtarbeit erfüllt wer-

den kann, rechtsgenüglich dargelegt wurde. Dies ist vorliegend der Fall.

Schliesslich kann auch nicht massgeblich sein, ob die Vorinstanz anlässlich der Gesuchseinreichung vom 23. Dezember 2006 geprüft hat, inwiefern nach wie vor ein besonderes Konsumbedürfnis für Fleischprodukte bestehe. Ob die Praxis der Vorinstanz, wonach sie das Fortbestehen eines Konsumbedürfnisses erst nach Ablauf von sechs bis acht Jahren prüft bezogen auf den Einzelfall zulässig ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Jedoch ist im konkreten Fall die Annahme der Vorinstanz im Ergebnis nachvollziehbar. Durch die Fusion der Micarna SA mit der Optigal SA mag sich zwar die Unternehmensstruktur der Beschwerdegegnerin verändert haben. Ob jedoch nebst anderen Fleischprodukten neu auch Geflügelprodukte hergestellt werden, kann nicht von Belang sein. Es handelt sich dabei genauso um ein Grundnahrungsmittel wie bei anderen Fleischsorten.

5.
Wie ausgeführt, kann als erstellt angesehen werden, dass die angefochtenen Bewilligungen, soweit den Grundsatz der Notwendigkeit von Nachtarbeit an sich betreffend, zu Recht erteilt worden sind. Nachfolgend ist daher zu eruieren, ob die Bewilligungen auch in Bezug auf Dauernachtarbeit rechtmässig sind.

5.1
Die Modalitäten für allfällige Schichtenwechsel bzw. die Voraussetzungen für Dauernachtarbeit sind in Art. 25 ArG geregelt. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung ist die Arbeitszeit grundsätzlich dergestalt einzuteilen, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr als sechs aufeinanderfolgende Wochen dieselbe Schicht zu leisten hat. Gemäss Art. 25 Abs. 3 ArG kann bei Einverständnis der Arbeitnehmer *und* unter Berücksichtigung der einschlägigen Normen auf Verordnungsstufe die Dauer von sechs Wochen verlängert oder aber ganz auf den Schichtenwechsel verzichtet werden. Vorliegend wurden die angefochtenen Bewilligungen für Dauernachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit, mithin also für Nachtarbeit von mehr als zwölf Wochen am Stück, erteilt. Unter diesen Umständen gelangen die Voraussetzungen nach Art. 30 Abs. 2 Bst. a bis c ArGV 1 zur Anwendung. Art. 30 Abs. 2 Bst. a ArGV 1 verweist auf die Voraussetzungen gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a bis d ArGV 1. Art. 29 Abs. 1 Bst. a bis d ArGV 1 besagen, dass eine Arbeitszeit von zehn Stunden innerhalb von zwölf Stunden bei dauern-

der oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit dann zulässig ist, wenn für die Arbeitnehmer (Bst. a) keine erhöhten Risiken bezüglich chemischer, biologischer und physikalischer Einwirkungen bestehen, (Bst. b) wenn sie keinen ausserordentlichen physischen, psychischen und mentalen Belastungen ausgesetzt sind, (Bst. c) der Arbeitseinsatz so organisiert ist, dass die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers erhalten bleibt und dadurch die Entstehung von Gefahrensituationen vermieden werden kann sowie (Bst. d) in einer medizinischen Untersuchung die Eignung der Arbeitnehmer festgestellt worden ist. Art. 30 Abs. 2 ArGV 1 Bst. b verlangt die betriebliche Unentbehrlichkeit für Dauernachtarbeit; Bst. c verlangt das schriftliche Einverständnis der Arbeitnehmer.

5.2

Während das Erfüllen der Voraussetzungen gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a bis d ArGV 1 unbestritten ist, bestreitet die Beschwerdeführerin v.a. die betriebliche Unentbehrlichkeit gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 für das Leisten von Dauernachtarbeit. Beim Erfordernis der betrieblichen Unentbehrlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dieser wird durch das Merkblatt der Vorinstanz, welches in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Arbeitskommission (EAK) erstellt worden ist, konkretisiert. Gemäss Merkblatt liegt eine betriebliche Unentbehrlichkeit dann vor, wenn (a) keine Gegenschichten bestehen, (b) die Arbeit überwiegend in der Nacht ausgeführt wird, und (c) nachweisbar nicht genügend Personal für die Wechselschichten rekrutiert werden kann, weil die Arbeitnehmer keinen Wechsel wünschen bzw. nicht genügend qualifiziertes Personal auf dem üblichen Arbeitsmarkt gefunden werden kann (www.seco.admin.ch > Themen > Arbeit > Arbeitszeitbewilligungen > Merkblatt Dauernachtarbeit). Es fällt auf, dass die Vorinstanz die Vorgaben auf dem Merkblatt alternativ anwendet, währenddessen die Beschwerdeführerin vorbringt, diese Vorgaben seien kumulativ zu erfüllen. Es stellt sich die Frage, inwiefern das Merkblatt der Vorinstanz verbindliche Vorgaben setzt, und ob die darauf angegebenen Voraussetzungen kumulativ oder alternativ anzuwenden sind.

5.2.1

Beim in Frage stehenden Merkblatt handelt es sich um einen unverbindlichen Rechtssatz im Sinne einer sog. Verwaltungsverordnung. Verwaltungsverordnungen sind allgemeine Dienstanweisungen generell-abstrakter Natur, die u.a. in der Form von Direktiven, Weisungen,

Kreisschreiben, Richtlinien oder Merkblättern erlassen werden. Ziel von Verwaltungsverordnungen ist die Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis sowie die Erleichterung der Rechtsanwendung für die Beamten. Da sie nicht vom verfassungsmässigen Gesetzgeber stammen, können sie keine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Bestimmung vorsehen (BGE 121 II 473 E. 2b). In der Regel weist eine Verwaltungsverordnung die Praxis der rechtsanwendenden Behörde aus, sofern keine andere Verwaltungsübung nachgewiesen ist. Abweichungen von der jeweiligen Verwaltungsverordnung können aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein. Soweit der Verwaltungsverordnung jedoch Aussenwirkung zukommt, bedarf eine Abweichung davon einer qualifizierten Begründung, da der davon Betroffene gemäss Art. 8 BV Anspruch auf Gleichbehandlung hat (EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, a.a.O., N 16 zu Art. 5). Die in Verwaltungsverordnungen vorgenommene Auslegung von Rechtsnormen unterliegt der richterlichen Nachprüfung. Das erkennende Gericht muss Verwaltungsverordnungen im Rahmen seiner Entscheidung nur dann berücksichtigen, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmung zulassen (BGE 121 II 473 E. 2b mit Verweis auf BGE 117 Ib 225 E. 4b).

5.2.2

Vorerst ist demnach zu prüfen, ob das Merkblatt der Vorinstanz gesetzmässig ist. Wie ausgeführt, muss die betriebliche Unentbehrlichkeit von Nachtarbeit per se gemäss Art. 17 ArG und Art. 28 ArGV 1 zwingend gegeben sein, damit allenfalls auf betriebliche Unentbehrlichkeit von Dauernachtarbeit erkannt werden könnte. Daraus folgt, dass der jeweilige Betrieb bzw. Betriebsteil nicht funktionieren könnte, wenn Nachtarbeit zwar erlaubt wäre, diese jedoch in einem Wechselschichtsystem zu erfolgen hätte.

5.2.2.1

Die ersten zwei Voraussetzungen auf dem Merkblatt (es gibt keine Gegenschichten; die Arbeit wird überwiegend in der Nacht ausgeführt) gelten als sachgemäss und im Einklang mit dem Begriff der betrieblichen Unentbehrlichkeit. Wenn eine Arbeit innerhalb eines Betriebsteils nicht rund um die Uhr ausgeführt wird, sondern lediglich während eines Teils einer 24-Stunden-Periode, existiert keine (identische) Gegenschicht. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass keine Gegenschicht existiert, in der dieselben Arbeitnehmer eine andere Arbeit verrichten könnten. Insofern müsste demnach erwiesen sein, dass für die

spezifische Arbeit, die lediglich einschichtig ausgeführt wird, Spezialisten benötigt werden, welche nicht durch beliebige andere Arbeitnehmer ersetzt werden können. Selbst unter der Annahme, dass für die jeweilige spezialisierte Arbeit nur eine Schicht existiert, ist noch nicht erstellt, dass diese Arbeit zwingend in der Nacht ausgeführt werden müsste. Vielmehr muss es sich dabei um eine Arbeit handeln, die aus einem bestimmten Grund überwiegend in der Nacht ausgeführt werden muss. Die Notwendigkeit, eine bestimmte Arbeit in der Nacht zu verrichten, ergibt sich aus der betrieblichen Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit per se laut Art. 17 ArG i.V.m. Art. 28 ArGV 1. Daraus erhellt, dass die ersten beiden Voraussetzungen auf dem Merkblatt in jedem Fall *kumulativ* zu erfüllen sind. Zusätzlich zu den Vorgaben auf dem Merkblatt ist jedoch auch nachzuweisen, dass einschichtig ausgeführte Arbeiten in einem mehrschichtig geführten Betriebsteil durch spezialisierte Arbeitskräfte ausgeführt werden müssen, die sich nicht durch beliebige Arbeitnehmer ersetzen lassen.

5.2.2.2

Nicht rechtmässig erscheint hingegen die dritte Voraussetzung auf dem Merkblatt, wonach dann auf einen Schichtwechsel verzichtet werden kann, wenn die betroffenen Arbeitnehmer dies so wünschen. Schon die Voraussetzung selbst impliziert, dass in einer Konstellation, in der eine Wahl zwischen Wechselschichten und Dauernachtarbeit besteht, ein Wechselschichtsystem grundsätzlich möglich wäre. Aus Art. 17 ArG und Art. 28 ArGV 1 geht klar hervor, dass der Gesetzgeber im Fall von Nachtarbeit ein Wechselschichtsystem als Regelfall vorgesehen hat. Unter diesen Umständen ist offensichtlich, dass ein solches System nicht auf Wunsch einfach umgangen werden kann. Vielmehr hat der Gesetzgeber in Art. 30 ArGV 1 u.a. die betriebliche Unentbehrlichkeit vorausgesetzt. Wie oben ausgeführt, müsste der Betrieb nachweislich ohne Dauernachtarbeit nicht funktionieren, damit von einer Unentbehrlichkeit gesprochen werden kann. Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit die Arbeitnehmer Dauernachtarbeit lediglich aufgrund persönlicher Präferenzen den Vorzug geben. Vielmehr müsste der Betrieb nachweisen, dass sein Personal aufgrund eines Wechselschichtregimes in grossem Ausmass die Arbeitsstellen zu kündigen droht und dass er nicht genügend qualifizierte Arbeitnehmer auf dem üblichen Arbeitsmarkt finden kann, um das Personal zu ersetzen. Würde Personal in grossem Ausmass kündigen bzw. die Kündigung androhen, ohne ersetzt werden zu können, wäre die betriebliche Un-

entbehrlichkeit für Dauernachtarbeit erstellt, da diesfalls die Arbeit aufgrund faktischer Unmöglichkeit nicht verrichtet werden könnte.

5.3

Wie ausgeführt, hat der Betrieb, welcher ein Gesuch um Dauernachtarbeit stellt, nachzuweisen, dass (kumulativ) für die jeweilige Arbeit keine Gegenschicht existiert, die von denselben Arbeitnehmer geleistet werden kann, und es sich dabei um eine Arbeit handelt, die aufgrund von Art. 17 ArG i.V.m. Art. 28 ArGV 1 überwiegend in der Nacht ausgeführt werden muss. Falls ihm dieser Nachweis nicht gelingt, kann er alternativ dazu nachweisen, dass aufgrund eines Wechselschichtsystems eine grosse Zahl des davon betroffenen Personals kündigt bzw. mit einer Kündigung droht und für die Abgänge auf dem üblichen Arbeitsmarkt kein qualifizierter Ersatz gefunden wird.

Weder die Eingaben der Beschwerdegegnerin noch jene der Vorinstanz belegen glaubhaft, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund betrieblicher Unentbehrlichkeit in fast sämtlichen Betriebsteilen Dauernachtarbeit leisten muss. Obwohl das Bundesverwaltungsgericht u.a. mit Verfügung vom 19. November 2007 sowohl der Vorinstanz als auch der Beschwerdegegnerin die Gelegenheit eröffnete, in transparenter Weise aufzuzeigen, inwiefern Dauernachtarbeit in Bezug auf jede einzelne Bewilligung betrieblich unentbehrlich ist, wurde der Nachweis nicht erbracht. Vielmehr beschränkte sich die Beschwerdegegnerin auf den Hinweis, dass viele ihrer Mitarbeiter Kinder hätten, und deshalb lieber Dauernachtarbeit leisten würden. Ansonsten brachte sie betriebswirtschaftliche Argumente vor, die jedoch – so nachvollziehbar sie sind – vorliegend gemessen an den gesetzlichen Vorgaben nicht von rechtlicher Relevanz sind (siehe E. 4 ff.). Die Vorinstanz hielt lediglich fest, dass sie die Voraussetzungen auf dem Merkblatt als alternativ anwendbar betrachte, in den Betrieben der Beschwerdegegnerin insgesamt mehr Nacht- als Tagesarbeit geleistet werde, und entweder keine Gegenschichten bestünden oder die Arbeitnehmer keine Wechselschichten wünschten. Schliesslich fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz anlässlich der Gesuchseinreichung weder Arbeitspläne noch sonstige Dokumente beigelegt hat, aus denen sich in nachvollziehbarer Weise eine betriebliche Unentbehrlichkeit im Sinne der gesetzlichen Vorschriften ergeben würde. Demnach haben weder die Beschwerdegegnerin noch die Vorinstanz in rechtsgenüglicher Weise dargetan, dass die Bewilligungen bezüglich Dauernachtarbeit

aufgrund einer betrieblichen Unentbehrlichkeit gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 erfolgt sind.

5.4
Die Beschwerde ist dahingehend gutzuheissen, dass die Bewilligungen 07-9451, 07-9453, 07-9454, 07-9455, 07-9456, 07-9461, 07-9462, 07-9463 sowie 07-9452, 07-9457, 07-9458, 07-9460, 07-9464, 07-9465 und 07-9466, soweit sie Dauernachtarbeit erlauben, aufzuheben sind.

6.
Weiter stellt sich die Frage nach der Sonn- und Feiertagsarbeit. Gemäss Art. 18 Abs. 1 ArG darf im Zeitraum zwischen Samstag, 23:00 Uhr und Sonntag, 23:00 Uhr grundsätzlich nicht gearbeitet werden. Gestützt auf Art. 27a ArGV 2 können fleischverarbeitende Betriebe den Arbeitsbeginn am Sonntag auf 17:00 Uhr vorverschieben. Laut Art. 20a ArG sind Feiertage den Sonntagen rechtlich gleichgestellt. Ausnahmen von der Sonntags- bzw. Feiertagsarbeit sind in Art. 19 ArG geregelt (zur analogen Anwendung von Art. 19 ArG auf Feiertage: siehe GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O, N. 16 zu Art. 20a). Für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntags- bzw. Feiertagsarbeit, wie sie der Beschwerdegegnerin bewilligt wurde, bedarf es gemäss Art. 19 Abs. 1 ArG einer Bewilligung der Vorinstanz. Laut Art. 19 Abs. 2 ArG muss der gesuchstellende Betrieb nachweisen, dass das Leisten von dauernder oder regelmässig wiederkehrender Sonntags- bzw. Feiertagsarbeit technisch oder wirtschaftlich unentbehrlich ist. Dabei wird der Begriff der technischen oder wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit für Sonn- oder Feiertagsarbeit mit jenem der technischen oder wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit per se (d.h. nicht Dauernachtarbeit) gleichgesetzt (GEISER/VON KAENEL/WYLER, a.a.O, N. 16 zu Art. 20a). Der Begriff der Unentbehrlichkeit für Sonn- und Feiertagsarbeit wird wie jener der Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit in Art. 28 ArGV 1 konkretisiert. Demnach ist die betriebliche Unentbehrlichkeit dann dargetan, wenn der gesuchstellende Betrieb eine technische bzw. wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nachweist. Wie bei der Nachtarbeit werden besondere Konsumbedürfnisse auch im Fall von Sonn- und Feiertagsarbeit der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt (unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts 2A.166/2003 E. 2.1 ff.).

Gemäss Art. 19 Abs. 3 ArG schliesslich kann ein Betrieb im Fall von

einem dringenden Bedürfnis bei der zuständigen kantonalen Behörde eine Bewilligung zur Einführung von vorübergehender Sonn- oder Feiertagsarbeit einholen.

6.1
Vorliegend rechtfertigt es sich, trotz weitgehend indentischen gesetzlichen Voraussetzungen die Sonntags- und die Feiertagsarbeit separat zu beurteilen.

Wie dargelegt, ist die wirtschaftliche bzw. technische Unentbehrlichkeit von Sonntagsarbeit in fleischverarbeitenden Betrieben teilweise und insofern erstellt, als dass gemäss Art. 27a ArGV 2 am Sonntag schon um 17:00 Uhr mit der Arbeit begonnen werden kann. Diese Regelung erscheint sachgemäss, da fleischverarbeitende Betriebe die Detailhändler ab Montag Morgen mit ihren Produkten beliefern können müssen, um eine nahtlose Versorgung der Bevölkerung nach dem Wochenende sicherzustellen. Auch kann nachvollzogen werden, dass u.U. die Produktion sonntags früher als um 17:00 Uhr beginnen muss. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn aufgrund von Feiertagskonstellationen der Nachschub an Fleischprodukten während den Werktagen gefährdet wäre. Jedoch hat die Beschwerdegegnerin nicht dargetan, inwiefern eine Bewilligung für dauernde Sonntagsarbeit in wirtschaftlicher bzw. technischer Hinsicht für ihren Betrieb unentbehrlich ist. Insbesondere erscheint unklar, weshalb die Beschwerdegegnerin im Regelfall die Detailhändler nicht beliefern kann, wenn der Arbeitsbeginn am Sonntag auf 17:00 Uhr gelegt wird, und sie, wie unter E. 4 ff. ausgeführt, die darauf folgende Nacht durcharbeiten darf. Auch wenn durchaus nachvollziehbar ist, dass sich u.U. Konstellationen ergeben können, in denen sich Sonntagsarbeit rechtfertigt, so ist doch nicht ersichtlich, inwiefern dauernde Sonntagsarbeit notwendig ist. Für jene Fälle, in denen die Beschwerdegegnerin ein dringendes Bedürfnis für Sonntagsarbeit geltend machen kann, kann sie gemäss Art. 19 Abs. 3 ArG jederzeit bei der zuständigen kantonalen Behörde eine Bewilligung für vorübergehende Sonntagsarbeit erlangen.

Aus diesem Grund ist die Beschwerde dahingehend gutzuheissen, dass die Bewilligungen 07-9452, 07-9457, 07-9458, 07-9460, 07-9464, 07-9465 und 07-9466, soweit sie dauernde Sonntagsarbeit erlauben, aufzuheben sind.

6.2

Anders ist die Situation im Fall von Feiertagsarbeit zu beurteilen. Gemäss Art. 20a Abs. 1 ArG können die Kantone nebst dem Bundesfeiertag maximal acht weitere Feiertage den Sonntagen gleichstellen. Notorisch ist dabei, dass Feiertage oftmals in die Wochenmitte fallen (1. Mai etc.), oder aber anschliessend an ein Wochenende zu liegen kommen (Ostermontag, Pfingstmontag etc.). Beide Konstellationen lassen eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit als erstellt erscheinen. Fleischverarbeitende Betriebe benötigen, wie die Beschwerdegegnerin glaubhaft dargelegt hat, eine gewisse Vorlaufzeit, um die Detailhändler mit ihren Produkten beliefern zu können. Dies bedeutet, dass fleischverarbeitende Betriebe u.a. auch ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten arbeiten können müssen. Fällt ein Feiertag in die Arbeitswoche, müsste die Arbeit unterbrochen werden, was zu einem Lieferengpass führen könnte. Denn der Fleischverarbeiter müsste seine Arbeit am selben Tag niederlegen, an dem auch der von ihm zu beliefernde Detailhändler geschlossen hätte. Die Auswirkungen wären jedoch dergestalt, dass der Fleischverarbeiter den Detailhändler am Tag nach dem Feiertag, mithin an einem gewöhnlichen Arbeitstag, nur mit Mühe beliefern könnte, da er am eigentlichen Feiertag für den darauffolgenden Werktag nicht vorarbeiten konnte. Gerade im Hinblick auf die streng reglementierten Produktionsprozesse (siehe E. 4.4.1) würde dies die besonderen Konsumbedürfnisse in Frage stellen. Ähnliches gilt im Fall von Feiertagen, welche auf einen Montag nach einem Wochenende fallen. Ausgehend vom grundsätzlichen Verbot der Sonntagsarbeit, könnte der fleischverarbeitende Betrieb auch am darauffolgenden Montag nicht arbeiten, was wiederum zu Engpässen in der Belieferung der Detailhändler und der Versorgung der Bevölkerung führt. Insofern haben sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz rechtsgenüglich dargetan, dass eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit für das Leisten von Feiertagsarbeit besteht.

Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die Bewilligungen 07-9451, 07-9453, 07-9454, 07-9455, 07-9456, 07-9461, 07-9462, 07-9463 bzgl. Feiertagsarbeit aufzuheben seien, ist demzufolge abzuweisen.

7.

Weiter ist zu beurteilen, ob die Bewilligungen 07-9459 und 07-9467 in Bezug auf den Pikettdienst zu Recht erteilt worden sind. Wie die Beschwerdeführerin korrekterweise vorbringt, bewegen sich diese Bewilli-

gungen im üblichen rechtlichen Rahmen von Art. 14 und 15b ArGV 1. Es stellt sich demnach hauptsächlich die Frage, ob sie infolge der im vorliegenden Urteil verfügten Aufhebungen von Teilbewilligungen den rechtlichen Vorgaben noch entsprechen. Da, wie unter E. 4 ff. dargelegt, Nachtarbeit in den Betrieben der Beschwerdegegnerin aufgrund besonderer Konsumbedürfnisse wirtschaftlich unentbehrlich ist, muss auch ein Pikettdienst bestehen, der bei allfälligen Störungen der Anlagen die notwendige Hilfe leisten kann. Dasselbe gilt für Pikettdienste am Sonntag: obwohl es der Beschwerdegegnerin nicht gelungen ist, eine wirtschaftliche oder technische Unentbehrlichkeit für Sonntagsarbeit darzulegen, kann der Pikettdienst an Sonntagen trotzdem angezeigt sein. In diesem Zusammenhang ist v.a. an jene Anlagen und Einrichtungen der Beschwerdegegnerin zu denken, die aus Gründen der Sicherheit auch dann laufen müssen, wenn nicht in der Produktion gearbeitet wird (Kühl- und Lüftungssysteme, Informatik, Alarmsysteme, Brand- und Wasserschutzvorrichtungen etc.).

Aus diesen Gründen ist das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin, wonach die Bewilligungen 07-9459 und 07-9467 aufzuheben seien, abzuweisen.

8.

Schliesslich stellt sich die Frage nach der Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit. Die Beschwerdeführerin macht einerseits in grundsätzlicher Hinsicht geltend, es sei fraglich, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Fall von Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit überhaupt verlängert werden dürfe. Anderseits habe die Vorinstanz die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 22 Abs. 1 ArGV 1 gewährt, wonach ein Ausgleich innerhalb von sechs Monaten stattzufinden habe. Da die Beschwerdegegnerin jedoch weder unter witterungsbedingten Arbeitsausfällen noch unter saisonalen Schwankungen leide, seien diese Modalitäten nicht anwendbar. Vielmehr habe ein Ausgleich binnen vier Wochen gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 stattzufinden. Die Vorinstanz bringt vor, die Beschwerdegegnerin unterliege in der Tat saisonalen und witterungsbedingten Schwankungen, weshalb die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gestützt auf Art. 22 Abs. 1 ArGV 1 zu Recht erfolgt sei.

8.1

Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a ArG liegt die wöchentliche Höchstarbeitszeit von industriellen Betrieben bei 45 Wochenstunden. Eine Verlänge-

rung der Höchstarbeitszeit auf 49 Wochenstunden kann laut Art. 9 Abs. 3 ArG für bestimmte Betriebe und Arbeitnehmerklassen durch Verordnung vorgesehen werden. Art. 22 ArGV 1 konkretisiert die Rechtsbegriffe der "bestimmten Gruppen von Betrieben" bzw. "bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern". Laut diesem Artikel kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit um vier Wochenstunden verlängert werden, wenn der Betrieb witterungsbedingten Arbeitsausfällen oder aber saisonalen Schwankungen unterliegt. Ist dies nicht der Fall, so kann die Erhöhung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Art. 22 Abs. 2 ArGV 1 um zwei bzw. vier Stunden bewilligt werden, sofern der Ausgleich binnen acht bzw. vier Wochen stattfindet. Art. 22 Abs. 3 ArGV 1 statuiert zudem, dass der Arbeitgeber die Erhöhung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gemäss Abs. 1 und 2 derselben Bestimmung bewilligungsfrei anordnen kann, wenn nicht nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan gearbeitet wird.

8.2

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht erhöht werden könne, wenn gleichzeitig Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit geleistet werde, kann festgehalten werden, dass sich Gegenteiliges schon aus dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 3 ArGV 1 ergibt. Wird nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan gearbeitet, bedarf die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit einer Bewilligung durch die Vorinstanz. Wird hingegen nicht nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan gearbeitet, kann die wöchentliche Höchstarbeitszeit bewilligungsfrei ausgedehnt werden. Da die Beschwerdegegnerin vorhat, nach einem bewilligungspflichtigen Stundenplan zu arbeiten, hat sie bei der Vorinstanz ein Gesuch um Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gestellt und ist somit formell korrekt und im Einklang mit der Arbeitsgesetzgebung vorgegangen. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin stösst demnach ins Leere.

8.3

Weiter kann den Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die Beschwerdegegnerin keinen saisonalen bzw. witterungsbedingten Schwankungen unterstehe, nicht gefolgt werden. Wie unter E. 4.4 ff. ausgeführt ist erstellt, dass die Produktion der Beschwerdegegnerin durchaus saisonalen Schwankungen unterliegt. Insbesondere kann in diesem Zusammenhang auch dahingestellt bleiben, ob zusätzlich zu den saisonalen Schwankungen witterungsbedingte Ausfälle bestehen

könnten. Wie schon Art. 22 Abs. 1 Bst. a und b ArGV 1 besagen, handelt es sich hierbei um alternative Voraussetzungen. Somit wurden die Bewilligungen betreffend die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu Recht erteilt, soweit dafür ein Gesuch gestellt worden ist. Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin ist demnach abzuweisen.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht feststellt, wurde für die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit für die beiden Bewilligungen betreffend Pikettdienst (07-9459 und 07-9467) kein Gesuch gestellt. Aus Art. 9 Abs. 3 ArG geht jedoch hervor, dass dafür ein Gesuch notwendig ist. Der Antrag der Beschwerdeführerin ist daher gutzuheissen, und die Bewilligungen 07-9459 sowie 07-9467 sind insofern aufzuheben, als sie die Ausdehnung der Höchstarbeitszeit zugestehen.

9.
Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist und folgende Bewilligungen ganz oder teilweise aufzuheben sind: Nr. 07-9451/100106, 07-9453/100106, 07-9454/100106, 07-0455/100106, 07-0456/100106 sowie 07-9461/ 100224, 07-9462/100224 und 07-9463/100224 in Bezug auf Dauernachtarbeit. In Bezug auf Feiertagsarbeit und die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit bleiben die Bewilligungen bestehen; Bewilligungen Nr. 07-9452/100106, 07-9457/100106, 07-9458/ 100106 sowie 07-9460/100224, 07-9464/100224, 07-9465/100224 und 07-9466/100224 sind sowohl in Bezug auf Dauernachtarbeit als auch auf Sonntagsarbeit aufzuheben. In Bezug auf die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit bleiben sie bestehen, soweit sie bewilligt worden ist. Bewilligungen Nr. 07-9459/ 100106 und 07-9467/ 100224 sind in Bezug auf die Verlängerung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit aufzuheben, ansonsten bleiben sie bestehen.

10.
Einer allfälligen Beschwerde gegen das vorliegende Urteil käme gemäss Art. 103 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) keine aufschiebende Wirkung zu. Dies hat zur Folge, dass vorliegendes Urteil gemäss Art. 39 Bst. b VwVG sofort in Rechtskraft erwächst und vollstreckt werden kann.

Zufolge vorliegenden Urteils verfügt die Beschwerdeführerin über keine umfassenden Bewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit mehr.

Dies ist insofern störend, als in E. 4 festgehalten wurde, dass die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit haben muss, Nachtarbeit (im Wechselschichtsystem) zu leisten. Da ein solches System jedoch nach Arbeitsgesetzgebung ebenso der Bewilligung bedarf wie die aufgehobene Dauernachtarbeit, und eine solche Bewilligung nicht vorliegt, müsste die Beschwerdegegnerin nach Erlass des vorliegenden Urteils ganz auf Nachtarbeit verzichten. Dieser Zustand wäre untragbar, zumal die Beschwerdegegnerin bis anhin immer über Bewilligungen für Nachtarbeit verfügt hat und eine sofortige Änderung hin zu reiner Tagesarbeit für sie logistisch kaum zu bewältigen und aufgrund der Grösse der Betriebe in jedem Fall mit einer Gefährdung der Konsumentenversorgung verbunden wäre.

Aus diesen Gründen ist die Wirksamkeit der aufgehobenen Bewilligungen aufgrund des vorliegenden Urteils im Sinne vorsorglicher Massnahmen nach Treu und Glauben aufzuschieben, damit die Beschwerdegegnerin zur Umsetzung und allfälligen Beantragung neuer Bewilligungen eine ausreichende Anpassungsfrist hat. Der dadurch ermöglichte geordnete Übergang zu gesetzeskonformen Arbeitszeitsystemen liegt ebenso im Interesse der Arbeitnehmerschaft. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin zur Erarbeitung der neuen Schichtsysteme einerseits und der Redaktion allfälliger Bewilligungsgesuche andererseits ungefähr ein Quartal, d.h. drei Monate, benötigt. Für die Gewährung allfälliger neuer Arbeitszeitbewilligungen ist ein Monat zu veranschlagen. Insgesamt sind der Beschwerdegegnerin daher vier Monate für die Umsetzung zu gewähren, was gemessen an den vorzunehmenden organisatorischen Massnahmen und Umsetzungen angemessen erscheint. Dieses Vorgehen entspricht bei Urteilen, welche einer Partei die Verpflichtung zu grösseren Anpassungen auferlegen, gängiger Praxis (Entscheid des Bundesrates vom 26. Juni 2002, RKUV 6/2002 480 ff. E. 20.3).

Der Klarheit halber sei angemerkt, dass es sich bei der Anpassungsfrist nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche Frist handelt, die zudem erst nach Abschluss des Verfahrens am Bundesverwaltungsgericht ihre rechtlichen Wirkungen entfaltet. Dies hat zur Folge, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz und insbesondere die Vorschrift über den Stillstand der Fristen (Art. 22a VwVG) auf diese Frist nicht anwendbar sind (Art. 1 Abs. 1 VwVG).

11.
Zur Frage nach den Verfahrenskosten kann festgehalten werden, dass es sich um ein umfangreiches Verfahren gehandelt hat, das von einer hohen Komplexität geprägt war. Dieser Umstand rechtfertigt gemäss Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Anpassung der Verfahrenskosten. Die Beschwerdeführerin hat am 30. März 2007 einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.– an die Gerichtskasse überwiesen. Aufgrund der zahlreichen Sach- und Rechtsfragen sowie der dadurch notwendig gewordenen umfangreichen Instruktionshandlungen ist der gezahlte Kostenvorschuss für die Deckung der Verfahrenskosten ungenügend. Diese bewegen sich zum heutigen Zeitpunkt in der Grössenordnung von Fr. 5'000.–. Ein Grund für eine generelle Ermässigung gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE aufgrund bescheidener finanzieller Verhältnisse einer der Parteien ist nicht ersichtlich. Vielmehr handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um eine der grössten Gewerkschaften des Landes. Die Beschwerdegegnerin ist eine der grössten Arbeitgeberinnen des Landes. Die Verfahrenskosten sind demnach auf Fr. 5'000.– festzusetzen.

Es stellt sich die Frage nach der Kostenverlegung. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegen die Parteien nur teilweise, werden die Verfahrenskosten in Bezug auf die einzelne Partei ermässigt. Die Beschwerdeführerin ist in einem zentralen Punkt (Dauernachtarbeit) mit ihren Begehren durchgedrungen. Weiter wurde ihr Begehren bzgl. Aufhebung von regelmässig wiederkehrender Sonntagsarbeit gutgeheissen. Abgewiesen wurde jedoch ihr Antrag, Nachtarbeit per se, mithin im Wechselschichtsystem, zu verbieten. Ausserdem wurden ihre Anträge in Bezug auf die angebliche formelle Ungültigkeit der Bewilligungen, auf die Feiertagsarbeit sowie die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit abgewiesen.

Die Beschwerdegegnerin ist im Ausmass, in welchem die Beschwerdeführerin obsiegt hat, unterlegen. Zudem hat sie anlässlich der Instruktion in Bezug auf die Eintretensfrage wesentlich dazu beigetragen, dass sich das Verfahren verlängert und verteuert hat. Vorliegend rechtfertigt sich daher eine Kostenverlegung zu zwei Fünfteln, somit Fr. 2'000.–, an die Beschwerdeführerin und zu drei Fünfteln, mithin Fr. 3'000.–, an die Beschwerdegegnerin.

Der von der Beschwerdeführerin am 30. März 2007 geleistete Kostenvorschuss wird mit dem ihr auferlegten Teil der Verfahrenskosten verrechnet. Den den Kostenvorschuss übersteigenden Betrag von Fr. 200.– hat sie binnen 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Die Beschwerdegegnerin hat die ihr auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.– binnen 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Eine Parteientschädigung kann gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG einer obsiegenden bzw. teilobsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren für ihr erwachsene und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Laut Art. 8 VGKE umfasst die Parteientschädigung die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei. In vorliegendem Verfahren wurden weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin vertreten. Allfällige weitere Auslagen machten beide Parteien nicht geltend. Von der Zusprache einer Parteientschädigung ist demnach im Einklang mit Art. 7 Abs. 4 VGKE abzusehen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106, 07-9452/100106, 07-9453/100106, 07-9454/100106, 07-0455/100106, 07-0456/100106, 07-9457/100106, 07-9458/100106, 07-9460/100224, 07-9461/100224, 07-9462/100224, 07-9463/100224, 07-9464/100224, 07-9465/100224 und 07-9466/100224 werden in Bezug auf Dauernachtarbeit aufgehoben.

Die Bewilligungen Nr. 07-9452/100106, 07-9457/100106, 07-9458/100106, 07-9460/100224, 07-9464/100224, 07-9465/100224 und 07-9466/100224 werden in Bezug auf regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit aufgehoben.

Die Bewilligungen Nr. 07-9459/100106 und 07-9467/100224 werden in

Bezug auf die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit aufgehoben.

2.
Die Aufhebung der Bewilligungen gemäss Ziff. 1 des Dispositivs wird vier Monate nach der Eröffnung dieses Urteils wirksam.

3.
Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106, 07-9453/100106, 07-9454/100106, 07-0455/100106, 07-0456/100106, 07-9461/100224, 07-9462/100224 und 07-9463/100224 in Bezug auf Feiertagsarbeit aufzuheben seien, wird abgewiesen.

Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106, 07-9452/100106, 07-9453/100106, 07-9454/100106, 07-0455/100106, 07-0456/100106, 07-9457/100106, 07-9458/100106, 07-9460/100224, 07-9461/100224, 07-9462/100224, 07-9463/100224, 07-9464/100224, 07-9465/100224 und 07-9466/100224 in Bezug auf die Verlängerung der Höchstarbeitszeit aufzuheben seien, wird abgewiesen.

Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9459/100106 und 07-9467/100224 bzgl. Pikettdienst insgesamt aufzuheben seien, wird abgewiesen.

4.
Die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 5'000.– werden zu zwei Fünfteln, somit in der Höhe von Fr. 2'000.–, der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem am 31. März 2007 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 200.– ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

Die Verfahrenskosten werden zu drei Fünfteln, somit in der Höhe von Fr. 3'000.–, der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

5.
Parteientschädigung wird keine ausgerichtet.

6.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ABAS BE/fat/gmp; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Hans-Jacob Heitz Kaspar Luginbühl

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 3. April 2008