

BVGer B-467/2022 vom 24. November 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-11-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-467_2022

FR: TAF B-467/2022 du 24 novembre 2022

IT: TAF B-467/2022 del 24 novembre 2022

Regeste

Arbeitnehmerschutz

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021; BVGE 2021 IV/1 E. 1 und 2007/6 E. 1 m.H.).

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung des SECO vom 14. Dezember 2021 vor.

E. 1.2

Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und das SECO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

E. 1.3

Als belastete Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

Die Beschwerdeschrift wurde fristgemäss eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

E. 1.5

Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden. Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesrecht eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz. Sie macht damit nach Art. 49 VwVG zulässige Beschwerdegründe geltend.

E. 1.6

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Nach Art. 16 f. des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit gemäss Art. 10 ArG grundsätzlich untersagt. Arbeit von 6 bis 20 Uhr gilt als Tages-, jene von 20 bis 23 Uhr als Abendarbeit (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 ArG). Vorbehalten bleibt eine abweichende Regelung von Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit gestützt auf Art. 10 Abs. 2 ArG. In der Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern grundsätzlich ebenfalls verboten (Art. 18 Abs. 1 ArG), wobei dieser Zeitraum um höchstens eine Stunde vorgezogen oder verschoben werden kann (Art. 18 Abs. 2 ArG). Feiertage sind den Sonntagen gleichgestellt (Art. 20a Abs. 1 ArG).

E. 2.2

Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und der Sonntagsarbeit bedürfen einer Bewilligung (Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 1 ArG). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacht- oder Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG). Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum ArG (ArGV 1, SR 822.111) definiert die Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit. In ihrem Bewilligungsgesuch vom 26. Juli 2021 machte die Beschwerdeführerin ein besonderes Konsumbedürfnis geltend, verneinte jedoch technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit. Gleichwohl hat sich das SECO in der angefochtenen Verfügung dazu geäussert. Vor Bundesverwaltungsgericht beruft sich die Beschwerdeführerin nun auch auf wirtschaftliche Unentbehrlichkeit. Solche besteht nach Art. 28 Abs. 2 ArGV 1, wenn: a. das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können; oder b. 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 haben könnte. Bis 31. März 2022 enthielt Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 noch folgende alternative Variante wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit (AS 2000 1581): 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. Auch auf diese Vorschrift stützt sich die Beschwerdeführerin (wie, sinngemäss, schon in ihrem Bewilligungsgesuch vom 26. Juli 2021). Dazu erklärt das SECO, die Revision per 1. April 2022 habe seine bereits geltende Praxis aufgenommen, weshalb sie hinsichtlich der vorliegend interessierenden Frage materiell nichts ändere. Insbesondere seien die Kriterien für die Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit inhaltlich gleichgeblieben. Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 habe in der Praxis keine selbständige Bedeutung gehabt; Aspekte der Wettbewerbsfähigkeit seien stets im Zusammenhang mit Investitionen oder hohen Unterbruchskosten gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. a und b ArGV 1 geprüft worden. Bisher habe das SECO keine Bewilligung ausschliesslich aufgrund des Kriteriums der Konkurrenzfähigkeit des per 31. März 2022 gestrichenen Art. 28 Abs. 2 Bst. c ArGV 1 erteilt. Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit stellt Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 besondere

Konsumbedürfnisse gleich, deren Befriedigung: a. angesichts der Unentbehrlichkeit der Waren und Dienstleistungen für die betroffenen Konsumenten im öffentlichen Interesse liegt; und b. ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht sichergestellt werden kann. Diese Bestimmung wurde während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens geändert. Bis zum 31. März 2022 hatte sie wie folgt gelautet (Zitat; AS 2000 1581): Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gleichgestellt sind die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist. Solche Konsumbedürfnisse sind: a. täglich notwendige und unentbehrliche Waren und Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde; und b. bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt. Nicht revidiert wurden seit Beschwerdeeinreichung hingegen Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG, auf welche sich Art. 28 Abs. 2 und 3 ArGV 1 stützen.

E. 2.3

Angesichts der Revision von Art. 28 Abs. 2 und 3 ArGV 1 per 1. April 2022 muss zunächst, aus zeitlicher Perspektive, das auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbare Verordnungsrecht bestimmt werden.

E. 2.3.1

Soweit der Gesetzgeber keine abweichenden Übergangsregelungen getroffen hat, sind grundsätzlich diejenigen Normen anwendbar, welche bei Erfüllung eines rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben bzw. hatten. Nur ausnahmsweise zulässig ist dabei die sog. echte Rückwirkung, die sich darin manifestiert, dass bei der Anwendung des neuen Rechts an ein vor dessen Inkrafttreten abgeschlossenes Ereignis angeknüpft wird. Als grundsätzlich zulässig gilt dagegen die sog. unechte Rückwirkung, bei welcher neues Recht ab seinem Inkrafttreten auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt angewendet wird. Vorbehalten bleiben diesbezüglich wohlverworbene Rechte sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes (vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B-2863/2014 vom 9. Dezember 2020 E. 2 und B-2213/2015 vom 5. Dezember 2017 E. 6.1 m.H.).

E. 2.3.2

Gegenstand der Rechtsanwendung bildet hier ein künftiger, sich über längere Zeit erstreckender Sachverhalt, ersucht die Beschwerdeführerin doch um Bewilligung dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nacht- und Feiertagsarbeit. Mangels (abweichender) Übergangsregelung des Verordnungsgebers beansprucht folglich - nach den oben (E. 2.3.1) dargestellten intertemporalrechtlichen Grundsätzen - das neue, seit 1. April 2022 in Kraft stehende Recht Geltung. Eine Rückwirkung desselben entsteht daraus nicht, zumal die beantragte Nacht- und Feiertagsarbeit nur mit erteilter Bewilligung geleistet werden darf. Im Übrigen bezweckte die Revision von Art. 28 Abs. 2 und 3 ArGV 1 per 1. April 2022 keine materielle Rechtsänderung, und die Vorinstanz als Vollzugsbehörde will ihre bisherige einschlägige Praxis beibehalten. Sie erklärt denn auch, sie komme nach altem wie nach neuem Recht zum gleichen Schluss. Dementsprechend lässt sich die Argumentation der Beschwerdeführerin, soweit sie sich auf die bis zum 31. März 2022 geltenden Fassungen von Art. 28 Abs. 2 und 3 ArGV 1 bezieht, auf die neuen Versionen dieser Bestimmungen übertragen.

E. 2.4

Erläuterungen zu den genannten Normen finden sich in der Wegleitung des SECO zum ArG und zu dessen Verordnungen 1 und 2 (Stand 1. April 2022; siehe <www.seco.admin.ch>). Sie soll namentlich eine einheitliche, rechtsgleiche Verwaltungspraxis im Ermessensbereich der Behörde gewährleisten. An diese Wegleitung ist das Bundesverwaltungsgericht zwar nicht gebunden, doch kann es sie berücksichtigen, soweit sie eine dem konkreten Fall gerecht werdende Auslegung der einschlägigen Normen erlaubt (vgl. Urteile des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2.4.1 m.H., B-3106/2015 vom 6. April 2017 E. 2.4 und B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.1.1).

E. 2.5

Entsprechend der Praxis des Bundesgerichts gilt für Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit ein strenger Massstab. Das Arbeitsgesetz dient dem Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 110 Abs. 1 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101), besonders in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über Nacht- und Sonntagsarbeit sollen den mit ihr verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Arbeitnehmenden Rechnung tragen. Deshalb muss ihnen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerade auch dann Nachachtung verschafft werden, wenn die Marktgesetze an sich für Nacht- oder Sonntagsarbeit sprechen würden. Blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen demzufolge nicht, um das Nacht- bzw. das Sonntagsarbeitsverbot aufzuweichen. Nacht- und Sonntagsarbeit muss nach dem Gesetzestext unentbehrlich sein. Abweichungen von den betreffenden Verboten sollen daher im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (statt vieler BGE 136 II 427 E. 3.2 m.H. und Urteil des BGer 2C_475/2017 vom 15. Dezember 2017 E. 2.2 und E. 3.3.1 m.H.; vgl. Urteile des BVGer B-1407/2020 vom 6. August 2020 E. 3.3.1, B-5341/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.1 m.H. und B-6642/2018 vom 21. März 2019 E. 4.3).

E. 2.6

Als unbestimmter Rechtsbegriff muss das Kriterium der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit im Anwendungsfall konkretisiert werden. Im vorliegenden Kontext bleibt die gesetzgeberische Intention zu berücksichtigen, dass Nachtarbeit möglichst eingeschränkt werden soll. Ausnahmen davon sind grundsätzlich eng auszulegen (vgl. BGE 139 II 49 E. 6.1, 134 II 249 E. 2.3 und 131 V 431 E. 6.1 m.H.; Urteil des BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021 E. 5.4; Urteile des BVGer B-6642/2018 vom 21. März 2019 E. 4.3 m.H. und B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2.4).

E. 2.7

Die Beweislast für das Vorliegen der Ausnahmebedingungen trägt die Gesuchstellerin. Sind sie erfüllt, besteht ein Anspruch auf Bewilligung (Art. 42 Abs. 4 ArGV 1). Mängel des Gesuchs, der Sachverhaltsabklärung oder der Entscheidbegründung können im Bewilligungs- bzw. im Rechtsmittelverfahren behoben werden (BGE 131 II 200 E. 4 und E. 6.4; vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-5341/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.3 m.H.).

E. 3

Erstens rügt die Beschwerdeführerin, das SECO habe Bundesrecht verletzt und den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem es die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit der beantragten Nachtarbeit verneint habe.

E. 3.1

Gemäss Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1 setzt wirtschaftliche Unentbehrlichkeit voraus, dass das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können.

E. 3.1.1

Zunächst ist das Kriterium mit dem Arbeitsverfahren verbundener Investitionskosten zu behandeln.

E. 3.1.1.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie betreibe in [...] ein Warenlager auf [...] Quadratmetern mit rund [...] Beschäftigten, das 2022 durch eine zusätzliche Halle um [...] Quadratmeter erweitert werde. Sie lagere in [...] etwa [...] Artikel und liefere von dort in die Schweiz sowie nach Liechtenstein. Auf X. _____ entfielen dabei ca. [...] % der Bestellungen, auf Y. _____ ca. [...] %. Gegenüber 2019 sei der Umsatz von X. _____ 2020 um [...] %, derjenige von Y. _____ um [...] % gewachsen. Gleichzeitig sei die Anzahl Kunden um rund [...] gestiegen. Der pandemiebedingte Anstieg der Bestellungen habe die Beschwerdeführerin an die Grenzen ihrer operativen Ressourcen gebracht. Sie rechne damit, dass der Bestellungseingang auch nach Abklingen der Pandemie ähnlich hoch bleibe. In den vergangenen Monaten habe sie diverse Massnahmen getroffen, um die Kapazitäten unter anderem in [...] auch ohne Nachtarbeit zu verstärken. Dort erhöhe sie ihre Lagerkapazitäten durch Automatisierung, erweitere den Warenfluss und baue die Verpackungsplätze aus, wobei sie auch neue Verpackungsmaschinen anschaffe. Dadurch entstünden Dutzende neue Arbeitsplätze. Ferner habe sie ein zusätzliches Lager in [...], ein temporäres in [...] und eines in [...] in Betrieb genommen; zwei weitere seien in Planung. Insgesamt habe die Beschwerdeführerin zwischen Januar 2016 und Mai 2021 rund Fr. [...] in den Betriebsteil Logistik in [...] investiert. Bei rund [...] Arbeitsplätzen ergäben sich für diesen Betriebsteil Investitionskosten von rund Fr. [...] pro Arbeitsplatz. Diese seien durch das Arbeitsverfahren bedingt, denn der Onlinehandel sei von der Kundenerwartung geprägt, ein heute bestelltes Produkt morgen geliefert zu bekommen. Ohne die Investitionen könne die Beschwerdeführerin ihre Produkte nicht innert konkurrenzfähiger Frist liefern, weshalb die Kunden dieselben Artikel bei anderen, allenfalls ausländischen, Onlinehändlern bestellen würden. Nicht aus Gründen der Produktivität oder der Rentabilität, sondern wegen des dem Onlinehandel inhärenten Arbeitsverfahrens, das grösstmögliche Automatisierung und erhebliche Lagerbestände erfordere, seien die Investitionen zwingend. Deshalb fielen auch die Investitionen in das Gebäude nicht quasi als Nebenprodukt eines Arbeitsverfahrens an, sondern seien ein wichtiger Bestandteil davon. Von den in den Betriebsteil Logistik in [...] investierten Mitteln seien [...] % in das Gebäude und [...] % in die Anlagen geflossen. Selbst wenn erstere ausser Acht gelassen würden, betrügen die Investitionen pro Arbeitsplatz immer noch deutlich mehr als Fr. [...]. Abgesehen davon gehe eine grundsätzliche Ausscheidung gewisser Investitionskosten bei der Prüfung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit nicht an. Art. 28 Abs. 2 Bst. b bzw. c ArGV 1 stelle ohne Differenzierung auf das angewandte Arbeitsverfahren ab und schliesse nicht von vornherein bestimmte Kosten aus. Die Kosten gewisser baulicher Massnahmen könnten auch nicht von Investitionen in Anlagen getrennt werden. Beispielsweise trage das Regal zur Lagerung der Waren die Gebäudehülle. Um Anlagen einbauen und betreiben zu können, hätten ebenfalls Anpassungen, etwa am Boden und am Dach, vorgenommen werden müssen.

E. 3.1.1.2

Darauf erwidert das SECO, mehr als die Hälfte der Investitionen der Beschwerdeführerin ergebe sich aus der Kostenstelle "Erweiterung der Hallen A und B". Als Investitionskosten gälten solche für Produktionsmaschinen und -anlagen. Darunter fielen auch Kosten für Weiterverarbeitungsanlagen, d.h. nicht produktive Anlagen, die direkt mit der Produktionsinfrastruktur zusammenhängen und unabdingbar seien, z.B. ein Reinraum, eine besondere Klimatisierung, Dampferzeugung, Anlagen für die Reinigung oder die Abwasserbehandlung. Nicht zu berücksichtigen seien hingegen Immobilien- oder Energiekosten. Die Praxis des SECO, Immobilien- oder Energiekosten nicht als Investitionskosten anzurechnen, ergebe sich aus der Formulierung von Art. 28 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 bzw. Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1, wonach es das Arbeitsverfahren sei, das mit erheblichen Investitionskosten verbunden sein müsse. Diese Bestimmungen seien anwendbar, wenn ein Unternehmen im Rahmen seines Arbeitsverfahrens teure Ausrüstungen anschaffen müsse. Folglich würden nur die produktionsspezifischen Investitionen berücksichtigt, nicht hingegen Immobilien- oder Energiekosten, denn diese widerspiegeln nicht den Preis des Arbeitsprozesses. Ausserdem belege die Beschwerdeführerin nicht, dass ihre produktionsspezifischen Investitionen mehr als Fr. [...] betragen. Überdies seien die Investitionskosten der Beschwerdeführerin nicht durch das Arbeitsverfahren bedingt. Der Versand am Tag nach der Bestellung sei bei den Onlinehändlern nicht die Regel. Es handle sich um eine Verbesserung des Angebots und damit um reine Gewinnmaximierung. Die geltend gemachten Investitionskosten basierten einzig auf Produktivitätsüberlegungen und führten zu einer Steigerung der Rentabilität im schnell wachsenden Onlineshopping.

E. 3.1.1.3

Abweichungen vom grundsätzlichen Verbot der Nacht- und der Sonntagsarbeit sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme darstellen, wofür bloss Zweckmässigkeit nicht genügt. Nach dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG muss Nacht- oder Sonntagsarbeit vielmehr unentbehrlich sein (vgl. BGE 136 II 427 E. 3.2 m.H. und Urteil des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2.2). Der entsprechende Nachweis obliegt der Gesuchstellerin. Ansatzpunkt für die Einschätzung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit bildet nicht die ökonomische Lage des einzelnen Betriebs, sondern das Arbeitsverfahren, was eine wettbewerbsneutrale Praxis bei der Erteilung von Ausnahmegewilligungen erlaubt (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3; Urteile des BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4 und B-3106/2015 vom 6. April 2017 E. 3.1, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_475/2017 vom 10. Januar 2018 E. 2.2 und E. 3.3.1 m.H.). Dass bestimmte Betriebe unter dem Druck der Konkurrenz nicht weiterexistieren können, ist nach der Rechtsprechung dem marktwirtschaftlichen System immanent und soll nicht durch Ausnahmen vom Arbeitnehmerschutz verhindert werden (Urteil des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2.2 m.H.). Auch die Gefahr, ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit Kunden zu verlieren, indiziert keine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit. Sonst würde das grundsätzliche Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit ausgehebelt, hat doch jedes Unternehmen Interesse daran, seine Kundschaft zu halten und Waren sowie Dienstleistungen zu verkaufen (Urteil des BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4). Nach der ratio legis ist ein Arbeitsverfahren nur dann mit hohen Investitionskosten im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 verbunden, wenn es als solches notwendig ist. Sonst läge es im Belieben des Unternehmens, ein Arbeitsverfahren zu wählen, das zu Nacht- und

Sonntagsarbeit führt. Hohe Investitionen müssen also nötig sein, weil das Produkt anders gar nicht oder nicht in genügender Qualität hergestellt werden kann. Ungerechtfertigt sind Nacht- und Sonntagsarbeit daher, wenn etwa Maschinen nur deshalb ersetzt werden, weil noch effizientere zur Verfügung stehen. Selbstredend bleibt dem Unternehmen die Wahl möglichst produktiver Arbeitsmethoden. Ob sich diese lohnen, muss es aber entscheiden, ohne auf arbeitsrechtliche Ausnahmegewilligungen zurückzugreifen, denn blosser Rationalisierungsmassnahmen erlauben keine Ausnahmegewilligung. Unentbehrlichkeit liegt dabei nicht vor, denn längere Maschinenlaufzeiten ermöglichen in jedem Betrieb eine höhere Produktion, was ein Abweichen vom grundsätzlichen Verbot nicht rechtfertigen kann (vgl. BGE 116 Ib E. 5c m.H.). Wirtschaftliche Unentbehrlichkeit beurteilt sich angesichts der zweckbedingt engen Auslegung des Gesetzes aus der Sicht des Betriebs, nicht aus derjenigen von Dritten wie Zulieferern oder Konsumenten (Béatrice Hurni / Damian K. Graf, in: Blesi / Pietruszak / Wildhaber: ArG, Kurzkomentar, 2018, Art. 17 N. 18 m.H.). Die vorausgesetzten hohen Investitionskosten müssen durch das (unumgängliche) Arbeitsverfahren bedingt sein, weshalb es nicht genügt, wenn dieses etwa nur aus Gründen der Produktivität und damit der höheren Rentabilität gewählt wird. Andernfalls würde mittels Nachtarbeit arbeitsrechtliche Strukturpolitik zugunsten kapitalintensiver Unternehmen betrieben (BGE 116 Ib 270 E. 5c; vgl. Jean-Fritz Stöckli / Daniel Soltermann, in: Geiser / von Kaenel / Wyler: Arbeitsgesetz, Kommentar, 2005, Art. 17 Fn. 14).

E. 3.1.1.4

Wie das SECO zu Recht erklärt, beruhen die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Investitionskosten auf Produktivitätsüberlegungen. Sie sind nicht mit dem Arbeitsverfahren, sondern einerseits mit der wachsenden Nachfrage in ihren Onlineshops, andererseits mit selbstgesetzten Vorgaben hinsichtlich des spätesten Bestellzeitpunkts für Lieferungen am Folgetag verbunden (vgl. Urteil des BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021 E. 6.3). Diese Deadline könnte die Beschwerdeführerin wenigstens temporär etwas vorverlegen, bis die von ihr bereits eingeleiteten Massnahmen zum Kapazitätsausbau vollständig greifen. Ihre Befürchtung, Kunden zu verlieren, bildet nach der oben wiedergegebenen Gerichtspraxis kein Argument, um wirtschaftliche Unentbehrlichkeit im Sinne des Gesetzes zu rechtfertigen. Eine entsprechende Gefahr ist auch weder belegt noch plausibel, zumal Kundenbeziehungen neben der Lieferfrist weitere Aspekte umfassen, beispielsweise des Preises, des Sortiments, der Qualität und des Service. Darüber hinaus sind die fraglichen Investitionen auch insoweit nicht im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1 mit dem Arbeitsverfahren verbunden, als sie Kosten für Immobilien widerspiegeln. Sie entstehen ausserhalb des produktionsspezifischen Prozesses, sodass das entsprechende Vorgehen des SECO als sachgerecht erscheint. Kosten für Gebäude fallen ferner bei den allermeisten Unternehmen an; sie eignen sich deshalb nicht als Abgrenzungskriterium für die ausnahmsweise Zulassung von Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit im marktwirtschaftlichen Wettbewerb. Nicht zuletzt könnte diese dann faktisch durch die Zahl oder das Volumen der Produkte, mit denen ein Unternehmen handelt, bestimmt werden. Wenn schliesslich wegen des Arbeitsverfahrens Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 bestünde, wäre die Beschwerdeführerin längst auf dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit angewiesen gewesen. Ihr Arbeitsverfahren als solches hat sich im fraglichen Zeitraum jedoch nicht verändert. Sie hat vom 1. Oktober 2021 bis zum 30. September 2024 befristete Nacht- und Feiertagsarbeit beantragt. Auch danach wird ihr Arbeitsverfahren das gleiche sein. Im Übrigen verneinte die Beschwerdeführerin wirtschaftliche

Unentbehrlichkeit in ihrem Gesuch an die Vorinstanz ausdrücklich selber.

E. 3.1.1.5

Demgemäss sind die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Investitionskosten nicht, wie es Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1 voraussetzt, mit dem Arbeitsverfahren verbunden.

E. 3.1.2

Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner näheren Erörterung der Frage, ob diese Kosten unvermeidlich hoch im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. a ArGV 1 wären und ob sie ohne Nacht- und Feiertagsarbeit nicht amortisiert werden könnten. Da die Aufwendungen für Immobilien gemäss vorstehender E. 3.1.1.4 allerdings unberücksichtigt bleiben, ist aber jedenfalls Ersteres als wenig wahrscheinlich einzuschätzen.

E. 3.2

Alternativ lag wirtschaftliche Unentbehrlichkeit nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c in der bis 31. März 2022 gültig gewesenen Fassung der ArGV 1 (Stand am 10. März 2022) vor, wenn die Konkurrenzfähigkeit gegenüber Ländern mit vergleichbarem sozialem Standard wegen längerer Arbeitszeiten oder anderer Arbeitsbedingungen im Ausland erheblich beeinträchtigt war und die Beschäftigung durch die Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit gesichert werden konnte. Obschon diese Bestimmung nicht mehr in Kraft steht, stützt sich die Beschwerdeführerin auf sie. Dazu erklärt das SECO, die Revision per 1. April 2022 habe seine bereits geltende Praxis aufgenommen, weshalb sie hinsichtlich der vorliegend interessierenden Frage materiell nichts ändere. Laut Wegleitung des SECO zu Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 wird der Aspekt der internationalen Konkurrenzfähigkeit denn auch weiterhin im Rahmen der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit mitberücksichtigt.

E. 3.2.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie verspreche ihren Kunden schon seit rund zehn Jahren die Lieferung am nächsten Tag. Auch ihr grösster Schweizer Konkurrent [...] werbe sehr prominent mit dem Slogan "heute bestellt, morgen geliefert". Ebenso versprechen die ausländischen Konkurrenten eine Lieferung am nächsten Tag und dies bei späterem Bestellschluss. "Next day delivery" sei der Branchenstandard und mit Blick auf die Bedienung der loyalen Kunden von zentraler Bedeutung. Müsse ein Kunde seine abendliche Bestellung wegen des früheren Bestellschlusses bei einem anderen (allenfalls ausländischen) Onlineshop tätigen, bestehe die Gefahr, dass er das auch künftig tue. Damit die Beschwerdeführerin ihr Lieferversprechen auch weiterhin und trotz der pandemiebedingt explosionsartig erhöhten Nachfrage einhalten könne, sei sie auf Nacharbeit angewiesen. Sie sei derzeit neben [...], [...] und [...] die einzige grosse Onlinehändlerin ohne Nacharbeitsbewilligung. Die Beschwerdeführerin habe vor allem im Vergleich mit [...] ein sehr ähnliches Sortiment; die Anzahl gleicher Produkte in den beiden Onlineshops betrage rund [...]. Im Vergleich zu [...] gebe es sehr grosse Überschneidungen. Preislich könne die Beschwerdeführerin der ausländischen Konkurrenz nicht das Wasser reichen. Umso wichtiger sei deshalb das Kriterium der kurzen Lieferzeiten. Da die Konkurrenz in Deutschland während der Nacht arbeiten dürfe, könne ein Kunde in der Schweiz seine Bestellung im Onlineshop von [...] bis abends um 23 Uhr tätigen und erhalte die Waren am folgenden Werktag geliefert. Die Beschwerdeführerin müsse eine Bestellung bis spätestens um 17 Uhr erhalten, wenn sie diese jedenfalls am nächsten Werktag zustellen müsse und ihre Mitarbeitenden in der Nacht nicht arbeiten lassen dürfe. Weil aber viele

Kunden ihre Bestellungen vorzugsweise erst am Abend tätigten, habe die ausländische Konkurrenz bezüglich Lieferfristen für Sendungen in die Schweiz gegenüber der Beschwerdeführerin trotz unter Umständen längerer Wege einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Bei einem signifikanten Rückgang des Umsatzes müsste die Beschwerdeführerin ihre Belegschaft reduzieren und sogar eine Verschiebung ihrer Warenlager ins grenznahe Ausland in Erwägung ziehen, was mit einem Verlust zahlreicher Arbeitsplätze in der Schweiz einherginge.

E. 3.2.2

Das SECO entgegnet, die "Next day delivery" sei bei den Konkurrenten der Beschwerdeführerin nicht die Regel. Ausserdem ermögliche die Beschwerdeführerin für viele Produkte bereits eine Lieferung am nächsten Tag. Ihre Behauptung, Kunden würden auf andere Onlineshops ausweichen, wenn ein abends bestelltes Produkt nicht am nächsten Tag geliefert werde, werde weder begründet, noch könne ihr gefolgt werden. [...] und [...] böten für die Schweiz bestenfalls eine Lieferung innerhalb von einem bis drei Tagen an. Bei [...] müsse ebenfalls bis 17 Uhr bestellt werden, damit eine Lieferung am nächsten Tag möglich sei. Preise und Lieferzeiten seien nicht die einzigen Elemente, bei denen Onlineunternehmen wettbewerbsfähig sein könnten. Beispielsweise strebe die Beschwerdeführerin an, die Transparenz ihrer Preise und die Nachhaltigkeit zu fördern. Diese zwei Themen gewannen in der Gesellschaft immer mehr an Bedeutung und könnten einen echten Wettbewerbsvorteil darstellen. Die Beschwerdeführerin habe Y. _____ zu mehr als nur zu einem Onlineshop entwickelt, nämlich zu einer aktiven Community inkl. Fachmagazin. Sie distanzieren sich bereits von ihren Konkurrenten, indem sie einen persönlicheren Service anbieten und bestimmte Werte verfolgen. Einige Unternehmen folgten einer Strategie der drastischen Preissenkung, was zu alarmierenden Situationen führe. Die Beschwerdeführerin habe einen anderen Weg gewählt; sie habe sich als zuhörendes und nachhaltiges Unternehmen positioniert. Die Nichterteilung einer Nachtarbeitsbewilligung bedeute also keinen unüberwindbaren Nachteil für sie, die durch ihr Angebot konkurrenzfähig bleiben könne.

E. 3.2.3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 28 Abs. 2 Bst. c aArGV 1 sollen ausländische Standortvorteile aufgrund eines tieferen Lohnniveaus nicht durch entsprechende Ausnahmen kompensiert werden. Dafür kommt einzig eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit, die auf weniger strenge ausländische Arbeitsschutzvorschriften zurückgeht, in Frage (vgl. BGE 131 II 200 E. 6.3 m.H.). Der Arbeitnehmerschutz hat nur zurückzutreten, wenn Länder mit grundsätzlich gleichwertiger Sozialregelung in bestimmten Branchen weniger strenge Vorschriften kennen, vorausgesetzt allerdings, dass eine Konkurrenzsituation gegenüber diesen Ländern besteht und erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Unternehmen nachgewiesen werden. Bei Deutschland handelt es sich grundsätzlich um ein Land mit vergleichbarem sozialem Standard im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. c aArGV (BGE 131 II 200 E. 6.3 sowie 116 Ib 270 E. 5d; Urteil des BGer 2C_475/2017 vom 15. Dezember 2017 E. 3.3.2 und Urteil des BVerfG B-3106/2015 vom 6. April 2017 E. 3.5.2). An dieser Stelle sei zudem nochmals der Ausnahmecharakter von Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, der speziell im öffentlichen Interesse am Schutz der Arbeitnehmenden in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht gründet, betont. Wie oben bereits dargelegt (E. 3.1.1.3), indiziert selbst die Gefahr, ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit Kunden zu verlieren, keine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit

(Urteil des BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4). Folglich kann die dahingehende Befürchtung der Beschwerdeführerin auch bei der Beurteilung ihrer Situation nach Art. 28 Abs. 2 Bst. c aArGV 1 nicht massgebend sein. Abgesehen davon muss sie aber ohnehin als nicht plausibel gewertet werden, und sie wurde auch nicht substantiiert: Entsprechend fällt die Argumentation der Beschwerdeführerin im vorliegenden Kontext widersprüchlich aus. Einerseits erklärt sie, loyale Kunden seien in ihrer Einkaufsroutine sehr stark auf ihren bevorzugten Shop gepolt, so dass ein Abwerben für einen anderen Shop sehr schwierig werde. Andererseits hält sie fest, die Nichterteilung einer Nachtarbeitsbewilligung führe dazu, dass Kunden ihre Bestellungen am Abend in einem anderen Onlineshop, der noch am nächsten Tag liefern könne, tätigen würden. Diese Einkäufe schwächten die Kundenbindung zur Beschwerdeführerin; sie bewirkten eine nachhaltige Abwanderung ansonsten loyaler und deshalb sehr wichtiger Kunden. Weshalb treue Kundschaft allerdings dauerhaft abspringen sollte, wenn sie vorübergehend nicht jedes gewünschte Produkt auch bei abendlicher Bestellung am Folgetag erhält, lässt sich nicht nachvollziehen. Schliesslich bezeichnet sich die Beschwerdeführerin selber als [...] Onlinehändlerin der Schweiz. [...] und [...], die schon länger in die Schweiz liefern, stellen offenbar keine so bedrohliche Konkurrenz dar, dass zahlreiche schweizerische Arbeitsplätze der Beschwerdeführerin gefährdet würden. Diese könnte auch kaum ein grosses Umsatzwachstum vorweisen und weiterhin erwarten, wenn die Konkurrenz derart erdrückend wäre.

E. 3.2.4

Weiter verlangt die Beschwerdeführerin Gleichbehandlung mit der [...]. Deren Nachtarbeitsbewilligung stellte das SECO für die Zeit vom 1. Februar 2021 bis zum 31. Dezember 2022 zwecks Vorsortierung der Wechselbehälter für drei Verteilzentren der Post aus. Dabei handelt es sich um einen Arbeitsschritt, den die Post normalerweise selber erledigen würde. Das SECO erklärt dazu, die Bewilligung erlaube Nachtarbeit lediglich bis 1 Uhr und ab 4 Uhr morgens und nur für einen Teil der Belegschaft. Sie sei wegen der Pandemie und den Kapazitätsengpässen bei der Post gewährt worden. Ohne Pandemie oder für Arbeit während der ganzen Nacht wäre keine Bewilligung erteilt worden. Diesbezüglich offenbart sich einerseits ein vom vorliegenden abweichender Sachverhalt, andererseits ein vergleichsweise kurzer, an die Pandemie gebundener Bewilligungszeitraum. Schon deshalb fällt eine Gleichbehandlung zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausser Betracht. Sollte die Bewilligung allerdings zu Unrecht erteilt worden sein, bedürfte es (bei analogem Sachverhalt) für eine Gleichbehandlung der Beschwerdeführerin einer stetigen, rechtswidrigen Praxis der Vorinstanz, die diese nicht aufzugeben bereit wäre (vgl. BGE 146 I 105 E. 5.3.1 und Urteil des BVGer B-456/2022 vom 18. Juli 2022 E. 5.5.2). Eine solche ist aber weder nachgewiesen noch erkennbar.

E. 3.2.5

Demzufolge hat die Beschwerdeführerin als beweisbelastete Gesuchstellerin nicht auf glaubhafte Weise dargetan, dass ihre Konkurrenzfähigkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 Bst. c aArGV 1 erheblich beeinträchtigt werden könnte.

E. 4

Zweitens rügt die Beschwerdeführerin, das SECO habe Bundesrecht verletzt und den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem es ein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 verneint habe.

E. 4.1

Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin fest, sie biete in ihren Onlineshops eine Vielzahl von Waren für den täglichen Gebrauch an, z.B. Geschirrspülmittel, LEGO-Spielwaren, Druckerpatronen, Shampoo etc., deren Fehlen ein Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfinden würde. Auf solche Waren hätten die Konsumenten auch dann nicht verzichten können, als behördliche Massnahmen während der Pandemie den Einkauf in Läden zumindest erheblich erschwert hätten, weshalb die Bestellungen in den Onlineshops in die Höhe geschneit seien. Die Beschwerdeführerin habe für den Nachweis, dass sie ein dringendes Konsumbedürfnis befriedige, auf die Liste der Güter des täglichen Bedarfs gemäss Anhang 2 zur Änderung der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 13. Januar 2021 (AS 2021 7, in Kraft vom 18. Januar 2021 bis zum 28. Februar 2021, basierend auf der Fassung der Verordnung vom 19. Juni 2020, AS 2020 2213 [SR 818.101.26]; nachfolgend "Covid-19-Verordnung besondere Lage") verwiesen, was sachgerecht und willkürfrei sei. 2021 seien in den Onlineshops der Beschwerdeführerin überwiegend Güter des täglichen Bedarfs nachgefragt worden. Das grösste Umsatzwachstum habe sie in den Produktgruppen "Supermarkt", "Do it + Garten", "Wohnen" sowie "Baby und Spielwaren" erzielt. Güter des täglichen Bedarfs hätten 2019 [...] %, 2020 [...] % und 2021 [...] % ihrer Bestellmengen ausgemacht. Die Vorinstanz argumentiere ungenau, wenn sie die Zahl der angebotenen statt diejenige der bestellten Artikel heranziehe. Nur letztere befriedigten Konsumbedürfnisse und seien deshalb einschlägig. Nachtarbeit sei die Folge der sehr raschen Veränderung des Einkaufsverhaltens, weg vom persönlichen Gang in den Laden, hin zum Onlinehandel. Die Konsumenten erledigten Einkäufe täglich notwendiger Produkte plötzlich vermehrt online, mit der Erwartung, sie gleichwohl unverzüglich zur Verfügung zu haben. Ohne Nachtarbeitsbewilligung könnten sie ihr Konsumbedürfnis nicht im Onlineshop der Beschwerdeführerin befriedigen, sondern wären wieder gezwungen, ihre Einkäufe in den Läden zu tätigen oder auf ausländische Onlinehändler auszuweichen. Gleich wie in der analogen Welt kauften die Konsumenten auch online ihre Produkte bevorzugt nach Büroschluss ein. Ab 19 Uhr steige die Anzahl Bestellungen signifikant an; ab 21 Uhr nehme sie wieder ab. Dass Nachtarbeit einstweilen unentbehrlich sei, damit die Onlinehändler ihre Kunden bedienen könnten, zeige sich auch daran, dass die Beschwerdeführerin von der kantonalen Behörde Bewilligungen für vorübergehende Nachtarbeit habe einholen und gewisse Mitarbeitende tatsächlich auch in der Nacht beschäftigen müssen, um die Bestellungen abwickeln zu können. Infolge der verweigerten Arbeitszeitbewilligung müsse sie das enorm gestiegene Bestellvolumen nun während der bewilligungsfreien Arbeitszeit erledigen. Wenn sie mit einer Nachtarbeitsbewilligung bei Bedarf auch nach 23 Uhr arbeiten lassen könnte, würde dies auch zur Entlastung der tagsüber Beschäftigten führen und so letztlich dem Arbeitnehmerschutz zugutekommen.

E. 4.2

Dem hält das SECO entgegen, gemäss seiner Praxis beschränke sich die Unentbehrlichkeit von Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit für logistische Verarbeitungen im B2C-Bereich auf Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs, wie z.B. Hygieneartikel, WC-Papier, Haushaltspapier und Tiernahrung. Diese Praxis sei per 1. April 2022 in die ArGV 1 aufgenommen worden (Art. 28 Abs. 1 Bst. c). Könnten viele Leute am Sonntag oder in der Nacht auf das Angebot verzichten, ohne dadurch einen Mangel zu empfinden, so liege kein besonderes Konsumbedürfnis vor. Die Beschwerdeführerin vertreibe nicht nur Güter des täglichen Bedarfs, sondern auch eine ganze Palette anderer Gegenstände (wie Möbel, Mode, Kosmetikprodukte und Büromaterial). Diese mache einen nicht zu

vernachlässigenden Teil ihres Angebots aus: Wenn man das Büromaterial, die Sportartikel, die Spielzeuge, die Modeprodukte und die Möbel zusammenzähle, seien das schon mehr als [...] Produkte, was [...] % des Angebots auf ihrer Website ausmache. Davon würden der grosse Teil der Elektronikprodukte (mehr als [...]), Waren für den Haushalt (innen und aussen), Kosmetika, Heimwerker- und Gartenprodukte sowie Spiele, die ebenfalls nicht als Produkte des täglichen Bedarfs gälten, nicht erfasst. Da es sich bei mehr als der Hälfte der Produkte offensichtlich nicht um solche des täglichen Bedarfs handle und die Verarbeitung keine Differenzierung der Produkte ermögliche, werde das Kriterium nicht erfüllt, und es könne keine Nacht- und Feiertagsarbeitsbewilligung erteilt werden. Die Definition von Gütern des kurzfristigen und täglichen Bedarfs im Anhang 2 zur Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 13. Januar 2021 könne nicht eins zu eins auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Dieser Anhang sei im Rahmen der Covid-Pandemie verfasst worden und habe während des Lockdowns bezweckt, die betreffenden Artikel überhaupt zum Verkauf freizugeben. Insbesondere bei Koch- und Essgeschirr, Zimmerpflanzen, Fotoverbrauchsmaterial, Strumpfwaren, Unterwäsche und Babykleidung sowie bei Bau- und Gartenartikeln handle es sich aber nicht um Güter, die im Sinne des Arbeitsgesetzes einen täglichen Bedarf darstellten oder einer Lieferung am nächsten Tag bedürften. Laut Diagramm der Beschwerdeführerin bestelle die Mehrheit der Kunden vor 17 Uhr. Für diese sei bereits heute eine Lieferung am nächsten Tag möglich. Personen, die nicht rechtzeitig bestellen könnten, seien sich bewusst, dass die Lieferung erst später erfolge. Sollte zunehmend nach 17 Uhr bestellt werden, würde dies zeigen, dass eine Lieferung am nächsten Tag nicht oberste Priorität sei. Ausserdem sei nicht ersichtlich, wie Bestellungen ab 19 Uhr mit Hilfe von Nacharbeit am nächsten Tag geliefert werden könnten, da die Pakete dafür offenbar bis 21 Uhr bei der Post aufgegeben werden müssten. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, ihre Kunden würden auf andere Onlineshops ausweichen, wenn ein abends bestelltes Produkt nicht am nächsten Tag geliefert werde, werde weder begründet, noch könne ihr gefolgt werden. ...][und [...] böten für die Schweiz bestenfalls eine Lieferung innerhalb von einem bis drei Tagen an. Bei [...] müsse ebenfalls bis 17 Uhr bestellt werden, damit eine Lieferung am nächsten Tag möglich sei.

E. 4.3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 in seiner bis 31. März 2022 gültigen Fassung besteht insbesondere hinsichtlich eines herkömmlichen Warensortiments des Detailhandels kein besonderes Konsumbedürfnis, dessen Befriedigung ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht möglich wäre (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2; Urteile des BVGer B-1407/2020 vom 6. August 2020 E. 3.3.1, B-5341/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.2, B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.1 a.E. und E. 4, B-3578/2014 vom 15. Juli 2015 E. 4.4.2 und B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.3.3). Die blosse Nachfrage nach einem Produkt oder einer Dienstleistung in der Nacht reicht nicht aus, um ein besonderes Konsumbedürfnis anzunehmen (Hurni / Graf, Art. 17 N. 18 f. m.H.; vgl. BGE 136 II 427 E. 3.5 f. und Urteile des BVGer B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.3.3, B-738/2009 B-739/2009 B-740/2009 vom 7. Oktober 2009 E. 5.3 und E. 6 sowie B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 5.1 f.). Als Beispiele besonderer Konsumbedürfnisse nennt die Wegleitung des SECO zu Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 Rettungsdienste, Behindertentransporte, Zustelldienste für Tages- und Sonntagszeitungen, die Reinigung öffentlicher Plätze und Toiletten sowie andere Dienstleistungen des "Service public".

E. 4.3.1

Folglich fehlt ein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 etwa bezüglich der von der Beschwerdeführerin erwähnten Shampoos, Geschirrspülmittel, Babyartikel, Spielwaren, Druckerpatronen, Heimwerker- und Gartenartikel sowie Wohnbedarf. Derartige Produkte mögen zwar täglich gebraucht werden, doch setzt dies nicht voraus, dass sie selbst nachts sowie an Feiertagen zum Verkauf stehen, verarbeitet und geliefert werden müssten. Vielmehr lassen sie sich in aller Regel ohne irgendwelche Nachteile während der ordentlichen Ladenöffnungszeiten erwerben (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2 und Urteile des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.3.1, B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.3.3 sowie B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 5.1). Ebensowenig tritt das Bedürfnis an solchen Produkten dauernd, in der Nacht oder am Sonntag besonders hervor (vgl. Art. 28 Abs. 3 Bst. b aArGV 1). Gleich fällt die Beurteilung nach der seit 1. April 2022 in Kraft stehenden Fassung von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 aus, zumal mit der Neuformulierung dieser Bestimmung keine Praxisänderung angestrebt wurde (siehe oben E. 2.2 und E. 2.3.2).

E. 4.3.2

In diesem Kontext muss das aus der Perspektive der Käuferschaft zu beurteilende, im öffentlichen Interesse zu befriedigende besondere Konsumbedürfnis betreffend unentbehrliche Produkte vom Anliegen der Beschwerdeführerin, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eingegangene Bestellungen auch nachts und an Feiertagen verarbeiten zu können, unterschieden werden (vgl. Urteil des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.1 a.E. und Hurni / Graf, Art. 17 N. 18 m.H.). Vorliegend ein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 anzunehmen hiesse nicht zuletzt, die Beschwerdeführerin mit ihrem breiten Sortiment an nicht etwa jederzeit unentbehrlichen Produkten gegenüber physischen Läden zu privilegieren.

E. 4.3.3

Ein Rückgriff auf die Liste der Güter des täglichen Bedarfs gemäss Anhang 2 zur Covid-19-Verordnung besondere Lage, wie ihn die Beschwerdeführerin vorschlägt, verbietet sich. Diese nicht mehr in Kraft stehende Verordnung basierte auf dem Epidemiegesetz vom 28. September 2012 (EpG, SR 818.101), welches bezweckt, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen (Art. 2 Abs. 1 EpG). Demgegenüber stützt sich Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 auf das ArG, das dem Arbeitnehmerschutz, namentlich in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht, dient (siehe oben E. 2.5). Regelungsgegenstand und -zweck der beiden Normkomplexe unterscheiden sich prinzipiell. Art. 5e der Covid-19-Verordnung besondere Lage, auf dessen Abs. 2 Bst. a und e sich der Anhang 2 mit der Überschrift "Lebensmittel und andere Güter des kurzfristigen und täglichen Bedarfs" stützte, enthielt besondere Bestimmungen für Einkaufsläden und Märkte im Freien, welche, abweichend vom grundsätzlichen Verbot des Abs. 1, offenbleiben durften. Für solche Einrichtungen wurden in Anhang 2 Produkte aufgelistet, die unter den speziellen Bedingungen des sog. Lockdowns während der Pandemie überhaupt physisch, direkt vor Ort, eingekauft werden durften. Nicht bezweckt wurde damit jedoch eine Umschreibung der ausnahmsweise zulässigen, gemäss Gerichtspraxis restriktiv zu gewährenden Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit. Zu Recht stellt das SECO mit Blick auf Anhang 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage fest, dass es sich namentlich bei Koch- und Essgeschirr, Zimmerpflanzen, Fotoverbrauchsmaterial, Strumpfwaren, Unterwäsche und Babykleidung sowie bei Bau- und Gartenartikeln nicht um

Güter handelt, die im Sinne des Arbeitsgesetzes einen täglichen Bedarf darstellen oder einer Lieferung am nächsten Tag bedürften. Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 regelt, wann vom grundsätzlichen, dem Arbeitnehmerschutz verpflichteten Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit aufgrund eines besonderen Bedürfnisses der Konsumenten, bestimmte Waren und Dienstleistungen praktisch jederzeit zu kaufen, ausnahmsweise abgewichen werden kann. Anders als während der Covid-Pandemie können solche und viele weitere Produkte aber ohnehin montags bis samstags, jeweils vom Morgen bis am Abend, d.h. zu den regulären Ladenöffnungszeiten, in den Geschäften sowie stets auch online erworben werden.

E. 4.3.4

Verändertes Einkaufsverhalten, wie es die Beschwerdeführerin beschreibt, impliziert nicht, dass abends, nachts oder an Sonn- und Feiertagen online bestellte Produkte auch zu diesen Zeiten konsumiert würden. Eine Zunahme der Anzahl Bestellungen in den Onlineshops der Beschwerdeführerin zwischen 19 und 21 Uhr, also während der Tages- und Abendarbeit (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 ArG), indiziert jedenfalls per se kein Bedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1, steht die geordnete Ware doch ohnehin nicht für sofortigen Konsum zur Verfügung. Insofern stösst die Aussage der Beschwerdeführerin, die Konsumenten erwarteten, online bei ihr bestellte Produkte unverzüglich verfügbar zu haben, ins Leere. Eine derartige Erwartungshaltung, gerade hinsichtlich nicht dem Schutz hoher Rechtsgüter (wie Gesundheit, Leib und Leben) dienender Produkte, entspräche im Übrigen auch keinem öffentlichen Interesse, wie es Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 voraussetzt (vgl. Urteil des BVGer B-2841/2009 vom 22. Januar 2010 E. 3.3.4). Die Beschwerdeführerin selber nennt denn auch kein solches.

E. 4.3.5

Nicht plausibel erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, ihre Kunden wären gezwungen, in Läden einzukaufen oder auf ausländische Onlinehändler auszuweichen, wenn sie keine Nacharbeit leisten könnte. Bei X._____ und Y._____ werden alle am Montag bis 17 Uhr sowie von Dienstag bis und mit Freitag bis 19 Uhr eingehenden Bestellungen noch am gleichen Tag versandt und treffen in aller Regel (ca. [...] %) schon am Morgen des nächsten Arbeitstages an der Lieferadresse ein. [...] wirbt oben auf der Homepage mit dem Slogan "bis 17 Uhr bestellt, morgen geliefert". [...] liefert im kostenlosen Standardversand innerhalb von drei bis fünf, im kostenpflichtigen Expressversand innerhalb von einem bis drei Werktagen in die Schweiz. Ausserdem zeigt die Graphik der Beschwerdeführerin über die Zahl der Sessions und Transaktionen, verteilt auf die einzelnen Stunden des Tages (Beschwerdeschrift, S. 23), nicht einfach einen "signifikanten" Anstieg der Bestellzahlen zwischen 19 und 21 Uhr. Vielmehr weist sie auch gleich oder ähnlich hohe Transaktionszahlen (gemessen an der Spitze bei 21 Uhr) für die Zeiträume von [...] Uhr und von [...] Uhr aus. Unter diesen Umständen erschliesst sich nicht, weshalb Kunden der Beschwerdeführerin beim ausländischen Onlineshop bestellen müssten. Analoges gilt mit Blick auf schweizerische Ladengeschäfte, zumal sie, soweit sie ein ähnliches Sortiment wie die Beschwerdeführerin feilbieten, gewöhnlich bis 18.30 oder 19.00 Uhr, allenfalls bis 20.00 Uhr, offenstehen, wobei die Ware jedoch vor Ort gekauft werden muss. Im Übrigen indiziert die Gefahr, ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit Kunden zu verlieren, nach der Rechtsprechung keine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit (Urteil des BVGer B-5520/2019 vom 19. Mai 2020 E. 4). An dieser Stelle sei auch nochmals daran erinnert, dass blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen nicht genügen, um das Nacht-, Sonn-

und Feiertagsarbeitsverbot aufzuweichen (vgl. Urteil des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.2 m.H. und oben E. 2.5).

E. 4.4

Bezüglich der in den Webshops der Beschwerdeführerin nachgefragten Produkte besteht demnach kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1.

E. 5

Drittens rügt die Beschwerdeführerin, das SECO habe Bundesrecht verletzt, indem es ihr Gesuch um Erteilung einer Bewilligung für Feiertagsarbeit abgewiesen habe.

E. 5.1

Sie erklärt, sie habe mit Gesuch vom 26. Juli 2021 auch eine Bewilligung für die Arbeit an drei regionalen Feiertagen (Fronleichnam, Mariä Himmelfahrt und Allerheiligen) beantragt. Weil diese in vielen anderen Gegenden der Schweiz keine Feiertage seien, müsse sie am Betriebsstandort in [...] arbeiten können, um die Lieferketten aufrechtzuerhalten. Für den Zeitraum vom 1. Mai 2018 bis zum 30. April 2021 habe ihr das SECO eine entsprechende Bewilligung infolge eines besonderen Konsumbedürfnisses im Sinne von Art. 28 Abs. 3 aArGV 1 erteilt. An den Umständen habe sich seither nichts geändert, und das SECO begründe nicht, warum es diese Bewilligung nun nicht mehr erteile. Damit verletze es Art. 20a ArG i.V.m. Art. 19 ArG sowie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin.

E. 5.2

Das SECO erwidert, es erteile Arbeitszeitbewilligungen im Einzelfall, gestützt auf ein Gesuch für einen bestimmten Sachverhalt und auf befristete Zeit. Aus der Tatsache, dass es der Beschwerdeführerin bereits früher Feiertagsarbeit bewilligt habe, lasse sich kein Recht auf neuerliche Bewilligung ableiten. Mit Schreiben vom 16. September 2021 sei der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör bezüglich ihres Gesuchs vom 26. Juli 2021 gewährt worden. Dieses Schreiben habe sich folglich auch auf die beantragte Feiertagsarbeit bezogen.

E. 5.3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG; zumindest für Teilbereiche wird er auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) abgeleitet. Er beinhaltet unter anderem das Recht auf eine hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Wegen seiner formellen Natur führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch namentlich dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfbefugnis entscheidet wie die untere Instanz (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteile des BVGer B-7834/2015 vom 16. August 2022 E. 5.4.1 und B-312/2014 vom 14. August 2014 E. 2.3 f., je m.H.).

E. 5.4

Mit Schreiben vom 16. September 2021 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör. In der angefochtenen Verfügung vom 14. Dezember 2021 bezog sie sich mehrmals explizit auch auf die Feiertagsarbeit. Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG

regeln die Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und der Sonntagsarbeit gleich. Art. 20a Abs. 1 ArG erlaubt es den Kantonen, gewisse kantonale Feiertage den Sonntagen gleichzustellen. Demgemäss stimmen die gesetzlichen Voraussetzungen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit überein. Insofern braucht Letztere nicht separat erörtert zu werden (vgl. BGE 131 II 200 E. 4.3, wonach die Begründung der Bewilligungsentscheide kurzgehalten werden darf). Abgesehen davon urteilt das Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition, sodass selbst eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz im Beschwerdeverfahren geheilt werden könnte (vgl. auch oben E. 2.7). Ein solcher Verstoss, insbesondere gegen die von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Begründungspflicht, lässt sich dem SECO nach dem Gesagten jedoch nicht vorwerfen.

E. 5.5

Eine frühere Bewilligung für Feiertagsarbeit sodann bietet keinen Anspruch auf neuerliche Erteilung, denn Sachverhalt und Rechtslage müssen jeweils für den konkreten Bewilligungszeitraum beurteilt werden. Namentlich vermag die Beschwerdeführerin vorliegend kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 (a) ArGV 1 geltend zu machen (oben E. 4.3), wie es das SECO seinerzeit offenbar anerkannt hatte. Ebenso wenig erfüllt sie die Voraussetzungen eines der übrigen Ausnahmetatbestände für Nacht- oder Sonntags- und damit auch Feiertagsarbeit.

E. 6

Mit Blick auf die obenstehenden Erwägungen bleibt schliesslich zu konstatieren, dass die Vorinstanz ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 VwVG) - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - nicht verletzt hat.

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 8

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). (Dispositiv nächste Seite)

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