



Fall-Nr.:	III-2015/3
Stelle:	Verwaltungsrekurskommission
Rubrik:	Arbeitnehmerschutz, Berufsbildung und Sozialhilfe
Publikationsdatum:	18.10.2016
Entscheiddatum:	18.10.2016

Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 18.10.2016

Art. 18, Art. 19 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c ArG (SR 822.11), Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 ArGV 2 (SR 822.112). Der Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona ist ein Ausflugsort, wo dem Fremdenverkehr wesentliche Bedeutung zukommt. Der Migros Rapperswil Bahnhof, der am Rand des Altstadtperimeters liegt, dient nicht der Befriedigung spezifischer touristischer Bedürfnisse, weshalb das Sonntagsarbeitsverbot gilt (Verwaltungsrekurskommission, Abteilung III, 18. Oktober 2016, III-2015/3).

Richter Urs Gmünder (Vorsitz), Richter Rudolf Lippuner und Richterin Eliane Kaiser,
Gerichtsschreiberin Louise Blanc Gähwiler

Genossenschaft Migros Zürich, Pfingstweidstrasse 101, 8005 Zürich, Rekurrentin,

vertreten durch Dr.iur. Ueli Sommer, Rechtsanwalt, und Dr.iur. Daniel Zimmerli,
Fürsprecher, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Vorinstanz,

Gewerkschaft UNIA, Weltpoststrasse 20, 3000 Bern 15, Rekursbeteiligte,

vertreten durch Arthur Andermatt, Rechtsanwalt, Teufener Strasse 8, Postfach 130,
9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

betreffend

Sonntagsarbeit

Sachverhalt:

A.- Die Genossenschaft Migros Zürich betreibt im Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona in der Nähe des Bahnhofs die Filiale „Migros Rapperswil Bahnhof“ (vormals M-Express, abgekürzt: MRB) mit einer Grundfläche von 387 m² und einem Sortiment von rund 4'800 Artikeln. Der MRB war seit dem Jahr 1997 an Sonntagen jeweils von 10 bis 17 Uhr geöffnet.

B.- Mit Verfügung vom 24. März 2011 stellte das AWA fest, dass es sich beim MRB nicht um einen Betrieb für Reisende gemäss Art. 26 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112, abgekürzt: ArGV 2) handle. Vielmehr sei es ein Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2 und dem MRB werde gestattet, während der Saison Sonntagsarbeit verrichten zu lassen. Für die Saison sei der Sommerfahrplan der Zürichsee Schifffahrtsgesellschaft (ZSG) massgebend; im Jahr 2011 daure die Saison vom 3. April bis 23. Oktober 2011.

C.- Gegen die Verfügung des AWA vom 24. März 2011 erhoben die Genossenschaft Migros Zürich und die Gewerkschaft UNIA Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission. Am 16. Dezember 2011 wurde der Rekurs der Genossenschaft Migros Zürich abgewiesen und die Verfügung des AWA – in Gutheissung des Rekurses der UNIA – aufgehoben (VRKE III-2011/2 und 3). Die Beschwerde der Genossenschaft Migros Zürich gegen den Entscheid der Verwaltungsrekurskommission hiess das Verwaltungsgericht teilweise gut und stellte fest, dass es sich beim MRB um einen Betrieb in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2 handle; der Genossenschaft Migros Zürich werde gestattet, während der Saison im MRB bewilligungsfreie Sonntagsarbeit verrichten zu lassen. Die Saison bestimme sich nach dem ZSG-Sommerfahrplan (VerwGE B 2012/16 vom 12. März 2013).



D.- Dagegen erhoben die Genossenschaft Migros Zürich und die UNIA Beschwerde beim Bundesgericht. Erstere beantragte, der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 12. März 2013 sei insoweit aufzuheben, als die bewilligungsfreie Sonntagsarbeit auf die Saison beschränkt und diese nach dem ZSG-Sommerfahrplan bestimmt werde, und es sei festzustellen, dass im MRB während des ganzen Jahres bewilligungsfrei Sonntagsarbeit zulässig sei, eventuell die Saison auf die Dauer des ganzen Jahres festzulegen, subeventuell die Sache zur Festlegung der Dauer der Saison an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die UNIA beantragte, der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 12. März 2013 sei aufzuheben und derjenige der Verwaltungsrekurskommission vom 16. Dezember 2011 zu bestätigen, entsprechend die Feststellungsbegehren der Genossenschaft Migros Zürich abzuweisen.

E.- Mit Urteil 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 wies das Bundesgericht die Beschwerde der Genossenschaft Migros Zürich ab. Die Beschwerde der UNIA wurde gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zur ergänzenden Abklärung und zu neuer Entscheidung an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen. Das Bundesgericht hielt insbesondere fest, der MRB liege am Rand des Altstadtperimeters und damit in einem Ausflugsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2. Ob er auch in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liege, lasse sich gestützt auf die Aktenlage nicht abschliessend beurteilen. Wesentliche Entscheidungsgrundlage hierfür seien möglichst aktuelle tourismuswirtschaftliche Zahlen und weitere statistische Daten zur lokalen und regionalen Wirtschaftsleistung. Anschliessend sei festzustellen, ob dem Fremdenverkehr eine wesentliche Bedeutung zukomme (E. 5.2.3). Nicht erstellt sei zudem, dass der MRB der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen diene. Zur Abklärung, ob dieses Kriterium erfüllt sei, könnten neben dem Anteil der Touristen an der Kundschaft auch Indizien, wie namentlich die Umsatzentwicklung, der Gesamteindruck des angebotenen Sortiments und der übrige Marktauftritt, angemessene Beachtung finden. Weiter sei es ebenfalls wichtig zu prüfen, inwiefern die Bedürfnisse der Touristen anderweitig abgedeckt würden (E. 4.4.3).

F.- Nachdem die Genossenschaft Migros Zürich mit Eingabe vom 6. März 2014 das Verwaltungsgericht ersucht hatte, ihr einstweilen zu gestatten, während des Sommerfahrplans der ZSG in den Geschäftslokalen des MRB bewilligungsfrei



St.Galler Gerichte

Sonntagsarbeit verrichten zu lassen, wies das Verwaltungsgericht die Angelegenheit mit Urteil vom 11. März 2014 zum Entscheid über das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sowie zur Vervollständigung des Sachverhalts im Sinn der bundesgerichtlichen Erwägungen und zu neuer Verfügung an das AWA zurück. Am 2. April 2014 gestattete das AWA mittels vorsorglicher Massnahmen dem MRB einstweilen, längstens bis zum Entscheid in der Hauptsache, während der Sommersaison Sonntagsarbeit verrichten zu lassen, wobei für die Sommersaison der Sommerfahrplan der ZSG massgebend sei.

G.- Das AWA nahm weitere Abklärungen vor und holte bei der Genossenschaft Migros Zürich insbesondere Umsatzzahlen des MRB und einer Vergleichsfiliale in der Region ein. Mit Verfügung vom 24. März 2015 stellte das AWA fest, dass es sich beim MRB nicht um einen Betrieb handle, der im Sinn von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen in einem Fremdenverkehrsgebiet diene. Dem MRB sei es deshalb nicht gestattet, bewilligungsfrei Sonntagsarbeit verrichten zu lassen (Ziffer 1 des Rechtsspruchs). Der Antrag auf Gestattung der Verrichtung von Sonntagsarbeit während der Geltungsdauer des Sommerfahrplans 2015 der ZSG wurde abgewiesen (Ziffer 2). Amtliche Kosten wurden nicht erhoben (Ziffer 3).

H.- Gegen diese Verfügung erhob die Genossenschaft Migros Zürich mit Eingabe ihrer Rechtsvertreter vom 23. April 2015 Rekurs bei der Verwaltungsrekurskommission mit dem Antrag, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen sei Ziffer 1 der Verfügung des AWA vom 24. März 2015 aufzuheben und es sei festzustellen, dass der MRB ein Betrieb sei, welcher der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 diene, und dass im MRB jedes Jahr mindestens während der Geltungsdauer des Sommerfahrplans der ZSG Sonntagsarbeit verrichtet werden dürfe. Allenfalls sei Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bereits mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 16. April 2015 teilte die Gewerkschaft UNIA mit, sie werde sich am Verfahren beteiligen, wenn die Feststellungsverfügung vom 24. März 2015 von der Genossenschaft Migros Zürich angefochten werden sollte. Mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2015 trug die Vorinstanz auf Abweisung des Rekurses an. Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 24. November 2015 nahm die



St.Galler Gerichte

UNIA als Rekursbeteiligte zum Verfahren Stellung und beantragte die kostenfällige Abweisung des Rekurses; dazu nahm die Rekurrentin am 21. Dezember 2015 nochmals schriftlich Stellung.

Die Verwaltungsrekurskommission führte am 8. September 2016 im MRB an der Unteren Bahnhofstrasse 19 in Rapperswil-Jona einen Augenschein mit anschliessender mündlicher Würdigung des Beweisergebnisses durch. Es nahmen neben den Gerichtsmitgliedern drei Vertreter der Rekurrentin und deren Rechtsvertreter, zwei Vertreter der Vorinstanz sowie der Rechtsvertreter in Begleitung eines Vertreters der Rekursbeteiligten teil (vgl. Protokoll des Augenscheins). Mit Schreiben vom 13. September 2016 erhielten die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, sich zum Protokoll des Augenscheins vom 9. September 2016 vernehmen zu lassen, wovon die Rekurrentin mit Eingabe vom 20. September 2016 Gebrauch machte und zwei Änderungsanträge stellte, denen im Einverständnis mit den übrigen Verfahrensbeteiligten stattgegeben wurde. Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.- Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Die Verwaltungsrekurskommission ist zum Sachentscheid zuständig (Art. 41 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, Arbeitsgesetz, SR 822.11, abgekürzt: ArG, i.V.m. Art. 41 lit. b Ziff. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt: VRP). Die Befugnis zur Rekuserhebung ist gegeben. Der Rekurs vom 23. April 2015 ist rechtzeitig eingereicht worden (Art. 56 Abs. 1 ArG). Er erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 56 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 45 und 48 VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.

2.- a) Art. 18 ArG sieht für die dem Gesetz unterstellten Betriebe das Verbot der Sonntagsarbeit vor. Ausnahmen sind möglich, aber grundsätzlich bewilligungsbedürftig



(Art. 19 Abs. 1 ArG). Abgesehen davon können nach Art. 27 Abs. 1 ArG bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von gewissen gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist. Solche Sonderbestimmungen können gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG insbesondere für Betriebe erlassen werden, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen.

Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz regelt die Sonderbestimmungen (Art. 3 ff. ArGV 2) sowie die unterstellten Betriebsarten und Arbeitnehmer (Art. 15 ff. ArGV 2). Zu diesen Sonderbestimmungen zählt unter anderem die bewilligungsfreie (ganze oder teilweise) Sonntagsarbeit (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2). Diese Bestimmung ist gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 während der Saison anwendbar auf Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, und auf die in ihnen mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer. 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). Das Bundesgericht sah sich bis jetzt nie veranlasst, die Gesetzeskonformität von Art. 25 ArGV 2 in Frage zu stellen. Vielmehr bezeichnet es diese Bestimmung als sachgerechte und zwecktaugliche Konkretisierung von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG, die es namentlich erlaubt, die jeweiligen örtlichen und sachlichen Gegebenheiten gebührend zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4.3.1 und 4.6 mit Hinweisen).

b) Vorbehalten bleiben gemäss Art. 71 lit. c ArG namentlich Polizeivorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen. Kantonale oder kommunale Ladenschlussvorschriften dürfen dem Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe dienen, nicht aber dem Schutz des Verkaufspersonals, welcher durch das Arbeitsgesetz abschliessend geregelt ist. Soweit die Kantone oder Gemeinden unter Beachtung dieser Vorgaben die Ladenöffnungszeiten einschränken, kann von den Sonderbestimmungen für Betriebe in



Fremdenverkehrsgebieten kein Gebrauch gemacht werden (BGE 140 II 46 E. 2.5 = Pra 103 [2014] Nr. 66).

Am 29. Juni 2004 erliess der Kanton St. Gallen ein Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung (sGS 552.1, abgekürzt: RLG). Gemäss Art. 1 RLG dient der öffentliche Ruhetag der Erholung, schützt die der religiösen Bedeutung des Tages angemessene Ruhe und ermöglicht gemeinsame Aktivitäten und die Begegnung in Familie und Gesellschaft. Die Bestimmungen über die Öffnungszeiten gelten für die Läden des Detailhandels (Art. 7 RLG). Art. 8 Abs. 3 RLG stellt den Grundsatz auf, wonach diese Geschäfte an Sonn- und Feiertagen (vgl. Art. 2 RLG) geschlossen bleiben. Art. 9 lit. a RLG sieht unter anderem erweiterte Ladenöffnungszeiten für Läden und andere Verkaufsstellen vor, die zur Hauptsache Lebensmittel anbieten, eine Fläche bis höchstens 120 m² haben und deren Ladenöffnungszeiten am Werktag von 5 bis 22 Uhr und am öffentlichen Ruhetag von 7 bis 21 Uhr dauern (Art. 10 RLG). Die Ladenfläche des MRB beträgt 387 m² und überschreitet damit die für erweiterte Ladenöffnungszeiten zulässige Ladenfläche um 267 m². Art. 11 RLG sieht zusätzlich vor, dass die Tourismusgemeinde die in Art. 10 RLG festgelegten erweiterten Ladenöffnungszeiten durch Reglement oder Bewilligung für weitere Läden gewähren kann, wobei die Läden einem touristischen Bedürfnis entsprechen müssen. In Art. 7 der Verordnung zum Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung bezeichnet die Regierung Rapperswil als Tourismusgemeinde. Das Reglement des Stadtrats Rapperswil-Jona über Ruhetag und Ladenöffnung sieht in Art. 3 schliesslich vor, dass für Läden des Detailhandels innerhalb des Altstadtperimeters erweiterte Ladenöffnungszeiten gelten.

Das kantonale Recht schränkt somit die Ladenöffnungszeiten an Sonn- und Feiertagen mit Ausnahmen ein. Rapperswil-Jona hat vom Recht als kantonale Tourismusgemeinde Gebrauch gemacht und für Läden des Detailhandels innerhalb des Altstadtperimeters die erweiterten Ladenöffnungszeiten anwendbar erklärt. Die Betriebe, die im Altstadtperimeter gelegen sind, können daher von einer Ausnahmeregelung gemäss kantonalem Recht profitieren. Um während der Touristensaison an Sonn- und Feiertagen offen haben zu dürfen, müssen sie jedoch auch die Voraussetzungen erfüllen, die vom Bundesrecht für Betriebe, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen, vorgesehen sind (vgl. BGE 140 II 46 E. 2.5.2 = Pra 103 [2014] Nr. 66); andernfalls könnte die bundesrechtliche Regelung zum Arbeitnehmerschutz unterlaufen



werden. Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit sind im Interesse eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes nach konstanter Rechtsprechung eng auszulegen (BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4.3.4).

3.- Vorliegend ist daher zu prüfen, ob der MRB in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 liegt, der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient und daher „während der Saison“ vom Verbot der Sonntagsarbeit abweichen darf.

a) Die Zugehörigkeit eines Ortes zu einem Fremdenverkehrsgebiet zeichnet sich durch drei Merkmale aus: Erstens muss er Kuren, Sportaktivitäten oder Erholungsaufenthalte anbieten oder ein Ausflugsziel sein (nachfolgend E. 3a/aa). Zweitens spielt der Fremdenverkehr eine wesentliche Bedeutung (E. 3a/bb) und drittens unterliegt er erheblichen saisonmässigen Schwankungen (E. 3a/cc). Tourismuswirtschaftliche Zahlen können berücksichtigt werden, soweit sie Aufschlüsse über den nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 massgeblichen Ort zulassen. Diese statistischen Daten können sich namentlich auf das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie) und die Übernachtungen sowie den Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung beziehen. Eine besondere Bedeutung kommt vorliegend aktuellen tourismuswirtschaftlichen Zahlen zum Tages- und Ausflugstourismus zu, der in Rapperswil-Jona vorherrscht (BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4.3.5 und E. 5.2.3; 2C_44/2013 vom 12. Februar 2014 E. 5.3.2 und E. 5.3.5).

aa) Das Bundesgericht hielt fest, dass das touristische Angebot in Rapperswil-Jona im Verbund mit der attraktiven Lage am See und dem Schloss zulässt, zumindest den nach kommunalem Recht als Altstadtperimeter definierten Bereich von Rapperswil-Jona als „Ausflugsort“ im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 einzustufen. Der MRB liegt am Rande des Altstadtperimeters und damit in einem Ausflugsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.2.1).

bb) Hinzu kommen muss, dass der Fremdenverkehr an diesem Ort von wesentlicher Bedeutung ist.

Das Bundesgericht erwog, dass die tourismuswirtschaftlichen Zahlen für das Jahr 2001 nicht auf eine wesentliche Bedeutung des Fremdenverkehrs hinwiesen. Damals betrug



der Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung 7,8% (vgl. BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.2.2). Zu berücksichtigen ist, dass Rapperswil im Jahr 2002 7'693 Einwohner zählte. Seit der Fusion mit Jona vom 1. Januar 2007 stieg die Einwohnerzahl auf rund 26'000. Die Beschäftigungsstatistik des Bundesamts für Statistik zeigt, dass im Jahr 2012 in Rapperswil-Jona insgesamt 5,2% aller Beschäftigten in Vollzeitäquivalenten im Gastgewerbe und in Beherbergungsbetrieben tätig waren. Bei Beschränkung auf den Altstadtperimeter Rapperswil beträgt der Anteil am Gastgewerbe 14,3%. Andere in Fremdenverkehrsgebieten liegende Gemeinden weisen einen bedeutend höheren Anteil auf, darunter etwa Wildhaus mit 28,5% oder Bad Ragaz mit 25%. Zu berücksichtigen ist weiter, dass sich insbesondere die zahlreichen Gaststätten zumindest teilweise auch an die lokale Bevölkerung richten. Die statistischen Angaben über das Beherbergungsangebot und die Logiernächte sind indessen ungeeignet für die Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung des Fremdenverkehrs, da Rapperswil-Jona überwiegend im Rahmen von Tagesausflügen besucht wird. Schliesslich ist das vielfältige Freizeit- und Kulturangebot als solches nicht ausschlaggebend. Dieses Kriterium ist massgeblicher Grund dafür, dass der Altstadtperimeter überhaupt erst als Ausflugsort zu qualifizieren ist. Es ersetzt die weiteren Voraussetzungen nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 nicht (vgl. BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.2.2 am Ende). Rückschlüsse auf die Bedeutung des Fremdenverkehrs lassen sich vielmehr aus den Besucherzahlen der einzelnen Ausflugsattraktionen von Rapperswil-Jona schliessen.

Der Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona grenzt direkt an den See, wo ganzjährig Kursschiffe der ZSG Halt machen. Im Jahr 2014 wurden rund 250'000 Ausstiege (inkl. Insel Ufenau) verzeichnet (vgl. Frequenzen tagestouristischer Hauptattraktionen im Bereich öffentlicher Verkehr und Schifffahrt, St. Galler Destinationen, 2004-2014, Absolutzahlen, in: www.statistik.sg.ch). Zusätzlich wird Rapperswil-Jona von Zügen, Autos und privaten Booten angefahren. Weiter beherbergt das Schloss Rapperswil das Polenmuseum (2014: 9'100 Eintritte), wobei aufgrund verschiedener Pressemitteilungen nicht sicher ist, ob das Museum auch künftig noch im Schloss sein wird. Zudem werden jährlich etwa 600 Stadtführungen durchgeführt (vgl. Frequenzen tagestouristischer Hauptattraktionen im Bereich Museen und Führungen, St. Galler Destinationen, 2004-2014, Absolutzahlen, in: www.statistik.sg.ch). Dem



St.Galler Gerichte

Fremdenverkehr im Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona kommt damit eine wesentliche Bedeutung zu.

cc) Schliesslich muss der Fremdenverkehr erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegen.

Beim Aufenthaltstourismus sind keine wesentlichen Schwankungen auszumachen. In den Monaten Mai bis Oktober 2015 stiegen die Logiernächte zwar jeweils über 3'000, mit einer Spitze im Juni und August 2015 von etwa 4'000; in den übrigen Monaten lag die Anzahl der Logiernächte in Rapperswil-Jona jedoch ebenfalls zwischen 2'099 im Januar 2015 und 2'986 im November 2015 (vgl. Angebot und Nachfrage der Hotellerie in der Destination Zürichsee, Monatswerte 2015, in: www.statistik.sg.ch). Auch diesen Zahlen kommt indessen keine entscheidende Bedeutung zu, denn die Zahl der Ausflugstouristen überragt diejenigen der Übernachtungstouristen bei weitem. Der Zustrom ist je nach Jahreszeit sehr unterschiedlich. Die ZSG verzeichnete die meisten Ausstiege in Rapperswil (ohne Insel Ufenau) von Mai (2014: 24'384 Ausstiege) bis September (2014: 33'388 Ausstiege). In den Wintermonaten Januar bis März, November und Dezember stiegen lediglich zwischen 3'000 und 5'000 Personen in Rapperswil aus. In den Übergangsmonaten April und Oktober 2014 fuhren knapp 15'000 Personen Rapperswil auf dem Seeweg an. Insgesamt gab es im Jahr 2014 über 220'000 Ausstiege in Rapperswil, worunter knapp 180'000 in den Monaten Mai bis September. Damit fielen 80% der Ausstiege auf die Monate Juni bis September, weshalb der Fremdenverkehr erhebliche saisonmässige Schwankungen aufweist.

dd) Zusammenfassend liegen der Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona und damit der MRB in einem Fremdenverkehrsgebiet.

b) Liegt ein Betrieb innerhalb eines Fremdenverkehrsgebiets im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, bleibt zu prüfen, ob der Betrieb „der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen“ dient (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Darunter fallen jene Betriebe, die tatsächlich den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen, und regelmässig in besonderer Weise von saisonmässigen Schwankungen im Tourismus betroffen sind. Nicht dazu zählen jene Betriebe, die in erster Linie oder gar ausschliesslich die Bedürfnisse der einheimischen Bevölkerung befriedigen. Zu klären ist, ob tatsächlich



(Konsum-)Bedürfnisse von Tages- und Ausflugstouristen abgedeckt werden (z.B. Waren für Picknick, Take-Away) oder ob es sich um ein gewöhnliches Vollsortiment handelt, das sich in erster Linie an die lokale Kundschaft richtet. Zudem sind neben dem Gesamteindruck des angebotenen Sortiments (E. 3b/aa) weitere Kriterien wie etwa der Anteil der Touristen an der Gesamtkundschaft (E. 3b/bb), die Umsatzentwicklung (E. 3b/cc), die Lage des Geschäfts und der übrige Marktauftritt (E. 3b/dd) zu berücksichtigen. Ebenfalls zu prüfen ist, ob sich die Touristen anderweitig versorgen können (E. 3b/ee; BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 4.4 und E. 5.3.2).

aa) Die Verfahrensbeteiligten erhoben anlässlich des Augenscheins vom 8. September 2016 keine Einwände gegen den Inhalt des Protokolls vom 16. Dezember 2011, weshalb davon auszugehen ist, dass die damaligen Feststellungen zugetroffen haben und auch heute noch darauf abgestützt werden kann. Die Vertreter der Rekurrentin bestätigten überdies, dass sich das Sortiment gegenüber dem Augenschein vom 16. Dezember 2011 nicht wesentlich verändert habe. Die Ausnahme seien die beiden Regale mit Swissness-Produkten.

Im Eingangsbereich des MRB an der Unteren Bahnhofstrasse 19 in Rapperswil-Jona gibt es einzelne Obst- und Gemüsesorten zum Abwägen. Auf der rechten Seite sind gekühlte Kleingetränke erhältlich. Es handelt sich hierbei um maximal Halbliter-Flaschen/Büchsen, aber auch Mehrfach-Packungen, z.B. M-Budget-Energiedrinks. Danach folgen Convenience-Produkte, wie Pizzas und Tortellini, aber auch Sandwiches und abgepackte Fertigsalate. Bei den Milch- und Tiefkühlprodukten existieren Kühltruhen mit Aktionsangeboten, welche in jeder Migros angeboten werden. Die üblichen Tiefkühlprodukte, wie Glacés und TK-Früchte, werden in einem 3er-Eisschrank angepriesen. Daneben existiert eine Tiefkühltruhe mit einzelnen Glacés. Es gibt weder eine Frischfleisch- noch eine Frischkäsetheke. In einem ganzen Gang (ca. 8 Meter) werden verschiedene Frühstücksflocken angeboten. Weiter sind diverse Gläser und Beutel mit Oliven und Fertigsuppen erhältlich. Anlässlich des Augenscheins vom 16. Dezember 2011 wurde festgestellt, dass auf zwei Bodenlaufmetern (= zwei Regale) diverse Öle angeboten werden. Der Kolonial- und Non-Food-Bereich erstreckt sich auf je ein bis zwei Bodenlaufmeter, Senf und Mayonnaise gibt es auf einem Bodenlaufmeter zu kaufen, so auch das Hunde- und Katzenfutter. Im Getränkebereich



St.Galler Gerichte

dominieren die 1.5-Literflaschen. Von allen Sorten sind auch 6er-Packungen vorhanden. Schliesslich finden sich diverse Schokoladen-Tafeln und -süssigkeiten, Apéro-Gebäck, Asia-Food und mexikanische Spezialitäten. Im Non-Food-Bereich sind Glühbirnen, Strumpfhosen, Eiskratzer, Adapter, Kerzen und ein kleines Papeteriesortiment vorhanden. Daneben gibt es Putz- und Waschmittel (4 kg-Packungen, aber auch kleinere). Zudem existieren beispielsweise vier verschiedene Weichspüler-Aromen und mindestens sieben unterschiedliche Duschmittel. Neu bietet der MRB in zwei Regalen sogenannte Swissness-Artikel – Umhängetaschen, Mützen, Bälle, Tassen etc., jeweils mit Schweizer Motiven – an.

Der MRB befriedigt gewisse Grundbedürfnisse von Ausflugstouristen (Kleingetränke, Sandwiches). Mehrheitlich handelt es sich jedoch um ein normales, auf eine kleinere Migros-Filiale abgestimmtes Sortiment. Stadtpläne werden nicht angeboten. In diesem Zusammenhang ist der Rekurrentin zwar zuzustimmen, dass im heutigen Zeitalter Stadtpläne vermehrt online abgerufen und am Bahnhof oder im Kiosk erworben werden. Wenn aber jemand einen Stadtplan oder Reiseführer am Bahnhof kauft, wird er sich mit hoher Wahrscheinlichkeit dort auch die zusätzlich benötigten Güter besorgen. Zu berücksichtigen ist überdies, dass es in Rapperswil-Jona hauptsächlich Tagestourismus gibt, weshalb Non-Food-Produkte von ungeordneter Bedeutung sind. Aufgrund des Gesamteindrucks des angebotenen Sortiments des MRB steht nicht die Selbstverpflegung unterwegs im Vordergrund, sondern es handelt sich vielmehr um ein gewöhnliches Vollsoriment, das sich an die lokale Kundschaft richtet. Daran ändert nichts, dass der MRB gewisse Swissness-Artikel anbietet. Wie das Bundesgericht festgestellt hat, werden Tages- und Ausflugstouristen kaum in besonderer Weise Schweizer Spezialitäten und Souvenirartikel nachfragen (vgl. BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.3.1). Dies anerkennt auch die Rekurrentin, indem sie ausführt, dass Souvenirs und Reiseführer für Tagestouristen nicht im Vordergrund stünden, sondern vielmehr Verpflegung, Take Away-Waren oder Hygieneartikel. Soweit sich die Rekurrentin auf die kantonale Praxis in Graubünden und Fribourg beruft und einen kantonalen Entscheid zu einer Migrosfiliale in Murten einreichte, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, da diese für die st. gallischen Behörden und Gerichte nicht bindend ist. Im Übrigen sind in Murten im Gegensatz zu Rapperswil-Jona die Campingplätze von wesentlicher Bedeutung, weshalb für einen Grossteil von Touristen, die sich in der Region aufhalten und häufig



St.Galler Gerichte

zum Wochenende anreisen, ein Bedürfnis besteht, sich am Sonntag mit unentbehrlichen Gütern wie Nahrungsmitteln und Hygieneartikeln einzudecken (vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Fribourg vom 17. August 2015 E. 4c S. 10).

bb) Die Rekurrentin verfügt mit dem Kundenbindungssystem „Cumulus“ über die Möglichkeit, Umsätze direkt einzelnen Kunden und damit grundsätzlich auch einzelnen Orten zuzuordnen, und zwar wenn bei den Einkäufen eine Cumulus-Karte registriert wird. Gemäss der im ersten Verfahren eingereichten Zusammenstellung der Cumulus-Daten erwirtschaftete der MRB im Zeitraum vom 1. Juni bis 30. November 2011 sonntags einen Umsatz von Fr. xxx'xxx.–, wovon Fr. xxx'xxx.– auf Kunden aus Rapperswil-Jona entfielen. Den Ausführungen der Rekurrentin, wonach es sich bei den übrigen Kunden um Touristen handle, ist entgegenzuhalten, dass etwa Fr. xxx'xxx.– des Umsatzes von Kunden aus der Region stammen und lediglich Einkäufe von Fr. xx'xxx.– übrigen Kunden zuzurechnen waren. Eine Aufschlüsselung der Herkunft der Kunden für das gesamte Jahr liegt nicht vor. Nur weil die Kunden nicht aus Rapperswil-Jona stammen, ist damit aber noch nicht gesagt, dass sie ortsunkundige Touristen sind. Das Bundesamt für Statistik definiert eine Reise als touristisch, wenn der Zielort im Durchschnitt eines Jahres weniger als einmal pro Woche besucht wird und die Reisedauer mindestens drei Stunden beträgt (vgl. Das revidierte Satellitenkonto Tourismus 2011 S. 9, einsehbar auf der Internetseite des Bundesamts für Statistik, unter www.bfs.admin.ch). Der Auffassung der Rekurrentin, wonach Auswärtige, die sich in Rapperswil aufhalten und den MRB besuchen, ihre Freizeit in Rapperswil verbringen oder in ihrer Freizeit auf der Durchreise sind, als Touristen gelten, kann demnach nicht gefolgt werden. Zu denken ist beispielsweise an Erwerbstätige, welche in Rapperswil-Jona arbeiten, dort ihre Einkäufe erledigen und nach Arbeitsschluss an ihren Wohnort ausserhalb von Rapperswil-Jona heimkehren, oder an Personen, welche in der Region wohnen und das (damalige) Angebot, sonntags einkaufen zu können, in Anspruch nahmen. Dies könnte den Umsatzeinbruch am Sonntag nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 10. Februar 2014 erklären, als der MRB fortan nur noch an den Sonntagen von April bis Oktober 2014 geöffnet hatte. Es liegt nahe, dass die Lokalbevölkerung aus der Presse vom Entscheid erfuhr, sich in den Wintermonaten entsprechend anders organisierte und dies in den Sommermonaten so beibehielt. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass gemäss den Ausführungen der Rekurrentin lediglich 60% der Kunden die Cumulus-Karte vorweisen, nicht darauf geschlossen,



dass es sich bei den übrigen Kunden um Touristen handelt. Es ist fraglich, ob die Herkunft der übrigen Kunden und deren Motivation für den Einkauf im MRB überhaupt zweckmässig abgeklärt werden kann, weshalb der entsprechende Beweisantrag der Rekurrentin abzuweisen ist. Im Übrigen ist der Rekurs auch aus anderen Gründen abzuweisen, weshalb es dem Beweisantrag an der Erheblichkeit fehlt.

Aus dem Verkauf von Swissness-Artikeln kann die Rekurrentin ebenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Umsatzanteil an den Swissness-Artikeln insgesamt derart gering ist, dass er für den MRB wie auch für die meisten anderen Migros-Filialen fast schon bedeutungslos ist. Des Weiteren lässt sich die Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit nicht damit rechtfertigen, dass es für die Tages- und Ausflugs Touristen praktisch sei, am Ende des Ausflugs noch Einkäufe zu tätigen, die zu Hause verwendet werden. Eine solche Nachfrage unterscheidet sich nicht von derjenigen der einheimischen Bevölkerung, für die es ebenfalls praktisch sein kann, am Sonntag im MRB Einkäufe zu tätigen. Die Abdeckung dieser Bedürfnisse fällt jedoch nicht unter Art. 25 ArGV 2 (BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.3.2). Schliesslich befindet sich die von der Rekurrentin aufgeführte Parahotellerie – Bed & Breakfast, Campingplätze, Jugendherberge – allesamt weit ausserhalb des Altstadtperimeters. Es ist davon auszugehen, dass sich diese Personen anderweitig mit dem Nötigsten eindecken werden und nicht mit dem alleinigen Zweck in die Innenstadt fahren, beim MRB einzukaufen. Insbesondere verfügt der MRB über keine eigenen Kundenparkplätze, wenn auch die Kunden des MRB das City-Parkhaus benützen können. Richtig ist, dass die Kundschaft nicht ausschliesslich aus Touristen bestehen muss. Das Bundesgericht hielt im Ouchy-Entscheid fest, dass es egal sei, „que le magasin de la Migros à Ouchy attire aussi une certaine clientèle locale“ (BGer 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 6b). Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Geschäft hauptsächlich von Touristen aufgesucht werden muss. Davon kann beim MRB jedoch nicht die Rede sein.

cc) Im Jahr 2013 galt vom 29. März (Karfreitag, Woche 13) bis 20. Oktober (Woche 42) der Sommerfahrplan der ZSG. In dieser Zeit erwirtschaftete der MRB an den Sonntagen einen Gesamtumsatz von knapp Fr. x'xxx'xxx.–. Dies entspricht einem Wochenumsatz von rund Fr. xx'xxx.–. In den Wochen 1 bis 12 lag der Gesamtumsatz



am Sonntag bei etwa Fr. xxx'xxx.–, was Fr. xx'xxx.– pro Woche entspricht, und in den Wochen 43 bis 52 bei Fr. xxx'xxx.–, was Fr. xx'xxx.– pro Woche ausmacht. Grosse Schwankungen sind demnach nicht auszumachen, welche für eine Umsatzentwicklung während einer bestimmten Saison sprechen. Ausserdem spiegeln sich die Spitzen, welche in den Sommermonaten bei den Ausstiegen der ZSG in Rapperswil zu verzeichnen sind (vgl. E. 3a/cc), im Umsatz des MRB nicht wieder. Vielmehr ist während der Geltungsdauer des Sommerfahrplans der ZSG oder der Hochsaison während den Sommermonaten kein erheblicher Mehrumsatz erkennbar. Folglich besteht kein Zusammenhang zwischen dem saisonal stark schwankenden Zustrom von Touristen und dem Umsatzverlauf des MRB. Im Übrigen ist ausgeschlossen, dass der Betrieb das ganze Jahr sonntags geöffnet bleibt (vgl. BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.4.1).

dd) Der MRB liegt zwar am Rande des Altstadtperimeters, befindet sich aber ausserhalb der eigentlichen – autofreien – Altstadt von Rapperswil. Personen, welche mit dem Schiff anreisen, durchqueren die Altstadt nicht, sondern flanieren vielmehr am Seeufer entlang. Die Zugreisenden benutzen ebenfalls hauptsächlich den Fussgängerstreifen oder die Unterführung nahe des Sees, um in die malerische Altstadt von Rapperswil zu gelangen. Überdies muss vom Bahnhof her zuerst eine viel befahrene Kantonsstrasse mit Lichtsignal überquert werden, um den MRB zu erreichen. Dieser befindet sich zudem in einem unscheinbaren, modernen Gebäudekomplex und ist von aussen kaum erkennbar. Das Geschäft ist folglich von ortsunkundigen Touristen kaum zu entdecken. Schliesslich verfügt der MRB nicht nur über Einkaufskörbe, sondern im Innenbereich und vor dem Hintereingang Richtung Altstadt über ca. vierzig Einkaufswagen. Solche sprechen für Grosseinkäufe und nicht für Einkäufe von Tagestouristen. Der Marktauftritt spricht damit gegen die spezifische Befriedigung touristischer Bedürfnisse. Im Übrigen ist die Lage der Migros-Filiale in Rapperswil-Jona eine ganz andere als diejenige in Lausanne-Ouchy. Die Touristen, welche sich in Ouchy am Genfersee entlangbewegen, haben – anders als die Ausflugstouristen in Rapperswil – das Ladengeschäft des Migros direkt im Blickfeld. Schliesslich befindet sich die Métro-Station von Ouchy-Olympique in Sichtweite des Ladengeschäfts.



ee) Entgegen der Ansicht der Rekurrentin ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu prüfen, ob sich die Touristen anderweitig versorgen können (BGer 2C_379/2013 und 2C_419/2013 vom 10. Februar 2014 E. 5.3.2; BGE 140 II 46 E. 5.2 mit Hinweis auf BGer 2A.578/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5).

Für Schiffsreisende hat es direkt am See und in der Altstadt zahlreiche Restaurants, Cafés, Glacéverkäufer und mit dem Gourmellino einen Take-Away. Das historische Seebad, welches an der Seepromenade liegt, verfügt über einen Kiosk mit Snacks und Getränken (vgl. www.badi-info.ch/rapperswil-seebad.html). Des Weiteren befindet sich im Bahnhofareal eine „avec“-Filiale, die neben Produkten des täglichen Bedarfs ein reiches Sortiment an Zwischenverpflegung führt. Schliesslich befindet sich im Gebäude an der Unteren Bahnhofstrasse 19 in Rapperswil-Jona im Eingangsbereich ein Migros Take-Away, welcher sonntags von 10 bis 17 Uhr geöffnet hat. Touristen können ihre Besorgungen für den Tagesausflug ohne weiteres dort erledigen. Der Kinderzoo, eine der grössten Attraktionen in Rapperswil-Jona, befindet sich ausserhalb des Altstadtperimeters und auf der anderen Seite der Bahnlinie in rund fünfminütiger Gehdistanz zum Bahnhof. Dort gibt es ebenfalls verschiedene Verpflegungsmöglichkeiten (drei Restaurants für Snacks, Lunchpause, Take-Away und Abendessen; vgl. www.knieskinderzoo.ch). Die Besucher werden sich daher in aller Regel im Zoo selbst verköstigen und sich vorher nicht im MRB mit Verpflegung eindecken. Ein Besuch im weitläufigen Kinderzoo nimmt überdies viel Zeit in Anspruch, sodass wenn überhaupt nur wenig Zeit für den Besuch anderer Attraktionen in Rapperswil-Jona bleibt. Die Bedürfnisse von Ausflugstouristen, welche sich in Rapperswil-Jona aufhalten, sind demnach genügend anderweitig abgedeckt

4.- Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Der Altstadtperimeter von Rapperswil-Jona ist zwar als Ausflugsort im Sinn von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 einzustufen und dem Fremdenverkehr kommt an diesem Ort wesentliche Bedeutung zu. Die MRB dient jedoch nicht der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen. Damit gilt das Sonntagsarbeitsverbot gemäss Art. 18 ArG. Eine Ausnahmegewilligung nach Art. 19 ArG liegt nicht vor und die Voraussetzungen nach Art. 27 ArG sind nicht erfüllt.

5.- a) Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Es gilt der



St.Galler Gerichte

Grundsatz der Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens. Die amtlichen Kosten von Fr. 3'200.– sind daher der Rekurrentin aufzuerlegen (vgl. Art. 7 Ziff. 122 der Gerichtskostenverordnung, sGS 941.12). Der Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– ist anzurechnen.

b) Zuzufolge Abweisung des Rekurses hat die anwaltlich vertretene Rekursbeteiligte Anspruch auf eine volle ausseramtliche Entschädigung (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP). Der Rechtsvertreter macht eine Entschädigung von Fr. 6'534.– geltend (Honorar Fr. 5'750.–, Barauslagen Fr. 230.–, Fahrspesen Fr. 70.– und Mehrwertsteuer Fr. 484.–). In Verfahren vor der Verwaltungsrekurskommission wird das Honorar nicht nach Zeitaufwand, sondern pauschal festgelegt. Es beträgt zwischen Fr. 1'000.– und Fr. 12'000.– (Art. 22 Abs. 1 lit. b der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75, abgekürzt: HonO). Im ersten Verfahren (VRKE III-2012/2 und 3 vom 16. Dezember 2011) wurde dem Rechtsvertreter ein Honorar von Fr. 3'600.– zugesprochen. Von diesem Betrag ist im vorliegenden Verfahren auszugehen. Zu berücksichtigen ist, dass der zweite Augenschein im Wesentlichen eine Wiederholung des ersten war. Aufwandmindernd wirkten sich ebenfalls die klaren Vorgaben des Bundesgerichts (Urteil 2C_379/2013 und 2C_419 vom 10. Februar 2014) für das Rückweisungsverfahren aus. Auf der anderen Seite musste sich der Rechtsvertreter mit den neuen Sachverhaltsabklärungen, namentlich dem neuen Datenmaterial auseinandersetzen, zu den umfangreichen Eingaben der Rekurrentin Stellung nehmen und das Augenscheinprotokoll prüfen. Unter den gegebenen Umständen erscheint es gerechtfertigt, dass Honorar etwas höher anzusetzen als beim ersten Verfahren, und zwar bei Fr. 4'200.–. Hinzuzuzählen sind die Barauslagen von Fr. 168.–, die Fahrspesen von Fr. 100.– und die Mehrwertsteuer von Fr. 357.45 (Art. 28 Abs. 2 lit. c, Art. 28^{bis} Abs. 1 und Art. 29 HonO), so dass die ausseramtliche Entschädigung insgesamt Fr. 4'825.45 beträgt; entschädigungspflichtig ist die Rekurrentin.

Entscheid:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Rekurrentin hat die amtlichen Kosten von Fr. 3'200.– zu bezahlen. Der



Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– wird angerechnet.

3. Die Rekurrentin hat die Gewerkschaft UNIA mit Fr. 4'825.45 ausseramtlich zu entschädigen.