



Abteilung II
B-4642/2023

Urteil vom 17. Januar 2025

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Daniel Willisegger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Daniela Steffen.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch Dr. iur. René Hirsiger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz,
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit.

Sachverhalt:**A.**

A.a Die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine im Bereich Transporte, Logistik und Umzüge tätige Unternehmung. Am 13. Januar 2023 stellte sie beim Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit für den Zeitraum vom 1. April 2023 bis 1. April 2026. Die Tätigkeit beschrieb sie dabei als "Transporte von Frischprodukten zur Belieferung von Essensautomaten". Die Befüllung der Automaten starte täglich um 00.00 Uhr. Sämtliche dieser Essensautomaten in der Schweiz müssten täglich bis am frühen Vormittag mit frischen Lebensmitteln befüllt werden. Im Falle einer Ablehnung des Gesuches sei die Konsequenz, dass der betreffende Kunde sein Geschäftsmodell nicht aufrechterhalten könne.

Bei diesem Kunden handelt es sich um die B. _____ AG (nachfolgend: B. _____ oder Auftraggeberin), eine Gesellschaft, die die Erbringung von Verpflegungsdienstleistungen aller Art sowie den Handel mit Produkten der Verpflegungsindustrie, insbesondere Automaten, bezweckt.

A.b Die Vorinstanz stellte der Beschwerdeführerin in Aussicht, das Gesuch abzulehnen und gewährte ihr am 29. März 2023 das rechtliche Gehör. Dazu nahm die Beschwerdeführerin am 28. April 2023 Stellung.

B.

Mit Verfügung vom 22. Juni 2023 (publiziert im Schweizerischen Handelsamtsblatt, SHAB, am 27. Juni 2023) lehnte die Vorinstanz das Gesuch um Arbeitszeitbewilligung ab. Zur Begründung hielt sie fest, aus dem Umstand, dass andere Unternehmen, die früher Logistikaufgaben für dieselbe Auftraggeberin ausgeführt hätten, Bewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit für logistische Aufgaben erhalten hätten, lasse sich kein Recht auf künftige Bewilligungen ableiten. Auch habe das SECO keine solche Bewilligungen in Aussicht gestellt. Das SECO prüfe sowohl Neuerteilungen als auch Erneuerungen bisheriger Geschäfte systematisch auf Gesetzeskonformität und inhaltliche Konsistenz. Dabei berücksichtige es auch die aktuelle Bewilligungspraxis. Die SECO-Bewilligungen, die die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme erwähnt habe, seien für reine Business-to-Business-Logistikaufgaben (B2B) erteilt worden, welche Lieferungen von Frischprodukten an Betriebskunden betroffen hätten. In der ersten Bewilligung werde von Verkaufsstellen, wie Restaurants und Hotels sowie

institutionellen Betrieben, wie Spitälern, Kliniken, Heimen, Residenzen, Kettenbetrieben und Einkaufsverbunden gesprochen, während in der zweiten Bewilligung die betroffenen Kunden insbesondere Tankstellen und diverse Bäckereien seien. Offenbar hätten diese beiden Unternehmen, denen Bewilligungen erteilt worden seien, in der Nacht und am Sonntag auch Büros beliefert und Produkte in Ladenregale eingeräumt, ohne dass diese Tätigkeiten durch die erteilten Bewilligungen abgedeckt gewesen seien. Die Gesuchstellerin könne daraus keinen Vorteil für sich ableiten. Dauernde oder regelmässige Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit werde bewilligt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sei. Im vorliegenden Fall sei die (technische) Unentbehrlichkeit allerdings nicht gegeben. Das Geschäftsmodell der Auftraggeberin der Beschwerdeführerin beruhe darauf, deren Kundenunternehmen mit frischen Produkten und Kaffee zu beliefern, damit die Mitarbeitenden der letztgenannten bereits zu Beginn des Tages in den Genuss dieser Produkte kämen. Daraus lasse sich ableiten, dass die von der Beschwerdeführerin auszuführende logistische Tätigkeit in erster Linie darauf abziele, die Kunden der Auftraggeberin zufriedenzustellen. Deshalb handle es sich vorwiegend um ein Business-to-Customer-Geschäft (B2C), für das die Unentbehrlichkeit für Nacht- und Sonntagsarbeit lediglich für die logistische Abwicklung von Lebensmitteln anerkannt sei. Die Auslieferung der Bestellungen an die Endkunden müsse hingegen im bewilligungsfreien Zeitraum erfolgen. Ausserdem transportiere die Beschwerdeführerin nicht nur Ware, sondern bestücke auch Kühlschränke, was 20 bis 30 Minuten dauere, reinige Kaffeemaschinen und fülle diese mit Kaffee und Milch auf. Auch diese Vorgänge dürften nicht nachts und/oder sonntags durchgeführt werden, da es dafür keine Unentbehrlichkeit gebe. Sie müssten – wie das Einräumen von Regalen in Verkaufsgeschäften – während der bewilligungsfreien Zeit erfolgen. Das Vorhandensein eines modernen Kassensystems, das kein Personal benötige, ändere daran nichts. Unabhängig davon, ob es sich um B2C oder B2B handle, könne für die Tätigkeiten, wie sie beschrieben seien, keine Nacht- oder Sonntagsarbeit bewilligt werden. Des Weiteren stelle das Bedürfnis von Mitarbeitenden nach frisch zubereiteten Speisen sowie frischem Kaffee mit frischer Milch am Arbeitsplatz kein besonderes Bedürfnis im öffentlichen Interesse dar. Diese Mitarbeitenden könnten das Bedürfnis auch anders befriedigen, beispielsweise früh morgens auf dem Weg zur Arbeit an einem Bahnhof, an einer Tankstelle oder in einer Bäckerei. Es bestehe zudem grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitnehmenden solche Lebensmittel zur Verfügung zu stellen. Ein besonderes Konsumbedürfnis sei daher zu verneinen. Ein solches Bedürfnis könne allerdings in Bezug auf Betriebe, welche in der Nacht oder im

ununterbrochenen Betrieb arbeiteten, unter Umständen anders beurteilt werden. Einzig in diesem Zusammenhang habe das SECO in der Vergangenheit bereits Nacht- und Sonntagsarbeitsbewilligungen erteilt. Das Gesuch für Sonntagsarbeit der Beschwerdeführerin betreffe teilweise entsprechende Betriebe. Ein auf derartige Betriebe begrenztes Gesuch würde neu beurteilt und hätte reelle Chancen.

C.

Gegen die ablehnende Verfügung der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin am 28. August 2023 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben (Antrag 1) und ihr Gesuch vom 13. Januar 2023 um eine Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit sei gutzuheissen (Antrag 2 a). Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese anzuweisen, ihr Gesuch um eine Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit gutzuheissen (Antrag 2 b).

Die Beschwerdeführerin rügt zum einen, die Vorinstanz verletze die Grundsätze der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, indem sie ihr im Gegensatz zu deren Konkurrenten die beantragte Arbeitszeitbewilligung verweigere. Die Vorinstanz habe früher zwei ihrer Konkurrentinnen, die für dieselbe Auftraggeberin die gleiche Tätigkeit ausgeführt hätten – nämlich die Belieferung der Verkaufsstände der Auftraggeberin –, eine Bewilligung erteilt. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht und stelle den Sachverhalt unrichtig fest, wenn sie das Bestehen eines besonderen Konsumbedürfnisses verneint habe, das eine Ausnahme vom Verbot der Nachtarbeit rechtfertige. Mit der frischen Büropflege und dem frischen Bürokaffee befriedige ihre Auftraggeberin im öffentlichen Interesse ein besonderes Konsumbedürfnis, weshalb sie selber als Teil der Lieferkette Anspruch auf eine Arbeitszeitbewilligung habe. Die Vorinstanz stelle auch den Sachverhalt unrichtig fest, indem sie die technische Unentbehrlichkeit der Nachtarbeit verneint habe. Die Beschwerdeführerin agiere ausschliesslich im Bereich Business-to-Business (B2B) und habe Anspruch auf eine Arbeitszeitbewilligung, da sonst eine Unterbrechung der Lieferkette oder des Warenflusses innerhalb von Betrieben entstehe. Des Weiteren ergebe sich ihr Anspruch aufgrund technischer Unentbehrlichkeit auch daraus, dass ohne Arbeitszeitbewilligung erhebliche und unzumutbare Nachteile für das Arbeitsergebnis resultierten.

D.

Mit Vernehmlassung vom 13. November 2023 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen und verweist bezüglich der Begründung auf

die angefochtene Verfügung. Bezüglich der Rüge der früheren Bewilligungserteilung an andere Unternehmen führt sie aus, in diesen Bewilligungen sei nicht das Einfüllen von Ladenregalen und das Putzen und Auffüllen von Kaffeemaschinen bewilligt worden, sondern reine Logistikaufgaben zur Lieferung von Frischprodukten an Betriebskunden. Die Beschwerdeführerin bestreite nicht, dass es sich um eine Handlung handle, welche mit dem Einräumen von Regalen in Verkaufsgeschäften gleichgesetzt werde. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass diese Tätigkeit vernachlässigbar sei, teile sie nicht. Zum geltend gemachten besonderen Konsumbedürfnis führt die Vorinstanz aus, einzig bei Betrieben, welche in der Nacht oder im ununterbrochenen Betrieb arbeiteten, könne allenfalls ein besonderes Konsumbedürfnis nach Erwerb von Mahlzeiten bejaht werden. Mitarbeitende in Betrieben, die ununterbrochen arbeiteten, könnten ihr Bedürfnis nach frischer Nahrung nicht immer einfach befriedigen. Zudem sei hier der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet, Massnahmen für die Verpflegung zu treffen. Der Argumentation der Beschwerdeführerin, ohne entsprechende Bewilligung könnten dem Geschäftsmodell ihrer Auftraggeberin Nachteile erwachsen, hält die Vorinstanz entgegen, dass ökonomische Interessen eines Unternehmens dem Gesundheitsschutz nicht vorgezogen werden könnten.

E.

Mit Replik vom 22. Januar 2024 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie erneuert ihren Standpunkt, für ihre Auftraggeberin reine Logistkarbeiten zur Lieferung von Frischprodukten innerhalb deren Unternehmung und damit im Bereich B2B zu erbringen. Jede Transporttätigkeit beinhalte auch das Abladen und Verstauen der zu transportierenden Produkte am Bestimmungsort. Frischprodukte müssten sowieso an einem gekühlten Ort abgeladen werden. Ob dies nun ein gekühltes Lager oder ein beliebiger Kühlschrank sei oder ob dies ein "intelligenter" Kühlschrank ihrer Auftraggeberin sei, könne für die Frage der Bewilligung der Tätigkeit – nämlich der Transport von Frischprodukten inklusive Be- und Entladen – keine Rolle spielen, zumal sich das Entladen an den einen oder anderen Lagerort weder inhaltlich noch zeitlich unterscheide. Das Gleiche gelte für das Auffüllen der Kaffeemaschinen mit frischer Milch. Ob die Milch in den gekühlten Behälter der Kaffeemaschine geleert oder in einen Kühlschrank in der Nähe der Kaffeemaschine gelegt werde, sei unerheblich. Aus ihrer Sicht liefere sie die Produkte an einen Lagerort ihrer Auftraggeberin und jedenfalls nicht an einen Endkunden. Da sie keine Produkte an Endkunden ausliefere, gelte für sie also auch nicht, dass die Auslieferung von Produkten an Endkunden in der bewilligungsfreien Zeit erfolgen

müsse. Des Weiteren sei die Vorinstanz auf ihr Argument nicht eingegangen, dass sie Anspruch auf eine Bewilligung aufgrund der erheblichen und unzumutbaren Nachteile für das Arbeitsergebnis habe. Der Zubereitungs- und Verteilprozess der Frischprodukte ihrer Auftraggeberin dauere aber länger als der Zeitraum einer Tages- und Abendarbeit und könne aus Frischegründen nicht unterbrochen werden. Entsprechend sei der Anspruch auf eine Arbeitszeitbewilligung ausgewiesen. Schliesslich beanstandet sie, die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb die Bewilligungserteilung an andere Unternehmungen, die für dieselbe Auftraggeberin dieselben Aufgaben durchgeführt hätten, nicht als Vergleich herangezogen werden könnten. Zudem habe die Vorinstanz jüngst einem Speiselieferdienst (C. _____ AG) eine Arbeitszeitbewilligung für die "Auslieferung von fertig zubereiteten Speisen und Getränken von Restaurants an Privatkunden in der Region Zürich" erteilt. Der Speiselieferant dürfe nun also frische Speisen und Getränke an die Endkonsumenten liefern. Wieso sie selber die Frischprodukte ihrer Auftraggeberin nicht transportieren dürfe, sei daher umso weniger verständlich. Schliesslich löse die Vorinstanz den Widerspruch nicht auf, weshalb ihre Auftraggeberin für die Kommissionierung der Frischprodukte eine Arbeitszeitbewilligung für Sonntagsarbeit gestützt auf das besondere Konsumbedürfnis erhalten habe, nicht aber die Beschwerdeführerin selbst für den in der Produktion- und Lieferkette unmittelbar nachgelagerten Schritt des Transportes derselben Frischprodukte zu den Kühlschränken der Auftraggeberin.

F.

Mit Duplik vom 22. Februar 2024 hält die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Abweisung fest. Sie wiederholt, die früher an andere Unternehmen erteilten Bewilligungen, auf die sich die Beschwerdeführerin berufe, seien auf Tätigkeiten in der Logistik eingegrenzt gewesen. Zur technischen Unentbehrlichkeit führt sie aus, es sei im vorliegenden Fall nicht relevant, ob die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin als B2B oder B2C zu qualifizieren seien, da in beiden Fällen die Kriterien nicht erfüllt seien. Würde es sich um eine B2B-Tätigkeit handeln, müssten die Lieferungen und das Reinigen und Auffüllen der Regale klar getrennt werden. Eine Bewilligung, die die Lieferung von Waren an ein Geschäft erlaube, decke weder das Sortieren der Waren, das Einräumen in die Regale noch das Reinigen aller Behälter und sonstigen Gefässe ab. Diese Tätigkeiten seien nicht so miteinander verknüpft, dass man sie nicht trennen könne. Solche Tätigkeiten müssten in einem Einkaufsgeschäft vom Ladenpersonal während den bewilligungsfreien Zeiträumen ausgeführt werden. Aufgrund des mitarbeiterlosen Verkaufssystem würden diese Aufgaben durch die Mitarbeitenden des

Transportteams ausgeführt; dies ändere aber nichts daran, dass sie während des bewilligungsfreien Zeitraums durchgeführt werden müssten. Ihrer Auffassung nach handle es sich aber um eine B2C-Tätigkeit, indem die Beschwerdeführerin Lebensmittel direkt zu Betrieben bringe, in denen ein Kühlschrank ihrer Auftraggeberin stehe. Zusätzlich zum Kauf der Speisen durch die Konsumenten zahle der Betrieb eine monatliche Gebühr, um den Automaten im Betrieb zu haben. Das Geschäftsmodell der Auftraggeberin sei so konzipiert, dass sowohl der Betrieb als auch die "Endverbraucher" als "Endkunden" zu betrachten seien. Die Auslieferung der Bestellungen an die Endkunden müsse im bewilligungsfreien Zeitraum erfolgen. In Bezug auf ein allfälliges besonderes Konsumbedürfnis lege die Beschwerdeführerin immer noch nicht dar, inwiefern ihre Tätigkeit das Kriterium des besonderen Konsumbedürfnisses erfüllen würde. Es gebe andere Möglichkeiten, den Bedarf nach frischer Ernährung zu decken, ohne zwangsläufig auf Nacharbeit zugreifen zu müssen. Die Bewilligung, die einem anderen Speiselieferdienst am 15. November 2023 erteilt worden sei (C. _____ AG), entspreche der Praxis des SECO in Bezug auf die Lieferung von fertig zubereiteten Speisen. Dieser Speiselieferdienst verfüge über eine Bewilligung, weil er Speisen von Gastbetrieben ausliefere, die von der einschlägigen Verordnungsbestimmung profitierten, die es ihnen erlaube, fertig zubereitete Speisen auch nachts auszuliefern. Im Fall der Beschwerdeführerin handle es sich aber aus Sicht der Kunden um Speisen aus einem Automaten, nicht um eine Bestellung bei einem Restaurant. Zudem seien Milchproduzenten und Getränkeunternehmen keine Gastbetriebe im Sinne jener Verordnungsbestimmung.

G.

Mit Tripplik vom 9. April 2024 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

H.

Auf die weiteren Eingaben der Parteien wird in den Erwägungen eingegangen, soweit sie relevant sind.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Verfügung ist zur Beschwerdeführung offensichtlich legitimiert (Art. 48 VwVG).

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter 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).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt unrichtig fest, indem sie das besondere Konsumbedürfnis verneine. Mit der frischen Büroverpflegung und dem frischen Bürokaffee befriedige ihre Auftraggeberin im öffentlichen Interesse ein besonderes Konsumbedürfnis, weshalb sie selber als Teil der Lieferkette Anspruch auf eine Arbeitszeitbewilligung habe. Lehre und Rechtsprechung würden ein besonderes Konsumbedürfnis etwa bei Produkten eines Pizzakurierdienstes bejahen. Entsprechend erteile die Vorinstanz Essenslieferdiensten in der Schweiz unter Berufung auf das besondere Konsumbedürfnis Arbeitszeitbewilligungen. Ein besonderes Konsumbedürfnis werde etwa auch bejaht bei Fleischwaren. So habe das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil BVGer B-1967/2007 diese als unentbehrliche Grundnahrungsmittel, "deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung ... als Mangel empfunden würde", qualifiziert. Es habe in diesem Zusammenhang festgehalten, dass die Nachtarbeit unentbehrlich sei, um die Anforderungen an die Frische des Fleisches gewährleisten zu können. Entsprechend sei das Gericht zum Schluss gekommen, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern in der Nacht "aufgrund der Wichtigkeit von Fleischprodukten als Grundnahrungsmittel" im öffentlichen Interesse unentbehrlich sei. Kein besonderes Konsumbedürfnis bestehe hingegen gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGer B-3526/2017 bei Verpflegungsprodukten aus Automaten. In diesen Automaten befänden sich abgepackte Produkte, "die ohnehin länger haltbar" seien. Es handle sich dabei nicht um Frischwaren, die sofort verzehrt werden sollten und dementsprechend nicht im bewilligungspflichtigen Zeitraum aufgefüllt werden müssten. Ihre Auftraggeberin verkaufe den Mitarbeitenden ihrer Kunden Büroverpflegung, die aufgrund der frischen Zubereitung ohne Konservierungsstoffe gesund, aber nicht lange haltbar sei. Es sei dabei essentiell, dass die Frische der

Büroverpflegung – gleich den Fleischwaren im referenzierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts – gewährleistet werden könne. Ebenso sei eine Unterscheidung zu den Produkten eines Pizzakurierdienstes oder anderer Essenslieferdienste nicht auszumachen, da auch diese der Bevölkerung Frischprodukte für die Befriedigung des täglich als notwendig empfundenen Konsumbedürfnisses verkauften. Gleiches gelte auch mit Bezug auf den Bürokaffee, den ihre Auftraggeberin mit Frischmilch und nicht mit Milchpulver herstelle. Frischmilch müsse innert kurzer Zeit konsumiert oder ersetzt werden und sei somit nicht lange haltbar. Für Betriebe der Milchverarbeitung vermute der Verordnungsgeber konsequenterweise die Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit, sodass die Milchverarbeitung im Anhang der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz aufgeführt sei. Die Zubereitung von Bürokaffee mit Frischmilch reihe sich in diese Betriebe ein und mache die Nacht- und Sonntagarbeit unentbehrlich. Die Vorinstanz verletze die Grundsätze der Wettbewerbsneutralität und der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, indem sie der Beschwerdeführerin im Gegensatz zu deren direkten Konkurrenten die beantragte Bewilligung nicht erteile. So habe die Vorinstanz jüngst einem Speiselieferdienst (C. _____ AG) eine Arbeitszeitbewilligung für die "Auslieferung von fertig zubereiteten Speisen und Getränken von Restaurants an Privatkunden in der Region Zürich" erteilt. Dieser Speiselieferdienst könne nun also frische Speisen und Getränke an Endkunden am Sonntag liefern.

Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, die Beschwerdeführerin lege nicht dar, inwiefern ihre Tätigkeit das Kriterium des besonderen Konsumbedürfnisses erfülle. Es gebe andere Möglichkeiten, den Bedarf an frischer Ernährung zu decken, ohne zwangsläufig auf Nachtarbeit zurückgreifen zu müssen. Ausserdem sei der Arbeitgeber nicht verpflichtet, eine Möglichkeit zum Kauf von Nahrungsmitteln im Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Ein besonderes Konsumbedürfnis wäre einzig im Zusammenhang mit Arbeitsmodellen zu diskutieren, bei denen es für die Arbeitnehmenden unmöglich oder zumindest schwierig sei, anderswo Nahrung zu erhalten, etwa bei Nachtarbeit. Dies sei hier jedoch nicht der Fall. In Ladengeschäften könne das Verkaufspersonal die Regale auch nur während der bewilligungsfreien Zeit reinigen, einräumen und auffüllen. Die an den Speiselieferdienst (C. _____ AG) erteilte Bewilligung für die Auslieferung von Mahlzeiten und Getränken entspreche ihrer Praxis in Bezug auf die Lieferung von zubereiteten Speisen. Lieferdienste könnten sich nicht auf die Sonderbestimmungen berufen, die für Gastbetriebe gälten (Art. 23 Abs. 3 ArGV 2). Solche Tätigkeiten in der Nacht oder an Sonntagen würden der Bewilligungspflicht unterliegen. Die andere Unternehmung verfüge

über eine Bewilligung, weil sie Speisen von Gastbetrieben ausliefere, die von der betreffenden Sonderbestimmung profitierten. Es handle sich um Bestellungen, die Privatpersonen bei einem Betrieb im Sinne der einschlägigen Sonderbestimmung aufgegeben hätten und die dann von einem Lieferdienst ausgeliefert würden. Bei der Auftraggeberin der Beschwerdeführerin bestelle man allerdings nicht bei einem bestimmten Betrieb. Vielmehr habe die Auftraggeberin "Partner in der ganzen Schweiz, die die Speisen zubereiten". Für die Kunden handle es sich um Speisen aus einem Automaten und nicht um eine Bestellung aus einem Restaurant. Zudem handle es sich nicht um einen Betrieb im Sinne der einschlägigen Verordnungsbestimmung, da Milchproduzenten und ein Getränkeunternehmen nicht unter die im betreffenden Verordnungsartikel aufgeführten Gastbetriebe fallen würden.

2.1 Gemäss Arbeitsgesetz ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeiten untersagt (Art. 16 ArG, Verbot der Nachtarbeit). Hierbei gilt Arbeit von 6 bis 20 Uhr als Tages-, jene von 20 bis 23 Uhr als Abendarbeit (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 ArG). Ausserdem gilt ein Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit sowie Verbot der Sonntagsarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 resp. Art. 19 Abs. 1 ArG). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit oder Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 2 ArG, Art. 19 Abs. 2 ArG). Die Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz konkretisiert hierzu die Voraussetzungen (Art. 40 Abs. 1 Bst. b ArG i.V.m. Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1, SR 822.111]). Demgemäss liegt wirtschaftliche Unentbehrlichkeit von Nacht- oder Sonntagsarbeit vor, wenn das angewandte Arbeitsverfahren mit unvermeidlich hohen Investitionskosten verbunden ist, die ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht amortisiert werden können; oder 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 haben könnte (Art. 28 Abs. 2 Bst. a und b ArGV 1). Darüber hinaus stellt die Verordnung der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit die besonderen Konsumbedürfnisse gleich, deren Befriedigung angesichts der Unentbehrlichkeit der Waren und Dienstleistungen für die betroffenen Konsumentinnen und Konsumenten im öffentlichen Interesse liegt und ohne die Leistung von Nacht- oder Sonntagsarbeit nicht sichergestellt werden kann (Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1). Technische Unentbehrlichkeit von Nacht- und Sonntagsarbeit im

Sinne des Arbeitsgesetzes liegt insbesondere vor, wenn ein Arbeitsverfahren oder Arbeiten nicht unterbrochen werden können, weil mit der Unterbrechung oder dem Aufschub erhebliche und unzumutbare Nachteile für die Produktion und das Arbeitsergebnis oder die Betriebseinrichtungen verbunden sind (Art. 28 Abs. 1 Bst. a ArGV 1); oder weil damit die Lieferkette oder der Warenfluss zwischen oder innerhalb von Betrieben unterbrochen würde oder die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern des täglichen Bedarfs nicht sichergestellt wäre (Art. 28 Abs. 1 Bst. c ArGV 1).

2.2 Das Arbeitsgesetz regelt zudem, dass bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von den Vorschriften betreffend das Verbot der Nachtarbeit und das Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden können, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist (Art. 27 Abs. 1 ArG). Gestützt auf diese Delegationsnorm umschreibt die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz die möglichen Abweichungen von den gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften und bezeichnet die Betriebsarten oder Gruppen von Arbeitnehmern, welche unter diese Abweichungen fallen (Art. 1 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 2, SR 822.112]). Eine Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit ist gemäss der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz unter anderem auf Gastbetriebe und die in ihnen beschäftigten gastgewerblichen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen anwendbar (Art. 23 Abs. 1 ArGV 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 ArGV 2). "Gastbetriebe" sind Betriebe, die gegen Entgelt Personen beherbergen oder Speisen oder Getränke zum Genuss an Ort und Stelle abgeben (Art. 23 Abs. 3 ArGV 2). Es handelt sich dabei um Hotels, Restaurants und Cafés, wie aus der französischen und der italienischen Fassung konkret hervorgeht (vgl. Art. 23 ArGV 2, in der französischen Fassung "hôtels, restaurants et cafés", in der italienischen Fassung "alberghi, ristoranti e caffè"). Gastbetrieben gleichgestellt sind Betriebe, die fertig zubereitete Speisen ausliefern (Art. 23 Abs. 3 ArGV 2).

2.3 In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin der B._____ die von dieser zubereiteten und zentral konfektionierten Speisen ausliefert, indem sie die gekühlten Essensautomaten an den Standorten der Kunden der B._____ während der Nacht und bis am frühen Vormittag mit diesen Speisen befüllt und die Kaffeemaschinen reinigt und mit Kaffee und Frischmilch auffüllt. Bei den Kunden der B._____ handelt es sich im Wesentlichen um kleinere Betriebe, die diese Essensautomaten und Kaffeemaschinen für die

Verpflegung ihrer Mitarbeitenden nutzen. Unbestritten ist auch, dass die von der Beschwerdeführerin ausgelieferten Speisen frisch zubereitet werden und, abgesehen von der Kühlung, nicht konserviert und grösstenteils zum Verzehr am gleichen Tag bestimmt sind.

2.4 Einer Medienmitteilung des SECO vom 25. Mai 2005 ist zu entnehmen, dass damals mit einer Anpassung in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz die gesetzlichen Grundlagen geschaffen wurden, um neuere Formen des Gastgewerbes – namentlich Hauslieferdienste, das heisst die Auslieferung von Fertigspeisen – zu ermöglichen. Dies trage der Änderung der veränderten Verhältnisse und Essgewohnheiten Rechnung und sichere die Gleichbehandlung aus Sicht des Arbeitsgesetzes zwischen Restaurants und Hauslieferungsdiensten, ohne Unterscheidung auf Grund des Verzehrortes. Dieser Anpassung sei die Frage vorausgegangen, ob für die Lieferung von Fertigspeisen ein besonderes Konsumbedürfnis nachgewiesen sei, um eine Arbeitszeitbewilligung erteilen zu können. In einem konkreten Fall habe das SECO damals verfügt, dass keine besonderen Konsumbedürfnisse nachgewiesen seien. Diese Verfügung sei durch die Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements bestätigt worden. Die Veröffentlichung dieser Praxis habe zahlreiche Reaktionen hervorgerufen, insbesondere eine Anfrage des Nationalrats Filippo Leutenegger, die den Bundesrat aufgefordert habe, die gesetzlichen Grundlagen den neuen Formen des Gastgewerbes anzupassen. Der Umfang der Reaktionen habe gezeigt, dass für diese Dienstleistungen ein echtes Bedürfnis bestehe; der Bundesrat habe somit eine Änderung der einschlägigen Verordnung vorgenommen. Gemäss dem revidierten Verordnungsartikel (Art. 23 Abs. 3 ArGV 2 zweiter Satz) fielen Betriebe, die Fertigspeisen auslieferten, wie etwa Pizzen, in Genuss der gleichen Sonderbestimmungen wie Restaurants und Cafés. Somit würden diese Betriebe ohne Bewilligung während der ganzen Nacht und am Sonntag Personal einsetzen dürfen. Durch diese Änderung seien nur Betriebe betroffen, die ähnliche Leistungen wie Restaurants anbieten würden, nämlich die Auslieferung von Fertigspeisen. Davon ausgeschlossen seien hingegen Läden, die in der Nacht und am Sonntag ihren Kunden Nahrungsmittel ausliefern möchten (Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2), <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-9571.html>, abgerufen am 28.11.2024).

2.5 Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin fällt zwar unbestrittenermassen selbst nicht unter die Bestimmung von Art. 23 Abs. 3 ArGV 2. Mit Inkrafttreten der revidierten Verordnungsbestimmung von Art. 23 Abs. 3 ArGV 2 ist

indessen die Frage, ob die Auslieferung fertig zubereiteter Speisen in der Nacht einem derart wichtigen Konsumbedürfnis entspreche, dass die wirtschaftliche oder technische Unentbehrlichkeit im Sinne des Gesetzes gegeben sei, durch den Ordnungsgeber implizit, aber unzweideutig bejaht worden. Die betreffende Ordnungsbestimmung enthält dabei keine einschränkenden Vorgaben bezüglich der Frage, warum die betreffenden Konsumenten derartige Hauslieferungsdienste beanspruchen. So ist die Zulässigkeit insbesondere nicht auf Konsumenten beschränkt, denen andere Möglichkeiten der Verpflegung mit frischen Speisen nicht offenstehen, beispielsweise weil sie aus gesundheitlichen Gründen nicht selbst kochen können oder über keine Küche verfügen oder selbst in der Nacht arbeiten.

Wenn die Vorinstanz daher argumentiert, im vorliegenden Fall sei das besondere Konsumbedürfnis nicht gegeben, weil es andere Möglichkeiten gebe, den Bedarf an frischer Ernährung zu decken, und weil die Kunden der B. _____ als Arbeitgeber rechtlich nicht verpflichtet seien, eine Möglichkeit zum Kauf von Nahrungsmitteln im Unternehmen zur Verfügung zu stellen, stellt sie daher auf Kriterien ab, welche beim Vergleichstatbestand von Art. 23 Abs. 3 ArGV 2 keine Rolle spielen.

Das verfassungsmässige Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dieses Gebot ist bei der Rechtsanwendung zu beachten. Warum die Anforderungen an ein wichtiges Konsumbedürfnis bei der Lieferung von warmen Fertigmahlzeiten aus einem Restaurant und bei der Lieferung von gekühlten Fertigmahlzeiten von B. _____ wesentlich unterschiedlich sein sollten, hat die Vorinstanz aber nicht erklärt und ist für das Gericht auch nicht ersichtlich.

Unerfindlich ist auch, warum die Frage, ob die Bestellung der Speisen von Privatpersonen selbst aufgegeben wurden oder ob die Lieferung erfolge, weil die Arbeitgeber der Endkonsumenten einen entsprechenden Vertrag mit der B. _____ abgeschlossen haben, für die Bewilligungserteilung relevant sein sollte. Auch bei der bewilligungsfrei zulässigen nächtlichen Tätigkeit eines Pizzakuriers muss der Kunde, der die Bestellung aufgibt, mit dem Endkonsumenten nicht zwingend identisch sein.

Die Beschwerdeführerin rügt daher zu Recht, dass die Vorinstanz das Rechtsgleichheitsgebot verletzt hat, wenn sie mit diesen Argumenten im

vorliegenden Fall das wichtige Konsumbedürfnis verneint hat. Vielmehr erscheint dieses als ohne Weiteres vergleichbar mit dem Bedürfnis nach der Lieferung von Speisen aus einem Restaurant oder Take-away-Betrieb.

2.6 Näher zu prüfen ist indessen das Argument der Vorinstanz, im vorliegenden Fall handle es sich für die Kunden um Speisen aus einem Automaten, und nicht um eine Bestellung aus einem Restaurant. Dieses Argument betrifft sinngemäss die Frage, ob die Lieferung zwischen Mitternacht und dem frühen Vormittag technisch erforderlich ist oder nicht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem früheren Urteil die Verweigerung der Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit für die Befüllung von Automaten bestätigt mit der Begründung, dass es sich um Produkte handle, die ohnehin länger haltbar seien. Die in jenem Urteil in Frage stehenden Automaten enthielten keine frischen Backwaren, die sofort zu konsumieren und deshalb zwingend frühmorgens aufzufüllen seien. Ebenso wenig befänden sich in den Automaten aktuelle Tageszeitungen, welche notwendigerweise am frühen Morgen aufgefüllt werden müssten (Urteil des BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.3.1).

Im vorliegenden Fall liegt der Sachverhalt diesbezüglich indessen entscheidend anders: Die Produkte, welche die Beschwerdeführerin bis frühmorgens in die Automaten füllt, sind zu einem grossen Teil frische Backwaren sowie Speisen, die frisch zubereitet wurden und, abgesehen von der Kühlung, nicht konserviert und daher zum Verzehr am gleichen Tag bestimmt sind. Auch die Frischmilch, welche die Beschwerdeführerin in die Kaffeemaschinen füllt, ist, sobald sie in die Kaffeemaschine abgefüllt ist, derart beschränkt haltbar, dass es technisch unumgänglich ist, dass die Milchbehälter der Kaffeemaschinen jeden Tag vor Arbeitsbeginn neu gefüllt werden. Es ist daher auch technisch zwingend, dass die Milchbehälter in den Kaffeemaschinen zu einem Zeitpunkt nach Arbeitsschluss und vor der nächsten Befüllung gereinigt werden. Zwar müssten das nicht zwingend die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin unmittelbar vor der nächsten Befüllung tun. Indessen handelt es sich um eine zwar hygienisch wichtige Aufgabe, andererseits ist der Aufwand dafür vernachlässigbar, da die Reinigung unbestrittenermassen vollautomatisch per Knopfdruck erfolgt. Zu verlangen, dass diese Tätigkeit am Vorabend durch das Reinigungspersonal des Betriebs erfolgen sollte, wäre daher offensichtlich unverhältnismässig.

Um Produkte der vorliegend in Frage stehenden Art als Mitarbeitendenverpflegung in einem Automaten anzubieten, ist die Reinigung der

Milchbehälter in den Kaffeemaschinen und die Befüllung der Automaten gleichentags und vor Arbeitsbeginn daher als technisch erforderlich einzustufen.

2.7 Aus den Akten ergibt sich, dass das von der Beschwerdeführerin gelieferte Sortiment offenbar auch Joghurts, Getränke und Snacks wie Nussmischungen und Schokoladeprodukte umfasst, also Artikel, welche möglicherweise nicht zwingend zum Verzehr am gleichen Tag bestimmt sind.

Gemäss Rechtsprechung ist die Beanspruchung von Nacht- oder Sonntagsarbeit für die blosser Lieferung eines Waren- oder Nahrungsmittelsortiments eines Ladens des Detailhandels nicht bewilligungsfähig (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2). Andererseits ist es notorisch, dass Hauslieferdienste von Mahlzeiten aus Restaurants und Take-aways, für welche eine bewilligungsfreie Erlaubnis von Nacht- oder Sonntagsarbeit gilt, auch Getränke, welche mit der Mahlzeit zusammen bestellt wurden, ausliefern.

Das Rechtsgleichheitsgebot verlangt daher, dass die Vorinstanz eine rein akzessorische Lieferung derartiger Waren bei der Beschwerdeführerin im gleichen Umfang zulässt wie bei Hauslieferdiensten von Mahlzeiten aus Restaurants.

2.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Gebot der rechtsgleichen Behandlung verletzt hat, wenn sie für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin die Bewilligung nicht erteilt hat, andererseits aber gemäss ihren Ausführungen in ständiger Praxis Bewilligungen an Lieferdienste, die fertig zubereitete Speisen von Gastbetrieben ausliefern, erteilt.

3.

Die Beschwerde erweist sich daher als begründet. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Erteilung einer Bewilligung. Sie wird dabei insbesondere die mit einer derartigen Bewilligung verbundenen Auflagen so festzulegen haben, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf rein akzessorische Warenlieferungen nicht schlechter gestellt wird als ihre Gewerbetenossen.

4.

4.1 Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei anzusehen, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VwVG e contrario sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Entsprechend sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 Abs. 1 VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen. Andernfalls setzt das Gericht die Parteientschädigung nach Ermessen aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 14 VGKE). Im vorliegenden Fall wurde keine Kostennote eingereicht.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Vorinstanz vom 22. Juni 2023 wird aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Erteilung einer Bewilligung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.– zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Daniela Steffen

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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 29. Januar 2025

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) (Gerichtsurkunde)