



Urteil vom 6. April 2017

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG
(bisher: X. _____ Group AG;
vormals: Y. _____ AG),
vertreten durch lic. iur. Thomas Mayer, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit
mit einer Randstunde Nachtarbeit.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG (bisher: X. _____ Group AG, vormals: Y. _____ AG; nachfolgend: Beschwerdeführerin), (Ort), betreibt u.a. ein Call-Center mit rund 150 Mitarbeitenden. Dieses übernimmt für seine Vertragspartner (Anbieter von verschiedenen Waren oder Dienstleistungen) die Entgegennahme von Bestellungen und Kundenanfragen sowie die Kundenberatung, z.T. mit aktiver Beeinflussung zum Kauf eines Zusatzprodukts. Dabei handelt es sich um ein sog. Inbound Call-Center, d.h. es erfolgt keine aktive Kontaktaufnahme mit möglichen Kunden (sog. Outbound Call-Center). Die frühere Y. _____ AG verfügte für den Betrieb ihres Call-Centers über Bewilligungen für Sonntagsarbeit (Kundendienst, ohne Verkaufs- oder verkaufsähnliche Aktivitäten) gestützt auf Art. 19 ArG (zit. in E. 2.3), und zwar für den Zeitraum vom 13. Januar 2008 bis zum 31. Januar 2011 und vom 1. Februar 2011 bis zum 31. Januar 2014.

A.a Am 9. Dezember 2013 (eingegangen am 18. Dezember 2013; systemmässige Erfassung am 12. Februar 2014) stellte die Y. _____ AG ein Gesuch um Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit mit einer Randstunde Nachtarbeit für ihr Call-Center beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz), um für einen Shoppingkanal, der 24 Stunden sendet, die Bestellaufnahmen sowie die Betreuung und Beratung von Kunden zu übernehmen. Zur Begründung machte die Y. _____ AG ein besonderes Konsumbedürfnis geltend. Zudem erklärte sie, dass es sich hierbei um die Verlängerung der geltenden Bewilligung handle.

A.b Mit E-Mail vom 12. Februar 2014 ersuchte die Vorinstanz die Y. _____ AG, die Tätigkeiten ihres Kundensupports zu erläutern. Mit E-Mail vom 24. Februar 2014 kam die Y. _____ AG dieser Aufforderung nach und ersuchte um eine Bestätigung, dass die bisherige Bewilligung ihre Gültigkeit beibehalte, solange das aktuelle Gesuch in Bearbeitung sei.

A.c Mit Schreiben vom 28. Mai 2014 legte die Vorinstanz der Y. _____ AG dar, dass Bestellaufnahmen im Auftrag von Versandhändlern verkaufsähnliche Tätigkeiten seien und keine besonderen Konsumbedürfnisse im Sinne der Arbeitsgesetzgebung darstellten, die eine Bewilligung für Nacht- oder Sonntagsarbeit rechtfertigten. Die Vorinstanz wies die Y. _____ AG darauf hin, dass sie ihre Mitarbeitenden für diese Tätigkeiten von Montag bis Samstag von 7 bis 24 Uhr beschäftigen könne: Der Tages- und Abendzeitraum könne unter Beachtung der übrigen gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen vollumfänglich ausgeschöpft werden,

weil für Call-Center – im Unterschied zu Detailverkaufsgeschäften – keine kantonalen Ladenschlussvorschriften bestünden. Zudem sei es technisch möglich, Bestellaufnahmen an Sonn- und Feiertagen ohne Personal entgegen zu nehmen. Ferner wurde die Y. _____ AG darauf hingewiesen, dass ihre abgelaufene Bewilligung (vgl. Sachverhalt A.) nur für Kundendiensttätigkeiten ohne Verkaufs- oder verkaufsähnliche Aktivitäten gegolten habe und dies auf der Bewilligung explizit vermerkt gewesen sei. Die Bewilligung sei somit auch bisher nicht für Verkaufstätigkeiten erteilt worden, sondern lediglich für den technischen Support von Kunden i.S.v. Art. 33 ArGV 2 (zit. in E. 2.1). Sofern verkaufsähnliche Tätigkeiten erledigt würden, seien diese auch durch die abgelaufene Bewilligung nicht abgedeckt gewesen. Die Vorinstanz räumte hierzu der Y. _____ AG eine Frist zur Stellungnahme ein.

A.d Mit Stellungnahme vom 29. August 2014 ersuchte die Y. _____ AG – inzwischen anwaltlich vertreten – um Erteilung der beantragten Bewilligung, soweit eine solche zur Erbringung der entsprechenden Dienstleistungen überhaupt notwendig sei. Der Betrieb eines Inbound Call-Centers unterstehe ihrer Ansicht nach keiner Bewilligungspflicht: Die Beschäftigung von Arbeitnehmenden an Sonntagen sei somit bewilligungsfrei. Vorliegend werde kein Telemarketing betrieben. Auch mit dem Verkauf von Waren und Dienstleistungen sei das Call-Center in der Regel nicht befasst. Es würden lediglich Aufträge entgegengenommen und an die Vertragspartner weitergeleitet. Kommerzielle Dienstleistungen im engeren Sinn würden dabei nicht erbracht. Falls dennoch eine Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit erforderlich sei, sei zu bedenken, dass deren Nichterteilung einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil für das Call-Center gegenüber Konkurrenten aus dem Ausland bedeute; Call-Center in der Schweiz hätten aber bereits den Wettbewerbsnachteil des höheren Lohnniveaus zu gewärtigen. Eine Nichterteilung der Bewilligung sei damit ein Entscheid gegen den mittel- und langfristigen Bestand der gesamten Branche. Die Arbeitsgesetzgebung wolle aber gerade diese wesentliche wirtschaftliche Beeinflussung gesamter Branchen vermeiden.

B.

Mit Verfügung vom 15. April 2015 (publiziert im Bundesblatt am 21. April 2015) stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmenden im Rahmen eines Inbound Call-Centers (Entgegennahme von Bestellungen und Kundenanfragen sowie Kundenberatung) an Sonn- und Feiertagen mit einer Randstunde Nachtarbeit bewilligungspflichtig sei. Das

entsprechende Bewilligungsgesuch der Y._____AG vom 18. Dezember 2013 wies die Vorinstanz ab.

C.

Mit Eingabe vom 15. Mai 2015 erhob die Y._____AG dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmenden im Rahmen eines Inbound Call-Centers an Sonn- und Feiertagen mit einer Randstunde Nachtarbeit keiner Bewilligungspflicht unterstehe. Eventualiter sei ihr die entsprechende Bewilligung zu erteilen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 31. August 2015 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

E.

Mit Replik vom 2. November 2015 informierte der Rechtsvertreter das Gericht über den Parteiwechsel von der Y._____AG auf die Beschwerdeführerin. Diese hielt an den von der Y._____AG gestellten Rechtsbegehren fest.

F.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2015 reichte die Beschwerdeführerin einen Beschluss der deutschen Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) vom 18./19. November 2015 ein, unter Darlegung von dessen Bedeutung für das vorliegende Beschwerdeverfahren. Zudem beantragte sie die Einholung eines Gutachtens zur Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsbeschäftigung in Call-Centern in Deutschland.

G.

Mit Eingabe vom 3. Dezember 2015 verzichtete die Vorinstanz unter Verweis auf ihre Vernehmlassung auf die Erstattung einer Duplik.

H.

Anfang 2016 wurde das Beschwerdeverfahren infolge Pensionierung des bisherigen Instruktionsrichters einem anderen Instruktionsrichter zugeteilt.

I.

Mit Stellungnahme vom 15. Januar 2016 äusserte sich die Vorinstanz schliesslich zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 3. Dezember 2015.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.1 Die Y._____AG, die ursprünglich das Call-Center betrieb, für welches sie das Gesuch um Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit mit einer Randstunde Nachtarbeit einreichte, und Adressatin der angefochtenen Verfügung ist, firmierte gemäss Handelsregistereintrag am 1. Juni 2015 in X._____ Group AG um. Im Rahmen der gleichzeitig vorgenommenen Umstrukturierung übertrug die X._____ Group AG den Betrieb des Call-Centers an ihre Tochtergesellschaft X._____AG (Vermögensübertragung), die nun als Beschwerdeführerin auftritt. Ein Parteiwechsel ist in der Bundesverwaltungsrechtspflege zulässig, wenn die betroffenen Rechte und Pflichten frei übertragbar sind, die rechtsnachfolgende Partei ein Rechtsschutzinteresse an der Weiterführung des hängigen Verfahrens hat und weder höchstpersönliche Rechte oder Pflichten Verfahrensgegenstand bilden noch besondere persönliche Voraussetzungen durch die Partei erfüllt werden müssen (vgl. BVGE 2014/10 E. 3.1). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die rechtsnachfolgende Partei hat den Eintritt in das Verfahren zu erklären und das Verfahren – wie vorgefunden – weiterzuführen (vgl. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 52 zu Art. 6 m.H.). Die Eintrittserklärung in das Verfahren ist den Ausführungen in Rz. 2 der Replik vom 2. November 2015 zu entnehmen. Als Betreiberin des vom Bewilligungsgesuch betroffenen Call-Centers und als diesbezügliche Rechtsnachfolgerin der Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin somit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]), was von der Vorinstanz denn auch nicht bestritten wird.

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Angefochten ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beschäftigung von Arbeitnehmenden im Rahmen eines Inbound Call-Centers an Sonn- und Feiertagen mit einer Randstunde Nachtarbeit bewilligungspflichtig sei.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschäftigung von Arbeitnehmenden eines Inbound Call-Centers an Sonntagen und in der Nacht sei bewilligungsfrei möglich, da es sich um eine Telefonzentrale handle, die kein Telefonmarketing betreibe. Es würden lediglich Aufträge aufgenommen und an die Vertragspartner weitergeleitet. Kommerzielle Dienstleistungen i.e.S. würden nicht erbracht; dies im Unterschied zu Outbound Call-Centern, die aktiv Kontakt mit möglichen Kunden aufnahmen, um Verkaufsgespräche zu führen bzw. Verkäufe von Waren und Dienstleistungen zu tätigen. Im Call-Center der Beschwerdeführerin würden (Neu-)Kunden ihrer Vertragspartner anrufen, um Informationen und Hilfe zu erhalten oder Bestellungen zu platzieren. Einzige Ausnahme sei die für einige Vertragspartner erbrachte Dienstleistung, wonach der Kaufentscheid zugunsten eines Vertragspartners aktiv beeinflusst werden soll; dies sei jedoch auch nach Ansicht der Beschwerdeführerin bewilligungspflichtig, bilde aber nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Die Vorinstanz sei auf diese Ausführungen im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht eingegangen. Stattdessen werde der Begriff des Telefonmarketings in unzulässiger Weise ausgeweitet. Das offene Verständnis von Art. 33 Abs. 2 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 2, SR 822.112) führe dazu, dass klare Merkmale zur Beurteilung von Ausnahmen von der Bewilligungspflicht fehlten, weshalb die Bestimmung in der Praxis ungleich angewendet werde, was zu einer rechtsungleichen Behandlung konkurrierender Unternehmen führe. Es existierten schweizerische Unternehmen, bei denen Kunden sonntags per Telefon Bestellungen vornehmen könnten, und es sei davon auszugehen, dass mindestens ein Teil dieser Dienstleistungen in der Schweiz erbracht werde. Auch würden Online-Vertriebshändler Hotlines anbieten, über die zwar keine Bestellungen erfolgen könnten, man aber auch an Sonntagen Verkaufsberatungen erhalte. Auch der Sonntagsbetrieb von Hotlines der Telekommunikationsanbieter scheine die Vorinstanz als zulässig zu erachten. Wo die Grenze zwischen verbotener kommerzieller Dienstleistung und erlaubter technischer Unterstützung liege, sei nicht nachvollziehbar. Rechtsungleichheit entstehe im Übrigen auch dadurch, dass die Bewilligungen jeweils nur drei Jahre gültig seien. Die Umsetzung einer neuen Praxis falle bei den einzelnen Wettbewerbern somit zeitlich auseinander.

2.2 Die Vorinstanz legt dar, dass die Befreiung von der Bewilligungspflicht vorliegend keine Anwendung finde. Die Beschwerdeführerin erkenne, dass die in Art. 33 Abs. 2 ArGV 2 erwähnte Einschränkung der Bewilligungsfreiheit nicht als abschliessende Aufzählung bewilligungspflichtiger

Geschäftstätigkeiten von Telefonzentralen verstanden werden könne. Vielmehr stehe stets die Frage im Zentrum, ob mit der Sonderbestimmung einem berufsgruppen- oder branchenspezifischen Bedürfnis entsprochen werde. Entsprechend seien in der Wegleitung zu Art. 33 ArGV 2 (zit. in E. 2.4) beispielhaft Unfall-Notrufzentralen, Einsatzzentralen von Pannen- und Notfalldiensten, Taxizentralen, Kreditkartendienste (Notfalldienst bei Kreditkartenverlust) sowie Zentralen, die Anrufe für die Kundschaft umleiten, genannt; diese würden unter die Definition der Telefonzentrale fallen. Mit der Betreuung von Kunden eines Shoppingsenders zum Zwecke des Einkaufs rund um die Uhr werde hingegen keinem solchen Bedürfnis entsprochen. Es handle sich vielmehr um eine kommerzielle Dienstleistung, die explizit vom Anwendungsbereich von Art. 33 ArGV 2 ausgenommen sei. Dies gelte unabhängig davon, ob nun aktiv oder passiv auf die Kundschaft eingewirkt werde. Aufgrund des Tätigkeitsbeschreibs der Beschwerdeführerin im Rahmen der Gesuchseinreichung sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass es sich bei all diesen Kundendienstaktivitäten um verkaufsähnliche Tätigkeiten handle und somit keine weitere Bewilligung erteilt werden könne.

2.3 Für Telefonzentralen sieht Art. 33 Abs. 1 ArGV 2 eine Befreiung von der allgemeinen Bewilligungspflicht für die (grundsätzlich verbotene) Nacht- und Sonntagsarbeit vor (Art. 16, Art. 17 Abs. 1, Art. 18 und Art. 19 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 [ArG, SR 822.11]). Telefonzentralen sind nach Art. 33 Abs. 3 ArGV 2 Betriebe, die in Zentralen telefonische Auskunft erteilen, Anrufe und Aufträge entgegennehmen und weiterleiten. Die Befreiung von der Bewilligungspflicht ist allerdings auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt; bewilligungspflichtig bleibt die Beschäftigung von Arbeitnehmern in Telefonzentralen nachts und sonntags, wenn diese ausserhalb der Erbringung von reinen Telefondiensten mit kommerziellen Dienstleistungen, wie namentlich Telefonmarketing und Verkauf von Waren sowie Dienstleistungen, beschäftigt sind (Art. 33 Abs. 2 ArGV 2). Der Ausnahmekatalog stützt sich – wie die gesamte ArGV 2 – auf Art. 27 Abs. 1 ArG, wonach bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden auf dem Verordnungsweg vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot bzw. der entsprechenden Bewilligungspflicht ausgenommen und Sonderbestimmungen unterstellt werden können, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist. Massgebend für die Statuierung von Ausnahmen von der Bewilligungspflicht sind somit berufsgruppen- oder branchenspezifische Bedürfnisse.

2.4 Die Wegleitung des SECO zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2 (abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz.html, besucht am 10. März 2017; nachfolgend: Wegleitung SECO) führt zu Art. 33 ArGV 2 konkretisierend aus, dass die Sonderbestimmungen – mithin die Ausnahme von der Bewilligungspflicht – insbesondere auf Unfall-Notrufzentralen, Einsatzzentralen von Pannen- und Notfalldiensten, Taxizentralen, Kreditkartendienste (Notfalldienste bei Kreditkartenverlust) und Zentralen, die Anrufe für die Kundschaft umleiten, anwendbar sind. Keine Anwendung finden die Sonderbestimmungen auf Betriebe (z.B. Versandhäuser, Call-Center, Versicherungen), die Waren oder Dienstleistungen zum telefonischen Verkauf anbieten oder die für sich oder im Auftrag Bestellungen für Waren oder Dienstleistungen entgegennehmen (Telefonmarketing; vgl. Wegleitung SECO, S. 233-1; zur Qualifikation der Wegleitung SECO als Verwaltungsverordnung und deren Berücksichtigung durch das Bundesverwaltungsgericht vgl. Urteile des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.1.1 und B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 4.4, je m.H.).

2.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil B-208/2014 vom 16. Juli 2014 die Entgegennahme von Kundenanfragen und -beschwerden – ebenso wie die Entgegennahme von Bestellungen – durch ein Inbound Call-Center als Dienstleistungen mit letztlich kommerziellem Charakter qualifiziert, weshalb deren Erbringung nach Art. 33 Abs. 2 ArGV 2 nachts sowie an Sonn- und Feiertagen bewilligungspflichtig ist (E. 4.1.3). Vorliegend besteht kein Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Der Begriff des Telefonmarketings in Art. 33 Abs. 2 ArGV 2 wird dabei – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht in unzulässiger Weise ausgeweitet, da für die Frage nach der Bewilligungspflicht gemäss Art. 33 Abs. 2 ArGV 2 allein entscheidend ist, ob die Arbeitnehmenden im fraglichen Betrieb – nebst reinen Telefondiensten – mit kommerziellen Dienstleistungen beschäftigt sind und nicht massgebend ist, ob die erbrachten Dienstleistungen unter den Begriff des Telefonmarketings fallen. Die Erwähnung von Telefonmarketing sowie Verkauf von Waren und Dienstleistungen in Art 33 Abs. 2 ArGV 2 ist lediglich eine beispielhafte Aufzählung von kommerziellen Dienstleistungen im Sinne dieser Verordnungsbestimmung. Die Beschwerdeführerin versucht aufzuzeigen, dass Inbound-Aktivitäten (Auskunfts-, Bestell, Auftragsdienste, Beschwerdemanagement sowie Beratungsgespräche) im Gegensatz zu Outbound-Aktivitäten (aktive Kontaktaufnahme mit [potentiellen] Kunden im Verkauf bzw. mit zu Befragenden in

der Markt- und Meinungsforschung) nachts und an Sonntagen grundsätzlich bewilligungsfrei erbracht werden dürften (zur Unterscheidung von typischen In- und Outbound-Aktivitäten vgl. RICCARDO PARDINI/BIANCA FRITZ, Arbeiten im Call Center, Basel 2015, S. 22). Darauf ist für die Abgrenzung von bewilligungspflichtigen und bewilligungsfreien Dienstleistungen gemäss dem Verordnungstext jedoch nicht abzustellen. Entscheidend ist vielmehr, ob der fraglichen Dienstleistung ein kommerzieller Charakter zukommt und die Dienstleistung daher von der Verordnung als nicht berufsgruppen- oder branchenspezifisches Bedürfnis von Telefonzentralen qualifiziert wird, das eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht rechtfertigen würde (Art. 27 Abs. 1 ArG i.V.m. Art. 1 ArGV 2). Die vorliegend zu beurteilende Betreuung von Kunden eines Shoppingsenders zum Zweck des Einkaufs rund um die Uhr (vgl. Bewilligungsgesuch vom 9. Dezember 2013 bzw. 12. Februar 2014, Beilage, S. 2) ist offensichtlich und im Einklang mit der genannten Rechtsprechung als letztlich kommerzielle Dienstleistung zu qualifizieren, weshalb deren Erbringung nachts sowie an Sonn- und Feiertagen bewilligungspflichtig ist.

2.6 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz sei auf ihren Einwand hinsichtlich der Bewilligungspflicht im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens nicht eingegangen, und damit sinngemäss geltend macht, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, ist sie nicht zu hören: Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung dargelegt, weshalb die zu beurteilenden Tätigkeiten des Call-Centers der Beschwerdeführerin nachts sowie an Sonn- und Feiertagen bewilligungspflichtig sind. Sie ist damit ihrer Pflicht, die frei gewählten Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtslage betroffenen Person tatsächlich entgegenzunehmen, zu prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2) nachgekommen. Es ist darüber hinaus nicht erforderlich, dass sich die entscheidende Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1 m.H.).

2.7 Ferner bestehen keine Anhaltspunkte für die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte rechtsungleiche Behandlung, da bereits die früheren Bewilligungen (der Rechtsvorgängerin) der Beschwerdeführerin für Sonntagsarbeit kommerzielle Dienstleistungen ausdrücklich ausgenommen haben, nicht erstellt ist, dass dies bei anderen Dienstleistern derselben Branche abweichend beurteilt wird und für die von der Beschwerdeführerin genannten Telekommunikationsbetriebe (vgl. E. 2.1 in fine) mit

Art. 32 ArGV 2 eine andere Rechtsgrundlage gilt. Auch aus den Befristungen der Bewilligungen ergibt sich keine rechtsungleiche Behandlung, zumal es sich vorliegend nicht um eine neue Praxis der Vorinstanz handelt.

3.

Zu prüfen ist daher, ob die Vorinstanz das Bewilligungsgesuch der Beschwerdeführerin zu Recht abgewiesen hat.

3.1 Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacht- und Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie u.a. aus wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG). Der Nachweis der Unentbehrlichkeit obliegt dem Betrieb (mit Bezug auf das besondere Konsumbedürfnis vgl. Urteil des BVGer B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 3.2; vgl. auch Wegleitung SECO, S. 128-1). Der Begriff der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit wird in Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) konkretisiert. Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt demnach vor, wenn die Unterbrechung eines Arbeitsverfahrens und dessen Wiederingangsetzung hohe Zusatzkosten verursachen, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit eine merkliche Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebs gegenüber seinen Konkurrenten zur Folge hat oder haben könnte; das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können; oder die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit vergleichbarem sozialem Standard wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland erheblich beeinträchtigt ist und durch die Bewilligung die Beschäftigung mit grosser Wahrscheinlichkeit gesichert wird (Art. 28 Abs. 2 Bst. a-c ArGV 1). Ansatzpunkt für die Beurteilung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit ist nicht die wirtschaftliche Lage des einzelnen Betriebs, sondern das Arbeitsverfahren, was eine wettbewerbsneutrale Praxis bei der Erteilung von Ausnahmbewilligungen erlaubt (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3).

3.2 Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt sind die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist (Art. 28 Abs. 3 ArGV 1). Solche Konsumbedürfnisse sind täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde und bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt (Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1). Für bestimmte, im Anhang der

ArGV 1 aufgelistete Arbeits- und Produktionsverfahren wird der Nachweis der Unentbehrlichkeit im dort bezeichneten Umfang vermutet (Art. 28 Abs. 4 ArGV 1).

3.3 Die Beschwerdeführerin berief sich im Bewilligungsgesuch noch auf das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens macht sie nun ausschliesslich geltend, dass die Nacht- und Sonntagsarbeit aus wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sei, und sie beruft sich hierfür insbesondere auf den Umstand, dass die Schweizer Call-Center-Branche in Konkurrenz zu Call-Centern aus Deutschland und Österreich – Länder mit vergleichbarem sozialen Standard – stehe, in denen die Möglichkeit von Sonntagsarbeit bestehe, weshalb die Beschwerdeführerin durch die Abweisung des Bewilligungsgesuchs einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil erleide. Dieser könne sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch aus unterschiedlichen Arbeitszeiten ergeben. Sie macht somit geltend, die Bewilligung sei ihr gestützt auf Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 zu erteilen und erklärt, dafür sei – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – kein kostenintensives Verfahren vorausgesetzt, welches letztlich zur wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit führe. Diese Auslegung von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 sei unzulässig und führte dazu, dass Unternehmen im Dienstleistungsbereich keine Möglichkeit hätten, wegen Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit eine Bewilligung zu erhalten. Der Wettbewerbsnachteil des höheren Lohnniveaus sowie der höheren Investitionskosten werde im Übrigen durch die Bewilligung nicht behoben. In diesem Bereich seien die Betreiber von Call-Centern in der Schweiz gefordert, ihre eigene Kostenstruktur zu optimieren. Unter Berücksichtigung dieser besonderen Schwierigkeit sei aber festzuhalten, dass ein Entscheid gegen die Erteilung von Bewilligungen für Sonntagsarbeit an Call-Center ein Entscheid gegen den mittel- und langfristigen Bestand der gesamten Branche sei, was Art. 19 ArG ja gerade vermeiden wolle.

3.4 Die Vorinstanz erklärt, es liege keine erhebliche Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit vor. Eine abweichende Regelung der Sonntagsarbeit im Ausland sei für sich alleine kein hinreichender Bewilligungsgrund, da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der Prüfung von Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot ein restriktiver Massstab angelegt werden müsse. Zudem müsse es sich nach der Rechtsprechung auch bei Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1, wie in Bst. a und b explizit erwähnt, um ein kostenintensives Arbeitsverfahren handeln, welches letztlich zur wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit führe, was vorliegend nicht erfüllt sei. Die Erteilung

einer Bewilligung nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 verlange zudem, dass im Wettbewerbsland insgesamt gesehen deutlich arbeitgeberfreundlichere Arbeitsbedingungen herrschten, was bei den genannten Ländern nicht der Fall sei.

3.5 Eine Überprüfung der Rechtsprechung, wonach ein kostenintensives Arbeitsverfahren für die Anwendung von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 vorausgesetzt ist (vgl. Urteil des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2.4), und die Prüfung, ob ein solches beim zu beurteilenden Betrieb vorliegt, kann vorliegend unterbleiben, da die Konkurrenzfähigkeit i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 vorliegend nicht erheblich beeinträchtigt ist und damit diese Voraussetzung für die Erteilung der ersuchten Bewilligung nicht erfüllt ist:

3.5.1 Gemäss ständiger Rechtsprechung ist bei der Prüfung von Ausnahmen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot nach der ratio legis ein restriktiver Massstab anzusetzen. Abweichungen von den entsprechenden Verboten sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (vgl. BGE 139 II 49 E. 6.1; 136 II 427 E. 3.2; 134 II 265 E. 5.5; 131 II 200 E. 6.3 f.; Urteil des BGer 2C_892/2011 vom 17. März 2012 E. 3.3 m.H.; Urteile des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2.2, B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 4.2 und B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2).

3.5.2 Im Hinblick auf den gesetzgeberischen Grundentscheid, Nacht- und Sonntagsarbeit möglichst einzuschränken, verlangt das Verordnungsrecht einen Vergleich mit Ländern "mit vergleichbarem sozialem Standard". Der Schutz des Arbeitnehmers hat in diesem Sinne nur zurückzutreten, wenn Länder mit sozial grundsätzlich gleichwertiger Regelung in bestimmten Branchen weniger strenge Vorschriften kennen, vorausgesetzt allerdings, dass mit diesen Ländern eine Konkurrenzsituation besteht und erhebliche Auswirkungen auf die Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Unternehmen nachgewiesen sind (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3 in fine). In Betracht fällt somit einzig eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit, die auf weniger strenge Arbeitsschutzvorschriften im Ausland zurückgeht; solche Unterschiede können Nacht- und Sonntagsarbeit auch in der Schweiz wirtschaftlich unentbehrlich machen (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3). Zwar sind Deutschland und Österreich Staaten mit vergleichbarem sozialem Standard, die grundsätzlich für einen Vergleich in Frage kommen (betreffend Deutschland vgl. BGE 131 II 200 E. 6.6), jedoch sind die entsprechenden Regelungen mit denjenigen im Schweizerischen Arbeitnehmerschutzrecht

vergleichbar, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt und nachfolgend aufgezeigt wird. Dass zwischen dem Call-Center der Beschwerdeführerin und Call-Centern in Deutschland und Österreich eine Konkurrenzsituation besteht, wird von der Vorinstanz im Übrigen nicht bestritten.

3.5.3 Das Deutsche Arbeitszeitgesetz (ArbZG) kennt eine restriktive Haltung betreffend Ausnahmen von der Sonn- und Feiertagsruhe (§§ 9, 10 und 13 ArbZG). Die Vorinstanz verweist zudem auf ein unlängst ergangenes Urteil des Deutschen Bundesverwaltungsgerichts, wonach das Bedürfnis nach sofortiger Befriedigung von Auskunft, Beratung und Erteilung eines Auftrags im Zusammenhang mit Versandhäusern noch keine Ausnahme vom Sonntagsarbeitsverbot zu rechtfertigen vermöchte. Diese Tätigkeiten seien vielmehr eng der werktäglichen Geschäftstätigkeit und den alltäglichen Erwerbswünschen zuzurechnen, weshalb ihr Aufschub hinzunehmen und keine erhebliche Einbusse des Freizeitwerts mit diesem verbunden sei (BVerwG 6 CN 1.13, Rz. 55). Die entsprechende, zu beurteilende Bestimmung wurde für unwirksam erklärt. Die Beschwerdeführerin erklärt, dass es sich dabei um eine Normenkontrolle der Bedarfsgewerbeverordnung des Bundeslands Hessen gehandelt habe und praktisch alle übrigen deutschen Bundesländer über vergleichbare Bedarfsgewerbeverordnungen verfügten, in denen die Beschäftigung von Arbeitnehmern in Inbound Call-Centern an Sonn- und Feiertagen erlaubt sei. Als Folge dieses Urteils sei in den übrigen Bundesländern eine gewisse Rechtsunsicherheit entstanden. Deshalb habe die deutsche Arbeits- und Sozialministerkonferenz der Bundesländer (ASMK) am 18./19. November 2015 anlässlich ihrer Jahrestagung festgestellt, dass durch einen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit im Zusammenhang mit telefonischen und elektronischen Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen in Deutschland eine nicht unerhebliche Anzahl von Arbeitsplätzen gefährdet sei. Die ASMK habe nun die Bundesregierung gebeten, den Erlass einer Bundesverordnung zu prüfen, um telefonische und elektronische Dienstleistungen in bisher geregelter Umfang weiterhin zu ermöglichen und damit Arbeitsplatzverluste zu vermeiden. Damit habe die ASMK genau die Prüfung vorgenommen, die Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 verlange. Es sei zu erwarten, dass in Deutschland in absehbarer Zeit eine einheitliche Bundesregelung geschaffen werde, mit der die Beschäftigung in Call-Centern an Sonn- und Feiertagen zulässig sein werde. Mit der Vorinstanz ist jedoch davon auszugehen, dass vergleichbare Regelungen in anderen Bundesländern nach den Ausführungen im genannten Urteil ebenfalls als nichtig einzustufen wären. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Beschluss der ASMK ist im Übrigen lediglich eine Empfehlung an die Bundesregierung, deren Beantwortung offen

ist. Zudem äussert sich der Beschluss nicht zu der vorliegend relevanten erheblichen Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit inländischer Betriebe gegenüber dem Ausland. Der Beschluss der ASMK kann auch nicht als vergleichbare Prüfung der Voraussetzungen nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 qualifiziert werden, da die Bedingungen für Ausnahmegewilligungen von der Sonn- und Feiertagsruhe nach § 13 Abs. 1 ArbZG anders sind. Die Einholung des von der Beschwerdeführerin beantragten Gutachtens zur Frage der Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsbeschäftigung in Call-Centern in Deutschland erübrigt sich angesichts dieses Ergebnisses.

3.5.4 Auch die entsprechenden österreichischen Vorschriften (§ 2 ff. Arbeitsruhegesetz [ArG]) sind, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, vergleichbar mit denjenigen im schweizerischen Arbeitnehmerschutzrecht. Hierzu kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Eingabe vom 15. Januar 2016 verwiesen werden.

3.5.5 Somit ist festzuhalten, dass die Konkurrenzfähigkeit des Call-Centers der Beschwerdeführerin gegenüber Call-Centern in Deutschland und Österreich nicht erheblich beeinträchtigt ist. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, ist für die Erteilung einer Bewilligung nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 zu verlangen, dass im Wettbewerbsland insgesamt gesehen deutlich arbeitgeberfreundlichere Arbeitsbedingungen herrschen, was vorliegend nicht der Fall ist. Ausländische Standortvorteile infolge tieferen Lohnniveaus sollen dagegen nicht durch entsprechende Ausnahmen ausgeglichen werden (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3). Die kumulativ zu erfüllende Voraussetzung der grossen Wahrscheinlichkeit der Sicherung der Beschäftigung (vgl. E. 3.1) braucht daher nicht mehr geprüft zu werden. Die Erteilung einer Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit zur Betreuung von Kunden eines Shoppingsenders zum Zwecke des Einkaufs rund um die Uhr ist gestützt auf Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 damit vorliegend nicht möglich.

3.6 Das Vorliegen eines besonderen Konsumbedürfnisses, das eine Bewilligung von Nacht- und Sonntagsarbeit rechtfertigen würde (vgl. E. 3.2), ist nicht mehr zu prüfen, da dies von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr geltend gemacht wird (vgl. E. 3.3).

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Beschäftigung von Arbeitnehmenden im Rahmen eines Inbound Call-Centers an Sonn- und Feiertagen mit einer Randstunde Nachtarbeit

bewilligungspflichtig ist, bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Ferner ist die Abweisung des entsprechenden Bewilligungsgesuchs rechtmässig. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

5.

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. 2'000.– in jedem Fall als angemessen. Der am 3. Juni 2015 geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Stephan Breitenmoser

Astrid Hirzel

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. April 2017