Urteilskopf

136 II 427

39. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. BP Service Wollishofen und Mitb. gegen Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_748/2009 vom 15. Juli 2010

Regeste (de):
Art. 16 und 17 ArG; Art. 28 Abs. 3 ArGV 1; Art. 26 ArGV 2; Nachtarbeitsverbot; Unzulässigkeit des Verkaufs von Detailhandelsartikeln in Tankstellenshops zwischen 01.00 und 05.00 Uhr morgens.

Arbeitsgesetzliche Grundlagen zur Beschäftigung von Personal an Tankstellen in der Nacht (E. 2). Abweichungen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot müssen "unentbehrlich" sein und sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (E. 3.2). Der Wunsch nach Detailhandelsprodukten kann ausserhalb von nächtlichen Öffnungszeiten befriedigt werden; es handelt sich dabei nicht um ein Angebot, an dem in der Nacht ein im überwiegenden öffentlichen Interesse zu befriedigendes Bedürfnis besteht (E. 3.3-3.6).

Regeste (fr):
Art. 16 et 17 LTr; art. 28 al. 3 OLT 1; art. 26 OLT 2; interdiction du travail de nuit; interdiction de vente d'articles de détail dans les shops des stations-services entre 1h00 et 5h00 du matin.

Dispositions légales régissant l'occupation de personnel dans les stations-services durant la nuit (consid. 2). Des exceptions à l'interdiction du travail de nuit et le dimanche doivent être "indispensables" et ne doivent être admises que de manière restrictive dans l'intérêt d'une protection efficace des travailleurs (consid. 3.2). Les besoins en matière d'achats d'articles de détail peuvent être satisfaits en dehors des heures d'ouvertures de nuit; il n'y a pas d'intérêt public prépondérant à satisfaire une telle demande durant la nuit (consid. 3.3-3.6).

Regesto (it):
Art. 16 e 17 LL; art. 28 cpv. 3 OLL 1; art. 26 OLL 2; divieto del lavoro notturno; inammissibilità della vendita di articoli al dettaglio nei negozi annessi alle stazioni di servizio dalle ore 01.00 alle ore 05.00 antimeridiane.

Disposti legali del diritto del lavoro che disciplinano il lavoro notturno del personale nelle stazioni di servizio (consid. 2). Deroghe al divieto del lavoro notturno e domenicale devono essere "indispensabili" e vanno ammesse solo eccezionalmente, al fine di garantire una protezione efficace dei lavoratori (consid. 3.2). Il desiderio di acquistare articoli al dettaglio può essere soddisfatto fuori dagli orari di apertura notturna; non vi è un interesse pubblico preponderante ad accontentare una simile domanda la notte (consid. 3.3-3.6).

Sachverhalt ab Seite 428

A. Die BP Service-Stellen Wollishofen, Wiedikon und Airport betreiben je eine Tankstelle mit Bistro und Shop. In den Shops, die (inkl. Bistro) eine Verkaufsfläche von rund 62 m2 (Wollishofen), 44 m2 (Wiedikon) bzw. 75 m2 (Airport) ausmachen, werden Snacks, Süsswaren, Eiscreme, Getränke, Tiefkühl- und Frischprodukte, Le-

bensmittel sowie Non-Food-Artikel (Karten, Bücher, Zeitschriften und Tabak) verkauft. Die Service-Stellen sind rund um die Uhr geöffnet (Wollishofen seit August 1999, Wiedikon seit Juli 1997, Airport seit August 2003).

B. Am 26. März 2007 informierte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO die Erdölvereinigung, dass es aufgrund der geltenden Rechtslage nicht möglich sei, die in der Stadt Zürich (...) geduldete Praxis des durchgehenden Betriebs von Tankstellenshops während 24 Stunden an 365 Tagen pro Jahr aufrechtzuerhalten. Für den Verkauf von Waren des alltäglichen Gebrauchs durch Tankstellenshops bestehe kein besonderes Konsumbedürfnis, das eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Nachtarbeit rechtfertigen würde. Mit Gesuchen vom 23., 27. bzw. 29. August 2007 beantragten die BP Service-Stellen Wiedikon, Wollishofen und Airport dem SECO, ihnen zu bewilligen, Personal jeweils von Montag bis Sonntag zwischen 01.00 Uhr und 05.00 Uhr auch für den Betrieb der Tankstellenshops zu beschäftigen. Das Staatssekretariat wies die Gesuche am 16. Dezember 2008 ab; im Sinne einer Übergangsregelung gestattete es den Gesuchstellerinnen (...) unpräjudiziell, ihr Personal bis zum 30. Juni

2009 in den Shops weiterzubeschäftigen. Nach Ablauf dieser Frist müssten die Anforderungen des Arbeitsgesetzes bezüglich Öffnungszeiten strikte eingehalten werden (...).

C. Mit Urteil vom 7. Oktober 2009 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerde hin die entsprechenden Verfügungen des Staatssekretariats für Wirtschaft: Die Nachtarbeit sei nach dem Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) grundsätzlich verboten. Besondere Konsumbedürfnisse, die eine Abweichung zuliessen, lägen nur vor, wenn bei "objektiver Sichtweise eine grosse Anzahl Personen das Fehlen der fraglichen Waren und Dienstleistungen in der Nacht als erheblichen Mangel empfinden würde". Das in den Tankstellenshops angebotene herkömmliche Warensortiment des Detailhandels müsse nicht zwingend in der Nacht erworben werden. (...) Das Bundesgericht weist die von den BP Service-Stellen Wollishofen, Wiedikon und Airport hiergegen eingereichte Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Arbeitnehmende dürfen nicht ausserhalb der betrieblichen Tages- (06.00 bis 20.00 Uhr) und Abendarbeitszeit (20.00 bis 23.00 Uhr) beschäftigt werden (Art. 16 ArG). Ausnahmen sind mit Bewilligung möglich: Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird vom Bundesamt gestattet, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen "unentbehrlich" erscheint; vorübergehende Nachtarbeit wird durch die kantonale Behörde genehmigt, "sofern ein dringendes Bedürfnis" nachgewiesen ist (Art. 17 Abs. 2, 3 und 5 ArG). Der Bundesrat kann zudem bestimmte Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern durch Verordnung generell ganz oder teilweise vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot ausnehmen und sie Sonderbestimmungen unterstellen, soweit ihm dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig erscheint (Art. 27 Abs.

1 ArG). Das hat er für die Betriebe der Beherbergung, der Bewirtung und der Unterhaltung bzw. für solche, die der Versorgung des Gastgewerbes bei besonderen Anlässen dienen (Art. 27 Abs. 2 lit. b ArG), sowie für Unternehmen getan, welche die Versorgung von Fahrzeugen mit Betriebsstoffen oder ihre Instandhaltung und Instandstellung

BGE 136 II 427 S. 430

bezwecken (Art. 27 Abs. 2 lit. h ArG). Die zuständige Behörde kann schliesslich ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung zulassen, wenn der Befolgung der gesetzlichen Vorschriften "ausserordentliche Schwierigkeiten" entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertreter im Betrieb vorliegt (Art. 28 ArG).

2.2 Nach Art. 4 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; SR 822.112) darf der Arbeitgeber in Gastbetrieben Arbeitnehmende ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise auch nachts und sonntags beschäftigen (Art. 23 Abs. 1 ArGV 2). Dasselbe gilt für Betriebe des Autogewerbes, falls sie mit der Versorgung von Fahrzeugen mit Betriebsstoffen sowie für die Aufrechterhaltung eines Pannen-, Abschlepp- und damit verbundenen Reparaturdienstes beschäftigt sind (Art. 46 ArGV 2). In Kiosken und Betrieben für Reisende darf das Personal nachts ohne Bewilligung lediglich bis 01.00 Uhr eingesetzt werden (Art. 26 Abs. 2 ArGV 2). Als Betriebe für Reisende gelten Verkaufsstellen 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 ein Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist" (Art. 26 Abs. 4 ArGV 2).

2.3 Unabhängig von der Natur des jeweiligen Betriebs ist eine Ausnahme vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot bei technischer und wirtschaftlicher Unentbehrlichkeit möglich (Art. 17 ArG). Der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit hat der Verordnungsgeber "die besonderen Konsumbedürfnisse" gleichgestellt, "deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist". Als solche gelten (a) "täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen, deren Fehlen von einem Grossteil der Bevölkerung als wesentlicher Mangel empfunden würde", und (b) "bei denen das Bedürfnis dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt" (Art. 28 Abs. 3 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]).

BGE 136 II 427 S. 431

3.

3.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist gestützt auf diese Grundlagen zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerinnen keiner Spezialbewilligung bedürfen, um Arbeitnehmende nachts für den Betrieb des Kaffeeshops bzw. des Bistros sowie der Tankstelle einsetzen zu können. Anders verhält es sich dagegen mit den eigentlichen Tankstellenshops - dies unabhängig davon, ob es sich dabei vorliegend um Betriebe an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr handelt oder nicht (Art. 26 Abs. 3 ArGV 2), da Streitgegenstand ausschliesslich die Beschäftigung von Personal zwischen 01.00 und 05.00 Uhr morgens bildet, wozu auf jeden Fall eine Ausnahmebewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft erforderlich ist, nachdem in Reisebedürf-

nisbetrieben nur bis 01.00 Uhr bewilligungslos gearbeitet werden darf (Art. 26 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 ArGV 2).

3.2 Die Annahme, es bestünden an den in den Shops der Beschwerdeführerinnen angebotenen Produkten keine besonderen Bedürfnisse, welche im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 zwischen 01.00 und 05.00 Uhr zu befriedigen wären, verletzt kein Bundesrecht: Das Arbeitsgesetz dient dem Arbeitnehmerschutz (vgl. Art. 110 Abs. 1 lit. a BV), insbesondere in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über die Nachtarbeit sollen den mit dieser verbundenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Belastungen der Arbeitnehmenden Rechnung tragen (vgl. Urteil 2C_344/2008 vom 26. März 2009 E. 4.4 mit Hinweisen; STÖCKLI/SOLTERMANN, in: Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 3 f. zu Art. 16 ArG). Es ist ihnen deshalb gerade auch dann Nachachtung zu verschaffen, wenn die Marktgesetze für die Einführung von Nacht- oder Sonntagsarbeit sprächen. Blosse Zweckmässigkeitsüberlegungen genügen nicht, um das Nacht- oder Sonntagsarbeitsverbot aufzuweichen (Urteil 2C_344/2008 vom 26. März 2009 E. 5 mit Hinweisen). Die Nacht- und Sonntagsarbeit muss nach dem Gesetzestext "unentbehrlich" sein. Abweichungen von den entsprechenden Verboten sollen im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes die Ausnahme bilden (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5; BGE 116 Ib 270 E. 4b und 5, BGE 116 Ib 284 E. 4 f.; BGE 120 Ib 332 E. 5a S. 335; BGE 131 II 200 E. 6.3). Dies muss umso mehr gelten, wenn der Verordnungsgeber - wie hier - einer Branche bereits eine betriebsgruppenspezifische Ausnahme vom Nachtarbeitsverbot bis 01.00 Uhr zugestanden hat (Art. 4 in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 und 4 ArGV 2), die richterlich ausgedehnt werden soll.

3.3 Das Staatssekretariat für Wirtschaft hat die Auslegung von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 in seinen Wegleitungen (Stand November 2007) in dem Sinn konkretisiert, dass 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 im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1. Daran ändere nichts, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzten. 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. Diese Konkretisierung hält sich materiell im Rahmen des Gesetzes, der Verordnungen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot, weshalb keine Veranlassung besteht, hier davon abzuweichen (diesbezüglich kritisch, aber einschränkender: ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, 2009, N. 2 zu Art. 17 Abs. 2 ArG S. 83).

3.4 Zwar mag für gewisse Interessengruppen ein Bedürfnis bestehen, auch zwischen 01.00 und 05.00 Uhr in einem Tankstellenshop einer Grossstadtagglomeration Detailhandelsprodukte kaufen zu können, die während der normalen Öffnungszeiten nicht erworben wurden, doch handelt es sich dabei nicht um ein Bedürfnis, dessen "Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich" wäre. Die Grundbedürfnisse der Reisenden nach Treibstoff sind abgedeckt, eine minimale Versorgung der Kundschaft über das Bar- bzw. Bistroangebot sichergestellt. Der Wunsch nach Tiefkühlprodukten, Reisekarten oder Grillkohle und entsprechenden Produkten kann ausserhalb von nächtlichen Öffnungszeiten befriedigt werden. Es handelt sich dabei nicht um Gegenstände, an denen gerade in der Nacht ein im überwiegenden öffentlichen Interesse in unentbehrlicher Weise zu befriedigendes Bedürfnis bestünde (vgl. das Urteil 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2). Es ist auch Personen, die während der Nacht arbeiten, zumutbar, allfällige Einkäufe vor 01.00 Uhr bzw. nach 05.00 Uhr zu tätigen. Dass Nachtschwärmer und gewisse Reisende punktuell das über die Bar- bzw. das Bistroangebot hinausgehende Sortiment der Beschwerdeführerinnen schätzen, was deren Verkaufszahlen

belegen, genügt nicht, um eine Ausnahme vom Grundsatz des Nachtarbeitsverbots zu begründen. Mit der Vorinstanz ist ein öffentliches Interesse an der Möglichkeit der Befriedigung von nicht lebenswichtigen Konsumbedürfnissen zwischen 01.00 und 05.00 Uhr erst dann zu bejahen, wenn bei objektiver Sichtweise eine grosse Anzahl Personen das Fehlen der fraglichen Waren und Dienstleistungen in der Nacht als erheblichen Mangel empfinden würde. Es kann dabei nicht, wie die Beschwerdeführerinnen vorschlagen, auf die Art der Quartierbevölkerung (Vergnügungsbereich usw.) oder die Zusammensetzung der Kundschaft ankommen, die tatsächlich zu den umstrittenen Zeiten Einkäufe aus ihrem Shop-Sortiment tätigt. Die ausserordentlichen Öffnungszeiten schaffen Konsumbedürfnisse, welche die nächtliche Kundschaft zwischen 01.00 und 05.00 Uhr zu den Betrieben der Beschwerdeführerinnen lenken, ohne dass daraus auf ein besonderes Bedürfnis einer breiteren Öffentlichkeit am entsprechenden Sortiment geschlossen werden kann.

3.5 Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf Zeitungsumfragen berufen, um darzutun, dass die Bevölkerung die bisherigen Öffnungszeiten der Tankstellenshops mit ihrem Angebot rund um die Uhr wünsche, womit das besondere Konsumbedürfnis im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 dargetan sei, übersehen sie, dass den entsprechenden Umfragen kein wissenschaftlicher Wert zukommt. Die Fragestellungen sind nicht weiter bekannt bzw. unpräzis und nicht standardisiert; das berücksichtigte Panel ist im Übrigen nicht repräsentativ. Gesetzesauslegung kann nicht über Internet-Abstimmungen erfolgen. Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass gemäss der Umfrage der Beschwerdeführerinnen aus dem November 2009 insgesamt rund 75 % der Befragten sich durch die Aufhebung der Möglichkeit des Kaufs von Lebensmitteln, Kioskartikeln und Autozubehör an Sonntagen und nachts in ihrer Freiheit nicht oder nur "etwas" eingeschränkt fühlen. Der Bundesgesetzgeber hat - gestützt auf die Kritik, welche die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Handhabung des Sonntagsarbeitsverbots an Bahnhöfen auslöste (vgl. BGE 123 II 317 ff. sowie die Urteile 2A.255/2001 und 2A.256/2001 vom 22. März 2002) - eine Lockerung der einschlägigen Vorschriften für Verkaufsstellen in Zentren des öffentlichen Verkehrs, d.h. für Flughäfen und bestimmte grosse Bahnhöfe, beschlossen (Art. 27 Abs. 1ter ArG [Fassung vom 8. Oktober 2004], sowie Art. 26a ArGV 2 mit zugehöriger Verordnung des EVD vom 16. Juni 2006 [SR 822. 112.1]; BBl 2004 1621 ff.). Für die nicht unter diese Sonderregelung

fallenden Betriebe beliess er es bewusst bei der bisherigen Regelung. Dieser Wertungsentscheid kann nicht durch eine geltungszeitliche Auslegung korrigiert werden. Im Falle der Gewährung der verlangten Ausnahmen wären solche auch anderen Tankstellenshops, von denen es 1'200 im Land geben soll, einzuräumen, was das Nachtarbeitsverbot aushöhlen und zu Marktverzerrungen führen würde. Sollten sich die Bedürfnisse tatsächlich in der von den Beschwerdeführerinnen dargelegten Weise gewandelt haben, wäre es wiederum am Gesetzgeber, die verschiedenen auf dem Spiele stehenden Interessen (neu) gegeneinander abzuwägen und die arbeitsgesetzlichen Regeln allenfalls anzupassen. Dies lehnt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement bisher ab: Auf der politischen Ebene habe sich der Bundesrat - so die Vorsteherin des EVD in einem Schreiben vom 1. Dezember 2008 an die Erdölvereinigung - anlässlich der Revision des Arbeitsgesetzes betreffend vier Sonntagsverkäufen dahin gehend geäussert, dass in absehbarer Zeit "keine weiteren Liberalisierungsschritte bezüglich Nacht- und Sonntagsarbeit in Angriff genommen würden", weshalb eine Verordnungsrevision mit Bezug auf die Öffnungszeiten von Tankstellen-Shops zurzeit "nicht opportun" erscheine (vgl. auch die Antwort des Bundesrats vom 8. Juni 2009 zum Geschäft 09.5301 "Arbeitsplätze in Tankstellenshops nicht gefährden").

3.6 Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerinnen kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden,

die Verweigerung der Ausnahmebewilligungen sei unverhältnismässig: Zwar ist nachvollziehbar, dass sie wenig Verständnis dafür zeigen, dass ihr Personal, welches für den Bistro- und Tankstellenbetrieb auf Platz ist, zwischen 01.00 und 05.00 Uhr nicht auch das volle Shop-Sortiment verkaufen darf; dabei handelt es sich aber um eine Konsequenz der bestehenden gesetzlichen Regelung, die nicht auslegungsweise abgeändert werden kann (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5; Urteile 2C_212/2008 vom 3. September 2008 E. 5.5 und 7 sowie 2C_206/2008 vom 13. August 2008 E. 4.5 und 5.3). Es ist an den Beschwerdeführerinnen, darüber zu befinden, ob sie trotzdem an ihrem 24-Stunden-Betrieb festhalten wollen oder nicht. Ihre ökonomischen Überlegungen rechtfertigen wegen der mit einer allfälligen Ausnahme verbundenen präjudiziellen und wettbewerbsverzerrenden Wirkung nicht, von den gesetzlichen Bestimmungen über das Nachtarbeitsverbot aus Gründen der Verhältnismässigkeit abzuweichen. Es handelt sich bei der gerügten Inkonsequenz letztlich um eine Folge ihres

"Shop-im-Shop"-Systems, das dazu führt, dass je nach Angebot unterschiedliche arbeitsgesetzliche Regeln zu beachten sind. Das Staatssekretariat für Wirtschaft war auch nicht gehalten, die Ausnahmebewilligung gestützt auf Art. 28 ArG zu erteilen, kann bei einer Nachtarbeit zwischen 01.00 Uhr und 05.00 Uhr doch nicht mehr von einer nur "geringfügigen" Abweichung von den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben gesprochen werden. Zwar sind gewisse Shop-Bereiche von Autobahn-Raststätten ihrerseits rund um die Uhr geöffnet; die Situation der Beschwerdeführerinnen an Hauptstrassen im Einzugsgebiet von Zürich ist mit diesen, dem nationalen und internationalen Transitverkehr dienenden Betrieben jedoch nicht vergleichbar. Auch aus dem Vertrauensprinzip können die Beschwerdeführerinnen schliesslich nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. BGE 131 II 627 E. 6.1 S. 636 f.; BGE 129 II 361 E. 7.1 S. 381; Urteile 2C_212/2008 vom 3. September 2008 E. 11 und 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 4): Das zuständige SECO hat die von ihnen praktizierte Nachtöffnung des Shop-Bereichs nie bewilligt und den mit seinen Verfügungen verbundenen praktischen Problemen mit einer angemessenen Übergangsregelung Rechnung getragen.