



---

Abteilung II  
B-2841/2009  
{T 0/2}

## **Urteil vom 22. Januar 2010**

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Philippe Weissenberger,  
Richter David Aschmann;  
Gerichtsschreiberin Beatrice Brügger.

---

Parteien

**R.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Felix Barmettler,  
Bahnhofstrasse 8, 6403 Küssnacht am Rigi,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Arbeitsbedingungen / Arbeitnehmerschutz,  
Effingerstrasse 31, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit.

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

Die R.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) betreibt an der X.\_\_\_\_\_strasse in L.\_\_\_\_\_ eine Bäckerei. Mit Schreiben vom 19. August 2008 ersuchte sie beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, Vorinstanz) um die Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit jeweils für die Periode von 23 Uhr bis 6 Uhr in der Nacht von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass die Filiale in L.\_\_\_\_\_ insbesondere an Wochenenden von heimkehrenden Besuchern aus den umliegenden Bars und Clubs stark frequentiert werde und somit ein besonderes Konsumbedürfnis vorliege. Um diese Nachfrage bewältigen zu können, müssten zusätzliche Waren frisch zubereitet und dafür zusätzliches Personal eingestellt werden. Mit Antwortschreiben vom 20. August 2008 verwies die Vorinstanz auf Art. 27 Abs. 1 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112), wonach die Beschwerdeführerin in zwei ganzen Nächten pro Woche und an Sonntagen, unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11), ohne Bewilligung Arbeitnehmende beschäftigen dürfe und mithin keine Bewilligung notwendig sei.

Auf ein erneutes Gesuch der Beschwerdeführerin vom 11. September 2008 antwortete die Vorinstanz mit Schreiben vom 1. Oktober 2008, dass der Betrieb an der X.\_\_\_\_\_strasse in L.\_\_\_\_\_ von der zuständigen kantonalen Behörde als Verpflegungsstand eingestuft worden sei. Damit richte sich die Öffnungszeit nach der entsprechenden Wirtschaftsbewilligung des Kantons Luzern vom 18. Dezember 2006. Da in dieser eine Öffnung in der Nacht und an Sonntagen aber nicht vorgesehen sei, erübrige sich eine weitere Prüfung des Gesuchs.

**B.**

Am 14. November 2008 erneuerte die Beschwerdeführerin ihr Gesuch. Zur Begründung machte sie geltend, dass es sich beim Betrieb in L.\_\_\_\_\_ nicht um einen Verpflegungsstand, sondern um eine Bäckerei handle. Für diese gelte das Ladenschlussgesetz des Kantons Luzern nicht und seien die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes anwendbar. Zudem sei gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 für

Bäckereiverkaufspersonal bloss für die Nachtarbeit, nicht aber für die Sonntagsarbeit eine Bewilligung einzuholen. Mit Schreiben vom 18. November 2008 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass das Gesuch wegen fehlendem besonderen Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) abzulehnen sei.

Innert erstreckter Frist nahm die Beschwerdeführerin am 2. März 2009 zu den Ausführungen der Vorinstanz vom 18. November 2008 Stellung. Vorab legte sie den Entscheid des Amtes für Raumentwicklung, Wirtschaftsförderung und Geoinformation des Kantons Luzern vom 9. November 2006 sowie die Baubewilligung des Stadtrates L.\_\_\_\_\_ vom 22. November 2006 vor, wonach für den Betrieb an der X.\_\_\_\_\_strasse eine Bewilligung als Bäckerei-Konditorei vorliege und damit gemäss Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 eine Sonntags-Arbeitsbewilligung für Verkaufsangestellte nicht erforderlich sei. Gemäss § 5 Abs. 2 Bst. a des Ruhetags- und Ladenschlussgesetzes vom 23. November 1987 des Kantons Luzern (RLG, SRL 855) finde dieses keine Anwendung auf solche Betriebe, weswegen eine Bewilligung des SECO für die Nacht von Freitag auf Samstag sowie Samstag auf Sonntag jeweils von 23 Uhr bis 6 Uhr eingeholt werden müsse. Diese Bewilligung, so die Beschwerdeführerin weiter, sei ihr wegen Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu erteilen. Zur Begründung legte sie mehrere Stellungnahmen von umliegenden Bars und Gewerbebetrieben bei.

### **C.**

Mit Verfügung vom 16. März 2009 (publiziert im Bundesblatt vom 7. April 2009 [BBl 2009 2301]) wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung führte sie aus, dass der Betrieb an der X.\_\_\_\_\_strasse gemäss der ihr vorliegenden Wirtschaftsbewilligung des Kantons Luzern vom 18. Dezember 2006 als Verpflegungsstand zu qualifizieren sei. Damit richteten sich die Öffnungszeiten nach der entsprechenden Bewilligung, wobei diese in casu eine Öffnung in der Nacht und am Sonntag nicht vorsehe. Weiter machte die Vorinstanz geltend, dass selbst dann keine Bewilligung zu erteilen sei, wenn der Betrieb als Bäckerei und Konditorei qualifiziert würde. Hierfür fehle es am besonderen Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1. Ein solches lasse sich auch aus den eingereichten Stellungnahmen der umliegenden Betriebe nicht ableiten.

**D.**

Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 16. März 2009 erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. Mai 2009 - berichtet am 13. Mai 2009 - Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Einsatz von Arbeitnehmern im betroffenen Bäckereibetrieb an der X.\_\_\_\_\_strasse in L.\_\_\_\_\_ von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag jeweils zwischen 23 Uhr und 6 Uhr keiner Arbeitszeitbewilligung bedürfe. Eventuell sei der Beschwerdeführerin für die Dauer von drei Jahren die Bewilligung für die Beschäftigung von Verkaufspersonal in der Nacht von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag jeweils von 23 Uhr beziehungsweise 24 Uhr bis 6 Uhr zu erteilen.

Die Beschwerdeführerin rügt erstens, dass der Entscheid der Vorinstanz auf einer unzutreffenden, aktenwidrig festgestellten Annahme des Sachverhalts beruhe, indem beim betroffenen Betrieb von einem Verpflegungsstand anstelle einer Bäckerei ausgegangen werde. Zweitens sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, weil die Vorinstanz in ihrer Verfügung die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse nicht berücksichtigt habe. Drittens gehe die Vorinstanz davon aus, dass eine Nachtarbeitsbewilligung für die ganze Woche sowie eine Sonntagsarbeitsbewilligung für die Nacht von Samstag auf Sonntag notwendig sei. Damit liege der Verfügung ein unrichtiger, willkürlich festgestellter Sachverhalt zu Grunde, denn es bedürfe lediglich einer Bewilligung für das Verkaufspersonal während der Zeitspanne von 24 Uhr bis 5 Uhr jeweils in der Nacht von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag. Auch im vierten Punkt rügt die Beschwerdeführerin eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung und eine unrichtige Rechtsanwendung. Diese liege darin, dass aufgrund der grossen Nachfrage in der Freitag- und Samstagnacht Produkte frisch zubereitet werden müssten. Demnach sei das Personal übergreifend, sowohl im Verkauf als auch in der Produktion, tätig. Damit seien die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 erfüllt und sei, entgegen der unrichtigen Annahme der Vorinstanz, keine Bewilligung notwendig. Falls trotzdem eine Bewilligung notwendig sei, so die Beschwerdeführerin fünftens, sei diese zu erteilen, weil ein entsprechendes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 vorliege. Indem die Vorinstanz dies verkenne, begehe sie einen Missbrauch und eine Unterschreitung ihres Ermessens und verletze den Grundsatz der

Verhältnismässigkeit. Sechstens schliesslich wird vorgebracht, die angefochtene Verfügung verletze den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung, indem in ähnlichen Fällen ein besonderes Konsumbedürfnis bejaht und eine Bewilligung erteilt worden sei.

#### **E.**

In der Vernehmlassung vom 10. Juli 2009 führt die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerin fälschlicherweise bloss von einem bewilligungspflichtigen Zeitraum von fünf Stunden in der Nacht von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag jeweils von 24 Uhr bis 5 Uhr ausgehe. Aus Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 ArG gehe aber hervor, dass der bewilligungspflichtige Zeitraum stets sieben Stunden betrage, nämlich entweder von 22 Uhr bis 5 Uhr oder von 24 Uhr bis 7 Uhr. Weiter macht sie geltend, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern in Verkaufsgeschäften von Bäckereien stets einer Bewilligung bedürfe, auch wenn das Einsatzgebiet fliegend den Verkaufs- und Produktionsbereich umfasse. Zudem sei auch der Sonntagszeitraum gemäss Art. 18 ArG betroffen, weswegen es sich hier, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, um ein Bewilligungsgesuch für Nacht- und Sonntagsarbeit handle. Was die gerügte rechtsungleiche Behandlung anbelangt, weist das SECO darauf hin, dass es sich bei den von der Beschwerdeführerin aufgeführten Fällen nicht um die gleiche Situation handle, da dort lediglich die Arbeitszeit im Produktionsbereich, nicht aber im Verkauf betroffen sei. Im Zusammenhang mit dem besonderen Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 schliesslich verweist die Vorinstanz auf die Ausführungen in der Verfügung vom 16. März 2009. Zusammenfassend hält sie fest, dass die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen sei.

#### **F.**

Mit Replik vom 6. Oktober 2009 bestreitet die Beschwerdeführerin alle Einwände der Vorinstanz als unzutreffend. Im Zusammenhang mit der in der Beschwerde gerügten rechtsungleichen Behandlung verweist sie auf die Bäckerei H.\_\_\_\_\_, die während 24 Stunden am Tag geöffnet sei. Demnach könne sich die Bewilligung nicht bloss, wie von der Vorinstanz angeführt, auf die Produktion beziehen, sondern müsse auch den Verkauf betreffen. Vor diesem Hintergrund müsse auch der Beschwerdeführerin die Bewilligung erteilt werden.

**G.**

In ihrer Stellungnahme zur Replik vom 28. Oktober 2009 macht die Vorinstanz geltend, dass die von der Beschwerdeführerin angesprochene Bewilligung der Bäckerei H.\_\_\_\_\_ bloss die Produktion betreffe. Ein entsprechendes Begehren bezüglich der Beschäftigung von Verkaufspersonal sei von der Vorinstanz abgelehnt worden (BBI 2009 3393). Mithin könne nicht von einer rechtsungleichen Behandlung gesprochen werden.

Mit Verfügung vom 2. November 2009 ging die Duplik der Vorinstanz zur Kenntnisnahme an die Beschwerdeführerin.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 16. März 2009 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Gemäss Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) unterliegen Verfügungen des SECO über die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 33 Bst. d und Art. 37 VGG i.V.m. Art. 44 VwVG).

**1.2** Die Ablehnung des Gesuchs der Beschwerdeführerin wurde am 7. April 2009 im Bundesblatt publiziert (BBI 2009 2301). Die 30-tägige Beschwerdefrist begann an dem der Veröffentlichung folgenden Tag zu laufen (Art. 20 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 VwVG) und wurde mit Postaufgabe der Beschwerde am 1. Mai 2009 gewahrt.

**1.3** Die Beschwerdeführerin ist als Betreiberin der betroffenen Filiale und als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 VwVG). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind erfüllt (Art. 52 Abs. 1 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 demnach einzutreten.

**2.**

**2.1** Gemäss Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr als Tagarbeit und diejenige von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit. Dabei können nach Art. 10 Abs. 2 ArG der Beginn und das Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit zwischen 5 Uhr und 24 Uhr anders festgelegt werden, wenn die Arbeitnehmerversammlung 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). Wie die Nachtarbeit, ist auch die Sonntagsarbeit, also die Arbeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr, grundsätzlich verboten und Ausnahmen unterliegen der Bewilligungspflicht (Art. 18 und Art. 19 Abs. 1 ArG). Für die Arbeit während den Nachtstunden des Sonntags, also der Nacht von Samstag auf Sonntag, ist eine Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit notwendig (Wegleitung zur ArGV 2, Art. 4 ArGV 2, [Stand November 2006], [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Themen > Arbeit > Arbeitnehmerschutz allgemein > rechtliche Grundlagen, zuletzt besucht am 8. Dezember 2009).

**2.2** Nach Art. 27 ArG sind bestimmte Betriebe und Berufsgruppen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausgenommen. Die entsprechenden Sonderbestimmungen befinden sich in der ArGV 2. Für Angestellte in Bäckereien, Konditoreien und Confisereien gilt gemäss Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 eine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für die Nachtarbeit an zwei Tagen pro Woche für die ganze Nacht und an den restlichen Tagen ab 1 Uhr und 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).

**2.3** Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit bedürfen ausserhalb der erwähnten Sonderbestimmungen der ArGV 2 der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 ArG). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacht- und Sonntagsarbeit wird dann bewilligt, wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig ist (Art. 17 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 2 ArG). Diese Voraussetzungen werden in der ArGV 1 konkretisiert.

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.

Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 sind die besonderen Konsumbedürfnisse gleichgestellt, 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 Bst. b ArGV 1). Für bestimmte, im Anhang der ArGV 1 aufgelistete Arbeits- und Produktionsverfahren wird die Unentbehrlichkeit vermutet (Art. 28 Abs. 4 ArGV 1).

### **3.**

**3.1** Vorab ist zu klären, ob der Betrieb unter die Bestimmungen über die Bäckereien, Konditoreien und Confiserien fällt. Die Vorinstanz hat diesen Punkt in der angefochtenen Verfügung vom 16. März 2009 vorerst offen gelassen. In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin eine unzutreffende und aktenwidrige Sachverhaltsfeststellung sowie eine fehlerhafte Rechtsanwendung.

Tatsächlich ging die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung primär davon aus, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin als Verpflegungsstand zu qualifizieren sei und sich demnach die Öffnungszeiten nach der entsprechenden Wirtschaftsbewilligung richteten. Aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Entscheid des Amtes für Raumentwicklung, Wirtschaftsförderung und Geoinformation des Kantons Luzern, Rechtsspruch Punkt 2.11, geht hervor, dass die Öffnungszeiten des Bäckerei-Konditorei Verkaufsgeschäftes unter die Ausnahmeregelung von § 1 Abs. 2 Bst. a RLG fallen und für diese mithin

die Bestimmungen und Auflagen des Arbeitsgesetzes und der ausführenden Verordnungen anwendbar sind.

Ob der Betrieb der Vorinstanz an der X.\_\_\_\_\_strasse gesamthaft als Bäckerei oder Verpflegungsstand zu qualifizieren ist, kann offen gelassen werden. Wesentlich ist, was auch von der Vorinstanz bereits im Schreiben vom 18. November 2008 erkannt und in der angefochtenen Verfügung berücksichtigt wurde, dass sich die Öffnungszeiten des Bäckerei- und Konditoreibetriebes nach den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und nicht nach der kantonalen Wirtschaftsbewilligung richten. Demnach kann der Vorinstanz in diesem Punkt keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden.

### **3.2**

**3.2.1** Im Zusammenhang mit der Erteilung von Ausnahmebewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit macht die Beschwerdeführerin geltend, dass es für den Einsatz von Arbeitnehmern im Betrieb an der X.\_\_\_\_\_strasse jeweils von 24 Uhr bis 5 Uhr in der Nacht von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag keiner Bewilligung bedürfe. Zur Begründung führt sie aus, dass gemäss Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 im Produktionsbereich für die Nächte von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag keine Bewilligung für die Beschäftigung von Arbeitnehmern notwendig sei. Im Verkaufsbereich sei die Bewilligung nur für den Zeitraum von 24 Uhr bis 5 Uhr jeweils von Freitag auf Samstag und Samstag auf Sonntag erforderlich. Da nun aber der Einsatz des Personals fliegend sei, dieses mithin in Produktion und Verkauf tätig sei, kämen die Regeln über das Produktionspersonal gemäss Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 zur Anwendung. Demnach bedürfe es gar keiner Bewilligung für die beiden in Frage stehenden Nächte, da an den übrigen Tagen keine Nacharbeit geleistet werde.

Die Vorinstanz macht hierzu in der Vernehmlassung geltend, dass der Gesetzgeber klar zwischen Arbeitnehmern im Produktions- und Verkaufsbereich unterscheide. Danach sei die Einstellung von Verkaufspersonal stets bewilligungspflichtig, auch wenn der Einsatzbereich fliegend zwischen Verkauf und Produktion liege.

**3.2.2** Im Produktionsbereich ist für den angegebenen Zeitraum, wie die Beschwerdeführerin richtig festhält, aufgrund von Art. 27 Abs. 1

ArGV 2 keine Bewilligung erforderlich, solange in den anderen Nächten nicht gearbeitet wird. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass dies auch für im Verkauf oder beiden Bereichen fließend tätige Arbeitnehmer gelte. Indem der Gesetzgeber die Bewilligung für Verkaufsgestellte ausdrücklich separat regelte und strengere Voraussetzungen auferlegte, ist dort von einem besonderen Schutz auszugehen. Demnach darf bei bereichsübergreifend tätigen Angestellten nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass die weniger strengen Regeln über Produktionsangestellte anwendbar seien. Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitnehmerschutzes als Zweck des Arbeitsgesetzes ist es vorliegend gerechtfertigt, Arbeitnehmer, die sowohl im Verkauf als auch in der Produktion tätig sind, den strengeren Regeln von Art. 27 Abs. 2 ArGV 2 zu unterstellen. Andernfalls könnte der Schutzzweck der Bestimmung leicht unterlaufen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin verlangt, es sei festzustellen, dass für den angesprochenen Zeitraum Arbeitnehmer bewilligungsfrei eingestellt werden können, kann ihr somit nicht gefolgt werden. Nach dem Gesagten ist ersichtlich, dass die Beschäftigung von Verkaufspersonal in der fraglichen Zeitspanne der Bewilligung bedarf.

Keiner Bewilligung bedarf gemäss Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 die Sonntagsarbeit, d.h. am Sonntag von 6 Uhr bis 23 Uhr.

**3.3** Ausnahmbewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit werden dann erteilt, wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig sind. Diese Notwendigkeit wird in Art. 28 ArGV 1 präzisiert.

**3.3.1** In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin geltend, es sei ihr die Ausnahmbewilligung zu gewähren, weil ein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 vorliege. Hierfür führt sie die grosse Nachfrage an Bäckereiprodukten in der fraglichen Zeitspanne an und hält fest, dass ein Fehlen dieses Angebots von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden werde, was auch von den umliegenden Betrieben, den Tourismusverantwortlichen und den Verkehrsbetrieben bestätigt worden sei.

Dagegen bringt die Vorinstanz vor, dass sich aus den von der Beschwerdeführerin dargelegten Umständen kein besonderes Konsum-

bedürfnis ableiten lasse. Zudem sei den Besonderheiten von Bäckerei- und Konditoreibetrieben bereits mit der Lockerung des Sonntagsarbeitsverbots gemäss Art. 27 Abs. 2 ArGV 2 Rechnung getragen worden.

**3.3.2** Bevor nachfolgend geprüft werden kann, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 erfüllt ist, ist festzuhalten, dass im Rahmen der Bewilligungserteilung für Nacht- und Sonntagsarbeit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein strenger Massstab anzuwenden ist (BGE 131 II 200 E. 6.3 f.). Diese Auslegung gründet namentlich in der ratio legis des Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots als Arbeitnehmerschutzbestimmung. Ansatzpunkt für die Beurteilung der Unentbehrlichkeit dürfen daher, so das Bundesgericht, nicht Überlegungen der (wirtschaftlichen) Zweckmässigkeit, sondern können einzig die objektiven Erfordernisse des interessierenden Arbeitsverfahrens sein. Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer müssten gerade dann greifen, wenn die Gesetze des Marktes für die Einführung von Nacht- und Sonntagsarbeit sprächen. Das Arbeitsschutzrecht solle der ökonomischen Rationalität zu Gunsten des Arbeitnehmers Grenzen setzen. Es bestimme die Rahmenbedingungen, an die sich der Unternehmer bei seinen an der Wirtschaftlichkeit orientierten Entscheidungen zu halten habe. Blosser Zweckmässigkeit genüge für ein Abweichen vom Nacht- oder Sonntagsarbeitsverbot nicht. Erforderlich sei vielmehr, wie das Gesetz sage, Unentbehrlichkeit, was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch so viel wie "unerlässlich" oder "unbedingt notwendig" bedeute. Diese restriktive Wortwahl zeige, dass der Gesetzgeber das Interesse an der Wahrung der Nacht- und Sonntagsruhe weit über die wirtschaftliche Zweckmässigkeit stelle, Nacht- und Sonntagsarbeit also nur ganz ausnahmsweise bewilligt werden dürfe, wenn es anders schlicht nicht gehe (BGE 116 Ib 270 E. 4b und 5, BGE 116 Ib 284 E. 4-5, BGE 120 Ib 332, insb. S. 335 ff. E. 5 a-d, vgl. auch BGE 131 II 200 E. 6.3 bezüglich Sonntagsarbeit). Diese Rechtsprechung erachtet das Bundesgericht auch nach der Änderung des Arbeitsgesetzes vom 20. März 1998 als verbindlich (vgl. hierzu etwa BGE 131 II 200 E. 6.4 sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.166/2003 vom 7. August 2003 i. S. Coop Neuchâtel-Jura E. 2). Diese restriktive Haltung ist auch bei dem im vorliegenden Fall in Frage stehenden besonderen Konsumbedürfnis zu berücksichtigen, ist jenes doch der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gemäss Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 gleichgestellt (Urteil des Bundes-

verwaltungsgerichts B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 4.2 in fine).

**3.3.3** Zu den ausführenden Verordnungen zum Arbeitsgesetz hat die Vorinstanz Weisungen erlassen (Wegleitung zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz [Stand November 2007], [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Themen > Arbeit > Arbeitnehmerschutz allgemein > rechtliche Grundlagen, zuletzt besucht am 7. Dezember 2009). Zum hier in Frage stehenden besonderen Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 wird ausgeführt, dass ein solches dann vorliege, wenn Waren und Dienstleistungen angeboten würden, die täglich als notwendig empfunden würden, mithin deren Fehlen, insbesondere in der Nacht und am Sonntag, für einem Grossteil der Bevölkerung einen wesentlichen Mangel darstelle. Würde die Gewährung der Dienstleistung allerdings von einer Mehrheit der Bevölkerung als störend empfunden, liege kein besonderes Konsumbedürfnis vor. Daran ändere sich auch nichts, wenn sich eine kleine Minderheit für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetze.

**3.3.4** Im Bereich von Bäckereibetrieben hat der Bundesrat dem erhöhten Konsumbedürfnis dadurch Rechnung getragen, dass diese Betriebe bewilligungsfrei an Sonntagen Arbeitnehmer im Verkaufsbereich beschäftigen können. Soweit die Beschwerdeführerin mehrere Stellungnahmen von Privatpersonen und umliegenden Gewerbebetrieben geltend macht, kann daraus kein besonderes Konsumbedürfnis abgeleitet werden. Gerade weil Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ein öffentliches Interesse an der Befriedigung des Konsumbedürfnisses verlangt, ist der Kreis der betroffenen Personen eher weit zu ziehen, es sei denn, es handle sich um Waren und Dienstleistungen, die dem Schutz höherer Rechtsgüter (Leib und Leben) dienen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2009 vom 7. Oktober 2009 E. 6.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-769/2009 vom 6. Oktober 2009 E. 6.1, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-771/2009 vom 18. September 2009 E. 5.1). Demnach greift die Beschwerdeführerin zu kurz, wenn sie vorliegend auf die Bedürfnisse der Kunden und der Arbeitnehmer der umliegenden Gewerbebetriebe abstellt. Soweit die grosse Nachfrage als wirtschaftliches Kriterium aufgefasst wird, kann daraus auch nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden. Denn gerade wirtschaftliche Argumente sind nicht geeignet, Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit zu begründen. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Be-

willigung auch deswegen zu erteilen sei, weil die beantragte Zeitspanne bloss fünf Stunden (Korrigendum vom 13. Mai 2009) an zwei Nächten pro Woche betrage. Was das besondere Konsumbedürfnis betrifft, ist dieser Einwand belanglos, da dieses nicht vom Umfang des zu bewilligenden Zeitrahmens im Verhältnis zur nicht beanspruchten Ruhezeit abhängig ist (vgl. aber die Ausführungen in E. 4 hiernach).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass in casu kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 vorliegt.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz weiter eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes vor, da diese die Bewilligung für die Nacht-/Sonntagsarbeit von lediglich fünf Stunden an zwei Nächten pro Woche verweigerte. Dazu führt die Vorinstanz aus, dass der bewilligungspflichtige Zeitrahmen gemäss Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 ArG immer sieben Stunden betrage.

**4.1** Die Vorinstanz ist nach Art. 28 ArG ermächtigt, in ihren Arbeitszeitbewilligungen ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung vorzusehen, soweit der Befolgung dieser Vorschriften ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betrieb vorliegt. Den Weisungen der Vorinstanz zu Art. 28 ArG ist zu entnehmen, dass für die Einschätzung einer Abweichung ausschlaggebend sei, dass die Substanz des Schutzgedankens, welcher der betreffenden Vorschrift zu Grunde liegt, durch die Ausnahme nicht verloren gehe. Mithin darf die zuständige Behörde diese Regelung nur mit grosser Zurückhaltung und unter Berücksichtigung der Konsequenzen für den ordnungsgemässen Gesetzesvollzug anwenden.

Als geringfügige Abweichung wurde in der Praxis etwa die Vorverschiebung des Arbeitsbeginns von Schichtarbeitern um eine halbe Stunde von 5 Uhr auf 4 Uhr 30 eingeschätzt (Entscheid der REKO/EVD vom 6. September 2004 [MB/2003-8]). Begründet wurde dies damit, dass die auf den Bau von technologisch und qualitativ anspruchsvollen Komponenten, Baugruppen und Systemen spezialisierte Unternehmung andernfalls nicht in der Lage gewesen wäre, die benötigten qualifizierten Mitarbeiter zu beschäftigen und alle Stellen dauerhaft zu besetzen (vgl. dazu auch Entscheid der REKO/EVD vom

2. April 2004 [MB/2002-104]). Nicht als geringfügige Abweichung wurde hingegen die Herabsetzung der Grenze der Tagesarbeit für Frauen von 6 Uhr auf 3 Uhr qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts vom 12. August 1994 E. 2b, teilweise veröffentlicht im Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1995, S. 247 ff.).

**4.2** Aus der zitierten Rechtsprechung wird ersichtlich, dass es sich bei der von der Beschwerdeführerin verlangten Arbeitszeitbewilligung nicht um eine geringfügige Abweichung handelt. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man von einem, wie von der Beschwerdeführerin fälschlicherweise vorgebrachten, Bewilligungszeitrahmen von bloss fünf Stunden ausgeht. Der in Frage stehende Zeitraum betrifft die ganze Nacht. Würde eine Ausnahme gewährt, ginge der Schutzgedanke des Nachtarbeitsverbots gänzlich verloren. Demnach kann der Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 28 ArG kein Ermessensmissbrauch und keine Ermessensunterschreitung vorgeworfen werden. Schliesslich sind auch keine ausserordentlichen Schwierigkeiten im Sinne von Art. 28 ArG erkennbar, die eine Ausnahmeregelung rechtfertigen würden.

## 5.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, dass die angefochtene Verfügung ihren Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung verletze. Dazu führt sie aus, die Vorinstanz hätte in gleich gelagerten Fällen eine Bewilligung erteilt (Bäckerei B.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_, Nacht- und Feiertagsarbeitsbewilligung wegen besonderem Konsumbedürfnis; K.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_, Nachtarbeitsbewilligung wegen wirtschaftlich unentbehrlicher Betriebsweise [BBI 2007 3416 f.]; N.\_\_\_\_\_, L.\_\_\_\_\_, Nacht- und Sonntagsarbeitsbewilligung wegen besonderem Konsumbedürfnis [BBI 2009 1702]; Bäckerei H.\_\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_\_, hängiges Gesuch um Bewilligung von Nacht- und Sonntagsarbeit wegen besonderem Konsumbedürfnis [BBI 2009 2293]).

Die Vorinstanz erwähnt hierzu in ihrer Vernehmlassung vom 10. Juli 2009, dass die erwähnten Gesuche jeweils die Produktion (Ausdehnung der gemäss Art. 27 Abs. 1 ArGV 2 ohne Bewilligung zulässigen Arbeitszeiten) betreffen. Im Zusammenhang mit dem Gesuch der Bäckerei H.\_\_\_\_\_ in Z.\_\_\_\_\_ weist die Vorinstanz mit Duplik vom 28. Oktober 2009 nach, dass das Gesuch um Arbeitszeitbewilligung für Verkaufspersonal abgelehnt wurde (BBI 2009

3393). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich vorliegend aus den aufgeführten Bewilligungserteilungen nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten lässt und keine rechtsungleiche Behandlung seitens der Vorinstanz vorliegt.

**6.**

Nach dem Gesagten ist der Entscheid der Vorinstanz nicht zu beanstanden und die Beschwerde somit abzuweisen.

**7.**

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VKGE, SR 173.320.2]). Vorliegend werden die Verfahrenskosten auf Fr. 2'000.– festgesetzt. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2009-03-09/299; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech

Beatrice Brügger

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 26. Januar 2010