



Urteil vom 16. Juli 2014

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Philippe Weissenberger,
Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiber Michael Müller.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Mattias Dolder,
Schwager Mätzler Schneider,
Poststrasse 23, Postfach 1936, 9001 St. Gallen,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ AG [vormals AG; nachfolgend: Beschwerdeführerin], Z. _____, betreibt eine Dialogmarketing-Agentur für aktives und passives Telemarketing (Call-Center) und bietet Seminare sowie Consulting für Call-Center an. Ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nehmen für ihre Auftraggeber Anfragen, Beschwerden und Bestellungen von Kunden im Versandhandel entgegen (sog. Inbound Call-Center). Für diese Tätigkeit verfügte die Beschwerdeführerin über eine vom 5. Juli 2010 datierende Arbeitszeitbewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) für Sonn- und Feiertagsarbeit. Da diese Bewilligung bis zum 30. Juni 2013 befristet war, ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz mit Gesuch vom 2. Juli 2013 um eine Verlängerung derselben.

A.b Mit Schreiben vom 6. August 2013 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Ablehnung ihres Gesuchs in Aussicht und lud diese ein, Stellung zu nehmen.

A.c Mit Eingabe vom 15. August 2013 liess die Beschwerdeführerin der Vorinstanz eine Stellungnahme zukommen mit der Bitte um Wiedererwägung ihres Verlängerungsgesuches. Zur Begründung machte sie das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses nach Art. 28 Abs. 3 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) sowie eine Beschränkung ihrer internationalen Konkurrenzfähigkeit nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 geltend.

A.d Nach erneuter Prüfung des Sachverhalts teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. Oktober 2013 mit, sie werde die Bewilligung nicht verlängern und bat um Mitteilung, ob die Beschwerdeführerin eine negative Verfügung wünsche oder ihr Gesuch zurückziehe.

A.e Mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2013 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz um erneute Prüfung ihres Gesuchs bzw. um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung. Mit Schreiben vom 26. November 2013 reichte sie der Vorinstanz zum Beleg des besonderen Konsumbedürfnisses zwei Excel-Zusammenstellungen einer potentiellen Auftraggeberin ein.

B.

Mit Verfügung vom 6. Dezember 2013 (publiziert im Bundesblatt vom

27. Dezember 2013 [BBl 2013 9755]) lehnte die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 2. Juli 2013 sowie deren Wiedererwägungsgesuche vom 15. August und 30. Oktober 2013 ab. Zur Begründung führte sie aus, Bestellaufnahmen im Auftrag von Versandhändlern stellten keine besonderen Konsumbedürfnisse im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 dar. Die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit, Arbeitnehmende für diese Tätigkeiten von Montag bis Samstag zwischen 6 und 23 Uhr zu beschäftigen. Im Übrigen könnten aufgrund technischer Möglichkeiten Bestellaufnahmen an Sonn- und Feiertagen ohne die Beschäftigung von Personal entgegen genommen werden. Betreffend die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Beschränkung ihrer internationalen Konkurrenzfähigkeit hielt die Vorinstanz fest, eine solche liege vor, wenn bei vergleichbaren Unternehmen im Ausland aufgrund geringerer Sozialkosten, tieferer Löhne, Investitions- sowie Transportkosten Produkte billiger produziert und verkauft werden könnten. Eine abweichende arbeitsgesetzliche Regelung resp. ein fehlendes Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit im Ausland oder eine abweichende ausländische Bewilligungspraxis bezüglich Sonn- und Feiertagsarbeit erfüllten die Voraussetzungen gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 nicht.

C.

Gegen diese Verfügung erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe von 14. Januar 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – folgende Anträge: die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr zu bewilligen, Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen für den Betrieb ihres Inbound-Callcenters zu beschäftigen; eventualiter sei die Angelegenheit zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt, entgegen der Auffassung der Vorinstanz liege eine Beschränkung der Konkurrenzfähigkeit dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 zufolge nicht nur dann vor, wenn bei vergleichbaren Unternehmen im Ausland aufgrund geringerer Sozialkosten, tieferer Löhne, Investitions- sowie Transportkosten Produkte billiger produziert und verkauft werden könnten, sondern auch "wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen" im Ausland. Auch gemäss BGE 131 II 212 vermöchten unterschiedliche Arbeitszeiten im Vergleich zum Ausland eine Ausnahmebewilligung zu rechtfertigen. Vorliegend würden vorwiegend Konkurrenten aus Deutschland, wo faktisch keine Beschränkung für Sonn- und Feiertagsarbeit in Call-Centern bestehe, ihre Konkurrenzfähigkeit beschränken. Überdies könnten deutsche Call-Center ihre Dienstleistungen aufgrund der dort notorisch niedrigeren Löhne und tieferen Investitionskosten

ten günstiger anbieten, was für Schweizer Call-Center erst recht zur Notwendigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeit führe. Aufgrund der bestehenden Einschränkung habe sie bereits verschiedene Kunden verloren, welche nunmehr Call-Center in Deutschland engagiert hätten. Es sei absehbar, dass sie ohne Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit weitere Kunden verlieren werde, was die Auflösung von Arbeitsverhältnissen und letztlich eine Gefährdung der Unternehmensfortführung zur Folge hätte. Potentielle Neukunden würden das vorliegende Verfahren mit grosser Aufmerksamkeit mit verfolgen, setzten sie doch für eine Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin allesamt die Leistung von Sonn- und Feiertagsarbeit voraus. Darüber hinaus sei die Bewilligung auch unter dem Gesichtspunkt des besonderen Konsumbedürfnisses gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu erteilen, habe die Vorinstanz doch ein solches noch in der Bewilligung vom 5. Juli 2010 explizit bejaht und hätten sich die Rechtsgrundlagen zwischenzeitlich nicht verändert. Das Vorliegen eines solchen besonderen Kundenbedürfnisses belegten die im vorinstanzlichen Verfahren ins Recht gelegten Prospektkopien von Versandhäusern sowie die ebenfalls eingereichten Excel-Zusammenstellungen einer potentiellen Auftraggeberin.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 14. Februar 2014 hält die Vorinstanz an ihrer ablehnenden Verfügung vom 6. Dezember 2013 fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde. Sie bringt vor, für Telefonzentralen bestehe mit Art. 33 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112) eine Sonderbestimmung, welche Nacht- und Sonntagsarbeit zulasse, jedoch nicht auf Arbeitnehmende anwendbar sei, welche – wie vorliegend – ausserhalb der Erbringung von reinen Telefondiensten mit kommerziellen Dienstleistungen wie namentlich Telefonmarketing und dem Verkauf von Waren und Dienstleistungen beschäftigt seien. Bei der Gewährung von Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot sei nach der Rechtsprechung ein strenger Massstab anzuwenden. Für die Frage der erheblichen Beeinträchtigung der Konkurrenzfähigkeit gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 bedeute dies, dass eine abweichende Regelung der Sonntagsarbeit im Ausland ebenso wie der Umstand, dass dort *de facto* am Sonntag gearbeitet werden dürfe, für sich alleine keinen hinreichenden Bewilligungsgrund darstelle. Damit eine Bewilligungserteilung gestützt auf Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 in Frage komme, müsse das Konkurrenzland insgesamt gesehen über deutlich arbeitgeberfreundlichere Arbeitszeiten (so bspw. eine deutlich höhere gesetzlich zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit) oder allgemeine Rahmenbedingungen ver-

fügen. Diese Voraussetzungen seien bei einem EU- und Nachbarstaat wie Deutschland grundsätzlich nicht erfüllt. Die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit, so führt die Vorinstanz weiter aus, wirke sich in der Regel dahingehend aus, dass eine Maschine oder ein kostenintensives Arbeitsverfahren während der Nacht und am Sonntag weiterlaufen müsse, um im Vergleich mit dem Ausland konkurrenzfähig zu bleiben. Vorliegend gehe es aber nicht um eine derart gelagerte Konkurrenzsituation, sondern um die Frage, ob am Sonntag Verkaufstätigkeiten zulässig seien. Hinsichtlich des geltend gemachten besonderen Konsumbedürfnisses nach Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 betont die Vorinstanz unter Verweis auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, ein solches sei nicht gegeben. Zum einen handle es sich beim Entgegennehmen von telefonischen Bestellungen nicht um eine täglich notwendige und unentbehrliche Dienstleistung, zum anderen würde das Fehlen eines solchen Dienstleistungsangebotes an Sonn- bzw. Feiertagen nicht von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden. Ausserdem könne eine Bestellung auch auf Band gesprochen werden. Die von ihr im Juli 2010 erteilte Bewilligung hätte aus heutiger Sicht in dieser Form nicht erteilt werden dürfen. Diesen Fehler gelte es nun – den rechtlichen Grundlagen entsprechend und mit Blick auf die rechtsgleiche Behandlung mit anderen Call-Centern – zu korrigieren. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführerin schon einmal eine Bewilligung erteilt wurde, könne diese daher keinen Anspruch auf Verlängerung ableiten. Zu guter Letzt weist die Vorinstanz darauf hin, dass eine Bewilligungserteilung Signalwirkung auf andere Bereiche des Detailhandels haben würde und letztlich die Gefahr einer Aushöhlung des Sonntagsarbeitsverbots bestünde.

E.

Mit Replik vom 20. März 2014 wendet die Beschwerdeführerin ein, der Vorinstanz könne nicht beigelegt werden, dass es bei der "wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit" nur um die Laufzeiten kostenintensiver Maschinen bzw. Arbeitsschritte gehen soll. Eine solche Einschränkung finde in den massgeblichen Rechtsgrundlagen keine Stütze. Gleiches gelte für die Behauptung der Vorinstanz, wonach für eine Ausnahmegewilligung nachzuweisen wäre, dass im fraglichen Konkurrenzland "insgesamt gesehen" deutlich "arbeitgeberfreundlichere Arbeitszeiten" bestehen würden. Eine derartige Voraussetzung ergebe sich auch nicht aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Im Übrigen gehe es nicht um eine Unterscheidung zwischen arbeitgeberfreundlichen und arbeitgeberunfreundlichen Arbeitsbedingungen, sondern um die Frage der Konkurrenzfähigkeit eines schweizerischen Unternehmens im Vergleich zu bspw. einem

solchen in Deutschland. Sodann bringt die Beschwerdeführerin erneut vor, die Vorinstanz habe noch in der Bewilligung vom 5. Juli 2010 ausdrücklich das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses bejaht. Schliesslich rügt sie, der Vorschlag der Vorinstanz, Anrufe sonntags auf Band aufzunehmen, vermöge in der Praxis nicht zu befriedigen und werde auch nirgends so praktiziert.

F.

Mit Duplik vom 28. April 2014 hält die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung sowie an ihrer Beschwerdeantwort vom 14. Februar 2014 fest und verzichtet auf weitere Ausführungen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 6. Dezember 2013 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Gemäss Art. 33 Bst. d VGG unterliegen Verfügungen von den Departementen unterstellten oder diesen administrativ zugeordneten Dienststellen der Bundesverwaltung, zu welchen die Vorinstanz zählt, der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist damit gegeben.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 VwVG). Sie ist vorliegend demnach zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.3 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.4 Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden.

3.

3.1 Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) ist – unter Vorbehalt von Art. 19 ArG – in der Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt. Dieser Zeitraum kann nach Art. 18 Abs. 2 ArG um höchstens eine Stunde vorgezogen oder verschoben werden, wenn die Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmt.

Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit bedürfen gemäss Art. 19 Abs. 1 ArG der Bewilligung. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird von der Vorinstanz bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 19 Abs. 2 und 4 ArG). Diese Voraussetzungen werden in der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) konkretisiert.

3.2 Nach Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 liegt wirtschaftliche Unentbehrlichkeit dann vor, wenn:

- a. 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 Konkurrenten zur Folge hat oder haben könnte;
- b. das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können; oder
- c. 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.

3.3 Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 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 technischen oder wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit im dort bezeichneten Umfang vermutet (Art. 28 Abs. 4 ArGV 1 i.V.m. Anhang zur ArGV 1).

3.4 Nach Art. 27 ArG sind bestimmte Betriebe und Berufsgruppen vom Sonntagsarbeitsverbot ausgenommen. Die entsprechenden Sonderbestimmungen befinden sich in der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112).

Für Telefonzentralen und die in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen besteht gemäss Art. 33 Abs. 1 ArGV 2 eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit. Dabei gelten als Telefonzentralen Betriebe, die in Zentralen telefonisch Auskunft erteilen, Anrufe und Aufträge entgegennehmen und weiterleiten (Art. 33 Abs. 3 ArGV 2). Die erwähnte Ausnahme gilt indessen nach Art. 33 Abs. 2 ArGV 2 nicht für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die ausserhalb der Erbringung von reinen Telefondiensten mit kommerziellen Dienstleistungen wie namentlich Telefonmarketing und Verkauf von Waren sowie Dienstleistungen beschäftigt sind.

3.5 Die vom Gesetz- und Verordnungsgeber gewählten Ausdrücke "wirtschaftliche Unentbehrlichkeit", "Grossteil der Bevölkerung", "täglich notwendige und unentbehrliche Waren und Dienstleistungen", "wesentlicher Mangel" sowie "Bedürfnis, das dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt" stellen unbestimmte Rechtsbegriffe dar. Diese müssen im konkreten Anwendungsfall sachbezogen ausgelegt werden. Gemäss Lehre und Praxis ist die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen. Wenn jedoch die verfügende Behörde den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht, so hat der Richter Zurückhaltung zu üben, der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen und so lange nicht einzugreifen, als

die Auslegung der Verwaltungsbehörde vertretbar erscheint (vgl. etwa BGE 119 Ib 254 E. 2b; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1577).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin geht davon aus, aufgrund der in Art. 33 Abs. 1 ArGV 2 für Telefonzentralen statuierten Ausnahme vom Sonntagsarbeitsverbot unterliege sie für die Entgegennahme von Kundenanfragen und -beschwerden – anders als für Bestellaufnahmen – an Sonn- und Feiertagen keiner Bewilligungspflicht.

4.1.1 Zu den ausführenden Verordnungen zum Arbeitsgesetz hat die Vorinstanz konkretisierende Weisungen erlassen, die sich auch zur rechtlichen Tragweite der erwähnten unbestimmten Rechtsbegriffe äussern. Dabei handelt es sich um Verwaltungsverordnungen, welche im Gegensatz zu Rechtsverordnungen keine neuen Rechte und Pflichten für Private statuieren, aber insofern von Bedeutung sind, als sie Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis – insbesondere im Ermessensbereich der Behörde – bieten. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Instanz (vgl. Art. 2 VGG) an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden, sondern bei deren Anwendung frei. Sofern diese aber eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen, werden sie von den Gerichten bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt (vgl. BVGE 2008/22 E. 3.1.1., BGE 132 V 200 E. 5.1.2, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 123 ff.).

4.1.2 Zur vorliegend interessierenden Ausnahmebestimmung von Art. 33 ArGV 2 führt die Vorinstanz in der Wegleitung zur Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz aus (vgl. ebenda, 233-1), dass diese Bestimmung keine Anwendung finde auf Betriebe wie etwa Versandhäuser, Call-Center oder Versicherungen, welche Waren oder Dienstleistungen zum telefonischen Verkauf anbieten oder die für sich oder im Auftrag Bestellungen für Waren oder Dienstleistungen entgegennehmen (Telefonmarketing). Für solche Tätigkeiten müsse um eine Bewilligung nachgesucht werden.

4.1.3 Da die Entgegennahme von Kundenanfragen und -beschwerden betreffend deren Auftraggeber resp. deren Produkte durch die Beschwer-

deführerin letztlich kommerziellen Charakter aufweist, ist vorliegend festzuhalten, dass – ebenso wie die Entgegennahme von Bestellungen – auch die Erbringung dieser Dienstleistungen an Sonn- und Feiertagen aufgrund von Art. 33 Abs. 2 ArGV 2, welcher die Erbringung kommerzieller Dienstleistungen vom Geltungsbereich von Abs. 1 derselben Bestimmung ausnimmt, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin der Bewilligungspflicht untersteht.

4.2 Ausnahmbewilligungen für Sonntagsarbeit werden nach dem Vorstehenden dann erteilt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist oder wenn ein besonderes Konsumbedürfnis danach besteht. Diese Unentbehrlichkeit sowie das besondere Konsumbedürfnis werden in Art. 28 ArGV 1 präzisiert.

4.2.1 Zur Begründung ihres behaupteten Anspruchs auf Erteilung bzw. Verlängerung der entsprechenden Bewilligung macht die Beschwerdeführerin zunächst eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit im Sinne einer Beschränkung ihrer internationalen Konkurrenzfähigkeit nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 geltend. Zu einer solchen führe der Umstand, dass in Deutschland für Call-Center faktisch keinerlei Einschränkung betreffend Sonn- und Feiertagsarbeit bestehe, was von Seiten des Deutschen Dialogmarketing Verbandes bestätigt werde. Aufgrund dieser Beschränkung habe sie Kunden verloren, welche nun Call-Center in Deutschland engagiert hätten. Im Falle der Nichterteilung (bzw. -verlängerung) der Bewilligung sei damit zu rechnen, dass sie weitere Kunden verliere. Infolgedessen müsste sie Arbeitsverhältnisse auflösen bzw. sei die Fortführung des Unternehmens in der Schweiz gefährdet. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz liege eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. c. ArGV 1 nicht nur dann vor, wenn "bei vergleichbaren Unternehmen im Ausland aufgrund geringerer Sozialkosten, tieferer Löhne, Investitionskosten sowie Transportkosten billiger produziert und verkauft werden könne". Überdies stehe die vorinstanzliche Auffassung, wonach abweichende arbeitsgesetzliche Regelungen resp. ein fehlendes Verbot von Sonn- und Feiertagsarbeit keine Ausnahmbewilligung zu rechtfertigen vermöchten, im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1, welcher ausdrücklich längere Arbeitszeiten oder andere Arbeitsbedingungen als Grund für eine solche erwähne. Auch nach BGE 131 II 212 vermöchten unterschiedliche Arbeitszeiten im Vergleich zum Ausland eine Ausnahmbewilligung zu rechtfertigen. Schliesslich fänden weder die von der Vorinstanz geltend gemachte Voraussetzung, wonach das Konkurrenzland insgesamt gesehen über deutlich arbeitgeberfreundliche-

re Arbeitszeiten verfügen müsse, noch die Einschränkung, wonach es bei der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nur um die Laufzeiten kostenintensiver Maschinen bzw. Arbeitsschritte gehen solle, im Gesetz oder der ausführenden Verordnung eine Stütze.

4.2.2 Im Rahmen der Bewilligungserteilung für Sonntagsarbeit (wie im Übrigen auch für Nachtarbeit) ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein strenger Massstab anzuwenden. Diese Auslegung gründet namentlich auf der *ratio legis* des Sonntagsarbeitsverbotes als Arbeitnehmerschutzbestimmung. Dabei verweist das Bundesgericht auf die soziale und kulturelle Bedeutung der Sonntagsruhe als kollektive Freizeit. Bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes genügt blosser Zweckmässigkeit für ein Abweichen vom Sonntagsarbeitsverbot nicht, sondern es ist hierfür vielmehr Unentbehrlichkeit erforderlich. Der Gesetzgeber stellt somit das Interesse an der Wahrung der Sonntagsruhe weit über die wirtschaftliche Zweckmässigkeit, weshalb Sonntagsarbeit nur ganz ausnahmsweise bewilligt werden darf, wenn es anders schlicht nicht geht. Dass bestimmte Betriebe unter dem Druck der Konkurrenz nicht weiterexistieren können, ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem marktwirtschaftlichen System immanent und soll nicht durch Ausnahmen vom Arbeitsschutz verhindert werden. Ansatzpunkt für die Beurteilung der in Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 geregelten wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit sei dabei nicht die wirtschaftliche Lage des einzelnen Betriebs, sondern das interessierende Arbeitsverfahren, was eine wettbewerbsneutrale Praxis bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen erlauben solle (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3, BGE 116 Ib 270 E. 4c). Die Auslegung des gesetzesinterpretativen Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 müsse sich am gesetzgeberischen Zweck orientieren, Nacht- und Sonntagsarbeit möglichst einzuschränken (vgl. BGE 116 Ib 270 E. 5a). Die Kriterien dieser restriktiven Rechtsprechung erachtet das Bundesgericht auch nach der Änderung des Arbeitsgesetzes vom 20. März 1998 als verbindlich (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.4 sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.166/2003 vom 7. August 2003, E. 2).

4.2.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei Deutschland (wie etwa auch Frankreich) um ein Land mit vergleichbarem sozialem Standard, welches für einen Vergleich nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 grundsätzlich in Frage kommt. Ferner erachtet es das Bundesgericht nicht als ausgeschlossen, bei der Vornahme dieses Vergleichs einzig auf die Arbeitszeiten abzustellen (vgl. BGE 130 II 200 E. 6.6); allerdings ist, wie vorstehend erwähnt, bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nach Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 stets beim interessie-

renden Arbeitsverfahren und nicht bei der wirtschaftlichen Lage des einzelnen Betriebs anzusetzen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gegenstand des von der Beschwerdeführerin zur Untermauerung ihres Standpunktes zitierten BGE 131 II 200 eine Ausnahmegewilligung betreffend "Bogenoffset- und Rollentiefdruckanlagen, Stanz-, Präge- und Klebmaschinen in der Abteilung Kartonage" war und dass die Vorinstanz in diesem Beschwerdeverfahren, die Rekurskommission EVD, deren Entscheidung das Bundesgericht mit seinem Urteil bestätigte, ihrem Vergleich die jeweilige – zeitliche – Auslastung der Tiefdruckanlagen zugrunde gelegt hatte (vgl. BGE 131 II 200 Sachverhalt).

4.2.4 Nach der systematischen Auslegungsmethode ergibt sich der Sinn einer Rechtsnorm durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in welchem sie sich innerhalb eines Erlasses präsentiert (vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 97). Eine Anwendung dieser Auslegungsmethode auf Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 führt zum Schluss, dass, wie jeweils in Bst. a und b desselben Absatzes explizit erwähnt, auch nach Bst. c ein kostenintensives Arbeitsverfahren vorzuliegen hat, welches letztlich zur wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit führt. Zum gleichen Ergebnis gelangt auch die Vorinstanz, indem sie ausführt, die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit wirke sich in der Regel dahingehend aus, dass eine Maschine oder ein kostenintensives Arbeitsverfahren während der Nacht und am Sonntag weiterlaufen müsse, um im Vergleich mit dem Ausland konkurrenzfähig zu bleiben. Eine derartige Auslegung von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 entspricht schliesslich auch, wie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefordert, dem gesetzgeberischen Zweck, welcher darin besteht, Nacht- und Sonntagsarbeit möglichst einzuschränken.

4.2.5 Vorliegend beantragt die Beschwerdeführerin eine Arbeitszeitbewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit welche die Entgegennahme von Anfragen, Beschwerden und Bestellungen von Kunden im Versandhandel für ihre Auftraggeber zum Gegenstand hat. Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein kostenintensives Arbeitsverfahren, wie es Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 2 nach der vorstehend dargelegten Auslegung voraussetzt.

Daraus ergibt sich, dass *in casu* keine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 vorliegt.

4.3 Die erwähnte restriktive Haltung betreffend die Gewährung von Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot (vgl. vorstehend E.4.2.2) ist auch beim von der Beschwerdeführerin weiter geltend gemachten besonderen Konsumbedürfnis nach Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu berücksichtigen, ist jenes doch der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gemäss Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 gleichgestellt (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.2 sowie B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 4.2).

4.3.1 Dass ein besonderes Konsumbedürfnis vorliege, belegt nach Ansicht der Beschwerdeführerin zunächst die ihr von der Vorinstanz am 5. Juli 2010 erteilte Bewilligung. Darüber hinaus legt die Beschwerdeführerin zum Nachweis eines solchen Bedürfnisses Prospektkopien von Versandhäusern ins Recht, in welchen die Möglichkeit aufgezeigt werde, bei diesen rund um die Uhr sowie sieben Tage pro Woche Bestellungen aufgeben sowie Beanstandungen und Beschwerden anbringen zu können. Weiter legt sie Excel-Zusammenstellungen einer potentiellen Auftraggeberin ins Recht, welche aufzeigen sollen, wie gross das Bedürfnis der Konsumenten sei, gerade und besonders an Sonn- und Feiertagen Bestellungen abgeben und gegebenenfalls auch Beanstandungen anbringen zu können. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, der Vorschlag der Vorinstanz betreffend die Aufnahme von Bestellungen auf Band vermöge in der Praxis nicht zu befriedigen und werde ihres Wissens nirgends so praktiziert.

4.3.2 Zum hier in Frage stehenden besonderen Kundenbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 wird in der Wegleitung der Vorinstanz zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz ausgeführt, dass es sich bei den angebotenen Waren oder Dienstleistungen um solche handeln müsse, die wirklich täglich benötigt werden. Könnten viele Leute am Sonntag oder in der Nacht auf das Angebot verzichten, ohne dadurch einen Mangel zu empfinden, so handle es sich nicht um besondere Kundenbedürfnisse im Sinne der vorliegenden Bestimmung. Daran ändere sich auch nichts, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzten. Dies gelte besonders dann, wenn die Gewährung solcher Dienstleistungen von einer Mehrheit der Bevölkerung als störend empfunden würde. Das Konsumbedürfnis sei dann ein besonderes, wenn es über den ganzen Tag oder die ganze Woche dauernd vorhanden sei oder wenn es, z.B. auf Grund des Freizeitverhaltens der Bevölkerung, gerade in der Nacht und an Sonntagen in besonderem

Masse vorhanden sei, was bspw. auf die Benützung von Sport- und Freizeitanlagen zutreffe.

4.3.3 Insoweit die Beschwerdeführerin das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses anhand von Prospekten ihrer Auftraggeber zu belegen meint, geht sie fehl. Naturgemäss haben letztere durchaus ein kommerzielles Interesse daran, ihre Kundschaft möglichst an sieben Tagen rund um die Uhr bedienen zu können. Derartige wirtschaftliche Argumente sind jedoch nicht geeignet, eine Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu begründen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes B-769/2009 E. 6.2, B-771/2009 E. 5.3, B-2842/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.4). Vielmehr muss das Vorhandensein eines wesentlichen Mangelempfindens beim Fehlen des entsprechenden Angebotes sowie das öffentliche Interesse an jenem im Einzelfall nachgewiesen werden.

Vorliegend belegen weder die erwähnten Prospekte noch die weiter ins Recht gelegten Excel-Zusammenstellungen einer potentiellen Auftraggeberin das Vorhandensein des in Art. 28 Abs. 3 Bst. a ArGV 1 geforderten Mangelempfindens eines Grossteils der Bevölkerung.

Ferner vermögen die Excel-Zusammenstellungen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass das Bedürfnis, telefonische Bestellungen abgeben zu können, am Sonntag in besonderem Masse hervortritt, was gemäss Art. 28 Abs. 3 Bst. b ArVG 1 als kumulative Voraussetzung neben einem wesentlichen Mangel nach Bst. a derselben Bestimmung nachzuweisen wäre. Aus diesen Zusammenstellungen ist nämlich nur gerade ersichtlich, wie viele Anrufe an zwei Sonntagen (6. sowie 13. Oktober 2013) zwischen 7 und 22 Uhr eingegangen sind, nicht jedoch, dass dies etwa bedeutend mehr Anrufe als wochentags wären.

Aus Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ergibt sich zudem, dass es sich bei den "besonderen Konsumentenbedürfnissen" um Waren oder Dienstleistungen handeln muss, *deren Befriedigung nicht ohne (Nacht- oder) Sonntagsarbeit möglich ist*. Dies ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei einem herkömmlichen Warensortiment des Detailhandels nicht der Fall (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2). Dass dies bei telefonischen Versandbestellungen sowie versandhausbezogenen Beschwerden und Beanstandungen ebenfalls nicht der Fall ist, liegt auf der Hand, können diese doch ebenso während der or-

dentlichen Arbeitszeit angebracht oder sonntags, wie die Vorinstanz zutreffend vorbringt, auf Band gesprochen werden. Just aus den von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Prospektauszügen geht hervor, dass zur Nachtzeit Bestellungen per Nachricht auf Band entgegengenommen werden (B._____, Y._____; C._____ GmbH, X._____) und dass mitunter am Wochenende kein Kundenservice geleistet wird (D._____, W._____). Im Übrigen nehmen sämtliche der angeführten Versandhäuser täglich und rund um die Uhr Bestellungen per E-Mail oder Fax entgegen; mithin ist die Platzierung von Bestellungen für einen Grossteil der Bevölkerung auch sonntags möglich. Somit kann vorliegend offensichtlich nicht von einer Dienstleistung gesprochen werden, deren Befriedigung nicht ohne Sonntagsarbeit möglich wäre.

Das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ist nach dem Gesagten vorliegend klar zu verneinen.

4.3.4 Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz mit Verfügung vom 5. Juli 2010 ohne weitere Begründung ein solches besonderes Konsumbedürfnis bejaht und der Beschwerdeführerin eine bis zum 30. Juni 2013 geltende Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit erteilt hat, vermeint die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Verlängerung dieser Bewilligung resp. auf eine erneute Bewilligungserteilung ableiten zu können.

Die Vorinstanz führt dazu aus, die damalige Bewilligung hätte aus ihrer heutigen Sicht nicht erteilt worden dürfen. Diesen Fehler gelte es nun den rechtlichen Grundlagen entsprechend und mit Blick auf die rechtsgleiche Behandlung mit anderen Call-Centern zu korrigieren.

Durch die Erteilung der fehlerhaften – *notabene* mittlerweile abgelaufenen – Bewilligung hat die Vorinstanz keine Vertrauensgrundlage geschaffen, die nunmehr der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit ganz oder auch nur teilweise entgegenstünde. Selbst wenn diese Verfügung, was aus den Akten nicht hervorgeht, in Anwendung einer zum damaligen Zeitpunkt eingelebten Praxis der Vorinstanz ergangen sein sollte, stünde dies einer jetzigen, gegenteiligen Verfügung nicht entgegen: eine Praxis ist nicht unwandelbar, sondern muss sogar geändert werden, wenn die Behörde zur Einsicht gelangt, dass das Recht bisher unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinne des Gesetzes oder den veränderten Verhältnissen besser entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.573/2002 vom 21. Mai 2003 E. 3.2, ferner BGE 133 V

37 E. 5.3.3). Sofern sie grundsätzlich und nicht bloss im Sinne einer singulären Ausnahme erfolgt, ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen, das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt, steht eine Praxisänderung weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch mit demjenigen der Rechtsgleichheit im Widerspruch (vgl. zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz 509 ff.).

Die Vorinstanz hat die damalige Bewilligungserteilung als aus heutiger Sicht unrichtig erkannt, womit sie einen ernsthaften und sachlichen Grund für ihre nunmehr anders lautende Entscheidung geltend macht. Wie aus ihrem Vorbringen hervorgeht, erfolgte diese Entscheidung mit Blick auf die rechtsgleiche Behandlung mit anderen Call-Centern, womit eine bloss singuläre Abweichung ausgeschlossen werden kann. Sodann überwiegt das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen der Beschwerdeführerin an der Rechtssicherheit, entspricht doch die neue Lösung besserer Erkenntnis der *ratio legis* von Art. 28 ArGV 1, welche – wie vorstehend erwähnt (vgl. E. 4.2.2) – darin besteht, Nacht- und Sonntagsarbeit möglichst einzuschränken. Schliesslich kann darin, dass sie nunmehr ein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Absatz 3 dieser Bestimmung verneint, auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben gesehen werden. Ein solcher läge nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allenfalls dann vor, wenn etwa die praxisgemässe Auslegung von Frist- oder Formvorschriften ohne Vorwarnung geändert würde (vgl. BGE 135 II 78 E. 3.2).

4.4 Die durch Verfügung vom 6. Dezember 2013 erfolgte Verweigerung einer Bewilligung für Sonn- und Feiertagsarbeit durch die Vorinstanz erweist sich nach dem Vorstehenden nicht als bundesrechtswidrig, weshalb die vorliegende Beschwerde abzuweisen ist.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 2'000.– aufzuerlegen (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]). Der von ihr am 16. Januar 2014 geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

5.2 Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz ([...]; Gerichtsurkunde)
- Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Schwanengasse 2, 3003 Bern (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Michael Müller

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

Versand: 6. August 2014