



Abteilung II
B-5341/2018

Urteil vom 21. Mai 2019

Besetzung

Richter Keita Mutombo (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber David Roth.

Parteien

Gewerkschaft A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,
Beschwerdegegnerin,

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsbedingungen,
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung für Nachtarbeit
(Verfügung vom 19. August 2018).

Sachverhalt:**A.**

Mit Gesuch um Arbeitszeitbewilligung vom 14. Februar 2018 beantragte die B. _____ AG beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO eine Bewilligung für Nacharbeit, Sonntagsarbeit sowie ununterbrochenen Betrieb auf der Baustelle ARGE [...] (Personal B. _____ AG) für die Betriebsdauer vom 10. März 2018 bis 15. Dezember 2020.

B.

Mit Verfügung vom 19. August 2018 bewilligte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Nacharbeit für maximal 25 Strassenbauer für den beantragten Zeitraum auf dem Betriebsteil Baustelle Instandsetzung N01 zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...], jeweils für die Nächte Sonntag auf Montag bis Freitag auf Samstag. Sie begründete die Bewilligung mit der technisch unentbehrlichen Betriebsweise und schränkte sie weiter auf „Arbeiten [ein], die aus Sicherheitsgründen ausserhalb der Hauptverkehrszeit ausgeführt werden müssen“.

C.

Mit Beschwerde vom 15. September 2018 beantragt die Gewerkschaft A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Gesuch der B. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) und die Sachverhaltsabklärungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) seien mangelhaft gewesen sowie es sei keine technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nachgewiesen.

D.

Mit Eingabe vom 24. September 2018 stellt die Beschwerdegegnerin den prozessualen Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung. Sie sei dringend darauf angewiesen, dass die Bewilligung vorübergehend die Gültigkeit behalte, damit sie „die vertraglichen Arbeiten gegenüber dem Bundesamt für Strassen [ASTRA] erfüllen können“. In der Sache beantragt die Beschwerdegegnerin zugleich sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und begründet dies damit, dass „[b]autechnisch und aus dem vertraglichen Verkehrskonzept [...] sich zum Teil Nacharbeiten“ ergeben würden.

E.

Mit Zwischenentscheid vom 10. Oktober 2018 wies der Instruktionsrichter den prozessualen Antrag der Beschwerdegegnerin nach Einsicht in die Stellungnahmen der übrigen Verfahrensparteien ab.

F.

Mit Vernehmlassung vom 15. November 2018 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Es liege in erster Linie eine technische Unentbehrlichkeit vor. Zudem werde ein besonderes Konsumbedürfnis eines grösseren Teils der Bevölkerung (Zurverfügungstellung eines – wenn auch mit Einschränkungen – befahrbaren und sicheren Nationalstrassennetzes) befriedigt.

G.

Mit Replik vom 21. Januar 2019 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Mit Duplik vom 13. Februar 2019 macht die Beschwerdegegnerin geltend, es sei unvermeidlich und erforderlich, gewisse Arbeiten aus Sicherheitsgründen in der Nacht, ausserhalb der Hauptverkehrszeiten, auszuführen. Mit Stellungnahme zur Replik vom 21. Februar 2019 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

H.

Auf die weiteren urteilerheblichen Vorbringen der Parteien und eingereichten Akten wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist spezialgesetzlich zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 58 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 [ArG, SR 822.11]; vgl. Urteil des BVGer B-3635/2017 vom 23. Oktober 2017 E. 2.2 f.). Sie hat den eingeforderten Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), und die übrigen Prozessvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

2.1 Das Arbeitsgesetz bezweckt vornehmlich den Arbeitnehmerschutz vor Sicherheits- und Gesundheitsgefährdungen. Die gesetzliche Regelung der Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 9 ff. ArG) soll einerseits dazu beitragen, mit einer übermässigen Müdigkeit verbundene Unfall- und Krankheitsrisiken zu reduzieren, und andererseits den Arbeitnehmenden ein Sozial- und Familienleben sichern, das sich positiv auf ihre Gesundheit auswirkt (Gesundheitsschutz im weiteren Sinne; vgl. Urteil des BGer 2C_344/2008, 2C_345/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4; Urteil des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.2; Botschaft zum Entwurf des Arbeitsgesetzes vom 30. September 1960, BBl 1960 II 910 und 977; MARTIN FARNER, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], Kurzkomentar Arbeitsgesetz, 2018 [nachfolgend: Kurzkomentar Arbeitsgesetz], Einleitung N 44; MÜLLER/MADUZ, Navigator Kommentar ArG, 8. Aufl. 2017, Einleitung N 2; SCHEIDEGGER/PITTELOUD, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], Handkommentar Arbeitsgesetz, 2005, Art. 6 N 9).

Gemäss Art. 16 ArG (Verbot der Nachtarbeit) ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeiten nach Art. 10 ArG untersagt. Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Die Bewilligung dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit setzt in sachlicher Hinsicht eine Unentbehrlichkeit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen voraus (Art. 17 Abs. 2 ArG). Die Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) konkretisiert die Voraussetzungen (Art. 40 Abs. 1 Bst. b ArG; siehe E. 2.2 hiernach).

Die Nachtarbeit soll entsprechend dem gesetzgeberischen Grundgedanken möglichst eingeschränkt werden, und Ausnahmen davon sind grundsätzlich eng auszulegen. Blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen nicht, um das Nachtarbeitsverbot aufzuweichen (vgl. BGE 136 II 427 E. 3.2 mit Verweis auf die im Gesetzestext enthaltene Tatbestandsvoraussetzung der Unentbehrlichkeit; Urteil des BGer 2C_475/2017 vom 15. Dezember 2017 E. 2.2 und E. 3.3.1 mit Hinweisen; Urteile des BVGer B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 7.1 und B-3578/2014 vom 15. Juli 2015 E. 4.2; DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 59, 2004, S. 179).

2.2 Eine technische Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ArG liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen oder aufgeschoben werden können, weil mit der Unterbrechung oder

dem Aufschub erhebliche und unzumutbare Nachteile für die Produktion und das Arbeitsergebnis oder die Betriebseinrichtungen verbunden sind (Art. 28 Abs. 1 Bst. a ArGV 1); andernfalls die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder die Umgebung des Betriebes gefährdet werden (Art. 28 Abs. 1 Bst. b ArGV 1). Die Unentbehrlichkeit aus technischen Gründen wird in Art. 28 Abs. 1 ArGV 1 nicht abschliessend geregelt (vgl. SOLTERMANN, a.a.O., S. 179). Als unbestimmter Rechtsbegriff ist sie im konkreten Anwendungsfall auszulegen. Die Bestimmungen von Bst. a und Bst. b bilden jedoch diejenigen Gründe, an denen sich andere, aber gleichwertige Ausnahmen ausweisen lassen müssen (vgl. Urteil des BVGer B-6642/2018 vom 21. März 2019 E. 4.3 und E. 6.5). Immerhin hat das Bundesgericht mit Bezug auf das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 f. ArG) festgehalten, dass bei der technischen Unentbehrlichkeit weniger strenge Anforderungen gelten als bei den Erfordernissen der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit und der besonderen Konsumbedürfnisse (vgl. Urteil des BGer 2C_344/2008, 2C_345/2008 vom 26. März 2009 E. 5.2 mit Hinweisen; siehe sogleich). Insofern ist auch an die Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot kein ungebührlich strenger Massstab anzulegen; dies umso mehr, als das Nachtarbeitsverbot nach dem gesetzgeberischen Willen in der Tendenz etwas weniger restriktiv zu handhaben ist (vgl. BGE 120 Ib 332 E. 4b mit Hinweis; MARRO/FRUNZ/GROSS, Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Art. 19 N 1, je mit Hinweisen).

Die Unentbehrlichkeit aus wirtschaftlichen Gründen wird in Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 mittels eines abschliessenden Alternativkatalogs umschrieben (vgl. HURNI/GRAF, Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Art. 17 N 16 mit Hinweisen). Darüber hinaus stellt die Verordnung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit die besonderen Konsumbedürfnisse gleich, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist. Solche Konsumbedürfnisse sind täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde (Art. 28 Abs. 3 Bst. a ArGV 1); und bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt (Art. 28 Abs. 3 Bst. b ArGV 1).

2.3 Wer geltend macht, dass die Ausnahmebedingungen erfüllt sind, hat dies nachzuweisen (Art. 8 ZGB analog; vgl. B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 7.4). Die Beweislast liegt beim Gesuchsteller (vgl. Urteil des BVGer B-2257/2010 vom 15. Oktober 2010 E. 5.4). *Materielle Bewilligungsvoraussetzungen* sind – nebst der Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen als sachlichem Erfordernis

(siehe E. 2.2 hiavor) – deren räumlich-persönlich beschränkte sowie zeitlich befristete Notwendigkeit (Art. 49 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 ArG sowie Art. 41 Bst. a bis d bzw. Art. 42 Abs. 1 Bst. b, d bis g und Abs. 2 ArGV 1). Räumlich-persönlich oder zeitlich überschüssender Nachtarbeit ist nämlich gleichfalls die Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ArG abzusprechen (vgl. Urteil des BVGer B-6642/2018 vom 21. März 2019 E. 6.2). Art. 49 ArG in Verbindung mit Art. 41 beziehungsweise Art. 42 ArGV 1 enthalten darüber hinaus *formelle Verfahrensordnungen*, welche insbesondere die Rechtzeitigkeit der schriftlichen Gesuchstellung sowie deren Dokumentation mit den erforderlichen Unterlagen, Bestätigungen und Erklärungen betreffen (vgl. Urteil des BVGer B-1967/2007 vom 28. März 2008 E. 3.2 mit Hinweisen). Sind die Ausnahmebedingungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Bewilligung (Art. 42 Abs. 4 ArGV 1; vgl. Urteil des BVGer B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 4.2). Der Mangel eines unvollständigen Gesuchs beziehungsweise einer ungenügenden Sachverhaltsabklärung oder Entscheidungsbegründung kann im Bewilligungs- oder Rechtsmittelverfahren behoben werden (vgl. BGE 131 II 200 E. 4 und E. 6.4 mit Hinweisen).

3.

Nach Art. 49 VwVG können mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich die Überschreitung oder der Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin rügt, es könne den Akten nicht entnommen werden, dass die Vorinstanz kontrolliert habe, ob die betroffenen Arbeitnehmenden ihre Zustimmung gegeben hätten. Die spärlichen Dokumente, welche die Beschwerdegegnerin eingereicht habe, würden den Anforderungen an ein zureichendes Gesuch ebenso wenig genügen. Die Beschwerdegegnerin habe es unterlassen abzuklären, ob eine medizinische Eignungsuntersuchung der Arbeitnehmenden nötig sei, was bei Nachtarbeit von Beton- und Strassenbauern regelmässig möglich sei. Anhand der Akten sei auch davon auszugehen, dass die Vorinstanz keine diesbezüglichen Abklärungen getroffen habe. Im Übrigen handle es sich um eine unnötig weitgehende Bewilligung, die äusserst viel Interpretationsspielraum lasse.

Die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Gesuch sodann weder eine wirtschaftliche noch eine technische Unentbehrlichkeit nachgewiesen. Besondere Konsumbedürfnisse seien zu verneinen. Mit Bezug auf eine technische Unentbehrlichkeit könne den Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht entnommen werden, dass beispielsweise Maschinen verwendet würden, die nicht ohne Beschädigung an- und ausgeschaltet werden könnten, und es fänden keine besonderen Produktionsprozesse statt, die nicht schadlos innerhalb eines Tages ausgeführt werden könnten. Unter Verweis auf das Urteil des BVGer B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 7.3 bemerkt die Beschwerdeführerin weiter, dass es auch keine Anhaltspunkte dafür gebe, „dass gerade durch den Unterbruch der Arbeit während der Nacht unsichere, gefährliche Zustände entstehen, welche bei Eintreten eines daraus resultierenden Ereignisses die Gesundheit der Arbeitnehmer gefährden würde[...]“. Es werde ebendort darauf hingewiesen, dass die Gefahr gerade durch den Unterbruch entstehen müsse, damit sie eine technische Unentbehrlichkeit begründe, was vorliegend nicht der Fall sei. Es sei auch keine Gegenüberstellung der verschiedenen Gefährdungslagen für Arbeitnehmende und Verkehrsteilnehmende mit beziehungsweise ohne Nachtarbeit erfolgt. Vielmehr erscheine der Verweis auf angebliche Sicherheitsbedenken in der vorinstanzlichen Verfügung angesichts des Umstandes, dass das Gesuch lediglich auf Drängen des Bauherrn ASTRA gestellt worden sei, als „vorgeschoben“; Hauptziel sei der unbeeinträchtigte Tagesverkehr.

4.2 Betreffend die technische Unentbehrlichkeit bringt die Vorinstanz vor, die Sicherheit der Arbeitnehmenden werde wohl „nicht durch einen Unterbruch der Baustellentätigkeit gefährdet, jedoch würde der Aufschub der für in der Nacht vorgesehenen Arbeit in den Tag durch die daraus resultierende Verkehrssituation eine grosse Gefährdung der Sicherheit beziehungsweise Gesundheit der Arbeitnehmenden sowie der Betriebsumgebung und namentlich der übrigen Verkehrsteilnehmer nach sich ziehen“. Spezifische und beschränkte Nachtarbeit würde die Arbeitnehmenden besser schützen. Es werde damit zugleich Art. 6a des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) betreffend die Sicherheit der Strasseninfrastruktur entsprochen.

Gemäss einer ins Recht gelegten Studie hätten sich Ein- und Ausfahrten im Baustellen-Innenbereich sowie Tagesbaustellen als deutliche Unfallschwerpunkte ausgewiesen. Bei letzteren ereigneten sich die meisten und folgenschweren Unfälle beim Fahrstreifenwechsel infolge Spurreduktion oder infolge Unachtsamkeit bei Auffahren auf eine Fahrzeugkolonne oder

bei Stau. Zwei Drittel der Unfälle ereigneten sich bei starkem oder stockendem Verkehr. Das höhere Verkehrsaufkommen bei Tag in Kombination mit einem Spurabbau begünstige starken oder stockenden Verkehr. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass bei einem Unfall ebenfalls Arbeitnehmende verletzt würden. Aufgrund des geringeren Verkehrsaufkommens bei Nacht sei die Sicherheit der Arbeitnehmenden besser geschützt, wenn der Spurabbau und die Arbeitstätigkeit dann erfolgten. Auch die gesundheitsschädliche Abgasexposition sei dann geringer. Die Nachtarbeit sei demnach im Interesse aller und müsse bewilligt werden können.

Die Beschwerdegegnerin habe in ihrem Gesuch im Übrigen bestätigt, dass das Einverständnis der betroffenen Arbeitnehmenden vorgängig eingeholt worden sei. Auch seien sorgfältige Sachverhaltsabklärungen getätigt worden, infolge welchen die Bewilligung gegenüber dem Gesuch sachgerechte Einschränkungen erfahren habe. Entsprechende Abklärungen hätten weiter ergeben, dass vorliegend keine medizinische Untersuchung und Beratung der Arbeitnehmenden erforderlich sei. Hingegen handle es sich weder bei den schriftlichen Einverständniserklärungen noch bei den medizinischen Untersuchungen um eigentliche Bewilligungsvoraussetzungen.

Schliesslich liege vorliegend eine spezifische Bewilligung an ein einzelnes Unternehmen betreffend eine klar definierte Baustelle vor, die genau die Arbeitsschritte definiere, für welche eine Nachtarbeitsbewilligung notwendig sei. Weiter sei sie auf einen konkret bestimmten Zeitraum beschränkt. Daher erweise sich die nächtliche Arbeit erforderlich und damit die Bewilligungserteilung bei solchen Arbeiten als rechtskonform.

4.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, aufgrund der Vorgaben seitens der Planer und des Bauherrn (ASTRA), der Komplexität der Baustelle auf diesem äusserst stark frequentierten Autobahnabschnitt und der täglich anzutreffenden Verkehrssituation im Grossraum Zürich sei es unvermeidbar und erforderlich, gewisse Arbeiten aus Sicherheitsgründen in der Nacht, ausserhalb der Hauptverkehrszeiten, auszuführen. Dementsprechend sei sie von denachteinsätzen abhängig und diese blieben unumgänglich. Man sei sich der möglichen Auswirkungen von Arbeiten in der Nacht auf die Mitarbeiter bewusst, weswegen man stets bemüht sei, die Nachteinsätze auf ein Minimum zu beschränken. Die gesetzlichen Vorschriften würden alleamt eingehalten.

5.

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt und der angefochtenen Bewilligung liege ein formell unzureichendes Gesuch zugrunde, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Bundesgerichte haben bereits ausführlich erwogen, dass die Erklärungen eines Gesuchstellers betreffend das Einverständnis seiner Arbeitnehmenden (Art. 41 Abs. 1 Bst. e ArGV 1) beziehungsweise die Ergebnisse der medizinischen Untersuchungen (Art. 41 Abs. 1 Bst. f ArGV 1) keine materiell-rechtlichen Voraussetzungen für eine Bewilligung darstellen sowie die Vorinstanz in dieser Hinsicht keine weitergehenden Abklärungspflichten trifft. Sie sind lediglich deklaratorischer Natur, namentlich weil Art. 17 Abs. 6 und Art. 17c ArG – lediglich, aber immerhin – Schutz beziehungsweise Anspruchsnormen der Arbeitnehmenden gegenüber der gesuchstellenden Arbeitgeberin begründen, welche unabhängig von der Bewilligungserteilung weiterbestehen. Art. 41 Abs. 1 Bst. e und f ArGV 1 sind demnach formelle Verfahrensordnungen (siehe E. 2 hiavor) und keine Bewilligungsvoraussetzungen, zumal die erwähnten formell-gesetzlichen Bestimmungen hierfür keine Grundlage bieten und auch sonst keine solche besteht (vgl. BGE 131 II 200 E. 5; Urteile des BVGer B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 4.3 und B-1967/2007 vom 28. März 2008 E. 3, je mit Hinweisen). Darauf ist vorliegend nicht zurückzukommen.

6.

6.1 Sodann ist zu überprüfen, ob die materiellen Bewilligungsvoraussetzungen – sachliche Unentbehrlichkeit sowie räumlich-persönliche und zeitliche Erforderlichkeit – nachweislich erfüllt sind (siehe E. 2 hiavor).

6.2

6.2.1 In sachlicher Hinsicht begründet die angefochtene Verfügung die ausnahmsweise Bewilligung der Nachtarbeit mit deren technischen Unentbehrlichkeit (siehe Sachverhaltsbst. B). Wie nachfolgend dargelegt wird, ist diese vorinstanzliche Beurteilung bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Es kann demnach zugleich offenbleiben, ob vorliegend auch besondere Konsumbedürfnisse einen Rechtfertigungsgrund dargestellt hätten, wie die Vorinstanz in diesem Verfahren hilfsweise vorgebracht hat (siehe Sachverhaltsbst. F).

6.2.2 Im Zuge der Instandsetzung der N01 zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...] stellen der Strassenbau beziehungsweise die Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten einen zwingenden

Prozess dar. Die angefochtene Verfügung bewilligt Nachtarbeit für Strassenbauarbeiten, welche aus Sicherheitsgründen ausserhalb der Hauptverkehrszeit ausgeführt werden müssen. Damit ist sie im Hinblick auf den auszuführenden Prozess hinlänglich bestimmt. Eine weitergehende, vorgängige Spezifizierung der im Gültigkeitszeitraum der Bewilligung jeweils pro Nacht und genauer Lokalität zulässigen Strassenbauarbeiten, wie sie die Beschwerdeführerin fordert, erwiese sich hingegen als impraktikabel. Eine Bewilligung für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG könnte so kaum je erteilt werden. Die vorinstanzliche Auflage, wonach lediglich Arbeiten in der Nacht auszuführen sind, welche aus Sicherheitsgründen ausserhalb der Hauptverkehrszeit ausgeführt werden müssen, lässt sich hingegen in sachlicher Hinsicht unmittelbar aus dem gesetzlichen Tatbestandselement der Unentbehrlichkeit weiter konkretisieren (siehe E. 6.2.5 und E. 6.2.7 hiernach).

Zugleich ist es alternativlos, den gegenständlichen Nationalstrassenabschnitt grundsätzlich befahrbar zu halten. Eine vollständige Schliessung sämtlicher Fahrstreifen würde den Nationalstrassenverkehr zumindest in der Region Zürich tagsüber jedenfalls weitgehend zum Erliegen bringen sowie zu einer weiträumigen und erheblichen Beeinträchtigung des Haupt- und Nebenstrassennetzes führen. Die hiermit verbundenen Nachteile für die Bevölkerung, insbesondere die resultierenden Emissionsbelastungen und anderen sozialen und volkswirtschaftlichen Schäden, lassen eine Schliessung als keinen gangbaren Weg erscheinen. Es ist mithin unumgänglich, die einzelnen Fahrstreifen jeweils bloss zeitweise zu sperren.

6.2.3 Soweit enge Platzverhältnisse bei einer teilweisen Sperrung keine provisorischen, verengten Fahrstreifen (in derselben Anzahl wie bei ordentlicher Verkehrsführung) zulassen (neuralgische Bereiche), resultiert bei der Vornahme der notwendigen Arbeiten unweigerlich ein Spurabbau. Weiter ist offenkundig, dass ein Spurabbau die den Abschnitt passierende Verkehrsmenge (Personenwageneinheiten pro Zeiteinheit) beschränkt. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich auch in nachvollziehbarer Weise, dass es in diesem hochfrequentierten Nationalstrassenabschnitt infolgedessen tagsüber mit hoher Wahrscheinlichkeit zu starkem, stockendem oder gar stauendem Verkehr kommen kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem keinen Anlass, an der eingängigen und empirisch belegten Expertenerkenntnis zu zweifeln, wonach starker, stockender oder stauender Verkehr schwerpunktmässige Unfallgefahren darstellen. Schliesslich werden, wenn sich die besagten Gefahren verwirklichen, unweigerlich sowohl die in erster Linie in den Unfall verwickelten Verkehrsteilnehmer als

auch die in der Nähe tätigen Strassenarbeiter gefährdet; ferner sind Sachbeschädigungen zu erwarten.

6.2.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, in gewissen Streckenabschnitten zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...] sei das Staurisiko gemäss der eingereichten Zeitfensteranalyse kleiner. Es ist zutreffend, dass ein Spurabbau namentlich zwischen [...] und [...] sowie in der Gegenrichtung zu gewissen Tagesstunden unter dem Gesichtspunkt der Staubildung bloss als „kritisch“ oder vereinzelt nicht beeinträchtigend beurteilt wurde. Dabei verfällt die Beschwerdeführerin indes in eine zu isolierte Betrachtungsweise. Sie verkennt, dass örtlich vorgelagert auftretender starker, stockender oder stauender Verkehr auf die fraglichen Streckenabschnitte mit grundsätzlich geringeren Risiken „rückstauen“ kann, infolgedessen die Unfallgefahren auch dort zunehmen. Die angefochtene Verfügung ist in dieser Hinsicht demnach nicht unnötig weitgehend.

6.2.5 In der Nacht ist das Verkehrsaufkommen notorisch geringer. Wenn die einzelnen Fahrstreifen zum Zweck der zwingenden Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten zu dieser Zeit gesperrt werden, besteht eine geringere Wahrscheinlichkeit von starkem, stockendem oder gar stauendem Verkehr. Infolgedessen verringern sich zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...] die Unfallgefahren. Die Gesundheit der Arbeitnehmenden sowie die Umgebung des Betriebs (Verkehrsteilnehmer, öffentliches und privates Eigentum) werden demnach besser geschützt. Damit sind nicht bloss zwei alternative Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 28 Abs. 1 Bst. b ArGV 1 gegeben; durch den Schutz der Arbeitnehmenden wird vielmehr zugleich dem vornehmlichen Zweck des Arbeitsgesetzes, dem Schutz vor Sicherheits- und Gesundheitsgefährdungen (siehe E. 2.1 hiervor), Genüge getan. Notwendige Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Instandsetzung der N01 zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...] in der Nacht nicht vollständig unterbrochen wird beziehungsweise die hierbei durchzuführenden Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten nicht jeweils auf den nächsten Tag aufgeschoben werden müssen. Es ist entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung gerade der Aufschub der zwingend durchzuführenden Arbeitsprozesse, welcher die Arbeitnehmenden sowie die weiteren Beteiligten in erhöhtem Masse gefährden würde. Insofern ist auch die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung, wie sie sich im eingeschobenen Nebensatz von Art. 28 Abs. 1 ArGV 1 befindet, im Wortlaut erfüllt. Ob der zu beurteilende Sachverhalt zugleich von der Intention des Ordnungsgebers, wie sie besagter Tat-

bestandsvoraussetzung zugrunde lag, durchgängig erfasst wird, kann vorliegend aber offenbleiben. Denn es handelt sich – im Rahmen der nicht-abschliessenden Verordnungsregelung – um eine gleichwertige Alternative (siehe E. 2.2 hiervor): Es sind dieselben Schutzgüter (Arbeitnehmer- und Betriebsumgebungsschutz), welche die ausnahmeweise Bewilligung rechtfertigen; normzweckfremde wie beispielsweise terminliche oder volkswirtschaftliche Überlegungen (vgl. Urteil des BVGer B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 7.4 mit Hinweisen) bleiben hingegen aussen vor. Demnach wären etwa vertragliche Vorgaben des Bauherrn unbeachtlich gewesen. Auch das Interesse an einem tagsüber unbeeinträchtigten Verkehr beziehungsweise einem möglichst hindernisfrei befahrbaren Nationalstrassennetz hätte vorliegend an sich keine technische Unentbehrlichkeit zu begründen vermocht. Hauptziel ist nicht der freie Verkehr. Vielmehr sind es notabene einzig die erhöhten Unfallgefahren infolge starkem, stockendem oder stauendem Verkehr und die damit einhergehende Gefährdung der Arbeitnehmenden, der Verkehrsteilnehmenden und der übrigen Betriebsumgebung, welche vorliegend die technische Unentbehrlichkeit begründen.

6.2.6 Unbehilflich ist schliesslich der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach in der vorinstanzlichen Verfügung keine Gegenüberstellung der verschiedenen Gefährdungslagen für Arbeitnehmende und Verkehrsteilnehmende mit beziehungsweise ohne Nachtarbeit erfolgt sei. Derartige Abwägungen haben der Gesetzes- und Verordnungsgeber bereits im Rahmen der Normsetzung vorgenommen, weshalb sie nicht mehr einzelfallweise zu erfolgen haben. Insofern hat die Vorinstanz den Sachverhalt ebenso wenig unvollständig erstellt, wenn sie keine weitergehenden Abklärungen und hypothetischen Annahmen getroffen hat. Nichtsdestotrotz ist die Beschwerdegegnerin auf ihre Ausführungen in der Duplik zu behaften, wonach sie sich der möglichen Auswirkungen von Arbeiten in der Nacht auf ihre Mitarbeiter bewusst und deswegen stets bemüht sei, die Nachteinsätze auf ein Minimum zu beschränken.

6.2.7 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Nachtarbeit insoweit sachlich unentbehrlich sowie – unter Vorbehalt ihrer räumlich-persönlichen und zeitlichen Notwendigkeit (siehe E. 6.3 f. hiernach) – zu bewilligen ist, als sie in neuralgischen Bereichen zur Erledigung der zwingenden Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten erfolgt. Neuralgische Bereiche sind Streckenabschnitte, auf welchen infolge enger Platzverhältnisse deren teilweise Sperrung einen Spurabbau erforderlich machen (siehe E. 6.2.3 hiervor). Der Spurabbau bei Tag hätte nämlich – aus den dargelegten Gründen (erhöhte Unfallgefahren bei resultierendem starkem,

stockendem oder gar stauendem Verkehr) – eine vermehrte Gefährdung der Arbeitnehmenden und der Betriebsumgebung (Verkehrsteilnehmer, öffentliches und privates Eigentum) zur Folge. Hingegen dürfen Arbeitnehmende nicht zur Nachtarbeit hinzugezogen werden, wenn die zwingenden Arbeitsprozesse auch ohne Spurabbau bei Tag ausgeführt werden können. Rein vertragliche Vorgaben und terminliche oder volkswirtschaftliche Überlegungen begründen ebenso wenig eine technische Unentbehrlichkeit, weswegen gestützt auf die vorliegende Bewilligung deswegen keine Nachtarbeit geleistet werden darf (siehe E. 6.2.5 hiervoor). Diese konkretisierenden Vorgaben ergeben sich unmittelbar aus der in der vorinstanzlichen Bewilligung verfügten Auflage in Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestandselement der Unentbehrlichkeit; sie sind von der Beschwerdeführerin zwingend und ausnahmslos einzuhalten.

6.3

6.3.1 In räumlich-persönlicher Hinsicht muss eine Ausnahmegewilligung für Nachtarbeit einerseits örtlich massvoll begrenzt und andererseits bezüglich des von der Gesuchstellerin maximal einzusetzenden Personals nachvollziehbar beschränkt sein (siehe E. 2 hiervoor).

6.3.2 Die angefochtene Verfügung lautet betreffend die N01 zwischen der Verzweigung [...] und dem Anschluss [...] und ist demnach im Hinblick auf die sachliche Zielvorgabe (Instandsetzung dieses Nationalstrassenabschnittes) örtlich in zweckmässiger Weise begrenzt. Eine weitergehende räumliche Begrenzung erweist sich als unmöglich, weil die beschriebenen zwingenden Arbeitsprozesse auf dem gesamten Dispositiv ausgeführt werden müssen und andernfalls erhöhte Unfallgefahren bestehen würden (siehe E. 6.2 hiervoor).

6.3.3 Die angefochtene Verfügung erlaubt, zur Nachtarbeit maximal 25 Strassenbauer beizuziehen. Es ist unersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin ebenso wenig geltend gemacht, dass diese Höchstzahl unangemessen wäre. Vielmehr erscheint sie angesichts der durchzuführenden Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten auf dem fraglichen Nationalstrassenabschnitt als nachvollziehbar.

6.4 Die Arbeitsbewilligungen sind nach ihrem Zweck zeitlich zu befristen (Art. 42 Abs. 2 ArGV 1; siehe E. 2 hiervor). Die angefochtene Verfügung benennt als Gültigkeitsdauer den Zeitraum vom 10. März 2018 bis 15. Dezember 2020. Es liegen wiederum keine Anhaltspunkte vor und wird von der Beschwerdeführerin ebenso wenig substantiiert behauptet, dass die in Nachtarbeit durchzuführenden Strassenerneuerungs- und Kanalsanierungsarbeiten auf dem fraglichen Nationalstrassenabschnitt innerhalb eines beschränkteren Zeitrahmens erledigt werden könnten. Darüber hinaus besteht erwiesenermassen über die gesamte Gültigkeitsdauer ein konkreter Bedarf, und die Bewilligung wurde weder in zeitlicher noch in räumlich-persönlicher oder sachlicher Hinsicht bloss auf Vorrat beantragt (vgl. die hiervon abweichende Konstellation in Urteil des BVGer B-6642/2018 vom 21. März 2019 E. 6.5). Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass die vorinstanzlich verfügte Gültigkeitsdauer unangemessen wäre.

7.

Die mit der angefochtenen Verfügung erteilte Ausnahmegewilligung für Nachtarbeit ist demnach bundesrechtlich nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Die Beschwerdegegnerin ist verpflichtet, die vorinstanzlich verfügte Auflage und die diese konkretisierenden Vorgaben, wie sie im vorliegenden Urteil erfolgt sind (siehe E. 6.2.5 und E. 6.2.7 hiervor), zwingend und ausnahmslos einzuhalten.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Verfahrensantrag der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung wurde abgewiesen, weil die Vorbringen hinsichtlich der technischen Unentbehrlichkeit unsubstantiiert sowie der Verweis auf vertragliche Vorgaben unbehilflich waren (siehe Sachverhaltsbst. D und E. 6.2.5 hiervor). Nichtsdestotrotz sind der Beschwerdegegnerin als in der Hauptsache obsiegenden Partei keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 3 VwVG). Die Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 VGKE auf Fr. 2'000.– festzulegen. Sie sind nach dem Gesagten bei Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss in selber Höhe zu verrechnen.

8.2 Die Beschwerdegegnerin hat sich vor Bundesverwaltungsgericht nicht vertreten lassen und keine derartigen Kosten geltend gemacht. Ihr ist folglich praxisgemäss keine Partei- oder Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Der Vorinstanz ist als Bundesbehörde keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Das Urteilsdispositiv befindet sich auf der folgenden Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in selber Höhe mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]); Gerichtsurkunde)
- Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung & Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Keita Mutombo

David Roth

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 BGG). Die Rechtschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. Mai 2019