

BVGer B-2257/2010 vom 15. Oktober 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-10-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2257_2010

FR: TAF B-2257/2010 du 15 octobre 2010

IT: TAF B-2257/2010 del 15 ottobre 2010

Regeste

Arbeitnehmerschutz

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 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 verschiedener 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).

E. 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).

E. 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 > Arbeit&Recht > Branchen&GAV > Detailhandel) und vertritt die Interessen von Mitarbeitenden dieser Branchen. Dies wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht in Frage gestellt.

E. 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 Beschwerdegegnerin 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.

E. 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.

E. 2.1

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

E. 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 Wettenberg, Deutschland, hat allerdings mit Brief vom 28. April 2010 zu Händen des Bundesverwaltungsgerichts mitgeteilt, dass sie die Beschwerdegegnerin, 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.

E. 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 entscheiderelevant 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.

E. 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 Vorbringen 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.

E. 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 bestimmbaren 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.

E. 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.

E. 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 > 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.).

E. 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.

E. 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.

E. 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 externen 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 Nacharbeit handeln würde (vgl. E. 4.4.2), wäre dafür eine gewisse Koordination unter den zuständigen kantonalen Behörden Voraussetzung gewesen.

E. 4.4.2

Die Vorinstanz hätte somit die Bewilligung für Nacharbeit 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.

E. 4.4.3

Anzumerken ist, dass die Sigma im Jahr 2008 über eine (Pauschal-)Bewilligung für Inventuren in der gesamten Schweiz (BBl 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 Nacharbeit 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 Nacharbeit gehandelt haben soll.

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

E. 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).

E. 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.

E. 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.

E. 5

Die Beschwerde ist im Übrigen auch materiell begründet.

E. 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).

E. 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.], Stämpflis 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 merkbliche Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Betriebes gegenüber seinen Konkurrenten 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).

E. 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).

E. 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 entscheiderelevanten Unterlagen vorhanden sind und beurteilt werden können.

E. 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.

E. 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 Lärmbelastigungen 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 Beschwerdegegnerin 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.

E. 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 Ausnahmbewilligung 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.

E. 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.

E. 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 entscheidrelevanten 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).

E. 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.

E. 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).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.