

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

III. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Entscheid vom 17. Februar 2004

In der Beschwerdesache
(3A 03 178)

Garage-X AG, in Y.,

Beschwerdeführerin,

gegen

den **Oberamtmann**, und
die **Gemeinde Y.**

Beschwerdegegner,

betreffend

**Gewerbepolizeirecht,
Ladenschlusszeiten,
Öffnungszeiten einer Benzintankstelle mit "Shop",
(Entscheid des Oberamtmannes vom 13. November 2003)**

hat sich ergeben:

- A. Das freiburgische Gesetz vom 25. September 1997 über die Ausübung des Handels (HAG, SGF 940.1) regelt in den Art. 6 ff. die Öffnungszeiten der Geschäfte. Die anwendbaren Bestimmungen lauten, soweit für das vorliegende Verfahren relevant, wie folgt:

Art. 7 **Öffnungszeiten**

¹ Die Geschäfte dürfen von Montag bis Freitag von 6 bis 19 Uhr und am Samstag von 6 bis 16 Uhr geöffnet werden. Geschäfte, die einer Käserei angegliedert sind, können insbesondere während der Milchlieferungszeit auch an Samstagen bis 19 Uhr geöffnet werden.

² In den touristischen Gebieten können die Gemeinden während der Saison die Schliessungszeiten von Montag bis Samstag bis 22 Uhr hinausschieben.

Art. 8 **Nächtliche Öffnungszeit**

¹ Die Gemeinden können die Schliessung an einem Tag pro Woche, ausser am Samstag, für alle Geschäfte auf 21 Uhr verlegen.

² Sie können für besondere Veranstaltungen oder für bestimmte dauerhaft betriebene Geschäfte, die Speisen und Getränke zum Mitnehmen anbieten, ausnahmsweise weitere Abendverkäufe bewilligen.

Art. 9 **Schliessung an Sonn- und Feiertagen**

a) Grundsatz

¹ An Sonn- und Feiertagen bleiben die Geschäfte geschlossen. Die in den Artikeln 10 und 11 vorgesehenen Ausnahmen bleiben vorbehalten.

² Die Liste der Feiertage wird durch die Gesetzgebung über die Arbeit in Industrie, Handel und Gewerbe festgesetzt.

Art. 10 **b) Allgemeine Ausnahmen**

¹ Die Gemeinden können für die Zeit von 6 bis 19 Uhr die Öffnung folgender Geschäfte an Sonn- und Feiertagen bewilligen:

a) ...

e) ... und die Tankstellen.

² Umfasst ein Geschäft mehrere Tätigkeiten, so ist jene, die den eigentlichen Charakter des Geschäftes ausmacht, für die Anwendung des Absatzes 1 massgebend.

³
...

Art. 13 **Zuständigkeit der Gemeinden**

¹ Die Gemeinden sorgen für die Einhaltung der Bestimmungen über die Öffnungszeiten für Geschäfte und treffen die Sanktionen bei Zuwiderhandlungen.

² Sie können im Rahmen dieses Gesetzes in einem allgemeinverbindlichen Reglement von den ordentlichen Öffnungszeiten abweichen.

Am 2. Oktober 2001 hat der Staatsrat dem Grossen Rat eine Änderung unter anderem des Art. 8 HAG vorgeschlagen. Er stellte fest, dass der bisherige

Art. 8 HAG keine besondere Regelung für die nächtlichen Öffnungszeiten von Tankstellen und so genannten Shops, die diesen Tankstellen angegliedert sind, enthalte. In der Regel würden die Shops zwischen 6 und 8 Uhr geöffnet und zwischen 20 und 22 Uhr, in einem Fall sogar um 24 Uhr, geschlossen. In den allermeisten Fällen würden die Öffnungszeiten nicht auf einer formellen Bewilligung, sondern auf einer reinen Toleranz der Gemeinde beruhen. Einige Gemeinden hätten zwar Bewilligungen erteilt, die sich auf Art. 8 Abs. 2 HAG stützen, der auf solche Geschäft aber gar nicht anwendbar sei (Botschaft zum Gesetzesentwurf zur Änderung des HAG in Amtliches Tagblatt der Sitzungen des Grossen Rates des Kantons Freiburg, TGR, 2001 S. 1613).

Der Grosse Rat beschloss darauf, dass Geschäfte für den dringenden Bedarf, das heisst für Verkaufsläden, die auf einer Fläche von höchstens 100 m² vor allem Lebensmittel und eine beschränkte Auswahl der gängigen Konsumgüter anbieten (darunter fallen auch Geschäfte, die direkt einer Tankstelle angeschlossen sind), von Montag bis Samstag bis 21 Uhr geöffnet werden dürfen. In der Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 wurde diese Gesetzesänderung verworfen.

- B. Am 16. November 2000 setzte der Gemeinderat von Y. gestützt auf sein Reglement über den Handel und die Geschäftsöffnungszeiten die Geschäftsöffnungszeiten für die Garage X. AG, die in Y. eine Autoreparaturwerkstatt mit einer Benzintankstelle und einem Shop führt, wie folgt fest: von Montag bis Freitag von 6 bis 20 Uhr, am Samstag von 7.30 bis 20 Uhr und am Sonntag von 7.30 bis 19 Uhr.

Gestützt auf die negative Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 gelangte die Sicherheits- und Justizdirektion (SJD) mit einem Rundschreiben an die Gemeinden des Kantons und teilte ihnen mit, dass die Tankstellenshops nunmehr den ordentlichen Öffnungszeiten unterstehen und demnach von Montag bis Freitag von 6 bis 19 Uhr und am Samstag von 6 bis 16 Uhr geöffnet bleiben dürften. An Sonn- und Feiertagen seien die Geschäfte grundsätzlich zu schliessen; die Gemeinden könnten allerdings den Tankstellenshops, wie auch den übrigen Geschäften einen wöchentlichen Abendverkauf gewähren, indem die Schliessung an einem Tag pro Woche auf 21 Uhr verlegt werde. Des Weiteren könnten die Gemeinden auch an Sonn- und Feiertagen für die Zeit von 6 bis 19 Uhr die Öffnung der Tankstellenshops und anderer im Lebensmittelbereich spezialisierter Geschäfte bewilligen. Diese erweiterten Öffnungszeiten könnten jedoch nur bewilligt werden, wenn dies in einem allgemein verbindlichen Gemeindereglement vorgesehen sei.

Offenbar am 30. Juni 2003 informierte der Gemeinderat von Y. die Garage X. AG, dass er seine Bewilligung vom 16. November 2000 aufheben werde. Am

17. Juli 2003 verfügte er die sofortige Aufhebung seines Entscheids vom 16. November 2000 und setzte die Öffnungszeiten neu wie folgt fest:

- Montag bis Donnerstag 6 bis 19 Uhr
- Freitag 6 bis 21 Uhr
- Samstag 6 bis 16 Uhr
- Sonn- und Feiertage - Shop: 6 bis 12 Uhr
- Tankstelle: bis 19 Uhr.

Gegen diesen Entscheid erhob die Garage X. AG am 12. August 2003 bei der Gemeinde Einsprache und beantragte, die Öffnungszeiten seien gemäss Verfügung vom 16. November 2000 festzusetzen. Der Gemeinderat wies am 26. August 2003 die Einsprache ab. Die Garage X. AG reichte am 29. September 2003 beim Oberamtmann Beschwerde ein, die am 13. November 2003 abgewiesen wurde. Einer allfälligen Beschwerde entzog der Oberamtmann die aufschiebende Wirkung.

- C. Am 15. Dezember 2003 lässt die Garage X. AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen. Sie schliesst auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und auf Festsetzung der Ladenöffnungszeiten gemäss Verfügung vom 16. November 2000. Zudem sei die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen. Zur Begründung machte sie geltend, dass der angefochtene Entscheid willkürlich sei, keinen Halt im Gesetz finde und dass eine mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbarende Auslegung vorliege. Auch fehle es an einem öffentlichen Interesse für kürzere Öffnungszeiten, weshalb eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vorliege (Art. 27 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101). Schliesslich sei der Entscheid nicht verhältnismässig, verletze das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) und den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

Der Oberamtmann und die Gemeinde Y. schliessen auf Abweisung der Beschwerde.

- D. Mit Entscheid vom 15. Januar 2004 wies das Verwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

Bereits am 4. November 2003 hat das Verwaltungsgericht in einer ähnlichen Sache ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Das Bundesgericht hiess am 30. Januar 2004 eine gegen diesen Entscheid gerichtete staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs gut; materiell hat sich das Bundesgericht zur Sache nicht geäussert (Entscheid 2P.312/2003). Gestützt darauf ersuchte die Garage X. AG mit Eingabe vom 4. Februar 2004, den Entscheid vom 15. Januar 2004 in Wiedererwägung zu ziehen und das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu genehmigen.

Der III. Verwaltungsgerichtshof zieht in Erwägung:

1. a) Aus den Materialien zur Revision des HAG ergibt sich, dass es der Exekutive (Staatsrat) darum ging, eine allzu grosszügige Auslegung von Art. 8 HAG und folglich eine Aushöhlung dieser gesetzlichen Regelung zu verhindern. Von der Ausnahmegewilligung des Art. 8 Abs. 2 HAG kämen nur solche Betriebe in Frage, die tatsächlich zum sofortigen Verzehr bestimmte Speisen zum Mitnehmen anbieten würden wie beispielsweise Anbieter von asiatischen Gerichten oder Kebab- oder Pizzaverkäufer. Nicht in diese Kategorie würden Geschäfte fallen, die lediglich Lebensmittel oder sonstige Waren zur Deckung von Grundbedürfnissen anbieten würden. Damit seien Tankstellenshops ausdrücklich von der Ausnahmeregelung ausgenommen (TGR 2001 S. 1613). In der Eintretensdebatte vor dem Grossen Rat (Legislative) haben der Kommissionssprecher und der Regierungsvertreter festgehalten, dass die Tankstellenshops hinsichtlich der Öffnungszeiten das Gesetz nicht einhalten und infolgedessen unter den Gewerbetreibenden eine Rechtsungleichheit schaffen würden. Das Gesetz sehe keine längeren Öffnungszeiten für Tankstellenshops vor. Die Meinungen der politischen Parteien waren indes geteilt, trotzdem wurde Eintreten beschlossen, die Sache aber an die Kommission zurückgewiesen (TGR 2001 S. 1734 ff.). In der ersten Lesung zum Gesetzesentwurf hielt der Regierungsvertreter erneut fest, dass die Öffnungszeiten der Tankstellenshops illegal seien ("*... se sont développés ces dernières années en toute illégalité ...*"). Im Kanton seien nur zwei Gemeinden bemüht, das Gesetz durchzusetzen. Die Tankstellenshops hätten sich wie die anderen Geschäfte zu verhalten (TGR 2002 S. 270). Der Grosse Rat hat sich dann für eine etwas grosszügigere Lösung entschlossen (vgl. oben unter Sachverhalt A).

- b) Für das Referendumskomitee (vgl. Abstimmungsbroschüre) war die vom Grossen Rat vorgeschlagene Verlängerung der Geschäftsöffnungszeiten inakzeptabel. Die Sonntagsarbeit werde ohne Grund erweitert. Dem Willen des Freiburger Volkes werde nicht Rechnung getragen. Bereits im Jahre 1996 hätten 78 % der Freiburger eine Erweiterung der Geschäftsöffnungszeiten abgelehnt. 10'000 Referendumsunterzeichner hätten durch ihre Unterschrift bestätigt, dass sie keine Liberalisierung wünschten. Das neue Gesetz schaffe einen unlauteren Wettbewerb. Die Betreiber von Quartierläden, die Detailhändler, Metzger und Bäcker des Kantons, die bereits heute in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet seien, würden diese unlautere Verlängerung der Öffnungszeiten kategorisch ablehnen. Trotz dieser Umstände hätten sich die bürgerlichen Grossräte einzig vom

Profitdenken leiten lassen, obwohl die Löhne des Verkaufspersonals noch immer sehr niedrig, die Arbeitsbedingungen der Verkäuferinnen und Verkäufer oft schwierig seien, was sich auch auf deren Gesundheit auswirke, die Arbeitgeber der Verkaufsbranche sich weigern würden, für ihr Personal einen Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen, die Sonntagsarbeit allmählich – unter völliger Umgehung des Gesetzes – zur Banalität werde, das Familienleben und die gesellschaftliche Integration der Verkäuferinnen und Verkäufer darunter zu leiden habe, die grossen Erdölgesellschaften sich die Hände reiben würden, denn es sei in ihrem Interesse, eine grösstmögliche Liberalisierung zu erreichen. Für die Verteidigung der Lebensqualität, für die Verbesserung der sozialen Bedingungen des Verkaufspersonals und für die Beibehaltung der kleinen Quartier- und Dorfläden sei das Gesetz deshalb abzulehnen.

- c) Der Staatsrat hielt demgegenüber in der Abstimmungsbroschüre fest, dass er, wie auch der Grosse Rat, der Ansicht sei, dass das HAG geändert werden müsse, da einige Bestimmungen dieses Gesetzes den heutigen Bedürfnissen der Konsumenten nicht mehr entsprechen würden. Er habe dem Grossen Rat einen Gesetzesentwurf unterbreitet, der jedoch weniger weit ging als der zur Abstimmung stehende Erlass. Nach seinem ursprünglichen Entwurf wären die Tankstellenshops, wie alle übrigen Geschäfte, den ordentlichen Geschäftsöffnungszeiten unterstellt gewesen. Er habe dadurch der allgemeinen Tendenz, die gesetzlichen Öffnungszeiten zu umgehen, entgegenwirken, wollen. Das vom Grossen Rat verabschiedete Gesetz unterscheide sich vom ursprünglichen Entwurf insofern, als es eine neue Kategorie von Geschäften einführe, die sogenannten "Geschäfte für den dringenden Bedarf" (*franz.: „dépanneurs“*). Sofern ihre Fläche 100 m² nicht übersteige, könnten diese Geschäfte inskünftig längere Öffnungszeiten praktizieren. Falls das Gesetz abgelehnt werde, würden die ordentlichen Schliessungszeiten (19 Uhr von Montag bis Freitag, 16 Uhr am Samstag) mit sofortiger Wirkung auf alle Kioske und Tankstellenshops angewandt und durchgesetzt. Werde das Gesetz angenommen, so könnten diese Geschäfte in Zukunft von Montag bis Samstag bis 21 Uhr geöffnet bleiben. Unabhängig vom Ausgang der Abstimmung bleiben die heute praktizierten, weitergehenden Öffnungszeiten (bis 22 Uhr oder noch später) gesetzwidrig und würden nicht mehr toleriert werden.
 - d) Die Stimmberechtigten haben in der Volksabstimmung vom 18. Mai 2003 mit 37'437 gegen 36'346 die vorgeschlagene Gesetzesänderung abgelehnt.
2. a) Nach dem Gesagten bleibt einmal festzuhalten, dass die Gemeinden im Bereich der Öffnungszeiten für Geschäfte, die sich auf ihrem Gebiet befinden, kaum Entscheidungsfreiheit haben. Sie haben sich in erster Linie an das kantonale Gesetz zu halten und sind nur im Rahmen des Gesetzes

ermächtigt, in einem allgemein verbindlichen Reglement von den ordentlichen Öffnungszeiten abzuweichen (Art. 13 Abs. 2 HAG). Infolgedessen lässt sich grundsätzlich nicht beanstanden, dass die Gemeinde Y. die Öffnungszeiten für den Tankstellenshop der Beschwerdeführerin neue, dem Gesetz entsprechende Öffnungszeiten festlegt. Hätte sie das nicht getan, wäre der Staatsrat gestützt auf seine Aufsichtspflichten über die Gemeinden (vgl. Art. 150 des Gesetzes vom 25. September 1980 über die Gemeinden [GG, SGF 140.1]) von Gesetzes wegen verpflichtet gewesen, einzuschreiten und die Öffnungszeiten selbst neu zu bestimmen (...). Das HAG regelt abschliessend, wie die Öffnungszeiten festzulegen sind. Schliesslich ergibt sich aus den erwähnten Materialien, dass es den politischen Behörden insbesondere auch darum ging, die Öffnungszeiten für die Tankstellenshops für den gesamten Kanton einheitlich zu regeln.

- b) Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der Betrieb eines Tankstellenshops in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fällt. Der Entzug beziehungsweise die Einschränkung einer entsprechenden Bewilligung, dazu können auch staatliche Massnahmen hinsichtlich Öffnungszeiten des Betriebs fallen, muss daher den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 BV) genügen. Solche Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 BV). Sodann müssen solche Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV) sowie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (Art. 36 Abs. 3 BV). Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV).
3. a) Die Beschwerdeführerin kritisiert die Interpretation des Art. 8 Abs. 2 HAG durch die Vorinstanzen als verfassungswidrig. Ihr Tankstellenshop entspreche dem im Gesetz und Reglement umschriebenen Begriff als Lebensmittelgeschäft. Sie biete Lebensmittel des täglichen Bedarfs (Brot, Butter, Konfitüre, Trockenfleisch, Getränke und Sandwichs) an. Es handle sich somit zwingend um ein Lebensmittelgeschäft. Auch würden Speisen und Getränke abgegeben, wie Pizzas, die aufgewärmt werden können; weiter könnten Salate oder hausgemachte Sandwichs mitgenommen werden.
- b) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen ausgelegt werden. Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend. Andererseits vermag aber nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu

ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Richters bleibt, auch wenn er das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung veränderten Umständen anpasst oder es ergänzt. Die Gesetzesmaterialien können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, ein wertvolles Hilfsmittel sein, um den Sinn der Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine klare Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe nicht dienlich. Insbesondere bei verhältnismässig jungen Gesetzen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden. Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend. Ist in der Gesetzesberatung insbesondere ein Antrag, das Gesetz sei im Sinne einer nunmehr vertretenen Auslegungsmöglichkeit zu ergänzen, ausdrücklich abgelehnt worden, dann darf diese Auslegungsmöglichkeit später nicht in Betracht gezogen werden (BGE 123 V 290 Erw. 6a S. 301; BGE 128 I 34 Erw. 3b S. 41).

Selbst von einem klaren Gesetzeswortlaut darf aber abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür sprechen, dass dieser nicht den wahren Sinn der betreffenden Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Grund und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (AGVE 1991 S. 189).

- c) Das Gesetz (HAG) nennt den Begriff Tankstellenshop nicht. In Art. 6 Abs. 1 legt es aber fest, dass die Bestimmungen hinsichtlich der Öffnungszeiten für "alle Detailhandelsunternehmen, deren Räumlichkeiten und Einrichtungen der Öffentlichkeit zugänglich sind und deren Tätigkeit darin besteht, dauerhaft oder gelegentlichsmässig Waren jeglicher Art zu verkaufen, zu vermieten oder Bestellungen dafür entgegenzunehmen oder Dienstleistungen zu erbringen" gelten. In einem Tankstellenshop werden, was notorisch ist, neben Lebensmitteln, auch andere Gegenstände des täglichen Gebrauchs, wie Presseartikel, Waschmittel, Hygieneartikel usw. angeboten. Ein solches Geschäft unterliegt gemäss Wortlaut klar dem HAG.

- d) Weiter ist zu prüfen, ob die Tankstellenshops den Geschäften gemäss Art. 8 Abs. 2 HAG gleichgestellt sind. Das ist zu verneinen. Zwar trifft es zu, dass die Tankstellenshops Speisen und Getränke, die zum sofortigen Verzehr bereit sind, zum Mitnehmen anbieten. Mit der im Mai zur Abstimmung vorgelegten Gesetzesänderung hat der Staatsrat klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Tankstellenshops nicht unter Art. 8 Abs. 2 HAG subsumiert haben will. Der Stimmbürger ist dieser Aussage gefolgt und dieses Ergebnis gilt es zu respektieren. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass offenbar auch andere Geschäfte, die gleiche Waren feilbieten wie Tankstellenshops, nicht unter Art. 8 Abs. 2 HAG fallen und ebenfalls nicht

von nächtlichen Öffnungszeiten profitieren können. Zu denken ist dabei insbesondere an die Lebensmittelgeschäfte in den Einkaufszentren.

- e) Die Beschwerdeführerin kann auch aus Art. 10 HAG nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das wesentliche Merkmal einer Tankstelle ist der Verkauf von Brennstoff für Motorfahrzeuge und nicht der Handel mit Lebensmitteln.
- f) Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es sich bei den Tankstellenshops um Verkaufsgeschäfte handelt. Sie fallen jedoch nicht unter Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 1 lit. e HAG, so dass sie für sich nicht die erweiterten Öffnungszeiten an den Abenden sowie an Sonn- und Feiertagen beanspruchen können. Von einer willkürlichen Auslegung des Gesetzes kann somit nicht gesprochen werden.

An diesem Ergebnis ändert auch das aus einer anderen Angelegenheit von Amtes wegen beigezogene Parteigutachten von Professor Zufferey nichts (vgl. unten Erw. 6 Abs. 2 und Erw. 8). Dieser behauptet jedenfalls nicht, dass Tankstellenshops unter Art. 8 Abs. 2 HAG fallen, sondern verweist ebenfalls auf die offenbar einhellige Meinung der verschiedenen Beteiligten, dass für die Tankstellenshops die ordentlichen Öffnungszeiten des Art. 7 HAG gelten.

- 4. a) Weiter bestreitet die Beschwerdeführerin ein öffentliches Interesse an der Einschränkung des Öffnungszeiten. Es könne nicht behauptet werden, dass mit den bisherigen Öffnungszeiten in Y. die öffentliche Ordnung, wie Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit, gefährdet gewesen wäre. Die Massnahmen der SJD, die Öffnungszeiten einzuschränken, seien auf die Beratungen im Grossen Rat zurückzuführen. Die Argumente aus den Gewerbekreisen, welche die Konkurrenz der Tankstellenshops befürchten, sowie jene aus gewerkschaftlicher Seite, namentlich das Fehlen eines Gesamtarbeitsvertrags, hätten eine Rolle gespielt. Diese Argumente seien nicht polizeilicher Art und infolgedessen nicht geeignet, die Wirtschaftsfreiheit in einem so entscheidenden Masse einzuschränken. Ihre Tankstelle liege in unmittelbarer Nähe der Autobahnausfahrt sowie an der stark befahrenen Strasse (...) und sei mehrere Hundert Meter von der Wohnzone entfernt. Es könne somit auch nicht behauptet werden, die nächtliche Ruhezeit werde gestört. Auch sei der Schutz der Arbeitnehmer durch das eidgenössische Arbeitsgesetz gesichert. Schliesslich müsse man das Konsumentenverhalten und damit den landesweiten Erfolg der Tankstellenshops berücksichtigen. Es bestehe offenbar ein öffentliches Interesse, dass in einem gewissen Einzugsgebiet bei Tankstellen Lebensmittel gekauft werden können. Das öffentliche Interesse spreche somit geradezu für die längeren Öffnungszeiten. Da es mithin an einem öffentlichen Interesse für die kürzeren Öffnungszeiten fehle, liege eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vor.

- b) Art. 27 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit, die insbesondere den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst. Unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht jede gewerbmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient. Die Wirtschaftsfreiheit kann beschränkt werden durch im öffentlichen Interesse begründete polizeiliche Massnahmen, die dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, Sittlichkeit und Sicherheit oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dienen, sowie Massnahmen sozialen oder sozialpolitischen Charakters soweit sie über eine gesetzliche Grundlage verfügen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sind, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren und nicht in den Kernbereich eingreifen. Unzulässig sind dagegen wirtschaftspolitische Massnahmen, die darauf abzielen, gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu begünstigen, soweit sie nicht in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Urteil des Bundesgerichts vom 7. August 2003, 2P.50/2003 mit zahlreichen Hinweisen; dieses Urteil kann in der Entscheid-Datenbank des Bundesgerichts, www.bger.ch, eingesehen werden).
- c) Der Beschwerdeführerin wird nicht vorgeworfen, dass mit einer verlängerten Öffnungszeit die öffentliche Ordnung in dem von ihr beschriebenen Sinne gestört werde, weshalb sich weitere Erläuterungen dazu erübrigen. Ziel der neuen Öffnungszeiten ist in erster Linie eine einheitliche Ordnung im Kanton. Eine solche Absicht beruht auf einem zulässigen öffentlichen Interesse. Dagegen ist, gemäss dem letzterwähnten Bundesgerichtsentscheid, das private Interesse der betroffenen Geschäftsinhaber an der uneingeschränkten wirtschaftlichen Tätigkeit abzuwägen. Die wirtschaftliche Tätigkeit ist nur im Bereich des Abend- und Sonntagsverkaufs eingeschränkt. Die Geschäfte können - mit Ausnahmen - grundsätzlich bis 19 Uhr offen bleiben. Diese Regelung hält sich somit im Rahmen des Üblichen und ist insofern verfassungskonform. Es bestehen auch keine Unterschiede zu anderen, ähnlichen Geschäften (vgl. immerhin unten Erw. 6). Dass das Geschäft der Beschwerdeführerin die Ruhe der Bewohner nicht stört, ist auch insofern nicht relevant, als nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. August 2003 es der schweizerischen Rechtspraxis entspricht, dass das Gemeinwesen aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung wie auch im Interesse der Praktikabilität alle Verkaufsgeschäfte ungeachtet ihrer zonenmässigen Einteilung grundsätzlich den gleichen Öffnungszeiten unterwirft.
- d) Die Behauptung der Beschwerdeführerin, das Konsumverhalten hätte sich geändert und die Tankstellenshops würden einem Bedürfnis entsprechen, ist nicht von der Hand zu weisen. Nach einer Studie sollen die Tankstellenshops mit Lebensmitteln und Kioskartikeln jährlich 1,1 Milliarden Franken umsetzen

und mithin in der Schweiz der fünftgrösste Lebensmittelhändler darstellen (vgl. Tages-Anzeiger vom 9. Februar 2004 S. 21). Darauf kommt es indes nicht an. Der Gesetzgeber beziehungsweise der Stimmbürger will keine überlange Öffnungszeiten. Mit der Einschränkung der Öffnungszeiten greift der Kanton auch nicht unzulässigerweise lenkend in den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage ein und behindert auch nicht den freien Wettbewerb. Die potentiellen Kunden dürften ohne weiteres in der Lage sein, ihre Einkäufe zu den üblichen Öffnungszeiten zu tätigen. Von einer Verletzung der Wirtschaftsfreiheit kann somit nicht gesprochen werden. Daran kann auch nichts ändern, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts hinsichtlich der Ladenöffnungszeiten stark umstritten wird und sogar die Kartellkommission eine Aufhebung der bestehenden Ladenschlussvorschriften empfiehlt (LEO SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Auflage, S. 101 ff.; PAUL RICHLI, Neue Aspekte in der Rechtsprechung zu den Ladenschlusszeiten, in ZBJV 1997 S. 574).

5. Die Beschwerdeführerin erachtet den angefochtenen Entscheid unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit als verfassungswidrig. Der Kerngehalt der Freiheit der unternehmerischen Betätigung sei grösser als der Schutz der Grundrechte von Dritten. Dabei seien die Folgen dieser unternehmerischen Betätigung zu berücksichtigen, namentlich die Beschäftigung von Personal. Auch habe sie (die Beschwerdeführerin) grosse Investitionen getätigt, deren Rentabilität durch die restriktiven Öffnungszeiten wesentlich beeinträchtigt werden.

In diesem Zusammenhang ist auf das unter Erw. 4 Gesagte zu verweisen. Dass offenbar weniger Personal angestellt werden kann oder auch Verkaufspersonal entlassen werden musste, ist äusserst bedauerlich, kann aber nichts daran ändern, dass das Gericht der Meinung des Gesetzgebers zu folgen hat. Der Einwand der grossen Investitionen kann nicht gehört werden. Investitionen stellen immer ein gewisses Risiko dar, über das sich der Unternehmer von vornherein bewusst sein muss.

6. Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung des Art. 8 BV (Rechtsgleichheit). Die Betreiberin des Kiosks beim Bahnhof Y. sei ihre Gewerbekonkurrentin. Jene beziehungsweise die Schweizerischen Bundesbahnen hätten den neuen Standort bewusst so gewählt, dass sie nicht unter die kantonale Gesetzgebung, sondern unter Art. 39 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) falle. Nach diesem eidgenössischen Gesetz würden die kantonalen Vorschriften über die Öffnungs- und Schliessungszeiten keine Anwendung finden (Art. 39 Abs. 3 EBG). Der Kiosk unterscheide sich nicht von einem Tankstellenshop und könne jedenfalls am Abend nicht als Bahnbetrieb bezeichnet werden. Für die Shops an den Autobahnraststätten sei die Problematik dieselbe. Die restriktive Auslegung des Art. 7 HAG durch die Behörden bewirke für sie eine

krasse Benachteiligung gegenüber Konkurrenten generell und gegenüber einem Konkurrenten, der sein Geschäft in kleiner Entfernung betreibt im Besonderen.

Das Verwaltungsgericht hat diese Einwände bereits in der Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung am Rande erörtert. Hinzuzufügen ist, dass das Bundesgericht dem Kauf am Bahnhof in Nebenbetrieben einen Ausnahmecharakter zugesteht, solche Betriebe zulässt und keine rechtsungleiche Behandlung der Gewerbetreibenden annimmt. Die gleichen Überlegungen gelten für Geschäfte in den Autobahnraststätten (BGE 125 I 431; BGE 123 II 317 und die Urteilsbesprechung von TOBIAS HAAG, in AJP 1998 S. 218 ff.; Entscheidung des Bundesgerichts vom 22. März 2001, 2A.256/2001, in ZBI 2003 S. 82 mit Kommentar von KARL HARTMANN; das entsprechende vorinstanzliche Urteil ist wiedergegeben, in ARV 2000 S. 4). Es wird auf die Erwägungen dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwiesen. Die Auffassung von Professor Zufferey, der in seinem bereits erwähnten Gutachten die Meinung vertritt, dass gerade aus Gründen der Rechtsgleichheit die Öffnungszeiten der Tankstellenshops verlängert werden müssten, kann aufgrund der klaren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht gefolgt werden.

7. Zur Begründung ihrer Anträge zieht die Beschwerdeführerin auch den Grundsatz des Vertrauensschutzes heran (Art. 9 BV). Sie habe sich vor dem Entscheid, ihren Shop auszubauen, von der bisherigen unbestrittenen Praxis hinsichtlich Öffnungszeiten leiten lassen. Sie habe eine Baubewilligung und eine Bewilligung für längere Öffnungszeiten beantragt und auch erhalten. Es habe nicht der geringste Zweifel bestanden, dass die bewilligten Öffnungszeiten nicht rechtens seien. Aus dem Nein des Stimmbürgers lasse sich nicht nur ableiten, dass dieser die neuen Öffnungszeiten nicht annehmen wollte, sondern auch, dass er mit der bisherigen Praxis einverstanden war.

Aus dem Vertrauensschutz kann nur derjenige Rechte ableiten, der gestützt auf eine genügende Vertrauensgrundlage eine Disposition getroffen hat, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann und ohne gesetzliche Grundlage darf eine einmal erteilte Bewilligung nur dann entzogen werden, wenn die Voraussetzungen für einen Widerruf erfüllt sind (vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Rz. 626 ff., besonders 660, 997 und 2553). Es mag zutreffen, dass die Beschwerdeführerin auch im Hinblick auf die verlängerten Öffnungszeiten ihr Geschäft vergrößert und mithin Investitionen getätigt hat. Diese baulichen Investitionen können aber nicht als Voraussetzung für die erweiterten Öffnungszeiten betrachtet werden. Die neuen, von der Gemeinde verfügbaren Öffnungszeiten können aber tatsächlich einen Bruch berechtigten Vertrauens in die Glaubwürdigkeit der staatlichen Verwaltungsorgane und somit eine unzulässige Verletzung des Vertrauensschutzes bedeuten. Indes

wird nicht behauptet, dass die Investitionen allein wegen den längeren Öffnungszeiten getätigt worden sind. Die Beschwerdeführerin wird weiterhin, wenn auch möglicherweise mit weniger Umsatz, ihrer Tätigkeit nachgehen können. Weiter hat der rechtswidrige Zustand nicht sehr lange, sondern erst seit der Bewilligung der Gemeinde vom 16. November 2000 gedauert. Aber wie dem auch sei, das öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer einheitlichen, gesetzesmässigen und dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Öffnungszeit ist hier höher zu werten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin.

8. Dem Gericht liegt, wie schon erwähnt, ein Parteigutachten von Professor Zufferey vor. Auf zwei Punkte wurde bereits eingegangen und sie wurden als nicht genug überzeugend verworfen. Einem weiteren Argument von Professor Zufferey, die restriktive Auslegung der anwendbaren Bestimmungen hinsichtlich der Öffnungszeiten für Tankstellenshops verstosse gegen Art. 27 BV, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Wohl sind das Konsumverhalten und der Schutz der Arbeitgeber keine Argumente, um die Öffnungszeiten einzuschränken. Im Gegenteil, die Nachfrage nach solchen Geschäften ist offensichtlich. Auch kann nicht bestritten werden, dass mit diesen Betrieben Arbeitsplätze geschaffen werden. Wenn aber wieder die früheren, nicht legalen Öffnungszeiten zugelassen würden, dürften sämtliche Tankstellenshops im Kanton berechtigt werden, länger ihr Geschäft offen zu halten. Arbeitnehmer und die entsprechenden Berufsorganisationen könnten sich dagegen nicht zur Wehr setzen (vgl. Art. 58 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, SR 822.11]). Das öffentliche Interesse rechtfertigt gerade die neue und strengere Praxis der kantonalen Behörden.
9. Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Mit der Erledigung in der Hauptsache wird das Gesuch vom 4. Februar 2004 um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.