



**Fall-Nr.:** III/1-2019/1  
**Stelle:** Verwaltungsrekurskommission  
**Rubrik:** Arbeitnehmerschutz, Berufsbildung und Sozialhilfe  
**Publikationsdatum:** 31.01.2020  
**Entscheiddatum:** 09.01.2020

### **Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 09.01.2020**

**Art. 27 Abs. 1 lit. a der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111, ArGV 1). Dass die Voraussetzungen für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit gemäss dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) nicht erfüllt sind, heisst nicht, dass auch die Voraussetzungen für vorübergehende Nachtarbeit nicht gegeben sind. Im konkreten Fall sind die Voraussetzungen für die Bewilligung von vorübergehender Nachtarbeit erfüllt (Urteil der Verwaltungsrekurskommission, Abteilung III/1, vom 9. Januar 2020, III/1-2019/1).**

Präsident Titus Gunzenreiner, Richter Rudolf Lippuner und Richterin Eliane Kaiser,  
Gerichtsschreiberin Silvia Geiger

X GmbH, Beschwerdeführerin,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Vorinstanz,

betreffend

vorübergehende Nachtarbeit

**Sachverhalt:**



A.- Die X GmbH mit Sitz in A wurde am 20. Januar 2016 mit folgendem Zweck ins Handelsregister eingetragen: "Kinderfreundliches und zukunftsorientiertes Betreuungsangebot für Babies, Kleinkinder und Jugendliche, Betrieb einer Kinderkrippe mit Übernachtungs- und Entlastungsangeboten sowie artverwandte Tätigkeiten. Die Gesellschaft kann Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im In- und Ausland errichten, sich an anderen Unternehmen im In- und Ausland beteiligen, im In- und Ausland Grundeigentum erwerben, belasten, veräussern und verwalten, Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehmen sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehen." Die GmbH ist mit einem Stammkapital von Fr. 50'000.– ausgestattet. Y ist als Gesellschafter und Z als Gesellschafterin und Geschäftsführerin eingetragen.

B.- Am 24. Mai 2018 stellte die X GmbH beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) ein Gesuch um Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 lehnte das SECO das Gesuch ab.

C.- Am 30. November 2018 gelangte das Sozialamt A an die X GmbH mit der Anfrage, ob die Betreuung eines Kleinkindes einer hochschwangeren und alleinstehenden Asylbewerberin für die Zeit der Geburt und des Wochenbetts übernommen werden könne. Da die Geschäftsführerin aufgrund eines Auslandsaufenthalts die Nachtarbeit nicht selber übernehmen konnte, stellte die X GmbH am 3. Dezember 2018 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) ein Gesuch um Bewilligung für vorübergehende Nachtarbeit für eine Mitarbeiterin, welche ihr Einverständnis zur Nachtarbeit erteilt hatte. Das AWA teilte mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 mit, dass kein dringendes Bedürfnis im Sinn von Art. 27 ArGV 1 vorliege und dem Gesuch nicht entsprochen werden könne. Bei Bedarf könne eine anfechtbare Verfügung verlangt werden. Dies tat die X GmbH am 13. Dezember 2018. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2018 lehnte das AWA das Gesuch der X GmbH um vorübergehende Nachtarbeit vom 3. bis 7. Dezember 2018 ab.

D.- Mit Eingabe vom 11. Januar 2019 erhob die X GmbH gegen die Verfügung des AWA vom 14. Dezember 2018 Beschwerde bei der Verwaltungsrekurskommission. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Mit Vernehmlassung vom 8. Februar 2019 beantragte das AWA die Abweisung der



Beschwerde. Dazu nahm die X GmbH mit Eingabe vom 21. Februar 2019 Stellung. Auf die Ausführungen der Beteiligten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Erwägungen:**

1.- Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Die Verwaltungsrekurskommission ist zum Sachentscheid zuständig. Die Befugnis zur Rechtsmittelerhebung ist gegeben, auch wenn das Anfechtungsinteresse nicht mehr aktuell ist. Wegen der Dauer des Verfahrens könnte ansonsten kaum rechtzeitig ein Entscheid herbeigeführt werden. Die Beschwerde vom 11. Januar 2019 ist rechtzeitig eingereicht worden und erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, SR 822.11, abgekürzt: ArG]; Art. 41 lit. b Ziff. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1, abgekürzt: VRP]). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.- In formeller Hinsicht ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz war zum Erlass zuständig (Art. 17 Abs. 5 ArG und Art. 2 der Vollzugsverordnung zur Gesetzgebung über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [sGS 511.11]).

3. Im Beschwerdeverfahren ist umstritten, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorübergehende Nachtarbeit vom 3. bis 7. Dezember 2018 zu Recht abgelehnt hat.

a) Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung vom 14. Dezember 2018 und in der Vernehmlassung vom 8. Februar 2019 fest, dass ein kurzfristiges betriebliches Bedürfnis im Sinne von Art. 27 Abs. 1 lit. a der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111, abgekürzt: ArGV 1) nicht vorliege. Die Beschwerdeführerin habe ihr Geschäftsmodell von Anfang an auf einen 24-stündigen Betrieb ausgerichtet und dies auch so beworben. Das SECO habe ein Gesuch der Beschwerdeführerin für dauernde und wiederkehrende Nachtarbeit mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 abgelehnt. Dass die Beschwerdeführerin kurz danach ein Gesuch bei der kantonalen Behörde gestellt habe, sei kein Zufall, und es sei mit weiteren Gesuchen zu rechnen. Es könne jedoch



## St.Galler Gerichte

nicht Aufgabe der kantonalen Behörde sein, mit einer Vielzahl von vermeintlich dringenden Einzelbewilligungen die vom SECO verweigerte Dauerbewilligung zu ersetzen und so die Vorgaben und die Zuständigkeit des Bundes für eine Dauerbewilligung zu umgehen. Das geltend gemachte dringende Bedürfnis sei kein betriebliches Bedürfnis der Beschwerdeführerin, sondern der Kundinnen und Kunden der Beschwerdeführerin. Kinder würden auch anderweitig kurzfristig untergebracht werden können, beispielsweise in Heimen oder bei Spitex-Betrieben, welche von der arbeitsrechtlichen Bewilligungspflicht befreit seien.

b) Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, dass sie von der Betreuung des Kleinkindes einer schwangeren Frau erst kurzfristig erfahren habe, weshalb dies nicht voraussehbar gewesen sei. Wehen und Geburt würden sich nicht auf einen späteren Zeitpunkt verschieben lassen, und die Betreuung des Kleinkindes könne nicht nur tagsüber, sondern müsse zwangsläufig auch nachts stattfinden. Genau dafür seien Ausnahmemöglichkeiten gedacht. Die Mutter sei alleinstehende Asylbewerberin, und weder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde noch das Sozialamt hätten eine andere Betreuungsmöglichkeit gesehen als bei der Beschwerdeführerin. Auch im Spital habe es keine Betreuungsmöglichkeit für das Kind gegeben. Die Geschäftsführerin hätte die Betreuung selber gemacht, wenn sie nicht an eine Weiterbildung hätte reisen müssen. Wenn es sich nicht um einen Notfall gehandelt hätte, hätte man die Betreuung abgelehnt. Im Einverständnis der Mitarbeiter habe man dieser Mutter und ihrem Kind aus einer Notlage helfen wollen. Eine Dringlichkeit habe zweifelsfrei vorgelegen. Die Unterstellung, wonach eine Dauerbewilligung durch andauernde Einzelbewilligungen umgangen werden wolle, stimme nicht. Man habe noch nie ein solches Gesuch gestellt. Eine 24-Stunden-Betreuung werde nur selten in Anspruch genommen und werde durch die Geschäftsführerin abgedeckt. Das Gesuch beim SECO um dauerhafte/regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit im Sommer 2018 stehe in keinem Zusammenhang mit dem Gesuch um vorübergehende Nachtarbeit bei der kantonalen Behörde.

4.- a) Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit) ist gemäss Art. 16 ArG untersagt. Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Vorübergehende Nachtarbeit wird bewilligt, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird (Art. 17



Abs. 3 ArG). Ein dringendes Bedürfnis liegt unter anderem vor, wenn zusätzliche Arbeiten kurzfristig anfallen, deren Erledigung zeitlich nicht aufschiebbar sind und die am Tag und während den Werktagen weder mit planerischen Mitteln noch mit organisatorischen Massnahmen bewältigt werden können (Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1). Diese Ausnahme setzt kumulativ voraus, dass es sich um ein kurzfristig angefallenes Bedürfnis handelt, welches nicht durch bessere Planung vermeidbar gewesen wäre, die Abwicklung der Arbeit keinen Aufschub erlaubt und die Arbeiten nicht am Tag bewältigt werden können. Vorübergehenden Charakter hat die Nachtarbeit in der Regel dann, wenn es darum geht, einer aussergewöhnlichen, zeitlich befristeten Situation des Betriebs Rechnung zu tragen. Als Beispiel kann die Erledigung eines dringenden Auftrags, der auch durch bessere Planung nicht ohne Nachtarbeit hätte erledigt werden können, genannt werden. Dabei kann die Dringlichkeit auch beim Auftraggeber liegen, falls dieser einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil erleiden würde (Hurni/Graf, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber [Hrsg.], Kurzkommentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 17 N 10; Müller/Maduz, Kommentar Arbeitsgesetz, 8. Aufl. 2017, Art. 17 N 6; Wegleitung des SECO vom Mai 2017 zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, Art. 27).

b) Bei der Anfrage des Sozialamts handelt es sich um eine zusätzlich kurzfristig angefallene Arbeit. Aufgrund des Umstands, dass bei der Mutter des zu betreuenden Kindes die Geburt bevorstand, konnte die Betreuung des Kindes nicht aufgeschoben werden. Da die Mutter sich für die Geburt im Spital befand, benötigte das Kind auch eine Betreuung in der Nacht, weshalb die Arbeit nicht ohne Nachtarbeit hätte geleistet werden können. Damit sind die Voraussetzungen für das Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1 erfüllt. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Schwangerschaft der betroffenen Frau bestimmt schon länger bekannt war, und eine vorausschauendere Planung ihrerseits allenfalls möglich gewesen wäre. Dies schliesst eine Unterordnung unter Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1 allerdings nicht aus. In Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1 geht es darum, dass die kurzfristig angefallene Arbeit weder mit planerischen Mitteln noch mit organisatorischen Massnahmen "am Tag" bewältigt werden kann. Die Betreuung eines Kindes, dessen Mutter im Spital ist, kann weder mit planerischen Mitteln noch mit organisatorischen Massnahmen nur am Tag bewältigt werden. Hinzukommt, dass die Schwangerschaft zwar der Mutter, nicht aber der Beschwerdeführerin schon seit längerem bekannt war. Der Grund der Dringlichkeit muss nicht zwingend in der Sphäre des Unternehmens



selbst liegen, sondern kann wie bereits erwähnt auch vom Auftraggeber verursacht sein (vgl. Hurni/Graf, a.a.O., Art. 17 N 10). Des Weiteren ist anzunehmen, dass einem Sozialamt Institutionen, welche von der arbeitsrechtlichen Bewilligung befreit sind und Kinder notfallmässig aufnehmen können, bekannt sind. Wenn ein Sozialamt eine Anfrage wie im vorliegenden Fall macht, darf davon ausgegangen werden, dass eine gewisse Dringlichkeit vorgelegen hat. Es liegt zumindest nicht an der Beschwerdeführerin, abzuklären, ob das Sozialamt alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft hat. Unerheblich ist, ob die Beschwerdeführerin von Anfang an einen 24-Stunden-Betrieb plante, denn es ist der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin unbenommen, Nachtarbeit zu leisten. In der vorliegenden Situation konnte sie die Nachtarbeit nicht selber übernehmen, da sie gemäss eigenen Angaben während der Zeit, in der das Kind hätte betreut werden sollen, im Ausland war. Die Begründung der Vorinstanz, wonach sie das Gesuch der Beschwerdeführerin unter anderem abwies, weil mit weiteren Gesuchen der Beschwerdeführerin zu rechnen sei und ein zeitlicher Zusammenhang mit der Verfügung des SECO bestanden habe, geht fehl. Die abweisende Verfügung des SECO bedeutet nicht, dass die Beschwerdeführerin keine Gesuche um vorübergehende Nachtarbeit bei der kantonalen Behörde stellen darf. Denn dass die Voraussetzungen für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit gemäss dem SECO nicht erfüllt waren, heisst nicht, dass auch die Voraussetzungen für vorübergehende Nachtarbeit nicht erfüllt sind. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für vorübergehende Nachtarbeit bei jedem Gesuch anhand der konkreten Umstände zu prüfen.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Fall eine aussergewöhnliche und zeitlich befristete Situation vorlag und ein dringendes Bedürfnis gemäss Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1 bestand. Die Voraussetzungen für die Bewilligung von vorübergehender Nachtarbeit gemäss Art. 17 Abs. 3 ArG waren damit erfüllt. Die Vorinstanz hat das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorübergehende Nachtarbeit vom 3. bis 7. Dezember 2018 somit zu Unrecht abgewiesen. Die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 14. Dezember 2018 aufzuheben. Eine Rückweisung an die Vorinstanz zu neuer Verfügung erübrigt sich mit dieser Entscheidung. Der Beschwerdeführerin steht es frei, das SECO und die Gewerkschaft Unia über diesen Entscheid zu informieren; eine Mitteilung von Amtes wegen erfolgt nicht.



5.- Die Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Da die Beschwerdeführerin obsiegt, können ihr keine Kosten auferlegt werden. Die amtlichen Kosten sind dem Staat aufzuerlegen. Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.– erscheint angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 122 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Beschwerdeführerin ist der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– zurückzuerstatten.

### **Entscheid:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Amts für Wirtschaft und Arbeit vom 14. Dezember 2018 aufgehoben.
2. Die amtlichen Kosten von Fr. 1'500.– trägt der Staat. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.