



---

Abteilung II  
B-2257/2010  
{T 1/2}

## Urteil vom 15. Oktober 2010

---

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**Gewerkschaft UNIA**,  
Weltpoststrasse 20, 3000 Bern 15,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**MANOR AG**,  
Hauptsitz, Rebgasse 34, 4005 Basel,  
vertreten durch  
Advokat Jan Bangert und Advokatin Nadine Trachsel,  
Böckli Bodmer & Partner, St.Jakobs-Strasse 41,  
Postfach 2348, 4002 Basel,  
Beschwerdegegnerin,

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO**,  
Arbeitsbedingungen / Arbeitnehmerschutz,  
Effingerstrasse 31, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Bewilligung für Nachtarbeit.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Schreiben vom 30. Oktober 2008 ersuchte die MANOR AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, nachfolgend: Vorinstanz) um Bewilligung für Nachtarbeit im Zeitraum vom 15. März 2009 bis zum 14. März 2011 für Inventurarbeiten in sechs Warenhäusern der MANOR-Gruppe für das Jahr 2009 (Pilotphase) und sodann ab 2010 für sämtliche 74 Warenhäuser (konzernweite Einführung gestützt auf die Auswertung der Pilotphase). Zur Begründung gab die Beschwerdegegnerin eine "wirtschaftlich unentbehrliche Betriebsweise" an. Aus betrieblicher Sicht gelte es, die gesetzlich möglichen Ladenöffnungszeiten zu nutzen. Das Unternehmen sei aufgrund der gesetzlichen Vorgaben verpflichtet, mindestens einmal im Jahr die Warenbestände bzw. die entsprechenden Warenwerte zu erheben. Der aktuelle Prozess (Inventur an drei Wochenenden im September durch eigenes Personal und Aushilfen) sei veraltet, personalintensiv und aufwendig. Vorgeschlagen wurde eine rollierende Inventur (Februar bis Mai, Montag bis Freitag, zwischen 20 und 03 Uhr) durch externe Dienstleister unter Einbezug von Spezialisten der MANOR AG. Dadurch entfalle u.a. die Mehrfachbelastung des Verkaufspersonals.

**B.**

Mit Verfügung vom 27. April 2009 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die Bewilligung für Nachtarbeit während maximal 16 Nächten befristet auf den Zeitraum vom 1. März 2009 bis zum 30. September 2011 (Arbeitsbeginn frühestens um 20 Uhr, Arbeitsende spätestens um 03 Uhr, maximale Anzahl Mitarbeitende der externen Dienstleister: 150, maximale Anzahl Mitarbeitende der MANOR AG: 30). Die Bewilligung war beschränkt auf sechs bezeichnete Warenhäuser in Basel, Biel, Vézenaz, Monthey und Zürich und mit weiteren Bedingungen sowie Auflagen versehen.

**C.**

Am 27. November 2009 ersuchte die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz um Erteilung der Nachtarbeitsbewilligung für alle MANOR-Warenhäuser in der Schweiz zur Durchführung von Inventuren ab 2010. Die Auswertung der Pilotinventuren durch externe Dienstleister sei positiv gewesen. Das eigene Personal sei deutlich entlastet worden. Die von den externen Dienstleistern gelieferte Qualität habe die

Erwartungen teilweise übertroffen. Die von zwei kantonalen Behörden durchgeführten Kontrollen hätten keine Beanstandungen zur Folge gehabt.

**D.**

Mit E-Mail vom 24. Dezember 2009 teilte die Leiterin Arbeitnehmerschutz (Vorinstanz) der Beschwerdegegnerin mit, dass deren Antrag betreffend Nacharbeit für die Durchführung von Inventuren vom Leiter Arbeitsbedingungen gutgeheissen worden sei.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2010 informierte die Leiterin Arbeitnehmerschutz (Vorinstanz) die Beschwerdegegnerin, dass die Vorinstanz aufgrund der Auswertung der Pilotphase gerne bereit sei, die angebehrte Bewilligung zu erteilen.

Mit E-Mail vom 18. Januar 2010 stellte die Beschwerdegegnerin der Vorinstanz die Terminplanung für die Inventuren im Jahr 2010 zu.

Die Vorinstanz bestätigte der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 10. Februar 2010, dass ihr Gesuch um Bewilligung für Nacharbeit in Bearbeitung sei. Die Ausstellung der Bewilligung werde jedoch bis zum nachgesuchten Beginndatum noch nicht erfolgt sein. Die Beschwerdegegnerin werde daher ermächtigt, im Rahmen des Gesuchs bzw. der Absprache mit der Vorinstanz, mit dem vorgesehenen Arbeitssystem ab dem 1. Februar 2010 zu beginnen bzw. fortzufahren. Grundsätzlich vorbehalten bleibe der Rückzug dieser Ermächtigung, falls eine Einsprache gegen die Erteilung der nachgesuchten Bewilligung bei der Vorinstanz eingereicht werde, welcher die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden müsse.

**E.**

Mit Verfügung vom 10. (französisch sowie italienisch) bzw. 12. Februar 2010 (deutsch) erteilte die Vorinstanz die Bewilligung für Nacharbeit für den Zeitraum vom 1. Februar 2010 bis zum 31. Januar 2013 für Inventurarbeiten der MANOR-Gruppe in den Warenhäusern der ganzen Schweiz, unter Auflagen und Bedingungen. Die Publikation der Bewilligung im Bundesblatt erfolgte am 9. März 2010 (deutsche Ausgabe) bzw. am 30. März 2010 (französische sowie italienische Ausgabe). Die Bewilligung wurde erteilt für 180 Personen externer Dienstleister sowie 50 Spezialisten der MANOR, zwischen Februar und Juni, Montag/Dienstag-Nacht bis Freitag/Samstag-Nacht von 08:00-03:00 Uhr,

Samstag 08:00-23:00 Uhr, maximale Arbeitszeit 9 Stunden, maximaler Einsatzzeitraum 10 Stunden.

**F.**

Am 15. Februar 2010 unterzeichnete die Beschwerdegegnerin als Auftraggeberin zwei Rahmenverträge für die Durchführung der Inventuren mit den Auftragnehmerinnen Sigma Inventuren und Bestandeskontrollen AG, mit Sitz in Pfäffikon SZ (nachfolgend: Sigma), und mit der Tradelog Instore Services GmbH, mit Sitz in Wetzlar, Deutschland (nachfolgend: Tradelog). Die Auftragnehmerinnen unterzeichneten die Rahmenverträge am 20. bzw. 23. April 2010.

**G.**

Mit Eingabe vom 6. April 2010 erhob die Gewerkschaft UNIA (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Bewilligung für Nachtarbeit vom 12. Februar 2010 und beantragt deren Aufhebung. Sie rügt einerseits, die Bewilligung hätte nicht (nur) der MANOR AG ausgestellt werden dürfen, sondern den beiden externen Dienstleistern, die Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer seien. Andererseits erachtet die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Erteilung einer Nachtarbeitsbewilligung vorliegend als nicht erfüllt. Indem die Vorinstanz eine Bewilligung für regelmässige Nachtarbeit gesamtschweizerisch erteilt habe, setze sich diese zudem über die Praxis der Kantone hinweg, die vorübergehende Nachtarbeit für Inventuren nur selten bewilligen würden. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die Kriterien für Dauernachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit zu berücksichtigen und die Bewilligung fälschlicherweise für Nachtarbeit mit Wechsel zur Tagesarbeit erteilt. Aufgrund der formellen Mängel bei der Gesuchseinreichung seien Probleme beim Vollzug bzw. bei der Überwachung der Einhaltung des Arbeitsgesetzes zu erwarten. Überdies würden sich die Löhne der externen (ausländischen) Dienstleister unter den Schweizer Löhnen bewegen (Lohnunterbietung). Ebenfalls problematisch sei die Tatsache, dass die Angestellten der externen Dienstleister sich länger als 90 Tage in der Schweiz aufhalten würden.

**H.**

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Eingabe vom 3. Mai 2010, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Eventualiter sei der Entzug der aufschiebenden Wirkung nur für die bereits geplanten Inventurmassnahmen bis spätestens Juli 2010 anzuordnen.

Subeventualiter sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die angefochtene Bewilligung bis spätestens Juli 2010 vorläufig zu erteilen. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. die vorsorgliche Massnahme sei im Sinne der Anträge superprovisorisch anzuordnen.

Mit Zwischenverfügung vom 3. Mai 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdegegnerin, ihrem Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch stattzugeben, zur Zeit ab und setzte der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz bis zum 11. Mai 2010 Frist, zum Gesuch der Beschwerdegegnerin Stellung zu nehmen.

Mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Entzug der aufschiebenden Wirkung, sowohl ganz als auch befristet, und um Erteilung der angefochtenen Bewilligung bis spätestens Ende Juli 2010 ab. Gleichzeitig wurden die Parteien aufgefordert, sich zu ihrer allfälligen Vergleichsbereitschaft zu äussern.

#### **I.**

Die Vorinstanz teilte mit Schreiben vom 21. Mai 2010 mit, dass sie die Teilnahme an einer Vergleichsverhandlung als problematisch erachte. Sie befinde sich als Bewilligungsbehörde im Spannungsverhältnis zwischen den Anliegen der Beschwerdegegnerin einerseits und denjenigen der Beschwerdeführerin andererseits. Zu berücksichtigen sei zudem die unterschiedliche Vollzugspraxis in den Kantonen betreffend die Bewilligung von Inventurarbeiten.

Die Beschwerdegegnerin erklärte sich mit Schreiben vom 25. Mai 2010 zur Teilnahme an einer Vergleichsverhandlung bereit.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2010 erklärte sich die Beschwerdeführerin ebenfalls bereit, an einer Vergleichsverhandlung teilzunehmen; ein akzeptabler Vergleichsvorschlag könne dahin gehen, dass die Beschwerdegegnerin die Richtigkeit der Beschwerde im Kern anerkenne und auf Nacharbeit für die mit dem neuen System getätigten Inventurarbeiten verzichte.

#### **J.**

Mit Stellungnahme vom 25. Mai 2010 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Die Legitimation der Beschwerdeführerin sei vertieft zu prüfen, da die Mehrzahl der von der angefochtenen Bewilligung (180) betroffenen Arbeitnehmer nicht in der Detailhandelsbranche tätig sei, sondern Inventuren und Bestandesaufnahmen in Unternehmen verschiedenster Branchen durchführten. Soweit es um die Bewilligung der Nachtarbeit für die 180 Personen der externen Dienstleister gehe, sei die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde befugt. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, die MANOR AG sei nicht die richtige Adressatin der Bewilligung, führt die Beschwerdegegnerin aus, sie sei dem von der Vorinstanz vorgezeichneten Vorgehen gefolgt und habe das Gesuch für sämtliche Personen gestellt, die anlässlich der Inventuren nachts beschäftigt werden sollten. Die Nachtarbeit zur Vornahme von Inventuren sei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin aus wirtschaftlichen und technischen Gründen unentbehrlich. Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit seien die besonderen Konsumbedürfnisse gleichgestellt, wozu auch die täglichen Bedürfnisse gehörten, die durch Warenhäuser und den Lebensmittelhandel gedeckt würden. Die objektiven Erfordernisse des Arbeitsprozesses (Inventur) würden es erforderlich machen, dass die Inventarisierung ohne Unterbrechung durch das Tagesgeschäft während der Nacht durchgeführt werden könne. Die Nachtarbeit werde, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, mit Wechsel zur Tagesarbeit ausgeführt; die externen Dienstleister würden ihre Arbeitnehmer anderweitig auch am Tage einsetzen. Überdies sei der Vollzug des Arbeitsgesetzes nicht gefährdet; die MANOR AG könne sich als Adressatin der angefochtenen Verfügung nicht der Erfüllung der Auflagen entziehen und die externen Dienstleister hätten sich vertraglich gegenüber der MANOR AG zur Einhaltung der Auflagen verpflichtet. Überdies seien die Vorschriften des Arbeitsrechts ohnehin zu beachten. Die angebliche Lohnunterbietung spiele im Zusammenhang mit der Erteilung der Nachtarbeitsbewilligung keine Rolle.

#### **K.**

Mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2010 äusserte sich die Vorinstanz wie folgt: Sie habe die Bewilligung im Wesentlichen deshalb erteilt, weil in der Pilotphase gute Erfahrungen gemacht worden seien; insbesondere hätten die zuständigen Arbeitsinspektorate bei ihren Kontrollen keine besonderen Probleme festgestellt. Am 16. November 2009 habe ein Gespräch mit der Beschwerdegegnerin zwecks Ziehung einer ersten Bilanz stattgefunden. Das in der Folge eingereichte Gesuch um Ausweitung der Bewilligung für Nachtarbeit auf sämtliche Geschäfts-

stellen in der Schweiz habe aus Sicht der Vorinstanz positiv beurteilt werden können. Der Schutz der Arbeitnehmenden sei stets berücksichtigt worden. Die Bestimmung, wonach Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot bewilligt werden können, sofern wirtschaftliche und technische Unentbehrlichkeit vorliege, sei zwar primär auf Produktionsverfahren ausgerichtet. Es gelte jedoch zu berücksichtigen, dass das Arbeitsgesetz nicht vollständig an die Bedürfnisse moderner Dienstleistungsunternehmen angepasst worden sei. Die Vorinstanz führt weiter aus, warum die von der Beschwerdegegnerin gewählte Lösung ihrer Ansicht nach den Anliegen des Arbeitnehmerschutzes Rechnung trage. Überdies werde der normale Betriebsablauf durch die gesetzlich vorgeschriebenen Inventurarbeiten vor Schwierigkeiten gestellt, weshalb zur Verminderung der Auswirkungen angemessene Lösungen zu suchen seien. Die Vorinstanz äussert sich des Weiteren zum Vorwurf, die Bewilligung hätte nicht (nur) der Beschwerdegegnerin ausgestellt werden dürfen, sondern den externen Dienstleistern. Sie ist der Auffassung, dass die Beschwerdegegnerin die Vorteile einer Ausgliederung dieser Tätigkeit plausibel habe machen können. Die Arbeit könne von professionellen Kräften organisiert und geleitet werden, und die geleistete Arbeit sei qualitativ hochstehend. Ausgehend von diesen Feststellungen habe die Vorinstanz versucht, eine praktikable Lösung zu finden, die zugleich einen angemessenen Schutz der betroffenen Arbeitnehmenden gewährleiste. Sie sei der Auffassung, dass die gefundene Lösung in die richtige Richtung gehe, auch wenn über die strikte Einhaltung der formellen Anforderungen des Arbeitsgesetzes "diskutiert" werden könne. Sie verweist ferner darauf, dass die Entwicklung solcher Dienstleistungsunternehmen in den letzten Jahren zugenommen habe und diese häufig in mehreren Kantonen tätig seien, wodurch die Situation entsprechend komplex sei. Das Arbeitsgesetz sei dieser Realität nicht angepasst, weshalb es gelte, pragmatische Lösungen zu finden.

#### **L.**

Mit Verfügung vom 17. Juni 2010 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen:

1. Ist die Aussage der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort vom 25. Mai 2010 auf S. 11 unter Rz. 23 zutreffend, dass die Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz die Auskunft erhalten habe, die Bewilligung könne nicht direkt an die externen Dienstleister adressiert werden, da diese die Bewilligung sonst in der ganzen Schweiz auch bei Inventuren in anderen Unternehmen einsetzen und sich so einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnten?

2. Die Sigma GmbH, Stuttgart, verfügt für den Zeitraum vom 1. August 2008 bis zum 31. Juli 2011 über eine Bewilligung für Nacharbeit für Inventuren in Geschäften der ganzen Schweiz (BBI 2008 6829). Wie ist dies mit dem unter Frage 1 geschilderten Sachverhalt und der angefochtenen Verfügung in Einklang zu bringen? Inwiefern wurde die der Sigma GmbH im Jahr 2008 erteilte Bewilligung beim Entscheid über das Gesuch der MANOR AG berücksichtigt?

Zudem wurde die Vorinstanz aufgefordert, ihre Aussagen in der Vernehmlassung vom 25. Mai 2010 hinsichtlich der durchgeführten Kontrollen mit entsprechenden Kontrollberichten der zuständigen kantonalen Behörden zu belegen.

#### **M.**

Mit Stellungnahme vom 24. Juni 2010 führte die Vorinstanz aus, die Sigma GmbH, Stuttgart, habe am 22. August 2008 die entsprechende Bewilligung zugestellt erhalten. Die kantonalen Vollzugsbehörden hätten der Vorinstanz in der Folge mitgeteilt, dass sie die Bewilligung als problematisch erachteten. Eine erneute Prüfung habe sodann ergeben, dass die Bewilligung fehlerhaft gewesen sei; deshalb sei diese mit Schreiben vom 28. August 2008 zurückgezogen worden. Im Anschluss an den Rückzug dieser Bewilligung hätten die Diskussionen mit der MANOR AG stattgefunden, welche zur Erteilung der Bewilligung für das Pilotprojekt geführt hätten. Die Aussage der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort vom 25. Mai 2010 erscheine im genannten Kontext plausibel. Ob sie wortwörtlich zutrefte, könne jedoch nicht bestätigt werden. Im Übrigen erhalte die Vorinstanz keine Kopien von Kontrollberichten der kantonalen Vollzugsbehörden; sie erhalte lediglich Kopien von Verfügungen betreffend Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen oder von Verfügungen im Zusammenhang mit der Verletzung von Bestimmungen des Arbeitsgesetzes.

#### **N.**

Mit (unaufgeforderter) Stellungnahme vom 16. Juli 2010 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei das Amt für den Arbeitsmarkt des Kantons Freiburg über die bei der Firma Sigma Inventuren GmbH und der Tradelog Instore Services GmbH bei MANOR durchgeführten Kontrollen anzuhören bzw. entsprechend zu editieren. Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, dass dabei Mängel festgestellt worden seien, über welche die Vorinstanz offensichtlich nicht informiert sei. Zudem äusserte sich die Beschwerdeführerin zu den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. Mai 2010.

**O.**

Mit Stellungnahme vom 13. August 2010 hielt die Beschwerdegegnerin an ihren Rechtsbegehren fest und beantragte, die von der Beschwerdeführerin gestellten Beweisanträge auf Anhörung des Amtes für den Arbeitsmarkt Fribourg bzw. das entsprechende Editionsbegehren seien abzuweisen, da anlässlich der Inspektionen im Kanton Freiburg weder im Jahr 2009 noch 2010 Rechtsverletzungen seitens der externen Dienstleister festgestellt worden seien.

**P.**

Mit Eingabe vom 27. August 2010 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei der Arbeitsinspektor Heribert Ducrey des Amtes für den Arbeitsmarkt Fribourg als Zeuge zu den von ihm durchgeführten Kontrollen zu befragen.

Die Beschwerdegegnerin beantragte am 15. September 2010, den vorgenannten Beweisantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

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

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, soweit es um die Bewilligung der Nachtarbeit für 180 Personen der externen Dienstleister gehe, sei die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert. Die Mehrzahl der von der angefochtenen Verfügung betroffenen Arbeitnehmenden sei nicht in der Detailhandelsbranche beschäftigt, sondern führe spezialisiert Inventuren und Bestandesaufnahmen in Unternehmen verschiedenster Branchen durch. Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, dass ihre Mitglieder auch aus dem Wirtschaftszweig "Inventuren" angehörten, oder dass sie in diesem Wirtschaftszweig Sozialpartnerin sei.

Die Beschwerdeführerin beruft sich zur Begründung ihrer Beschwerdelegitimation auf Art. 58 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) sowie auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (dazu nachfolgend).

**1.2.1** Gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG sind Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt, zur Beschwerde berechtigt. Eine solche Bestimmung findet sich in Art. 58 ArG, wonach zur Beschwerde gegen Verfügungen der kantonalen Behörden und der Bundesbehörden auch die Verbände der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer berechtigt sind. In Bezug auf letztere kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die betroffenen Arbeitnehmer oder einzelne von ihnen Verbandsmitglieder sind oder selbst ein Interesse an der Beschwerdeführung bekunden. Hingegen ist Voraussetzung, dass der beschwerdeführende Verband die Verteidigung beruflicher, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Interessen seiner Mitglieder bezweckt (Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 3.2, mit Hinweisen); beschwerdelegitimiert sind dabei alle Verbände, die im fraglichen Wirtschaftszweig, vorliegend im Detailhandel, massgebliche Interessen vertreten (Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 3.3), unabhängig davon, ob sie am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt waren (BENOÎT BOVAY, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Arbeitsgesetz: Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Bern 2005, Art. 58 Rz. 2).

**1.2.2** Die Gewerkschaft UNIA bezweckt insbesondere die Verfolgung der beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen ihrer Mitglieder (Art. 3 Abs. 1 der Statuten) und erfüllt ohne Weiteres die Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation, soweit sich die angefochtene Verfügung auf Arbeitnehmende der Beschwerdegegnerin bezieht, obschon sie nicht ständige Sozialpartnerin der Beschwerdegegnerin ist und kein schweizweiter Gesamtarbeitsvertrag existiert. Die Beschwerdeführerin ist jedoch praktisch flächendeckend in allen oder jedenfalls einer Vielzahl von Wirtschaftszweigen als Gewerkschaft aktiv (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 3.4), insbesondere auch in der Detailhandelsbranche (vgl. die Übersicht über die Tätigkeiten der UNIA im Detailhandel, abrufbar unter [www.unia.ch](http://www.unia.ch) > Arbeit&Recht > Branchen&GAV > Detailhandel) und vertritt die Interessen von Mitarbeitenden dieser Branchen. Dies wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Frage gestellt.

**1.2.3** Fraglich und umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin auch insoweit zur Beschwerde legitimiert ist, als die Verfügung der Vorinstanz Nachtarbeit für Mitarbeitende bewilligt, die nicht bei der Beschwerdegegnerin angestellt sind, sondern bei Unternehmen, die von der Be-

schwerdegegnerin für Inventuren beauftragt werden sollen. Dies ist aus nachfolgenden Gründen zu bejahen:

Die Vorinstanz hat die Bewilligung der Beschwerdegegnerin erteilt. Dabei hat die Vorinstanz die Bewilligung für Mitarbeitende der Beschwerdegegnerin als untrennbar verknüpft mit jener für Mitarbeitende der beiden von der Beschwerdegegnerin gemäss Rahmenverträgen vom 15. Februar 2010 (unterzeichnet am 20. April 2010) beauftragten Inventurunternehmen angesehen. Bereits daraus ergibt sich die Beschwerdelegitimation der UNIA in Bezug auf den gesamten Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz hätte, wäre es nur um die betroffenen Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin gegangen, keine Nachtarbeit bewilligt. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin bzw. haben die Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin ein Interesse daran, dass die angefochtene Verfügung gesamthaft auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht überprüft wird, da sich der Beizug von externen Unternehmen für die Inventur unmittelbar auf die Rechtsstellung der dabei einbezogenen 50 Angestellten der Beschwerdegegnerin und überdies auch auf die berufliche und wirtschaftliche Situation weiterer Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin auswirken kann. Schliesslich hat die UNIA bzw. haben deren Mitglieder ein Interesse daran, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Bewilligung von Nachtarbeit nicht unterlaufen werden, da die UNIA die Durchsetzung u.a. der im Arbeitsgesetz verankerten Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmenden in der Schweiz bezweckt.

**1.3** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht 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.**

**2.1** Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren Partei und ist entsprechend legitimiert, Anträge zu stellen (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**2.2** Als weitere oder andere Beteiligte können nach Art. 57 Abs. 1 VwVG Personen in den Schriftenwechsel miteinbezogen werden, welche eine gewisse Beziehungsnähe zur Streitsache aufweisen, die jedoch nicht zur Anerkennung der Parteistellung genügt. Andere Beteiligte können entsprechend weder (Verfahrens-)Anträge stellen noch

sonstige Parteirechte ausüben. Die Beschwerdeinstanz kann indessen die Vernehmlassungseingaben anderer Beteiligter als Auskünfte von Drittpersonen i.S.v. Art. 12 Bst. c VwVG im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung berücksichtigen, soweit sie dies nach ihrem Ermessen für erforderlich hält (vgl. FRANK SEETHALER/KASPAR PLÜSS, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Art. 57 Rz 13 ff., mit Hinweisen).

Da sowohl die Tradelog als auch die Sigma vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens betroffen sind, sind sie grundsätzlich als übrige Verfahrensbeteiligte (Art. 57 Abs. 1 VwVG) in das Verfahren aufzunehmen, erhalten Kenntnis von der Beschwerde und dem Schriftenwechsel. Die Tradelog Instore Services GmbH, mit Sitz in Wettengel, Deutschland, hat allerdings mit Brief vom 28. April 2010 zu Händen des Bundesverwaltungsgerichts mitgeteilt, dass sie die Beschwerdeführerin, soweit notwendig, mit der Führung des Beschwerdeverfahrens auch im Namen der Tradelog beauftrage, ohne dies jedoch mit einer Vollmacht zu belegen. In Berücksichtigung dieses Umstands wurde lediglich die Sigma, in der dargelegten Weise, in das Verfahren miteinbezogen.

### **3.**

**3.1** Auf das Editionsbegehren der Beschwerdeführerin und die damit verbundenen Beweisanträge (vgl. Sachverhalt N. bzw. P.) ist nicht einzutreten, da dies ausserhalb des Streitgegenstands liegt. Im Übrigen sind die Begehren in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da die angerufenen Beweise nicht entscheidrelevant sind und die Beschwerde im Hauptpunkt gutzuheissen ist. Die Einhaltung der Auflagen der Bewilligung ist nur in Bezug auf deren allfälligen Widerruf von Belang, beschlägt jedoch nicht die Frage, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung erfüllt waren.

**3.2** Die Beschwerdeführerin rügt den frühzeitigen Abbruch des Pilotprojekts bzw. der "Pilotbewilligung" vom 27. April 2009 (vgl. Sachverhalt B.) vor Ablauf der dreijährigen Bewilligungsdauer. Dieses Vorgehen ist unbehelflich, da grundsätzlich jederzeit ein erneutes Gesuch um Ausnahmegewilligung vom Verbot der Nachtarbeit gestellt werden kann und es daher der Vorinstanz unbenommen war, darauf einzutreten.

**4.**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, vorliegend seien Gesuchsteller und Arbeitgeber nicht identisch. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Ausnahme vom Verbot der Nachtarbeit erfülle deshalb die formellen Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 ArG nicht. Die Vorinstanz habe vielmehr zwei Unternehmen die Nachtarbeit bewilligt, ohne dass diese darum ersucht hätten. Der Adressat einer Verfügung für Nachtarbeit könne nur der Gesuchsteller sein. Die Beschwerdeführerin rügt somit, dass die angefochtene Verfügung bereits an einem formellen Mangel leide, weil die Beschwerdegegnerin nicht rechtmässige Adressatin der Verfügung bzw. nicht die rechtmässige Gesuchstellerin sei.

Die Vorinstanz führt dazu aus, das Arbeitsgesetz verlange zwar grundsätzlich, dass die Bewilligung an denjenigen Arbeitgeber auszustellen sei, dessen Personal die von der beantragten Ausnahme betroffenen Arbeiten ausführe, es liege jedoch eine besondere Situation vor. Die externen Mitarbeitenden würden durch Angestellte der Beschwerdegegnerin unterstützt. Daher habe diese auch eine gewisse Verantwortung gegenüber den externen Mitarbeitern. Sie habe sich in gewissem Masse auch dazu bereit erklärt, sicherzustellen, dass die externen Dienstleistungsunternehmen die in der Bewilligung statuierten Bedingungen auch einhielten. Die Tatsache, dass die externen Unternehmen die Bewilligung nicht direkt erhalten hätten, entbinde sie nicht von der Pflicht, die geltende Gesetzgebung einzuhalten. Die Vorinstanz sei der Ansicht gewesen, dass eine zusätzliche Bewilligung für die externen Unternehmen im vorliegenden Fall nicht erforderlich sei, denn es seien in der Bewilligung für die Beschwerdegegnerin Schranken vorgesehen, insbesondere das Ankündigungsobligatorium gegenüber den kantonalen Ausführungsbehörden.

Die Beschwerdegegnerin legt dar, sie habe von der Vorinstanz die Auskunft erhalten, dass nur die Beschwerdegegnerin das Gesuch stellen und Adressatin der Bewilligung sein könne. Art. 49 Abs. 1 ArG schliesse nicht aus, dass anstelle des Arbeitgebers im privatrechtlichen Sinn jene Person das Gesuch stelle, welche die massgeblichen betrieblichen Abläufe kontrolliere. Die betriebliche Situation sei ausschlaggebend, nicht die arbeitsvertragliche Parteistellung. Das Gesuch habe derjenige zu stellen, der den Betrieb führe und die Arbeit dort organisiere. Dies entspreche auch der Rechtsprechung, wonach das konkrete Arbeitsverfahren Ausgangspunkt der Beurteilung sei, ob die

erforderliche technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit vorliege. Darüber hinaus würden nebst der Beschwerdegegnerin auch die drei bestimmbar externen Dienstleister durch die Verfügung in die Pflicht genommen. Zudem hätten sich die externen Dienstleister auch vertraglich gegenüber der Beschwerdegegnerin zur Einhaltung der Verfügung und ihrer Auflagen verpflichtet und nachträglich auch gegenüber der Vorinstanz und dem Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass die Bewilligung an den jeweiligen privatrechtlichen Arbeitgeber ausgestellt werden müsste, führe dies jedenfalls nicht zur sofortigen Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz wäre gegebenenfalls anzuweisen, die angefochtene Verfügung binnen angemessener Frist durch neue Bewilligungen zu ersetzen.

**4.1** Eine Verfügung ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird; Verfügungsadressat ist somit derjenige, dessen Rechte und Pflichten durch die Verfügung geregelt werden (vgl. Art. 5 VwVG). Ist eine Verfügung auf Gesuch hin ergangen, ist der Gesuchsteller regelmässig der (primäre) Verfügungsadressat.

**4.2** Nach Art. 49 Abs. 1 ArG hat der Arbeitgeber Gesuche für die im Gesetz vorgesehenen Bewilligungen rechtzeitig einzureichen und zu begründen sowie die erforderlichen Unterlagen beizufügen. Art. 49 Abs. 1 regelt in erster Linie Form und Zeitpunkt der Bewilligungsgesuche (BENOÎT BOVAY, a.a.O., Art. 58 Rz. 3). Zu den erforderlichen Unterlagen äussert sich Art. 41 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111), wonach das Gesuch u.a. den Betrieb oder den Betriebsteil zu bezeichnen hat, für welchen um die Bewilligung nachgesucht wird (Art. 41 Bst. a ArGV 1). Nach der Legaldefinition von Art. 1 Abs. 2 ArG liegt ein Betrieb dann vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Das Arbeitsgesetz regelt dagegen nicht, wer Arbeitgeber ist. Die Wegleitung zum Arbeitsgesetz präzisiert lediglich, dass als Arbeitgeber der Träger der Arbeitsorganisation bezeichnet wird und dieser in vielen Fällen mit dem Betriebsinhaber identisch ist (Seco, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2005, S. 001-1 f., abrufbar unter [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) >

Dokumentation > Publikationen und Formulare > Merk- und Informationsblätter > Arbeit [nachfolgend: Wegleitung]; vgl. auch DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Bern 2004, S. 142). Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist der Arbeitgeberbegriff des Arbeitsgesetzes in Anlehnung an denjenigen des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auszulegen. Arbeitgeber im Sinne von Art. 319 OR ist, wer sich in einem privatrechtlichen Vertrag Arbeitsleistungen unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation versprechen lässt (eigene Arbeitsorganisation oder die eines Dritten, beispielsweise beim Personalverleih; vgl. WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 43 zu Art. 319 OR). Beim Personalverleih gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989 (AVG, SR 823.11) findet eine gewisse Aufspaltung der Arbeitgeberstellung statt. Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für bestimmte Zeit einem Dritten (Einsatzbetrieb) zwecks Arbeitsleistung zur Verfügung. Entscheidend ist dabei, dass der Arbeitgeber die wesentlichen Weisungsrechte über seine Angestellten an den Einsatzbetrieb abtritt. Zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein faktisches Vertragsverhältnis. Dem Entleiher steht während der Dauer der Leihe das Recht am Arbeitsergebnis zu. Ferner hat er in dem aus seiner Stellung als Betriebsinhaber folgenden Umfang das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht. Ihm gegenüber unterliegt der Arbeitnehmer der Treuepflicht und einer Haftung in Analogie zu Art. 321e OR. Das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher bleibt trotz der Leihe bestehen. Der Verleiher hat insbesondere Anspruch auf Arbeitsleistung, die Pflicht zur Lohnzahlung und das Kündigungsrecht (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 4C.60/2007 vom 28. Juni 2007 E. 4.1; PORTMANN, a.a.O., N. 23 ff.).

**4.3** Soweit die angefochtene Verfügung Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin betrifft, ist diese die korrekte Verfügungsadressatin; die Bewilligung für die 50 Spezialisten, die bei der Beschwerdegegnerin angestellt sind, weitet die gesetzliche Möglichkeit (Überschreitung der Höchstarbeitszeit für Inventuren, vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. c ArG), um Inventuren zu erledigen aus.

**4.4** Zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin auch in Bezug auf die 180 Mitarbeitenden externer Dienstleister als Arbeitgeberin gilt und auch für diese das Gesuch stellen konnte.

**4.4.1** Die Mitarbeitenden der Sigma und der Tradelog stehen zu diesen in einem Arbeitsverhältnis. Die Beschwerdegegnerin ist Auftraggeberin der Sigma und der Tradelog (vgl. die Rahmenverträge). Nach § 2 Ziff. 2 der Rahmenverträge wird das in Auftrag gegebene Werk vom Auftragnehmer eigenständig organisiert und mit eigenem Personal durchgeführt. Gemäss § 2 Ziff. 4 sind die Arbeitnehmer, welche durch den Auftragnehmer eingesetzt werden, den unmittelbaren Weisungen des Auftraggebers nicht unterworfen (Ausnahmen bei Dringlichkeit). Die Inventuren sollen zwar in den Räumen der Beschwerdegegnerin und an deren Waren stattfinden, doch ändert dies nichts daran, dass die Mitarbeitenden Angestellte der Sigma und der Tradelog sind, zu diesen in einem Subordinationsverhältnis stehen und entsprechend Arbeitnehmerschutz geniessen. Die Beschwerdegegnerin hat gegenüber den 180 Mitarbeitenden der Sigma und der Tradelog keine Arbeitgeberpflichten. Würde die Beschwerdegegnerin beispielsweise den Auftrag kündigen, hätte sie grundsätzlich keine Lohnfortzahlungen an die Angestellten der Sigma und der Tradelog zu leisten. Dass die Inventuren im Auftrag der Beschwerdegegnerin und in deren Räumlichkeiten erfolgen, macht sie gegenüber den 180 Mitarbeitenden der Sigma und der Tradelog noch nicht zur Trägerin der Arbeitsorganisation (vgl. E. 4.2). Zudem bestehen keine Hinweise darauf, dass es sich vorliegend um Personalverleih handeln würde, bei welchem die Arbeitgeberfunktion zwei verschiedenen Personen zusteht (vgl. E. 4.2. am Ende). Die Vorinstanz räumt denn auch ein, dass das Arbeitsgesetz grundsätzlich verlange, dass die Bewilligung an denjenigen Arbeitgeber ausgestellt werde, dessen Personal die von der beantragten Ausnahme betroffenen Arbeiten ausführen werde. Dies ist auch deshalb der Fall, weil nur der Arbeitgeber, der selber Verfügungsadressat ist, durch die Verfügung beispielsweise mit darin enthaltenen Auflagen zu einem bestimmten Verhalten rechtlich verbindlich angehalten werden kann. Entsprechendes gilt auch in Bezug auf die Gründe für den Widerruf einer Verfügung, könnte sich doch deren Adressat u.a. auf den Standpunkt stellen, er habe keinen (genügenden) Einfluss auf das Verhalten der in der Verfügung angeführten Dritten nehmen können.

In der Konsequenz bedeutet dies, dass für die Bewilligung im Umfang der 180 Mitarbeitenden externer Dienstleister die Sigma und die Tradelog ein Gesuch hätten stellen und entsprechend formelle Verfügungsadressaten hätten sein müssen. Der von der Vorinstanz geltend gemachten Besonderheit der Situation, in der auch 50 Mitarbeitende der Beschwerdegegnerin von der Bewilligung betroffen waren, die die ex-

ternen Mitarbeitenden unterstützen sollten (vgl. E. 4 zu Beginn), hätte damit Rechnung getragen werden können, dass drei gesonderte Bewilligungen erteilt, aber inhaltlich miteinander verknüpft bzw. voneinander abhängig gemacht und entsprechend im Bundesblatt publiziert worden wären. Falls es sich um vorübergehende Nachtarbeit handeln würde (vgl. E. 4.4.2), wäre dafür eine gewisse Koordination unter den zuständigen kantonalen Behörden Voraussetzung gewesen.

**4.4.2** Die Vorinstanz hätte somit die Bewilligung für Nachtarbeit für Mitarbeitende der Sigma und der Tradelog gemäss Art. 49 Abs. 1 ArG, unter Vorbehalt der Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 17 ArG), direkt an diese ausstellen müssen. Dies hätte vorausgesetzt, dass die Sigma und die Tradelog vor Vorinstanz zuvor in eigenem Namen ein entsprechendes Gesuch eingereicht hätten. Der Argumentation der Vorinstanz, wonach die Kontrollen durch die kantonalen Vollzugsbehörden stark erschwert würden bzw. die externen Dienstleister als direkte Bewilligungsadressaten über einen Wettbewerbsvorteil verfügen würden, ist nicht nachvollziehbar; die Bewilligung hätte den externen Dienstleistern ohne Weiteres für einen bestimmten Klienten (vorliegend für die Beschwerdegegnerin) und für bestimmte Warenhäuser erteilt werden können.

**4.4.3** Anzumerken ist, dass die Sigma im Jahr 2008 über eine (Pauschal-)Bewilligung für Inventuren in der gesamten Schweiz (BBI 2008 6829) verfügte. Diese wurde jedoch von der Vorinstanz mit Brief vom 28. August 2008 als nichtig qualifiziert mit der Begründung, dass das Seco für die Bewilligungserteilung nicht zuständig gewesen sei, da es sich im Einzelfall um vorübergehende Nachtarbeit gehandelt habe und zudem "diese Bewilligung vom Geschäft, wo die Inventuren stattfinden", hätte eingeholt werden müssen. Aus den Schreiben geht nicht hervor, warum es sich im Einzelfall um vorübergehende Nachtarbeit gehandelt haben soll.

**4.5** Die Beschwerdegegnerin beruft sich sinngemäss auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes, indem sie geltend macht, sie sei dem von der Vorinstanz vorgezeichneten Verfahren gefolgt (Auskunft der Vorinstanz vom 16. November 2008) und habe das Gesuch für sämtliche Personen, die anlässlich der Inventuren in ihren Warenhäusern nachts beschäftigt werden sollten, gestellt. Die Vorinstanz hat auf Nachfrage des Gerichts diese Aussage der Beschwerdegegnerin inso-

fern bestätigt, als dass sie im genannten Kontext plausibel erscheine (vgl. Sachverhalt M.).

**4.5.1** Der in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen und weiteres, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt wird, dass die sich auf Vertrauensschutz berufende Person berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die Berufung auf Treu und Glauben scheitert, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (zum Ganzen BGE 131 V 472 E. 5, BGE 129 I 161 E. 4.1, mit weiteren Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 622 ff., Rz. 668 ff.) oder das Recht sich seit der Auskunft geändert hat (BGE 133 II 1 E. 4.3.3, BGE 130 I 26 E. 8.1).

**4.5.2** Es kann offenbleiben, ob die fragliche Auskunft der Vorinstanz als taugliche Vertrauensgrundlage zu qualifizieren ist. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes mit der Folge der Bindung an die Vertrauensgrundlage sind jedenfalls nicht erfüllt, da eine direkt daraus folgende nachteilige Disposition der Beschwerdegegnerin aufgrund der erteilten Auskunft im oben (E. 4.5.1) dargelegten Sinn nicht ersichtlich ist; es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin die Inventuren ohnehin finanziert hätte, zumal sie gesetzlich dazu verpflichtet ist, ob nun mit fremdem oder mit (ausschliesslich) eigenem Personal. Das Risiko eines Beschwerdeverfahrens und allfällig daraus resultierender Kosten im Zusammenhang mit Arbeitszeitbewilligungen hat der Inhaber der Bewilligung ohnehin zu tragen. Auf diesen Umstand wurde die Beschwerdegegnerin von der Vorinstanz mit Schreiben vom 10. Februar 2010 denn auch ausdrücklich hingewiesen.

Im Übrigen hätte die Vorinstanz die in Frage stehende Bewilligung ohnehin nicht erteilen dürfen (vgl. E. 5). Damit erweist sich die falsche Auskunft der Vorinstanz als nicht kausal für eine allfällige nachteilige Disposition der Beschwerdegegnerin.

**4.6** Die angefochtene Verfügung ist nach dem Gesagten insoweit, als sie 180 Mitarbeitende externer Dienstleister betrifft, formell fehlerhaft und wegen dieses Mangels aufzuheben.

Weil die Bewilligung für maximal 50 Arbeitnehmer der Beschwerdegegnerin durch die Vorinstanz mit der Bewilligung für 180 Mitarbeitende externer Dienstleister verknüpft wurde und ohne Bewilligung für die Mitarbeitenden der externen Dienstleister der Beschwerdegegnerin keine Bewilligung erteilt worden wäre, führt dies zur Aufhebung der gesamten Verfügung.

## **5.**

Die Beschwerde ist im Übrigen auch materiell begründet.

**5.1** Nach Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr als Tagesarbeit und die Arbeit von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit; beides ist bewilligungsfrei. Untersagt ist die Beschäftigung von Arbeitnehmenden ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit, Art. 16 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen einer Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG).

**5.2** Gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG wird dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist. Bei den Begriffen der technischen und wirtschaftlichen Gründe handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die zunächst auf Verordnungsstufe und letztlich durch die Praxis konkretisiert werden (JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 17, Rz. 4). Nach Art. 28 Abs. 1 ArGV 1 liegt technische Unentbehrlichkeit insbesondere dann 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 Betriebseinrichtung verbunden sind (Bst. a); andernfalls die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder die Umgebung des Betriebs gefährdet werden (Bst. b). Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit liegt gemäss Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 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 Betriebes gegenüber seinen Kon-

kurrenten zur Folge hat oder haben könnte (Bst. a); das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können (Bst. b); 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 (Bst. c). 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 (Bst. a); und bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt (Bst. b).

**5.3** Gemäss Art. 28 Abs. 4 ArGV 1 braucht die technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nicht besonders nachgewiesen zu werden, sofern ein Bewilligungsgesuch für Nachtarbeit Arbeiten betrifft, welche im Anhang zur ArGV 1 aufgeführt werden; Inventuren im Detailhandel sind darin nicht erwähnt.

Für die Durchführung von Inventuren besteht nach Art. 12 Abs. 1 Bst. b ArG die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit (Art. 9 ArG).

**5.4** Der Arbeitgeber hat nach Art. 49 Abs. 1 ArG das Gesuch für die im Gesetz vorgesehenen Bewilligungen rechtzeitig einzureichen und zu begründen sowie die erforderlichen Unterlagen einzureichen. Nach Art. 41 ArGV 1 ist ein Gesuch schriftlich einzureichen und es hat die erforderlichen, in der Bestimmung näher bezeichneten Angaben, insbesondere den Nachweis der Unentbehrlichkeit (Bst. g) zu enthalten. Der Nachweis dieser Unentbehrlichkeit ist ein Bestandteil der Gesuchsbegründung und wird für die Erteilung einer Nachtarbeitsbewilligung zwingend vorausgesetzt (Wegleitung, S. 017-1). Die Beweislast für den Nachweis der Bewilligungsvoraussetzungen liegt demnach beim Gesuchsteller. Art. 42 ArGV 1 legt fest, dass in den behördlichen Arbeitszeitbewilligungen u.a. die Rechtsgrundlage und die Begründung der Bewilligung anzuführen ist.

Die Vorinstanz verfügt bei der Beurteilung einer Arbeitszeitbewilligung über eine gewisse Ermessensfreiheit, um die Ausnahme vom Gesetz zu gewähren (BENOÎT BOVAY/PIERRE SIEGENTHALER, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, Art. 49, Rz. 2), die es bei pflichtgemässer Wahrnehmung jedoch bedingt, dass sämtliche entscheidungsrelevanten Unterlagen vorhanden sind und beurteilt werden können.

**5.4.1** Die Anforderungen an das Gesuch sind im Arbeitsgesetz lediglich allgemein definiert, und es enthält keine besonderen Bestimmungen zur Begründung, weshalb insoweit grundsätzlich die allgemeinen aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 35 VwVG abgeleiteten Rechtsregeln gelten (BGE 131 II 200 E. 4.2). Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

**5.4.2** Die Beschwerdegegnerin hat das Gesuch schriftlich am 27. November 2009 bei der Vorinstanz gestellt. Darin schildert sie zunächst, wie sie bis anhin die Inventuren an drei Samstagabenden durch eigenes Personal und Aushilfen durchgeführt hat. Die Nachteile dieser Vorgehensweise seien neben der manchmal unzureichenden Qualität der Daten vor allem die Belastung des eigenen Personals am Inventurabend, aber auch vor und nach der Inventur. Die Beschwerdegegnerin präsentiert die Lösung durch externe spezialisierte Firmen nach Ladenschluss unter der Woche bis spätestens 03 Uhr in der Nacht. Die Vorbereitung und Inventur der Lagerräume könne dagegen im Laufe des Tages durchgeführt werden. Die Auswertung der Pilotinventuren (Bewilligung vom 27. April 2009) sei positiv gewesen. Das eigene Personal werde deutlich entlastet. Im Rahmen der Prüfungen durch die kantonalen Arbeitsinspektorate in den Kantonen Zürich und Bern sei es zu keinen Beanstandungen gekommen. Es werde grösster Wert darauf gelegt, dass die umliegenden Quartiere nicht durch Lärmbelästigungen beeinträchtigt würden. Die Inventuren seien zwischen Februar und Juni 2010 geplant. Die genauen Inventurtermine würden nachgereicht.

Die Vorinstanz hat in der Folge keine zusätzlichen Unterlagen einverlangt oder Abklärungen getroffen. Sie hat dagegen mit Schreiben vom 13. Januar 2010 die Erteilung der Bewilligung in Aussicht gestellt. Am 19. Januar 2010 reichte die Beschwerdegegnerin eine Auflistung der betroffenen Warenhäuser mit den aktuellen Öffnungszeiten und den geplanten Inventurterminen nach. Auf Nachfrage der Beschwerde-

gegnerin bestätigte die Vorinstanz mit Schreiben vom 10. Februar 2010, dass sich das Gesuch in Bearbeitung befinde und die Bewilligung bis zum nachgesuchten Beginndatum noch nicht ausgestellt sein werde. Daher ermächtigte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin, mit dem vorgesehenen Arbeitszeitsystem ab dem 1. Februar 2010 zu beginnen bzw. fortzufahren.

**5.4.3** Die Beschwerdegegnerin behauptet zwar das Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen, hat diese jedoch nicht genügend substantiiert bzw. belegt, auch nicht im Beschwerdeverfahren. Allein damit, dass die Beschwerdegegnerin zur Begründung ihres Gesuchs die "manchmal unzureichende Qualität der Daten" sowie die Belastung des eigenen Personals durch die Inventuren und deren Vorbereitung anführt, ist der Nachweis der technischen und wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nicht erbracht. Auch der Hinweis, dass eine Inventuraufnahme während der Ladenöffnungszeiten nicht möglich sei bzw. es nicht wirtschaftlich und gegenüber den Kunden unverständlich sei, die Läden zu schliessen, um Inventuren durchzuführen, kann nicht als Nachweis im Sinne von Art. 41 Bst. g ArGV 1 gewertet werden, zumal die Beschwerdegegnerin die Inventuren bisher ohne besondere wirtschaftliche Nachteile mit eigenem Personal und in hinreichender Qualität in der davon im Arbeitsgesetz vorgesehenen Abendarbeit bewältigen konnte. Für die in Frage stehende Bewilligung lag somit kein genügender Nachweis vor, dass es für die Beschwerdeführerin technisch und wirtschaftlich notwendig wäre, die Inventuren ausserhalb der gesetzlichen Möglichkeiten (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. b ArG) während der Nacht durchzuführen.

Es ist weiter insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Ansatzpunkt für die Beurteilung der Unentbehrlichkeit nicht Überlegungen der (wirtschaftlichen) Zweckmässigkeit sein können, sondern einzig die objektiven Erfordernisse des fraglichen Arbeitsverfahrens (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2, mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_748/2009 vom 15. Juli 2010 E. 3.2, mit Hinweisen). Es ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern sich die Vorinstanz näher mit den in Art. 28 ArGV 1 festgelegten Kriterien auseinandergesetzt hätte. Im Rahmen der Bewilligungserteilung für Nachtarbeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber ein strenger Massstab anzuwenden (BGE 131 II 200 E. 6.3 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2). Die vorliegenden Unterlagen sind dürftig

und beinhalten nicht genügend Informationen, um eine Ausnahmebewilligung nach Art. 17 ArG zu erteilen. Die Vorinstanz ist ihrer Verpflichtung nach Art. 12 VwVG, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln, nur ungenügend nachgekommen. Sie hätte vom Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (27. November 2009) bis zum geplanten Start der Inventuren (Februar 2010) durchaus genügend Zeit gehabt, die notwendigen Unterlagen einzufordern bzw. Präzisierungen von der Beschwerdegegnerin einzuverlangen. Auch wenn es sich teilweise um eine Wiederholung der ersten Bewilligung vom 27. April 2009 handelte, war die Vorinstanz von der Pflicht, den Nachweis der technischen und wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit zu prüfen, nicht entbunden, insbesondere auch deshalb nicht, weil die neuerliche Bewilligung eine Ausdehnung auf sämtliche Geschäftsstellen der Beschwerdegegnerin beinhaltete.

**5.5** Die Vorinstanz führt aus, es sei in diesem Zusammenhang wichtig zu unterstreichen, dass sich in den vergangenen Jahren solche Dienstleistungsunternehmen immer mehr entwickelt hätten. Viele Unternehmen würden auf ihre Dienste zurückgreifen und häufig sei das Dienstleistungsunternehmen in mehreren Kantonen tätig. Es handle sich um sehr komplexe Situationen. Das Arbeitsgesetz sei dieser neuen Realität nicht angepasst, und es gelte deshalb, pragmatische Lösungen zu finden.

Dazu ist zu bemerken, dass grundsätzlich jedes Gesetz einer zeitgemässen Auslegung zugänglich ist; dadurch können die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und die heute herrschenden Wertvorstellungen berücksichtigt werden (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 218, mit Hinweisen; im Verwaltungsrecht häufig mit der teleologischen Auslegungsmethode kombiniert fragt man nach Sinn und Zweck einer Norm im Lichte der aktuellen Gegebenheiten und Wertvorstellungen, vgl. hierzu PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 Rz. 5, mit Hinweisen). Die durch die Vorinstanz vorgenommene Anwendung des Arbeitsgesetzes, insbesondere zum Begriff des Arbeitgebers und zu den Anforderungen an den Nachweis der Voraussetzungen für die Bewilligung von Nachtarbeit, geht jedoch über eine zeitgemässe Auslegung hinaus und entfernt sich vom klaren Gesetzeswortlaut und der bisherigen Praxis dazu.

**6.**

Das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Argument der mutmasslich tiefen Löhne der (mutmasslich) ausländischen Arbeitnehmer der Sigma und der Tradelog erweist sich in Bezug auf die Beurteilung der Nachtarbeitsbewilligung als nicht einschlägig, da die Lohnhöhe nicht zu den Bewilligungsvoraussetzungen oder entscheiderelevanten Kriterien gehört. Im Übrigen gelten diesbezüglich entsprechende Regeln (Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA, SR 0.142.112.681] bzw. die flankierenden Massnahmen dazu: Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen vom 8. Oktober 1999 [Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SR 823.20] sowie die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen).

**7.**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Umfang, in welchem sie 180 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer externer Dienstleister betrifft, formell fehlerhaft ist, und die Vorinstanz zu Unrecht die Voraussetzungen für die Bewilligung von Nachtarbeit bejaht hat. Damit ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

**8.**

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt; ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen weitgehend durchgedrungen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Die Beschwerdegegnerin, die sich mit eigenen Anträgen am Beschwerdeverfahren beteiligt und auf deren Antrag zwei Zwischenverfügungen ergangen sind, ist im Wesentlichen unterlegen, weshalb ihr die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.- aufzuerlegen sind. Die Vorinstanz hat keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Eine Parteientschädigung kann gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG einer obsiegenden bzw. teilobsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf

Begehren für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Die Parteientschädigung umfasst nach Art. 8 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) die Kosten der Vertretung sowie allfällig weitere notwendige Auslagen der Partei. Die Beschwerdeführerin war zwar nicht anwaltlich vertreten, doch ist ihr ein nicht unerheblicher Aufwand erwachsen, der in direktem Zusammenhang zu ihren vom Gesetz anerkannten Aufgaben stand (vgl. vorne E. 1.2). Deshalb ist ihr für ihren Aufwand eine dem Ausgang des Verfahrens und dem gesamten Aufwand entsprechende angemessene Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'500.– zuzusprechen. Diese wird der Beschwerdegegnerin auferlegt (Art. 64 Abs. 2 und 3 VwVG).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die angefochtene Verfügung vom 12. Februar 2010 aufgehoben.

#### **2.**

Die Beschwerdeführerin hat keine Verfahrenskosten zu tragen. Ihr wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

#### **3.**

Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.- auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

#### **4.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zugesprochen. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils der Beschwerdeführerin zu überweisen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2010-06-22/16; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 19. Oktober 2010