

BVGer B-1542/2023 vom 11. April 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1542_2023

FR: TAF B-1542/2023 du 11 avril 2024

IT: TAF B-1542/2023 del 11 aprile 2024

Regeste

Arbeitnehmerschutz

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.2

Als belastete Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

E. 1.3

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreterinnen haben sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

E. 1.4

In ihrer Replik vom 25. September 2023 beantragt die Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 14. Februar 2023 sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, ihr Gesuch vom 26. Januar 2022 um Erneuerung der Bewilligung des ununterbrochenen Betriebs für eine Dauer von drei Jahren ab dem 1. Januar 2025 oder ab rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens (sollte dies später erfolgen) zu bewilligen (Antrag 1a). Weiter sei die Vorinstanz anzuweisen, künftige Gesuche der Beschwerdeführerin um Erneuerung der Arbeitszeitbewilligung für das Vierschichtmodell bei unveränderten rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen, weiterhin gestützt auf eine Ausnahmbewilligung gemäss Arbeitsgesetz (Art. 28) zu bewilligen (Antrag 1b). Eventualiter sei die Sache zur rechtskonformen Sachverhaltsermittlung und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Antrag 2). Eventualiter zu Rechtsbegehren 1 und subeventualiter zu Rechtsbegehren 2 - sollte das Verfahren zu Ungunsten der Beschwerdeführerin rechtskräftig entschieden werden - sei die von der Vorinstanz gemäss Verfügung vom 14. Februar 2023 beziehungsweise vom 15. Mai 2023 bewilligte Übergangsfrist bis Ende 2024 um mindestens zwei Jahre ab dem 1. Januar 2025 oder ab rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens (sollte dies später erfolgen) zur Umstellung des bisherigen Schichtmodells oder Verlagerung des Betriebs zu verlängern (Antrag 3). Da die Replik erst

nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht wurde, ist auf diese Rechtsbegehren, soweit sie über die bereits in der Beschwerdeschrift gestellten materiellen Anträge hinausgehen, nicht einzutreten.

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

E. 2

Der ununterbrochene Betrieb bedarf der Bewilligung (Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit und Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, Arbeitsgesetz [ArG, SR 822.11]). Dabei wird dauernder oder wiederkehrender ununterbrochener Betrieb bewilligt, sofern er aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 24 Abs. 2 ArG). Zuständig für die Bewilligung von dauerndem oder wiederkehrendem ununterbrochenem Betrieb ist das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (vgl. Art. 24 Abs. 4 ArG). Durch Verordnung wird bestimmt, unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen und wie weit bei ununterbrochenem Betrieb die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit verlängert und die Ruhezeit anders verteilt werden kann. Dabei darf in der Regel die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von 16 Wochen nicht überschritten werden (Art. 24 Abs. 5 ArG). Im Übrigen sind auf den ununterbrochenen Betrieb die Vorschriften über die Nacht- und Sonntagsarbeit anwendbar (Art. 24 Abs. 6 ArG). Als ununterbrochener Betrieb gilt ein Arbeitszeitsystem, bei dem während 24 Stunden und an sieben Tagen der Woche Schichtarbeit geleistet wird und das aus mehreren Schichten besteht, wobei die einzelne Arbeitnehmerin oder der einzelne Arbeitnehmer grundsätzlich alle Schichten durchläuft (Art. 36 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 [ArGV 1, SR 822.111]). Der ununterbrochene Betrieb beinhaltet nebst Nachtarbeit auch Sonntagsarbeit und stellt zusätzlich eine komplexe Schichtarbeitsorganisation dar mit zum Teil unregelmässigen Schichtfolgen, verlängerten wöchentlichen Arbeitszeiten und langen Schichtzyklen (Wegleitung des SECO zum ArG und den Verordnungen 1 und 2, 024-1, Stand März 2024).

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht Ausführungen zur wirtschaftlichen und technischen Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit im Rahmen des ununterbrochenen Betriebs und hält fest, dass die Unentbehrlichkeit gemäss Anhang der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz insbesondere in der Elektroindustrie für die Produktion integrierter Schaltkreise (Mikroelektronik) vermutet werde. Sie sei im Bereich der Leistungshalbleiter tätig, sodass diese Vermutung erfüllt sei. Ausserdem werde die Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit auch für chemisch-physikalische Verfahren, die aus technischen Gründen nicht unterbrochen werden könnten, vermutet. Solche Verfahren würden in ihrem Fall zur Anwendung kommen, sodass auch diese Vermutung greife. Im konkreten Fall sei die technische Unentbehrlichkeit für Nacht- und Sonntagsarbeit im Rahmen des ununterbrochenen Betriebs auch gegeben, weil nach einem Unterbruch die Wiederinbetriebnahme der Maschinen je nach Maschine mehrere Stunden bis Tage dauere. Daher sei das regelmässige Herunterfahren und die Wiederinbetriebnahme der Maschinen nicht möglich. Zudem hätten sämtliche Produktionsprozesse vorgegebene Abläufe und Durchlaufzeiten, sodass eine Unterbrechung der chemischen Produktionsvorgänge zu einer Beschädigung der Produkte führen würde. Ausserdem liege auch wirtschaftliche Unentbehrlichkeit vor, da jeder Unterbruch der Fertigung ausserordentlich hohe Verluste an

Energie, Material und Produktionszeit und damit Kosten verursachen würde. Solche vermeidbaren Kosten würden ihre Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen internationalen Konkurrenzbetrieben weiter schwächen. Letztere hätten aufgrund von tieferen Löhnen, teilweise geringeren Investitionskosten und höheren staatlichen Unterstützungsprogrammen bereits einen Wettbewerbsvorteil. Ausserdem sei die Herstellung von Leistungshalbleitern ein sehr kapital- und innovationsintensives Geschäft. Die Voraussetzungen zur Bewilligung des ununterbrochenen Betriebs würden demnach vorliegen, was gemäss angefochtener Verfügung auch unbestritten sei. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen (Art. 24 Abs. 2 ArG) erfüllt ist. Die Vorinstanz lehnte das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erneuerung der Arbeitszeitbewilligung für ununterbrochenen Betrieb einzig aufgrund des darin vorgesehenen Schichtmodells ab. Auf die Argumentation der Beschwerdeführerin zur Thematik der Unentbehrlichkeit ist daher nicht weiter einzugehen.

E. 4

Die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz wurde seit Einreichung des Gesuchs am 26. Januar 2022 verschiedentlich revidiert. Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Verwaltungsverfahrens, so sind bei Fehlen ausdrücklicher Übergangsbestimmungen die in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung entwickelten Prinzipien heranzuziehen. Die Beurteilung der Frage, welches Recht bei einer derartigen Änderung Anwendbarkeit findet, richtet sich nach dem Grundsatz, dass in materieller Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 144 V 210 E. 4.3.1; 143 II 297 E. 5.3.3). Nur ausnahmsweise zulässig ist dabei die sogenannte echte Rückwirkung, die sich darin manifestiert, dass bei der Anwendung des neuen Rechts an ein vor dessen Inkrafttreten abgeschlossenes Ereignis angeknüpft wird. Als grundsätzlich zulässig gilt dagegen die sogenannte unechte Rückwirkung, bei welcher neues Recht ab seinem Inkrafttreten auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt angewendet wird. Vorbehalten bleiben diesbezüglich wohlverworbene Rechte (vgl. BGE 137 II 371 E. 4.2; 126 V 134 E. 4a). Im vorliegenden Fall stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Bewilligung des dauernden ununterbrochenen Betriebs für die Zeit vom 1. Mai 2022 bis 1. Mai 2025. Einerseits könnte eine derartige Bewilligung, wenn sie mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erteilt würde, nicht rückwirkend genutzt werden. Andererseits hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ohnehin eine Übergangszeit bis Ende 2024 gewährt. Gegenstand der Rechtsanwendung im vorliegenden Fall bildet somit ein künftiger, sich über Monate erstreckender Sachverhalt. Mangels (abweichender) Übergangsregelung des Ordnungsgebers beansprucht folglich - nach den vorgenannten intertemporalrechtlichen Grundsätzen - die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz in der aktuell geltenden Fassung vom 1. April 2024 Geltung. Gegenstand der Ordnungsänderungen waren zwar die Ordnungsbestimmungen, in denen die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit definiert wird (Art. 28 Abs. 2 und 3 ArGV 1). Diejenigen Ordnungsbestimmungen, welche für die Beurteilung des vorliegend in Frage stehenden Schichtmodells relevant sind, erfuhren indessen zwischenzeitlich keine Änderung.

E. 5

Beim Schichtmodell der Beschwerdeführerin beträgt die tägliche, effektive Arbeitszeit jeweils zehn Stunden. Die Schichtlänge inklusive Pausen dauert zwölf Stunden. Die Arbeitnehmenden arbeiten zuerst zweimal tagsüber (06:00 bis 18:00), dann zweimal nachts

(18:00 bis 06:00) und haben daraufhin vier Tage am Stück frei (96 Stunden). Dies ergibt einen Zyklus von insgesamt acht Tagen, der danach wieder von vorne beginnt. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt im Durchschnitt 35 Stunden (exklusive Pausen). Die Arbeitnehmenden beziehen laut unbestritten gebliebener Aussage der Beschwerdeführerin eine einstündige, unbezahlte "Mittagspause", während der sie den Arbeitsplatz und das Betriebsgelände verlassen können. Zudem haben sie zweimal eine halbe Stunde Pause jeweils in der ersten und zweiten Hälfte der Arbeitsschicht. Diese Pause kann nach Aussage der Beschwerdeführerin frei respektive nach Arbeitsanfall gewählt werden.

E. 6

Die Beschwerdeführerin erachtet ihr Schichtmodell als gesetzeskonform. Gemäss Arbeitsgesetz dürfe die tägliche Arbeitszeit bei Vorliegen spezifischer Voraussetzungen auf zehn Stunden verlängert werden, sofern diese mit Einschluss der Pausen innerhalb eines Zeitraums von zwölf Stunden lägen und höchstens in drei von sieben Nächten gearbeitet werde (Art. 17a Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 ArGV 1). In ihrem Schichtmodell arbeiteten die einzelnen Arbeitnehmenden jeweils zwei Tage tagsüber und danach zwei Tage nachts, wobei die tägliche Arbeitszeit zehn Stunden betrage und die Arbeitnehmenden dazwischen jeweils zwei Stunden Pause hätten. Anschliessend hätten die Arbeitnehmenden vier Tage frei. Die Arbeitnehmenden arbeiteten somit lediglich während zwei Nächten pro Woche, womit die in Art. 17a Abs. 2 ArG vorgesehene Höchstzahl von Nächten nicht überschritten werde. Die Vorinstanz argumentiert dagegen, das Arbeitsgesetz und die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz würden zwischen den allgemeinen Bedingungen für Tages- und Nachtarbeit und den Regeln, die für den ununterbrochenen Betrieb gelten, unterscheiden. Der ununterbrochene Betrieb sei eine Arbeitsorganisation, die durch ein mehrschichtiges Arbeitszeitsystem gekennzeichnet sei, für das spezielle Regeln zur Anwendung gelangten. Diese gingen als *lex specialis* den allgemeinen Regeln zu Nacht- und Sonntagsarbeit vor. Letztere fänden nur dort ergänzend Anwendung, wo keine speziellen Regeln festgelegt worden seien. Die allgemeinen Vorschriften über die Dauer der Nachtarbeit und die Möglichkeit einer Verlängerung der Nachtarbeit gemäss Artikel 17a Abs. 2 ArG und Art. 29 ArGV 1 seien im ununterbrochenen Betrieb nicht anwendbar.

E. 6.1

Das Arbeitsgesetz sieht vor, dass bei Nachtarbeit die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmer neun Stunden nicht überschreiten darf und sie mit Einschluss der Pausen innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen muss (Art. 17a Abs. 1 ArG). Wird der Arbeitnehmer in höchstens drei von sieben aufeinander folgenden Nächten beschäftigt, so darf die tägliche Arbeitszeit unter den Voraussetzungen, welche durch Verordnung festzulegen sind, zehn Stunden betragen; sie muss aber, mit Einschluss der Pausen, innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden liegen (Art. 17a Abs. 2 ArG). Das Gesetz sieht indessen auch vor, dass in der Verordnung bestimmt wird, unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen und wie weit bei ununterbrochenem Betrieb die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit verlängert und die Ruhezeit anders verteilt werden kann (vgl. Art. 24 Abs. 5 ArG, erster Satz). Als ununterbrochener Betrieb gilt ein Arbeitszeitsystem, bei dem während 24 Stunden und an sieben Tagen der Woche Schichtarbeit geleistet wird und das aus mehreren Schichten besteht, wobei die einzelne Arbeitnehmerin oder der einzelne Arbeitnehmer grundsätzlich alle Schichten durchläuft (Art. 36 ArGV 1). Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Ordnungsgeber festgelegt, dass im ununterbrochenen Betrieb die Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmenden

innert 24 Stunden nicht mehr als neun Stunden betragen darf und - mit Einschluss der Pausen - innert eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen muss (Art. 38 Abs. 3 ArGV 1, erster Satz). Wird zwischen Freitagabend und Montagmorgen in zwei Schichten gearbeitet, so kann die Arbeitszeit bis auf zwölf Stunden verlängert werden, doch ist in diesem Falle eine Pause von zwei Stunden zu gewähren, die innerhalb der Schicht hälftig geteilt und gestaffelt angeordnet werden kann (Art 38 Abs. 3 ArGV 1, zweiter Satz).

E. 6.2

Die Bestimmung von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 ist klar und eindeutig. Das Schichtmodell der Beschwerdeführerin, in dem die tägliche, effektive Arbeitszeit jeweils zehn Stunden beträgt und die Schichtlänge inklusive Pausen zwölf Stunden dauert, übersteigt während der Zeit von Montag bis Freitag die durch diese Verordnungsbestimmung vorgeschriebene zulässige Höchstdauer der individuellen täglichen Arbeitszeit von neun Stunden um eine Stunde sowie die zulässige Schichtlänge von zehn Stunden um zwei Stunden. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass ihr Schichtmodell mit dieser Verordnungsbestimmung nicht übereinstimmt.

E. 6.3

Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass das Arbeitsgesetz und die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zwischen den allgemeinen Bedingungen für Tages- und Nachtarbeit und den Regeln, die für den ununterbrochenen Betrieb gelten, unterscheiden. Die Regeln für den ununterbrochenen Betrieb, darunter auch die Bestimmung von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1, gehen als *lex specialis* den allgemeinen Regeln zu Nacht- und Sonntagsarbeit vor. Die allgemeinen Vorschriften über die Dauer der Nachtarbeit und die Möglichkeit einer Verlängerung der Nachtarbeit kommen daher im ununterbrochenen Betrieb lediglich subsidiär zur Anwendung. Aus den für sie vorteilhafteren Bestimmungen von Art. 17a Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 ArGV 1 kann die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 6.4

Die Beschwerdeführerin verweist auf ein von ihr eingereichtes Parteigutachten vom 29. Juni 2022, das durch einen Experten im Bereich der Arbeitsmedizin erstellt worden sei und ihr Vierschichtmodell aus arbeitsmedizinischer Sicht beurteile. Das Gutachten enthält Literaturhinweise auf einzelne wissenschaftliche Studien zu Schichtmodellen mit einer Schichtdauer von zwölf Stunden. Der Gutachter kommt zum Schluss, die effektive Arbeitszeit betrage vorliegend nur zehn Stunden, die Anzahl an Nachtdiensten, die hintereinander gearbeitet würden, sei gering, die Anzahl an arbeitsfreien Tagen am Stück sei hoch, die Unfallzahlen seien besonders tief, sodass für die Mitarbeitenden kein Risiko bestehe, die Klagen oder gesundheitlichen Beschwerden würden sich nicht von anderen Schichtmodellen unterscheiden, die Freizeitgestaltung sei sehr gut planbar und der Arbeitsinhalt sei körperlich und mental nicht anstrengend. Aus wissenschaftlicher Sicht dürfe der Schluss, dass zwölfstündige oder aber achtstündige Schichten besser für die Gesundheit seien, nicht gezogen werden, da die Aussagen der Studien zu widersprüchlich seien. Der Gutachter kommt zum Schluss, dass es aus medizinischer Sicht und gestützt auf wissenschaftliche Studien keinen Grund gebe, von dem bereits jahrelang so durchgeführten Schichtmodell wegzukommen. Ein Verbot dieses Schichtmodells wäre willkürlich und würde weder auf Wissenschaftlichkeit noch auf der subjektiven Gefühlslage der Mitarbeitenden fussen. Die Vorinstanz führt zu diesem Gutachten aus, es sei unerheblich,

ob ein Betriebsarzt der Meinung sei, die Regeln für den ununterbrochenen Betrieb seien überholt. Zudem sei das Unfallrisiko bei Zwölfstundenschichten erhöht.

E. 6.4.1

Das Bundesverwaltungsgericht kann Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, geht es in erster Linie darum zu beurteilen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weites Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, muss sich das Gericht auf die Prüfung beschränken, ob die umstrittene Vorschrift den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist. Eine verordnete Regelung verstösst gegen das Willkürverbot oder das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 9 und Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt. Gleiches gilt, wenn der Ordnungsgeber es unterlässt, Unterscheidungen zu treffen, die richtigerweise hätten berücksichtigt werden sollen. Für die Zweckmässigkeit, namentlich die wirtschaftliche oder politische Sachgerechtigkeit, trägt der Bundesrat die Verantwortung (BGE 145 V 278 E. 4.1; 143 V 208 E. 4.3; 140 II 194 E. 5.8).

E. 6.4.2

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Delegationsnorm von Art. 24 Abs. 5 ArG dem Ordnungsgeber einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumt, um bei ununterbrochenem Betrieb die Ruhezeit anders zu verteilen, als es der Grundregelung im Gesetz selbst entspricht. Die Beschwerdeführerin hat denn auch zu Recht nicht geltend gemacht, die Bestimmung von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 sei durch den Wortlaut der Delegationsnorm im Gesetz nicht gedeckt. Ebenso wenig hat sie gerügt, diese Ordnungsbestimmung sei aus irgend einem Grund verfassungswidrig. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Parteigutachten beschlägt allein die Frage der Zweckmässigkeit von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1, welche aber, wie dargelegt, in der Verantwortung des Ordnungsgebers liegt und vom Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden darf. Auf dieses Gutachten ist daher in antizipierter Beweiswürdigung nicht weiter einzugehen.

E. 6.5

Als Zwischenergebnis ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass das Schichtmodell der Beschwerdeführerin den Anforderungen von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 nicht entspricht und daher ordnungswidrig ist.

E. 7

Eventualiter beruft sich die Beschwerdeführerin auf die Ausnahmebestimmung von Art. 28 ArG, wonach die Vorinstanz zuständig ist, ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung vorzusehen. Die Beschwerdeführerin erachtet die Voraussetzungen für eine derartige Ausnahme als gegeben. Sie argumentiert, ihr Schichtmodell weiche nur in geringem Umfang von den Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung ab. So sehe selbst die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zwischen Freitagabend und Montagmorgen die Möglichkeit einer

Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit auf zwölf Stunden (inklusive Pausen von zwei Stunden) vor, sofern in zwei Schichten gearbeitet werde. Ausserdem sei das betreffende Schichtmodell bei den Mitarbeitenden sehr beliebt, weil diese nach vier geleisteten Schichten à zwölf Stunden jeweils vier Tage am Stück frei hätten. Die Arbeitszeit pro Woche betrage im Durchschnitt von acht Wochen jeweils nur 42 Stunden pro Woche, inklusive Pausen von zwei Stunden pro Schicht, respektive 35 Stunden pro Woche, exklusive Pausen. Damit sei die wöchentliche Höchstarbeitszeit bei diesem Schichtmodell mehr als eingehalten. Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, das streitige Schichtmodell stelle gegenüber der verletzten Regelung in der Verordnung nicht bloss eine geringfügige Abweichung dar.

E. 7.1

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

E. 7.2

Für eine Anwendung dieser Bestimmung müssen kumulativ folgende drei Voraussetzungen erfüllt sein: Das Einverständnis des Arbeitnehmers beziehungsweise der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betrieb muss vorliegen, die Beachtung des Gesetzes oder der Verordnung muss ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen, die nicht einer schlechten Organisation des Betriebs zuzuschreiben sind, ausserdem darf keine andere Möglichkeit bestehen als eine Abweichung vom geltenden Recht (ultima ratio), und die Ausnahme muss ausserdem geringfügig sein (BGE 139 II 49 E. 6.1 m.H.; Urteil des BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021 E. 7.1).

E. 7.3

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass das Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmer vorliegt. Bestritten ist dagegen, ob die Beachtung der Verordnung ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen würde und vor allem, ob die von der Beschwerdeführerin verlangte Ausnahme geringfügig wäre.

E. 7.4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Anwendung der verletzten Regelung für sie ausserordentliche Schwierigkeiten bei der Anwendung bedeute. Das beantragte Schichtmodell ermögliche gegenüber anderen Schichtmodellen eine substanzielle Effizienzsteigerung, worauf sie dringend angewiesen sei, da aufgrund verschiedener Herausforderungen in der Halbleiterindustrie aktuell nur geringe Margen erzielt werden könnten. Aufgrund der aktuellen Energiekrise, mit erhöhten Energiekosten, sei es essenziell, die Prozesse so effizient wie möglich zu gestalten. Das Vierschichtmodell habe sich deshalb seit langem bei der internationalen Konkurrenz durchgesetzt. Ihre Konkurrenten befänden sich ausschliesslich im Ausland. Könnte das beantragte Schichtmodell nicht weiter aufrechterhalten bleiben, würde dies dem Leistungshalbleiter-Standort Schweiz grossen Schaden zufügen. Im schlimmsten Fall werde sie gezwungen sein, weitere Teile der Produktion auszulagern, mit entsprechenden Folgen auch für ihre Schweizer Zulieferer, ihre Kunden und die Abnehmer ihrer Kunden. Zudem rechne sie damit, dass ein Teil ihrer Mitarbeitenden mit einer Änderung des Schichtmodells

nicht zufrieden sein und daher kündigen werde, sodass sie gezwungen sein werde, neue Arbeitnehmende zu rekrutieren. Die Vorinstanz vertritt ihrerseits den Standpunkt, dass die effiziente Gestaltung der Schichtübergabe Teil der Organisation eines jeden Betriebs sei, welcher seine Arbeitnehmenden in Schichten beschäftige und somit nicht als Begründung für eine ausserordentliche Schwierigkeit bei der Befolgung der gesetzlichen Normen geltend gemacht werden könne. Wenn es aus produktionstechnischer Sicht zentral sei, möglichst wenige Schichtwechsel durchführen zu müssen und vermeidbare Verluste zu verhindern, sei es Aufgabe des Betriebs, dies unter Einhaltung der Arbeitsgesetzbestimmungen entsprechend zu organisieren. Insgesamt betrachtet sie die durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente markant höherer Produktionskosten im Fall eines zusätzlichen Schichtwechsels nicht als ausserordentliche Schwierigkeit im Sinne der Gesetzesbestimmung. Es könne nicht angehen, gesundheitsschutzrelevante zeitliche Belastungsgrenzen der Arbeitnehmenden nicht einzuhalten, um Kosten zu sparen und damit einen finanziellen Vorteil zu erlangen.

E. 7.4.1

Damit die zuständige Behörde eine Bewilligung im Sinne von Art. 28 ArG erteilen kann, müssen der Befolgung der Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Diese Schwierigkeiten dürfen nach der Rechtsprechung nicht einer schlechten Organisation des Betriebs zuzuschreiben sein, ausserdem darf keine andere Möglichkeit bestehen als eine Abweichung vom geltenden Recht (vgl. hiervor E. 7.2). Der Begriff der aussergewöhnlichen Schwierigkeiten wird auch anhand des Begriffs der Notwendigkeit beschrieben. Dafür wird auf das Verständnis des Begriffs der Notwendigkeit im Zusammenhang mit Überstundenarbeit nach Obligationenrecht (Art. 321c OR) verwiesen. Demnach mangelt es bei Überstundenarbeit, die durch permanent schlechte Organisation anfällt, an der Voraussetzung der Notwendigkeit (vgl. Olivier Subilia, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Kommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, Art. 28 N. 6).

E. 7.4.2

Die Frage, ob die Implementierung eines anderen Schichtmodells für die Beschwerdeführerin ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen würde, kann im vorliegenden Fall offen bleiben, wie noch darzulegen ist.

E. 7.5

Wann eine Abweichung "geringfügig" im Sinne von Art. 28 ArG ist, wird weder im Gesetz noch in der Verordnung näher definiert. Bei der Beurteilung sind jeweils die gesamten Umstände des konkreten Falles zu würdigen, etwa die Dauer der Bewilligung, bereits bestehende Ausnahmen im betreffenden Betrieb, der Kreis der Betroffenen, der Umfang und die Intensität der Verletzung der gesetzlichen Regelung. In jedem Fall darf der Schutzgedanke, der der verletzten Regelung zugrunde liegt, durch die Abweichung nicht ausgehöhlt oder in seiner Substanz gefährdet werden (zum Ganzen BGE 139 II 49 E. 6.1 ff.; Urteil des BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021 E. 7.1). Von der Ausnahmeregelung von Art. 28 ArG soll die Vorinstanz daher nur mit Zurückhaltung Gebrauch machen und dabei die Konsequenzen für den ordnungsgemässen Gesetzesvollzug und die Substanz des Schutzgedankens hinter der Norm bedenken (René Hirsiger, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], Kurzkommentar zum Arbeitsgesetz [ArG], 2018, Art. 28 N. 1 ff.). Der Schutzgedanke einer täglichen Höchstarbeitszeit bei Nachtarbeit lässt sich allgemein damit

begründen, dass Arbeit, welche zumindest teilweise in der Nacht erfolgt, für den Betroffenen mit einer grösseren Belastung verbunden ist (Jean-Fritz Stöckli/Daniel Soltermann, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Kommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, Art. 17a N. 1). Bei der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs gesteht das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz, welche die konkreten Verhältnisse besser kennt und über eine grössere Vergleichsbasis verfügt, einen gewissen Beurteilungsspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-2255/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 5).

E. 7.5.1

Die Vorinstanz erachtet die von der Beschwerdeführerin verlangte Abweichung als nicht geringfügig. Zum einen werde eine dauerhafte Verlängerung aller Schichten beabsichtigt und insbesondere auch der Nachtschichten um eine ganze Arbeitsstunde respektive um zwei Stunden der gesamten Schicht eines Arbeitnehmenden; zum anderen sei im Rahmen eines Betriebsbesuches festgestellt worden, dass die Arbeitnehmenden ausserordentlichen physischen und psychischen Belastungen ausgesetzt seien, da es sich bei der Produktion in einem Reinraum um objektiv belastende Bedingungen handle. Die Arbeitnehmenden seien nämlich stark in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt. Indem für jeden Ein- und Ausgang des Personals ein aufwendiges Prozedere notwendig sei, seien spontane Kurzpausen ausserhalb des Reinraums praktisch ausgeschlossen. Zudem führe das Tragen von medizinischen Gesichtsmasken und Reinraumanzügen über die gesamte Arbeitszeit zu einer zusätzlichen körperlichen Einschränkung und somit zu einer Belastung. Die Arbeiten seien auch psychisch anspruchsvoll, da sie namentlich Qualitätskontrollen mit hohem Anspruch an die Konzentrationsfähigkeit sowie das Betreuen und Überwachen von Robotern und anderen technischen Einrichtungen mit sich brächten, die mechanische, chemische, thermische und physikalische Gefährdungen umfassten. Darüber hinaus stellten gewisse Arbeiten auch ergonomisch belastende Tätigkeiten dar, etwa bezüglich der Körperhaltung. Gewisse Arbeitsplätze würden zudem zum Schutz der Produkte ausschliesslich künstlich beleuchtet. Eine dem Tageslicht nicht gleichwertige künstliche Beleuchtung führe zu zusätzlichen physiologischen Belastungen der Arbeitnehmenden und zur Ermüdung der Augen. Es handle sich somit nicht nur um eine Überschreitung der zulässigen Schichtlänge um zwei Stunden, sondern dies geschehe zudem in einem für die Gesundheit der Arbeitnehmenden objektiv gesehen beschwerlichen Arbeitsumfeld. Die Beschränkung der Schichtlänge im ununterbrochenen Betrieb auf nicht mehr als neun Stunden innert 24 Stunden fusse auf der Erkenntnis, dass die Dauer der Nachtarbeit massgebliche Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden und auf das Unfallrisiko hätten und Schichtarbeit eine besondere Belastung für den menschlichen Körper darstelle. Die Beschwerdeführerin argumentiert dagegen, ihr Schichtmodell weiche nur in geringem Umfang von den Bestimmungen des Gesetzes und der Verordnung ab. So sehe selbst die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zwischen Freitagabend und Montagmorgen die Möglichkeit einer Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit auf zwölf Stunden (inklusive Pausen von zwei Stunden) vor, sofern in zwei Schichten gearbeitet werde. Ausserdem sei das betreffende Schichtmodell bei den Mitarbeitenden sehr beliebt, weil diese nach vier geleisteten Schichten à zwölf Stunden jeweils vier Tage am Stück frei hätten. Entgegen der Darlegungen der Vorinstanz sei es nicht so, dass dieses Arbeitsmodell zu mehr Unfällen führe. Die Unfallzahlen seien sehr tief. Die Arbeitnehmenden würden zwar Reinraumanzüge über ihren Kleidern tragen, diese seien jedoch angenehm und locker sitzend, so dass die Bewegungsfreiheit gewährleistet sei. Der Reinraumanzug hindere die Arbeitnehmenden auch nicht daran, bei Bedarf und nach Absprache mit dem Vorgesetzten

den Reinraum für spontane Kurzpausen zu verlassen, etwa für Toilettengänge. Geübte Mitarbeitende bräuchten für das An- und Ausziehen des Reinraumanzuges lediglich zwei Minuten. Die Arbeiten seien, wie auch ihr Betriebsarzt dokumentiert habe, weder physisch noch psychisch anspruchsvoll. Es handle sich hauptsächlich um standardisierte Arbeiten, zwischen denen die Mitarbeitenden rotierten, wobei die Arbeitsgeschwindigkeit sehr moderat sei. Es handle sich damit nicht um klassische Fließbandarbeiten, die immer wieder den gleichen Bewegungsablauf verlangten und so schnell ermüdeten. Es müsse keine Arbeit mit Gewichten oder in ergonomisch belastenden Haltungen ausgeführt werden. Die Bestückungsanlagen arbeiteten heute vielmehr vollautomatisch und müssten lediglich mit dem nötigen Material versorgt werden. Die Aufgabe der Mitarbeitenden beschränke sich auf das "Füttern" der Maschinen und die Behebung allfälliger Störungen. Auch die Qualitätskontrollen erfolgten zunehmend automatisch. Nur noch wenige Arbeitsschritte im Schichtbetrieb der Beschwerdeführerin erforderten einen erhöhten Anspruch an die Konzentrationsfähigkeit, wobei sich die Mitarbeitenden bei den einzelnen Arbeitsschritten abwechselten, sodass der Grossteil der Arbeitstätigkeit aller Mitarbeitenden im Vierschichtbetrieb keinen erhöhten Anspruch an die Konzentrationsfähigkeit stelle. Es bestünden keine mechanischen, chemischen, thermischen oder physikalischen Gefährdungen, da die Mitarbeitenden die Maschinen lediglich von aussen bedienen müssten und somit ausserhalb des unmittelbaren Gefahrenbereichs der Maschinen arbeiteten. Die möglicherweise gefährlichen Prozesse liefen innerhalb der Anlagen ab und seien hochgradig gesichert. Wartungen dieser Maschinen, von denen möglicherweise Gefährdungen ausgingen, würden von Mitarbeitern der Normalschicht übernommen. Früher noch ergonomisch belastende Tätigkeiten seien im Verlauf der letzten beiden Jahre durch Automatisierungen ersetzt worden. Somit müssten keine ergonomisch belastenden Tätigkeiten mehr ausgeübt werden. Die Mitarbeitenden rotierten vielmehr zwischen den verschiedenen Arbeitsschritten und wechselten so zwischen sitzenden und stehenden Arbeiten. Der Reinraum sei mit Ausnahme der Nachtschichten sowohl mit Tageslicht als auch künstlichem Licht beleuchtet, womit es zu keiner zusätzlichen physiologischen Belastung der Arbeitnehmenden, wie beispielsweise Ermüdung der Augen, komme, wie dies die Vorinstanz unsubstantiiert und unbelegt behaupte. Letztere stütze sich auf angeblich bei der Betriebsbesichtigung gemachte Feststellungen, die allerdings weder protokolliert noch sonst dokumentiert worden seien und folglich für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar seien. Die Vorinstanz habe daher ihren Entscheid auf eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung abgestellt und auch falsche Schlussfolgerungen gezogen.

E. 7.5.2

Dass das ständige Tragen von medizinischen Masken und Reinraumanzügen während der Arbeit zu einer körperlichen Einschränkung führt und daher in einem gewissen Ausmass belastend ist, ist nachvollziehbar. Ebenso ist es nicht unplausibel, dass die Notwendigkeit, vor jedem Toilettengang vorgängig den Vorgesetzten zu informieren und sich aus dem Reinraum auszuschleusen und nachher wieder einzuschleusen, ebenfalls eine gewisse Belastung darstellt. Was die Beurteilung der Lichtverhältnisse an den Arbeitsplätzen betrifft, ergibt sich aus den vier Fotos, welche die Beschwerdeführerin selbst ins Recht gelegt hat, dass die Fenster im Reinraum keine Aussenfenster sind, sondern lediglich auf einen Korridor mit Aussenfenstern gehen. Aufgrund dieser Bilder erscheint es als ungläubhaft, dass an den Arbeitsplätzen im Reinraum genügend Tageslicht einfällt, als dass an allen Arbeitsplätzen tagsüber im Wesentlichen mit Tageslicht gearbeitet werden könnte.

Vielmehr erscheint die Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz, an einem Teil der Arbeitsplätze werde bei Kunstlicht gearbeitet, als plausibel. Hinsichtlich ihrer Einschätzung des Arbeitsumfeldes hat die Vorinstanz insbesondere die Bedingungen aufgrund der Reinraumumgebung (medizinische Masken, Erschwerung spontaner Kurzpausen) sowie Lichtverhältnisse herangezogen. Die verschiedenen Punkte, die im von der Beschwerdeführerin eingereichten Parteigutachten als besonders positiv hervorgehoben werden, hatte die Vorinstanz hingegen gar nicht beanstandet. Die im Gutachten enthaltenen Aussagen vermögen die Feststellungen und Überlegungen der Vorinstanz hinsichtlich der genannten Faktoren des Arbeitsumfeldes daher nicht zu widerlegen. Wenn die Vorinstanz anlässlich ihres Betriebsbesuchs ein Protokoll erstellt hätte und dieses von der Beschwerdeführerin hätte unterzeichnen lassen, könnten die darin enthaltenen Sachverhaltsfeststellungen ohne weiteres als erstellt angesehen werden. Da die Vorinstanz dies nicht getan hat, ist verständlich, dass die Beschwerdeführerin alle Feststellungen der Vorinstanz anlässlich jenes Betriebsbesuchs im Nachhinein zu bestreiten sucht. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann aber im vorliegenden Fall ohnehin offengelassen werden.

E. 7.5.3

Wie bereits dargelegt, stellt Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 eine Spezialbestimmung für den ununterbrochenem Betrieb dar, welche im Vergleich zu den normalen Bestimmungen bezüglich der Dauer der Nacharbeit (vgl. Art. 17a ArG) strenger ist und eine kürzere tägliche Arbeitszeit und Schichtlänge vorsieht. So wird - jedenfalls für die Zeit von Montag bis Freitag - die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmenden auf längstens neun Stunden innert 24 Stunden statt auf längstens zehn Stunden sowie die Schichtlänge mit Einschluss der Pausen auf zehn Stunden statt auf zwölf Stunden beschränkt (Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 beziehungsweise Art. 17a Abs. 2 ArG). Die von der Beschwerdeführerin beantragte Ausnahme würde diese Differenz und damit überhaupt die Spezialbestimmung von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 vollständig aushebeln. Wenn der Verordnungsgeber es als erforderlich erachtete, spezifisch zu dieser Frage eine Bestimmung in der Verordnung zu erlassen, so kann deren Gehalt offensichtlich nicht als "geringfügig" im Sinne von Art. 28 ArG eingestuft werden.

E. 7.5.4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz empfehle auf ihrer Website moderne Schichtmodelle für den ununterbrochenen Betrieb, welche ebenfalls nicht sämtliche gesetzlichen Bestimmungen erfüllten. So halte beispielsweise der auf der SECO-Website zur Verfügung gestellte Schichtplan für den ununterbrochenen Betrieb (Nr. 413) mit vier Gruppen und einem ebenfalls "kurz und vorwärts rollierenden" Modell die Ruhezeitbestimmung im ununterbrochenen Betrieb nicht ein (Art. 37 Abs. 1 ArGV 1). Gemäss den Bemerkungen der Vorinstanz werde dies aber als geringfügige Abweichung von den Vorschriften des Arbeitsgesetzes und der Verordnung qualifiziert. Die Vorinstanz bewillige dieses Schichtmodell gestützt auf die Ausnahme in Art. 28 ArG. Auch ihr Schichtmodell weiche lediglich in einem Punkt von den gesetzlichen Vorschriften ab. Im Gegenteil zu dem vom SECO empfohlenen Schichtmodell sei die Abweichung bei ihrem Schichtmodell aber gesetzlich vorgesehen. Zudem liege die Zustimmung der Arbeitnehmenden vor und der Gesundheitsschutz der Mitarbeitenden werde durch andere arbeitsmedizinisch vorteilhafte Massnahmen sichergestellt. Die Vorinstanz erwidert, die Analyse der Konformität eines Modells ende nicht mit der Summe der erfüllten Kriterien. Entscheidend sei vielmehr, welches Kriterium in welchem Ausmass nicht eingehalten

werde und welchen konkreten Arbeitsbedingungen die Arbeitnehmenden ausgesetzt seien. Bei jenem Schichtmodell sei die Abweichung von der Verordnungsbestimmung (Art. 37 ArGV 1) dadurch gerechtfertigt, dass den Arbeitnehmenden als direkter Ausgleich zwischen den Schichtwechseln verlängerte Ruhezeiten von 24 oder 48 Stunden gewährt würden.

E. 7.5.4.1

Es ist unbestritten, dass das Schichtmodell Nr. 413 die Ruhezeitbestimmung von Art. 37 Abs. 1 ArGV 1 nicht einhält. Das Ausmass der Abweichung haben die Parteien nicht substantiiert, doch kann diese Frage offengelassen werden. Selbst wenn das Schichtmodell Nr. 413 ähnlich drastisch von Art. 37 Abs. 1 ArGV 1 abweichen würde wie das umstrittene Schichtmodell der Beschwerdeführerin von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1, könnte die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 7.5.4.2

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht kann einem Privaten zwar ausnahmsweise einen Anspruch auf eine für ihn vorteilhafte, aber gesetzwidrige Behandlung geben, sofern eine ständige rechtswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (vgl. BGE 136 I 65 E. 5.6; 134 V 34 E. 9; 131 V 9 E. 3.7). Grundlage dieses Anspruchs ist indessen, dass die betreffende Behörde die in Frage stehende gesetzwidrige Behandlung in ständiger Praxis den Gewerbetenossen des Antragstellers gewährt. Wenn die Vollzugspraxis einer Behörde in Bezug auf eine bestimmte Verordnungsbestimmung nicht gesetzeskonform ist, begründet dies indessen keinen Rechtsanspruch des Privaten darauf, dass sie auch eine andere Verordnungsbestimmung nicht korrekt anwende. Ob die gesetzwidrige Praxis der Behörde nach Auffassung des Antragstellers rechtlich vergleichbar ist mit der von ihm gewünschten, von der Behörde aber in ständiger Praxis ihm und allen seinen Gewerbetenossen verweigerten Abweichung, ist nicht relevant.

E. 7.5.4.3

Daraus, dass die Vorinstanz beim Schichtmodell 413 aufgrund von darin enthaltenen kompensierenden Vorteilen für die Gesundheit der Arbeitnehmer eine Ausnahme von Art. 37 ArGV 1 gewährt, kann die Beschwerdeführerin daher nichts für sich ableiten, zumal unbestritten ist, dass die Vorinstanz auch der Beschwerdeführerin eine Bewilligung für das Schichtmodell Nr. 413 erteilen würde, wenn die Beschwerdeführerin dies beantragen würde.

E. 7.5.5

Da die von der Beschwerdeführerin beantragte Ausnahme von Art. 38 Abs. 3 ArGV 1, wie dargelegt, diese Verordnungsbestimmung vollständig derogieren würde, kann sie allein aus diesem Grund nicht mehr als "geringfügig" im Sinne von Art. 28 ArG eingestuft werden. Ob zusätzlich auch die konkreten Umstände des Arbeitsumfelds besonders belastend sind und gegen die Geringfügigkeit sprechen, kann daher offen gelassen werden, genau so wie die Frage, ob die Implementierung eines anderen Schichtmodells für die Beschwerdeführerin ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen würde. Auf die Abnahme der von der Beschwerdeführerin beantragten Beweise wie Augenschein, Parteibefragungen und Zeugenaussagen zu diesen beiden Fragen kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

E. 7.5.6

Als Zwischenergebnis ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin beantragte Ausnahme nicht geringfügig ist.

E. 7.6

Der Wortlaut von Art. 28 ArG enthält die Formulierung "Die zuständige Behörde ist ermächtigt..." (beziehungsweise in der französischen Fassung "...l'autorité peut..." und in der italienischen Fassung "...l'autorità può..."). Mit einer derartigen "kann"-Formulierung räumt der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde einen erheblichen Ermessensspielraum ein beim Entscheid, ob eine Massnahme zu treffen sei oder nicht (BGE 132 II 485 E. 6.2.1). Das heisst zwar nicht, dass die Behörde in ihrem Entscheid völlig frei ist; sie hat immer nach pflichtgemäsem Ermessen zu handeln und ist an das Rechtsgleichheitsgebot und das Willkürverbot gebunden. Das Bundesverwaltungsgericht hat indessen den Ermessensspielraum der zuständigen Behörde zu respektieren und nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (Urteile des BVGer B-903/2022 vom 13. März 2023 E. 10.2; B-1854/2021 vom 5. Juli 2022 E. 10.4; A-6830/2017 vom 15. Januar 2019 E. 7.3; B-5431/2013 vom 17. November 2014 E. 5.3; vgl. Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen 2020, Rz. 398, 409).

E. 7.6.1

Wie die Vorinstanz darlegt, kam sie zum Schluss, dass ihre frühere Praxis rechtswidrig sei, und änderte sie daher. Seit 2019 habe sie daher alle Gesuche für ununterbrochenen Betrieb mit zwölfstündigen Schichten anderer Unternehmen nicht mehr bewilligt und andere Betriebe, die vor Jahren das gleiche Schichtmodell eingesetzt hätten, so veranlasst, dieses Modell fallen zu lassen und eine neue Arbeitsorganisation einzuführen. An ihrer neuen Rechtspraxis wolle sie auch in Zukunft festhalten. Die Nichtverlängerung der Bewilligung sei lediglich die Wiederherstellung eines einheitlichen Vollzugs des Arbeitsgesetzes. Anderen Unternehmen mit diesem Schichtmodell habe sie die Bewilligung auch nicht erteilt oder erneuert. Würde der Beschwerdeführerin die Bewilligung erteilt, sei dies eine Ungleichbehandlung der Konkurrenz. Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Vorinstanz ihre Praxis in dieser Weise geändert hat. Sie macht auch nicht konkret geltend, andere Gewerbebetriebe hätten eine entsprechende Bewilligung erhalten oder das Arbeitsumfeld aller anderen Betriebe, welche ebenfalls keine Ausnahmegewilligung erhalten hätten, unterscheide sich wesentlich vom Arbeitsumfeld in ihrem Betrieb.

E. 7.6.2

Da die Vorinstanz verpflichtet ist, ihr Ermessen rechtsgleich auszuüben, hätte sie der Beschwerdeführerin nicht eine Ausnahme bewilligen dürfen, die sie allen anderen Betrieben in konstanter Praxis seit Jahren verweigert. Selbst wenn die von der Beschwerdeführerin verlangte Ausnahme als geringfügig einzustufen wäre, wäre deren Verweigerung durch die Vorinstanz daher nicht zu beanstanden gewesen.

E. 7.7

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe ihr seit dem Jahr 2009 in konstanter Verwaltungspraxis Arbeitszeitbewilligungen der vorliegend umstrittenen Art gestützt auf Art. 28 ArG erteilt. Für die nun vorgenommene Änderung der Rechtspraxis sei kein Grund erkennbar, da weder die konkreten Umstände noch die Rechtslage geändert

hätten. Sie müsse mit internationalen Konkurrenten mithalten, die allesamt dieses Schichtmodell implementiert hätten. In der Schweiz habe sie hingegen keine Konkurrenten, sodass es gar nicht sein könne, dass eine Ungleichbehandlung gegenüber (Schweizer) Konkurrenten entstehen könnte, wie dies die Vorinstanz darstelle. Die Vorinstanz hält fest, sie sei als Bewilligungsbehörde durch andere Betriebe darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Beschwerdeführerin 2019 nach wie vor dieses Vierschichtmodell bewilligt erhalten habe. Andere Betriebe, die vor Jahren das gleiche Schichtmodell eingesetzt hätten, seien bereits früher gezwungen worden, dieses fallen zu lassen und eine neue Arbeitsorganisation einzuführen. An ihrer neuen Rechtspraxis wolle sie auch in Zukunft festhalten. Die Nichtverlängerung der Bewilligung sei lediglich die Wiederherstellung eines einheitlichen Vollzugs des Arbeitsgesetzes. Eine Praxisänderung sei immer möglich, auch ohne dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem Betrieb geändert hätten. Massgeblich sei, dass die Praxisänderung anschliessend konsequent gegenüber allen umgesetzt werde. Dass sich die Arbeitsbedingungen durch die Automatisierung verbessert hätten, ändere nichts an der Tatsache, dass das Schichtmodell nicht dem Arbeitsgesetz entspreche. Anderen Unternehmen mit diesem Schichtmodell habe sie die Bewilligung auch nicht erteilt oder erneuert. Würde der Beschwerdeführerin die Bewilligung erteilt, sei dies eine Ungleichbehandlung der Konkurrenz. In der letzten Arbeitszeitbewilligung mit der entsprechenden Ausnahme sei ausdrücklich festgehalten worden, dass diese Bewilligung ohne Präjudiz erteilt werde. Die Beschwerdeführerin habe also gewusst, dass sie sich früher oder später mit einer gesetzeskonformen Organisation ihrer Schichten hätte auseinandersetzen müssen.

E. 7.7.1

Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer Praxis in der Regel festgehalten wird. Praxisänderungen können auch den Vertrauensschutz tangieren (Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., Rz. 589). Ändert eine Behörde ihre Genehmigungspraxis, so hat sie sich an die verfassungsmässigen Voraussetzungen zu halten. Demgemäss ist eine bisher geübte Praxis nicht unwandelbar, sondern muss sogar geändert werden, wenn die Behörde zur Einsicht gelangt, dass das Recht bisher unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Eine Praxisänderung muss sich deshalb auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit - umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte bisherige Praxis befolgt wurde (BGE 127 I 49 E. 3c; 126 I 122 E. 5). Es gibt keinen allgemeinen Vertrauensschutz gegen Änderungen der materiellen Praxis (BGE 146 I 105 E. 5.2.1). Ein Verstoss gegen Treu und Glauben liegt insbesondere dann nicht vor, wenn die Änderung früh genug angekündigt wurde und eine Übergangsfrist gewährt wird, um sich der geänderten Rechtspraxis anzupassen (vgl. BGE 132 II 153 E. 5.1). Aus den Ausführungen der Vorinstanz geht hervor, dass sie zur Einsicht gelangt ist, das Recht sei bisher unrichtig angewendet worden. Nach dem bisher Gesagten ist diese Beurteilung zutreffend. Für die Praxisänderung bestanden somit ernsthafte und sachliche Gründe. Unbestritten ist auch, dass die Vorinstanz ihre als rechtswidrig erkannte Praxis in einer rechtsgleichen Weise auch gegenüber allen anderen Betrieben geändert hat.

E. 7.7.2

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder

sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist weiter, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheitert die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 137 I 69 E. 2.5.1; 131 II 627 E. 6.1, 129 I 161 E. 4.1). Vorliegend ist streitig, ob die Vorinstanz als Bewilligungsbehörde eine Vertrauensgrundlage gesetzt hat. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das betreffende Vierschichtmodell sei seit 2009 so gelebt und von der Vorinstanz in konstanter Verwaltungspraxis bewilligt worden. Aus den Akten geht hervor, dass die bisher an die Beschwerdeführerin erteilten Bewilligungen für ununterbrochenen Betrieb befristet auf jeweils drei Jahre ausgestellt wurden (15. Dezember 2010 - 31. Dezember 2013, 1. Januar 2014 - 31. Dezember 2016, 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2019 sowie 1. Mai 2019 - 30. April 2022). In diesen Bewilligungen steht ausserdem ausdrücklich in den "Bedingungen und Auflagen": "Die Abweichung von Art. 34 Abs. 4 Bst. a und Art. 38 Abs. 3 ArGV 1 wird gestützt auf Art. 28 ArG unter Einhaltung der in Art. 29 Abs. 1 ArGV 1 aufgeführten Bedingungen und Auflagen ohne Präjudiz erteilt". Rechte, deren Geltung befristet sind, fallen mit Ablauf der Frist von selbst - das heisst ohne behördliche Anordnung - dahin. Aufgrund der Befristung und des zusätzlichen ausdrücklichen Vorbehalts "wird ... ohne Präjudiz erteilt" scheitert die Berufung der Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz daher an der fehlenden Vertrauensgrundlage respektive an der fehlenden Zusicherung einer weiteren Bewilligung. Der Vertrauensschutz fällt von daher als Anspruchsgrundlage für die Weitergewährung der Bewilligung ausser Betracht. Im Übrigen trug die Vorinstanz dem Grundsatz von Treu und Glauben dadurch Rechnung, dass der Beschwerdeführerin eine Übergangsfrist zur Umstellung ihres Schichtmodells bis Ende 2024 eingeräumt wurde.

E. 7.7.3

Auch aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes kann die Beschwerdeführerin daher keinen Anspruch auf die Erteilung der von ihr beantragten Ausnahmbewilligung ableiten.

E. 8

Die Beschwerdeführerin beantragt für den Fall, dass das Verfahren zu ihren Ungunsten entschieden werden sollte, eine Übergangsfrist bis mindestens zwei Jahre ab dem 1. Januar 2025 oder ab rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens zur Umstellung ihres bisherigen Schichtmodells oder zur Verlagerung des Betriebs.

E. 8.1

Die Vorinstanz gewährte der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung eine Übergangsfrist in der Form einer Verlängerung der "bestehenden" Bewilligung bis Ende Dezember 2024. Das dargelegte materielle Rechtsbegehren in Bezug auf diese Übergangsregelung stellte die Beschwerdeführerin indessen erstmals in ihrer Replik, also nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Wie dargelegt (E. 1.4 hievore) ist zweifelhaft, ob dieses Rechtsbegehren fristgerecht gestellt wurde und daher darauf einzutreten ist. Selbst wenn indessen davon ausgegangen würde, dass der Eventualantrag auf eine längere Übergangsfrist im Hauptbegehren auf Erteilung der verweigerten Bewilligung mitenthalten wäre (in maiore minus), wäre zu berücksichtigen, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin eine Laufzeit bis 1. Mai 2025 zum Gegenstand hatte und auf den Antrag auf eine Verlängerung der Übergangsfrist daher auch nur soweit eingetreten werden könnte, als

diese Zeitspanne betroffen ist.

E. 8.2

Materiell ist zu berücksichtigen, dass der fachkundigen Vorinstanz auch bezüglich der Gewährung einer allfälligen Übergangsfrist ein Ermessensspielraum zusteht, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat.

E. 8.3

Die gewährte Übergangsfrist von über 22 Monaten ist offensichtlich sehr grosszügig. Soweit die Beschwerdeführerin offenbar anzunehmen scheint, dass sie Anspruch darauf habe, mit den erforderlichen Planungen und Dispositionen erst zu beginnen, wenn nicht nur die Vorinstanz und das Bundesverwaltungsgericht, sondern gegebenenfalls auch das Bundesgericht zu ihren Ungunsten entschieden hätte, kann ihr nicht gefolgt werden.

E. 8.4

Selbst wenn auf das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin um Verlängerung der Übergangsfrist einzutreten wäre, wäre es daher abzuweisen.

E. 9

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 10

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse (Art. 4 VGKE), da mit der Beschwerde letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (zum Begriff vgl. BGE 139 II 404 E. 12.1), wobei sich der Streitwert nicht konkret beziffern lässt. Im Lichte der in Art. 2 Abs. 1 VGKE genannten Bemessungskriterien erscheinen Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- in jedem Fall als angemessen. Der am 30. März 2023 geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 11

Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.