

# **BVGer B-3526/2017 vom 21. Juni 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-06-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3526\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3526_2017)

FR: TAF B-3526/2017 du 21 juin 2018

IT: TAF B-3526/2017 del 21 giugno 2018

## **Regeste**

Arbeitnehmerschutz

## **Erwägungen**

### **E. 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 20. Mai 2017 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Gemäss Art. 33 Bst. d VGG unterliegen Verfügungen der 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 Bundesverwaltungsgerichts für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist damit gegeben.

### **E. 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.

### **E. 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).

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgesetz über die Arbeit und Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz [ArG], SR 822.11) hält fest, dass die Nacht- und Sonntagsarbeit grundsätzlich untersagt sind (Art. 16 und 18 ArG). Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeit bedarf der Bewilligung (Art. 16 und 17 ArG). Als Tagesarbeitszeit ist die Zeit von 06:00 Uhr bis 20:00 Uhr und als Abendarbeitszeit die Zeit von 20:00 Uhr bis 23:00 Uhr festgelegt (Art. 10 Abs. 1 ArG).

## **E. 2.2**

Gemäss Art. 27 Abs. 1 ArG können jedoch bestimmte Betriebe und Berufsgruppen durch Verordnung vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausgenommen werden. Diese Sonderbestimmungen finden sich in der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112). Für Kioske, Betriebe für Reisende und Tankstellenshops gelten gemäss Art. 26 ArGV 2 entsprechende Ausnahmen von der Bewilligungspflicht für die Nacht- und Sonntagsarbeit.

## **E. 2.3**

Ausnahmen vom Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit 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 Nacht- und Sonntagsarbeit werden von der Vorinstanz bewilligt, wenn sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sind (Art. 17 Abs. 2 und 5 ArG sowie Art. 19 Abs. 2 und 4 ArG). Diese Voraussetzungen werden in der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) konkretisiert.

### **E. 2.3.1**

Gemäss Art. 28 Abs. 2 ArGV 1 liegt eine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit 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."

### **E. 2.3.2**

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).

## **E. 2.4**

Die unbestimmten Rechtsbegriffe "täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen", "Grossteil der Bevölkerung", "wesentlicher Mangel" und "Bedürfnis, das dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt", müssen im konkreten Anwendungsfall sachbezogen und - weil sie Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot sind - entsprechend einem allgemeinen Rechtsgrundsatz eng ausgelegt werden (vgl. Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., 2016, S. 90 ff.). Erlasse sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ergibt die grammatikalische Auslegung, dass der Wortlaut nicht klar ist oder verschiedene Interpretationen zulässt, so ist der wahre Sinn der Bestimmung zu ermitteln unter Berücksichtigung aller Elemente der Auslegung, namentlich

mit Hilfe der systematischen, historischen und teleologischen Auslegungsmethode (vgl. BGE 131 V 431 E. 6.1 m.w.H.). Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Kontext, dass die Auslegung sich am gesetzgeberischen Grundgedanken zu orientieren hat, wonach Nacht- und auch Sonntagsarbeit möglichst eingeschränkt werden sollen (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz], BBl 1960 II 909, S. 910 ff.; Daniel Soltermann, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 59, 2004, S. 179). Nach Rechtsprechung und Lehre sind die Anwendung und Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen ohne Einschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen. Wenn die verfügende Behörde den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen jedoch näher steht, so hat ein Gericht indes Zurückhaltung zu üben, der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen und so lange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde vertretbar erscheint (vgl. BGE 119 Ib 254 E. 2b; Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1577).

#### **E. 2.4.1**

Für den Nachweis eines besonderen Konsumbedürfnisses müssen gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 die Voraussetzungen sowohl nach Bst. a als auch nach Bst. b kumulativ erfüllt sein. Gemäss der Wegleitung der Vorinstanz ist Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 in dem Sinne konkretisiert worden, als es sich bei den besonderen Bedürfnissen um Waren oder Dienstleistungen handeln muss, 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 gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1. Das Konsumbedürfnis sei nur dann ein besonderes, wenn es über den ganzen Tag oder die ganze Woche dauernd vorhanden sei oder es z.B. wegen des Freizeitverhaltens der Bevölkerung gerade in der Nacht und an Sonntagen in besonderem Masse hervortrete (Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, SECO [Hrsg.], zu finden auf [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) Suchbegriff: Wegleitung, Art. 28 Abs. 3 ArGV 1). Die konkretisierenden Weisungen der Vorinstanz statuieren zwar keine neuen gesetzlichen Rechte und Pflichten für Private. Sie sind aber insofern von Bedeutung, als sie im Ermessensbereich der Behörde Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis bieten. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Instanz an diese Weisungen zwar 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. BGE 132 V 200 E. 5.1.2; BVGE 2008/22 E. 3.1.1; Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 87 ff.).

#### **E. 3**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die mit Verfügung der Vorinstanz vom 20. Mai 2017 erfolgte Verweigerung einer Arbeitszeitbewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit zugunsten der Beschwerdeführerin rechtens war.

#### **E. 3.1**

Zur Begründung ihres behaupteten Anspruchs auf Erteilung einer Ausnahmegewilligung macht die Beschwerdeführerin geltend, es bestehe ein besonderes Konsumbedürfnis für die Automaten-Verpflegung. Die Nachfrage nach solchen Produkten konzentriere sich hauptsächlich auf den späten Abend und den frühen Morgen. Am späten Abend seien es Party-gänger und am Morgen die zahlreichen Pendler, die einen Snack oder ein Getränk konsumieren würden. Zwischen diesen Nachfragepeaks sei es deshalb notwendig, dass die Automaten aufgefüllt und gewartet werden sowie Geldentleerungen vorgenommen werden könnten. Andernfalls sei es für Kunden nachteilig, wenn ihr gewünschtes Produkt nicht vorhanden sei. Zudem sei dies ein Nachteil für den Umsatz der Beschwerdeführerin. Des Weiteren weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das Auffüllen zu den morgendlichen Stosszeiten viel länger dauere, die Anfahrten sich im Morgenverkehr verlängern würden und Pendlerströme und auffüllende Mitarbeiter sich in die Quere kämen, was für beide Seiten unangenehm sei. Die besonderen Konsumbedürfnisse seien insbesondere in der Nacht und am Morgen sowie an Sonntagen zu befriedigen. Deshalb sei es zentral, dass die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ihre Tätigkeit um 4 Uhr morgens und ausnahmsweise bereits um 3 Uhr morgens aufnehmen könnten, damit die Automaten vor der Rush-Hour aufgefüllt seien und die Pendler und Mitarbeiter sich nicht in die Quere kämen. Die B.\_\_\_\_\_ AG unterstützten das Gesuch der Beschwerdeführerin, indem sie es begrüßten, dass nicht während der Stosszeiten eine Auffüllung durchgeführt werde, sondern bereits davor und damit jederzeit eine Produkteverfügbarkeit gewährleistet sei. Es sei offensichtlich, dass die Automatenverpflegung nur mit Nacht- und Sonntagsarbeit befriedigt werden könne. Selbst die Digitalisierung der Automaten verhindere es nicht, dass die Automaten vor Ort aufgefüllt werden müssten. Unbestritten sei, dass die Beschwerdeführerin Produkte anbiete, welche auch an Kiosken zu finden seien. Sie spreche damit die gleiche Zielgruppe an und stehe in direkter Konkurrenz zu Kioskbetreibern. Als Konkurrentin habe sie deshalb Anspruch auf eine Ausnahmegewilligung gemäss Art. 17 und 19 ArG, da sie über ein "vergleichbares Warenangebot" verfüge. Es liege mit der abgelehnten Verfügung eine Benachteiligung zuungunsten der Beschwerdeführerin vor, die ihre nicht bedienten Automaten nicht rechtzeitig auffüllen könne. Das Bedürfnis nach Verpflegung sei viel dringender als jenes nach einer Lektüre, die bei Kiosken gekauft werden könne. Eine Zeitung könne im Übrigen auch digital konsumiert werden. Im Gegensatz zu den personalintensiven Kiosken brauche es bei den Automaten auch weniger Personal. Zudem befriedige sie dasselbe Bedürfnis wie Tankstellenshops, einfach mit Bezug auf den öffentlichen Verkehr. Es sei deshalb sehr wohl ein wesentlicher Mangel, wenn ein Pendler am Morgen ein bestimmtes Produkt kaufen wolle, dieses aber nicht mehr verfügbar sei. Der Vergleich mit Tankstellenshops zeige, dass Automobilisten die gleichen Bedürfnisse nach Zwischenverpflegung hätten wie die Benutzer des öffentlichen Verkehrs. Wenn die Pendler am Morgen leere Automaten vorfinden würden, so könnten sie dieses Bedürfnis nicht befriedigen. Es sei gerade ein wesentlicher Mangel, wenn ein bestimmtes Produkt in den Automaten nicht zur Verfügung stehe. So habe ein Konsument beispielsweise den Wunsch nach einem bestimmten Getränk. Deshalb würde das Fehlen eines Produkts von einem Grossteil der Bevölkerung als ein wesentlicher Mangel empfunden werden. Wenn eine Tankstelle ihre Regale die ganze Nacht auffüllen dürfe, so müsse es der Beschwerdeführerin ebenfalls ermöglicht werden, ihre Automaten einmal am frühen Morgen nachzufüllen. Die C.\_\_\_\_\_ AG dürfe aus sicherheitstechnischen Gründen ebenfalls aufgrund des besonderen Konsumbedürfnisses Nacht- und Sonntagsarbeit durchführen. Dieses besondere Bedürfnis an Werbung sei im Gegensatz zur Verpflegung

aber weniger leicht ersichtlich. Es seien des Weiteren auch bei den Arbeiten der Beschwerdeführerin sicherheitstechnische Aspekte zu berücksichtigen. Wenn nämlich an stark frequentierten Perrons zu Stosszeiten Automaten gewartet und aufgefüllt würden, sei dies analog zum Plakatwechseln ebenfalls zu beachten. Es sei ein willkürlicher Entscheid der Vorinstanz, wenn sie die C.\_\_\_\_\_ AG, die an denselben Standorten arbeite, besser stelle und ihr Nacht- und Sonntagsarbeit erlaube. Die Automaten der Beschwerdeführerin seien nichts anderes als Tankstellenshops ohne Personal, bei denen die Bedürfnisse von Reisenden und Passanten nach Zwischenverpflegung gestillt würden. Bei den Automaten brauche es demgegenüber keine permanente Bedienung, sondern idealerweise eine Auffüllung vor dem morgendlichen Pendlerverkehr. Ebenfalls seien die Automaten wie Kioske ohne Personal zu betrachten, da sie eine Verkaufsstelle gemäss Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 seien. Die Beschwerdeführerin sei im Gegensatz zu den Kiosken aber schlechter gestellt, wenn sie die Automaten sonntags nicht auffüllen dürfe. Der ausgebaut öffentliche Verkehr über Mitternacht hinaus zeige schliesslich, dass die Benutzer auch nachts ein Bedürfnis nach Zwischenverpflegung hätten. Dafür sollten sie nicht extra einen Tankstellenshop aufsuchen müssen. Die Benutzung am späten Abend dürfe auch nicht auf Kosten der Pendler am frühen Morgen gehen, welche offensichtlich ebenfalls ein Bedürfnis nach Verpflegung hätten.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, dass es sich bei der Automaten-Verpflegung nicht um ein besonderes Konsumbedürfnis handle. Die Tätigkeit der Beschwerdeführerin könne nicht mit Kiosken oder Tankstellen gleichgestellt werden. Erstens sei keine Bedienung vorhanden und zweitens keine Tankstelle, weshalb die bewilligungsfreie Nacht- und Sonntagsarbeit nicht möglich seien. Für eine Ausnahmegewilligung sei im Sinne des Arbeitnehmerschutzes ein strenger Massstab zu setzen. Hierfür sei ein besonderes Konsumbedürfnis nachzuweisen, welches im öffentlichen Interesse liege und nicht ohne Nacht- und Sonntagsarbeit möglich sei. Allein bei einem Vergleich mit Produkten, die auch an Kiosken angeboten würden, könne es sich nicht um täglich notwendige und unentbehrliche Waren handeln. Ein kurzzeitiges Fehlen von Automaten-Produkten sei nicht als ein wesentlicher Mangel zu qualifizieren, sondern könne durch ein anderes vorhandenes Produkt substituiert werden. Eine Effizienz-Einbusse könne nicht als Nachweis der Unentbehrlichkeit für Nacht- und Sonntagsarbeit genügen. Alleine der Morgen- und Pendlerverkehr könnten nicht für eine Ausnahmegewilligung ausreichen. Die Arbeitnehmerschutzinteressen seien höher zu gewichten als der wirtschaftliche Aspekt. Das Warenangebot der Beschwerdeführerin sei keine Befriedigung eines besonderen Konsumbedürfnisses, denn ein kurzzeitiges Fehlen solcher Automaten-Produkte würde von einem Grossteil der Bevölkerung nicht als ein wesentlicher Mangel empfunden. Der Konsument habe vielmehr diverse andere Angebote, die er nutzen könne, um seinen Bedarf zu decken. Des Weiteren würde es zahlreiche andere Automaten oder bei Tagesanbruch weitere Geschäfte geben. Auch sei vorliegend keine Ungleichbehandlung vorhanden, denn eine solche sei nur bei direkten Konkurrenten möglich. Dabei müsse es sich um die gleiche Branche handeln, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richte und dasselbe Bedürfnis befriedige. Kioske und Tankstellenshops würden im Vergleich zur Beschwerdeführerin nun aber grosse Unterschiede zur Dienstleistung und Infrastruktur aufweisen. Auch wenn die Beschwerdeführerin weniger Personal benötige, gehöre sie nicht zu den bewilligungsfreien Kiosken. Die Vorbereitungshandlungen am Morgen wie insbesondere das Regalauffüllen für den Verkauf müssten während der Tagesarbeitszeit

vorgenommen werden. Das Auffüllen der Automaten sei deshalb als Vorbereitungshandlungen für den Verkauf zu sehen. Die Beschwerdeführerin habe andere Möglichkeiten, ihre Automaten rechtzeitig aufzufüllen, indem sie beispielsweise kürzere Touren organisiere. Im Schreiben der B. \_\_\_\_\_ AG komme der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zu Wort, weshalb davon auszugehen sei, dass die Beschwerdeführerin Kenntnis vom Medienbericht gehabt habe. Zudem habe die Beschwerdeführerin im Gesuch vom 15. Dezember 2016 selber die digitalen Neuerungen erwähnt, weshalb sie sich auch in der Beschwerde dazu hätte äussern müssen. Aufgrund der digitalisierten Automaten könne die Beschwerdeführerin auf ihren Warenbestand flexibel reagieren und entsprechend nachfüllen. Es sei nicht überzeugend, weshalb Nachtarbeit ab 4 Uhr bzw. 3 Uhr notwendig sei, um Pendlerströmen auszuweichen oder den Morgenverkehr zu umgehen. Denn die Einsparungen von Arbeitszeit würden noch keine Unentbehrlichkeit im Sinne von Art. 28 ArGV 1 begründen. Die Vergleiche zur C. \_\_\_\_\_ AG seien schliesslich nicht überzeugend, denn jene Nachtarbeitsbewilligung sei nur in eng beschränktem Rahmen und aus sicherheitstechnischen Gründen erfolgt. So seien die Nacht- und Sonntagsarbeit nur an Orten erlaubt, wo es aus sicherheitstechnischen Gründen nicht anders möglich sei, was auch nichts daran ändere, dass als Begründung ein besonderes Konsumbedürfnis vorausgesetzt sei.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin ersucht vorliegend um eine Ausnahmbewilligung, da sie nicht unter die für Kioske und Tankstellenshops geltende Sonderbestimmung des Art. 26 ArGV 2 fällt. Nachfolgend ist deshalb das Erfordernis des Vorliegens eines besonderen Konsumbedürfnisses gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu prüfen. Danach werden Ausnahmbewilligungen für Nacht- und Sonntagsarbeit dann erteilt, wenn diese aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich sind oder wenn ein besonderes Konsumbedürfnis besteht, was durch Art. 28 ArGV 1 präzisiert wird. Dieses besondere Konsumbedürfnis setzt voraus, dass dessen Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist (Art. 28 Abs. 3 ArGV 1). Solche Konsumbedürfnisse bestehen insbesondere bei täglich notwendigen und unentbehrlichen 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). Ein solches besonderes Konsumbedürfnis zeichnet sich dadurch aus, dass es über den ganzen Tag oder die ganze Woche dauernd vorhanden ist oder es beispielsweise aufgrund des Freizeitverhaltens der Leute gerade in der Nacht und an Sonntagen besonders hervortritt (vgl. Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, a.a.O.).

#### **E. 3.3.1**

Gemäss den Grundsätzen der Wettbewerbsneutralität (Art. 94 BV) und des Anspruchs auf Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden (Art. 27 BV) sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen. Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden geht damit weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot, gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen nicht aus. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein (vgl. BGE 141 V 557 E. 7.2 S. 569; Urteil 2C\_647/2015 vom 11.

November 2016 E. 8.2). Vorliegend bietet die Beschwerdeführerin teilweise zwar ähnliche oder gleiche Waren wie Kioske oder Tankstellenshops an und hat teilweise dasselbe Zielpublikum. Dabei sind die Automaten der Beschwerdeführerin wie die Kioske auch auf Reisende des öffentlichen Verkehrs ausgerichtet. Ähnlich wie Tankstellenshops für Privatreisende bieten die Automaten Zwischenverpflegungen für Reisende des öffentlichen Verkehrs an. Allerdings gelten für Kioske und Tankstellenshops Sonderbestimmungen im Arbeitsgesetz, da es sich bei diesen beiden Verkaufsstellen im Gegensatz zu den Automaten um bediente Betriebe handelt. Die Automaten benötigen demgegenüber kein ständiges Personal, welches Kunden bedienen muss. Ausserdem ist das Warenangebot der Kioske und Tankstellenshops weitaus umfangreicher und deshalb letztlich nicht vergleichbar mit demjenigen der Automaten der Beschwerdeführerin. Aus diesem Grund kann vorliegend nicht von einer direkten Konkurrenz gesprochen werden. Damit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keine direkte Konkurrentin zu Kiosken oder Tankstellenshops darstellt, da sie nicht in der gleichen Branche tätig und auch das Warenangebot mit Bezug auf Inhalt und Umfang nicht vergleichbar ist. Die Beschwerdeführerin hat demgegenüber ein Interesse daran, ihrer Kundschaft möglichst an sieben Tagen rund um die Uhr sämtliche ihrer Zwischenverpflegungen anbieten zu können. Für eine Ausnahmegewilligung zugunsten einer Nacht- und Sonntagsarbeitsbewilligung muss im Einzelfall aber das Vorhandensein eines wesentlichen Mangelempfindens beim Fehlen des entsprechenden Angebots sowie ein öffentliches Interesse an der Beseitigung dieses Mangels nachgewiesen werden. Nach dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ist zudem erforderlich, dass es sich bei den besonderen Konsumbedürfnissen um Waren handeln muss, deren Befriedigung nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist. Dies ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei einem herkömmlichen und beschränkten Warensortiment des Detailhandels nicht der Fall (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2).

### **E. 3.3.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bewilligung für Nacht- und Sonntagsarbeit und ausgehend von der ratio legis ein strenger Massstab anzuwenden. Denn das Arbeitsgesetz dient in erster Linie dem Arbeitnehmerschutz in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht (vgl. BB1 1960 II 910; BGE 136 II 427 E. 3.2; Urteil des BVer B-5340/2017 vom 28. März 2018 E. 7.1 und E. 7.4). Die Bestimmungen über die Nacht- und Sonntagsarbeit sollen den damit verbundenen Risiken von gesundheitlichen Gefährdungen sowie Beeinträchtigungen des Sozial- und Familienlebens Rechnung tragen (vgl. BB1 1960 II 977; vgl. Urteil des BGer 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4). Es ist ihnen deshalb gerade auch dann Nachachtung zu verschaffen, wenn die Marktgesetze grundsätzlich, d.h. isoliert betrachtet, für die Einführung von Nacht- oder Sonntagsarbeit sprächen. Reine Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen jedoch nicht, um das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot aufzuweichen. Die Nacht- und Sonntagsarbeit muss nach dem Gesetzestext vielmehr "unentbehrlich" sein. Abweichungen von den Verboten sollen deshalb im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden. Das Bundesgericht verweist in seiner Rechtsprechung dabei insbesondere auch auf die gesundheitlichen Probleme, welche die Nachtarbeit und der damit einhergehende Wechsel des biologischen Rhythmus beim Menschen bewirken können sowie auf die soziale und kulturelle Bedeutung der Sonntagsruhe als kollektiver Freizeit (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5; Urteil des BGer 2C\_344/2008 vom 26. März 2009 E. 5 m.w.H.; Soltermann, a.a.O., S. 183 f.).

### **E. 3.3.3**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob ein besonderes Konsumbedürfnis an den Automaten-Produkten der Beschwerdeführerin im Sinne des Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 vorliegt. Dabei ist insbesondere zu beurteilen, ob die Befriedigung dieses Konsumbedürfnisses nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist und ob dieses Bedürfnis im öffentlichen Interesse liegt.

#### **E. 3.3.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Fehlen von bestimmten Produkten würde von den Konsumentinnen und Konsumenten als wesentlicher Mangel empfunden werden, denn sie wünschten ein ganz bestimmtes Produkt und würden bei dessen Fehlen grundsätzlich kein anderes kaufen. Deshalb sei es wichtig, dass die Automaten zwischen den Nachfragepeaks, d.h. am frühen Morgen um 4 Uhr bzw. um 3 Uhr, aufgefüllt werden könnten. Der Grossteil der Konsumenten sind Benutzer des öffentlichen Verkehrs. Einen kleineren Teil dürften andere Personen ausmachen, welche solche öffentlichen Orte frequentieren. Der Kreis der Bevölkerung, bei welchem ein erhebliches Mangelempfinden vorliegen muss, ist dabei eher weit zu ziehen (vgl. Urteil des BVGer B-738/2009 vom 7. Oktober 2009 E. 6.1). An grösseren Bahnhöfen sind denn auch regelmässig verschiedene Automaten-Anbieter zu finden. Selbst wenn einige Produkte in den Automaten der Beschwerdeführerin für kurze Zeit fehlen sollten, so können Konsumenten insbesondere an grösseren Standorten auf einen anderen, alternativ vorhandenen Warenautomaten ausweichen und damit ihr Bedürfnis an einer entsprechenden Zwischenverpflegung decken. Des Weiteren haben Kioske in grösseren Bahnhöfen schon früh morgens - teilweise bereits ab 05:00 oder 05:30 Uhr, regelmässig aber ab 06:00 Uhr - geöffnet. Somit können an diesen Standorten in der Regel bereits am frühen Morgen die meisten Personen ihr Bedürfnis nach entsprechenden Produkten stillen. Folglich würde es ein Grossteil der Bevölkerung nicht als wesentlichen Mangel empfinden, wenn gewisse Produkte der Beschwerdeführerin nicht rund um die Uhr vorhanden wären. Mit Bezug auf kleinere Bahnhöfe, an denen weder Kioske noch andere Automaten als Alternativen zur Verfügung stehen, ist es der Beschwerdeführerin demgegenüber ohne Weiteres zumutbar, durch organisatorische und technische, insbesondere digitale Massnahmen allfällige Engpässe beim Warenangebot zu vermeiden. Denkbar und möglich sind etwa grössere Automaten und vermehrte Automaten-schubladen für die gängigsten Produkte sowie elektronische Meldungen über Leerbestände mittels digitalisierter Automaten. Allgemein ist festzuhalten, dass die Produkte der Beschwerdeführerin zu den herkömmlichen Detailhandelsprodukten gehören, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht unter das besondere Konsumbedürfnis im Sinne des Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 fallen. Denn bei den Produkten der Beschwerdeführerin handelt es sich grösstenteils um Getränke und Esswaren, d.h. um Nahrungsmittel, die zwar im weitesten Sinne zu den lebensnotwendigen Produkten gehören, die täglich benötigt werden. Aber es ist diesbezüglich zu präzisieren und zu konkretisieren, ob es sich dabei ausschliesslich um Zwischenverpflegung oder um abgepackte Produkte handelt, die ohnehin länger haltbar sind. Denn die Automaten enthalten in aller Regel keine frischen Backwaren, die sofort zu konsumieren sind und deshalb zwingend frühmorgens aufzufüllen wären. Ebenso wenig befinden sich in den Automaten aktuelle Tageszeitungen, welche notwendigerweise am frühen Morgen aufgefüllt werden müssen. Damit handelt es sich bei den Automaten-Produkten - im Unterschied zu den Produkten in Kiosken und in Tankstellenshops - um alltägliche

Konsumgüter und somit um herkömmliche Detailhandelsprodukte. Solche Produkte können in aller Regel ohne Weiteres während der ordentlichen Arbeitszeit erworben und für eine Reise oder einen allfälligen nächtlichen Verbrauch zu Hause aufbewahrt oder von dort aus mitgenommen werden. Solche Waren sind deshalb nicht unter das öffentliche Interesse im Sinne des Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zu subsumieren, weshalb dafür auch keine Nacht- oder Sonntagsarbeit notwendig ist (vgl. Urteil des BGer 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2).

#### **E. 3.3.3.2**

Aus dem Schreiben der B.\_\_\_\_\_ AG vom 24. April 2017, welches die Beschwerdeführerin ins Recht gelegt hat, ist zu entnehmen, dass "gewisse Passagen, Perrons sowie Vorfahrten auf den [Ortsangabe] der B.\_\_\_\_\_ AG während den morgen- und abendlichen Stosszeiten an ihre Kapazitätsgrenzen" stossen würden, weshalb ein Auffüllen ausserhalb dieser Zeitspannen wünschbar wäre und die Produkteverfügbarkeit für die Reisenden gewährleistet sein sollte. Die B.\_\_\_\_\_ AG würden in diesem Sinne das Gesuch um Nacharbeit der Beschwerdeführerin unterstützen. Zwar dürfte mit Blick auf den frühen Morgen und den damit vorhandenen Pendlerverkehr ein öffentliches Interesse für das Vermeiden von Störungen und Behinderungen des Pendlerflusses vorhanden sein. Einzelne Perrons oder Passagen dürften deshalb - im Unterschied wohl aber zu den meisten übrigen Standorten - aus sicherheitstechnischen Aspekten besonders betroffen sein. Es ist aber diesbezüglich von der Beschwerdeführerin und den B.\_\_\_\_\_ AG zu erwarten, dass die Automaten nicht auf engen Perrons oder Passagen, sondern an verkehrs- und sicherheitmässig geeigneten Orten aufgestellt werden. Die Beschwerdeführerin hat denn auch den ganzen Tag Zeit, ihre Automaten nachzufüllen und zu warten. Es liegt damit an der Beschwerdeführerin selber, dass sie es mittels organisatorischer und technischer Massnahmen vermeidet, zu den Pendlerstosszeiten die Automaten aufzufüllen und zu warten.

#### **E. 3.3.3.3**

Auch wenn die C.\_\_\_\_\_ AG im Gegensatz zur Beschwerdeführerin eine Ausnahmegewilligung erhalten hat, so heisst dies noch nicht, dass eine Ungleichbehandlung vonseiten der Vorinstanz vorliegt. Denn von der Vorinstanz wurde zu Recht vorgebracht, dass die C.\_\_\_\_\_ AG nur in eng beschränktem Rahmen und aus sicherheitstechnischen Gründen eine Ausnahmegewilligung erhalten habe, wobei diese nur an Orten erlaubt sei, wo dies aus Sicherheitsgründen nicht anders möglich sei, selbst wenn diese Begründung unter den Aspekt des "besonderen Konsumbedürfnisses" falle. Aus den Beschwerdebeilagen ist ersichtlich, dass der entsprechende Betriebsteil der C.\_\_\_\_\_ AG wie folgt bezeichnet wird: "Plakataushang/Leuchtkontrollen in der Stadt, auf dem Stadtgebiet, an Bahnhöfen und in den Agglomerationen in den Kantonen Waadt, Genf, Luzern, Zug, Basel, Bern, Solothurn, Aargau, Zürich, Graubünden, St. Gallen, Thurgau." (Beschwerdebeilage 12). Damit ist erstellt, dass die Vorinstanz auch hier eine standortgebundene Abwägung machen musste, um im konkreten Einzelfall eine Ausnahmegewilligung zu erteilen. Zudem ist gemäss Vorbringen der Vorinstanz der sicherheitstechnische Aspekt für das Aufhängen von Plakaten zentral. Die Dienstleistungen "Plakataushang und Leuchtkontrollen" sind naturgemäss mit entsprechenden Gerätschaften, wie insbesondere einer Leiter und eines Autos auszuführen, weshalb der Sicherheitsaspekt ohne Weiteres von Relevanz ist.

#### **E. 3.3.3.4**

Schliesslich ist anzumerken, dass ein nächtliches Auffüllen von Automaten in der Regel mit Lärm verbunden ist. Nach der ratio legis des Arbeitsgesetzes, welches den gesundheits- und sozialpolitischen Gedanken mitträgt, führt Lärm aber zu Schlafstörungen und damit zu einer Schlafverkürzung, weshalb Nachtaktivitäten nur restriktiv zuzulassen sind (vgl. Soltermann, a.a.O., S. 75).

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht nachweisen kann, dass für das Auffüllen und Warten ihrer Public-Vending-Automaten ein besonderes Konsumbedürfnis besteht. Überdies mangelt es an einer substantiierten Auseinandersetzung mit den verschiedenen Standorten. Es fehlen deshalb sowohl das öffentliche Interesse als auch die Notwendigkeit, dass Nacht- oder Sonntagsarbeit geleistet werden muss. Die in den Automaten angebotenen Produkte fallen ausserdem unter die handelsüblichen Detailhandelsprodukte und begründen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deshalb kein "besonderes Konsumbedürfnis" gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1, welches eine Nacht- und Sonntagsarbeit rechtfertigen würde. Ausserdem ist der Schutz der Arbeitnehmer stärker zu gewichten als die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, selbst wenn diese sektoriell oder standortgebunden erwünscht und zweckmässig wären. Unter Würdigung der gesamten Umstände ist aus diesen Gründen im vorliegenden Fall kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne des Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 gegeben. Die Beschwerde ist deshalb aus den dargelegten Gründen vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten in der 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 4. Juli 2017 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.- wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. 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).

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