

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.35 vom 10. November 2015

BS Appellationsgericht, 2015-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.35

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.35 du 10 novembre 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.35 del 10 novembre 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Das Präsidialdepartement hat den Rekurs ohne eigenen Entscheid an das Verwaltungsgericht überwiesen, womit gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG) dessen Zuständigkeit gegeben ist. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Als Adressatin des angefochtenen Entscheids ist die Rekurrentin von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert ist.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

1.3 Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine mündliche Verhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Vorliegend ist der Rekurrentin mit Verfügung vom 10. Juni 2015 Gelegenheit gegeben worden, innert Frist bis zum 24. Juni 2015 zu erklären, ob sie anstelle einer schriftlichen Replik die Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung wünsche. Indem sich diese innert der gesetzten Frist nicht dazu geäußert hat, hat sie konkludent auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

E. 2

2.1 Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, kann das zuständige Departement gemäss § 7 des basel-städtischen Gesetzes über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (RLG) in Verbindung mit § 6 der Verordnung zum RLG (VoRLG) Verkaufslökalen von Familienbetrieben im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; ArG) erweiterte Öffnungszeiten an allen Wochentagen von 06:00 bis 22:00 Uhr bewilligen. Familienbetriebe sind Betriebe, in denen lediglich der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner des Betriebsinhabers sowie dessen Verwandte in auf- und absteigender Linie, deren Ehegatten oder eingetragenen Partnerinnen und Partner sowie dessen Stiefkinder tätig sind (Art. 4 Abs. 1 ArG). Auf Familienbetriebe ist das Arbeitsgesetz und damit auch das in Art. 18 ArG statuierte Sonntagsarbeitsverbot nicht anwendbar. Sind im Familienbetrieb auch andere als die genannten Familienangehörigen tätig, so ist das Arbeitsgesetz jedoch auf diese anwendbar (Art. 4 Abs. 2 ArG). Daraus ergibt sich, dass ein Betrieb mit erweiterten

Öffnungszeiten während diesen und insbesondere an Sonntagen nur die in Art. 4 Abs. 1 ArG genannten Familienangehörigen, nicht aber Angestellte beschäftigen darf. Gemäss § 11 RLG kann die Bewilligungsbehörde die Bewilligung erweiterter Öffnungszeiten entziehen, wenn die gesetzlichen Vorschriften verletzt werden.

2.2 Die Vorinstanz hat erwogen, dass gemäss der vom AWA am 10. Januar 2013 erteilten Bewilligung ausserhalb der generellen Ladenöffnungszeiten nur D____ E____ und F____ im Verkaufslokal tätig sein durften. Es stehe fest, dass bei den beiden Kontrollen an den Sonntagen des 15. Juli 2012 und des 5. Mai 2013 andere Personen bei der Arbeit im Ladenlokal angetroffen worden seien.

E. 2.3

2.3.1 Die Rekurrentin anerkennt, dass es sich zumindest im Fall von B____ am 15. Juli 2012 ■prima vista wohl um eine Verletzung des ArG bzw. des RLG■ gehandelt habe. Sie macht indessen geltend, die Vorinstanz habe verkannt, dass für die damalige Beschäftigung des Angestellten ein Rechtfertigungsgrund bestanden habe. D____ habe den Mitarbeiter wegen eines Unwohlseins kurzfristig aufgeboten, damit sie sich zu Hause medikamentös versorgen könne, ohne das Ladenlokal schliessen zu müssen (Rekursbegründung Ziff. 5a). Hierzu hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass das AWA die Inhaber von Familienbetrieben regelmässig schon bei ihrer Anmeldung explizit auf ihre Planung für Ferien- und Krankheitsabwesenheiten anspreche. Wenn ein allein anwesendes Familienmitglied an einem Sonntag ■ aus welchen Gründen auch immer ■ das Verkaufslokal verlasse, müsse das Geschäft vorübergehend geschlossen werden. Gerade bei der geltend gemachten bloss kurzzeitigen Abwesenheit, um zu Hause Tabletten zu holen, hätte ein kurzer Vermerk ■bin gleich wieder hier■ an der Tür des vorübergehend geschlossenen Ladenlokals vollauf genügt, um die Kundschaft nicht nachhaltig zu verärgern (angefochtener Entscheid Ziff. 5). Das trifft zweifellos zu. Alternativ hätte sie auch jemanden ■ z.B. den aufgebotenen Mitarbeiter ■ bitten können, ihr das entsprechende Medikament zu besorgen, so dass sie das Geschäft gar nicht hätte verlassen müssen. Dies macht deutlich, dass sich die Rekurrentin auch aufgrund des von ihr geltend gemachten Sachverhalts nicht in einem eigentlichen, rechtfertigenden Notstand befunden hat. Sie kann daher daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

2.3.2 In Bezug auf den 5. Mai 2013 bestreitet die Rekurrentin wie schon im vorinstanzlichen Verfahren, dass es sich bei dem an jenem Sonntag hinter der Kasse im Ladenlokal angetroffenen C____ um einen Angestellten gehandelt habe. Er sei vielmehr ein Neffe von D____, welcher psychisch angeschlagen sei und der Betreuung bedürfe. D____ sei in jenem Zeitpunkt ebenfalls im Ladenlokal gewesen. Daher sei der Arbeitnehmerschutz gar nicht tangiert worden. Selbst wenn C____ die Kasse bedienen sollte, was bestritten werde, würde kein Verstoß gegen das RLG vorliegen, da es sich ■allenfalls allerhöchstens um eine unentgeltliche Präsenz und Hilfeleistung■ gehandelt habe, die nicht unter den Schutzzweck falle (Rekursbegründung Ziff. 5a). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz in Ziff. 5 ihres Entscheids zutreffend ausgeführt hat, hat der Kontrolleur des AWA gemäss seinem ausführlichen Bericht vom 6. Mai 2013 (in den Vorakten WSU, act. 6) beim Betreten des Verkauflokals beobachtet, dass ein jüngerer Mann an der Kasse am Arbeiten gewesen sei. Als D____, die ebenfalls mit Arbeiten im Laden beschäftigt gewesen sei, den Kontrolleur erkannt habe, sei sie unverzüglich zu dem Mann an die Kasse gegangen, worauf es einen ■fliegenden Wechsel■ gegeben habe und der Mann über das Lager aus dem Lokal gerannt sei. Es ist den Erwägungen der Vorinstanz

zu folgen, wonach bereits die Flucht nach erfolgter ■Alarmierung■ gegen die Sachverhaltsdarstellung der Rekurrentin spricht, hätte doch ein blosser Besucher keinerlei Anlass zum überstürzten Verlassen des Lokals nach dem Erscheinen des Kontrolleurs gehabt. Zutreffend ist auch die Feststellung der Vorinstanz, dass die angebliche Betreuungsbedürftigkeit von C_____ durch die eingereichte Bestätigung der Psychiatrie Baselland vom 31. Juli 2013 (in den Vorakten WSU, act. 6) nicht belegt wird, wird doch dort nur bestätigt, dass er sich in psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung befindet und regelmässige Gesprächstermine stattfinden. Die Vorinstanz hat die Sachverhaltsdarstellung der Rekurrentin daher zu Recht als reine Schutzbehauptung qualifiziert. Im Übrigen ist mit der Vorinstanz (angefochtener Entscheid Ziff. 7) und dem Bundesgericht (BGE 139 II 529 E. 3.4 S. 533 f.) festzuhalten, dass sich das Beschäftigungsverbot auf alle Formen der Mitarbeit bezieht und aufgrund der gerade auch in Familienbetrieben bestehenden Ausbeutungsgefahr weit zu fassen ist.

2.4 Damit steht fest, dass die Rekurrentin in beiden kontrollierten Fällen das Beschäftigungsverbot von Nichtfamilienmitgliedern ausserhalb der generellen Öffnungszeiten missachtet hat.

E. 3

der Bundesverfassung [BV], § 5 Abs. 2 Verfassung des Kantons Basel-Stadt [KV]). Die Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs bemisst sich im Wesentlichen nach dessen Zweckgeeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit für die betroffene Person (BGE 136 I 17 E. 4.4 S. 26). Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob der Entzug der Bewilligung für erweiterte Öffnungszeiten zur Durchsetzung der Regelungen über den Arbeitnehmerschutz gemäss dem Arbeitsgesetz und dem Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung geeignet und erforderlich ist und in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die der betroffenen Person damit auferlegt werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 581).

3.2 Wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, ist das öffentliche Interesse am Arbeitnehmerschutz und der Einhaltung der öffentlichen Ruhetage hoch zu gewichten. Die Einhaltung der Voraussetzungen für Ausnahmegewilligungen von der Geltung der allgemeinen Ladenöffnungszeiten für Familienbetriebe ist daher streng zu kontrollieren. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass die Ausnahme von Familienbetrieben vom arbeitsgesetzlichen Arbeitsverbot in der Nacht und an Sonntagen strikt auf die Familienmitglieder im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG zu beschränken und die Bestimmung restriktiv auszulegen ist (statt vieler: BGE 139 II 529 E.

E. 3.4

S. 533; BGer 2C_1126/2012 vom 29. Juni 2013 E. 4.3; vgl. auch Müller/Bomatter, Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG, in: AJP 2012 975, 977). Entgegen der von der Rekurrentin in der Replik (act. 7, S. 3) geäusserten Auffassung widerspricht dies keineswegs einer liberalen Einstellung. Eine liberale Wirtschaftsordnung gebietet im Gegenteil gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Teilnehmer am wirtschaftlichen Wettbewerb. Den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden resp. der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten wurde von der Lehre und der Rechtsprechung aus der Handels- und Gewerbefreiheit gemäss Art. 31 aBV entwickelt. Dieser Grundsatz ist auch nach der geltenden Bundesverfassung von 1998 ein wichtiges Prinzip der Wirtschaftsfreiheit und findet heute seine Verankerung in Art. 27

Abs. 1 und in Art. 94 Abs. 1 und 4 BV, wobei Art. 94 das institutionell verstandene Gebot der Wettbewerbsneutralität des Staates, Art. 27 BV die individualrechtliche Gleichbehandlung der Konkurrenten beinhaltet (Vallender, in: St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Auflage 2014, Art. 27 N 28 ff.). Art. 27 BV ergänzt das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV und geht darüber hinaus, indem er vor staatlichen Ungleichbehandlungen schützt, die ■ selbst wenn sie auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen und damit nach Art. 8 BV zulässig wären ■ einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen (BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f. mit Hinweis auf BGE 121 I 129 E. 3d S. 135). Wettbewerbern, welche angestellte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen, ist die Öffnung ihrer Ladenlokale ausserhalb der generellen Ladenöffnungszeiten und damit an Sonntagen generell verwehrt. Familienbetriebe geniessen daher mit erweiterten Ladenöffnungszeiten einen Wettbewerbsvorteil, welcher nur solange gerechtfertigt erscheint, als sie deren gesetzliche Voraussetzungen erfüllen. Die Zulassung erweiterter Ladenöffnungszeiten ist daher notwendigerweise an die Einhaltung des Beschäftigungsverbots für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die nicht zur Gruppe der in Art. 4 Abs. 1 ArG genannten Familienangehörigen zählen, gebunden. Bereits diese Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gebietet eine konsequente Durchsetzung der Anforderungen an die Bewilligung erweiterter Öffnungszeiten für Familienbetriebe.

3.3 Vorliegend hat die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Rekurrentin zu Recht berücksichtigt, dass im Laden von D____, der Geschäftsführerin und Gesellschafterin der Rekurrentin, bereits im Jahr 2004 bei mehreren Kontrollen Verstösse gegen das Arbeitsgesetz und das Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung festgestellt worden sind. So war das Geschäft am 26. September 2004 trotz damals noch fehlender Bewilligung zur Führung eines Familienbetriebes mit erweiterten Öffnungszeiten an einem Sonntag geöffnet und wurden an diesem Tag zwei Angestellte beschäftigt. Bei einer weiteren Kontrolle vom 3. Oktober 2004 hatte das Lokal wiederum trotz fehlender Bewilligung an einem Sonntag geöffnet. Aufgrund dieser Vorkommnisse wurde die Geschäftsführerin mit Strafbefehl des Strafgerichts vom 16. März 2005 wegen mehrfacher Übertretung des Arbeitsgesetzes sowie mehrfacher Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften betreffend die öffentlichen Ruhetage zu einer Busse von CHF 600.■ verurteilt. Die Vorinstanz schloss daraus zu Recht, dass sie aufgrund dieser Verurteilung über die gesetzlichen Anforderungen im Bild sein musste (angefochtener Entscheid Ziff. 9). Entgegen der Auffassung der Rekurrentin ist es unerheblich, dass die heute geltende Regelung im Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung erst am 15. August 2005 in Kraft getreten ist. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung (act. 4 Ziff. 4) zutreffend ausgeführt hat, hat sich die Rechtslage gegenüber der früheren Regelung, aufgrund welcher die Geschäftsführerin der Rekurrentin verzeigt und verurteilt worden ist, nicht geändert.

3.4 Die Rekurrentin hat sich nach dem Gesagten weder durch die Bestrafung ihres Organs noch durch eine erneute Verwarnung am 16. Juli 2012 nachhaltig zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen bewegen lässt. Eine weitere Verzeigung erscheint daher nicht geeignet zur Durchsetzung der gesetzlichen Ordnung.

3.5 Die Rekurrentin belegt auch nicht, dass sie durch die Verweigerung erweiterter Öffnungszeiten tatsächlich in ihrer wirtschaftlichen Existenz betroffen wäre. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist mit dem angefochtenen Entscheid der Betrieb der

Rekurrentin nicht geschlossen, sondern lediglich die Bewilligung für erweiterte Öffnungszeiten entzogen worden. Soweit die Rekurrentin geltend macht, es fehlten ihr entsprechende Zahlen, um die Bedeutung des Umsatzes an Sonntagen und nach 20:00 Uhr zu belegen, ist ihr entgegen zu halten, dass sie aufgrund der Bewilligung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteres aktuelle Kassenbelege über die Umsätze während der generellen Öffnungszeiten und während der erweiterten Öffnungszeiten hätte ins Verfahren einbringen können. Der behauptete Beweisnotstand besteht daher zumindest im vorliegenden Verfahren nicht.

3.6 Entgegen der Auffassung der Rekurrentin führt schliesslich auch das geltend gemachte Interesse der Bevölkerung, ausserhalb der ■normalen■ gesetzlichen Öffnungszeiten Einkäufe tätigen zu können, nicht zu einem andern Ergebnis der Interessenabwägung. Es ist notorisch, dass es in Basel eine Vielzahl von Familienbetrieben, Ladenlokalen in Bahnhöfen und Tankstellenshops an Hauptverkehrswegen im Sinne von Art. 27 Abs. 1ter und 1quater ArG gibt, die dieses Interesse unter Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen abdecken. Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger erst kürzlich, am 3. März 2013, eine weitere Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten abgelehnt haben (act. 4 Ziff. 3). Auch die angerufene Konkurrenz im grenznahen Ausland vermag eine Privilegierung von Familienbetrieben, welche die Voraussetzungen für die Öffnung ihres Ladenlokals ausserhalb der generellen Öffnungszeiten nicht einhalten, nicht zu rechtfertigen.

3.7 Der angefochtene Entscheid erweist sich daher auch als verhältnismässig.

E. 4

Bei dieser Sachlage braucht auf den Umstand, dass nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 139 II 529 E. 3.3 f. S. 532 f.; BGer 2C_1126/2012 vom 29. Juni 2013 E. 4.3, 2C_129/2013 vom 1. Juli 2013 E. 3.2) juristische Personen ohnehin keine Familienbetriebe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG bilden können, nicht weiter eingetreten zu werden. Wie von der Rekurrentin zutreffend ausgeführt worden ist, hat sie unabhängig von dieser neuen Rechtsprechung ein Interesse an der Beurteilung des angefochtenen Entzugs der Bewilligung erweiterter Öffnungszeiten aufgrund der Vorkommnisse in den Jahren 2012 und 2013.

E. 5

Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden und der Rekurs folglich abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrenten dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1■200.■.

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