

Rechtsgutachten der Universität Neuenburg

Entwurf zur Änderung von Art. 25 ArGV 2 zum Arbeitsgesetz

Centre d'études des relations de travail: Prof. Jean-Philippe Dunand und Prof. Pascal Mahon, im Auftrag der Gewerkschaft Unia. Übersetzung aus dem Französischen.

I.	Einleitung: Auftrag, Inhalt und Rahmen des Rechtsgutachtens.....	2
II.	Gesetzesdelegation.....	3
A.	Allgemeines.....	3
1.	Klassische Auffassung.....	3
2.	Neue Auffassung gemäss Art. 164 der Bundesverfassung vom 18. April 1999.....	4
B.	Gesetzesdelegation gemäss ArG.....	7
III.	Das ArG und die ArGV 2.....	7
A.	Entwurf zur Revision von Art. 25 ArGV 2.....	7
B.	Überprüfung der Vereinbarkeit der Änderung von Art. 25 ArGV 2 i.V. mit Art. 27 ArG	8
1.	Grundsatz: Verbot der Sonntagsarbeit.....	9
2.	Ausnahme: Art. 27 ArG und ArGV 2.....	10
3.	Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG sowie insbesondere Art. 25 ArGV 2.....	11
4.	Geltungsbereich der Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG und Art. 25 ArGV 2..	12
C.	Änderung von Art. 25 ArGV 2: Eingriff in den Wettbewerb?.....	15
IV.	Fazit und Zusammenfassung der Schlussfolgerungen.....	16

I. Einleitung: Auftrag, Inhalt und Rahmen des Rechtsgutachtens

Die Gewerkschaft Unia hat die Unterzeichneten mit Schreiben vom 17. September 2013 um eine Begutachtung betreffend die Änderung von Art. 25 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000¹ ersucht.

Die Unterzeichneten haben den Auftrag angenommen und Dezember 2013 als Abgabetermin vereinbart.

Das Seco hat im November 2013 einen Entwurf zur Änderung von Art. 25 ArGV 2 in die Vernehmlassung geschickt, nachdem die eidgenössischen Räte den Bundesrat infolge der Motion Abate (12.3791) mit der Umsetzung dieser Motion beauftragt haben. Der Entwurf ist mit einem erläuternden Bericht ergänzt².

Die Änderung von Art. 25 ArGV 2 soll den Erfordernissen des modernen Fremdenverkehrs gerechter werden. Shopping gehört zu den wichtigsten Gründen für eine Reise in die Schweiz; den geänderten Bedürfnissen des Tourismus soll damit Rechnung getragen werden. Gemäss dem Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 25. Februar 2013 gibt es "Fremdenverkehrsgebiete" im Sinne von Art. 25 ArGV 2 so nicht mehr. Heute sind Fremdenverkehrsgebiete nicht mehr wohldefinierte "Orte", sondern funktionale Wirtschaftsräume. Der Fremdenverkehr in der Schweiz weist daher keine einzelnen, klar definierten Regionen aus. Schliesslich gilt das traditionelle Konzept der "Saison" nicht mehr, wobei die Nachfrage nach Shopping-Angeboten über das Jahr hinweg relativ konstant bleibt³. Einkaufszentren, die die Bedürfnisse des internationalen Tourismus abdecken, sollten unter bestimmten Voraussetzungen ganzjährig keine Bewilligung für Sonntagsarbeit beantragen müssen.

Bereits heute dürfen zwei Einkaufszentren ihre Läden am Sonntag offenhalten: es handelt sich um das Einkaufszentrum Foxtown in Mendrisio und das Designer Outlet Landquart in Graubünden. Die vorgesehene Änderung würde es anderen Einkaufszentren ermöglichen, am Sonntag offen zu haben. Das vorliegende Gutachten soll klären, ob die geplante Änderung mit Aufnahme der Absätze 3 und 4 in Art. 25 ArGV 2 auf dem Verordnungsweg durchführbar ist, oder ob es vielmehr einer Änderung des

¹ SR 822.112 (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppe von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, ArGV 2).

² Seco, Erläuternder Bericht, Änderung von Artikel 25 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) vom November 2013.

³ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben vom 25. Februar 2013 betreffend die Motion 12.3791.

Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 bedarf⁴.

Eingangs wird dieses Gutachten, das Prinzip der Gesetzesdelegation im schweizerischen Recht darlegen (Ziff. II A), unter Berücksichtigung der Besonderheiten des ArG (Ziff. II B), und die Änderungsvorschläge zu Art. 25 ArGV 2 erläutern (Ziff. III A). In einem nächsten Schritt wird dann die Rechtmässigkeit der beabsichtigten Änderungen in den Art. 27 ArG und Art. 25 ArGV 2 geprüft (Ziff. III B) sowie deren Vereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit (Ziff. III C). Das Gutachten wird mit einer Schlussfolgerung enden, die die wichtigsten Elemente nochmals zusammenfasst (Ziff. IV).

II. Gesetzesdelegation

A. Allgemeines

1. Klassische Auffassung

Ausgehend vom Grundsatz der Gewaltenteilung hat das Parlament nach der traditionellen Auffassung der gesetzgeberischen Tätigkeit eine Art gesetzgeberisches „Monopol“. Das Parlament hat damit ein „Exklusivrecht“ rechtliche Bestimmungen zu erlassen. Dieses Recht gilt ganz grundlegend für die primären Regelungen, so dass die Exekutive nur noch die zweitrangigen Bestimmungen erlassen kann, die letztendlich nur dem Vollzug dienen.

Das Parlament kann allerdings gestützt auf die Gesetzesdelegation einen Teil seiner Gesetzgebungskompetenz an die Exekutive delegieren. Nach der klassischen Auffassung ist die Delegation ein Akt mittels welchem der Gesetzgeber einer untergeordneten Behörde – i.d.R. der Exekutive – die Befugnis einräumt, selber (fakultativ oder zwingend) Gesetze zu erlassen, obwohl diese Aufgabe eigentlich der Legislative zukommen würde⁵. Dieser Grundsatz erlaubt es dem Parlament unter gewissen Bedingungen, seine (primären) Gesetzgebungskompetenzen zu delegieren. Es sind insgesamt vier Voraussetzungen, die es bei der Gesetzesdelegation zu berücksichtigen gilt⁶. Diese vier Kriterien wurden von der Rechtsprechung für die Gesetzesdelegation an die Kantone entwickelt. Sie lassen sich jedoch in Analogie auch auf Bundesebene anwenden. Als erstes darf die Delegation nicht von der Bundesverfassung ausgeschlossen sein. Die Delegationsnorm muss sodann in

⁴ SR 822.11 (Arbeitsgesetz, ArG).

⁵ Siehe dazu Jean-François Aubert in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 36 zu Art. 164 BV.

⁶ Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse Volume I L'Etat, 2te Auflage, Bern 2006, N 1556ff .

einem Gesetz im formellen Sinne enthalten sein. Die dritte Voraussetzung ist, dass der Gegenstand der Delegation klar definiert ist. Und schliesslich muss die Delegation die Grundzüge der zu delegierenden Norm enthalten. Sie darf keine Blankovollmacht darstellen, die dem Delegierten „carte blanche“ geben würde und ihm jede Regelung ermöglichen würde. Es ist deshalb unerlässlich, dass das Gesetz im formellen Sinne im Wesentlichen Angaben über den Gegenstand, die Tragweite sowie die Grenzen der Delegation enthält. Ferner muss es die Grundzüge der anzuwendenden Regelung selber enthalten⁷.

Die hier kurz skizzierte Gesetzesdelegation ist dem schweizerischen Recht seit langem bekannt, dies obwohl sie nicht in der Bundesverfassung von 1874 verankert ist, gilt sie als von der Rechtsprechung entwickeltes, ungeschriebenes Verfassungsrecht.

2. Neue Auffassung gemäss Art. 164 der Bundesverfassung vom 18. April 1999⁸

Die Gesetzesdelegation wurde im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999 im Auftrag der beiden Kammern durch die Expertenkommission von Georg Müller einer Überprüfung unterzogen. Anlässlich dieser Überprüfung wurden das Gesetzgebungsmonopol des Parlaments sowie damit einhergehend die Gesetzesdelegation in Frage gestellt. Eine neue Konzeption der gesetzgeberischen Kompetenzen wurde vorgestellt: es sei ausschliesslich Aufgabe des Parlaments nur die wichtigen Regelungen in einem Gesetz im formellen Sinn festzuhalten; parallel dazu müsste sich das Parlament aus der Verantwortung zum Erlass der „niedrigeren“ Regeln entlassen oder aus dieser Verantwortung enthoben werden. Die Exekutive hätte nach dieser Auffassung eine eigene Gesetzgebungsbefugnis – ohne ausdrückliche Gesetzesdelegation – für sämtliche Regelungen einer unteren Normenhierarchie, die sie selber erlassen könnte⁹.

Ausgehend von dieser neuen Konzeption, wäre die Gesetzesdelegation im oben skizzierten Sinne nicht mehr notwendig: entweder das Parlament geht von der Wichtigkeit einer zu regelnden Materie aus und dann muss es selber legislieren oder es erachtet eine Materie als weniger wichtig und bezeichnet den Bundesrat (und erklärt den Bereich somit als wenig wichtig) als zuständiges Gesetzgebungsorgan oder es äussert sich gar nicht zu dieser Frage, so dass hier implizit die Zuständigkeit dem Bundesrat zugewiesen wird¹⁰. In diesem

⁷ Auer/Malinverni/Hottelier, a.a.O. (N. 6), N1560,

⁸ SR 101 (BV).

⁹ S.a. den Bericht der Expertenkommission (in Note 3), BBI 1996 II 413.

¹⁰ Ebenda.

Sinne ist die *Wichtigkeit* einer Regelung das massgebende Element. Es handelt sich hier um ein materielles Kriterium¹¹.

Der Verfassungsgeber resp. die beiden Kammern haben mit der Totalrevision der neuen Bundesverfassung von 1999 diese neue Konzeption in der Gesetzgebung mit dem folgenden Wortlaut in Art. 164 zum Ausdruck gebracht:

„Art. 164 Gesetzgebung

1 Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über

- a. die Ausübung der politischen Rechte;*
- b. die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte;*
- c. die Rechte und Pflichten von Personen;*
- d. den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;*
- e. die Aufgaben und Leistungen des Bundes;*
- f. die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;*
- g. die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.*

2 Rechtsetzungsbefugnisse können durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen ist.“

Es kann mithin festgehalten werden, dass das Kriterium der „Wichtigkeit“ sehr wohl in diesem Artikel Eingang gefunden hat. Allerdings sind hier Unklarheiten vorhanden, die zu Schwierigkeiten bei der Auslegung dieser Bestimmung führen. Der Verfassungsgeber hat seine neue Auffassung nämlich nicht vollends durchgezogen, da er in Absatz 2 das Prinzip der Gesetzesdelegation beibehalten hat. Absatz 1 bezieht sich folglich nicht nur auf die „wichtigen“ Bestimmungen, sondern auch auf die „grundlegenden“ Bestimmungen. Letztere dürften daher der Kategorie der wichtigen Bestimmungen angehören. Aufgrund einer ersten Einschätzung kann gefolgert werden, dass sowohl die grundlegenden Bestimmungen sowie jene Bestimmungen, die ohne grundlegend zu sein, wichtig sind, in einem formellen Gesetz verankert sein müssen. Dessen ungeachtet können „unwichtige“ Bestimmungen ebenfalls in

¹¹ Rapport der Expertenkommission (Note 6), BBl II 413.

einem Gesetz verankert werden, dies ist aber nicht zwingend¹². Art. 164 BV definiert nicht, was als wichtig und was als nicht wichtig einzustufen ist. Mit den Worten von Prof. Jean-François Aubert¹³ ausgedrückt: „es ist zu befürchten, dass die Bundesversammlung und das Bundesgericht sich mit Art. 164 in einer ähnlichen Situation befinden dürften wie vorher, als es diese Bestimmung noch nicht gab“; so dass die vier Voraussetzungen für die Gesetzesdelegation deshalb weiterhin anwendbar wären.

Es ist in erster Linie die Tragweite von Absatz 2, der es an Klarheit fehlt. Die Bundesverfassung kann nicht einerseits zwingend ein Gesetz im formellen Sinne für alle wichtigen Bestimmungen vorschreiben und andererseits den Gesetzgeber ermächtigen, den Erlass solch wichtiger Bestimmungen zu delegieren¹⁴. Dieser Absatz sieht vor, dass keine Delegation möglich ist, sofern die Bundesverfassung sie ausschliesst. Er erwähnt jedoch nicht, ob sich dieser Ausschluss auf alle wichtigen Bestimmungen bezieht oder aber ausschliesslich für die grundlegenden Normen gilt. Die erste Annahme wäre, dass der Gesetzgeber alle wichtigen Bestimmungen erlässt, so dass die anderen Bestimmungen in die Kompetenz des Bundesrates fallen würden. Eine ausdrückliche Delegation würde sich damit erübrigen, da die „übrigen Bestimmungen“ eben nicht wichtig wären. Die zweite Annahme wäre, dass der Gesetzgeber nur die grundlegenden Bestimmungen erlässt und an den Bundesrat die Kompetenz delegiert, jene Normen zu erlassen, die zwar wichtig sind, ohne jedoch grundlegender Natur zu sein. Die grundlegenden Normen befinden sich in einem Gesetz im formellen Sinne, so dass damit der Rahmen der Delegation abgesteckt wäre¹⁵. Nach Aubert¹⁶ wäre dieser zweiten Annahme der Vorrang zu geben, allerdings trägt sie den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur Gesetzesdelegation im kantonalen Recht keineswegs Rechnung.

Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass der Begriff der Gesetzesdelegation mit Art. 164 BV keine grundlegende Änderung erfahren hat. Im Hinblick auf die wichtigen, aber nicht grundlegenden Bestimmungen ist unklar, wem die Kompetenz zur Gesetzgebung zukommt. Es empfiehlt sich deshalb, sich auf die vier Voraussetzungen zu stützen, die die Rechtsprechung zur Gesetzesdelegation im kantonalen Recht entwickelt hat.

¹² Jean-François Aubert, Regards sur la nouvelle Constitution fédérale, Plädoyer 5/99, S. 41-47, N. 17.

¹³ Ebenda.

¹⁴ Georg Müller, Rechtssetzung und Staatsverträge, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Schweizerisches Verfassungsrecht, Zürich 2001, Par. 70 N. 36.

¹⁵ Aubert, a.a.O. (in FN 12), N. 18.

¹⁶ Ebenda.

Das vorliegende Rechtsgutachten wird insbesondere die vierte dieser Voraussetzungen prüfen. Es geht somit um die Frage, ob die Delegation gültig erfolgt ist, weil ein Bundesgesetz den Gegenstand, die Tragweite und die Grenzen der Delegation enthält und dieses Gesetz im formellen Sinne sodann in grossen Linien die zu regelnde Materie festlegt.

B. Die Gesetzesdelegation gemäss ArG

Das ArG sieht zahlreiche Konstellationen vor, wo der Bundesrat ergänzende Bestimmungen auf dem Verordnungsweg zu erlassen hat. Bei der Ausarbeitung des ArGs hat sich der Gesetzgeber von der klassischen Auffassung der Gesetzesdelegation leiten lassen, da es vor dem Inkrafttreten der Bundesverfassung aus dem Jahre 1999 entstanden ist. In diesem Sinne hält der Bundesrat in der Botschaft zum ArG¹⁷ fest, dass „alle grundlegenden Regelungen, die sich an Privatpersonen richten, im Arbeitsgesetz enthalten sein müssen. Einzig die Regelung der Einzelheiten von untergeordneter Bedeutung können auf Verordnungsebene festgelegt werden“. Die Botschaft hält sodann fest, dass der Arbeitsschutz ein wichtiges Gebiet ist. Der Verordnungsweg stellt ein einfaches und rasches Instrumentarium dar, um auf die verschiedenen Bedürfnissen zu reagieren¹⁸. Zugegebenermassen geht das ArG deshalb von einem eher weiten Begriff der Gesetzesdelegation – weiter als in anderen Gebieten - zugunsten des Bundesrates aus. Es soll und darf sich dabei aber nicht um eine Blankovollmacht handeln. Es bedarf vielmehr für jede durch das Gesetz geregelte Materie, einer Präzisierung, ob es weitergehender Ausführungsbestimmungen auf dem Verordnungsweg bedarf; das Gesetz muss sodann die wesentlichen Grundsätze festlegen, die die Verordnung einhalten muss. Dies war die vom Bundesrat in der Botschaft zum ArG vertretene Auffassung¹⁹.

III. Das ArG und die ArGV 2

A. Entwurf zur Revision von Art. 25 ArGV 2

Das vorliegende Rechtsgutachten wird sich nun mit der Revision von Art. 25 ArGV 2 und der Notwendigkeit der Anpassung an die Bedürfnisse des modernen Tourismus Sektors befassen. Durch die Ergänzung von Art. 25 ArGV 2 soll den Bedürfnissen des Einkaufstourismus Rechnung getragen werden: Shopping gehört zu den wichtigsten

¹⁷ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 909.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ Ebenda.

Gründen für eine Reise in die Schweiz. Laut dem Seco-Bericht²⁰ „hat sich der internationale Fremdenverkehr [seit Inkrafttreten des ArG] stark gewandelt und mit den neuen Kundengruppen sind auch neue Bedürfnisse des internationalen Fremdenverkehrs entstanden, die nicht mehr so eng wie früher an die Hotellerie oder an die Bedeutung der Saison geknüpft sind“.

Mit der Revision soll Art. 25 ArGV 2 um zwei neue Absätze ergänzt werden, so dass inskünftig auch gewisse Einkaufszentren von den Ausnahmen des ArG profitieren können. Art. 25 Abs. 3 E-ArGV 2 bezeichnet die Sonderbestimmungen der Verordnung 2, die eine Abweichung vom Arbeitsgesetz zulassen. Art. 25 Abs. 4 E-ArGV 2 legt das Verfahren und die Kriterien fest, damit ein Einkaufszentrum unter die Sonderbestimmungen fällt.

Art. 25 Abs. 3 E-ArGV 2 sieht vor, dass Einkaufszentren, die den Bedürfnissen des internationalen Fremdenverkehrs dienen, während des ganzen Jahres am Sonntag ohne Bewilligung Arbeitnehmende beschäftigen dürfen. Zudem dürfen die mindestens 26 frei zu gewährenden Sonntage pro Kalenderjahr unregelmässig auf das Jahr verteilt werden, jedoch ist im Zeitraum eines Kalenderquartals mindestens ein freier Sonntag zu gewähren (in Anwendung von Art. 12 Abs. 1 ArGV2). Die neue Regelung in Abs. 3 findet lediglich auf Einkaufszentren und nicht auf Einzelhandelsbetriebe Anwendung.

Art. 25 Abs. 4 E-ArGV 2 sieht vor, dass das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) auf Antrag der Kantone die Einkaufszentren gemäss Abs. 3 festlegt. Die Einkaufszentren müssen die folgenden Kriterien erfüllen, um von der Bewilligungspflicht befreit zu werden:

- das Warenangebot muss auf den internationalen Fremdenverkehr ausgerichtet sein und bei den angebotenen Waren muss es sich vorwiegend um Luxusgüter handeln;
- sowohl der Umsatz des fraglichen Einkaufszentrums als Ganzes wie auch der Mehrheit der sich darin befindenden Geschäfte muss mit internationaler Kundschaft erwirtschaftet werden;
- das Einkaufszentrum muss sich in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Absatz 2 oder in einer Entfernung von höchstens 10 Kilometern zur Schweizer Grenze befinden.

²⁰ Seco, Erläuternder Bericht - Änderung von Artikel 25 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) vom November 2013, S. 2.

Gemäss Seco²¹ ist die Liste in Art. 27 Abs. 2 ArG nicht abschliessend. Der Bundesrat kann somit auch neuen Bedürfnissen in der ArGV 2 Rechnung tragen. Das Seco ist der Ansicht, dass sich die vorliegende Änderung im Rahmen der Delegationsnorm von Art. 27 ArG bewegt.

B. Überprüfung der Vereinbarkeit der Änderung von Art. 25 ArGV 2 i.V. mit Art. 27 ArG

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens und des nachfolgenden Abschnitts ist die Prüfung der Vereinbarkeit der geplanten Änderung mit Art. 27 ArG unter Berücksichtigung der vorgängig skizzierten Ausführungen betreffend die Theorie zur Gesetzesdelegation im Allgemeinen sowie unter besonderer Berücksichtigung, der an diese Art von Delegation gestellten Anforderungen gemäss Arbeitsgesetz.

1. Grundsatz: Verbot der Sonntagsarbeit

Das Verbot der Sonntagsarbeit ist im ArG, namentlich in Art. 18 Abs. 1 ArG verankert. Das Bundesgericht erachtet das Sonntagsarbeitsverbot als wichtigen Bestandteil des Arbeitnehmerschutzes: „Obwohl die Sonntagsarbeit keinen direkten Einfluss auf die Gesundheit hat, sind ihre gesellschaftlichen und kulturellen Auswirkungen beträchtlich. Der Sonntag stellt in der christlichen Tradition einen heiligen Tag dar und er hat diese Bedeutung weiterhin für einen Teil der Bevölkerung. Noch wichtiger ist jedoch die Institutionalisierung eines freien Tages für alle, der allen Personen, unter ständigem Druck in der Arbeitswelt, Ruhe und Erholung ausserhalb des Alltags ermöglicht. Der Sonntag gibt eine innere Ruhe, die ohne äussere Ruhe nicht möglich wäre. Gemeinsame Freizeit ermöglicht in grossem Ausmass die Pflege der Kontakte und die Kommunikation inner- und ausserhalb der Familie. Dies wäre jedoch mit individueller Freizeitgestaltung während der Woche nicht möglich (BGE 116 Ib 284 Erw. 4a S. 288). Dies lässt sich auch der Botschaft zur Änderung des Arbeitsgesetzes vom 30. September 1960 entnehmen (BBl 1960 II 885 S. 956). Der Gesetzgeber ist bei der Sonntagsarbeit noch restriktiver als bei der Nacharbeit; einerseits aufgrund des sakralen Charakters des Sonntags und andererseits aus Rücksichtnahme auf das Familienleben“²². Das Bundesgericht hat 2003 festgehalten, dass seine Rechtsprechung nichts an Aktualität eingebüsst hat, auch wenn sie zwanzig Jahre alt ist²³.

²¹ Seco, vorerwähnter Bericht (FN 20), S. 1-2.

²² BGE 120 Ib 333, c. 3a.

²³ BGE 2A.166/2003 vom 7. August 2003, c.2.

Das Verbot der Sonntagsarbeit stellt zwar einen grundlegenden Pfeiler des ArG dar, kann aber keine absolute Gültigkeit beanspruchen. Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot bleiben daher möglich und sind bewilligungspflichtig (Art. 19 ArG). Die Voraussetzungen für den Erhalt solcher Ausnahmegewilligungen sind in Art. 27 und 28 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000²⁴ geregelt.

2. **Ausnahme: Art. 27 ArG und ArGV 2**

Art. 18 ArG enthält den Grundsatz, wonach Sonntagsarbeit verboten ist. Art. 19 ArG sieht Ausnahmen vor, die einer Bewilligung bedürfen und Art. 27 Abs. 1 ArG sieht vor, dass bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise in casu vom Verbot der Sonntagsarbeit ausgenommen werden dürfen und dafür gewissen Sonderbestimmungen unterstellt werden können, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist.

Art. 40 Abs. 1 Bst. a ArG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Verordnungsbestimmungen in den vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen. Der Bundesrat kann gestützt auf diese Bestimmung Substitutionsverordnungen erlassen, welche Verordnungen entweder ergänzen oder die geltende gesetzliche Regelung abändern und rechtliche Bestimmungen enthalten²⁵. Es handelt sich somit nicht um simple Vollzugsverordnungen, die lediglich der Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen oder der Präzisierung der praktischen Handhabung in der Anwendung dienen sollen²⁶.

Art. 27 ArG ist eine dieser Konstellationen, die es dem Bundesrat erlauben, Spezialbestimmungen auf dem Verordnungsweg zu erlassen. Die Exekutive hat von der Delegation dieser Kompetenz mit dem Erlass der ArGV 2 Gebrauch gemacht. Die ArGV 2 regelt sodann, in welchem Rahmen Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen in Sachen Arbeitsdauer und Ruhezeit möglich sind.

Die ArGV 2 regelt namentlich die Ausnahmen zum Verbot der Sonntagsarbeit und insbesondere zur Verpflichtung der Einholung einer entsprechenden Bewilligung. Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 sieht sodann vor, dass der Arbeitgeber, die Arbeitnehmenden ohne behördliche Bewilligung ganz oder teilweise beschäftigen kann.

²⁴ SR 822.111 (ArGV 1).

²⁵ Walter Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, N. 7, 8 und 14 zu Art. 40. Betreffend den Begriff der Substitutionsverordnung siehe Auer/Malinverni/Hottelier, a.a.O. (FN 6), N. 1554ff.

²⁶ Auer/Malinverni/Hottelier, a.a.O., (FN 6), N. 1550.

Laut dem Seco sind Sonderbestimmungen nur zu erlassen, wenn und soweit dies mit Rücksicht auf die besondere Situation einer Branche unumgänglich ist. Damit ist auch gesagt, dass die Verordnung 2 nicht auf Einzelfälle zugeschnitten ist, sondern auf berufsgruppen- oder branchenspezifische Bedürfnisse²⁷.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit eine Ausnahme bleiben müssen und Art. 27 Abs. 1 ArG nur zur Anwendung gelangen darf, wenn es die besondere Situation einer Branche oder der betroffenen Arbeitnehmenden unumgänglich macht. Es geht sich folglich nicht an, bestimmte Unternehmen zum Nachteil anderer Unternehmen zu begünstigen.

3. **Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG sowie insbesondere Art. 25 ArGV 2**

Art. 27 Abs. 2 ArG enthält eine beispielhafte Auflistung bestimmter Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern für die in ArGV 2 Sonderbestimmungen erlassen werden können. Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG sieht diese Möglichkeit „für Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs oder der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen“ vor.

Laut der Botschaft²⁸ fallen unter die „Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs oder der landwirtschaftlichen Bevölkerung dienen“ gemäss Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG „in erster Linie die Ladengeschäfte in ländlichen Gebieten oder Fremdenverkehrsgebieten, die am Abend oder am Sonntag während gewisser Zeit offen halten müssen. Als Fremdenverkehrsgebiete sind Regionen und Ortschaften zu betrachten, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildet und in denen der Fremdenverkehr zudem einen typischen Saisoncharakter aufweist [...]“.

Der Bundesrat stützt sich bei der Änderung von Art. 25 ArGV 2 auf Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG und betitelt diese Änderung mit „Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten“. Er sieht die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 für den ganzen Sonntag sowie die Anwendung der Art. 8 Abs. 1 sowie der Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2) für Betriebe, die während der Saison in Fremdenverkehrsgebieten tätig sind und den spezifischen Bedürfnissen der Touristen entsprechen. Die Anwendung dieser Bestimmungen bezieht sich ebenfalls auf die Arbeitnehmenden, die von den Betrieben für die Dienste an diesen Kunden eingesetzt werden. Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sind Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2).

²⁷ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, Bern 2001, 027-1 (November 2006).

²⁸ Botschaft, BBl 1960 II 909, S. 983.

Betriebe, die die Voraussetzungen von Art. 25 ArGV 2 erfüllen, gelangen somit in den Genuss der Sonderbestimmungen von Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 und können folglich ohne eine behördliche Genehmigung Arbeitnehmende ganz oder nur teilweise am Sonntag beschäftigen.

4. **Geltungsbereich der Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG und Art. 25 ArGV 2**

Aus der Botschaft und Art. 25 ArGV 2 lässt sich entnehmen, dass Ausnahmen von einer Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit nur während der Saison statthaft sind. Ferner gelangt diese Sonderbestimmung nur auf Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten zur Anwendung, die der Befriedigung der spezifischen Bedürfnisse der Touristen dienen.

Das Seco²⁹ hat den Begriff des „Fremdenverkehrsgebiets“ selber definiert als sachlich bzw. territorial umfassende Ortschaften oder Gebiete, für die der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist. Folgende Kriterien müssen zusätzlich erfüllt sein: die Örtlichkeiten werden von Touristen besucht; die Wichtigkeit des Tourismus ist für den Ort bzw. das Gebiet von wesentlicher volkswirtschaftlicher Bedeutung (das Bruttosozialprodukt einer Ortschaft oder einer ganzen Region wird also zu einem bedeutenden Teil durch die Tourismusbranche erwirtschaftet); der Zustrom an Touristen unterliegt deutlichen saisonalen Schwankungen; die spezifischen Beweggründe der Touristen (Erholung, Entspannung, Unterhaltung, sportliche Betätigung, kulturelle oder künstlerische Inspiration). Hervorzuheben ist, dass selbst das Seco den Einkaufstourismus ausschliesst und diesbezüglich festhält, dass „der Einkaufstourismus nicht dieser Definition entspricht, denn letztlich dient er nicht einem dieser Zwecke, sondern dem Kauf bestimmter Waren“³⁰.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³¹ betreffend die „spezifischen Bedürfnissen des Tourismus“ handelt es sich dabei um „grundlegende menschliche Bedürfnisse (wie Nahrung und Getränke), die die Touristen – genauso wie die Bewohner anderer Orte - auch befriedigen müssen, egal wo sie sich aufhalten, aber auch um touristenspezifische Bedürfnisse mit deren Befriedigung die Freude am Reisen aus Vergnügen, Kulturellem etc. einhergeht. Beispielhaft zu erwähnen wären hier der Reiseführer oder das regionale Erzeugnis, das ein solches Feriensouvenir darstellen kann.“ Der Erwerb von Konsumgütern, die den Aufenthalt angenehm gestalten sollen oder die Ferienerinnerungen verlängern sollen, sind aber nicht die einzigen Tourismusbedürfnisse,

²⁹ Seco, Wegleitung zur Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz, Bern 2001 (Stand August 2013), 225-1.

³⁰ Ebenda.

³¹ BGE 126 II 106, c.4; BGE 2A.578/2000 vom 24. August 2001, c. 5a.

sondern beinhalten auch den Erwerb lebensnotwendiger Güter. Lebensmittel, Getränke, Produkte für die Körperpflege und Medikamente gehören zu diesen lebensnotwendigen Produkten. Die grosse Mehrheit, der von einem Warenhaus angebotenen Produkte, wie Kleider, Geschirr, Putzmittel, Stoffe, Platten, Schmuck, Poster, Bücher oder Haushaltsgeräte bedienen allerdings nicht diese Bedürfnisse des Tourismus³².

Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass zwei Arten von Bedürfnissen mit dem Tourismus verknüpft sind: die lebensnotwendigen Bedürfnisse und die spezifischen Bedürfnisse eines Touristen. Luxusgüter oder in einem weiteren Sinne Produkte, die in einem Einkaufszentrum angeboten werden, gehören zu keiner dieser beiden Kategorien.

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einem Einkaufszentrum, das eine grössere Anzahl von Markenartikeln zu herabgesetzten Preisen verkauft hat, festgehalten, dass es einer sehr grosszügigen Auslegung des Tourismusbegriffs und der damit einhergehenden Bedürfnisse für eine derartige Verkaufstätigkeit bedarf, um eine Ausnahme zum Verbot der Sonntagsarbeit zu rechtfertigen und in den Arbeitnehmerschutz einzugreifen. Es hat sodann festgehalten, dass die angebotene Ware nicht der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse eines Touristen dienen würde und es mitnichten erstellt sei, dass es sich um regionale Erzeugnisse oder lokales Handwerk handelt³³. Der Umstand sich an einen Ort zu begeben, um ein Schnäppchen zu ergattern, obwohl eigentlich gar kein Bedürfnis an der angebotenen Ware besteht, fällt gemäss Bundesgericht nicht unter die von ihm selber entwickelte Definition des „Tourismus“ und würde den Grundsatz des Verbots der Sonntagsarbeit aushöhlen und in allen anerkannten Tourismusgebieten seiner Bedeutung berauben³⁴.

Das Waadtländer Verwaltungsgericht³⁵ führt dazu aus, dass die Sonderbestimmungen nicht für den gesamten Handel - im Sinne der Förderung des Tourismus – gelten, andernfalls müsste man sie auf sämtliche Läden anwenden, die sich in den Einkaufsstrassen der Touristenorte befinden. Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit lässt der Gesetzgeber nur mit grösster Zurückhaltung zu. Folglich ist auch der Spielraum betreffend die diesbezüglichen Ausnahmeregelungen, die der Bundesrat gestützt auf Art. 27 ArG erlassen darf, restriktiv auszulegen.

³² Entscheid des Verwaltungsgerichts Waadt vom 17. Februar 1999, JAR 2000 337, c. 4 mit Hinweisen (das Bundesgericht hat diesen Entscheid in BGE 126 II 206 bestätigt). Betreffend die notwendigen Güter s.a. den Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Juni 2000, JAR 2001 366, c. 5b.

³³ BGE 126 II 106, c. 5b.

³⁴ BGE 126 II 106, c. 5b.

³⁵ Entscheid des Waadtländer Verwaltungsgerichts vom 17. Februar 1999, JAR 2000 337, c. 4 (Urteil vom BGer in BGE 126 II 206 bestätigt).

Das Bundesgericht hat in einer jüngeren Entscheidung vom 3. September 2008 (BGE 134 II 265)³⁶ betreffend einer anderen Ausnahmeregelung zu Art. 26 „Kioske und Betriebe für Reisende“ nochmals daran erinnert, dass eine Bestimmung, die eine Ausnahme zum generellen Verbot der Sonntagsarbeit vorsieht, auf alle Fälle restriktiv und keineswegs grosszügig ausgelegt werden darf. Das gilt selbst dann, wenn die Bedürfnisse der Konsumenten sich seit dem Bestehen der Regelung geändert haben sollten. Das Bundesgericht ergänzt noch, dass dies der Auffassung des Gesetzgebers entspricht und sie im Einklang mit dem in Art. 18 ArG verfolgten Arbeitnehmerschutz steht, auch wenn sich eine gewisse Tendenz zur Ausdehnung der Sonntagsarbeit abzeichnet³⁷.

Das Bundesgericht hält sodann fest, „[...] dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Bundesgesetz über die Arbeit und/oder seine Vollzugsverordnungen zu ändern, wenn gesellschaftliche Veränderungen zu einer Lockerung der Sonderbestimmungen oder zu neuen Sonderbestimmungen führen“³⁸. Als Beispiele führt der Oberste Gerichtshof die Läden und Betriebe innerhalb von Flughäfen oder in Bahnhöfen mit grossem Reiseverkehr an. Es handelt sich dabei um Zentren des öffentlichen Verkehrs, die durch die Einführung von Art. 27 Abs. 1ter ArG und durch Art. 26a ArGV 2 ausgeführt, dem – einschränkenden – Anwendungsbereich von Art. 26 ArGV 2 entzogen worden sind³⁹. Der Gesetzgeber hat sich hier nicht damit begnügt, eine neue Bestimmung in Art. 26 ArGV 2 aufzunehmen oder unter Berufung auf die nicht-abschliessende Auflistung von Art. 27 Abs. 2 ArG neue Absätze in Art. 26 ArGV 2 einzufügen. Er hat vielmehr eine neue Bestimmung auf Gesetzesebene verankert.

Im Hinblick auf das Zusammenspiel zwischen Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG und Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 führt das Bundesgericht aus, dass eine so wichtige Änderung nicht über eine Ausführungsbestimmung vorgenommen werden kann, solange die gesetzliche Grundlage, auf welche sich die Verordnung stützt, nicht geändert wurde⁴⁰. Es ist daher schwer nachvollziehbar, dass der „Einkaufstourismus“ als neuer Begriff auf dem Verordnungsweg eingeführt werden kann, ohne eine Anpassung oder Aufnahme der entsprechenden Kategorie in der Liste von Art. 27 Abs. 2 ArG. Ferner gilt es zu berücksichtigen, dass weder Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG noch Art. 25 ArGV 2 irgendeinen Hinweis auf die Entfernung zur Schweizer Grenze enthalten (siehe Art. 25 Abs. 4 Bst. c E-ArGV 2). Es dürfte somit den Rahmen der Definition des „Tourismusgebiets“ sprengen, wenn jedes sich innerhalb von 10 Kilometern in Grenznähe befindende Gebiet als Tourismusgebiet definiert würde. Dies war

³⁶ BGE 134 II 265, c. 5.5 mit Hinweisen.

³⁷ Ebenda.

³⁸ Ebenda.

³⁹ Ebenda.

⁴⁰ BGE 2A.578/2000 vom 24. August 2001, c. 5a.

niemals die Absicht des Gesetzgebers. Aus unserer Sicht handelt es sich bei dieser Änderung um eine grundlegend neue Konzeption, die nicht auf Stufe der ArGV 2 eingeführt werden dürfte, sondern vielmehr einer Gesetzesänderung bedarf.

C. Änderung von Art. 25 ArGV 2; Eingriff in den Wettbewerb?

Die Ausnahmen zum Verbot der Sonntagsarbeit dürfen nicht zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen. Gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit muss dem Prinzip der Gleichbehandlung unter den Wettbewerbsteilnehmern gebührend Rechnung getragen werden⁴¹. Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Personen der gleichen Branche leitet sich aus den Art. 27 und 94 der Bundesverfassung ab und untersagt Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten und zu einer Wettbewerbsverzerrung unter direkten Konkurrenten führt sowie Massnahmen, die als nicht neutral im Sinne des Wettbewerbs anzusehen sind⁴². Direkte Konkurrenten sind der gleichen Branche angehörende Teilnehmer des Wirtschaftslebens, die das gleiche Angebot führen und der gleichen Kundschaft anbieten und dies, um deren gleichgelagerte Interessen zu befriedigen⁴³.

Die vorliegende Änderung sieht vor, dass einzig Einkaufszentren mit vorwiegend Luxusartikeln im Angebot in den Genuss der Sonderbestimmung gelangen sollen und somit keine Bewilligung für die Sonntagsarbeit mehr benötigen. Dies hätte zur Folge, dass sich ausserhalb des Einkaufszentrums und in Ortschaften befindende einzelne Läden nicht in den Genuss der Sonderbestimmung gelangen würden, dies obwohl sie alle übrigen Kriterien des neuen Art. 25 ArGV 2 erfüllen würden: ihr Angebot wäre gleich, würde sich an die gleiche Klientel richten und die gleichen Bedürfnissen befriedigen wie die Läden in den Einkaufszentren. Eine solche „Einschränkung“ der Wirtschaftsfreiheit ist als gewichtig einzustufen und muss sich deshalb zumindest auf ein Gesetz im formellen Sinne abstützen können – vorbehalten bleibt die Verletzung von Art. 36 der Bundesverfassung. Es stellt sich vorliegend gar die Frage, ob nicht mehr als nur eine simple „Einschränkung“ von der in Art. 27 BV garantierten Wirtschaftsfreiheit vorliegt und es sich vielmehr um eine „Abweichung“ vom „Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“ im Sinne von Art. 94 BV handelt. Eine solche Abweichung stellt einen Eingriff in den freien Wettbewerb dar und müsste sich auf eine verfassungsrechtliche Grundlage stützen können⁴⁴.

⁴¹ BGE 2A.26/2005 vom 14. Juni 2005, c. 4.2 mit Hinweisen.

⁴² Ebenda.

⁴³ Pascal Mahon, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 17 zu Art. 27 BV.

⁴⁴ Zur Unterscheidung zwischen „Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit“ und „Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit“, s.a. Jean-François Aubert, a.a.O. N. 5 und 14 bis 18 zu Art. 94 BV, sowie Pascal Mahon, in Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 10 und 19 zu Art. 27 BV.

V. Fazit und Zusammenfassung der Schlussfolgerungen

Wir schlussfolgern, dass die vorgesehene Änderung von Art. 25 ArGV 2 den Begriff des Tourismus erheblich erweitert und in diesem Sinne nicht mehr im Einklang mit den Bedürfnissen des Tourismus steht, wie er in Art. 27 Abs. 2 Bst. c ArG konzipiert wurde. Der Begriff des Einkaufstourismus stellt eine starke oder besser gesagt eine grundlegende Ausdehnung des Tourismusbegriffs dar, die nicht einfach durch eine Anpassung von Art. 25 ArGV 2 erfolgen kann, sondern einer Änderung auf Gesetzesebene bedarf; an dieser Schlussfolgerung ändert auch der Umstand nichts, dass die Auflistung der Unternehmenskategorien sowie der Arbeitnehmer in Art. 27 Abs. 2 ArG nicht abschliessend ist⁴⁵. Es gilt sodann auch die wirtschaftspolitischen Auswirkungen dieser Änderung zu berücksichtigen: einzig die Einkaufszentren, respektive die sich darin befindenden Läden kämen in den Genuss der Sonderbestimmungen gemäss Art. 25 Abs. 3 E-ArGV 2. Geschäfte ausserhalb der Einkaufszentren, die ebenfalls hauptsächlich oder ausschliesslich Luxusartikel anbieten und deren Kundschaft sich aus den Einkaufstouristen zusammensetzt, würden hingegen nicht unter den Geltungsbereich dieser Bestimmung fallen und wären mit dieser neuen Regelung klar benachteiligt. Diese Änderung hätte somit auch Auswirkungen auf den Wettbewerb und würde folglich den freien Wettbewerb beeinträchtigen. Ein derartiger Eingriff bedarf einer gesetzlichen Grundlage auf Verfassungsebene oder muss mindestens in einem Bundesgesetz verankert sein.

Neuenburg, den 23. Dezember 2013

Jean-Philippe Dunand

Pascal Mahon

⁴⁵ Botschaft a.a.O. (FN 17), BBl II 909, Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy/Wyler, Das Arbeitsgesetz, Bern 2005, N 5 zu Art. 27 ArG.