

# **BVGer B-769/2009 vom 6. Oktober 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-10-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-769\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-769_2009)

FR: TAF B-769/2009 du 6 octobre 2009

IT: TAF B-769/2009 del 6 ottobre 2009

## **Regeste**

Arbeitnehmerschutz

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die zwei Beschwerden richten sich gegen inhaltlich gleich lautende Entscheide und enthalten die gleichen Anträge. In beiden Fällen stellen sich zudem die gleichen Rechtsfragen und die Sachverhalte stehen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang. Es ist daher aus Gründen der Prozessökonomie und im Interesse aller Beteiligten sinnvoll, die zwei Verfahren zu vereinigen (Art. 24 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273] i.V.m. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021).

### **E. 2**

Die angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz vom 16. Dezember 2008 sind Verfügungen im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG. Nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) unterliegen Verfügungen der Vorinstanz über die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 33 Bst. d und Art. 37 VGG i.V.m. Art. 44 VwVG). Die Ablehnung der Gesuche der Beschwerdeführerinnen wurde am 6. Januar 2009 im Bundesblatt publiziert (BBl 2009 255). Die 30-tägige Rechtsmittelfrist begann an dem der Veröffentlichung folgenden Tag zu laufen (Art. 20 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 VwVG) und ist mit Postaufgabe der Beschwerden vom 4. bzw. 5. Februar 2009 somit gewahrt. Die Beschwerdeführerinnen sind als Betreiberinnen der betroffenen Tankstellenshops und als Adressatinnen der angefochtenen Verfügungen durch diese berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschriften sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen ebenfalls vor (vgl. Art. 46 ff. VwVG). Auf die Beschwerden ist daher einzutreten.

### **E. 3**

Art. 16 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11) hält fest, dass die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeitszeiten nach Art. 10 ArG verboten ist. Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG; vgl. nachfolgende E. 4 ff.). Nach Art. 10 Abs. 1 ArG gilt als Tagesarbeit die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr. Die Arbeit von 20 Uhr bis 23 Uhr ist Abendarbeit. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung können Beginn und Ende der betrieblichen Tages- und Abendarbeit zwischen 5 Uhr und 24 Uhr anders festgelegt

werden, wenn die Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmt. Ebenfalls grundsätzlich verboten ist die Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG). Gemäss Artikel 27 Absatz 1 ArG können jedoch bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern auf dem Verordnungsweg vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot, beziehungsweise der entsprechenden Bewilligungspflicht ausgenommen und Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse "notwendig" ist. Im vorliegenden Fall bestehen, wie nachfolgend zu zeigen ist, spezifische und voneinander sich unterscheidende Regelungen für Tankstelle, Bistro/Kaffeebar und Tankstellenshop.

### **E. 3.1**

Die Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112) regelt die Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen. Danach darf der Arbeitgeber in einem Gastbetrieb die darin beschäftigten gastgewerblichen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise in der Nacht und am Sonntag beschäftigen (Art. 23 Abs. 1 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 und 2 ArGV 2). Die Beschwerdeführerinnen führen in ihren Beschwerden ergänzend aus, sie hätten eine kantonale Bewilligung für die Verrichtung von gastgewerblichen Tätigkeiten. Nach Art. 46 i.V.m. Art. 4 ArGV 2 ist Nacht- und Sonntagsarbeit ebenfalls bewilligungsfrei für die in Betrieben des Autogewerbes beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, soweit sie mit der Versorgung von Fahrzeugen mit Betriebsstoffen sowie für die Aufrechterhaltung eines Pannen-, Abschlepp- und damit verbundenen Reparaturdienstes beschäftigt sind. Demnach besteht keine Bewilligungspflicht für die Beschäftigung von Personal für den Kaffeeshop/das Bistro und für die Tankstelle während der Nacht, was vorliegend im Übrigen unbestritten ist.

### **E. 3.2**

Nach Art. 26 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und 2 ArGV 2 ist auch die Beschäftigung von Arbeitnehmern zur Bedienung der Durchreisenden auf Kiosken und Betrieben für Reisende für die Nacht bis 1 Uhr und für den ganzen Sonntag bewilligungsfrei.

#### **E. 3.2.1**

Kioske sind kleinere Verkaufsstände oder Verkaufsstellen, die der Kundschaft überwiegend Presseerzeugnisse, Süssigkeiten, Tabak- und Souvenirwaren sowie kleine Verpflegungsartikel zum Verzehr an Ort und Stelle oder für unterwegs anbieten (Art. 26 Abs. 3 ArGV 2). Die Shops der Beschwerdeführerinnen sind nicht als Kioske einzustufen, da das angebotene Warensortiment in klarer Weise über den in Art. 26 Abs. 3 ArGV 2 bezeichneten Umfang hinausreicht.

#### **E. 3.2.2**

Betriebe für Reisende sind 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 Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist (Art. 26 Abs. 4 ArGV 2).

#### **E. 3.2.3**

"Hauptverkehrswege mit starkem Reiseverkehr" zeichnen sich dadurch aus, dass sie grössere Ortschaften bzw. Kantone oder Staaten miteinander verbinden und dass sich auf

ihnen der Hauptreiseverkehr, d.h. jener Verkehr, der grössere Distanzen zurücklegt, abwickelt. Diese Funktion kommt den Autobahnen zu oder - in Gebieten ohne Autobahn oder Autostrasse - unter Umständen auch Kantonsstrassen. Der tägliche Pendlerverkehr zwischen nahe liegenden Ortschaften, der Agglomerations- wie auch der Ortsverkehr sind dagegen kein wesentlicher Bestandteil des Reiseverkehrs (vgl. Wegleitung der Vorinstanz zu Art. 26 ArGV 2 [Stand: November 2006]; die Auslegung in der Wegleitung wurde in BGE 134 II 265 E. 5 übernommen und ausdrücklich gutgeheissen). Für die Frage, ob ein Tankstellenshop an einem Hauptverkehrsweg liegt, ist neben den räumlichen Verhältnissen auch darauf abzustellen, wie sich die Kundschaft tatsächlich zusammensetzt. Falls es sich bei einem Grossteil der Kundschaft nicht um lokal ansässige Personen, sondern um dem Durchgangsverkehr des Hauptverkehrsweges zuzurechnende Verkehrsteilnehmer handelt, kann auch ein Tankstellenbetrieb, der nicht unmittelbar an diese Hauptverkehrsachse anstösst, aber zur Hauptsache von dort aus angefahren wird, im Sinne von Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 den Bedürfnissen des Reiseverkehrs dienen (Urteil des Bundesgerichts 2A.211/2006 vom 16. Januar 2007 E. 3.3).

#### **E. 3.2.4**

In einem Betrieb für Reisende wird ein Warenangebot geführt, welches überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist. Die Waren werden in handlichen Volumen oder Quanten verkauft, die von einer Person getragen werden können und der Kaufvorgang muss einfach und sofort abgewickelt werden (Urteil des Bundesgerichts 2A.256/2001 vom 22. März 2002 i.S. Shop Ville Zürich E. 6.2, wiedergegeben in ZBl 2003 82 ff.; JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, in Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005, N. 6 zu Art. 18 ArG).

#### **E. 3.2.5**

Die Vorinstanz stellte in den angefochtenen Verfügungen fest, die betroffenen Tankstellenshops könnten aufgrund von Art. 26 Abs. 2 ArGV 2 Personal bis 1 Uhr und ab 5 Uhr sowie sonntags bewilligungsfrei beschäftigen. Sie prüfte das Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen ("Hauptverkehrsweg mit starkem Reiseverkehr", "Warenangebot für Reisende", überwiegend Reisende als Kundschaft) soweit ersichtlich nicht näher. Die Frage, ob es sich bei den Tankstellenshops der Beschwerdeführerinnen um Betriebe für Reisende im Sinne von Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 handelt, bildet daher nicht förmlich Streitgegenstand. Darauf wird zurückzukommen sein (vgl. E. 8.2.2). Streitgegenstand und (vorab) zu prüfen ist vielmehr, ob unter der Annahme, es liege ein Reisebetrieb vor, in diesem ausnahmsweise Personal über die bewilligungsfreie Zeit hinaus, d.h. nachts von 1 Uhr bis 5 Uhr, beschäftigt werden darf oder nicht bzw. ob die Vorinstanz die angebehrten Ausnahmbewilligungen zu Recht verweigert hat.

#### **E. 4**

Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen nach Art. 17 ArG der Bewilligung. Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Art. 17 Abs. 1 und 2 ArG).

#### **E. 4.1**

Die Begriffe der technischen und der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit sind in Art. 28 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) konkretisiert. Danach liegt wirtschaftliche Unentbehrlichkeit vor, wenn: a. die Unterbrechung eines

Arbeitsverfahrens und dessen Wiedereingangssetzung 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. 4.2**

Gemäss Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 sind der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit die besonderen Konsumbedürfnisse, deren Befriedigung im öffentlichen Interesse liegt und nicht ohne Nacht- oder Sonntagsarbeit möglich ist, gleichgestellt. Solche Konsumbedürfnisse sind gemäss Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1: 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 danach dauernd oder aber in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt. Für bestimmte Arten von Betrieben bzw. Produktions- oder Arbeitsverfahren wird gemäss Art. 28 Abs. 4 ArGV 1 i.V.m. dem Anhang zur ArGV 1 technische oder wirtschaftliche Unentbehrlichkeit als rechtlich erstellt erachtet. Falls sich das Produktions- oder Arbeitsverfahren des gesuchstellenden Betriebs nicht im Anhang zur ArGV 1 findet, ist es ihm unbenommen, die Unentbehrlichkeit bzw. ein besonderes Konsumbedürfnis nach den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 28 Abs. 3 Bst. a und b ArGV 1 nachzuweisen. Beim Betrieb eines Tankstellenshops handelt es sich nicht um ein im Anhang zur ArGV 1 aufgeführtes Produktions- oder Arbeitsverfahren, das besondere Konsumbedürfnis muss somit von den Beschwerdeführerinnen nachgewiesen werden (vgl. nachfolgende E. 5 und 6).

#### **E. 4.3**

Nach Art. 28 ArG ist die zuständige Behörde ferner ermächtigt, in ihren Arbeitszeitbewilligungen ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung vorzusehen, soweit der Befolgung dieser Vorschriften ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betriebe vorliegt (vgl. nachfolgende E. 7).

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Vorliegen eines besonderen Konsumbedürfnisses der Bevölkerung sei zu bejahen. Die Vorinstanz habe den Begriff "Grossteil der Bevölkerung" nicht ausgelegt und es sei unklar, welche Bevölkerungsgruppe der Vorinstanz als Referenzgruppe gedient habe. Ihrer Ansicht nach müsste dies die Quartierbevölkerung sein sowie Kunden der ansässigen Gewerbe und Personen, die sich vornehmlich nachts im betroffenen Quartier aufhielten oder überdurchschnittliche Ortskenntnis hätten. Die Vorinstanz habe auch nicht erläutert, welches besondere Konsumbedürfnis eine Nachtarbeitsbewilligung gerechtfertigt hätte oder wann von einem wesentlichen Mangel auszugehen sei. Die Kriterien Warensortiment, Nachtumsätze und Verkehrsbewegungen seien geeignet, ein besonderes Konsumbedürfnis zu belegen. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Meinung, obwohl die betroffenen Tankstellenshops,

wie der durchgeführte Augenschein gezeigt habe, zwischen 1 Uhr und 5 Uhr von vielen Kunden aufgesucht würden, bestehe kein besonderes Konsumbedürfnis, da der Grossteil der Bevölkerung das Schliessen des Shopteils nicht als wesentlichen Mangel empfinde. Um ein besonderes Konsumbedürfnis zu begründen, genüge der Nachweis einer grossen Nachfrage oder eines hohen Umsatzes in einem einzelnen Geschäft nicht. Der Mehrheit der Bevölkerung in der Agglomeration Zürich und Winterthur würde die nächtliche Einkaufsmöglichkeit zwischen 1 Uhr und 5 Uhr nicht fehlen.

### **E. 5.1**

Die vom Gesetz- und Verordnungsgeber gewählten Ausdrücke "wirtschaftliche Unentbehrlichkeit" (vgl. hierzu STÖCKLI/SOLTERMANN, a.a.O., N. 4 zu Art. 17 ArG), "Grossteil der Bevölkerung", "täglich notwendige und unentbehrliche Waren oder Dienstleistungen", "wesentlicher Mangel" und "Bedürfnis, das dauernd oder in der Nacht oder am Sonntag besonders hervortritt" stellen unbestimmte Rechtsbegriffe dar. Diese müssen im konkreten Anwendungsfall sachbezogen ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung wird das Gesetz in erster Linie nach seinem Wortlaut ausgelegt (grammatikalische Auslegung). Ist der Gesetzestext nicht klar und lässt verschiedene Interpretationen zu, ist der wahre Sinn der Bestimmung zu erforschen unter Berücksichtigung aller Elemente, namentlich mit Hilfe der systematischen, historischen und teleologischen Auslegungsmethode (BGE 131 V 431 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Zu berücksichtigen ist hier auch, dass die Auslegung sich am gesetzgeberischen Grundgedanken zu orientieren hat, dass Nachtarbeit möglichst eingeschränkt werden soll (DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht Heft 59, Bern 2004, S. 49 ff., S. 181). Gemäss Lehre und Praxis ist die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen. Wenn jedoch die verfügende Behörde den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen näher steht, so hat der Richter Zurückhaltung zu üben, der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum zuzugestehen und so lange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. etwa BGE 119 Ib 254 E. 2b; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 636 und 953).

### **E. 5.2**

Das Bundesgericht hat sich verschiedentlich zur Tragweite des Verbots von Nacht- und Sonntagsarbeit ausgesprochen und dabei jeweils - ausgehend von der ratio legis - einen strengen Massstab für die Erteilung von Ausnahmen angelegt. Es verwies dabei auf die gesundheitlichen Probleme, welche die Nachtarbeit und der damit einhergehende Wechsel des biologischen Rhythmus beim Menschen bewirken können (vgl. hierzu: SOLTERMANN, a.a.O., S. 183 f.) sowie auf die soziale und kulturelle Bedeutung der Sonntagsruhe als kollektiver Freizeit. Ansatzpunkt für die Beurteilung der Unentbehrlichkeit dürften daher nicht Überlegungen der (wirtschaftlichen) Zweckmässigkeit sondern die objektiven Erfordernisse des interessierenden Arbeitsverfahrens sein. Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen müssten gerade dann greifen, wenn die Gesetze des Marktes für die Einführung von Nacht- und Sonntagsarbeit sprächen. Das Arbeitsschutzrecht solle der ökonomischen Rationalität zu Gunsten des Arbeitnehmers Grenzen setzen. Es bestimme die Rahmenbedingungen, an die sich der Unternehmer bei seinen an der Wirtschaftlichkeit orientierten Entscheidungen zu halten

habe. Blosser Zweckmässigkeit genüge für ein Abweichen vom Nacht- oder Sonntagsarbeitsverbot nicht. Erforderlich sei vielmehr, wie das Gesetz sage, Unentbehrlichkeit. Unentbehrlich heisse nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch so viel wie "unerlässlich" oder "unbedingt notwendig". Auch im französischen und italienischen Text verwendet der Gesetzgeber die Worte "indispensable" und "indispensabile". Diese restriktive Wortwahl zeige, dass der Gesetzgeber das Interesse an der Wahrung der Nacht- und Sonntagsruhe weit über die wirtschaftliche Zweckmässigkeit stelle, Nacht- und Sonntagsarbeit also nur ganz ausnahmsweise bewilligt werden dürfe, wenn es anders schlicht nicht gehe (BGE 116 Ib 270 E. 4b und 5; BGE 116 Ib 284 E. 4-5; BGE 120 Ib 332, insb. S. 335 ff. E. 5 a - d, übersetzt in der Praxis des Bundesgerichts [Pra] 84 [1995] Nr. 270; vgl. auch BGE 131 II 200 E. 6.3 bzgl. Sonntagsarbeit). Diese Rechtsprechung erachtete das Bundesgericht auch nach der Änderung des Arbeitsgesetzes vom 20. März 1998 als weiterhin verbindlich (vgl. hierzu etwa BGE 131 II 200 E. 6.4 sowie Urteil des Bundesgerichts i. S. Coop Neuchâtel-Jura 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2). Geändert hat lediglich das Ermessen der Bewilligungsbehörde: während Nachtarbeit nach dem zuvor geltenden Wortlaut unter den gesetzlichen Voraussetzungen bewilligt werden "konnte" (vgl. Art. 17 ArG in der alten Fassung vom 13. März 1964 [AS 1966 64]), steht der Behörde diesbezüglich kein Ermessen mehr zu: Es besteht ein Anspruch auf Bewilligung, wenn die Voraussetzungen der Genehmigung von Nachtarbeit erfüllt sind (BGE 131 II 200 E. 6.4). Da die besonderen Konsumbedürfnisse gemäss Artikel 28 Absatz 3 ArGV 1 der wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit gemäss Absatz 2 gleichgestellt sind, haben die vom Bundesgericht zur wirtschaftlichen Unentbehrlichkeit aufgestellten restriktiven Grundsätze auch für die besonderen Konsumbedürfnisse zu gelten.

### **E. 5.3**

Hierzu gilt es anzumerken, dass gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung die wirtschaftliche Unentbehrlichkeit primär auf Prozesse und Arbeitsabläufe in Produktionsstätten zugeschnitten ist, worunter ein Verkaufsgeschäft nicht subsumiert werden kann (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7080/2007 vom 14. April 2008; vgl. BGE 131 II 200 E. 6). Auch machen die Beschwerdeführerinnen weder hohe Investitionskosten geltend noch führen sie an, ihre Konkurrenzfähigkeit sei erheblich beeinträchtigt. Mit dem Vorbringen, in der Nacht betrage der Umsatz von Bistro- und Shopprodukten rund zwei Drittel des Totalumsatzes, vermögen sie daher für den nächtlichen Verkauf von Waren in den Tanstellenshops keine wirtschaftliche Unentbehrlichkeit im Sinne des Gesetzes darzutun.

### **E. 5.4**

Die Vorinstanz hat zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen zum Arbeitsgesetz Wegleitungen erlassen, die sich auch zur rechtlichen Tragweite der oben genannten unbestimmten Rechtsbegriffe äussern. Dabei handelt es sich um Verwaltungsverordnungen, welche im Gegensatz zu Rechtsverordnungen keine neuen Rechte und Pflichten für Private statuieren, aber insofern von Bedeutung sind, als sie Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis - insbesondere im Ermessensbereich der Behörde - bieten. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Instanz (Art. 2 VGG) an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden, sondern bei deren Anwendung frei. Sofern Verwaltungsverordnungen aber eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen, werden sie von den Gerichten bei der Entscheidungsfindung mitberücksichtigt (BVGE 2008/22 E. 3.1.1, mit

weiteren Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 123 ff., PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 14 Rz. 9 f., § 41 Rz. 12 ff.). Gemäss der Wegleitung zu Art. 28 ArGV 1 (Stand: November 2007) handelt es sich bei den "besonderen Konsumbedürfnissen" um Waren oder Dienstleistungen, die wirklich täglich benötigt würden. Könnten viele Leute am Sonntag oder in der Nacht auf das Angebot verzichten, ohne dadurch einen Mangel zu empfinden, so bestehe kein besonderes Konsumbedürfnis im Sinne der vorliegenden Bestimmungen. Daran ändere sich auch nichts, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzen. Dies gelte besonders dann, wenn die Gewährung solcher Dienstleistungen von einer Mehrheit der Bevölkerung als störend empfunden würde. Das Konsumbedürfnis sei dann ein besonderes, wenn es über den ganzen Tag oder die ganze Woche dauernd oder z.B. auf Grund des Freizeitverhaltens der Bevölkerung gerade in der Nacht und an Sonntagen in besonderem Mass vorhanden sei. Dies treffe beispielsweise auf die Benützung von Sport- und Freizeitanlagen an Wochenenden zu. Schwierig werde die Beurteilung dann, wenn ein besonderes Konsumbedürfnis im Entstehen sei. Oft werde es erst dann als Bedürfnis wahrgenommen, nachdem es eine gewisse Zeit lang eigentlich widerrechtlich angeboten worden sei. Entscheidend für sein Weiterbestehen werde dann die Akzeptanz durch die Mehrheit der Bevölkerung sein. Dabei könnten durchaus auch regionale Unterschiede vorhanden sein.

## **E. 6**

Streitig ist vorliegend, ob ein Grossteil der Bevölkerung es als wesentlichen Mangel empfinden würde, nachts zwischen 1 Uhr und 5 Uhr im Tankstellenshop nicht einkaufen zu können. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, mit "Bevölkerung" sei die Quartierbevölkerung gemeint sowie Kunden der ansässigen Gewerbe und Personen, die sich vornehmlich nachts im betroffenen Quartier aufhielten. Weil ein Grossteil dieser Personen das Fehlen der streitbezogenen nächtlichen Einkaufsmöglichkeit als Mangel empfinden würde, sei das besondere Konsumbedürfnis zu bejahen. Demgegenüber müsste nach Meinung der Vorinstanz im vorliegenden Fall bei der Prüfung der Frage, ob ein besonderes Konsumbedürfnis vorliege, auf das Empfinden der Bevölkerung der hier interessierenden Agglomerationen Zürich und Winterthur abgestellt werden. Bei der gebotenen engen Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe sei das besondere Konsumbedürfnis vorliegend zu verneinen.

### **E. 6.1**

Gesetz und Verordnung nennen keine verbindliche Referenzgrösse dafür, wie weit oder eng der Personenkreis, welcher die "Bevölkerung" in einem konkreten Anwendungsfall ausmacht, zu ziehen ist. Würde der Kreis der Bevölkerung eher weit gezogen, dürfte es entsprechend schwieriger sein, das Empfinden eines wesentlichen Mangels an bestimmten Waren oder Dienstleistungen in der Nacht bei einem Grossteil der Bevölkerung als in objektiver Hinsicht gegeben zu erachten. Umgekehrt könnte bei einem verhältnismässig eng gezogenen Kreis von Personen, je nach der Besonderheit der konkreten Umstände, möglicherweise eher auf das Vorliegen eines erheblichen Mangelempfindens geschlossen werden. Die eingangs erwähnte restriktive Praxis des Bundesgerichts bei der Gewährung von Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit legt es indessen nahe, wie es die Vorinstanz tut und ihre Wegleitung verlangt, den Kreis der Bevölkerung, bei welcher ein erhebliches Mangelempfinden vorliegen muss, eher weit zu ziehen. Das spricht gegen die

Betrachtungsweise der Beschwerdeführerinnen. In die gleiche Richtung deutet der Umstand, dass Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ein öffentliches Interesse an der Befriedigung des entsprechenden Konsumbedürfnisses verlangt. Handelt es sich nicht um Waren oder Dienstleistungen, die (wie beispielsweise ärztliche Betreuung oder die Versorgung mit dringend benötigten Medikamenten) dem Schutz hoher Rechtsgüter wie der Gesundheit oder Leib und Leben dienen, liegt es auch insofern nahe, ein öffentliches Interesse im Sinne der gesetzlichen Ordnung erst dann anzunehmen, wenn bei objektiver Sichtweise eine grosse Anzahl Personen das Fehlen der fraglichen Waren und Dienstleistungen in der Nacht als erheblichen Mangel empfinden würde. Der Begriff "Grossteil der Bevölkerung" ist auch insofern weit zu verstehen. Es kann daher - wie es die Wegleitung zu Art. 28 ArGV 1 festhält - letztlich nicht darauf ankommen, wenn kleinere Minderheiten sich für die Notwendigkeit der einen oder anderen Dienstleistung einsetzen, namentlich, wenn diese Dienstleistungen zugleich von einem namhaften Teil der Bevölkerung als störend empfunden werden könnten. Demnach greifen die Beschwerdeführerinnen zu kurz, wenn sie vorliegend auf die Bedürfnisse der Quartierbevölkerung sowie der Kunden der ansässigen Gewerbe und von Personen abstellen, die sich vornehmlich nachts im betroffenen Quartier aufhalten. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ein Grossteil dieses Bevölkerungssegments würde vorliegend Ladenöffnungszeiten zwischen 1 Uhr und 5 Uhr nachts wünschen. Sie legen indessen keine hinreichend aussagekräftigen (Vergleichs-)Zahlen vor, um dieses Bedürfnis - geschweige denn das Bedürfnis der hier tatsächlich relevanten Bevölkerung der Städte und Agglomerationen Zürich und Winterthur - hinlänglich nachzuweisen.

### **E. 6.2**

Aus der genannten Verordnungsbestimmung ergibt sich zudem, dass es sich bei den "besonderen Konsumbedürfnissen" um Waren oder Dienstleistungen handeln muss, deren Befriedigung nicht ohne Nachtarbeit (oder Sonntagsarbeit) möglich ist. Das ist bei einem herkömmlichen Warensortiment des Detailhandels gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts offensichtlich nicht der Fall (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.2.2). Es liegt auf der Hand, dass diese Waren auch während der ordentlichen Arbeitszeit erworben und für einen allfälligen nächtlichen Verbrauch zu Hause aufbewahrt oder von dort aus mitgenommen werden können. Wie das Instruktionsverfahren ergab, handelt es sich beim Sortiment der streitbezogenen Tankstellenshops weitgehend um ein herkömmliches Warensortiment des Detailhandels, dessen Verkauf daher nicht zwingend in der Nacht erfolgen muss. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen kann das besondere Konsumbedürfnis nicht aus den Umsatzzahlen in einzelnen Shops abgeleitet werden. Denn, wie oben dargelegt (E. 5.2), sind wirtschaftliche Argumente gerade nicht geeignet, Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Nachtarbeit zu begründen. Vielmehr muss das Vorhandensein eines wesentlichen Mangelempfindens beim Fehlen des entsprechenden Angebots sowie das öffentliche Interesse an jenem im Einzelfall nachgewiesen werden, was den Beschwerdeführerinnen vorliegend nicht gelungen ist.

### **E. 6.3**

Das Bestehen eines "besonderen Konsumbedürfnisses" im Sinne von Art. 28 Abs. 3 ArGV 1 ist daher vorliegend klar zu verneinen.

### **E. 7**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, eine durchgehende Öffnung des Shopbereichs bewirke mit Blick auf die bewilligungsfreie Nachtarbeit in der Tankstelle und im Bistro für das Personal keine Mehrarbeit und stelle insofern nur eine geringfügige Abweichung vom vorliegend noch relevanten Verbot der Nachtarbeit dar (Art. 28 ArG). Sie führen im Einzelnen aus, betroffen seien nur vier Nachtstunden. Der Nachtbetrieb des Shops hätte keine Mehrbeschäftigung von Personen während der Nacht zur Folge, da ohnehin zwei Angestellte auf der Station anwesend seien. Somit werde der Schutzgedanke des Nachtarbeitsverbots nicht unterlaufen. Die Einhaltung des nächtlichen Arbeitsverbotes im Shop wäre zudem mit ausserordentlichen organisatorischen Schwierigkeiten verbunden. Eine physische Abtrennung der betroffenen ("gesperrten") Produkte wäre nur mit erheblichem baulichem Aufwand machbar und nicht mit der für den Tagbetrieb erforderlichen Sortimentsanordnung vereinbar. Auch verstünden die Konsumenten im Falle der Abdeckung der fraglichen Produkte nicht, warum im Shop vorhandene und sichtbare Produkte trotz dem Betrieb der Tankstation nicht gekauft werden dürften. Das hätte zur Folge, dass das Personal unter Druck gesetzt würde.

### **E. 7.1**

Nach Art. 28 ArG ist die zuständige Behörde ermächtigt, in ihren Arbeitszeitbewilligungen ausnahmsweise geringfügige Abweichungen von den Vorschriften des Gesetzes oder einer Verordnung vorzusehen, soweit der Befolgung dieser Vorschriften ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen und das Einverständnis der Mehrheit der beteiligten Arbeitnehmer oder deren Vertretung im Betriebe vorliegt. Der Gesetzgeber hat mit den Umschreibungen «geringfügige Abweichungen von den Vorschriften» sowie «ausserordentliche Schwierigkeiten, die der Befolgung entgegenstehen» auch hier unbestimmte Rechtsbegriffe gewählt, bei deren Auslegung der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist (s. oben E. 5.1; vgl. Entscheid der Rekurskommission EVD [REKO/EVD] vom 2. April 2004 02/MB-104 E. 7 ff., veröffentlicht auf: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)). Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die fraglichen Abweichungen als geringfügig einzustufen sind und ob der Befolgung der Vorschriften, von denen abgewichen wird, ausserordentliche Schwierigkeiten entgegenstehen.

### **E. 7.2**

Was als "geringfügige Abweichung" von den hier interessierenden Vorschriften über die Arbeitszeit sowie als "ausserordentliche Schwierigkeit" zu gelten hat, wird weder im Gesetz oder den dazugehörigen Verordnungen noch in den Gesetzesmaterialien oder - soweit ersichtlich - im Schrifttum näher umschrieben (vgl. hinsichtlich der Rechtsprechung nachfolgend E. 7.3). In der Wegleitung der Vorinstanz zu Artikel 28 Arbeitsgesetz wird ausgeführt, die Frage, ob eine Abweichung von einer Vorschrift als geringfügig betrachtet werden könne, lasse sich nicht auf Grund einer abstrakten Formel beantworten. Viel mehr liege die Antwort im Ermessen der zuständigen Bewilligungsbehörde. Diese dürfe Art. 28 ArG nur mit aller Zurückhaltung anwenden. Massgebend sei neben dem Umfang der Abweichung auch die Dauer, für welche die Abweichung gewährt werden solle und der Umstand, dass die «Substanz» des Schutzgedankens, welcher der betreffenden Vorschrift zu Grunde liege, durch die Abweichung nicht verloren gehe. Die ausserordentlichen Schwierigkeiten dürften nicht das Ergebnis einer ungenügenden Organisation der betreffenden Arbeiten oder Arbeitsabläufe sein, sondern müssten sich aus Umständen ergeben, die objektiv dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen sind, wie etwa Fahrpläne öffentlicher Transportmittel, Abwesenheiten in Folge von Militärdienst oder

Krankheit etc. Des Weiteren werde vorausgesetzt, dass sie sich nicht auf andere Weise beheben liessen (vgl. WALTHER HUG, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, Artikel 28 ArG, Ziff. II.2. und II.3, S. 226). Solche objektive und anerkennungswürdige Schwierigkeiten könnten demnach betrieblicher Natur oder im Umfeld der Arbeitnehmer begründet sein.

### **E. 7.3**

Als geringfügige Abweichung wurde in der Praxis etwa die Vorverschiebung des Arbeitsbeginns von Schichtarbeitern um eine halbe Stunde von 5 Uhr auf 4 Uhr 30 eingeschätzt (Entscheid der REKO/EVD vom 6. September 2004 MB/2003-8). Eine auf den Bau von technologisch und qualitativ anspruchsvollen Komponenten, Baugruppen und Systemen spezialisierte Firma hatte in ihrer Beschwerde gegen die Ablehnung ihres Gesuchs geltend gemacht, es sei sehr schwierig, die benötigten qualifizierten Mitarbeiter zu beschäftigen, weshalb sie gezwungen sei, ein attraktives Schichtmodell anzubieten. Ohne das bereits seit einiger Zeit (entsprechend den zuvor geltenden gesetzlichen Bestimmungen) praktizierte Schichtmodell mit Beginn der Frühschicht um 4 Uhr 30 wäre es ihr in den vergangenen Jahren nicht möglich gewesen, alle Stellen dauernd zu besetzen, was letztlich zu einem Verlust von Arbeitsplätzen geführt hätte. Die Rekurskommission EVD bewilligte die beantragte Nacharbeit zur Aufnahme der Frühschicht um 4 Uhr 30. Sie hielt unter anderem fest, die Schwierigkeiten, die der Einhaltung der Vorschrift entgegen stünden, könnten sich letztendlich existenzbedrohend auswirken. Mit dem frühen Schichtbeginn und dem damit einhergehenden Ende der Abendschicht um 19 Uhr würden die familiären und gesellschaftlichen Bedürfnisse der Mitarbeiter hinreichend geschützt. Auch gesundheitliche Gründe sprächen nicht gegen die Vorverschiebung um eine halbe Stunde, zumal es keinen wissenschaftlich erhärteten Grund für die exakte Festlegung der Tagesgrenze auf 5 Uhr gebe (E. 4.1.4 und 4.2 des oben zitierten Entscheides). In einem Entscheid vom 2. April 2004 (MB/2002-104, veröffentlicht auf: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)) wies die Rekurskommission EVD die Beschwerde einer Gewerkschaft, welche sich gegen die Bewilligung eines Schichtplanes aufgrund von Art. 28 ArG richtete, ab. Der Schichtplan sah einige Abweichungen von den Bestimmungen des ArG und der ArGV 1 vor, welche insbesondere dazu dienten, den fast ausschliesslich aus Österreich stammenden Arbeitern nach je 9 Tagen Arbeit (wovon 3 Tage Nachtschicht, 3 Tage Nachmittagsschicht und 3 Tage Frühschicht) einen mehrtägigen Urlaub von ca. 4.5 Tagen zu ermöglichen. Für die schwierigen Arbeiten des Tunnelvortriebs hatten keine Arbeitnehmer aus der Schweiz rekrutiert werden können. Die Rekurskommission EVD führte aus, um ausländische Arbeitnehmer für längerfristige Einsätze in der Schweiz gewinnen zu können, müsse auf ihre besonderen Anreisezeiten und die sich daraus ergebenden Urlaubswünsche Rücksicht genommen werden. Die Schwierigkeit, unter gewissen Umständen kein Personal rekrutieren zu können oder dieses wiederum zu verlieren, sei für einen vertraglich gebundenen Tunnelbauer zweifellos als ausserordentlich gross zu bezeichnen. Diese Schwierigkeit lasse sich nur mit einer von den anwendbaren Regeln abweichenden Urlaubsgestaltung beheben. Um den Arbeitnehmern nach einem längeren Arbeitszyklus einen mehrtägigen Urlaub zu ermöglichen, werde dieser jeweils erst nach rund 7.5 statt - wie vorgeschrieben - nach 7 Tagen gewährt. Weiter werde die Ruhezeit in 12 Wochen 14-mal anstatt 12-mal auf 8 Stunden reduziert. Schliesslich müsse an einem Tag der Schichtfolge mehr als die erlaubten 9 Stunden gearbeitet werden. Es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diese Abweichungen als geringfügig erachtet habe, zumal sie mit längeren Ruhezeiten oder Urlauben kompensiert und die Vorschriften in ihrem weit überwiegenden Gehalt eingehalten würden. Als keine

geringfügige Abweichung wurde hingegen die Herabsetzung der Grenze der Tagesarbeit für Frauen von 6 Uhr auf 3 Uhr qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts vom 12. August 1994 E. 2b, teilweise veröffentlicht im Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1995, S. 247 ff.; vgl. OLIVIER SUBILIA (CORINNE MATHIEU), in Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), a.a.O., N. 5 zu Art. 28 ArG).

### **E. 7.3.1**

Die Beschwerdeführerinnen verlangen eine Arbeitszeitbewilligung zur Beschäftigung von Personal für vier zusätzliche Stunden in der Nacht an allen Wochentagen und für eine unbeschränkte Dauer, damit der 24-Stunden-Betrieb der Tankstellenshops, wie er bis anhin praktiziert wurde, aufrecht erhalten werden kann. Im Gegensatz zu den oben zitierten Fällen, in welchen die Abweichungen eine vergleichsweise kurze Zeitspanne betrug (eine halbe Stunde) oder nur vorübergehend vorgesehen waren und anhand sehr klar umschriebener Modalitäten der Arbeits- und Ruhezeiten auf die Bedürfnisse der ausländischen Arbeitnehmer zugeschnitten waren, um diesen im Endeffekt einen längeren zusammenhängenden Urlaub zu ermöglichen, ist die hier zu beurteilende Abweichung bedeutend. Sie umfasst mit 4 Stunden rund zwei Drittel der im Gesetz als Nachtarbeit umschriebenen Zeitspanne (vgl. vorne E. 3) und ist auf unbeschränkte Dauer vorgesehen. Insofern liegen in zeitlicher Hinsicht ähnliche Verhältnisse vor, wie sie mit der Vorverlegung des Arbeitsbeginns für Frauen von 6 Uhr auf 3 Uhr nachts bestanden, welche nicht mehr als geringfügige Abweichung qualifiziert wurde (vgl. die oben in E. 7.2 am Ende genannte Zitierung). Auch die hier streitige Abweichung vom grundsätzlichen Nachtarbeitsverbot kann daher nicht mehr als bloss geringfügig bezeichnet werden.

### **E. 7.3.2**

Die Abweichung vom Nachtarbeitsverbot in einer Konstellation wie der vorliegenden hätte zudem Folgen, die weit über den hier zu beurteilenden Einzelfall hinausgingen. Es ist nämlich anzunehmen, dass im Falle der Gewährung der verlangten Ausnahme auch andere Tankstellenshops in vergleichbarer Verkehrslage diesen offenbar lukrativen Zusatzverdienst anstreben und aus Gründen der Gleichbehandlung ebenfalls um eine solche Ausnahmegewilligung nachsuchen würden. Damit wäre über kurz oder lang eine Vielzahl von Personen von zusätzlicher Nachtarbeit betroffen.

### **E. 7.3.3**

Die Beschwerdeführerinnen machen "ausserordentliche Schwierigkeiten" im Sinne des Gesetzes geltend, weil sich die Shops organisatorisch kaum vom bewilligungsfrei geführten Geschäftsteil abtrennen liessen. Auch mit diesem Argument vermögen sie indessen nicht durchzudringen. Entgegen ihrer Auffassung ist es durchaus möglich, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um zu verhindern, dass die Aufmerksamkeit der Besucher der Kaffeebar auf das Warensortiment des Shops gelenkt wird. So könnten etwa mittels (mobilen) Trennwänden oder Schiebewänden, Paravents oder sonstigen Sichtblenden verschiedene, als voneinander getrennt empfundene bzw. nicht einsehbare Bereiche im Shop geschaffen werden. Der Umstand, dass die Trennung gemäss den Befürchtungen der Beschwerdeführerinnen eventuell mit einer Änderung der Sortimentsanordnung oder der Einrichtung mehrerer Kassen verbunden wäre, vermag für sich allein indessen keine ausserordentliche Schwierigkeit zu begründen. Festzuhalten ist vielmehr, dass es generell zumutbar und - wie andere Läden und Dienstleistungserbringer beweisen - auch praktikabel ist, betriebliche und marketingtechnische Überlegungen innerhalb der Rahmenbedingungen

des Gesetzes umzusetzen.

#### **E. 7.4**

Kann nach dem Gesagten vorliegend nicht mehr von einer geringfügigen Abweichung gesprochen werden und fehlt es an ausserordentlichen entgegenstehenden Schwierigkeiten, erweisen sich die Beschwerden auch in dieser Hinsicht als unbegründet. In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass es dem Richter verwehrt wäre, die in den vorstehenden Erwägungen dargestellten Ausnahmebestimmungen über den Sinn und Zweck des Gesetzes hinaus auszulegen (vgl. BGE 134 II 265 E. 5.5, übersetzt in Pra 98 [2009] Nr. 32, in Bezug auf Sonntagsarbeit in Tankstellenshops; BGE 126 II 106 E. 5a; Urteil des Bundesgerichts 2A.26/2005 vom 14. Juni 2005 E. 3.2.2, teilweise wiedergegeben in La Semaine Judiciaire [SJ] 2006 I S. 13). Ergäben sich deutliche Anzeichen für eine sich allmählich wandelnde Bedürfnislage und Rechtsauffassung, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, die entsprechenden Vorschriften anzupassen, wie dies übrigens kürzlich in Bezug auf Artikel 27 Abs. 1ter ArG (vgl. AS 2006 961 f., BBl 2004 1621 ff.) geschehen ist. Dies scheinen auch die Beschwerdeführerinnen nicht zu verkennen, wurden doch von ihnen bzw. von ihrer Dachorganisation bereits in diese Richtung Schritte unternommen, die bisher freilich nicht zu dem von den Beschwerdeführerinnen angestrebten Ziel führten (vgl. Beilagen 1 und 2 zur Beschwerdevernehmlassung der Vorinstanz). Damit muss es zur Zeit sein Bewenden haben.

#### **E. 8**

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Verbot der Beschäftigung von Personal im Tankstellenshop zwischen 1 Uhr und 5 Uhr nachts sei unverhältnismässig; es erweise sich bei richtiger Betrachtung als nicht geeignet, den mit dem Gesetz angestrebten Schutzgedanken zu verwirklichen. Aus Sicherheitsgründen müssten stets mindestens zwei Angestellte auf der Station anwesend sein. Aus diesem Grund bewirke der Nachtbetrieb des Shops neben Tankstelle und Bistro keine Mehrbeschäftigung von Personal während der Nacht. Zudem würden Kunden, welche den Shop nicht benutzen könnten, möglicherweise verärgert reagieren, was negative Auswirkungen für das Personal mit sich bringen könne.

##### **E. 8.1**

Der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine Massnahme geeignet ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, und sich zudem im Hinblick auf die Zweck-Mittel-Relation erforderlich und angemessen erweist (BGE 131 I 91 E. 3.3, BGE 130 II 425 E. 5.2). Ungeeignet ist eine Massnahme dann, wenn sie am Ziel vorbeischießt, d.h. keinerlei Wirkungen im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet. Zu prüfen ist also die Zwecktauglichkeit einer Massnahme (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 587, mit Hinweisen; RENÉ A. RHINOW/BEAT KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 58 IVa, S. 180; BGE 130 I 140 E. 5.3.6).

##### **E. 8.2**

Die Vorinstanz verweist bezüglich des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auf BGE 134 II 265 E. 7.

##### **E. 8.2.1**

In BGE 134 II 265 war zu beurteilen, ob eine Tankstation im Kanton Genf an einem Hauptverkehrsweg liege und demgemäss als "Betrieb für Reisende" im Sinne von Art. 26

ArGV 2 bewilligungsfrei Personal für die Bedienung des Tankstellenshops am Sonntag beschäftigen dürfe. Das Bundesgericht verneinte dies. Es führte aus, gemäss der Argumentation der (damaligen) Beschwerdeführerin verlange das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass das Personal, welches ohnehin für die Bedienung der Tankstelle anwesend sei, auch für den sonntäglichen Verkauf der Waren im Tankstellenshop beschäftigt werden dürfe, obwohl der Shop kein Betrieb für Reisende sei. Dieser Argumentation sei nicht zu folgen, denn damit würden die Tankstationen auf generelle Art und Weise von den Anforderungen von Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 befreit. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen lassen sich die vom Bundesgericht in BGE 134 II 265 angeführten Überlegungen sehr wohl auf den hier zu beurteilenden Fall übertragen. Auch vorliegend wären nämlich die Shops in Tankstationen generell von der Einhaltung des Nachtarbeitsverbots befreit, würde man der Auffassung der Beschwerdeführerinnen zustimmen, wonach das Verbot der nächtlichen Beschäftigung des ohnehin anwesenden Personals im Shopteil unverhältnismässig sei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird das Verhältnismässigkeitsprinzip in einer Konstellation wie der hier zu beurteilenden durch die Nichterteilung der Nachtarbeitsbewilligung somit nicht verletzt.

#### **E. 8.2.2**

An dieser Stelle ist freilich auf den Umstand hinzuweisen, dass es die Vorinstanz im vorliegenden Fall - soweit aus den Akten ersichtlich - unterliess zu prüfen, ob die fraglichen Tankstellen überhaupt an einem Hauptverkehrsweg mit starkem Reiseverkehr liegen, und ob das Warenangebot ihrer Shops nach Art und Umfang auf die Bedürfnisse der Reisenden zugeschnitten ist. Diese Frage ist, wie der vorstehend zitierte BGE zeigt, nicht ohne Belang. Sie bildet indessen - wie bereits in Erwägung 3.2.5 dargetan - nicht Streitgegenstand in diesem Verfahren und ist, erweist sich die Beschwerden aus anderen Gründen als unbegründet, im vorliegenden Zusammenhang auch nicht vorfrageweise zu prüfen.

#### **E. 8.3**

Wie bereits vorstehend dargelegt (E. 7.3.2), würde das Erteilen der gewünschten Bewilligung für die durchgehende Beschäftigung von Personal in den Tankstellenshops der Beschwerdeführerinnen dazu führen, dass schweizweit auch andere Tankstationen (und in der Folge wohl auch andere Detaillisten) in vergleichbaren Verkehrslagen um solche Bewilligungen ersuchen würden. Somit hätte die Gutheissung der vorliegenden Beschwerden zur Folge, dass gesamthaft in möglicherweise erheblichem Umfang mehr Nachtarbeit verrichtet würde. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen ist das Verbot der nächtlichen Beschäftigung von Personal im Tankstellenshop somit sehr wohl geeignet, den angestrebten Zweck und den Schutzgedanken des Gesetzes, welches die Nachtarbeit grundsätzlich verbietet, zu erfüllen. Die Zwecktauglichkeit des Verbots ist somit gegeben.

#### **E. 8.4**

Was die Befürchtungen der Beschwerdeführerinnen hinsichtlich negativer Kundenreaktionen sowie hinsichtlich weiterer nachteiliger Auswirkungen auf die Sicherheit anbelangt, ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die Gewährung der Sicherheit Pflicht der Arbeitgeberin ist. Diese hat mittels geeigneter, sich im Rahmen des Gesetzes bewegender Massnahmen dafür zu sorgen, dass das in der Nacht für die Bedienung der Tankstelle und des gastgewerblichen Teils der Tankstation angestellte Personal umfassend

vor Übergriffen aller Art geschützt ist.

#### **E. 8.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz mit ihren Entscheiden auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt hat. Die angefochtenen Entscheide erweisen sich daher insgesamt als bundesrechtskonform.

#### **E. 9**

Nach dem Gesagten sind die Entscheide der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach die Beschäftigung von Personal für den Betrieb der Tankstellenshops der Beschwerdeführerinnen in der Nacht zwischen 1 Uhr und 5 Uhr nicht bewilligt wird. Die Beschwerden sind somit als unbegründet abzuweisen.

#### **E. 10**

Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VKGE, SR 173.320.2]). Diese sind auf insgesamt Fr. 3000.- festzusetzen und werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen von gesamthaft Fr. 3000.- verrechnet. Eine Parteientschädigung wird nicht gesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

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