



URTEIL

des

Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt

als Verwaltungsgericht

vom 19. Oktober 2007

Mitwirkende: Dr. Stephan Wullschleger (Vorsitz), Prof. Dr. Fritz Rapp,
Dr. Mathias Widmer, Dr. Olivier Steiner, Dr. Verena Trutmann
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Barbara Noser Dussy

Rekurs in Sachen

1. Dr. Y.
2. Dr. X.
3. Dr. W.
4. Dr. V.
5. Dr. U.
6. Med. dent. T.
7. Med. dent. S.
8. Med. den. R.
9. Med. dent. Q.
10. Med. dent. P.

alle c/o Z. Klinik, Basel

alle vertreten durch Dr. Beat Eisner, Advokat,
Elisabethenstrasse 15, 4010 Basel

gegen

einen Entscheid des Wirtschafts- und Sozialdepartements
vom 9. Oktober 2006

betreffend

Beschäftigung von Arbeitnehmenden am Sonntag und in der Nacht

Sachverhalt

In der „Z. Klinik“ werden zahnärztliche Dienstleistungen angeboten. Da in der Werbung die Öffnungszeiten der Zahnklinik regelmässig mit „Jeden Tag - 365 Tage im Jahr (...) von 8.00 h-22.00 h“ (z.B. im „20minuten“ vom 16. September 2005, Separatbeilage 1, Nr. 9) resp. „Jeden Tag offen, 07.30- 24.00 h“ (z.B. in der Basler Zeitung vom 11. Juni 2005, Separatbeilage 1, Nr. 9; so auch noch in der Tramwerbung vom Januar/Februar 2007, Rekursantwortbeilage 4) angegeben wurden, prüfte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), ob die Z. Klinik gegen das Verbot der Nachts- und Sonntagsarbeit verstosse. Ein Mitarbeiter des AWA, A._____ vom Arbeitsinspektorat, begab sich am 26. Juni 2005 in die fragliche Zahnklinik und erkundigte sich - noch ohne seine Funktion offen zu legen -, ob er am Sonntag einen Termin erhalten könne. Dies wurde ihm (gegen Vorkasse) ohne weiteres zugesagt (vgl. Aktennotiz A._____, Rekursantwortbeilage 5). Mit Schreiben vom 29. Juni 2005 teilte Dr. Y._____ dem AWA auf Anfrage mit, die Öffnungszeiten der Z. Klinik seien für Normalbehandlungen von „Freitag“ (recte wohl: Montag) bis Samstag 07:30 bis 22:00 Uhr und für Notfälle von Montag bis Samstag von 22:00 bis 24:00 Uhr und am Sonntag von 09:00 bis 24:00 Uhr (Separatbeilage 1, Nr. 7). Nach Prüfung der Sachlage erliess das AWA am 15. September 2005 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv: *„Per 1. Februar 2006 wird der Z. Klinik die Beschäftigung von Arbeitnehmenden am Sonntag und in der Nacht untersagt. Ausgenommen hiervon sind die Z. Klinik im Rahmen von § 5a der Zahnärzterverordnung zu übernehmen hat.“* (Rekursantwortbeilage 9). Die Verfügung wurde an folgende Adresse gesandt: „Z. Klinik, Herrn Dr. Y._____, Basel“.

Gegen diese Verfügung reichte Advokat Dr. Beat Eisner fristgerecht Rekurs beim Wirtschafts- und Sozialdepartement (WSD) ein. Als Rekurrenten nannte er:

- „1. Z. Klinik, einfache Gesellschaft derzeit bestehend aus den selbständig erwerbenden Zahnärzten Dr. Y._____, Dr. X._____, Med. dent. T._____, Dr. W._____, Dr. V._____, Dr. O._____, Med. dent. N._____, Med. dent. R._____, Med. dent. S._____, Basel
2. Herr Dr. Y._____, Basel
3. Herr med. dent. T._____, Basel“.

In ihrem Namen begehrte er die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung vom 15. September 2005, eventualiter die Aufhebung der genannten Verfügung (Separatbeilage 2 Nr. 1).

Das WSD hat den Rekurs mit Entscheid vom 9. Oktober 2006 abgewiesen. Das Dispositiv lautet: *„Der Rekurs wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Der Z. Klinik und jedem einzelnen gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter wird die Beschäftigung von Arbeitnehmenden am Sonntag und in der Nacht unter Vorbehalt von Notfalldiensten im Rahmen von § 5a der kantonalen Zahnärzterverordnung un-*

tersagt. Den Rekurrenten 1 bis 3 werden die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von Fr. 1'500.-- in solidarischer Verbindung auferlegt.“

Gegen diesen Entscheid haben erneut die Z. Klinik als einfache Gesellschaft, bestehend aus denselben neun namentlich genannten Zahnärzten wie im Rekurs an das WSD, sowie die Zahnärzte Dr. Y._____ und med. dent. T._____ Rekurs an den Regierungsrat angemeldet. In der Rekursbegründung vom 8. November 2006 wird beantragt, der Entscheid des WSD sei in Gutheissung des Rekurses vollumfänglich aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur Neu Beurteilung an „die Vorinstanz (Arbeitsinspektorat)“ zurückzuweisen, unter o/e Kostenfolge für das vorliegende wie für das vorinstanzliche Verfahren. Als in ihrer Funktion als Gesellschafter der einfachen Gesellschaft Rekurrierende werden nun 10 Personen aufgezählt: Von den bisher Genannten sind Dr. O._____ und med. dent. N._____ weggefallen, dafür sind Frau Dr. U._____ und die Herren med. dent. Q._____ und P._____ dazugekommen.

Der Vorsteher des Justizdepartements hat den Rekurs gestützt auf § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) an das Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen. Das WSD schliesst in seiner Rekursantwort auf kostenfällige Abweisung des Rekurses. Die Rekurrierenden halten in der Replik an ihren früher gestellten Begehren fest. In der Verhandlung des Verwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2007, an welcher von den Rekurrierenden Dr. Y._____ und med. dent. T._____ teilgenommen haben, ist Dr. Y._____ befragt worden und sind Dr. Beat Eisner als Vertreter der Rekurrierenden sowie Dr. Dieter Freiburghaus als Vertreter des WSD zum Vortrag gelangt, wofür auf das Protokoll verwiesen wird. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Erwägungen

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 42 OG in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG.

Gemäss § 13 Abs. 1 VRPG ist zum Rekurs berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Alle in der Rekursbegründung als Gesellschafter der Z. Klinik genannten zehn Personen sind als Adressaten des angefochtenen Entscheides resp. im Fall von Dr. U._____ sowie Medici Q._____ und P._____ als „zukünftige Gesellschafter“ i.S. von Ziff. 2 des entsprechenden Dispositivs von diesem unmittelbar berührt. Sie haben ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung und sind daher zum Rekurs legitimiert. Da eine einfache Gesellschaft allerdings nicht parteifähig ist, kann sie nicht Partei eines Verfahrens sein. Wer meint, in einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen zu sein, muss somit nicht als Gesellschaft, sondern in eigenem Namen rekurrieren. Dies haben die in der Z. Klinik tätigen Zahnärzte, resp. Advokat Dr. Eisner in ihrem Namen, insofern getan, als im Rekurs die einzelnen Zahnärzte unter dem Oberbegriff „Rekurrenten 1“ einzeln aufgeführt werden. Allerdings liegt von den nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheides neu zur Z. Klinik hinzugekommenen Zahnärzten Dr. U._____ und Medici Q._____ und P._____ keine ausdrückliche Vollmacht vor. Auf deren Nachforderung kann indessen verzichtet werden, da jedenfalls die anderen Zahnärzte legitimiert sind *und* den Advokaten gültig bevollmächtigt haben. Die Praxis des Verwaltungsgerichts, in zweifelhaften Fällen die Frage der Legitimation einzelner von mehreren Rekurrierenden offen zu lassen, sofern die verschiedenen Rekurrierenden zusammen einen Rekurs eingereicht haben und wenigstens einer von ihnen mit Sicherheit legitimiert ist (vgl. statt vieler VGE vom 18. Juni 2003 i.S. P.I.&Kons.; Heiner Wohlfahrt, Die Rekursbefugnis im baselstädtischen Verwaltungsprozess, BJM 1993 S. 113 ff., 120 mit Hinweisen), ist auf diesen Fall analog anzuwenden. Rekurrenten und damit Adressaten des vorliegenden Entscheides sind nach dem Gesagten die einzelnen als Mitglieder der Z. Klinik aufgeführten Zahnärzte, nicht die „Z. Klinik, einfache Gesellschaft, bestehend aus ...“. Eine zusätzliche separate Nennung der Herren Dr. Y._____ und med. dent. T._____ erübrigt sich.

Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

1.2 Sowohl die Rekurrierenden als auch das WSD haben im Verfahren Noven vorgebracht. Es ist zunächst zu prüfen, ob diese zugelassen werden können. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können im Verwaltungsgerichtsverfahren in der Regel keine Noven vorgebracht werden, da das Gericht grundsätzlich eine nachträgliche Verwaltungskontrolle ausübt, d.h. einen angefochtenen Entscheid nach der Sach- und Rechtslage beurteilt, wie sie im Zeitpunkt dessen Erlasses durch die Verwaltung bestanden hat, unter Ausserachtlassung neuer Tatsachen und Beweismittel (vgl. WULLSCHLEGER/SCHRÖDER, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 277 ff., 300). Hiervon wird allerdings in den Fällen abgewichen, in denen das Festhalten an der ursprünglichen Sach- und Rechtslage einem überspitzten Formalismus gleichkäme, oder wenn die neuen Tatsachen und Beweismittel dem Nachweis bereits früher vorgetragener Behauptungen dienen. Da zudem im *verwaltungsinternen* Rekursverfahren Noven unbeschränkt zugelassen werden (vgl. BJM 2004 202), befürworten WULLSCHLEGER/SCHRÖDER (a.a.O. S. 302) die Zulassung neuer tatsächlicher Vorbringen auch im Falle eines Sprungrekurses, wenn also das Verwaltungsgericht wie vorliegend eine Frage zu entscheiden hat, über die der Regierungsrat als verwaltungsinterne Rekursinstanz zuerst hätte entscheiden können. Diese Auffassung überzeugt, zumal es nicht in der Hand der Rekurrierenden liegt, ob der Regierungsrat oder direkt das Verwaltungsgericht über ihren Rekurs entscheidet. Die von den Rekurrierenden am 9. August und am 16. Oktober 2007 eingereichten Noven sind daher grundsätzlich zuzulassen. Verspätet sind hingegen - analog zur Regelung im Zivilprozess (vgl. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, § 11 N 54) - die erst anlässlich der Verhandlung vom Vertreter des WSD eingereichten Noven, zumal diese früher hätten eingereicht werden können oder für früher nachgewiesene Tatsachen keinen neuen Beleg liefern.

2.

2.1 Erster Streitpunkt im vorliegenden Verfahren ist die Gesellschaftsform der Z. Klinik. Die Rekurrierenden machen geltend, die in der Z. Klinik arbeitenden Zahnärzte seien als einfache Gesellschaft organisiert. Eine solche Gesellschaft sei keine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit. Es sei daher auch nicht zulässig, sie als Adressatin einer Verfügung zu behandeln und ihr die Beschäftigung von Arbeitnehmenden zu gewissen Zeiten zu untersagen. Die Verfügung des AWA hätte vielmehr an alle in der Z. Klinik arbeitenden Zahnärzte bzw. an die im Rekurs als Mitglieder der einfachen Gesellschaft genannten Personen adressiert werden müssen. Das sei nicht geschehen und könne auch nicht im Rekursverfahren nachgeholt werden. Die erstinstanzliche Verfügung habe daher bereits vom Ansatz her an schwerwiegenden Mängeln gelitten, welche - unbesehen von der Beurteilung der materiellen Rechtslage - die Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit der Verfügung zur Folge gehabt habe.

2.2 Die „Z. Klinik“ tritt in der Werbung (vgl. Separatbeilage 1 Nr. 9) sowie im Internet als Unternehmung mit eigener Firma auf, ebenso in ihrer Korrespondenz (vgl.

Briefkopf, Separatbeilage 1 Nr. 2). Im Handelsregister gibt es zwar den Eintrag einer Aktiengesellschaft mit der Firma „Z. Klinik AG“, deren Adresse mit der Klinik der Rekurrierenden übereinstimmt. Allerdings betreibt nicht diese Aktiengesellschaft die Z. Klinik, wird ihr Zweck doch mit „Vermietung und Instandhaltung von zahnmedizinischen Einrichtungen und Materialien aller Art sowie Erbringung von administrativen Dienstleistungen für Zahnärzte, insbesondere Beratung und Unterstützung im EDV-Bereich und in Belangen der Organisation und Administration, dem Inkasso sowie der Rekrutierung und Vermietung von Personal“ angegeben. Das AWA war noch von der Vorstellung ausgegangen, es handle sich bei der Z. Klinik um eine Einzelfirma von Dr. Y._____. Das WSD hingegen ist unter Berufung auf BGE 124 III 363 ff. zum Schluss gelangt, die Z. Klinik sei eine Kollektivgesellschaft, da sie ihre Dienstleistungen als einheitliches Unternehmen anbiete sowie mit einheitlichem Briefkopf und - wie in der Rekursantwort Ziff. I.7. beigefügt wurde - mit einheitlicher Zahlstelle auftrete. Sie sei daher gemäss Art. 562 OR parteifähig, und die angefochtene Verfügung sei korrekt eröffnet worden.

2.3 Wenn die Rekurrierenden geltend machen, sie seien eine einfache Gesellschaft, so gestehen sie damit zu, dass die einzelnen in der Z. Klinik praktizierenden Zahnärzte nicht völlig unabhängig voneinander wirken, sondern dass ein „animus societatis“ besteht und sie sich vertragsmässig „zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Kräften und Mitteln“ verbunden haben (so die Definition der einfachen Gesellschaft in Art. 530 OR), was auch konkludent erfolgen kann. Die Tätigkeit mehrerer Personen in Räumlichkeiten mit einem gemeinsamen Eingang, mit Empfangspersonal, das für alle zur Verfügung steht, und mit einer Infrastruktur, die allen zugute kommt, ist denn auch gar nicht anders denkbar als durch eine vertragsmässige Verbindung der Beteiligten. Wenn aber eine derartige Verbindung dahin geht, dass mehrere Personen „sich zum Zweck vereinigen, unter einer gemeinsamen Firma ein (...) nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe zu betreiben“, entsteht von Gesetzes wegen eine Kollektivgesellschaft (Art. 552 Abs. 1 OR). Diese gesetzliche Bestimmung ist zwingend. Wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, kann daher keine einfache Gesellschaft vorliegen. Im vorliegenden Fall haben sich mehrere Zahnärzte zusammengetan, um unter der Firma „Z. Klinik“ eine Zahnarztpraxis zu betreiben. Dass eine solche Praxis - zumal wenn es sich um einen grösseren Betrieb handelt - nach kaufmännischen Grundsätzen geführt werden muss, untersteht keinem Zweifel.

2.4 Doktrin und Praxis kennen allerdings in der Annahme von Kollektivgesellschaften eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die sog. liberalen Berufe geht, wo die persönliche Beziehung zum „Kunden“ entscheidend ist. Der Zusammenschluss von Anwälten oder Ärzten ist somit nicht leichthin als Kollektivgesellschaft zu behandeln. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt allerdings „auch bei der Ausübung der sog. ‚freien‘ Berufe eine kaufmännische Betriebsführung vor, wenn das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum

Klienten in den Vordergrund tritt, indem etwa im Hinblick auf eine möglichst hohe Rentabilität Planung betrieben, Organisationsbelangen besondere Aufmerksamkeit geschenkt, einer optimalen Finanzierung Sorge getragen, wirksame Werbung betrieben wird etc. (...). Dass zum heutigen Zeitpunkt zumindest jede grössere Anwaltskanzlei nach kaufmännischen Grundsätzen organisiert ist und einer geordneten Buchführung bedarf, kann (...) ohne weiteres bejaht werden“ (BGE 124 III 363 E. II.2.b S. 365). Die Erwägungen dieses Bundesgerichtsentscheides gelten mutatis mutandis auch für Zahnärzte, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat.

2.5 Die Rekurrierenden machen geltend, ihre Praxis sei nicht mit einer grossen Anwaltskanzlei vergleichbar. Die Vorinstanz habe selbst festgestellt, dass sie nicht über eine einheitliche Zahlstelle verfügte. Ausserdem bestehe bei ihnen ein persönliches, individuelles Verhältnis zwischen dem einzelnen Zahnarzt und seinen Patienten. Schliesslich verfüge jeder Zahnarzt über eine eigene KSK-Nummer. Die Z. Klinik sei daher als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Die Vorinstanz habe offensichtlich selbst eingesehen, dass ihre Argumentation nicht stimme. Entsprechend habe sie die Verfügung in dem Sinne ergänzt, als sie zusätzlich die einzelnen Gesellschafter als Verfügungsadressaten bezeichnet habe.

2.6 Wie das WSD in Ziff. 7 der Rekursantwort zutreffend festgestellt hat, war seine ursprüngliche Annahme, die Z. Klinik verfüge nicht über eine einheitliche Zahlstelle, falsch. Aus dem Internet-Auftritt der Z. Klinik geht hervor, dass die Z. Klinik als solche sowohl über ein Bankkonto bei der B. AG als auch über ein Postkonto verfügt. Auf der Internet-Seite werden im Übrigen auch zuoberst und fettgedruckt der „Firmenname“ und der „Firmenhauptsitz“ genannt, bevor die einzelnen Zahnärzte aufgeführt werden. Auch in der Korrespondenz der Z. Klinik mit dem AWA wurde im Briefkopf zunächst die Firma und erst danach der Verfasser des Schreibens, Dr. Y._____, genannt, ohne auf weitere selbständige Zahnärzte hinzuweisen (Separatbeilage 1 Nr. 2), weshalb denn auch das AWA fälschlicherweise von einer Einzelfirma ausging. In der Öffentlichkeit tritt die Z. Klinik regelmässig ausschliesslich als Zahnklinik unter ihrem Firmennamen, nicht als Zusammenschluss einzelner selbständiger Zahnärzte auf. Auch in Bezug auf die Behandlung tritt die persönliche Beziehung zum einzelnen Zahnarzt in den Hintergrund. In der Werbung wird in der Regel für die Klinik als solche, ohne Nennung der einzelnen Zahnärzte, geworben (vgl. Separatbeilage 1 Nr. 9), und im Internetauftritt werden die von der Z. Klinik als solche angebotenen Dienstleistungen aufgeführt, ohne Hinweis darauf, welcher Zahnarzt für welches Gebiet verantwortlich ist. Zumindest bei der Patientenakquisition spielt die Persönlichkeit der einzelnen Zahnärzte somit kaum eine Rolle. Wer sich neu bei der Z. Klinik als Patient anmeldet, wählt in aller Regel die Klinik als solche (wegen der Dienstleistungen oder der Öffnungszeiten) und nicht einen bestimmten Zahnarzt, auch wenn später der einmal zugeteilte Zahnarzt wohl auch die Fortsetzung der Behandlung durchführen wird. Das ergibt sich auch aus den auf der Homepage der Z. Klinik veröffentlichten Patientenberichten, wo vor allem der freundliche Empfang, die

gute Atmosphäre, die kurzen Wartezeiten, die kundenfreundlichen Öffnungszeiten und das gute Preis-Leistungsverhältnis, weniger die Leistungen oder die Persönlichkeit eines bestimmten Zahnarztes gelobt werden.

2.7 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass bei der Z. Klinik das Streben nach Wirtschaftlichkeit gegenüber der persönlichen Beziehung zum Patienten in den Vordergrund tritt und somit eine kaufmännische Betriebsführung i.S. des genannten Bundesgerichtsentscheides vorliegt. Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Z. Klinik eine Kollektivgesellschaft ist, resp. dass sie sich auf diesen nach aussen vermittelten Rechtsschein behaften lassen muss (BGE 124 III 363 E. II.2.b S. 367). Dass der Name „Z. Klinik“ für eine Kollektivgesellschaft keine zulässige Firmenbezeichnung ist, weil die Vorschrift von Art. 947 OR nicht eingehalten worden ist, ändert nichts am Umstand, dass eine Kollektivgesellschaft vorliegt (BGE 124 III 263 E. II.2.c S. 367). Als solche ist die Z. Klinik parteifähig und kann Adressatin einer gültigen Verfügung sein (Art. 562 OR). Dass sie entgegen der zwingenden gesetzlichen Vorschrift (Art. 552 Abs. 2, 553 OR) nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist, spielt vorliegend keine Rolle, da eine Kollektivgesellschaft bereits vor dem Registereintrag parteifähig ist (vgl. HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, N 480). Schliesslich wird das faktische Vorliegen einer Kollektivgesellschaft auch nicht dadurch beeinflusst, dass die einzelnen Zahnärzte eigene KSK-Nummern haben oder dass die Ausgleichskasse des Basler Volkswirtschaftsbundes davon ausgeht, es handle sich um eine einfache Gesellschaft. Die Zustellung der Verfügung an die Gesellschaft als solche ist daher korrekt erfolgt. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob - wie die Vorinstanz annimmt (vorinstanzlicher Entscheid E. II.4) - die Verfügung auch dann gültig und richtig zugestellt worden wäre, wenn keine Kollektivgesellschaft vorläge.

3.

3.1 Die Rekurrierenden rügen im Weiteren, der rechtserhebliche Sachverhalt sei unrichtig und ungenügend abgeklärt worden und es liege eine mangelhafte Begründung vor. Insbesondere weisen sie darauf hin, dass das AWA erst während des Rekursverfahrens vor der Vorinstanz ergänzende Erhebungen gemacht und eingereicht habe. Diese seien zudem noch vom Direktor gemacht worden, welcher nicht unabhängig sei.

3.2 Von einer unvollständigen oder unrichtigen Feststellung des Sachverhalts oder einer ungenügenden Begründung kann indessen keine Rede sein. Am 9. Mai 2005 gelangte das AWA an die Z. Klinik. Es teilte mit, dass es eine Arbeitkontrolle durchführe, und ersuchte um Unterlagen. Diese wurden am 10. Juni 2005 geliefert und führten - zusammen mit dem aus der öffentlichen Werbung entstandenen Eindruck - zur Vermutung, dass in der Z. Klinik rechtswidrige Sonntags- und möglicherweise Nachtarbeit geleistet werde. Eine Vorsprache von A._____, Mitarbeiter des AWA, vom 24. Juni 2005 bestärkte diesen Verdacht, wurde ihm doch ein Termin für

eine Zahnbehandlung am Sonntag versprochen und einzig von einer Vorauszahlung abhängig gemacht. Von einem Notfall war bei dieser Vorsprache keine Rede. Auf Anfrage teilte das Gesundheitsdepartement dem AWA am 6. September 2005 mit, gemäss internen Stellungnahmen der Kantonsärztin und des Direktors der Öffentlichen Zahnkliniken Basel-Stadt führe der gemäss § 5a der Zahnärzterverordnung von der Zahnärzte-Gesellschaft Basel (ZGB) organisierte Notfalldienst zu einer ausreichenden zahnärztlichen Notfallversorgung der Bevölkerung, so dass daneben kein zusätzlich Angebot notwendig sei (Separatbeilage 1 Nr. 8). Gestützt auf diese Auskunft verbot das AWA der Z. Klinik mit Verfügung vom 15. September 2005, Arbeitnehmer für zahnärztliche Behandlungen während der Nacht und am Sonntag zu beschäftigen, sofern dies nicht im Rahmen des von der Zahnärztesgesellschaft organisierten Notfalldienstes erforderlich sei. - Die vor dem Erlass der Verfügung erfolgte Abklärung des Sachverhaltes hätte zwar durchaus umfassender ausfallen können, sie ist jedoch ausreichend. Auch die Begründung der Verfügung des AWA genügt den Anforderungen der Praxis, ermöglichte sie doch den Rekurrierenden eine sachgerechte Anfechtung (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2 S. 236; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Rz 355). Darüber hinaus hat das über volle Kognition verfügende WSD im verwaltungsinternen Rekursverfahren zusätzliche Abklärungen getroffen und deren Ergebnis den Rekurrierenden zur Stellungnahme unterbreitet. Ihre Feststellung, dass dadurch eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt wäre (vgl. Ziff. 10.3 der Rekursantwort), ist zutreffend.

3.3 Die Rekurrierenden sind der Auffassung, auch das WSD habe den Sachverhalt nur ungenügend resp. unrichtig abgeklärt. Zur Begründung weisen sie darauf hin, dass der Verfasser eines Berichts vom 27. Februar 2006 betreffend den Notfalldienst, Dr. C._____, Direktor der Öffentlichen Zahnkliniken und ausserdem Mitglied der Schweizerischen Zahnärztesgesellschaft sei. Er stehe daher „mittelbar“ in einem Konkurrenzverhältnis zur Z. Klinik, so dass ihm die „verfahrensmässige Unabhängigkeit“ fehle. Diese Argumentation geht fehl. Allein der Umstand, dass Dr. C._____ der Schweizerischen Zahnärztesgesellschaft (SSO) angehört, bedeutet nicht, dass ihm die nötige Unabhängigkeit fehlte, um konkrete Fragen beantworten zu können. Als Direktor der Öffentlichen Zahnkliniken steht er zudem keineswegs in einem Konkurrenzverhältnis zur Z. Klinik, sind doch die Öffentlichen Zahnkliniken nicht wirtschaftlich ausgerichtet, sondern erfüllen die Aufgaben des Kantons Basel-Stadt im Bereich der sozialen Zahnpflege (§ 2 des Gesetzes über die öffentliche Zahnpflege; SG 328.200). Die von Dr. C._____ eingereichte Statistik schliesslich ist ein objektives Beweismittel, welches seine Einschätzung der Situation ohne weiteres nachvollziehbar macht. Die Teilnahme von Dr. C._____ im Verfahren als Verfasser einer behördlichen Auskunft ist somit nicht zu beanstanden. Bezeichnenderweise unterlassen es die Rekurrierenden denn auch, die von Dr. C._____ genannten Fakten als falsch zu bezeichnen oder deren Überprüfung durch einen unabhängigen Experten zu beantragen. Lediglich der Vollständigkeit halber ist beizufügen, dass das WSD mit Recht

darauf hingewiesen hat, dass eine mögliche Befangenheit nach ständiger Praxis *unverzüglich* zu rügen ist. Eine solche Beanstandung hätte somit bereits in der Eingabe vom 13. April 2006 (Separatbeilage 2 Nr. 6) erfolgen müssen. Tatsächlich wurde der Einwand aber erst später (Eingabe vom 20. April 2006, Replikbeilage 4) formuliert.

3.4 Aus der Stellungnahme von Dr. C. _____ und der von ihm eingereichten Statistik (Rekursantwortbeilage 6) ergibt sich, dass die Anzahl der Zahnnotfälle während der Nacht in den letzten Jahren bei durchschnittlich 343,75 und damit weniger als einem Fall pro Nacht lag. Bei den Tagesnotfällen war seit 2002 ein Rückgang zu verzeichnen, die Fallzahl lag im Jahr 2002 bei 1246 (3,41 Fälle pro Tag), im Jahr 2005 bei 1022 (2,8 Fälle pro Tag). In der Replik weisen die Rekurrierenden darauf hin, dass gemäss Zeitungsartikel vom 7. März 2007 (Replikbeilagen 1 und 2) die Zahl der Zahnnotfälle in Basel im Jahr 2006 deutlich angestiegen sei. Demgemäss hätten die Notfalldienste im vergangenen Jahr im Tagesdienst 1159 Patienten behandelt (das entspricht durchschnittlich 3,17 pro Tag); im Nachtdienst hätten 949 Personen angerufen, 382 davon (durchschnittlich 1,05 pro Nacht) hätten sofort behandelt werden müssen (BaZ vom 7. März 2007, Replikbeilage 2). Auch unter Berücksichtigung dieser Zunahme sind somit im ganzen Kanton Basel-Stadt täglich weniger als 5 Patienten notfallmässig zu behandeln. Die Rekurrierenden widersprechen denn auch der Feststellung der Vorinstanz nicht, dass keine Beschwerden aus der Bevölkerung betreffend das Notfalldienstangebot bekannt seien. Die schon vor der Vorinstanz aufgestellte Behauptung der Rekurrierenden, dass die von der SSO für den Notfalldienst beigezogenen Zahnärzte teilweise über mehrere Tage Dienst leisten müssten bzw. die öffentliche Zahnklinik und das Zentrum für Zahnmedizin jährlich Notfalldienste von mehr als einem bzw. zwei Monaten zugeteilt erhielten, belege einen zusätzlichen Bedarf an Notfallzahnärzten, wurde von der Vorinstanz als nicht nachvollziehbar verworfen. Im Rekurs haben die Rekurrierenden ihre Behauptung nicht näher substantiiert, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist. Es sind denn auch von Zahnarztseite keine Beschwerden bekannt, dass sie durch die ihnen zugeteilten Notfalldienste überfordert wären. Unter diesen Umständen ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der von der ZGB, der Basler Sektion der SSO, organisierte offizielle Notfalldienst die zahnärztliche Notfallversorgung der Bevölkerung ausreichend gewährleiste, keineswegs zu beanstanden.

In auffälliger Diskrepanz zu den genannten offiziellen Notfallzahlen steht die Angabe von Dr. Y. _____ (Rekurrent 1) im Schreiben an das AWA vom 29. Juni 2005, in der Z. Klinik würden am Sonntag in der Regel 7 bis 12 Patienten behandelt, wobei nur aus dem Zusammenhang des Schreibens herauszulesen ist, dass es sich dabei um Notfallpatienten handle (Separatbeilage 1 Nr. 7). Gemäss den Einsatzplänen der Z. Klinik (Separatbeilage 1 Nr. 5) sind denn auch jeden Sonntag durchgehend von 10:00 Uhr bis 21:00 Uhr eine bis zwei Mitarbeiterinnen in der Praxis anwesend. Die Dentalassistentinnen werden im Arbeitsvertrag zu einem Sonntagsdienst pro Monat verpflichtet (Separatbeilage 1 Nr. 5). Diese Zahlen lassen darauf schliessen, dass es

sich bei den von den Rekurrierenden am Sonntag behandelten Patienten Fällen keineswegs immer um Notfälle handeln dürfte. Das ergibt sich auch aus der Aktennotiz von A._____ vom 24. Juni 2005, wonach ihm auf Nachfrage eine normale Zahnbehandlung am Sonntag angeboten worden sei (Rekursantwortbeilage 5). Würden die Rekurrierenden am Sonntag tatsächlich nur Notfälle behandeln, so wäre es ihnen zudem ein Leichtes gewesen, dies vor Gericht (z.B. durch Einlage entsprechender Dossiers in anonymisierter Form) zu beweisen, um damit die Notwendigkeit ihres Notfalldienstes neben jenem der SSO zu belegen. Dies haben sie nicht getan. Es ist daher von der Richtigkeit der vorinstanzlichen Feststellung, dass der von der SSO organisierte Notfalldienst zur Notfallversorgung der Bevölkerung ausreiche, auszugehen.

Schliesslich ergibt sich aus der Statistik der SSO, dass für die von dieser Standesorganisation resp. ihren Basler Sektionen (ZGB/BL) im Auftrag des Gesundheitsdepartements organisierten Notfalldienste durchaus auch nicht der SSO angehörende Zahnärzte beigezogen werden. Allerdings weisen die Rekurrierenden zutreffend darauf hin, dass sie seit Oktober 2006 hierbei gezielt nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. Email, Rekursbeilage 2). Darauf ist zurückzukommen.

4.

4.1 Das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; ArG; SR 822.11) verbietet grundsätzlich die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Art. 16) und am Sonntag (Art. 18). Gemäss Art. 27 ArG können indessen bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von diesem grundsätzlichen Verbot ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist. Solche Bestimmungen können unter anderem für Betriebe der ärztlichen Behandlung erlassen werden (Art. 27 Abs. 2 lit. a). Gemäss Art. 4 und 18 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV2; SR 822.112) dürfen Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte ohne behördliche Bewilligung die bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Nacht und am Sonntag beschäftigen, soweit die Aufrechterhaltung von Notfalldiensten zu gewährleisten ist.

4.2 Sowohl die Vorinstanz als auch die Rekurrierenden weisen ausserdem auf § 5a der baselstädtischen Zahnärzterverordnung (SG 310.240) hin. In dieser Bestimmung - welche im Übrigen entgegen der missverständlichen Formulierung in der Rekursbegründung nicht aus dem Jahr 1945 stammt, sondern erst seit Januar 2001 in Kraft ist - hat der Regierungsrat Zahnärztinnen und Zahnärzte, welche mit einer Bewilligung des Sanitätsdepartements den Zahnarztberuf im Kanton Basel-Stadt ausüben, zur Teilnahme an dem von der Zahnärzte-Gesellschaft Basel (ZGB) organisierten zahnärztlichen Notfalldienst verpflichtet. Für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses ist diese Bestimmung allerdings nicht von wesentlicher Bedeutung, haben

doch die Vorinstanzen ihr Verbot, nachts und sonntags Personal zu beschäftigen, entgegen der Behauptung der Rekurrierenden gerade nicht auf diese Bestimmung gestützt, sondern die Teilnahme an diesem vom ZGB organisierten Notfalldienst ausdrücklich von ihrem Verbot ausgenommen. Die Relevanz von § 5a der Zahnärzterverordnung für den vorliegenden Fall erschöpft sich somit darin, dass daraus hervorgeht, dass die ZGB einen Notfalldienst organisiert und dass die Regierung mit der Verpflichtung aller in Basel-Stadt tätigen Zahnärzte zur Teilnahme daran sicherstellen wollte, dass dieser Notfalldienst die zahnärztliche Versorgung der Bevölkerung ausreichend gewährleistet (vgl. die parallele Bestimmung in § 2 Abs. 3 der Verordnung betreffend das Verfahren bei Erteilung von Bewilligungen zur selbständigen Tätigkeit als Ärztin oder Arzt [Ärztliche Berufsausübungs-Verordnung], SG. 310.210).

4.3 Klarzustellen ist, dass - wie der Vertreter des WSD in seinem Plädoyer vor Verwaltungsgericht zutreffend hervorhob (Protokoll S. 5 f.) - der angefochtene Entscheid nicht den Rekurrierenden selbst verbietet, nachts und am Sonntag zu arbeiten. Untersagt wird ihnen lediglich, am Sonntag Personal zu beschäftigen. Als selbständige Zahnärzte unterstehen die Rekurrierenden dem nächtlichen und sonntäglichen Arbeitsverbot im Arbeitsgesetz nicht. Ob sich ein allfälliges Arbeitsverbot für die Zahnärzte selbst auf andere gesetzlichen Vorschriften stützen liesse, ist an dieser Stelle nicht zu prüfen, da ein solches nicht erlassen worden ist.

5.

5.1 Die Rekurrierenden wenden sich zunächst gegen das verfügte Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmenden in der Nacht, indem sie darauf hinweisen, dass die in Frage stehenden Öffnungszeiten von 07:30 Uhr bis 24:00 Uhr das Nachtarbeitsverbot gar nicht tangierten, was das AWA in seiner Verfügung selbst festgestellt habe. Es sei sogar zugestanden worden, dass bei diesen Öffnungszeiten keine Beschränkung des Angebots auf Notfälle erforderlich sei. Trotzdem sei diesbezüglich ein Verbot verfügt worden. Dieses ziele darauf ab, etwas zu unterbinden, was gar nicht Gegenstand der effektiv ausgeübten Tätigkeit sei. Das WSD habe denn auch zutreffend festgestellt, dass der Erlass der Verfügung „deshalb insoweit wohl entbehrlich“ gewesen wäre (angefochtener Entscheid S. 7). Dennoch enthalte auch der Entscheid des WSD das entsprechende Verbot. Dieses sei für die Rekurrierenden nachteilig, erwecke es doch zu Unrecht den Anschein, sie hätten in der Vergangenheit gegen das Verbot der Nachtarbeit verstossen. Die entsprechende Passage des angefochtenen Entscheids (Dispositiv Ziff. 2, Passage „...und in der Nacht...“) sei daher ersatzlos aufzuheben.

5.2 Die Vorinstanz hat dem zu Recht entgegengehalten, dass die Z. Klinik in der Werbung Öffnungszeiten bis 24:00 Uhr kommuniziert habe. Eine solche Information könne den irrigen Anschein erwecken, dass sich die Patienten bis 24:00 Uhr behandeln lassen könnten (so wie sie in Einkaufsgeschäften bis zu den kommunizierten Ladenöffnungszeiten einkaufen können). Um diese Zeit müsse indessen die effektive

Arbeitszeit der Mitarbeitenden (inkl. Aufräumarbeiten etc.) beendet sein. Vor diesem Hintergrund sei nicht zu beanstanden, dass das AWA mit der Verfügung insoweit Klarheit schaffen wollte. Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Es ist im Übrigen nicht einzusehen, warum die Verwaltung keine Kompetenz zum Erlass von Verfügungen „mit deklaratorischem Charakter“ haben soll, wie die Rekurrierenden geltend machen, ist doch eine Verfügung gemäss der von ihnen selbst zitierten (Rekurs S. 20) allgemeinen Definition ein „individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch eine konkrete verwaltungs-rechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend *oder feststellend* (Hervorhebung beige) in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird“ (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N 854). Die Aufnahme des Nachtarbeitsverbots in die Verfügung resp. in den Entscheid der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden, obwohl keine Verletzung des Verbots festgestellt wurde.

6.

6.1 In Bezug auf das verfügte Verbot der Sonntagsarbeit machen die Rekurrierenden eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, des Legalitätsprinzips, des Prinzips der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen sowie der derogatorischen Kraft des Bundesrechts geltend.

6.2 Aus den zitierten Bestimmungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz ergibt sich, dass für Zahnärzte ein grundsätzliches Verbot besteht, ihr Personal am Sonntag arbeiten zu lassen. Ausnahmen von diesem Verbot sind nur möglich, *soweit die Aufrechterhaltung von Notfalldiensten zu gewährleisten ist*.

6.2.1 Die Tragweite der Ausnahmebestimmung von Art. 18 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 ArGV2 ist hauptsächlich davon abhängig, was unter dem Begriff der „Notfalldienste“ zu verstehen ist. Notfalldienst wird definiert als „*die Sicherstellung der ambulanten ärztlichen Versorgung ausserhalb der Sprechstunden in dringenden Fällen*“. Unter „dringende Fälle“ fallen Unfälle, plötzlich auftretende oder sich verschlimmernde Erkrankungen bedrohlichen Charakters, aber auch sonstige Erkrankungen aller Art von einigem Gewicht, deren Behandlung keinen Aufschub erduldet (POLEDNA/STOLL, Ärztlicher Notfalldienst: Pflicht oder Recht des Arztes?, AJP 2005 S. 1367). Ärzte sind im Grundsatz verpflichtet, rund um die Uhr und 365 Tage im Jahr für die Patienten ihrer eigenen Praxis und in Notfällen für praxisfremde Patienten zur Verfügung zu stehen. Sie können diese Pflicht erträglicher gestalten, indem sie durch die Organisation von Stellvertretungen resp. durch institutionalisierte Notfalldienste dafür sorgen, dass zu jeder Tages- und Nachtzeit ein kompetenter Arzt zur Verfügung steht, an welche sie ihre Patienten verweisen können. In der Praxis werden solche Notfalldienste regelmässig durch die Ärztevereinigungen organisiert. In Basel wird der allgemeine medizinische Notfalldienst durch die Medizinische Gesellschaft Basel (vgl. § 2 Abs. 3 Ärztliche Berufsausübungs-Verordnung), der zahnmedizinische Not-

falldienst - wie bereits erwähnt - durch die Zahnärzte-Gesellschaft Basel (vgl. § 5a Zahnärzteverordnung) organisiert. Sofern die Notfallversorgung der Bevölkerung dadurch nicht ausreichend sichergestellt ist, muss subsidiär das Gemeinwesen für einen geeigneten Notfalldienst sorgen (POLEDNA/STOLL, a.a.O. S. 1369 f.).

6.2.2 Daraus ergibt sich, dass Ärzte bzw. Zahnärzte berechtigt sind, ihr Personal am Sonntag zu beschäftigen, sofern sie dies im Rahmen des von den entsprechenden Berufsvereinigungen oder vom Gemeinwesen organisierten Notfalldienstes tun. Die Rekurrierenden machen darüber hinaus geltend, Art. 18 ArGV2 sei nur eine sog. „Minimalvorschrift“, gemäss derer ein Minimum an zahnärztlicher Notversorgung sichergestellt sein müsse. Dies schliesse jedoch nicht aus, dass *neben* dem offiziellen Notfalldienst der Zahnärzte-Gesellschaft Basel zusätzliche Notfalldienste eingerichtet würden. Die Auslegung der einschlägigen Vorschriften durch die Vorinstanz widerspreche dem klaren Wortlaut von Art. 18 ArGV2 wie auch von § 5a der Zahnärzteverordnung. Das Recht enthalte keine Bedürfnisklausel und lasse eine solche auch nicht zu (Rekursbegründung S. 23 f.).

6.2.3 Die Auffassung der Rekurrierenden, wonach es jedem Zahnarzt freigestellt sein müsse, sein Personal am Sonntag zu beschäftigen, um Notfallpatienten zu behandeln, widerspricht indessen dem grundsätzlichen Sonntagsarbeitsverbot von Art. 18 ArG. Ausnahmeregeln wie jene von Art. 18 ArGV2 sind eng auszulegen, andernfalls würde die Grundsatzbestimmung des Beschäftigungsverbots, welches im Interesse des Arbeitnehmerschutzes erlassen wurde, unterlaufen. Bereits aus dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 ArG, welcher die Ausnahme bestimmter Gruppen von Betrieben vom Sonntagsarbeitsverbot nur zulässt, *soweit dies mit Rücksicht auf ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist*, und jenem von Art. 18 ArGV2 („...soweit die Aufrechterhaltung von Notfalldiensten zu gewährleisten ist“) ergibt sich der klare Vorbehalt der *Notwendigkeit* eines solchen Notfalldienstes. Entsprechend werden auch allgemeine Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit gemäss Art. 19 Abs. 2 ArG nur bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen *unentbehrlich* sind. Das Bundesgericht hat hierzu ausdrücklich festgehalten, dass blosser Zweckmässigkeit für ein Abweichen vom Sonntagsarbeitsverbot nicht genüge, sondern nach dem klaren Wortlaut Unentbehrlichkeit verlangt werde. Der Gesetzgeber messe dem Sonntagsarbeitsverbot noch immer eine grosse Bedeutung zu (BGE 131 II 200 E. 6.3 S. 209, E. 6.4 S. 210, mit Hinweis auf BBL 1994 II 168 und BBL 1998 S. 1394; Urteil des Bundesgerichts 2A.542/2001, E. 4.1).

6.3 Eine Notwendigkeit der Rekurrierenden, am Sonntag Personal zu beschäftigen, bestünde nach dem Gesagten nur, wenn der von der ZGB organisierte Notfalldienst die Notversorgung der Bevölkerung nicht ausreichend gewährleisten würde. Wie vorne (E. 3.4) festgestellt wurde, ergibt sich indessen weder aus der Statistik der Zahnärztegesellschaft noch aus Presseberichten über eine Zunahme der Notfälle im Jahr 2006 noch aus dem Notfalleinsatz einzelner Zahnärzte während mehrerer Tage

eine Notwendigkeit für eine Sonntagsöffnung weiterer Zahnarztpraxen neben dem von der Zahnärztesgesellschaft organisierten Notfalldienst. Wenn die Rekurrierenden darauf verweisen, dass bei dem von der ZGB organisierten Notfalldienst nicht nur Zahnärzte aus Basel, sondern aus der ganzen Agglomeration Dienst leisten, was für die Patienten teilweise mit umständlicher Anreise verbunden sei, so machen sie damit im Ergebnis nicht die Notwendigkeit, sondern die Zweckmässigkeit eines zusätzlichen Notfalldienstes durch sie selbst geltend. Dies genügt jedoch wie gesehen nicht für ein Abweichen vom Sonntagsbeschäftigungsverbot.

6.4 Es ergibt sich daher aus dem Arbeitsgesetz und damit aus Bundesrecht, dass den Rekurrierenden kein Recht zusteht, ihre Praxis am Sonntag offen zu halten und hierbei Personal zu beschäftigen. Das Argument der Rekurrierenden, dieses Verbot widerspreche der Wirtschaftsfreiheit, läuft daher schon deshalb ins Leere, weil Schweizerische Gerichte nicht befugt sind, Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls unbeachtet zu lassen (Art. 190 BV in der seit 1. Januar 2007 geltenden Fassung; früher: Art. 191 BV). Im Übrigen besteht nach heute noch immer vorherrschender Meinung ein ausreichendes öffentliches Interesse am sonntäglichen Beschäftigungsverbot, um den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit verhältnismässig erscheinen zu lassen und damit zu rechtfertigen.

6.5 Unbegründet ist auch der Einwand der Rekurrierenden, das Verbot weiterer Notfalldienste als des durch die SSO (resp. ihre Basler Sektion, die ZGB) organisierten verletze das Legalitätsprinzip. Es finde keine Grundlagen in den einschlägigen Rechtsnormen und führe „auf kaltem Weg“ eine Bedürfnisklausel ein (Rekursbegründung S. 24). Wie vorstehend aufgezeigt wurde, ist das Sonntagsarbeitsverbot im Arbeitsgesetz (Art. 18 ArG) gesetzlich klar verankert und sind die Ausnahmebestimmungen (Art. 27 ArG, Art. 18 ArGV2) einschränkend auszulegen. Es geht nicht an, unter Hinweis auf das Legalitätsprinzip aus Ausnahmebestimmungen ableiten zu wollen, sie würden alles erlauben, was sie nicht ausdrücklich verbieten. Das Verbot ergibt sich vielmehr aus der Grundnorm, in deren Geiste die Ausnahmebestimmungen auszulegen sind. Wenn die hier in Frage stehende Ausnahmebestimmung ihre Anwendbarkeit davon abhängig macht, dass ein Notfalldienst aufrechterhalten resp. gewährleistet wird, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass jeder Zahnarztpraxis die Sonntagsarbeit generell zu erlauben sei, unabhängig vom effektiven Bedürfnis nach einem Notfalldienst. Dies würde das Sonntagsarbeitsverbot zumindest im Bereich von Arztpraxen vollständig aushöhlen. Die von der Rekurrierenden gerügte „Bedürfnisklausel“ ist mit andern Worten mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit im Bundesgesetz (Art. 27 ArG) selbst enthalten. Wenn das Bundesrecht die Zulässigkeit einer Beschäftigung von einer „Notwendigkeit“ abhängig macht, ist das nichts anderes als eine „Bedürfnisklausel“, deren Zulässigkeit schon gemäss Art. 190 BV hier nicht zu diskutieren ist.

6.6 Da sich das Sonntagsarbeitsverbot aus dem Bundesrecht ergibt, ist auch die Rüge einer Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts unbegründet.

6.7 Die Rekurrierenden versuchen, durch einen Vergleich mit den anders geregelten zahnärztlichen Notfalldiensten in andern Kantonen (Zürich, Aargau, Bern, Obwalden, Schwyz) nachzuweisen, dass die Gesetzesinterpretation der Vorinstanz falsch sei, müsse doch das Arbeitsgesetz in allen Kantonen gleich angewendet werden. Dabei verkennen sie, dass die Frage, wie die Notfallversorgung der Bevölkerung sicherzustellen ist und was hierfür ausreichend ist, durchaus von Kanton zu Kanton verschieden beantwortet werden kann und angesichts der unterschiedlichen räumlichen Verhältnisse wohl auch muss. Die Regelungen in andern Kantonen sind daher für den vorliegenden Fall ohne entscheidende Bedeutung. In Basel-Stadt haben die politischen Behörden die Organisation der zahnärztlichen Notfallversorgung dem ZGB übertragen. Ob die Rekurrierenden ihr Personal sonntags ausserhalb resp. zusätzlich zu den Notfalldiensten im Rahmen von § 5a der kantonalen Zahnärzterverordnung beschäftigen dürfen, hängt einzig davon ab, ob dieser „offizielle“ zahnärztliche Notfalldienst eine ausreichende Notfallversorgung der Basler Bevölkerung gewährleistet. Unerheblich sind daher auch zwei der Noveneingaben der Rekurrierenden vom 9. August 2007, nämlich ein Bericht über die Verleihung des „Prix Veuve Cliquot“ an zwei Zahnärztinnen, welche in Zürich zwei Grosspraxen führen (Novum 1) sowie ein Artikel der Aargauer Zeitung über ein in Aarau neu eröffnetes Zahnarztzentrum (Novum 2).

6.8 Eine weitere Rüge der Rekurrierenden geht dahin, das angefochtene Verbot verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebesitzer.

6.8.1 Als drittes Novum haben sie 9. August 2007 einen Bericht der Basler Zeitung vom 3. Mai 2007 über die Eröffnung der Zahnarztpraxis „D.“ im Basler Bahnhof SBB eingereicht, woraus unter anderem hervor geht, dass diese Praxis auch am Sonntag von 10.00 Uhr bis 16.00 Uhr geöffnet ist. Die Vorinstanz weist indessen zutreffend darauf hin, dass gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 27 Abs. 1ter ArG (in Kraft seit dem 1. April 2006) in Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetrieben in Bahnhöfen, welche auf Grund des grossen Reiseverkehrs Zentren des öffentlichen Verkehrs sind, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer generell auch sonntags beschäftigt werden dürfen. Von dieser Bestimmung profitiert auch die Zahnarztpraxis „D.“. Diese Ungleichbehandlung mit nicht in Bahnhöfen domizilierten Zahnarztpraxen ist somit vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich gewollt, und es ist dem Gericht verwehrt, sie auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen (Art. 190 BV). Der Hinweis auf die Praxis im Bahnhof hilft den Rekurrierenden nach dem Gesagten nicht. Im Gegenteil: Seit es dieses zahnärztliche Angebot am Sonntag in Basel gibt, ist ein sonntäglicher Notfalldienst (zusätzlich zu dem vom ZGB organisierten Notfalldienst) in der Praxis der Rekurrierenden noch weniger notwendig als zuvor. Nun können

auch jene Patienten, welchen der Weg zu einem Notfallzahnarzt in der Agglomeration zu umständlich ist, sich bequem in der Stadt behandeln lassen.

6.8.2 Mit Noveneingabe vom 16. Oktober 2007 weisen die Rekurrierenden zudem darauf hin, dass am Barfüsserplatz 6 mit dem „E.“ eine Zahnarztpraxis neu eröffnet wurde, welche am Sonntag von 12:00 Uhr bis 15:00 Uhr Behandlungen anbietet, wobei diese gemäss Werbung nicht auf Notfälle beschränkt sind (vgl. Baslerstab vom 15. Oktober 2007, Internetauftritt „www.e.ch“). Der Vertreter des WSD hat dazu in der Verhandlung des Verwaltungsgerichts festgehalten, das WSD habe von dieser neuen Klinik erst vor wenigen Tagen Kenntnis erhalten. Das AWA sei daran, Abklärungen zu treffen. Sollte dort tatsächlich Sonntagsarbeit geleistet werden, würden sie dies nicht dulden, sondern umgehend entsprechende Verfügungen erlassen, gleich wie bei den Rekurrierenden (Protokoll S. 1 f.). Damit haben die Behörden glaubhaft ihre Bereitschaft bekundet, die gesetzlichen Vorschriften auf alle Gewerbetenossen gleich anzuwenden. Sie sind dabei zu behaften. Eine Ungleichbehandlung der Gewerbetenossen liegt nicht vor. Ohnehin hätten die Rekurrierenden erst dann Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, wenn in ständiger Praxis oder jedenfalls mehr als nur in vereinzelt Fällen vom Gesetz abgewichen würde und die zuständige Behörde keine Bereitschaft erkennen liesse, in Zukunft gesetzeskonform zu entscheiden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 5. Auflage 2006, Rz 518 ff; St. Galler Kommentar N 46 zu Art. 8 BV und dort zitierte Rechtsprechung; Urteil des Bundesgerichts 1P.578/2005, BGE 127 I 1 E. 3a S. 2 f., 115 Ia 81 E. 2 S. 82 f.).

6.8.3 Ebenfalls im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetenossen rügen die Rekurrierenden, dass die vorinstanzliche Auslegung der arbeitsgesetzlichen Bestimmungen und von § 5a der Zahnärzteverordnung zu einer Monopolstellung der Zahnärztegesellschaft beim Notfalldienst führe. Dem hat die Vorinstanz zu Recht entgegen gehalten, dass es sich bei der Zahnärztegesellschaft nicht um eine Gewerbetenossin der Rekurrierenden, sondern um eine Berufsorganisation handle, welche nicht selbst Notfallbehandlungen durchführe, sondern lediglich den Notfalldienst organisiere (angefochtener Entscheid S. 9, Ziff. 10.c). Die Bevorzugung des von einer Berufsvereinigung organisierten Notfalldienstes gegenüber einem von einzelnen Berufsausübenden angebotenen Dienst kann jedenfalls so lange nicht als unzulässige Monopolisierung gelten, als die Berufsvereinigung bei der Verteilung dieses Dienstes nicht einzelne Berufsausübende, z.B. Mitglieder der Vereinigung, grundlos bevorzugt bzw. andere benachteiligt. Auch private Organisationen, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen (dazu gehört auch die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung), müssen sich an die Grundrechte halten (Art. 35 Abs. 2 BV). Solange nicht objektive Gründe dafür bestehen, dass ein Zahnarzt nicht in der Lage ist, Notfalldienst zu leisten, ist er bei der Verteilung des Dienstes zu berücksichtigen, wenn er kein Dispensationsgesuch gestellt hat. Aus dem Schreiben von Dr. C._____ vom 27. Februar 2006 ergibt sich, dass die ZGB bei der Verteilung

des Notfalldienstes grundsätzlich auch Zahnärzte berücksichtigt, welche nicht der SSO angehören. Allerdings hat sich das Klima zwischen den Zahnärzten der Z. Klinik und der SSO in letzter Zeit aus verschiedenen Gründen massiv verschlechtert, was dazu geführt hat, dass die SSO die Rekurrierenden entgegen ihres ausdrücklichen Wunsches bei der Verteilung des Notfalldienstes seit Oktober 2006 nicht mehr berücksichtigt (vgl. Email vom 18. Oktober 2006, Rekursbegründungsbeilage 2). Dies ist unzulässig, sofern hierfür keine objektiven Gründe bestehen, welche sich direkt aus der Durchführung von Notfallbehandlungen ergeben. Vorwürfe anderer (nicht fachlicher) Art wie z.B. das standeswidrige Abwerben von Patienten, dürfen nicht zum Ausschluss vom Notfalldienst führen. Das Gesundheitsdepartement als zuständige Behörde wird durch entsprechende Weisungen und Kontrollen, resp. durch Überprüfung, ob die angegebenen Gründe für einen Ausschluss einzelner Zahnärzte vom Notfalldienst ausreichen, die grundrechtskonforme Organisation und Verteilung des Notfalldienstes durch die ZGB sicherstellen müssen.

Nach dem Gesagten rügen die Rekurrierenden zwar möglicherweise zu Recht eine unzulässige Ungleichbehandlung gegenüber Gewerbetreibenden (ob die Ungleichbehandlung tatsächlich unzulässig ist, oder ob hierfür objektive Gründe bestehen, wird die zuständige Behörde abzuklären haben), allerdings nicht durch die Vorinstanzen, sondern durch die SSO resp. die ZGB. Dies kann jedoch nicht dazu führen, dass ihnen zu erlauben ist, neben dem von der ZGB organisierten einen eigenen Notfalldienst zu organisieren, sondern - je nach Ergebnis der Abklärungen - nur dazu, dass die ZGB von der zuständigen Behörde zu verpflichten ist, sie an ihrem Notfalldienst wieder teilzunehmen zu lassen. Auf den vorliegenden Entscheid haben diese Ausführungen somit keinen Einfluss.

7.

Schliesslich beanstanden die Rekurrierenden den Kostenentscheid der Vorinstanz. Sie werfen dieser vor, sie habe die mangelhafte Verfügung des AWA materiell im Sinne der Rüge der Rekurrierenden geändert, gleichzeitig aber formell deren Einwände abgewiesen, unter Auferlegung aller Kosten zulasten der Rekurrierenden. Dem ist mit der Vorinstanz entgegen zu halten, dass die Änderung der Verfügung des AWA im Dispositiv der Vorinstanz keineswegs materiell eine Änderung im Sinne der Rekurrierenden darstellt, sondern lediglich eine Präzisierung hinsichtlich der Adressaten der Verfügung enthält, welche sich darum aufdrängte, weil eine (bis zuletzt) unrichtige resp. missverständliche Bezeichnung ihrer Gesellschaft durch die Rekurrierenden zu Unsicherheiten bezüglich deren tatsächlichen Rechtsform führte. Die Vorinstanz hat jedoch nicht nur formell, sondern auch materiell die Verfügung des AWA vollumfänglich bestätigt und damit die Verfahrenskosten zu Recht den Rekurrierenden auferlegt.

8.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz weder öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet noch den Sachverhalt unrichtig festgestellt noch das ihr zustehende Ermessen missbraucht oder überschritten hat. Der Rekurs erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Rekurrierenden gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen Kosten in solidarischer Verbindung und ist ihnen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demgemäss hat das Verwaltungsgericht

e r k a n n t :

://: Der Rekurs wird abgewiesen.

Die Rekurrierenden tragen die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 3'200.--, einschliesslich Auslagen, in solidarischer Verbindung.

Verf.Nr. 773/2006/BND/sf

APPELLATIONSGERICHT BASEL
Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das

Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der der gleichen Rechtsschrift einzureichen.