



Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion

Münsterplatz 3a  
Postfach  
3000 Bern 8  
+41 31 633 48 41  
info.weu@be.ch  
www.be.ch/weu

I2019-006HU    HM

## **Beschwerdeentscheid vom 15. Juni 2020**

**Bäckerei-Konditorei A.**, 3084 Wabern  
vertreten durch Fürsprecherin C.

Beschwerdeführerin

gegen

**Amt für Wirtschaft (AWI)**, Arbeitsbedingungen, p.A. AWI Stab, Münsterplatz 3a, Postfach,  
3000 Bern 8

betreffend Ladenöffnungszeiten (Verfügung des AWI vom 29. Mai 2019)

## **Sachverhalt**

### **A.**

Mit Gesuch vom 10. Mai 2019 beantragte die Beschwerdeführerin beim Amt für Wirtschaft des Kantons Bern (AWI) eine Ausnahmegewilligung von den ordentlichen Ladenöffnungszeiten während des Gurtenfestivals vom 18.-21. Juli 2019. Das AWI stellte ihr am 14. Mai 2019 die Ablehnung des Gesuchs in Aussicht und ersuchte sie, bis zum 27. Mai 2019 entweder ihr Gesuch zurückzuziehen oder eine kostenpflichtige und beschwerdefähige Verfügung zu verlangen. Nachdem die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin ihr Gesuch am 27. Mai 2019 ergänzt hatte, wies das AWI dieses mit Verfügung vom 29. Mai 2019 ab.

### **B.**

Gegen diese Verfügung führte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Juni 2019 bei der damaligen Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (heute und im Folgenden: Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern [WEU]) Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung der nachgesuchten Ausnahmegewilligung, vorab im Sinne einer vorsorglichen Massnahme.

### **C.**

Das AWI beantragte in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 27. Juni 2019 die Abweisung der Beschwerde und des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen. Die ebenfalls von der WEU angehörte Einwohnergemeinde (EG) D. stellte keinen Antrag. Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 wies die WEU das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme ab und stellte dem AWI ergänzende Fragen im Hinblick auf den Entscheid in der Hauptsache.

### **D.**

Die Beschwerdeführerin erwirkte in der Folge eine gastgewerbliche Festwirtschaftsbewilligung des Regierungsstatthalteramtes Bern-Mittelland (nachfolgend Regierungsstatthalteramt) und hielt ihre Bäckerei in den Nächten vom 20. und 21. Juli 2019 offen.

### **E.**

Mit Eingabe vom 24. Juli 2019 beantwortete das AWI die ergänzenden Fragen der WEU und die Beschwerdeführerin hielt in Ihrer Stellungnahme vom 23. September 2019 an ihrer Beschwerde fest.

## Erwägungen:

### 1.

**1.1** Angefochten ist eine Verfügung des AWI betreffend eine Bewilligung nach Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. November 1992 über Handel und Gewerbe (HGG; BSG 930.1). Gemäss Art. 27 HGG und Art. 62 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) kann gegen Verfügungen des AWI bei der WEU Beschwerde geführt werden.

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 65 Abs. 1 VRPG).

Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse setzt im Allgemeinen voraus, dass die Beschwerdeführerin ein aktuelles Interesse an der Behandlung ihres Rechtsmittels hat und ein günstiger Entscheid für sie von praktischem Nutzen wäre. Trotz Fehlens oder Wegfalls eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses ist jedoch ausnahmsweise auf die Beschwerde einzutreten, wenn es um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung geht, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und wegen der Dauer des Verfahrens sonst nie rechtzeitig einer endgültigen Beurteilung zugeführt werden könnte (vgl. BVR 2018 S. 310 E. 7.3, 2016 S. 529 E. 1.2.1, 2014 S. 5 E. 1.2.1). In einem solchen Fall liegt es im öffentlichen Interesse, die aufgeworfene Frage wegen deren Grundsätzlichkeit zu beantworten (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1, 141 II 14 E. 4.4), wobei sich der Klärungsbedarf der streitigen Grundsatzfrage aber aufgrund der individuellen, potenziell wiederholbaren Situation der beschwerdeführenden Person bestimmt (BGE 131 II 670 E. 1.2; BVR 2008 S. 569 E. 3.2).

Das Gurtenfestival, für das die Nichterteilung der angebehrten Ausnahmbewilligung vorliegend angefochten ist, fand vom 17. bis 20. Juli 2019 statt. Das nächste soll vom 15. bis 18. Juli 2020 stattfinden. Dabei ist davon auszugehen, dass selbst bei einer Gesuchseinreichung mehrere Wochen bis Monate vor dem Anlass eine verwaltungsjustizmässige Überprüfung der Ausnahmbewilligung bzw. der Nichterteilung der Ausnahmbewilligung in der Regel nicht rechtzeitig erfolgen kann. Weiter ist davon auszugehen, dass sich die vorliegend aufgeworfene Frage bezüglich der Möglichkeit von Ausnahmen von den regulären Ladenöffnungszeiten im Zusammenhang mit dem Gurtenfestival jederzeit auch im Zusammenhang mit anderen Veranstaltungen stellen kann. Diese grundsätzliche Frage ist von einer Tragweite, die es rechtfertigte, ausnahmsweise vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen. Dabei ist einzig zu prüfen, ob es zulässig war, das Gesuch um ausnahmsweises Offenhalten der Bäckerei während der Nächte des Gurtenfestivals 2019 abzuweisen. Allfällige anderweitige Verweigerungsgründe, die bei späteren, konkreten Gesuchen auftreten, bleiben vorbehalten.

Unter diesem Vorbehalt ist auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 67 i.V. mit Art. 32 VRPG). Die WEU übt volle Rechts- und Ermessenskontrolle aus (Art. 66 VRPG).

## **2.**

Die Beschwerdeführerin betreibt seit 1984 in Wabern bei Bern eine kleine Bäckerei-Konditorei mit dazugehörigem Verkaufsgeschäft. Beschäftigt werden 14 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Verschiedene Bauaktivitäten in der Gemeinde erschwerten der Beschwerdeführerin in den letzten Jahren die Geschäftstätigkeit. Besonders betroffen war sie von der Sanierung der Kirch- und Dorfstrasse von Sommer 2015 bis Sommer 2018. In Berücksichtigung dieser Umstände erteilte das AWI (vormals: beco Berner Wirtschaft) der Beschwerdeführerin in den letzten drei Jahren Ausnahmegewilligungen, sodass diese jeweils in den Nächten während des Gurtenfestivals ihr Geschäft um 2.00 Uhr statt erst um 6.00 Uhr öffnen konnte (Gewilligungen vom 16. Juni 2016: Freitag bis Sonntag, 24. Mai 2017 und 30. Mai 2018: Donnerstag bis Sonntag). In der Gewilligung vom 30. Mai 2018 hielt das damalige beco fest, dass die Ausnahmegewilligung wie in den Vorjahren zur Kompensation der finanziellen Nachwirkungen infolge der mittlerweile abgeschlossenen Strassensanierung erteilt werde und dass weitere Ausnahmegewilligungen mit gleicher Begründung ausgeschlossen würden.

## **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie kämpfe als Kleinbetrieb in der Bäcker-Konditorbranche um ihre wirtschaftliche Existenz. Grossbetriebe würden ihr den Umsatz streitig machen und verschiedene Bauaktivitäten in der Gemeinde kämen erschwerend hinzu. Nach der Strassensanierung der Kirch- und Dorfstrasse bis Anfang 2018 seien die Bauarbeiten zum Projekt Doppelspurausbau Wabern-Kehrsatz Nord der BLS in Angriff genommen worden und anschliessend erfolge der Umbau des Bahnhofs Wabern. Auch während des viertägigen Gurtenfestivals im Juli werde wegen verschiedener Absperrungen der Zugang der Stammkundschaft zur Bäckerei-Konditorei und insbesondere zu den Parkplätzen erschwert, was sich negativ auf die Umsatzzahlen auswirke. Hinzu komme, dass sich die Festivalbesucherinnen und -besucher beim Aufstieg bereits in den Grossverteilern oder an den Esständen auf dem Festivalgelände verpflegen würden. Somit bedeute das Gurtenfestival per se eine Einschränkung für ihr Geschäft.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, dass das Gurtenfestival zu den grössten und spektakulärsten Musikfestivals der Schweiz gehöre und zehntausende Besucher anziehe (2018: 80'000). Konzerte würden bis gegen 3.00 Uhr gespielt und die letzte Talfahrt der Gurtenbahn sei um 4.00 Uhr. Ab der Talstation würden die Besucherinnen und Besucher mit Moonliner- oder Shuttlebussen in verschiedene Richtungen fahren, wobei sie auf dem Weg von der Talstation zur Busstation unweigerlich an der Bäckerei-Konditorei vorbeikämen. Dementsprechend sei während der letzten drei Jahre an den Festivaltagen der Umsatz der Bäckerei praktisch ausschliesslich ausserhalb der regulären Öffnungszeiten generiert worden. Nur dank der verlängerten Öffnungszeiten 2016 bis 2018 sei es ihr überhaupt möglich gewesen, ihre wirtschaftliche Existenz knapp zu retten. Schliesslich hält die Beschwerdefüh-

rerin fest, dass es während dieser Nächte zu keinerlei Zwischenfällen oder Reklamationen von Nachbarn oder Dritten gekommen sei. Im Gegenteil habe das geöffnete Geschäft dazu beigetragen, dass sich die vom Festival heimkehrenden Besucherinnen und Besucher in der Bäckerei verpflegt und ihren Heimweg ruhiger angetreten hätten.

**3.2** Das AWI begründete die Abweisung des Gesuchs damit, dass die Bäckerei der Beschwerdeführerin auch während des Gurtenfestivals nicht vom Geltungsbereich der regulären Ladenöffnungszeiten ausgenommen sei. Weder sei ihr Geschäft Teil des Gurtenfestivals, noch stehe etwas anderes als der Verkauf von Backwaren im Vordergrund, das sie als Veranstaltung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 HGG erscheinen liesse. Ausnahmen von den Ladenöffnungszeiten erteile das AWI in stetiger Praxis nur zurückhaltend. So würden unter anderem bei runden Firmenjubiläen, Neueröffnungen oder Totalrenovierungen von Detailverkaufsgeschäften einmalige Ausnahmen – in der Regel in Form eines weiteren Verkaufssonntags – gewährt. Weiter würden Ausnahmegewilligungen erteilt, wenn Detailverkaufsgeschäfte durch ausserordentliche, nicht in ihrem Einflussbereich liegende Ereignisse in grossem Umfang in ihrer Verkaufstätigkeit gehindert würden, so etwa bei Baustellen oder Ereignissen, die den Zugang zum Detailverkaufsgeschäft erheblich einschränken würden. Hingegen läge kein Grund für eine Ausnahme in generellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten.

Zum Gesuch der Beschwerdeführerin führt das AWI aus, dass diese in den vergangenen drei Jahren bereits von einer Ausnahmegewilligung profitiert habe, da sie in dieser Zeit durch umfassende Strassenarbeiten in der Gemeinde von Kundenströmen abgeschnitten gewesen sei. Diese Einschränkung bestehe nun nicht mehr, wobei der Beschwerdeführerin bereits in den letzten Bewilligungen kommuniziert worden sei, dass die Ausnahmen nur wegen der baulichen Einschränkungen erteilt würden.

**3.3** Die von der WEU ebenfalls angehörte EG D. bringt vor, dass ihrer Meinung nach die Auswirkungen des im Sommer 2017 abgeschlossenen Sanierungsprojektes der Kirchstrasse nicht mit jenen der BLS-Bauprojekte vergleichbar seien. Bei der Sanierung der Kirchstrasse (Unterführung bis zur Kreuzung Dorfstrasse-Seftigenstrasse) sowie der Dorfstrasse und dem Wabernstock sei die Bäckerei A. als Strassenanliegerin durch die unmittelbare Nähe zur Strassenbaustelle direkt betroffen gewesen. Bei den BLS-Bauprojekten sei sie hingegen nicht direkte Anliegerin und sowohl der Individual- als auch der öffentliche Verkehr würden nicht umgeleitet. Weiter würden auch im Rahmen des gegenwärtigen Doppelspurausbaus direkt beim Bahnhof Wabern die Parkplätze (30 Minuten) an der Bahnhofstrasse der Kundschaft der Bäckerei zur Verfügung stehen. Insgesamt gebe es im Unterschied zur Sanierung der Kirchstrasse keine nennenswerten erkennbaren Auswirkungen des Doppelspurausbaus beim Bahnhof auf das Gewerbe in Wabern.

#### **4.**

Gemäss Art. 10 Abs. 1 HGG dürfen Detailverkaufsgeschäfte und Verkaufsstände von Montag bis Freitag von 6.00 bis 20.00 Uhr und an Samstagen sowie vor öffentlichen Feiertagen von 6.00 bis 17.00

Uhr offen halten. Bäckereien, Confiserien, Metzgereien und Milchhandlungen dürfen an öffentlichen Feiertagen von 6.00 bis 18.00 Uhr offen halten (Art. 11 Abs. 1 Bst. a HGG). Das AWI kann befristete Ausnahmen von den Öffnungszeiten bewilligen (Art. 14 Abs. 2 HGG i.V. mit Art. 15 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Januar 2007 über Handel und Gewerbe [HGV; BSG 930.11]).

Vom Geltungsbereich der Ladenöffnungszeiten sind Apotheken, Ausstellungen, Galerien und Veranstaltungen ausgenommen (Art. 9 Abs. 2 HGG). Veranstaltungen in diesem Sinne sind befristete Anlässe, die in der Regel ausserhalb von Verkaufsräumen stattfinden und bei denen der Verkauf von Waren nicht im Vordergrund steht, wie Lesungen, Buchvernissagen oder Plattentaufen (Art. 3 Abs. 2 HGV). Diesbezüglich sieht Art. 3 Abs. 4 HGV vor, dass Ausnahmewilligungen nach Art. 14 Abs. 2 HGG möglich sind, soweit Art. 9 Abs. 2 HGG nicht anwendbar ist. Für Imbissstände gelten die Öffnungszeiten für Gastgewerbebetriebe (Art. 9 Abs. 3 HGG).

## **5.**

Zu beurteilen ist vorliegend, ob das AWI der Beschwerdeführerin zu Recht eine Ausnahmewilligung für das Offenhalten ihrer Bäckerei für jeweils vier Stunden während der vier Nächte des Gurtenfestivals 2019 verweigert hat.

**5.1** Die Kantone sind gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts befugt, aus Gründen der öffentlichen Ruhe und Ordnung, bzw. insbesondere zum Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe, Vorschriften über die Ladenschlusszeiten zu erlassen. Das Bundesgericht gesteht dem kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber bei der Festlegung der Ladenschlusszeiten wie auch bei der Statuierung allfälliger Sonderregelungen für einzelne Bereiche einen weiten Gestaltungsspielraum zu, solange die einschlägigen grundrechtlichen Schranken, d.h. insbesondere das Willkürverbot und das Gleichbehandlungsgebot, gewahrt bleiben (Urteil des BGer 2C\_378/2008 vom 20. Februar 2009, E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen).

Seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (ArG; SR 822.11) dürfen Ladenöffnungszeiten nicht mehr dem Schutz des Verkaufspersonals dienen, weil der Bundesgesetzgeber diese Anliegen abschliessend im ArG geregelt hat. Zulässig ist hingegen der Schutz der öffentlichen Ruhe und Ordnung, insbesondere der Nacht- und Feiertagsruhe (vgl. Art. 71 Bst. c ArG), und allenfalls der Schutz der nicht dem ArG unterstellten Personen (Vortrag des Regierungsrates vom 19. Oktober 2005 betreffend Änderung des Gesetzes über Handel und Gewerbe, Tagblatt des Grossen Rates 2006, Beilage 12 S. 8; Michael Müller, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2013, Rz. 48 f.).

**5.2** Um Härtefälle zu vermeiden, die eine gesetzliche Regelung mit sich bringen kann, darf der Gesetzgeber die rechtsanwendenden Organe (Verwaltungsbehörden, Gerichte) ermächtigen, aus

Gründen der Billigkeit (Einzelfallgerechtigkeit) ausnahmsweise davon abzuweichen. Ausnahmebewilligungen dürfen mithin nur erteilt werden, wenn ein Gesetz oder eine gestützt auf das Gesetz erlassene Verordnung dies ausdrücklich vorsieht. Sodann muss die rechtsanwendende Behörde vor Erteilung der Ausnahmebewilligung prüfen, ob eine Ausnahmesituation gegeben ist, die nach der gesetzlichen Regelung eine Abweichung rechtfertigt. Die Verwirklichung der Zielsetzung des Gesetzes muss auch bei der Bewilligung der Ausnahme gewährleistet sein, d.h. die mit der generellen Regelung verfolgte Absicht ist weiterzuführen und im Hinblick auf die Besonderheiten des Ausnahmefalles auszugestalten. Ausnahmebewilligungen dürfen nicht gegen Sinn und Zweck der Vorschrift verstossen, von der sie befreien, und auch sonst keine öffentlichen Interessen verletzen, bzw. sie bedingen eine Abwägung der sich widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen. Ob eine Ausnahmesituation im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist eine Rechtsfrage. Hingegen ist die Regelung des Ausnahmefalles (Mass der Abweichung, Inhalt der Bewilligung) dem pflichtgemässen Ermessen der Verwaltungsbehörde anheimgestellt (s. zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, Rz. 2664 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2014, § 44 Rz. 42 ff.).

## **6.**

**6.1** Mit Art. 14 Abs. 2 HGG liegt eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung von Ausnahmebewilligungen von den regulären Ladenöffnungszeiten vor. Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 HGG gibt jedoch weder Hinweise auf die Stossrichtung der Ausnahmeregelung noch auf die für die Rechtsanwendung massgeblichen Kriterien. Festgelegt wird einzig, dass die Ausnahmebewilligungen nur befristet erteilt werden. Aus der Systematik, d.h. aus dem Hinweis auf Art. 14 Abs. 2 HGG in Art. 9 Abs. 3 HGV, ergibt sich sodann, dass es sich um eine vereinzelte Gelegenheit handeln muss, die Anlass für eine Ausnahme bietet, dass also gestützt auf die Ausnahmeregelung nicht beispielsweise während einiger Zeit eine generelle Bewilligung für tägliche Öffnungszeiten bis 22.00 Uhr erteilt werden kann.

**6.2** Weiter ist für die Auslegung der Kontext zu betrachten, in dem die Ausnahmemöglichkeit eingeführt wurde. Art. 14 Abs. 2 wurde anlässlich der Gesetzesrevision im Jahr 2006 in das HGG von 1992 aufgenommen. Die Bestimmung fand ohne jegliche Debatte im Grossen Rat Eingang in das Gesetz und wird im entsprechenden Vortrag des Regierungsrates auch nicht näher erläutert. Einzig in einem ergänzenden Dokument des damaligen beco in den Materialien zum Vortrag zur HGG-Revision mit dem Titel «Ergänzung der Verwaltung zum Thema Ladenschluss» wird Folgendes ausgeführt:

«Ein Mangel des geltenden Rechts ist, dass die Behörden keine Ausnahmen bewilligen können. Die gesetzliche Regelung kann nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen. Deshalb soll die zuständige Stelle Ausnahmen bewilligen können. Solche Ausnahmen sind nur befristet und nur für klar bestimmbare Geschäfte möglich. Eine Ausnahme zu bewilligen macht nur Sinn, wenn das Verkaufspersonal arbeiten darf. Deshalb müssen die Voraussetzungen des Arbeitsgesetzes eingehalten sein. Mögliche Anwendungsfälle sind:

- Angepasste Öffnungszeiten während eines grossen Strassenbaus, damit die Geschäfte ausserhalb der Störung durch den Baubetrieb offen sein können (Sanierung der Gerechtigkeitsgasse in Bern).
- Befristete Öffnung während besonderen Anlässen, die ein grosses Publikum anziehen, wie der EURO 08 oder der Gemäldeausstellung in Trubschachen.»

Im Rahmen der HGG-Revision im Jahre 2006 hatte der Regierungsrat die Abschaffung der Ladenöffnungszeiten beantragt. Die vorberatende Kommission und schliesslich die Ratsmehrheit hielt jedoch an einer Reglementierung fest (Tagblatt des Grossen Rates 2006, Beratungen s. 394 ff. [erste Lesung], S. 714 ff. [zweite Lesung]). Beschlossen wurde schliesslich eine im interkantonalen Vergleich eher bescheidene Liberalisierung (Tagblatt des Grossen Rates 2006, S. 399 ff.; Michael Müller, a.a.O., Rz. 52).

**6.3** Mangels tatbestandlicher Voraussetzungen im Gesetz fällt jedes Detailhandelsgeschäft, das um eine Ausnahmegewilligung ersucht, grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 2 HGG. Die Bestimmung räumt dem AWI mithin sowohl Tatbestandsermessen (Entscheid, ob die Voraussetzungen für die Bewilligung einer Ausnahme gegeben sind) als auch Rechtsfolgeermessen (Entscheid, ob und in welchem Umfang eine Ausnahme bewilligt wird) ein (s. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 398 ff.), ohne irgendwelche Leitlinien für die Ermessensausübung zu setzen. Wie dieses Ermessen im Einzelfall gehandhabt wird, ist demnach eine Frage der Angemessenheit oder Zweckmässigkeit (Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 26, Rz. 4). Ermessen ist immer pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform, auszuüben. Ausserdem sind Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung auch bei Ermessensentscheiden zu beachten (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 409).

**6.4** Das AWI erläutert seine Praxis zu den Ausnahmegewilligungen in seinen Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren. Sodann kann auch die Antwort des Regierungsrates auf den im Zusammenhang mit dem Fall der Beschwerdeführerin eingereichten parlamentarischen Vorstoss (Postulat 186-2019, Hilfe beim «Gipfeli Gate» oder bei vergleichbaren Fällen) herangezogen werden. Daraus ergeben sich folgende Ausnahmekategorien in der Bewilligungspraxis des AWI:

Einerseits erteilt das AWI einmalige Ausnahmegewilligungen bei runden Firmenjubiläen, Neueröffnungen oder Eröffnungen nach Totalrenovationen. Diese Ausnahmen werden in der Regel in Form eines weiteren Verkaufssonntags gewährt. Bei dieser Kategorie von Ausnahmetatbeständen hat der Verkauf an sich einen gewissen Eventcharakter und liegt im Entscheid bzw. im Einflussbereich des Geschäfts selbst.

Andererseits werden Ausnahmen gewährt, wenn Detailverkaufsgeschäfte durch ausserordentliche, nicht in ihrem Einflussbereich liegende Ereignisse in grossem Umfang an ihrer Verkaufstätigkeit gehindert würden, so etwa bei Baustellen oder Ereignissen, die den Zugang zum Detailverkaufsgeschäft erheblich einschränken würden. Als Beispiele für solche so genannten Härtefälle führt das AWI die einmalige Erteilung einer Ausnahmegewilligung für ein «Nightshopping» (20.00 bis 23.30 Uhr) wegen



massiver Behinderung des Gewerbes anlässlich der Sanierung der Marktgasse in Bern (Umfang 3,5 Stunden), für einen zusätzlichen Sonntagsverkauf, nachdem aufgrund der Tour de France die Tiefgarage des Einkaufszentrums Wankdorf mehrere Tage nicht zugänglich gewesen war (Umfang 8 Stunden), sowie die Verlängerung von drei Abendverkäufen um eine Stunde aufgrund angekündigter unbewilligter Demonstrationen, die zu erheblichen Einbussen bei den Besucherströmen geführt hatten (Umfang 3 Stunden). Das AWI macht jedoch geltend, dass Ausnahmegewilligungen nie für dasselbe Geschäft für mehrere aufeinanderfolgende Jahre erteilt würden.

Eine weitere Fallgruppe stellen schliesslich besondere Anlässe dar, die ein grosses Publikum anziehen, wie die EURO 08 oder die früher regelmässig stattfindende Gemäldeausstellung in Trubschachen. Solche Ausnahmen, wie sie in der Ergänzung der Verwaltung zum Vortrag zur HGG-Revision 2006 genannt wurden (s. auch Michael Müller, a.a.O., Rz. 61), werden indes nicht auf Gesuch einzelner bestimmbarer Geschäfte, sondern aufgrund politischer Überlegungen für einen bestimmten Perimeter global bewilligt.

**6.5** Vorliegend kommt einzig die zweite Kategorie in Frage. Gemäss AWI gelten als so genannte Härtefälle äussere Ereignisse, wie beispielsweise umfangreiche Bauarbeiten an Strassen oder einschneidende Einschränkungen aufgrund von Veranstaltungen oder Events, die Betriebe in besonders hohem Masse in ihrer geschäftlichen Tätigkeit behindern.

**6.5.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Gurtenfestival an sich ihre geschäftliche Tätigkeit empfindlich einschränke und ihr zur Kompensation dieser Einschränkungen eine Ausnahmegewilligung zu erteilen sei.

Kulturelle und sportliche Veranstaltungen sind ein fester Bestandteil des gesellschaftlichen Lebens. Zu denken ist an Open-Air-Events, Stadt- und Quartierfeste, Messen und Märkte, Fasnachtsanlässe, Volksläufe und andere sportliche Veranstaltungen. Die Auswirkungen solcher Events werden in der Regel aufgrund gesetzlicher Vorgaben (Bau- und Planungsrecht, Umweltrecht, Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch) im Rahmen einer Interessenabwägung beurteilt. Jede Veranstaltung hat je nach zeitlichen und örtlichen Gegebenheiten positive und negative Auswirkungen für Anwohnende und Gewerbetreibende, wie Verkehrsbeschränkungen, wirtschaftliche Auswirkungen aufgrund ausbleibender oder zusätzlicher Kundschaft oder Besucherinnen und Besucher, Lärmimmissionen, Littering usw., und sind im öffentlichen Interesse an einem regen Kulturleben in gewissem Ausmass zumutbar. Anders verhält es sich bei den vom AWI als Beispiel aufgeführten Kompensationsabendverkäufen infolge angekündigter unbewilligter Demonstrationen. Solche Ereignisse liegen nicht im öffentlichen Interesse, sondern gefährden vielmehr die öffentliche Ordnung und damit verbundene Einbussen sind von den Gewerbetreibenden nicht hinzunehmen.

Die Veranstaltungsseiten in der Presse und Eventkalender im Internet zeigen auf, wie zahlreich solche Veranstaltungen sind. Bereits aufgrund dieser Menge muss für die Beurteilung, wann eine Veranstaltung oder ein Event einen Detailhandelsbetrieb in besonders hohem Masse in seiner geschäftlichen Tätigkeit behindert und mit einer Ausnahme von den Ladenöffnungszeiten kompensiert werden darf, ein hoher Massstab angelegt werden. Bei solchen gehäuften Ausnahmekonstellationen würde nämlich die Grundordnung, d.h. die geltenden Ladenöffnungszeiten, schleichend ausgehöhlt, was zu einer unzulässigen Normkorrektur führen würde. Tatsache ist, dass der bernische Gesetzgeber im Jahr 2006 an einer vergleichsweise restriktiven Reglementierung der Ladenöffnungszeiten festgehalten und einer 24-Stunden-Konsumgesellschaft eine Absage erteilt hat. Dieser primär auf gesellschaftspolitischen Erwägungen beruhende Grundsatzentscheid ist bei der Ausnahmepraxis zu respektieren. Vor diesem Hintergrund ist die Praxis des AWI, die Ausnahmemöglichkeit nach Art. 14 Abs. 2 HGG restriktiv als Korrektiv bei Härtefällen anzuwenden, nicht zu beanstanden.

Es ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen nachvollziehbar, dass sie an den Tagen des Gurtenfestivals wegen ausbleibender Stamm- und Laufkundschaft während der regulären Öffnungszeiten deutlich weniger Umsatz erzielt. Dass dies einen Härtefall im Sinne der Praxis des AWI darstellt, ist indes zu verneinen, da die Rechtsordnung der Beschwerdeführerin die Möglichkeiten bietet, die Auswirkungen auf ihren Geschäftsbetrieb zu beeinflussen. Die Beschwerdeführerin rügt indes gerade die Ungleichbehandlung von Detailhandelsgeschäften und Gastgewerbebetrieben in Bezug auf verlängerte Öffnungszeiten. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Bewilligungen nach Art. 14 Abs. 2 HGG und gastgewerblichen Einzelbewilligungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. a i. V. mit Art. 14 des Gastgewerbegesetzes vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11 [Festwirtschaftsbewilligung mit Überzeit]) liegen unterschiedliche Konzepte und Zielsetzungen des Gesetzgebers zugrunde. Während erstere – wie vorstehend ausgeführt – als Härtefallkorrektiv im Ermessen der Bewilligungsbehörde ausgestaltet sind, stellen letztere Polizeibewilligungen dar, auf deren Erteilung bei Vorliegen der relevanten Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht. Mit der Möglichkeit von Rund-um-die-Uhr-Öffnungszeiten hat der Gesetzgeber anlässlich der Revision des GGG von 2007 bewusst Raum für neue gastgewerbliche Betriebskonzepte geschaffen (vgl. Vortrag des Regierungsrates vom 29. August 2007 betreffend Gesetz zum Schutz vor dem Passivrauchen und Revision des Gastgewerbegesetzes, Tagblatt des Grossen Rates 2007, Beilage 29, Beratung S. 1195 ff.; Michael Müller, a.a.O., Rz. 83 f.), während er kurz zuvor dem Detailhandelsgewerbe eine grössere Flexibilisierung versagt hatte. Dementsprechend sind Detailhandelsbetriebe, deren Angebot als gastgewerbliche Leistung an einem Verpflegungsstand, d.h. ausserhalb der Verkaufsräume zum sofortigen Verkehr abgegeben werden kann, insofern privilegiert, als sie unter den Geltungsbereich des GGG fallen und auf diese Weise eine Möglichkeit haben, ihre Leistungen anzubieten. Von dieser Möglichkeit machen beispielsweise auch Bäckereien Gebrauch, die während des Zibelemärts oder an der Fasnacht ihre Waren an Ständen ausserhalb des Ladenlokals verkaufen. So hat das Regierungsstatthalteramt – in Abwei-

chung von seiner langjährigen Praxis zu den Betriebszeiten für Verpflegungsstände während des Gurtenfestivals – der Beschwerdeführerin im Jahr 2019 eine gastgewerbliche Einzelbewilligung für den Verkauf von Backwaren von 2.00 bis 5.00 Uhr erteilt. Vorbehältlich einer veränderten Sach- oder Rechtslage dürfte dies in kommenden Jahren wieder der Fall sein. Daraus erhellt, dass das Gurtenfestival für die Beschwerdeführerin zwar ein Ereignis ausserhalb ihres Einflussbereichs ist, sie aber mit geeigneten organisatorischen Vorkehrungen selbst dafür sorgen kann, dass dieses sie nicht in besonders hohem Masse in ihrer geschäftlichen Tätigkeit behindert, sondern sie die damit verbundenen Besucherströme sogar zu ihren Gunsten nutzen kann.

**6.5.2** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die in Wabern andauernden Bauarbeiten würden für sie einen Härtefall im Sinne der Praxis des AWI darstellen. In Anwendung dieser Praxis hatte die Beschwerdeführerin denn auch während der Dauer der Sanierung der Kirch- und Dorfstrasse von 2015 bis 2018 für die Jahre 2016 bis 2018 eine Ausnahmegewilligung erhalten. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass nach Abschluss der Sanierung der Kirch- und Dorfstrasse die Bauarbeiten zum Projekt Doppelspurausbau Frisingweg-Wabern-Kehrsatz Nord der BLS Netz AG in Angriff genommen worden seien. Anschliessend werde der Bahnhof Wabern komplett umgebaut. Diese mit Emissionen und Zugangsbeschränkungen bis hin zu Sperren verbundenen Bauarbeiten würden im unmittelbaren Umfeld der Beschwerdeführerin stattfinden und die Stammkundschaft fernhalten, was massive Auswirkungen auf die Umsatzzahlen habe. Demgegenüber sind das AWI und das Polizeiinspektorat der EG D. der Ansicht, die Bauarbeiten im Rahmen des Doppelspurausbaus hätten keine nennenswerten Auswirkungen auf das Gewerbe in Wabern.

Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Umsatzzahlen belegen, dass sich die Geschäftsentwicklung auch nach Abschluss der Sanierung der Kirch- und Dorfstrasse im ersten halben Jahr 2019 nicht massgeblich verändert hat:

	2014 (B 16)	2015 (B 16)	2016 (B 11)	2017 (B 11)	2018 (B 11)	2019 (B 15)
JAN						
FEB						
MÄR						
APR						
MAI						
JUN						
JUL						
AUG						
SEP						
OKT						
NOV						
DEZ						
TOTAL						

Diese Umsatzzahlen lassen darauf schliessen, dass sich die Bauarbeiten im Zusammenhang mit dem Doppelspurausbau und der Sanierung des Bahnhofs Wabern nach wie vor auf das Geschäft der Beschwerdeführerin auswirken. Die unter <https://www.bls.ch/de/unternehmen/projekte-und-hintergruende/bauprojekte/doppelspurausbau-wabern-kehrsatz> (besucht am 23. April 2020) zur Verfügung stehenden Information der BLS zeigen auf, dass auch in den Jahren 2019 und 2020 im Umfeld des Bahnhofs Wabern und damit in unmittelbarer Umgebung der Beschwerdeführerin eine intensive Bautätigkeit herrschte und weiterhin herrscht. Die Einschätzung, dass der Doppelspurausbau und die Sanierung des Bahnhofs Wabern keine Auswirkungen auf das Gewerbe in Wabern habe, ist mithin zu differenzieren: Während die Geschäfte an der Seftigenstrasse von den Bauarbeiten nicht tangiert sind bzw. von den umgeleiteten Fahrgast- und Pendlerströmen während gewisser Bauphasen sogar davon profitieren dürften, sind die Auswirkungen für Anwohnende und Gewerbetreibende zwischen der Seftigenstrasse und dem Bahngleise entlang der Dorf- und Bahnhofstrasse (an deren Ecke sich die Bäckerei mit Adresse Kirchstrasse befindet) weiterhin erheblich. Der Doppelspurausbau beinhaltet die Erstellung von neuen Stützmauern (Betonierungsarbeiten), den Trasseebau und das Verlegen neuer Gleise. Sodann umfasst die Bahnhofsanierung nach Angaben der BLS den Abbruch von Nebengebäuden, den Aufbau neuer Perronanlagen und Perrondächer auf einer Länge von 220 m. Weiter werden von der Dorf- und der Bahnhofstrasse her neue Zugänge (inkl. Rampen) zu den Perrons und neue Unterführungen erstellt. Solche Tätigkeiten sind mit Emissionen wie Baustellenverkehr und Staub/Schmutz verbunden und die BLS kündete den Anwohnenden mittleren bis zum Teil hohen Baulärm an. Die Bauarbeiten waren mit Ausfällen auf der Linie S31 (Bern-Belp) verbunden, sodass Fahrgäste auf andere öffentliche Verkehrsmittel auswichen und dem Umfeld des Bahnhofs Wabern somit fernblieben. Schliesslich gab es zwei Intensivbauphasen (26. Juli bis 12. August 2019 und 16. bis 27. April 2020), während derer die Bahnstrecke zwischen Bern Weissenbühl und Belp vollständig gesperrt war und beim Bahnhof Wabern im Zweischichtbetrieb jeweils von 6.00 bis 22.00 Uhr gearbeitet wurde. Während diesen Zeiten verkehrten Bahnersatzbusse, die in Wabern statt den Bahnhof die Station Gurtenbahn an der Seftigenstrasse bedienten. Dadurch war das Geschäft der Beschwerdeführerin von den Bahn-Pendlerströmen abgeschnitten. Entscheidend ist weiter, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin vom Publikum seit Jahren als im Baustellenumfeld liegend wahrgenommen wird und es naheliegend ist, dass das Geschäft trotz grundsätzlich offenem Zugang deshalb weniger frequentiert wird. Die Auswirkungen der Bauarbeiten auf den Betrieb der Beschwerdeführerin müssen mithin als erheblich betrachtet werden und hätten im Jahr 2019 eine Ausnahmegewilligung im Sinne der Härtefallpraxis des AWI bei Baustellen gerechtfertigt. Daran ändert auch das Argument des AWI nichts, dass mit Ausnahme der Bäckerei der Beschwerdeführerin noch nie mehrere Jahre nacheinander für denselben Betrieb eine Ausnahmegewilligung erteilt worden sei. Die Strassensanierung und die BLS-Baustellen in Wabern sind ausserordentlich grosse und lange andauernde Bauprojekte, die ein solches Vorgehen erfordern hätten.

**6.6** Indem das AWI die mit den andauernden Bauarbeiten im Zusammenhang mit dem Doppelspurausbau und der (im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung noch bevorstehenden) Totalsanierung des Bahnhofs Wabern resultierenden Einschränkungen der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt hat, hat es sein Ermessen unterschritten. Die Verweigerung der angelegten Ausnahmegewilligung erweist sich als rechtsfehlerhaft und die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen.

Nachdem der Bundesrat am 29. April 2020 verordnet hat, dass Grossveranstaltungen mit über 1000 Personen bis zum 31. August 2020 verboten bleiben, kann das Gurtenfestival im Jahr 2020 nicht wie geplant vom 15. bis 18. Juli stattfinden (Art. 6 Abs. 1<sup>bis</sup> der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19-Verordnung-2; SR 818.101.24 {Änderung vom 29. April 2020; AS 2020 1401}]). Das AWI wird deshalb angewiesen, der Beschwerdeführerin auf entsprechendes Gesuch hin im Jahr 2020 andere Kompensationsöffnungszeiten in mit den Bewilligungen der Jahre 2016 bis 2018 vergleichbarem Umfang zu gewähren.

## **7.**

Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zum von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Vertrauensschutz.

## **8.**

**8.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Verfahrenskosten erhoben (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

**8.2** Die obsiegende Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 104 Abs. 1 i.V. mit Art. 108 Abs. 3 VRPG Anspruch auf Parteikostenersatz. Gemäss der Kostennote vom 23. September 2019 betragen die Parteikosten der Beschwerdeführerin CHF 7'156.65 (Anwaltsgebühren und Anwaltsauslagen inkl. Mehrwertsteuer). Diese Kosten bewegen sich im Rahmen der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) und erscheinen insgesamt angemessen. Die Bäckerei A. ist gemäss Unternehmens-Identifikationsnummer-Register (UID-Register; abrufbar unter <https://www.uid.admin.ch>) mehrwertsteuerpflichtig und kann somit die von ihrer Rechtsvertreterin auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen (vgl. BVR 2014 S. 484 E. 6.5). Die in der Kostennote aufgeführte Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen in der Höhe von CHF 511.65 ist daher bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes nicht zu berücksichtigen. Da der Aufwand betreffend das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht separat ausgewiesen ist, erscheint es mit Blick auf die verschiedenen Eingaben angemessen, hierfür CHF 600.-- auszuscheiden. Das AWI hat der Beschwerdeführerin somit Parteikosten im Betrag von CHF 6'045.-- zu ersetzen.

**Demnach entscheidet die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion:**

1. Die Beschwerde der Bäckerei A. vom 14. Juni 2019 wird **gutgeheissen**. Das AWI wird angewiesen, der Bäckerei A. im Jahr 2020 auf Gesuch hin Kompensationsöffnungszeiten in mit den Ausnahmegewilligungen der Jahre 2016 bis 2018 vergleichbarem Umfang zu bewilligen.
2. Für das Verfahren vor der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU) werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kanton Bern (AWI) hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten im Umfang von **CHF 6'045.--** zu ersetzen.

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens dreifach einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid sowie weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.