

(Auszug aus dem Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 18. Juli 2003 in Sachen G. und Mitbeteiligte gegen Staatssekretariat für Wirtschaft [MB/2002-103])

Sonntagsarbeit für Lehrlinge und Lehrtöchter des Gastgewerbes.

Art. 19 Abs. 4 und Art. 31 Abs. 4 ArG. Zuständigkeit.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) ist für die Erteilung einer Bewilligung zuständig, die es den schweizerischen Lehrbetrieben im Gastgewerbe unter Einhaltung gewisser Auflagen generell erlaubt, Lehrlinge und Lehrtöchter am Sonntag zu beschäftigen (so genannte dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit; E. 3).

Art. 59 Abs. 1 ArGV 1. Regelung für Lehrlinge und Lehrtöchter des Gastgewerbes.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn das seco die Sonntagsregelung für gastgewerbliche Lehrlinge und Lehrtöchter derjenigen für gastgewerbliche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten angleicht (E. 5)

Travail du dimanche pour apprenties et apprentis dans le secteur de la restauration.

Art. 19 al. 4 et art. 31 al. 4 LTr. Compétence.

Le Secrétariat d'état à l'économie (seco) est compétent pour autoriser de manière générale et sous réserve du respect de certaines charges les entreprises suisses de l'hôtellerie et de la restauration à occuper des apprenties et apprentis le dimanche (travail dominical régulier ou périodique; consid. 3).

Art. 59 al. 1 OLT 1. Règlement pour apprenties et apprentis dans le secteur de la restauration.

Le fait que le seco aligne la réglementation du travail dominical des apprenties et apprentis dans le secteur de la restauration sur la réglementation concernant les travailleuses et travailleurs de ce secteur assumant des tâches d'éducation ou de prise en charge n'est pas critiquable (consid. 5).

Lavoro domenicale per apprendiste e apprendisti nel settore della ristorazione.

Art. 19 cpv. 4 e art. 31 cpv. 4 LL. Competenza.

Il Segretariato di Stato dell'economia (seco) è competente per il rilascio di un'autorizzazione che consente generalmente ad aziende svizzere di tirocinio nel settore della ristorazione di occupare apprendiste e apprendisti la domenica, sempre che si osservino alcuni oneri (cosiddetto lavoro domenicale regolare e periodico; consid. 3).

Art. 59 cpv. 1 OLL 1. Regolamento per apprendiste e apprendisti nel settore della ristorazione.

Non vi è nulla da eccepire se il seco equipara la regolamentazione del lavoro domenicale per apprendisti nel settore della ristorazione a quella di lavoratori che svolgono attività ristorative con obblighi educativi e assistenziali (consid. 5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 23. September 2002 erliess das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) folgende Globalbewilligung:

«Globalbewilligung für Sonntagsarbeit für Lehrtöchter und Lehrlinge des Gastgewerbes

Dauer: 1. Oktober 2002 bis zum Inkrafttreten der Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz; Jugendarbeitsschutzverordnung

Gebiet: ganze Schweiz

Erfasste Betriebe: Lehrbetriebe des Gastgewerbes

Regelung für Sonntagsarbeit:

1. Grundsätzlich gilt für die Lehren des Gastgewerbes (Hotels, Restaurants, Cafés), dass der Lehrtochter oder dem Lehrling während der ganzen Lehre mindestens 18 Sonntage pro Jahr inklusive Feriensonntage freigegeben werden müssen. In Saisonbetrieben können diese unregelmässig auf das Jahr verteilt werden.

2. Bei Betrieben mit zwei Schliessungstagen unter der Woche ist im ersten Lehrjahr ein Sonntag pro Monat inklusive Feriensonntage frei zu gewähren. In Saisonbetrieben können diese unregelmässig auf das Jahr verteilt werden. Im zweiten und dritten Lehrjahr ist mindestens ein Sonntag pro Quartal zu gewähren. Fällt der ordentliche Schultag auf einen der beiden Schliessungstage oder besucht die Lehrtochter oder der Lehrling die Berufsschule in interkantonalen Fachkursen, so ist während der ganzen Lehre ein Sonntag pro Monat frei zu gewähren.»

Gegen diese Globalbewilligung erhoben die G. und Beteiligte (Beschwerdeführer) am 28. Oktober 2002 Beschwerde bei der Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (Rekurskommission EVD, REKO/EVD). Sie beantragen die Feststellung der Nichtigkeit wegen schweren Verfahrensfehlern, eventualiter die Aufhebung der Globalbewilligung. Zur Begründung machen die Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, das seco sei im Bereich der Sonntagsarbeit der Jugendlichen weder zuständig eine Verordnung noch eine Verfügung (Bewilligung) zu erlassen. Die Globalbewilligung sei den Parteien nicht korrekt eröffnet und ihr rechtliches Gehör sei verletzt worden. Schliesslich sei der Inhalt der Globalbewilligung «untragbar». Sonntagsarbeit sei für Berufe im Gastgewerbe typisch und auch für die Ausbildung sehr wichtig.

Aus den Erwägungen:

1.1. (Qualifikation der Globalbewilligung als Allgemeinverfügung)

(...)

2. Um auf die Rügen sowohl formeller als auch materieller Natur eingehen zu können, ist zunächst das massgebende Recht zu bestimmen:

2.1. Nach Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz [ArG], SR 822.11) ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr untersagt. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird vom Bundesamt (seco) bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist. Vorübergehende Sonntagsarbeit wird von den kantonalen Behörden bewilligt, wenn ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird (Art. 19 Abs. 1, 2, 3 und 4 ArG; vgl. zu den entsprechenden Begriffen: Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1], SR 822.111; BGE 120 Ib 332 ff., BGE 116 Ib 270 ff.).

Wie die Erwachsenen dürfen auch Jugendliche am Sonntag grundsätzlich nicht beschäftigt werden. Ausnahmen können, insbesondere im Interesse der beruflichen Ausbildung, jedoch durch Verordnung vorgesehen werden (Art. 31 Abs. 4 ArG).

Die alte Verordnung II zum Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 14. Januar 1966 (ArGV II von 1966, AS 1966 119) sah - implizit auch für Jugendliche - eine generelle Ausnahme vom Sonntagsarbeitsverbot vor. Danach durften Arbeitnehmer im Gastgewerbe an Sonntagen ohne Bewilligung beschäftigt werden (Art. 23 ff. ArGV II von 1966). Für jugendliche Arbeitnehmer galten verschiedene Schutzbestimmungen, insbesondere bezüglich der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 26 ArGV II von 1966) sowie bezüglich der Ruhezeit (Art. 29 ArGV II von 1966).

Am 29. November 1998 wurde in der Referendumsabstimmung die Teilrevision des Arbeitsgesetzes vom 20. März 1998 angenommen, welche am 1. August 2000 in Kraft trat (AS 2000 1569, AS 2000 1580). Gleichzeitig wurden verschiedene Vollzugsbestimmungen zum Arbeitsgesetz angepasst, insbesondere die Verordnungen 1 und 2 zum ArG.

Art. 59 ArGV 1 (in Kraft seit 1. August 2000, Art. 94 Abs. 1 ArGV 1) sieht für Jugendliche von mehr als 16 Jahren vor, dass von der zuständigen Behörde Sonntagsarbeit bewilligt werden kann, soweit sie für die Berufsbildung unentbehrlich ist, soweit sie im betreffenden Beruf in nicht industriellen Betrieben üblich ist, oder soweit die Mitwirkung Jugendlicher zur Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt notwendig ist (Art. 59 Abs. 1 ArGV 1). Mit der Bewilligung von Sonntagsarbeit ist die Auflage zu verbinden, dass den Jugendlichen während der vorhergehenden oder der folgenden Woche im Anschluss an die tägliche Ruhezeit eine entsprechende, auf einen Arbeitstag fallende Ersatzruhe gewährt wird. Fällt die Sonntagsarbeit auf den Vormittag und den Nachmittag oder dauert sie länger als 5 Stunden, so hat die Ersatzruhe mindestens 24 aufeinander folgende Stunden zu betragen (Art. 59 Abs. 2 ArGV 1).

Die Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz betreffend Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen (ArGV 2, SR 822.112; in Kraft seit 1. August 2000, Art. 55 ArGV 2) sieht vor, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Gastbetrieben an Sonntagen ohne behördliche Bewilligung beschäftigt werden dürfen (Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 23 ArGV 2). Die ArGV 2 nimmt jedoch keinen Bezug auf jugendliche Arbeitnehmer. Die entsprechenden Bestimmungen der alten Verordnung, insbesondere Art. 29 ArGV II von 1966 wurden nicht übernommen. Die ArGV 2 ist in ihrer heutigen Fassung daher auf Jugendliche nicht mehr anwendbar (vgl. Roland A. Müller, Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001, S. 129).

Im Zuge der Revision der verschiedenen Vollzugsbestimmungen zum Arbeitsgesetz wurde zwar beschlossen, eine Verordnung 5 zum ArG auszuarbeiten, die speziell dem Schutz der Jugendlichen gewidmet sein würde. Die Verordnung 5 zum ArG ist indessen bis heute nicht in Kraft getreten.

2.2. Die Beschäftigung jugendlicher Arbeitnehmer am Sonntag richtet sich somit seit der Änderung beziehungsweise dem Inkrafttreten der neuen ArGV 2 auch im Gastgewerbe nach den allgemeinen Bestimmungen in Art. 59 ArGV 1. Nach diesen kann, wie bereits erwähnt, die zuständige Behörde Sonntagsarbeit für Jugendliche von mehr als 16 Jahren bewilligen, soweit sie für die Berufsbildung unentbehrlich ist, soweit sie im betreffenden Beruf in nicht industriellen Betrieben üblich ist, oder soweit die Mitwirkung Jugendlicher zur Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt notwendig ist.

3. Die Beschwerdeführer machen geltend, die vorliegende Verfügung sei mangels Zuständigkeit des seco nichtig.

Nach der Praxis stellt die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einen schwer wiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 127 II 32 E. 3g; mit Hinweis auf Imboden / Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Aufl., Basel 1986, Bd. I, Nr. 40 B V; Rhinow / Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 40 B V; Peter Saladin, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 539 ff.). Die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten (BGE 127 II 32 E. 3g, BGE 122 I 97 E. 3a, BGE 115 Ia 1 E. 3); sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (Imboden / Rhinow, a. a. O., Nr. 40 B III c).

Im Folgenden ist somit abzuklären, ob das seco zuständig war, die hier zu beurteilende Verfügung zu erlassen.

3.1. Welche Behörde die für die Bewilligung der Sonntagsarbeit Jugendlicher «zuständige Behörde» ist, wird weder im Arbeitsgesetz noch in den dazugehörigen Ordnungsbestimmungen ausdrücklich erwähnt.

3.2. Nach den Ausführungen der Beschwerdeführer sowie auch den Bemerkungen des seco in der Vernehmlassung vom 26. November 2002 werden in der Praxis in diesem Bereich anscheinend die kantonalen Behörden als die grundsätzlich mit dem Vollzug der Arbeitsgesetzgebung betrauten Behörden für die Erteilung der Bewilligung zuständig erachtet. Das seco hält dazu in seiner Vernehmlassung fest, in den meisten Kantonen würden die Arbeitszeitbewilligungen zusammen mit den Lehrverträgen, das heisst, in enger Zusammenarbeit mit den jeweiligen kantonalen Berufsämtern, erteilt.

Das seco weist aber gleichzeitig auch darauf hin, dass die Kantone in Bezug auf die Bewilligung für Sonntagsarbeit der

Lehrtöchter und Lehrlinge im Gastronomiebereich sehr unterschiedliche Massstäbe anwenden würden, so dass sich eine Vereinheitlichung beziehungsweise der Erlass der hier angefochtenen Verfügung gleichsam aufgedrängt hätten.

3.3. Gemäss Art. 41 ArG obliegt der Vollzug des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen grundsätzlich den Kantonen; diese haben die zuständigen Vollzugsbehörden und eine kantonale Rekursbehörde zu bezeichnen. Ausdrücklich vorbehalten wird jedoch Art. 42 ArG.

Nach Art. 42 ArG übt der Bund die Oberaufsicht über den Vollzug des Gesetzes und der Verordnungen durch die Kantone aus, wobei er den kantonalen Vollzugsbehörden Weisungen erteilen kann. Dem Bund obliegen ferner all jene Vollzugsmassnahmen, für die ihn das Gesetz ausdrücklich als zuständig erklärt, wobei die Aufgaben des Bundes im Sinne dieser Bestimmung dem Bundesamt (seco) obliegen, soweit sie nicht dem Bundesrat oder dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement vorbehalten bleiben.

Zu diesen, dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Vollzugsmassnahmen gehört gemäss Art. 19 Abs. 4 ArG unter anderem das Ausstellen der Arbeitszeitbewilligungen für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit.

3.4. Im vorliegenden Fall geht es um eine Bewilligung, die es den schweizerischen Lehrbetrieben im Gastgewerbe unter Einhaltung gewisser Auflagen generell erlaubt, Lehrlinge und Lehrtöchter am Sonntag zu beschäftigen.

Somit steht eine Bewilligung für dauernde Sonntagsarbeit zur Diskussion, für deren Erteilung nach Art. 19 Abs. 4 ArG grundsätzlich der Bund zuständig ist. Es sei denn, aus der Auslegung dieses Artikels würde sich - wie die Beschwerdeführer behaupten - ergeben, dass die dort verankerte Zuständigkeitsordnung allein auf erwachsene Arbeitnehmer anwendbar wäre.

3.4.1. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Gesetzesbestimmung in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, sofern dieser den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (BGE 125 III 57 E. 2a, BGE 120 II 112 E. 3a). Abweichungen von einem klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 128 I 34 E. 3b, BGE 124 III 266 E. 4, mit Hinweisen).

3.4.2. Art. 19 ArG hält unter dem Titel Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit in Abs. 4 fest:

«Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird vom Bundesamt, vorübergehende Sonntagsarbeit von der kantonalen Behörde bewilligt.»

Daneben enthält Art. 19 ArG in den übrigen Absätzen verschiedene Regelungen für die Sonntagsarbeit, denen Jugendliche auf Grund der zu ihrem Schutz erlassenen Spezialregelung in Art. 31 ArG nicht unterstehen.

Eine Einschränkung der Bewilligungszuständigkeit auf erwachsene Arbeitnehmer ist aus dem Wortlaut von Art. 19 ArG aber nicht ersichtlich.

Sie lässt sich auch aus den Materialien zum Arbeitsgesetz nicht ableiten, war doch nie die Rede davon, die Bewilligungszuständigkeit in Bezug auf die Arbeitszeitbewilligung Jugendlicher anders zu regeln. Es gibt indessen auch keine Hinweise, die in dieser Hinsicht auf ein gesetzgeberisches Schweigen hindeuten würden. Berücksichtigt man zudem, dass in der Botschaft zur Revision von Art. 19 ArG die damals neu verankerte generelle Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Dauerbewilligungen ausdrücklich mit den Argumenten Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit begründet wurde (Botschaft vom 2. Februar 1994 über die Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz], BBl 1994 II 157 ff., S. 169 und 174 f.), sprechen auch Sinn und Zweck der im Arbeitsgesetz getroffenen Regelungen dafür, Art. 19 Abs. 4 ArG auch auf die Arbeitszeitbewilligung Jugendlicher als anwendbar zu betrachten.

Dass es unter Umständen praktischer wäre, die Kantone generell für die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen an Jugendliche zuständig zu erklären, so dass diese Bewilligungen gleichzeitig mit der Genehmigung der Lehrverträge ausgestellt werden könnten, für welche die Kantone gemäss Art. 20 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 des Bundesgesetzes vom 19. April 1978 über die Berufsbildung (BBG von 1978, AS 1979 1687) ausdrücklich zuständig sind, spielt dabei keine Rolle. Eine solche von Art. 19 Abs. 4 ArG abweichende Zuständigkeitsregelung müsste durch den Gesetzgeber getroffen werden.

3.4.3. Art. 19 ArG stellt somit zwar - wie die Beschwerdeführer zu Recht festhalten - neben der in Abs. 4 festgehaltenen Bewilligungszuständigkeit Regelungen auf, die nur auf erwachsene Arbeitnehmer anwendbar sind, dieser systematische Zusammenhang vermag jedoch den Schluss, Art. 19 Abs. 4 ArG sei nur auf Erwachsene anwendbar, nicht zu begründen.

3.5. Die Bewilligungszuständigkeit des Bundes und folglich des seco (Art. 75 ArGV 1 in Verbindung mit Art. 5 der Organisationsverordnung vom 14. Juni 1999 für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement [OV-EVD], SR 172.216.1) ist somit grundsätzlich gegeben.

3.6. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass das seco im vorliegenden Fall statt einzelner Bewilligungen eine einzige «Globalbewilligung» erteilt hat:

In einem im Internet veröffentlichten Entscheid vom 1. Oktober 2002 (2A.542/2001) beschäftigte sich das Bundesgericht mit einer vom Kanton Bern erlassenen globalen Bewilligung für vorübergehende Sonntagsarbeit. Diese hätte es den Verkaufsgeschäften im Kanton Bern erlaubt, unter den in der Bewilligung festgehaltenen Bedingungen an zwei Sonntagen im Jahr sowohl Erwachsene, Jugendliche als auch Lehrlinge und Lehrtöchter zwischen 10 und 16 Uhr zu beschäftigen. Das Bundesgericht hob die entsprechende Verfügung auf.

Ausschlaggebend für die Aufhebung war indessen nicht der globale Charakter dieser Verfügung, sondern einzig der nach Ansicht des Bundesgerichts fehlende Nachweis eines für alle Verkaufsgeschäfte im Kanton Bern bestehenden, für eine Bewilligung nach

Art. 19 Abs. 3 ArG aber vorausgesetzten, «dringenden Bedürfnisses» nach Sonntagsarbeit. Der globale Charakter der vom Kanton erteilten Bewilligung wurde vom Bundesgericht ausdrücklich nicht beanstandet:

«Au demeurant, le fait que l'autorisation du 1er juin 1997 ait un certain caractère global n'est pas en soi critiquable, bien que la définition de la décision contenue dans l'art. 5 PA n'indique pas à quelles conditions cela serait possible (cf. toutefois l'art. 30a PA; au sujet des décisions globales, Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998, n. 493-495, p. 178/179).»

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine globale Bewilligung für die Beschäftigung von Lehrlingen und Lehrtöchtern im Gastgewerbe, somit gegen eine Verfügung, die ein Gewerbe betrifft, das ansonsten nach ArGV 2 grundsätzlich als Ganzes von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit ausgenommen ist (vgl. E. 2.1). Es darf daher, ohne Bundesrecht zu verletzen, davon ausgegangen werden, dass Sonntagsarbeit im Gastgewerbe als üblich gilt.

Im vorliegenden Fall sind somit - anders als im vorangehend geschilderten, den Kanton Bern betreffenden Bundesgerichtsentscheid - die für die Bewilligung der zur Diskussion stehenden Sonntagsarbeit notwendigen Voraussetzungen erfüllt (vgl. Art. 59 ArGV 1 und nachstehend E. 5.1).

Im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist es daher nicht zu beanstanden, wenn das seco statt verschiedene, gemäss den vorangehenden Erwägungen an es zu richtende einzelne Gesuche abzuwarten und gutzuheissen, eine generelle, alle Gastwirtschaftsbetriebe betreffende Globalbewilligung erlassen hat.

3.7. (Unterschriftsberechtigung)

3.8. Der Einwand der Beschwerdeführer, die vorliegende Verfügung sei nichtig, erweist sich somit als unbegründet.

4. (Feststellung, dass das rechtliche Gehör nicht verletzt wurde)

5. In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführer geltend, der Inhalt der Verfügung sei «unhaltbar». Sonntagsarbeit sei für Berufe im Gastgewerbe typisch, da die grosse Mehrheit der Gastwirtschaftsbetriebe über das Wochenende und an Feiertagen geöffnet habe. Jugendliche, welche sich für eine Lehre im Gastgewerbe interessierten, würden ausdrücklich auf die Arbeits- und Ruhezeiten hingewiesen.

Sonntagsarbeit sei auch für die Ausbildung sehr wichtig. An den Sonntagen profitierten die Lehrlinge am meisten davon, ihre erlernten Fertigkeiten umzusetzen. Der Lehrling bekomme Erfahrung darin, an den Sonntagen als Hauptbetriebszeiten unter Druck zu arbeiten. Dies sei eine der wichtigsten Fähigkeiten für diese Branche.

Das seco hält dagegen, für Lehrlinge von Gastbetrieben könne davon ausgegangen werden, dass Sonntagsarbeit üblich und bis zu einem gewissen Grad für die Berufsbildung unentbehrlich sei. Dementsprechend könne für Lehrlinge und Lehrtöchter des Gastgewerbes Sonntagsarbeit bewilligt werden. Dabei müsse jedoch dem besonderen Schutz der Jugendlichen (körperliche und geistige Entwicklung, familiäres Zusammenleben und Teilnahme am soziokulturellen Leben) Rechnung getragen werden. Die getroffene Regelung entspreche derjenigen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Erziehungs- und Betreuungspflichten, denen pro Jahr mindestens 12 freie Sonntage zu gewähren seien. Für Lehrbetriebe mit zwei Schliessungstagen unter der Woche werde der Entwicklung der Jugendlichen immerhin im ersten Lehrjahr Rechnung getragen.

Die sich am Verfahren beteiligende Arbeitnehmer-Organisation hielt fest, die praktische Ausbildung der Lehrlinge und Lehrtöchter im Schweizer Gastgewerbe sei auch bei einem Anspruch auf 18 freie Sonntage pro Jahr gewährleistet. Denn grundsätzlich könnten sämtliche Lerninhalte von Gastrolehren an allen Wochentagen vermittelt werden. Wo Betriebe an Sonntagen viele Bankette durchführten, liessen sich gewisse Lerninhalte lediglich besonders gut am Sonntag vermitteln. Ausbildungsinhalte, die ein Lehrling nicht lerne, wenn er pro Lehrjahr an 34 Sonntagen arbeite, lerne er auch nicht, wenn er jeden Sonntag arbeite.

5.1. Zur Sonntagsruhe ist allgemein festzuhalten, dass sie zwar - im Gegensatz zur Nachtarbeit - keine direkten Auswirkungen auf die Gesundheit hat. Umso grössere Bedeutung kommt der Sonntagsruhe aber in sozialer und kultureller Hinsicht zu. Nicht nur beruht die Sonntagsruhe auf der christlichen Tradition der Sonntagshelligung und hat für einen Teil der Bevölkerung noch heute diese Bedeutung. Der für alle gleiche freie Tag ermöglicht dem in die Arbeit eingespannten Menschen auch und vor allem Erholung und Musse jenseits von Hektik und Zeitnot des Alltags. Er erlaubt innere Ruhe, die ohne äussere Ruhe nicht denkbar wäre. Kollektive Freizeit ermöglicht in hohem Masse Kommunikation und Kontakte in der Familie und darüber hinaus, was individuelle Wochenfreizeiten nicht zu erfüllen vermöchten (BGE 116 Ib 270 E. 4a, mit Verweis auf die sozialwissenschaftliche Studie von Jürgen P. Rinderspacher, *Am Ende der Woche - Die soziale und kulturelle Bedeutung des Wochenendes*, Bonn 1987).

5.2. Für Jugendliche von mehr als 16 Jahren kann nach Art. 59 Abs. 1 ArGV 1 Sonntagsarbeit bewilligt werden, wenn eine der folgenden alternativen Voraussetzungen (vgl. Roland A. Müller, a. a. O., S. 131) erfüllt ist: Soweit sie für die Berufsbildung unentbehrlich ist (Bst. a), im betreffenden Beruf in nicht industriellen Betrieben üblich ist (Bst. b) oder soweit die Mitwirkung Jugendlicher zur Behebung einer Betriebsstörung infolge höherer Gewalt notwendig ist (Bst. c).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass Sonntagsarbeit im Gastgewerbe üblich ist (vgl. auch E. 3.6) und insofern eine der Voraussetzungen (Art. 59 Abs. 1 Bst. b ArGV 1) gegeben ist, um grundsätzlich Sonntagsarbeit für jugendliche Arbeitnehmer im Gastgewerbe bewilligen zu können.

Umstritten ist die Anzahl freier Sonntage. Wie viele freie Sonntage den Lehrlingen und Lehrtöchtern im Gastgewerbe mindestens zu gewähren sind, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus einer Verordnung zum Arbeitsgesetz.

5.3. Wenn eine Rechtsfrage, die der Einzelfall aufgibt, gesetzlich nicht geregelt ist, das Gesetz also unvollständig ist, so besteht dem Begriff nach eine Lücke (BGE 103 Ia 501 E. 7, BGE 125 V 8 E. 3). Unterschieden wird zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort aber keine befriedigende zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich

verwehrt, es sei denn die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 128 I 34 E. 3b, BGE 121 III 219 E. 1 d/aa mit Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers bedeutet und damit ein qualifiziertes Schweigen vorliegt. Diesfalls wäre für Analogie und richterliche Lückenfüllung kein Platz. Ein solches Schweigen ist gegeben, wenn die Auslegung des Erlasses ergibt, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht bewusst oder unbewusst offen gelassen hat, sondern sie durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte (Häfelin / Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 234; Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 83; Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 23 B III, S. 73; BGE 115 II 97 E. 2b). Solange keine Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen vorliegen, ist beim Fehlen einer ausdrücklichen Regelung grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine negative Entscheidung getroffen hat (Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 23 B III, S. 74, mit Hinweisen).

5.3.1. Mit der Annahme der Teilrevision des Arbeitsgesetzes vom 20. März 1998 wurden auch verschiedene Vollzugsbestimmungen zum Arbeitsgesetz angepasst, insbesondere die Verordnungen 1 und 2 zum ArG. Es wurde auch beschlossen, eine Verordnung 5 zum ArG auszuarbeiten, die speziell dem Schutz der Jugendlichen gewidmet sein würde. Die Verordnung 5 zum ArG ist indessen bis heute nicht in Kraft getreten, befindet sich aber in Vorbereitung.

Gestützt auf Art. 20 des Entwurfs zur Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (ArGV 5, Stand August 2002) sieht der Entwurf zur Verordnung des EVD über Ausnahmen der Bewilligungspflicht von Nacht- und Sonntagsarbeit der Kinder und Jugendlichen in Art. 2 vor, dass Servicefachangestellte und Köche sonntags beschäftigt werden dürfen, wenn sie einen Sonntag auf zwei Sonntage oder - in Kleinbetrieben - einen Sonntag pro Monat frei haben (Bst. b).

5.3.2. Der Ordnungsgeber ist sich somit der Lücke bewusst und beabsichtigt, diese zu schliessen. Daraus ist zu folgern, dass er die Frage, an wie vielen Sonntagen pro Jahr und ob überhaupt die jugendlichen Arbeitnehmer im Gastgewerbe frei haben sollen, nicht durch bewusstes Schweigen in negativem Sinne entscheiden wollte.

Es ist daher von einer echten Lücke auszugehen.

5.4. Eine echte Lücke ist in analoger Anwendung von Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) auch im Verwaltungsrecht durch den Richter beziehungsweise durch die rechtsanwendende Behörde zu schliessen. Diese hat nach objektiven Kriterien eine generelle, abstrakte Regel aufzustellen, wie sie es als Gesetzgeber tun würde. Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Dabei hat sich der Richter soweit als möglich an das bestehende, objektive Recht anzulehnen, denn er schafft kein neues Gesetz, sondern vervollständigt es nur. Unvollständigkeiten des Gesetzes werden vorwiegend durch Analogie behoben, also auf die Weise, dass für vergleichbare Sachverhalte auf geltende Vorschriften zurückgegriffen und diese sinngemäss, also unter Berücksichtigung der Besonderheiten der verwaltungsrechtlichen Sachlage, angewendet werden (BGE 126 III 129 E. 4; Rhinow / Krähenmann, a. a. O., Nr. 23 B VI, S. 74 f.; Gygi, Verwaltungsrecht, a. a. O., S. 84).

5.4.1. Das *seco* erklärt, bei den 18 zu gewährenden freien Sonntagen seien die Feriensonntage einberechnet, um in Bezug auf die Anrechenbarkeit der Feriensonntage Klarheit zu schaffen. Effektiv hätten die Lehrlinge und Lehrtöchter zwischen 12 und 13 reguläre Sonntage frei. Dies entspreche der Regelung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Gastgewerbe mit Erziehungs- und Betreuungspflichten.

Die sich am Verfahren beteiligende Arbeitnehmer-Organisation hält diesbezüglich fest, mit Inkrafttreten des neuen Arbeitsgesetzes seien 17 freie Sonntage für schätzungsweise 80 000 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten bereits Realität. Aus sozialpolitischer Sicht rechtfertige es sich, Lehrlinge und Lehrtöchter bezüglich des Anspruchs auf freie Sonntage dieser Arbeitnehmerkategorie gleichzustellen. Da in der Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen und die Entlohnung der Lehrlinge und Lehrtöchter im Schweizer Gastgewerbe, der rund 70% der Lehrverhältnisse in der Branche unterstünden, ein Anspruch auf 6 Wochen Ferien im Jahr statuiert sei, rechtfertige sich ein Anspruch auf 18 freie Sonntage pro Jahr.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob für die Lückenfüllung die Regelung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Gastgewerbe mit Erziehungs- und Betreuungspflichten herangezogen werden kann.

5.4.2. Gastgewerblichen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sind - bei einer 5-Tage-Woche - mindestens 4 freie Sonntage zu gewähren (Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 ArGV 2). Gastgewerblichen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten sind mindestens 12 freie Sonntage zu gewähren (vgl. Art. 23 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 ArGV 2).

Als Familienpflichten gelten die Erziehung von Kindern bis 15 Jahren sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen (Art. 36 Abs. 1 ArG).

Da sonntags arbeitenden Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen Sonntage, die in ihre Ferienzeit fallen, nicht an die gesetzlich vorgeschriebenen freien Sonntage angerechnet werden dürfen (Art. 21 Abs. 4 ArGV 1), kommen zu den 12 freien Sonntagen bei gastgewerblichen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten mindestens vier Ferienwochen beziehungsweise vier Feriensonntage (vgl. Art. 329a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR], SR 220). Durch die Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 17 Ziff. 1 des Landes-Gesamtarbeitsvertrags des Gastgewerbes vom 6. Juli 1998 (L-GAV 98; BBl 1998 5535-36, BBl 1999 9782, BBl 2000 5230, BBl 2001 6580, BBl 2002 8359), welcher 5 Wochen Ferien pro Jahr vorschreibt, ergeben sich insgesamt 17 freie Sonntage im Jahr.

Im Vergleich dazu sind Arbeitnehmern bis zum 20. Altersjahr wenigstens 5 Wochen Ferien zu gewähren (Art. 329a Abs. 1 OR). Die Anzahl der mindestens zu gewährenden Ferienwochen kann zu Gunsten des Arbeitnehmers durch Einzel- oder Gesamtarbeitsvertrag erhöht werden (vgl. Art. 362 OR). Nach Art. 4 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 1 der Vereinbarung über die Arbeitsbedingungen und die Entlohnung der Lehrlinge und Lehrtöchter im Schweizer Gastgewerbe vom 15. Oktober 1992 (abrufbar unter <http://www.swisshotels.ch>), der nach Aussage der Hotel & Gastro Union 70% der Lehrverhältnisse unterstehen, beträgt der Ferienanspruch 6 Wochen. Das *seco* führt daher zutreffend aus, Lehrlinge und Lehrtöchter hätten - die

Feriensontage nicht einberechnet - effektiv nur zwischen 12 und 13 freie Sonntage im Jahr.

Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen geniessen - wie bereits ausgeführt - den Schutz von «Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten», solange sie Kinder bis 15 Jahre betreuen. Es ist nachvollziehbar, wenn jugendliche Arbeitnehmer ab 16 Jahren, welche unter Umständen zuvor noch selbst den Grund für den besonderen Arbeitnehmerschutz ihrer Eltern nach Art. 23 Abs. 2 ArGV 2 gaben, nicht bedeutend anders behandelt werden sollen als ihre Eltern. Denn während zwar anzunehmen ist, dass das Familienleben im Verlauf der Lehre für Jugendliche an Wichtigkeit verliert, gewinnt der Kontakt mit dem Freundes- und Kollegenkreis an Bedeutung. Solche Kontakte finden an Wochenenden statt, wenn die Mehrheit der arbeitenden Bevölkerung frei hat. Selbst wenn sich der Freundeskreis mehrheitlich aus Berufsschul- und Arbeitskollegen zusammensetzt, ist wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten nicht gewährleistet, dass alle an den gleichen Wochentagen frei haben und trotz Sonntagsarbeit Kontakte pflegen können.

Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das seco die Sonntagsregelung für gastgewerbliche Lehrlinge und Lehrtöchter nach Ziff. 1 der Globalbewilligung derjenigen für gastgewerbliche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen mit Erziehungs- und Betreuungspflichten (vgl. Art. 23 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 ArGV 2) angleicht.

5.4.3. Eine Ausnahme gilt für Betriebe mit zwei Schliessungstagen unter der Woche (Ziff. 2 der Globalbewilligung). Für solche Betriebe würde es eine Härte darstellen, wenn sie ihren Lehrlingen und Lehrtöchtern zusätzlich zwischen 12 und 13 freie Sonntage im Jahr gewähren müssten. Eine Reduktion auf 12 freie Sonntage im Jahr (inklusive Feriensontage, d. h. effektiv 6 oder 7 freie Sonntage) für das erste Lehrjahr scheint daher angemessen. Die vom seco getroffene Regelung für das zweite und dritte Lehrjahr (mindestens 4 freie Sonntage) entspricht derjenigen für gastgewerbliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer 5-Tage-Woche (vgl. Art. 23 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 ArGV 2).

Ziff. 2 der Globalbewilligung ist auf die Bedürfnisse der Arbeitgeber ausgerichtet und wird denn auch von den Beschwerdeführern nicht explizit als unverhältnismässig dargestellt. Die Globalbewilligung ist daher auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

(Die Rekurskommission EVD weist die Beschwerde ab.)

Dokumente der REKO/EVD