



---

Abteilung II  
B-3578/2014

## **Urteil vom 15. Juli 2015**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Frank Seethaler,  
Gerichtsschreiber Michael Müller.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Michael Sigerist, LL.M.,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nacharbeit.

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

**A.a** Die A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Sitz in Luzern bezweckt laut Handelsregistereintrag die Führung und den Betrieb des B. \_\_\_\_\_-Shops der C. \_\_\_\_\_ AG im Bahnhof D. \_\_\_\_\_. Der betreffende B. \_\_\_\_\_-Shop verfügt über eine Backofenstation. Es erfolgt keine Anlieferung von frischen, fixfertigen Backwaren; stattdessen backen die Mitarbeitenden vorgefertigte, tiefgefrorene Teigrohlinge auf. Damit die aufgebackenen Backwaren zur Shop-Öffnungszeit bereit zum Verkauf stehen, bedarf es nach Angaben der Beschwerdeführerin einer Vorbereitungszeit von 1.5 bis 3 Stunden. Am 13. September 2013 reichte die Beschwerdeführerin daher beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung für Nachtarbeit ein.

**A.b** Mit Schreiben "Rechtliches Gehör" vom 8. November 2013 hielt die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin fest, die gewünschte Nachtarbeitsbewilligung könne nicht erteilt werden und sie beabsichtige dementsprechend, deren Gesuch abzuweisen. Ein Detailverkaufsgeschäft, in welchem lediglich Teigrohlinge aufgebacken und keine Backwaren hergestellt würden, könne nicht mit einer Bäckerei gemäss Art. 27 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112) verglichen werden. Aus diesem Grund sei kein besonderes Kundenbedürfnis für einen Arbeitsbeginn um 03:00 Uhr morgens gegeben, wie dies von Art. 28 Abs. 3 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111) vorausgesetzt werde. Die Vorinstanz gab der Beschwerdeführerin sodann Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.

**A.c** Mit Stellungnahme vom 19. November 2013 machte die Beschwerdeführerin geltend, für die Herstellung von Bäckerei- und Konditoreiwaren stipuliere Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 die gesetzliche Vermutung der Unentbehrlichkeit. Sie brachte weiter vor, es bestehe frühmorgens, wie von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 gefordert, ein besonderes Kundenbedürfnis nach Bäckerei- und Konditoreiwaren, welches einen um 03:00 Uhr morgens beginnenden Herstellungsprozess voraussetze. Aus diesen Gründen sei ihrem Gesuch um Bewilligung der Nachtarbeit zu entsprechen.

**A.d** Mit Verfügung vom 13. Mai 2014, publiziert im Bundesblatt vom 27. Mai 2014, wies die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 13.

September 2013 ab. In der Begründung führte sie aus, dem besonderen Kundenbedürfnis nach frischem Brot am Morgen trage Art. 27 ArGV 2 Rechnung, indem Nacht- sowie Sonntagsarbeit für die Herstellung von Bäckerei-, Konditorei- und Confiseriewaren in Bäckereien, Konditoreien und Confiserien weitgehend bewilligungsbefreit seien und in angegliederten Verkaufsstellen die Sonntagsarbeit bewilligungsfrei möglich sei. Für diese Betriebsarten würden lediglich Bewilligungen erteilt, wenn die Arbeitszeiten in der Herstellung von den in Art. 27 ArGV 2 bewilligungsbefreiten Zeiten abwichen. Für Arbeitnehmende in den Verkaufsgeschäften von Bäckereien würden keine zusätzlichen Bewilligungen ausgestellt. Die Beschwerdeführerin stelle keine Bäckerei im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ArGV 2 dar; aufgrund des bestehenden Warenangebots handle es sich vielmehr um ein Verkaufsgeschäft. Auch finde keine "Produktion von Bäckerei- oder Konditoreiwaren" im Sinne des Anhangs zur ArGV 1 statt. Die entsprechenden Waren würden lediglich fertiggestellt, indem die Arbeitnehmenden Teiglinge in der vorhandenen Aufbackstation aufbaken, wie dies auch in Quartierläden, Verkaufsständen und anderen Verkaufsstellen gemacht werde. Daher sei für die geltend gemachte Nachtarbeit die gesetzlich geforderte Unentbehrlichkeit nicht gegeben.

## **B.**

**B.a** Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Michael Sigerist, am 26. Juni 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr die dauernde und regelmässige Nachtarbeit für die Produktion von Backwaren ab 03:00 Uhr im B.\_\_\_\_\_-Shop im Bahnhof D.\_\_\_\_\_, an der (...)-strasse (...), (...) D.\_\_\_\_\_, zu bewilligen. Zur Begründung bringt sie vor, indem die Vorinstanz prüfe, ob die Beschwerdeführerin den Sonderbestimmungen der ArGV 2 unterstehe und mithin von der Bewilligungspflicht gänzlich ausgenommen werde, verkenne diese, dass sie ein Gesuch um Erteilung der Bewilligung zur Nachtarbeit gestellt habe und nicht etwa ein solches um Befreiung von der Bewilligungspflicht. Die Unentbehrlichkeit werde gemäss Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 für das Arbeitsverfahren der Produktion von Backwaren vermutet und habe nichts mit der Qualifikation als Verkaufsstelle zu tun. Der Betrieb einer eigentlichen Bäckerei sei dementsprechend für die Erteilung der Bewilligung nicht notwendig, sondern lediglich die Produktion von Backwaren bzw. die Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit oder das Vorliegen eines dieser gleichgestellten besonderen Konsumbedürfnisses. Beim Fertigungsprozess, in dessen Rahmen extern

vorbereitete, rohe Teiglinge aufgebacken würden, handle es sich um einen wesentlichen Produktionsschritt, welcher sich mit anderen Betrieben vergleichen lasse, die für sich ausdrücklich die Bezeichnung einer Bäckerei beanspruchten und bei denen Nachtarbeit ohne weiteres bewilligt werde. Es sei nicht einzusehen, weshalb zwischen dem gesamten Produktionsprozess und einzelnen Produktionsschritten unterschieden werden solle. Sodann macht die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines besonderen Konsumbedürfnisses nach Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 geltend. Das Bedürfnis der Kunden nach frischen Backwaren und mithin die Notwendigkeit, die Produkte vor Ladenöffnung herzustellen, trete gerade früh morgens in den Vordergrund. Im Bahnhof D.\_\_\_\_\_ befinde sich nebst der Beschwerdeführerin lediglich ein anderes Geschäft, welches Backwaren anbiete, jedoch erst um 06:00 bzw. 07:00 Uhr öffne. Werde die Nachtarbeit im B.\_\_\_\_\_ -Shop nicht bewilligt, so bleibe das Angebot an Backwaren ab 05:00 Uhr morgens gänzlich aus, was offensichtlich zu einem Mangelempfinden seitens der Kundschaft führen würde. Ein solches würde überdies auch nach 06:00 bzw. 07:00 Uhr bestehen, da der erwähnte andere Betrieb den frühmorgendlichen Kundenansturm nicht zu bewältigen vermöge.

**B.b** Mit Vernehmlassung vom 11. September 2014 hält die Vorinstanz an ihrer ablehnenden Verfügung vom 13. Mai 2014 fest und beantragt die Abweisung der Beschwerde. In der Begründung führt sie aus, die Beschwerdeführerin sei nicht als Bäckerei im Sinne von Art. 27 ArGV 2, sondern als Verkaufsgeschäft zu qualifizieren. Für Verkaufsgeschäfte sei Nachtarbeit grundsätzlich verboten. Es sei somit einzig zu prüfen, ob vorliegend ein besonderes Konsumbedürfnis nach Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 bestehe. Art. 27 ArGV 2 trage dem besonderen Konsumbedürfnis nach frischem Brot ausreichend Rechnung, indem Nacht- und Sonntagsarbeit für die Herstellung von Bäckerei-, Konditorei- und Confiturwaren bewilligungsbefreit seien. Somit könne dieses Bedürfnis auch ohne Nachtarbeit in einem Verkaufsgeschäft befriedigt werden. Für das Aufbacken von Teiglingen ab 03:00 Uhr früh durch Verkaufspersonal sei daher kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 auszumachen. Die grosse Nachfrage der Kundschaft der Beschwerdeführerin nach Backwaren reiche nicht aus, um dieses Kriterium zu erfüllen. Auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf Anhang 1 zur ArGV 2 vermöge nichts daran zu ändern, dass vorliegend keine Nachtarbeit genehmigt werden könne: Die Vermutung der Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit für die Produktion von Bäckerei- und Konditoreiwaren in Ziff. 4 dieses Anhangs beschränke sich nämlich auf die Herstellung in Bäckereien bzw. Konditoreien im Sinne von Art. 27 ArGV 2.

Schliesslich stelle die Inbetriebnahme einer Aufbackstation in einem Verkaufslokal keine "Produktion von Backwaren" im Sinne des Arbeitsgesetzes dar.

### **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 13. Mai 2014 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 Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 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 die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden.

### 3.

**3.1** Art. 16 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11) hält fest, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeiten nach Art. 10 ArG grundsätzlich untersagt ist. Gemäss Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 06:00 Uhr bis 20:00 Uhr als Tagesarbeit und diejenige von 20:00 Uhr bis 23:00 Uhr als Abendarbeit. Dabei kann nach Art. 10 Abs. 2 ArG der Beginn und das Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit zwischen 05:00 und 24:00 Uhr anders festgelegt werden, wenn die Arbeitnehmervertretung oder, wo eine solche nicht besteht, eine Mehrheit der Arbeitnehmer dem zustimmt. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeit bedarf einer Bewilligung (Art. 16 und Art. 17 Abs. 1 ArG).

**3.2** Nach Art. 27 Abs. 1 ArG können jedoch bestimmte Betriebe und Berufsgruppen durch Verordnung vom Nachtarbeitsverbot ausgenommen werden. Die entsprechenden Sonderbestimmungen finden sich in der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112). Für Angestellte in Bäckereien, Konditoreien oder Confiserien gilt gemäss Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für die Nacharbeit an zwei Tagen pro Woche für die ganze Nacht und an den restlichen Tagen ab 01:00 Uhr sowie für den ganzen Sonntag, sofern sie in der Herstellung tätig sind. Sind die Angestellten im Verkaufsbereich tätig, gilt die Ausnahme von der Bewilligungspflicht lediglich für den ganzen Sonntag (Art. 27 Abs. 2 ArGV 2). Bäckereien, Konditoreien oder Confiserien sind Betriebe, die Bäckerei-, Konditorei- oder Confiseriewaren herstellen, einschliesslich der dazugehörigen Verkaufsgeschäfte, sofern diese überwiegend selbst hergestellte Produkte verkaufen (Art. 27 Abs. 3 ArGV 2).

**3.3** Ausnahmen vom Verbot der Nacharbeit bedürfen ausserhalb der erwähnten Sonderbestimmungen der ArGV 2 und somit unabhängig von der Natur des jeweiligen Betriebs der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacharbeit wird von der Vorinstanz bewilligt, wenn sie *aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich* ist (Art. 17 Abs. 2 und 4 ArG). Diese Voraussetzungen werden in der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV1, SR 822.111) konkretisiert.

**3.3.1** Gemäss Art. 28 Abs. 1 ArGV 1 liegt *technische Unentbehrlichkeit* insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen werden können, weil:

- "a. mit der Unterbrechung oder dem Aufschub erhebliche und unzumutbare Nachteile für die Produktion und das Arbeitsergebnis oder die Betriebseinrichtungen verbunden sind;
- b. andernfalls die Gesundheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen oder die Umgebung des Betriebes gefährdet werden."

**3.3.2** 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."

**3.3.3** 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).

**3.3.4** Für bestimmte, im Anhang zur 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). Nach Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1

gilt diese Vermutung für die "Herstellung von Bäckerei- und Konditoreiwaren" betreffend "Nachtarbeit für die Produktion".

**3.4** Die seitens Gesetz- bzw. Verordnungsgeber gewählten Ausdrücke *"wirtschaftliche Unentbehrlichkeit"*, *"Grossteil der Bevölkerung"*, *"täglich notwendige und unentbehrliche Waren und Dienstleistungen"*, *"wesentlicher Mangel"*, *"Bedürfnis, das dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt"*, *"Herstellung von Bäckerei- und Konditoreiwaren"* sowie *"Produktion"* stellen unbestimmte Rechtsbegriffe dar. Diese müssen im konkreten Anwendungsfall sachbezogen ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung werden Erlasse in erster Linie nach ihrem Wortlaut ausgelegt (grammatikalische Auslegung). Ist dieser nicht klar und lässt verschiedene Interpretationen zu, so ist der wahre Sinn der Bestimmung zu erforschen unter Berücksichtigung aller Elemente, namentlich mit Hilfe der systematischen, historischen und teleologischen Auslegungsmethode (BGE 131 V 431 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Zu berücksichtigen ist dabei im vorliegenden Kontext insbesondere, dass die Auslegung sich am gesetzgeberischen Grundgedanken zu orientieren hat, dass Nachtarbeit möglichst eingeschränkt werden soll (DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 59, Bern 2004, S. 49 ff., S. 181).

Gemäss Lehre und Praxis ist die Anwendung und Auslegung 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; ALFREDKÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1577).

#### **4.**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die mit Verfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2014 erfolgte Verweigerung einer Arbeitszeitbewilligung für Nachtarbeit zugunsten der Beschwerdeführerin rechtens war.

**4.1** Ausnahmbewilligungen für Nachtarbeit werden nach dem Vorstehenden dann erteilt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist oder wenn ein besonderes Kundenbedürfnis danach

besteht. Die Unentbehrlichkeit sowie das besondere Kundenbedürfnis werden, wie vorstehend erwähnt, in Art. 28 ArGV 1 präzisiert und in Anhang 1 zur ArGV 1 wird zudem für bestimmte Produktionsverfahren die Vermutung des Nachweises der Unentbehrlichkeit im dort bezeichneten Umfang aufgestellt.

**4.2** Das Bundesgericht (BGer) hat sich verschiedentlich mit der Tragweite des Verbots der Nachtarbeit (und ebenso zu demjenigen der Sonntagsarbeit) befasst und sich dabei - jeweils ausgehend von der *ratio legis* - für die Anwendung eines strengen Massstabs bei der Gewährung von Ausnahmen ausgesprochen. Das Arbeitsgesetz dient demnach dem Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 110 Abs. 1 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), insbesondere in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über die Nachtarbeit sollen den mit derselben verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen Rechnung tragen (vgl. Urteil des BGer 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4 mit Hinweisen). Es ist ihnen deshalb gerade auch dann Nachachtung zu verschaffen, wenn die Marktgesetze für die Einführung von Nachtarbeit sprächen. Blosser Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen nicht, um das Nachtarbeitsverbot aufzuweichen. Die Nachtarbeit muss nach dem Gesetzestext "unentbehrlich" sein. Abweichungen vom Nachtarbeitsverbot sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden. Dies muss umso mehr gelten, wenn der Verordnungsgeber bereits eine betriebsgruppenspezifische Ausnahme zugestanden hat, die richterlich ausgedehnt werden soll (vgl. statt vieler BGE 136 II 427, E. 3.2).

### 4.3

**4.3.1** Zur Begründung ihres behaupteten Anspruchs auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend, Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 stipuliere für die "Herstellung von Bäckerei- und Konditoreiwaren" betreffend "Nachtarbeit für die Produktion" die Vermutung des Nachweises der Unentbehrlichkeit dauernder oder regelmässig wiederkehrender Nachtarbeit. Beim Aufbacken extern vorbereiteter Teigrohlinge in ihrem B. \_\_\_\_\_-Shop handle es sich um einen wesentlichen Produktionsschritt. Es sei nicht einzusehen, weshalb zwischen dem gesamten Produktionsprozess und einzelnen Produktionsschritten unterschieden werden solle.

In der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz aus, bei der Tätigkeit, für welche die Beschwerdeführerin um eine Ausnahmegewilligung für Nachtarbeit ersuche, handle es sich nicht um die Produktion von Bäckerei- und Konditoreiwaren im Sinne des Anhangs zur ArGV 1, da die Waren lediglich fertiggestellt würden, indem die Arbeitnehmenden Teiglinge aufbäcken, wie dies auch in Quartierläden, Verkaufsständen und anderen Verkaufsstellen gemacht werde. In ihrer Stellungnahme vom 11. September 2014 bringt die Vorinstanz schliesslich vor, die Vermutung der Unentbehrlichkeit für Nachtarbeit für die Produktion von Bäckerei- und Konditoreiwaren in Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 beschränke sich auf die Herstellung solcher Waren in Bäckereien und Konditoreien und finde daher keine Anwendung auf Verkaufsgeschäfte wie die Beschwerdeführerin.

**4.3.2** Die einschränkende Auslegung von Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 durch die Vorinstanz, wonach diese Bestimmung Anwendung lediglich auf die Produktion von Bäckerei- und Konditoreiwaren *in Bäckereien und Konditoreien* finden soll, ist, ebenso wie deren weitere Feststellung, dass es sich beim blossen Aufbacken von Teigrohlingen nicht um die Herstellung/Produktion im Sinne dieser Bestimmung handelt, nicht zu beanstanden. Sie entspricht der *ratio legis* des Nachtarbeitsverbotes, wonach Abweichungen von demselben im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden sollen und erscheint insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass der Verordnungsgeber mit Art. 27 ArGV 2 betreffend die Produktion von Back- und Konditoreiwaren eine betriebsgruppenspezifische Ausnahme für Bäckereien und Konditoreien zugestanden hat, gerechtfertigt. Sinn und Zweck von Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 ist es, Bäckereien bzw. Konditoreien die Erlangung von Ausnahmegewilligungen zu erleichtern für den Fall, dass deren Arbeitszeiten in der Herstellung von den in Art. 27 ArGV 2 vorgesehenen Zeiten abweichen. Daraus erklärt sich auch, dass Ziff. 4 des Anhangs zur ArGV 1 die gesetzliche Vermutung der Unentbehrlichkeit einzig für die Nachtarbeit, nicht dagegen für die kraft Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 ohnehin für Bäckereien sowie Konditoreien bewilligungsfrei mögliche Sonntagsarbeit stipuliert. Die Bestimmung kann hingegen nicht dazu dienen, die betriebsgruppenspezifische Sonderregelung in Art. 27 ArGV 2 auf weitere Betriebsgruppen auszudehnen. Eine andere Sichtweise würde, wie die Vorinstanz zutreffend zu Bedenken gibt, dazu führen, dass zahlreichen anderen Detailhandelsgeschäften Nachtarbeit für das Aufbacken von Teiglingen oder andere blossere Vorbereitungsbehandlungen für den frühmorgendlichen Verkauf von Backwaren bewilligt werden müsste. Solches würde jedoch, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, dem

Arbeitnehmerschutzcharakter des Nachtarbeitsverbotes massiv zuwiderlaufen, zumal solche nächtlichen Vorbereitungshandlungen zumeist durch Verkaufsangestellte und nicht etwa durch ausgebildete Bäckereifachleute oder Produktionsangestellte vorgenommen würden.

**4.4** Die erwähnte restriktive Haltung betreffend die Gewährung von Ausnahmen von Nachtarbeitsverbot (vgl. vorstehend E. 4.2) 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. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-208/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.3).

**4.4.1** Zu den ausführenden Verordnungen zum Arbeitsgesetz hat die Vorinstanz konkretisierende Weisungen erlassen, die sich mitunter auch zur rechtlichen Tragweite der erwähnten unbestimmten Rechtsbegriffe (vgl. vorstehend E. 3.4) 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. 29 VGG) an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden, sondern bei deren Anwendung frei. Sofern diese aber eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften 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.).

Zum hier in Frage stehenden besonderen Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 wird in der Wegleitung der Vorinstanz zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zunächst ausgeführt, dass viele dieser besonderen Konsumbedürfnisse bereits von Sonderbestimmungen der ArGV 2 für bestimmte Gruppen von Betrieben erfasst werden. Wie vorstehend erwähnt (E. 3.2), besteht eine derartige Sonderbestimmung insbesondere für Bäckereien sowie Konditoreien (vgl. Art. 27 ArGV 2). Die Wegleitung besagt weiter, dass es sich bei den fraglichen 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 Konsumbedürfnisse im Sinne der vorliegenden Bestimmung. Daran ändere auch nichts, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzen. 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. aufgrund des Freizeitverhaltens der Bevölkerung, gerade in der Nacht und an Sonntagen in besonderem Masse vorhanden sei, was beispielsweise auf die Benützung von Sport- und Freizeitanlagen zutreffe.

**4.4.2** Aus dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ergibt sich zudem, dass es sich bei den besonderen Konsumbedürfnissen um Waren oder Dienstleistungen handeln muss, *deren Befriedigung nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist*. Dies ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere bei einem herkömmlichen Warensortiment des Detailhandels nicht der Fall (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2).

**4.4.3** Vorliegend unbestritten ist, dass frische Bäckereiprodukte zu denjenigen Waren gehören, welche täglich - in der Regel insbesondere frühmorgens - als notwendig und unentbehrlich empfunden werden und deren frühmorgendliches Fehlen bei einem Grossteil der Bevölkerung ein Mangel empfinden hervorrufen würde.

Indessen hat der Ordnungsgeber, um diesem Konsumbedürfnis nach frischem Brot zu entsprechen, mit Art. 27 ArGV 2 eine betriebsgruppenspezifische Sonderregelung für Bäckereien, Konditoreien und Confiserien geschaffen, welche diese Betriebsarten weitgehend von der Bewilligungspflicht für Nacht- wie auch Sonntagsarbeit befreit (vgl. vorstehende E. 3.2). Vor dem Hintergrund dieser Sonderbestimmung ist die Befriedigung des frühmorgendlichen Bedürfnisses nach frischen Bäckereiwaren auch ohne das nächtliche Aufbacken von Teiglingen im Verkaufsgeschäft der Beschwerdeführerin möglich, kann diese doch die entsprechenden Waren durchaus extern von einer Bäckerei im Sinne von Art. 27 Abs. 3 ArGV 2 beziehen.

Damit ist vorliegend kein besonderes Kundenbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 betreffend das nächtliche Aufbacken von Teiglingen

im B. \_\_\_\_\_-Shop der Beschwerdeführerin ersichtlich, welches einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung für Nachtarbeit begründen würde. Aus diesem Grunde ist die Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Erteilung einer Bewilligung für Nachtarbeit durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

#### 5.

Die durch Verfügung vom 13. Mai 2014 erfolgte Verweigerung einer Bewilligung für Nachtarbeit durch die Vorinstanz erweist sich nach dem Vorstehenden nicht als bundesrechtswidrig, weshalb die vorliegende Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist.

#### 6.

**6.1** 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 15. Juli 2014 geleistete Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 2'000.– wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**6.2** 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 nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### 3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, Schwanengasse 2, 3003 Bern (Gerichtsurkunde).

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 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Juli 2015