Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.255/2001/sch

Urteil vom 22. März 2002
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Marinello AG, 8023 Zürich, Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Zürcher, Löwen- strasse 61, Postfach, 8023 Zürich,

gegen

Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, 8021 Zürich,
Unia, 8026 Zürich,
Gewerkschaft Verkauf, Handel, Transport, Lebensmittel, 8036 Zürich,
Gewerkschaftsbund des Kantons Zürich, 8026 Zürich, Beschwerdegegner, alle vertreten durch Rechtsanwalt Markus Bischoff, Walchestrasse 17, 8006 Zürich,

Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung,
4. Kammer, Militärstrasse 36, Postfach, 8021 Zürich.

Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit

(Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. März 2001)

Sachverhalt:
A.
Am 15. Februar 2000 stellte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zürich fest, dass das 450 m2 grosse Lebensmittelgeschäft der Marinello AG am Flughafen Zürich-Kloten von der behördlichen Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit ausgenommen sei. Auf Beschwerde verschiedener Gewerkschaften hin bestätigte die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich diesen Entscheid am 26. Mai 2000.
B.
Mit Urteil vom 28. März 2001 hob das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich diese Entscheide teilweise auf und stellte seinerseits fest, dass das Geschäft der Marinello AG in der Bahnhofhalle des Flughafens insoweit der behördlichen Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit unterliege, als seine Verkaufsfläche 120 m2 übersteige. Zwar handle es sich dabei nicht um einen Bahnnebenbetrieb im Sinne von Art. 39 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG; SR 742.101), doch gälten die in BGE 123 II 317 ff. entwickelten Kriterien sinngemäss. Da Lebensmittelgeschäfte dabei nur bis 120 m2 zugelassen würden, sei auch eine arbeitsrechtliche Ausnahme von der behördlichen Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit bloss in diesem Rahmen möglich.
C.
Die Marinello AG hat am 23. Mai 2001 hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und festzustellen, dass ihr Betrieb in der Halle des Flughafenbahnhofs als Ganzes nicht der behördlichen Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit unterstehe. Zur Begründung verweist sie auf die besondere Situation der Reisenden an Flughäfen und auf die Revision von Art. 39 EBG vom 20. März 1998, der die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf welche im angefochtenen Entscheid massge-

blich abgestellt worden sei, habe dahinfallen lassen.
D.
Die am kantonalen Verfahren beteiligten Gewerkschaften und das Verwaltungsgericht beantragen, die Beschwerde abzuweisen. Die Volkswirtschaftsdirektion hat unter Hinweis auf ihre Äusführungen im Verwaltungsgerichts- und im Rekursverfahrenäuf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement als beschwerdebefugte Bundesbehörde stellt keinen Antrag. Es weist jedoch darauf hin, dass das Eisenbahngesetz und das Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) unterschiedliche Sachverhalte regelten, was im angefochtenen Entscheid zu wenig berücksichtigt worden sei. Die Pauschalhöchstfläche von 120 m2 möge als Kriterium für die Bezeichnung von Nebenbetrieben dienen, aus der Sicht des Arbeitsrechts sei sie jedoch bloss ein Indiz für die Zusammensetzung des Sortiments und spreche als solche noch nicht gegen eine Anwendung der Sonderbestimmungen der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz.
E.
Am 21. Juni 2001 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung beigelegt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Verfahrensgegenstand bildet die Frage, ob das Lebensmittelgeschäft der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 65 ff. der Verordnung 2 vom 14. Januar 1966 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; aArGV 2; AS 1966 136 f.) bzw. Art. 26 der entsprechenden Verordnung vom 10. Mai 2000 (ArGV 2; in Kraft seit 1. August 2000; SR 822.112) als Reisebedürfnisbetrieb von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit (vgl. Art. 18 und 19 ArG) ausgenommen ist. Gegen einen entsprechenden kantonal letztinstanzlichen Feststellungsentscheid steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen (vgl. Art. 57 ArG; Art. 97 i.V.m. Art. 98 lit. g OG; Roland A. Müller, Kommentar zum Arbeitsgesetz, 6. Aufl., Zürich 2001, Art. 57 Nr. 2). Die Beschwerdeführerin ist als Betreiberin des durch den angefochtenen Entscheid betroffenen Geschäfts hierzu legitimiert (Art. 103 lit. a OG). Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Eingabe ist einzutreten.
2.
Nach Art. 18 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes (in der Fassung vom 20. März 1998) ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr untersagt. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit kann vom Bundesamt bewilligt werden, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 19 Abs. 1, 2 und 4 ArG; vgl. zu den entsprechenden Begriffen: Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz; ArGV 1; SR 822.111; BGE 120 Ib 332 ff.; 116 Ib 270 ff.). Gemäss Art. 27 ArG können bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern auf dem Verordnungsweg vom Sonntagsarbeitsverbot bzw. der entsprechenden Bewilligungspflicht ausgenommen und Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse ïotwendigërscheint. Der Bundesrat hat für Ḱioske und Betriebe für Reisendeḧiervon in Art. 26 ArGV 2 (bisher Art. 65 ff. aArGV 2) Gebrauch gemacht. Danach darf in solchen Geschäften das f̈ür die Bedienung der Durchreisendenërforderliche Personal öhne behördliche Bewilligungg̈anz oder teilweise am Sonntag beschäftigt werden (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2). Als Kioske haben dabei k̈leinere Verkaufsstände oder Verkaufsstellenżu gelten, d̈ie
der Kundschaft überwiegend Presseerzeugnisse, Süssigkeiten, Tabak- und Souvenierwaren sowie kleine Verpflegungsartikel zum Verzehr an Ort und Stelle oder für unterwegs anbieten(̈Art. 26 Abs. 3 ArGV 2). Betriebe für Reisende sind V̈erkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe an Bahnhöfen, Flughäfen, an anderen Terminals des öffentlichen Verkehrs und in Grenzorten sowie Tankstellenshops auf Autobahnraststätten und an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr, die ein Waren- und Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist(̈Art. 26 Abs. 4 ArGV 2).
3.
Die Rechtmässigkeit des angefochtenen Entscheids ist - was heute nicht mehr bestritten wird - aufgrund der seit dem 1. August 2000 geltenden Regelung von Art. 26 ArGV 2 zu beurteilen, da nicht ein unter dem alten Recht abgeschlossener, sondern ein fortdauernder Sachverhalt zur Diskussion steht (ünechte Rückwirkung¨; BGE 114 V 150 E. 2a). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegner stützt sich diese verordnungsrechtliche Ausnahmeregelung auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage: Art. 27 Abs. 1 ArG räumt dem Bundesrat die

Möglichkeit ein, unter anderem Sonderregelungen hinsichtlich des Sonntagsarbeitsverbots zu erlassen, soweit solche mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern nötig erscheinen. Dies ist für Kioske und Verkaufsstellen, welche Bedürfnissen der Reisenden dienen, der Fall, soweit eine entsprechende, durch die Reisetätigkeit begründete Nachfrage des Publikums auch an Sonntagen besteht. Die Aufzählung von bestimmten Betriebsgruppen in Art. 27 Abs. 2 ArG, bei denen Abweichungen zulässig sind, ist nicht abschliessend (ïnsbesondere¨); Sonderbestimmungen für weitere Betriebe sind direkt gestützt auf Art. 27 Abs. 1 ArG möglich und für die Reisebedürfnisbetriebe in
der Doktrin seit jeher auch anerkannt (Müller, a.a.O., Art. 27 Abs. 2, S. 117; Canner/Schoop, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 1976, Ziff. 2 zu Art. 27 ArG; Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, S. 215 ff.).
4.
4.1 Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 setzt in sachlicher bzw. örtlicher Hinsicht voraus, dass sich der Reisebedürfnisbetrieb in oder an Bahnhöfen, Flughäfen, an anderen Terminals des öffentlichen Verkehrs, in Grenzorten oder auf Autobahnraststätten bzw. an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr befindet. In betrieblicher Hinsicht muss er ein Waren- und Dienstleistungsangebot führen, das "überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisendenäusgerichtet ist und im Wesentlichen von einer entsprechenden Kundschaft in Anspruch genommen wird (Urteil 2A.367/1997 vom 22. Juni 1998, E. 3c/bb, veröffentlicht in JAR 1999 S. 355 ff.). Nach der Wegleitung des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) vom April 2001 hat das Warenangebot ëinem Grundbedarf der Reisenden (Verpflegung, Hygiene, Presseerzeugnisse, Reisebedarf für unterwegs und ähnlichem mehr)žu entsprechen, und darf es kein Vollsortiment umfassen. Die Waren sind in handlichen Volumen oder Quanten zu verkaufen, die von einer Person getragen werden können, und der Kaufvorgang muss einfach und sofort
erfolgen können (Kauf ën passant¨). Diese Kriterien entsprechen im Wesentlichen den zum eisenbahnrechtlichen Nebenbetriebsstatus entwickelten und erscheinen grundsätzlich sachgerecht. Wenn Art. 26 ArGV 2 ein auf die špezifischenBedürfnisse der Reisenden ausgerichtetes Angebot voraussetzt, heisst dies nicht, dass es sich dabei bloss um ein Warenangebot handeln dürfte, das nur während der Reise entstehende Bedürfnisse abzudecken vermag. Wie das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit den špezifischen Bedürfnissen der Touristenïm Sinne von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 festgestellt hat, ist der Begriff špezifischẅeit zu verstehen. Er bezeichnet nicht nur Bedürfnisse der entsprechenden Personengruppe in Abgrenzung zur restlichen Bevölkerung, sondern umfasst etwa auch einen gemeinsamen Grundbedarf an Produkten des täglichen Lebens (Urteil 2A.578/2000 vom 24. August 2001 i.S. M̈igros Ouchy, E. 5c, und 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 i.S. S̈aignelégier, E. 5a).
4.2 Das vorliegend umstrittene Lebensmittelgeschäft befindet sich im Flughafen Zürich-Kloten unmittelbar über den Perrons des Bahnhofs und direkt neben den Rolltreppen von und zu den Geleisen. Es erfüllt die örtlichen Voraussetzungen von Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 damit in doppelter Hinsicht (Bahnhof und Flughafen). Dass es nie als Bahnnebenbetrieb bezeichnet worden ist, erweist sich nicht als entscheidend, da sich der Begriff des Reisebedürfnisbetriebs ausschliesslich nach dem Arbeitsgesetz und dessen Ausführungsbestimmungen richtet, auch wenn bei anerkannten Nebenbetrieben eine Koordination mit den entsprechenden eisenbahnrechtlichen Voraussetzungen erfolgen soll (Urteil 2A.256/2001 vom 22. März 2002, E. 5). Das Bundesgericht hat im Verfahren um die Geschäfte am Hauptbahnhof Zürich zwar seine Rechtsprechung zu Art. 39 EBG grundsätzlich bestätigt, gleichzeitig aber auch festgehalten, dass die bisherigen Vorgaben bezüglich der Verkaufsfläche für Lebensmittelgeschäfte keine absoluten und unumstösslichen Werte darstellten; die Betriebsgrösse habe lediglich der Art und Bedeutung des Bahnhofs angepasst zu erscheinen (Urteil 2A.256/2001 vom 22. März 2002, E. 7). Dasselbe muss für den Reisebedürfnisbetrieb nach Art. 26 ArGV 2 gelten; auch
seine flächenmässige Ausgestaltung hat dem Verkehrsaufkommen und der konkreten Lage des Betriebs zu entsprechen.
4.3 Unter diesen Umständen hat das Verwaltungsgericht den umstrittenen Betrieb zu Unrecht nur im Rahmen von 120 m2 von der Bewilligungspflicht für die Sonntagsarbeit ausgenommen: Die Beschwerdeführerin bietet auf 450 m2 im Wesentlichen Lebensmittel, Früchte und Gemüse, Milchprodukte, allgemeinen Reiseproviant und Getränke an. Ihr Sortiment entspricht einem Grundbedürfnis der Reisenden an einem Ort, der täglich im Durchschnitt von 55'000 Flugpassagieren und 25'000 Bahn- und Busreisenden frequentiert wird, wozu weitere 4'000 Personen des fliegenden Personals kommen sollen. Aufgrund der teilweise langen Reisezeiten und der Unwägbarkeiten im Flugverkehr entspricht es einem spezifischen Bedürfnis der Reisenden, hier auf ein solches Sortiment zurückgreifen zu können. Auch die Bahnkunden, die als Berufspendler den Flug

hafenbahnhof benützen, sind wegen ihrer unregelmässigen Arbeitszeiten in erhöhtem Masse darauf angewiesen, gewisse Lebensmittelkäufe auf dem Arbeitsweg tätigen zu können. An einer Verkehrsdrehscheibe von der Bedeutung des Flughafens Zürich-Kloten, wo sich Bahn- und Flugreisende kreuzen, bestehen grössere und wegen der langen Warte- und Umsteigezeiten bzw. den mit den Flugreisen verbundenen zeitlichen und kulturellen Umstellungen von (reinen) Bahnhöfen teilweise abweichende Konsumbedürfnisse, die zweifelhaft erscheinen lassen, ob die in BGE 123 II 317 ff. zu Art. 39 EBG entwickelten Kriterien unverändert übertragen werden können. Da sich der Betrieb eines Lebensmittelgeschäfts von der hier zur Diskussion stehenden Grösse gestützt auf die ausgewiesenen spezifischen Bedürfnisse der Reisenden im Flughafen Zürich-Kloten auch nach diesen rechtfertigt, erübrigen sich jedoch weitere Ausführungen hierzu. Auch wenn in Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 von Verkaufsstellen (points de vente, punti vendita) die Rede ist, was nach dem allgemeinen Sprachgebrauch eher auf ein kleineres Geschäft schliessen liesse, handelt es sich beim Unternehmen der Beschwerdeführerin doch um einen Reisebedürfnisbetrieb. Da Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 Betriebe an ganz
unterschiedlichen Orten (Bahnhöfen, Flughäfen, Tankstellenshops usw.) mit quantitativ und qualitativ abweichenden Bedürfnissen der Reisenden erfasst, kann es auf den Wortlaut in diesem Zusammenhang nicht entscheidend ankommen.
4.4 Das Geschäft der Beschwerdeführerin wird nach deren Angaben zu rund 70 % - und damit mehrheitlich - von Reisenden besucht. Dies erscheint mit Blick auf das Verkehrsaufkommen, die Lage des Betriebs und die praktizierten Preise als glaubwürdig. Weitere Erhebung diesbezüglich erübrigen sich, zumal offenbar eine im März 1996 durchgeführte Studie zur Passantenstruktur ergeben hat, dass lediglich 5 % der den Bereich der Bahnhofhalle/Plaza frequentierenden Personen dies ausschliesslich zwecks Einkaufs tun (so die Eingabe der Marinello AG vom 3. November 1999 an das Amt für Wirtschaft und Arbeit, S. 2). Der Verkauf an die Reisenden, welche das Hauptkundensegment ausmachen, ist für das Geschäft der Beschwerdeführerin somit existentiell. Der auf die Reisenden entfallende Umsatz dürfte nach ihren Angaben mehr als 70 % betragen und damit deutlich über den in der Richtlinie des Staatssekretariats für Wirtschaft vorausgesetzten 50 % liegen, weshalb dahingestellt bleiben kann, wieweit dieses Erfordernis, welches sich nicht unmittelbar aus Art. 26 ArGV 2 ergibt, überhaupt sachgerecht erscheint (vgl. hierzu etwa das Urteil 2A.256/2001 vom 22. März 2002, E. 6.3).
5.
5.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach gutzuheissen und der angefochtene Entscheid in Bestätigung der Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vom 26. Mai 2000 aufzuheben. Das Verwaltungsgericht wird die Kostenfrage für sein Verfahren gestützt hierauf neu regeln müssen.
5.2 Die unterliegenden Beschwerdegegner haben die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG) und die Beschwerdeführerin für dieses angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. März 2001 aufgehoben und der Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich vom 26. Mai 2000 (Nr. 2000/014) bestätigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
3.
Die Beschwerdegegner haben die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 4'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Volkswirtschaftsdirektion und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, 4. Kammer, sowie dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 22. März 2002
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: